

Pérez-Llorca

Revista Jurídica

dic/

/2019



Pérez-Llorca

Revista Jurídica

dic/

/2019

© Pérez-Llorca Abogados,
S.L.P. y Cía., S. Com. P.

Paseo de la Castellana, 50.
28046. Madrid

Depósito legal: M-7551-2019

Revista Jurídica Pérez-Llorca

NÚM. 2

DICIEMBRE
MADRID

2019

Revista Jurídica Pérez-Llorca

Consejo Editorial

Pedro Pérez-Llorca Zamora

José Ramón de Hoces Íñiguez

Francisco José León Sanz

Encarna Cordero León

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Javier García Marrero

Consejo de Redacción

Francisco José León Sanz

Javier Gutiérrez Gilsanz

María Luz Lorenzo Guillén

Constanza Vergara Jaakkola

María Luisa Delgado Arrabal

Nieves Serrano García



Pérez-Llorca

Revista Jurídica

índice/

Artículo 20

Breve examen de la importancia de los avances tecnológicos en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

8

Estudios

La naturaleza del control de empresas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia


14

Límites temporales a la aportación de pruebas en los procedimientos tributarios de revisión

32

Reconocimiento de sentencias extranjeras dictadas frente a empresas en concurso. Especial referencia a los conflictos de jurisdicción

50



Problemas y cuestiones

Los derechos laborales digitales y su desarrollo en las políticas de empresa como instrumento de información a los trabajadores

68

Colusión entre licitadores en la contratación pública: *bid rigging*

78

Artículo 20

El artículo 20 de la Constitución Española de 1978 recoge y garantiza el derecho fundamental a la libertad de expresión. En esta sección de la Revista Jurídica Pérez-Llorca tendrán cabida tribunas de figuras públicas de renombre abiertas a diferentes puntos de vista, con la premisa de ofrecer un espacio a opiniones diversas bajo este artículo 20.

Breve examen de la importancia de los avances tecnológicos en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En la sentencia de la **Gran Sala del TJUE de 2 de octubre de 2018 (asunto C-207/16 Ministerio Fiscal)**, en contestación a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Tarragona sobre la interpretación del art. 15.1 de la Directiva 2002/58/CE de tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE), en relación con los arts. 7 y 8 de la CFUE (derecho a la intimidad y a la protección de datos), el Tribunal concluye que la injerencia en los derechos fundamentales no presenta una gravedad tal que dicho acceso deba limitarse en el ámbito de la persecución de los delitos.

En concreto, se preguntaba la Audiencia, al resolver sobre un recurso de apelación contra el auto del juzgado de instrucción denegando el oficio a las compañías proveedoras de servicios de telefonía para la remisión de determinados datos personales de los titulares o usuarios de SIM e IMEI de un terminal telefónico sustraído en un delito de robo con violencia, si, a la luz de la Sentencia *Digital Rights Ireland* (C 293/12 y C 594/12 la cual anulaba la Directiva 2006/24/CE que amparó la transmisión de datos entre Europa y EEUU, al considerar ese concreto tratamiento como "injerencia grave"), la transmisión de datos por las compañías de telecomunicaciones a las autoridades públicas judiciales –conforme al art. 1.1 de la Ley Ley 25/2007 de trasposición de la Directiva– debía tener lugar exclusivamente para el caso de "delitos graves", tipificados con penas superiores a 5 años de prisión (según el art. 33.2.b) CP) o para delitos sancionados con penas privativas de libertad superiores a tres años, (como exige el art. 579.1.1º) LECr).

Entendió el TJUE que, sin perjuicio de la excepción del art. 15.1 de la Directiva 2002/58, la concreta transmisión de datos no es, en este caso, una injerencia grave (al afectar solo a titulares, domicilios o números de teléfono, pero no a otros extremos ni contenidos), y puede ser autorizada judicialmente para la "investigación, descubrimiento y persecución de delitos", al margen de su gravedad penológica.

Son también destacables la **Sentencia de 29 de julio de 2019 en el asunto C-40/17, en la que el TJUE analiza la transmisión automatizada de datos personales que se producía desde la página web de Fashion ID** (al pulsar el icono "me gusta" de Facebook inserto en aquella) al sitio de Facebook Irlanda. Por una parte, en esta resolución se reconoce –antes de la entrada en vigor

del RGPD 2016/679– la legitimación de las asociaciones de defensa de los consumidores para el ejercicio de acciones judiciales contra los infractores de datos. Por otra parte, el TJUE decreta (en aplicación de la doctrina de la STJUE C-210/16 *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*) que *Fashion ID*, al haber incluido por motivos comerciales en su página web el botón “me gusta” de Facebook, resultaba responsable -junto con esta- de la recogida y comunicación inicial de datos (al tener ambas interés económico y no haber advertido previamente a los visitantes de su web, sobre el tratamiento y su finalidad), pero no era responsable de la ulterior transmisión de los datos que hubiere efectuado Facebook Irlanda a terceros. Añade el TJUE que para que aquel tratamiento estuviese justificado, sería necesario que cada uno de los corresponsables (el administrador del sitio de Internet–Fashion ID– y el proveedor del módulo social –Facebook–) persiguiesen un interés legítimo, que no consta en este caso.

El 24 de septiembre de 2019 el TJUE ha dictado dos importantes sentencias que matizan la STJUE C-131/12 *Google Spain y Google* (más conocida como el caso Costeja, sobre el “derecho al olvido”). En la primera (asunto **C-136/17 GC e.a. contra *Commission Nationale de l’Informatique et des libertés***) el Tribunal de Justicia en el marco de una prejudicial del Consejo de Estado francés, que conocía del recurso de particulares contra la denegación de retirada de enlaces por Google, concluye –todavía en aplicación de la Directiva 95/46/CE– que el gestor de un motor de búsqueda (como responsable de la enumeración de resultados y creación de enlaces con páginas web terceras), que recibe una solicitud para la retirada de un enlace de reenvío a webs en las que se publican datos sensibles de personas físicas (opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas u orientación sexual) deberá comprobar, basándose en todos los elementos pertinentes del caso concreto, y teniendo en cuenta la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales del interesado –vida privada y a la protección de los datos personales– (en concreto, sobre un fotomontaje satírico, sobre la imputación de cargo en la Iglesia de la Cienciología, en el caso de un sumario penal abierto o de un antecedente por agresión sexual), si la inclusión de dicho enlace en la lista de resultados obtenida a partir del nombre del interesado es estrictamente necesaria para proteger la libertad de información de los internautas potencialmente interesados en acceder a esa página web mediante la búsqueda.

En la segunda sentencia de la misma fecha (asunto **C-507/17 Google LLC-Google Inc. contra CNIL**) el TJUE conoce de la cuestión prejudicial que le remite el Consejo de Estado francés, al revisar la legalidad de la sanción de 100.000 euros que le impuso la CNIL a Google Inc. por no retirar los enlaces que, merced a las pasarelas entre las distintas versiones nacionales del motor de búsqueda Google, afectan a los datos, en todas las extensiones del dominio a nivel mundial. Señala el TJUE que el acceso por internautas extracomunitarios a la información sobre una persona comunitaria, tendría efectos dentro de la UE; pero, dado que el derecho a la retirada de enlaces se regula de manera diversa fuera de la UE, a tenor de que el derecho a la protección de datos no es absoluto (puede chocar con el derecho a la información y otros derechos) y está sujeto al principio de proporcionalidad, y dado que la normativa de la UE no se extiende extraterritorialmente, no se puede imponer a Google una obligación de retirar enlaces en versiones extracomunitarias (estados no-UE) de su motor de búsqueda.

En definitiva, en el estado actual, el gestor de un motor de búsqueda que sea requerido de una autoridad de control o judicial de un estado miembro para retirar los enlaces no está obligado a retirarlos en todas las versiones del motor, sino simplemente de las versiones de su motor que correspondan a los Estados miembros de la UE; no obstante, para la mejor tutela de los derechos fundamentales, debe procurar también la retirada de los resultados obtenidos a partir del nombre del interesado, desde una versión de ese motor de fuera de la UE. Y a mayor abundamiento, ni la Directiva 95/46 ni el RGPD 2016/679 impiden que las autoridades nacionales de los Estados miembros, en protección de los derechos fundamentales nacionales, otorguen aún mayor protección (e incluso que retiren los enlaces de todas las versiones del motor, a nivel nacional).

Finalmente, el **1 de octubre de 2019, en el asunto C-673/17 Federación alemana de asociaciones de consumidores contra Planet49 GmbH**, el TJUE decretó, en una prejudicial planteada por el TS de Alemania sobre la utilización en juegos promocionales online de Planet49 de una casilla de consentimiento para *cookies* por defecto (la cual recababa información para empresas del grupo), resulta contraria a la Directiva 2002/58/CE, a la Directiva 95/46/CE y al RGPD 2016/679, que prohíben el uso de identificadores ocultos u otros dispositivos que puedan introducirse en su equipo sin conocimiento del consumidor. El consentimiento –dice el TJUE– debe ser específico, de modo que el hecho de que un usuario active el botón de participación en el juego organizado con fines promocionales no basta para considerar que este ha dado de manera válida su anuencia para las *cookies*, respecto de las cuales debe además indicarse su tiempo de vigencia y el acceso que terceros tendrán a los datos obtenidos.

Juan José González Rivas

Presidente del Tribunal Constitucional

Estudios





La naturaleza del control de empresas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia

Sobre su relevancia y algunas insuficiencias

Juan Jiménez-Laiglesia

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA COMPETENCIA

Jaime de Blas Aguilera

Asociado de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA COMPETENCIA

I. Introducción y propósito	16
II. El control como elemento formal que da lugar a una concentración. ¿Se trata de un criterio suficiente?	18
III. Sobre la adquisición de participación que no confiere control	23
Dificultades en la definición del problema	24
Dificultades en entender el significado del problema	26
Dificultades a la hora de solucionar el verdadero problema	29

Índice/



Resumen: Desde la óptica del Derecho de la Competencia, el control constituye un elemento esencial, pues es la premisa que determina la existencia de una operación de concentración y, por tanto, su eventual notificación a las autoridades de competencia dependiendo del cumplimiento de los umbrales correspondientes. Pero, además, el control condiciona los posibles compromisos ofrecidos para solucionar, en su caso, los problemas de competencia que pudieran derivarse de dicha concentración.

No obstante, el sistema actual parece centrarse más en apreciar la existencia o inexistencia de dicho control que en analizar los posibles efectos que la operación pueda tener sobre la competencia efectiva en los mercados. Esto tiene consecuencias importantes, pues puede suponer que determinadas operaciones que no se consideran concentraciones y, por tanto, quedan al margen del sistema de control existente, produzcan, sin embargo, efectos en el mercado cuya reparación solo podría producirse *ex post*.

Este artículo expone las limitaciones de la concepción de control actualmente utilizada para determinar la existencia de una concentración, poniendo de manifiesto la amplia discrecionalidad de las autoridades de competencia a la hora de apreciar tal control y la falta de seguridad jurídica ante determinadas situaciones, principalmente las adquisiciones de participaciones que no confieren control.

Abstract: Control is an essential element of Competition Law since, under the applicable regime, it determines the existence of a concentration (and therefore, depending on whether the relevant thresholds have been met, if the transaction needs to be filed with the competent competition authority). Moreover, it affects the potential commitments made with the aim of fixing competition concerns arising out of the concentration.

However, the current system of control is problematic, as it seems to be more focused on determining whether such control exists, rather than on analysing the effects that a transaction could have on effective competition in the markets. This can have significant consequences in terms of competition, since it can lead to certain transactions falling out of the scope of the current control system and produce effects in the market that can only be fixed *ex post* (if at all).

This article sets out the limitations of the current control system used to determine the existence of a concentration, and evidences the wide discretion the competition authorities have when determining such control, as well as the lack of certainty and legal security in certain situations, mainly in connection with acquisitions of non-controlling stakes.



Palabras clave: Autoridades de competencia, control de concentraciones, control exclusivo, control conjunto, inexistencia de control, participaciones que no confieren control, *partial ownership*.

Keywords: Competition authorities, merger control, sole control, joint control, lack of control, partial ownership.

La naturaleza del control de empresas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia

I. Introducción y propósito

El control, la mera posibilidad de ejercer una influencia decisiva en la conducta de una empresa en el mercado (generalmente a través de la capacidad de decisión y/o del ejercicio del derecho de veto sobre determinadas materias), constituye un elemento tan esencial para el Derecho de la Competencia que, en ocasiones, importa más determinar su existencia que analizar sus efectos. En qué medida es así se descubre al tener en cuenta todos los ámbitos en que ello puede ser esencial. Listamos brevemente algunos:

- (i) la posibilidad de tener o no que notificar una operación de concentración por modificación estable de la naturaleza de control de una compañía,
- (ii) la creación de empresas conjuntas y la determinación de si son o no de plenas funciones,
- (iii) la evaluación de participaciones minoritarias y significativas o en compañías que puedan ser consideradas competidoras actuales o potenciales,
- (iv) el examen de la naturaleza y objeto de un acuerdo horizontal o vertical entre empresas,
- (v) las atribuciones de cuota de mercado en imputaciones de posición de dominio,
- (vi) la posibilidad de la mera existencia de control *de facto* de otra compañía a través de contratos de suministro o de contratos de opción de compra o de venta,
- (vii) la existencia de responsabilidad de la matriz de un grupo sobre la conducta de una filial (esencial en este momento en procedimientos de reclamación de daños derivados de conductas restrictivas de la competencia), o
- (viii) la configuración de procesos de reorganización interna de grupos de compañías.

El concepto de control en Derecho de la Competencia es un concepto jurídico autónomo que puede diferir del aplicado en otras ramas del Derecho. Se trata, además, de un elemento transversal para el análisis de múltiples problemas, que

condiciona procedimientos de examen y remedios de problemas. Formalmente, el hecho de su adquisición distingue, ante todo, a una operación de concentración, que será notificable ante la autoridad de competencia que corresponda en caso de cumplirse los umbrales de notificación legalmente previstos. En tales casos, la situación de control condiciona los posibles compromisos que puedan ofrecerse para eliminar los problemas de competencia derivados de la operación de concentración y, asimismo, puede delimitar qué acuerdos escapan a la aplicación de las normas de competencia, aun siendo considerados, en abstracto, como restrictivos de la competencia, por tratarse de acuerdos accesorios y necesarios para la ejecución de la propia transacción (comúnmente, los acuerdos de no competencia y similares, aunque caben muchos más tipos de acuerdos).

La propia existencia y la naturaleza del control pueden ser casi siempre discutibles, dependiendo de la importancia que se conceda a unos u otros elementos, cuantitativos o cualitativos. La consulta de la comunicación consolidada de la Comisión Europea sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo¹, sobre el control de las concentraciones entre empresas, en particular sus páginas 5 a 23, da buena fe de ello. No existe una enumeración cerrada de las circunstancias que determinan la existencia de control, entre otras razones porque los elementos que indica el legislador nunca han pretendido ser una lista cerrada o exhaustiva de los presupuestos que dan lugar a control, sino que, en realidad, enumeran situaciones que permiten ejercerlo: la propiedad de, o el derecho de explotar, los activos de una empresa, o la influencia decisiva sobre las decisiones de los órganos de administración de una empresa.

Se trata, en suma, de un concepto central para el entendimiento del objeto y efecto en la competencia de las transacciones entre empresas que, además, va camino de afectar gradualmente a la aplicación de otras normativas, singularmente las que se encuentran dentro del perímetro de determinación del control desde el punto de vista societario o mercantil².

Históricamente, la teoría de la empresa y, por tanto, el análisis fenomenológico de su control, se remonta a *The Nature of the Firm* de Ronald Coase³, que es un buen punto de partida para cualquier análisis del derecho corporativo, especialmente un estudio de adquisiciones, que profundiza en cómo se asigna la autoridad y el control sobre la empresa. Previamente, la publicación en 1932 de *The Modern Corporation and Private Property* por Adolf Berle y Gardiner Means supuso un hito decisivo en el análisis de la asignación de control en el seno de las corporaciones. Berle y Means documentaron un fenómeno hoy bien conocido, la separación de la propiedad y el control, y observaron que la propiedad corporativa está ampliamente dispersa entre los accionistas, los cuales no pueden coordinar sus actividades debido a problemas de acción colectiva y apatía racional, y el control efectivo de la corporación termina en manos de sus administradores de hecho. Es por ello que el control efectivo determina el destino de una empresa y es lo que merece relevancia desde un sistema de control de concentraciones; quién tiene, y si la comparte, dicha posibilidad.

1 2008/C 95/01 de 16 de abril de 2008.

2 No analizamos el efecto que el concepto de control está teniendo en la definición de grupo de sociedades y en la normativa de mercado de valores ni examinamos sus limitaciones actuales respecto al control conjunto en un momento donde se han establecido nuevas reglas de transparencia y validez de pactos parasociales respecto a sociedades cotizadas y se pretende dotar de contenido a la definición de actuación concertada. Tampoco evaluamos el concepto de grupo que utilizan los órganos reguladores españoles.

3 COASE R.H., "The Nature of the Firm", en *Economica*, Vol. 4, nº 16, noviembre 1937.

"The basic proposition advanced in this paper is that the control of corporations may constitute a valuable asset; that this asset exists independent of any interest in either economics of scale or monopoly profits; and that an active market for corporate control exists⁴."

La importancia de la transferencia de control a través del mecanismo de fusiones y adquisiciones se originó a finales del siglo XIX ligada al nacimiento y consolidación de la empresa moderna. En aquel momento, los economistas contemplaban el crecimiento a través de fusiones de compañías como Standard Oil, U.S. Steel o DuPont como un proceso natural que incrementaba la eficiencia de la entidad resultante de modo natural. La literatura académica ligada al concepto de "market for corporate control" (más allá de la motivación ligada a la correlación del tamaño con la eficiencia) no se origina sino hasta los años sesenta del siglo pasado y es en ese contexto en el que nacen los primeros esbozos de normas que sustentarán un régimen de control de formas de transferencia (estables) de dicho control efectivo.

No pretendemos aquí llevar a cabo un estudio exhaustivo del concepto de control en Derecho de la Competencia, ni mucho menos abarcar todas las posibles consecuencias de este concepto en la realidad de las transacciones entre empresas. Lo que pretendemos es analizar, brevemente, algunas cuestiones controvertidas que creemos de interés. Nos interesa examinar las limitaciones prácticas que tiene este concepto para determinar la existencia de una operación de concentración en los casos de control conjunto de dos o más empresas, sobre todo por la ausencia de revisión jurisdiccional de las decisiones discrecionales de las autoridades de competencia. También examinaremos de forma sucinta los problemas de los acuerdos intragrupo con especial referencia a qué grados de control son suficientes para apreciar su existencia. Describiremos, asimismo, las principales características del sistema actual de análisis del control y plantearemos la alternativa de poner el énfasis en los efectos que la operación pueda producir en el mercado, con independencia de si se trata de un cambio formal de control tal y como la regulación actual lo define. Expondremos también algunas dificultades que plantea la aplicación práctica del citado sistema formal enfocado en la situación de control, principalmente en relación con las adquisiciones de participaciones que no otorgan tal control.

II. El control como elemento formal que da lugar a una concentración. ¿Se trata de un criterio suficiente?

Una concentración abarca la adquisición del control de hecho o de derecho de activos o empresas incluyendo la creación de una empresa en participación con plenas funciones. Si una operación no implica adquisición de control de algún tipo, no existe obligación de notificarla. Por lo tanto, la existencia de la adquisición de control da lugar a la obligación de notificar y justifica la competencia (junto con otros elementos) de la autoridad para examinar la operación.

4 MANNE H., "Mergers and the market for corporate control", en *Journal of Political Economy*, 73, 1965, págs. 110-120.

La apreciación de la existencia de una operación de concentración debería ser un ejercicio simple, con la menor ambigüedad posible. Igualmente, la definición debería garantizar en lo posible que todas las operaciones que tuvieran un impacto *estructural* relevante en las condiciones de competencia efectiva de un sector de actividad fueran examinadas *ex ante* conforme al análisis del control de concentraciones. Como señala el propio Reglamento 139/2004, los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE no son suficientes para controlar todas las operaciones que puedan resultar incompatibles con el régimen de competencia⁵, si bien el artículo 7 del Reglamento 1/2003, al establecer la posibilidad expresa de remedios estructurales, constituye la base jurídica adecuada para ordenar la desinversión de participaciones *no de control* en competidores.

No es fácil entender exactamente lo que es un impacto estructural; y el modelo de examen no puede resolver todos los problemas existentes. Cabe recordar que, al contrario que en el resto de áreas del Derecho de la Competencia, el régimen de control de concentraciones debe llevar un examen prospectivo de efectos futuros (los efectos de una operación son objeto, en el fondo, de cierta especulación). En este contexto, en el que puede darse un fallo de mercado producto del comportamiento de las empresas atendiendo a la definición de poder de mercado, los reguladores deben seleccionar el análisis que maximice a largo plazo el bienestar del consumidor teniendo en cuenta la posibilidad del error en dicho análisis. Se producen errores encuadrables en dos categorías principales; errores de tipo I o falsos negativos (prohibir una operación que debería aprobarse o autorizarla sujeta a algún tipo de condición cuando debería autorizarse incondicionalmente) y errores de tipo II o falsos positivos (aprobar una operación que podría condicionarse o prohibirse).

En todo caso, desde el punto de vista de la eficiencia del control de concentraciones es preciso que el sistema defina correctamente y de manera previa su ámbito de aplicación; es decir, qué es lo que se examina. Y la opción que se presenta es compleja: o bien se establece un sistema que permita a la autoridad impugnar todas las operaciones desde el punto de vista de sus efectos en la competencia, con independencia de que la operación dé lugar o no a control⁶, o bien, como en nuestro caso, se opta por intentar aprehender en el concepto de control todas las operaciones que puedan tener un impacto estructural relevante para la competencia y se intenta, mediante directrices, especificar qué elementos distinguen la adquisición de control de la adquisición de participaciones en el capital y/o en los órganos de administración de una empresa que no confieren control.

En ambos casos no es preciso especificar cuantitativamente porcentajes de participación que den lugar a control⁷, pero es claro que un sistema que no atienda formalmente a si la adquisición de control constituye una operación de concentración, junto con una presunción de ausencia de efectos respecto a operaciones por debajo de un cierto umbral y cuyo objeto es solamente la inversión financiera, parece garantizar mejor la competencia jurisdiccional sobre la enorme variedad de transacciones que combinan intereses financieros y/o de control en multitud de grados y en momentos temporales diferentes.

5 Considerando nº 7 Reglamento 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 DOCE L 24/1 de 29.1.2004.

6 Sección 7 Clayton Act. "Una empresa no necesita adquirir el control de otra empresa para violar la sección 7 de la Clayton Act" véase Sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU en *Denver & Rio Grande c. Estados Unidos* 387 US 3485 (1967). Véase también *Gulf & W. Indus.* 476 F.2d 687 (2nd Circuit 1973).

7 Adquisiciones parciales que han dado lugar a la aplicación de la sección 7 de la Clayton Act normalmente han sido superiores al 15 % del capital. Por ejemplo *DuPont 353 US* (un 23 %), *Crane Co.* 509 F. Supp (un 5 % junto con una oferta de compra del 15 %).

En efecto, definir la operación por la adquisición de control con carácter estable y fijar ahí la competencia de examen puede tener como consecuencia que algunas operaciones con efectos en la competencia no sean examinadas antes de su ejecución y que, por lo tanto, la solución o el remedio deban promoverse una vez que el daño presumiblemente ya se ha producido.

8 Asunto M.3071 *Carnival/P&O Princess*. Se trata de una segunda notificación de una operación en la cual no se ha modificado la naturaleza del control sino sencillamente se ha modificado la estructura de la operación. La Comisión aceptó el examen del asunto y examinó *ex novo* si había habido alguna variación en las condiciones de competencia.

9 Véanse apartados 262 y siguientes de M.2876 *Newscorp/Telepiù*. También puede consultarse la inacabable saga relacionada con el intento de Ryanair de adquirir Aer Lingus.

10 Véase el Documento de trabajo de la Comisión Europea, "Towards more effective EU merger control" de 25 de junio de 2013. Fundamentalmente su capítulo II dedicado a "Merger control for the acquisition of non-controlling minority shareholdings" ("structural links").

11 Apoyado parcialmente en los asuntos C-68/94 y C-30/95 *Kali* 1998 Rec. I-1375 apartado 171 y T-102/96 *Gencor* 1999 Rec. II-753. Véase M.2434 *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico* y sentencia del TPI en el asunto T-22/97, *Kesko*, Rep. [1999] p. II-3775, apartados 137 - 140.

12 Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

Con independencia de las dificultades de apreciar la existencia de control en algunas operaciones, la situación se agravaría si la autoridad de competencia, haciendo uso de su facultad discrecional, no fuera precisa en la aplicación de sus criterios. Así, por ejemplo, existen precedentes en los cuales se ha ejercido competencia de aprobación haciendo abstracción totalmente de la existencia de una modificación de control, lo que constituye un error sobre su propia competencia, pues si no hay modificación de la naturaleza de control no puede haber concentración⁸.

En otras ocasiones, la autoridad reconoce la existencia de un impacto estructural definiendo participaciones minoritarias no de control como participaciones significativas o que permiten el ejercicio de una influencia material pero no decisiva. Ello ocurre cuando la participación no es meramente financiera (similar a una mera inversión) y la Comisión Europea examina elementos que permiten diferenciar participaciones significativas de participaciones meramente financieras al objeto de justificar su jurisdicción sobre el examen de los efectos de dicha participación⁹. Mientras no haya una distinción clara, parece extraño que si una participación no de control permite *una influencia material pero no decisiva* ya que no es meramente financiera, se excluya la competencia de aprobación de estas operaciones *ex ante*. Y es claro que si se pretende crear una nueva categoría de participación significativa pero no de control lo que debe exigirse entonces es que se defina de la forma más aproximada posible con objeto de eliminar dudas¹⁰.

Este problema guarda relación con la afirmación de la competencia de la Comisión respecto a la aplicación del artículo 2 del Reglamento 139/2004 a empresas que no forman parte de la operación de concentración, es decir, que no son empresas afectadas¹¹. Ello permite a la Comisión prohibir una operación de concentración si se crea o refuerza la posición dominante de un tercero de forma que se obstaculiza significativamente la competencia. Si era posible examinar si una participación minoritaria de un tercero ajeno a la concentración era o no contraria al artículo 2 del antiguo Reglamento 4064/89¹², en particular sobre la base de que dicha participación es *estructural* respecto de la operación porque existe un nexo causal entre la participación y los efectos en la competencia¹³, entonces parecería aconsejable que dichas operaciones estuvieran sujetas a la notificación previa.

Por otro lado, la eliminación de vínculos estructurales entre competidores es un remedio bastante usual en el control de concentraciones, aparte de que se haya considerado que dicha participación puede resultar de un acuerdo restrictivo de la competencia si puede influenciar la conducta de los competidores aún cuando no implique control¹⁴ o cuando constituya un abuso de posición dominante prohibido por las normas de competencia¹⁵.

Ello implica aceptar que en determinados mercados las relaciones estructurales entre competidores reducen de forma desproporcionada el incentivo a competir en el mercado, además de servir de instrumento de coordinación de políticas de precio y conducta y de intercambio de información sensible¹⁶, por lo que la Comisión ha exigido en un gran número de asuntos que las partes en la operación de concentración se desprendan de su participación en un competidor. Por ejemplo, en el asunto IV/M. 1980 *Volvo/Renault* de 1 de septiembre de 2000, Volvo fue obligada a vender su participación minoritaria en Scania. En la misma línea, en el asunto IV/M. 1453 *AXA/GRE* de 8 de abril de 1999, GRE debió desprenderse de su participación en Le Foyer, un competidor en el mercado relevante o en el asunto IV/M.1082 *Allianz/AGF* de 8 de mayo de 1998 donde se obligó a la venta de la participación en un competidor. En España existen también precedentes de órdenes de desinversión cuya aplicación en la práctica, a pesar de la falta de información, es cuando menos curiosa dado el general desconocimiento de las razones de la decisión (por ejemplo, el asunto *Mahou/San Miguel*, con exigencia a la empresa fusionada de desinvertir en Damm y aprobación de la venta del paquete a un competidor potencial –*Interbrew*– en un mercado en duopolio aprobado en contra del criterio del Tribunal y con mantenimiento de derechos por parte del vendedor respecto al ejercicio de los derechos inherentes a la participación). La Comisión también ha limitado de forma efectiva el ejercicio de los derechos derivados de dicha participación¹⁷.

En suma, hubiera sido interesante debatir en su momento, en el contexto de la reforma del sistema de control de concentraciones comunitario, si era preferible abandonar el criterio de control como elemento formal de la definición de concentración y sustituirlo por un criterio más amplio que atendiera bien a cualquier influencia no meramente financiera o a otros relacionados con el tamaño de la transacción.

La Comisión planteó la cuestión de forma parcial y finalmente no ha revisado la aplicación del concepto de control en ninguna de las reformas del sistema. Su posición es que no cabe una definición previa de transacciones no de control que pudieran estar sometidas a la obligación de notificar, si bien reconocía (en su momento, previo a la reforma del régimen de control de concentraciones de 2004) que carecía de datos respecto a la incidencia real de este tipo de operaciones no de control¹⁸. Aún así, la conclusión es razonable si se mantiene la adquisición de control como elemento que caracteriza a una operación de concentración porque, en efecto, resulta absurdo intentar formular una tipología general de transacciones de esta naturaleza para someterlas a una obligación de notificación. Sin embargo, como veremos, es posible establecer determinadas circunstancias en las cuales sí se justificaría tal examen que, más que relacionado con una tipología de operaciones, tiene que ver con señales de hecho o de derecho que convendría fueran tratadas en detalle.

13 Apartados 276 a 281 de News-corp/Telepiù, citando expresamente el asunto M. 2845 Sogecable/Vía Digital en cuya decisión de reenvío de 14 de agosto de 2002 la Comisión examinó los efectos de la participación "no de control" de Telefónica en Sogecable en los mercados de telecomunicaciones.

14 Asunto 142, 156/84 Philip Morris Rec. 1987 4487 y Decisión de la Comisión Europea en el asunto Enichem/ICI DOCE 1988 L50/18.

15 Decisión de la Comisión Europea en el asunto Gillette DOCE 1993 L116/21.

16 Por ejemplo, asunto IV/M. 2567 Nordbanken/Postgirot de 8 de noviembre de 2001 en la que la Comisión exigió a Nordbanken que redujera su participación en un competidor a no más del 10 % del capital, renunciara al ejercicio de sus derechos como accionista excepto aquellos relativos a la protección de sus intereses financieros, se comprometiera a no incrementar su participación, renunciara de forma absoluta a participar en los órganos de administración y a obtener información confidencial o sensible sobre la conducta de la empresa en el mercado. Limitaciones similares pueden verse entre otras muchas en IV/M.1080 Thyssen/Krupp de 2 de junio de 1998.

18 Apartados 24 y 25 de la Comunicación Remedios de la Comisión Europea: "En otros casos una posible solución es la cesión de participaciones minoritarias... a fin de aumentar los incentivos para competir en el mercado".

17 Apartado 109 del Libro Verde sobre la reforma del Reglamento 4064/89.

La adquisición de control exclusivo de derecho o de hecho no suele presentar excesivos problemas. Normalmente los derechos que se adquieren respecto a la dirección de la empresa deben bastar para apreciar su existencia. En los casos de adquisición de la mayor participación minoritaria, el análisis debería centrarse, ante todo, en los elementos que indiquen que dichos derechos no permitan de forma duradera el control de la empresa. Es correcto, por lo tanto, examinar en casos de control *de facto* si la estructura del accionariado permite el control. Otra cosa es que no estén claros los límites reales del examen de la dispersión del accionariado en los casos de control exclusivo *de facto* (por ejemplo, qué ocurre si, teniendo en cuenta los accionistas presentes o representados¹⁹, la dispersión no permite el ejercicio del control en todos los años que se examinan, o la cualidad de accionista meramente financiero de los demás accionistas no es clara). En estos casos, las circunstancias de la operación deberían ser tenidas también en cuenta y así, por ejemplo, la existencia de una prima sobre el valor de mercado, intentos anteriores de adquisición de control o el recurso a la financiación externa son elementos que permiten, en el caso concreto, apreciar la intención de asumir control individual derivada de la operación.

Es en los casos de control conjunto *de facto* en los que no se da bloqueo perfecto o sindicato de accionistas, donde la cuestión se complica, sobre todo por la introducción del derecho de veto como equivalente a control, y la aceptación general de excepciones, matizaciones o interpretaciones a este criterio mediante determinadas formas que permiten una interpretación demasiado discrecional sobre las circunstancias en las cuales existe o no una operación de concentración por la existencia de control conjunto.

En efecto, incluso aun cuando se pueden criticar ciertas ambigüedades que deberían ser resueltas de forma más clara (por ejemplo, especificar qué ocurre cuando existen dos o más órganos de gestión de una empresa con participación diferente de los socios, qué límites debe tener la delegación de la gestión en uno de los socios, o la atribución de mayor objetividad a los elementos sobre los cuales debe versar el derecho de vetar), no es objetable que el poder bloquear una decisión constituya una forma decisiva de influir en la gestión de una sociedad y que este principio sea perfectamente entendido en la práctica.

Sin embargo, como decimos, la interpretación puede llegar a ser excesivamente discrecional dado que el ejercicio del derecho de veto debe ser puesto en relación con su propia naturaleza en el acuerdo y con el negocio de la empresa conjunta. Por ejemplo, se acepta la compatibilidad de la existencia de derecho de veto con el voto de calidad de una de las partes²⁰ lo que, desde el mero sentido común, implica que no hay control conjunto pues una parte se puede imponer a la otra (si control es la mera posibilidad de influir, es claro que la mera posibilidad de que solamente una de las empresas decida debería excluir la existencia de control conjunto). Esta anómala aceptación se hace distinguiendo entonces si la contribución de cada una de las partes es vital queriendo decir, quizá, que su posición no es meramente financiera. Pues bien, si su contribución es vital, el derecho de veto y el voto de calidad son irrelevantes pues la ausencia de dicho accionista implica la disolución del control y, por lo tanto, nos remite a un sistema de definición

19 Apartado 7 de la Decisión IV/M.343 Société Générale de Belgique/Générale de Banque.

20 Decisión M. 553 RTL/Veronica/Endemol confirmado por STPI asunto T-221/95 *Endemol* 1999 Rec. II-1299.

de concentración que solamente excluya las operaciones cuyo único objetivo sea la inversión. Esta anomalía obliga también, como sustituto imperfecto de la inexistencia de derecho de veto, a atender a los mecanismos de conciliación de decisiones entre las partes: si son suficientemente complejos se puede presumir que existe control conjunto a pesar de que una de las partes no tenga derecho de veto²¹. En suma, ambigüedades respecto a un criterio formal que define una operación de concentración y que crea inseguridad jurídica a la hora de evaluar los acuerdos entre los accionistas.

Otro ejemplo se refiere a la posibilidad de apreciar la existencia de control conjunto sobre la base de acuerdos laxos (es decir, donde no exista obligación de voto conjunto), entre las partes respecto a la gestión de la empresa conjunta y el sentido del voto en los órganos de administración. En estos casos no existe una guía clara sobre qué elementos permiten concluir que existe control conjunto: la mera declaración de su excepcionalidad es irrelevante cuando es posible apreciar que existe, en muchas ocasiones, interés en evitar precisamente la obligación de notificación. El contenido de las declaraciones de intenciones y su verdadera aplicación en la práctica son criterios que pueden ser excesivamente vagos a la hora de determinar si existe control conjunto o no²². En estos casos, y sobre todo cuando no se trata de empresas conjuntas de nueva creación sino de la modificación de los accionistas de control, la discrecionalidad administrativa es demasiado amplia, pues basta la inexistencia de un acuerdo jurídicamente vinculante para que la autoridad atribuya como le parezca qué importancia debe darse a la contribución de cada parte (incluyendo la financiera²³), a la intención última en la conclusión de un acuerdo, al contenido último de las meras declaraciones de intenciones o a factores igualmente vagos.

En suma, si se mantiene un criterio formal de definición de concentración que por sus propias limitaciones atiende en ciertos casos a la lógica económica de la operación, parece inevitable que la aplicación de la obligación de notificación dependa en ocasiones de una interpretación discrecional de la administración competente sobre dicha lógica. En estos supuestos, asumiendo que no se opta, como es el caso, por un sistema que obvie la adquisición de control o la modificación de su naturaleza a pesar de que no se cuente con datos sobre la verdadera frecuencia de las participaciones no de control, sería necesario que se explicara con el mayor detalle posible qué principios de actuación pueden ser anticipados por las partes con objeto de incrementar la seguridad jurídica a la hora de negociar sus acuerdos de control y ser coherente respecto a la creación de categorías intermedias de participación en el capital que, no siendo de control, se consideran significativas.

III. Sobre la adquisición de participación que no confiere control

Una vez vistas las limitaciones del concepto de control como elemento formal de lo que constituye una operación de concentración, pretendemos ahora atender a tres ámbitos relacionados de la participación que no confiere control: en primer lugar, las dificultades en la definición del problema (lo que son y lo que no son

21 Compárese M. 975 Albacom/BT/ENI/Mediaset con M. 342 Fortis/CGER.

22 M. 331 Fletcher Challenge/Methanex, M. 548 Nokia/SP Tyres UK. Por ejemplo, un acuerdo que se limite a establecer que se harán los mayores esfuerzos para acordar una posición común unido a obligaciones de mantenimiento de determinado porcentaje en el capital se ha considerado que permitía ("es de esperar") el control conjunto de dos sociedades que no alcanzaban la mayoría en el capital ni en los órganos de una empresa teniendo en cuenta la posible "ausencia" de los demás representantes en los órganos de administración (Apartado 7 de la Decisión de 14 de agosto de 2002 M. 2845 Sogecable /Vía Digital).

23 Véase el examen de la posición de Telecom Italia en M. 2876 NewsCorp/Telepiù.

dichas participaciones); en segundo lugar, las dificultades en entender su significado (el efecto que los incentivos tienen sobre el modelo de análisis) y, finalmente, las dificultades en encontrar un marco coherente de solución para tratar estas participaciones (la necesidad de discriminar entre categorías de participaciones en función de las características de los partícipes y las características estructurales del sector o mercado en que participen) como propuesta más matizada a la lógica exclusión general de la obligación de notificación de la adquisición de participaciones minoritarias.

Dificultades en la definición del problema

Este epígrafe tratará específicamente las situaciones en las que una empresa adquiere un porcentaje del capital de otra actual o potencialmente competidora en el plano horizontal, y no tratará las *joint ventures* cooperativas y las situaciones similares puramente verticales.

Como se ha visto en la sección anterior, entendemos que se ha dado un tratamiento inadecuado al controvertido problema de la adquisición de control. Las causas de ello (la necesidad de ofrecer grados de seguridad jurídica suficientes, atender la mayoría de situaciones en un plazo razonable de tiempo o reducir a esquemas sencillos de autoevaluación los hechos desencadenantes de operaciones de concentración) no pueden ocultar la necesidad de apreciar de manera diferente determinadas situaciones (las que aquí conoceremos como de *partial ownership*²⁴) sobre todo cuando el objeto de un sistema de control es no obstaculizar lo eficiente pero, asimismo, en otro sentido necesario, no aprobar aquello que tiene el mismo efecto potencial que lo que se declararía prohibido.

El problema de *partial ownership* refleja esta controversia generalizada sobre el control de manera mucho más acusada y ayuda a una de las conclusiones propuestas: que es aconsejable modificar el hecho de la adquisición de control como desencadenante de operaciones de concentración hacia la doctrina del *size of transaction* pura²⁵.

Nuestra tarea aquí consistirá en tratar de delimitar jurídicamente el ámbito de análisis que afecta al hecho de la participación (cualitativa también, aunque generalmente cuantitativa) no cualificadora de control o, de otro modo dicho, aquella que no es idónea para desencadenar el hecho del control (exclusivo o conjunto) en el sentido de la terminología adoptada por el sistema comunitario o nacional de control de operaciones de concentración.

Aunque intuitivamente pensamos que la adquisición sin control debe implicar efectos sobre la competencia efectiva menos acusados que los que se dan en una operación de concentración²⁶, no debemos dejarnos engañar por los aspectos formales de la definición de concentración que incluye la norma. Es cierto que lo más general es la modificación estable de la estructura de control a través de fórmulas que afectan a la propiedad de las acciones de la compañía de modo completo, pero pensemos que la norma contiene también situaciones cuya plasmación práctica es, cuando menos, poco común: por ejemplo, la adquisición

24 Estas situaciones que intentan analizar qué es lo que ocurre cuando no se da control se han definido en el pasado de manera errónea como, por ejemplo, control parcial, control pasivo, participación de carácter financiero, *minority shareholding*, participación *solely for investment*, control incompleto, etc.

25 No debe, lógicamente, confundirse la *size of transaction* con la mera utilización de umbrales. La adquisición de control en la normativa comunitaria europea y en la española y los problemas que ello causa son ajenos a esta teoría. En España, la utilización como umbral alternativo de la necesidad de adquirir un 30 % de cuota de mercado supone un problema más complejo aún.

26 Utilizamos el término en general, sin distinguir entre formas de adquisición de control o entre tipos de ese mismo control.

de control exclusivo derivado de una *minority shareholding*, la adquisición de control de manera involuntaria o la adquisición de control *de facto* sin plasmación jurídica. Todas estas situaciones merecen, *prima facie*, un acomodo idéntico a, por ejemplo, la fusión entre dos empresas para crear una nueva entidad o a una absorción completa. Sin embargo, el hecho de la *partial ownership*, con un contenido jurídico mayor ha tenido menor virtualidad, posiblemente debido a la distorsión en el análisis que procede de la necesidad de definir previamente control o las intenciones del adquirente.

En efecto, de manera muy gráfica, se ha venido diciendo:

"A non-controlling acquisition has no intrinsic threat to competition at all."

Aunque la evolución doctrinal, fundamentalmente procedente de la teoría económica²⁷ ha provocado que el problema sea abordado desde nuevas perspectivas:

"It should be noted that passive investment by a firm in a competitor, where there are only a few firms in the market, would cause industry prices to rise (and quantities to fall) even if there are firms in the industry that did not invest in a competitor."^{28 29 "}

Nuestro objetivo en este epígrafe puede descomponerse en dos tareas complementarias: la primera consistiría en formular y validar una hipótesis (del tipo: el análisis de los efectos sobre la competencia efectiva de determinados tipos de participación "no controlante" no puede fiarse a la fórmula que proporciona el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE ni a la solución que se recoge en el artículo 7 del Reglamento 1/2003). La segunda trataría de señalar qué características, objetivas y subjetivas, deberían tener determinados mercados para presumir válidamente que las adquisiciones por los operadores en ellos de participación social "no controlante" de competidores sí merecerían un análisis *ex ante* especulativo de sus efectos similar al que se lleva a cabo en una operación de concentración "normal"³⁰.

En esencia, solo adquirir el control en el plano jurídico lleva a la exigencia de que los agentes se sometan al sistema de control (con obligaciones recíprocas) de operaciones de concentración: así las empresas deben notificar y las autoridades evaluar en determinado plazo de acuerdo a un test legal que tiene un modo de implementación basado en evidencia económica o, al menos, necesitado de respuesta desde la doctrina económica: impedir significativamente la competencia efectiva.

Sin embargo, no adquirir control excluye jurídicamente el recurso al sistema de concentraciones y reduce el posible análisis de la *partial ownership* a la vía del artículo 101.1 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Aunque el análisis competitivo de una concentración o la fijación colusoria de precios en el seno de un cártel esté basado en los mismos principios económicos, difieren decisivamente en su tratamiento legal. La propia Comisión reconoce el impacto estructural de estas participaciones. Y en efecto se entiende, siquiera intuitivamente, que

27 SALOP S., O'BRIEN D., "The competitive effects of partial equity interests and joint ventures", en *Antitrust Law Journal*, vol. 67, 2000, págs. 559 y ss.

28 GILO D., "The anticompetitive effect of passive investment", en *Michigan Law Review*, vol. 99:1, 2000.

29 La evolución de la doctrina económico-jurídica del problema es evidente. Ambas citas están separadas por 20 años de tiempo e innumerables tipos de situaciones distintas producidas en los mercados.

30 Racionalizar la necesidad de llevar a cabo un análisis *ex ante* de aquellas situaciones en las que exista participación "no controlante" con efectos en la competencia en los mercados y a las que el rígido y formal concepto de control desatiende, exige de antemano entender el contenido material de lo que significa, el tratamiento normativo que se le da y su presencia, al menos a título hipotético, como factor facilitador colusorio de carácter estructural.

no son solo acuerdos analizables bajo el citado artículo 101, pues tienen elementos que se examinan en otros casos bajo el esquema propio de una concentración horizontal (ciertas eficiencias, incremento de grados de dominancia, etc.). Tampoco son concentraciones, en el plano de lo jurídico al menos (y en el de la realidad de las cosas). Por último, no parece que sean operaciones inocuas para el equilibrio competitivo puesto que afectan al juego de los incentivos futuros de las partes en la operación y del resto de competidores³¹.

Creemos, como hemos venido diciendo, que la razón de base de este conflicto estriba en la inadecuación del concepto de control como elemento formal que permite apreciar la existencia de una concentración y la falta de atención a las circunstancias específicas de cada sector en cada proceso. Lo que enturbia la cuestión es la identificación de control en sentido jurídico con control en sentido económico, que puede llevar a considerar que solo el control tal y como se define en la norma produce efectos como los que se derivan de las concentraciones que son su resultado.

Dificultades en entender el significado del problema

Lo primero que debe señalarse es que el control y el interés puramente financiero pueden ser atributos separables—o graduables— respecto del concepto de propiedad y pueden tener distintos efectos sobre la competencia en el mercado³². Un concepto (el control) afecta a la posibilidad de tomar decisiones sobre el curso futuro de la sociedad participada. El otro, el interés financiero, afecta en teoría a un flujo de ingresos futuros, sobre los que tiene influencia el carácter subjetivo de quien los posee (sobre todo si participa en el mismo mercado relevante).

Este hecho viene a reconocer que la participación que no confiere control en otras empresas puede constituir un activo valioso por sí mismo; señala la existencia de un submercado de control corporativo (parcial) cuyo dinamismo estaría en correlación con la preeminencia de uno de los dos aspectos (voluntad de controlar parcialmente o voluntad de obtener ingresos financieros), puesto que ambos factores afectan, a su vez, los incentivos tanto de la adquirente como de aquella en la que se adquiere el interés parcial.

Para el Derecho de la Competencia el problema reside en cómo la *partial ownership* se traduce en control o influencia decisiva, actual o potencial, y qué traducción, a su vez, tiene dicha influencia en los términos de competencia efectiva de un mercado relevante dado. Para ello, se debe recorrer un camino de examen en el que se valoran tres cosas: participación / control e influencia / efectos. En qué sentido se recorra dicho camino afecta decisivamente a la definición del tema en sí; si nuestro acento se pone en los efectos, las formas participativas, su cuantificación y su acomodo en la norma importarán siempre menos que aquellos.

En Estados Unidos la adquisición del control se examina en cuanto a los efectos de la transacción. La Sección 7 de la Clayton Act contempla la adquisición de parte o del todo de una empresa cuando el efecto de dicha adquisición pudiera ser *substantially lessen competition*, aunque el análisis de las autoridades es

31 SALOP S., O'BRIEN D., "The competitive effects of partial equity interests..." cit., vol. 67, págs. 559 y ss.

32 Por ejemplo, las empresas conjuntas incorporan simultáneamente multitud de aspectos de interés puramente parcial y reglas de control entre las partícipes en ellas.

más matizado en cuanto a efectos cuando la adquisición lo es “*solely for investment*”. La excepción se refiere a la adquisición de capital “*solely for investment and not using the same by voting or otherwise to bring about, or in attempting to bring about, a substantial lessening of competition*”, y se aplica a la obligación de notificación bajo la HSR Act de adquisiciones inferiores al 10 % del capital. A modo de ejemplo, en el asunto *US vs. Manulife*, el DOJ no consideraba que había un “objeto de inversión” en este último caso por las siguientes razones: “*At the time it made those acquisitions in the spring of 2003, Manulife was considering a Manulife-John Hancock combination, and its intent was not ‘solely’ for the purpose of investment, as evidenced by several factors, including: (i) the companies were competitors who had previously discussed the possibility of combining in November 2002; (ii) Manulife’s CEO contacted John Hancock’s CEO regarding a possible business combination in April 2003; (iii) in early July 2003 the CEOs of both Manulife and John Hancock held preliminary conversations regarding a potential business combination, which led to an agreement by the companies to merge that was announced on September 28, 2003; and (iv) the statement by John Hancock’s CEO in a September 29, 2003 conference call with investors that the merger agreement with Manulife ‘was not a sudden engagement.’*”

La Hart Scott Rodino Act que desarrolla la sección 7 de la Clayton Act estableció los requisitos de *size of transaction* y *size of person* como desencadenantes del análisis de efectos de una operación de concentración, con excepciones, una de las cuales es el *passive investment of 10% or less of an issuer’s voting securities*, lo que se configura como una exención de facto para este tipo de participaciones³³. La normativa norteamericana se dirige a la constatación y evaluación de efectos pero ofrece una exención (intencional) con un *benchmark* cuantitativo³⁴. No solo la Clayton y la Hart Scott Rodino analizan el tema, sino que este se encuentra reflejado en el apartado 3.34(c) de las “*Antitrust Guidelines For Collaboration Among Competitors*” de abril de 2000. Esto implica que los problemas de las participaciones minoritarias tienen un tratamiento uniforme respecto a las clásicas concentraciones horizontales: la razón es obvia pues se reconoce que atendiendo a la estructura de la transacción, una adquisición parcial de capital puede reducir la competencia mediante la capacidad de la adquirente de incrementar precios o reducir *output* debido a la influencia que adquiere sobre la adquirida parcialmente o, la alteración de los incentivos de la adquirente para competir con la adquirida debido al interés económico en esta última. La resolución de estos problemas es similar: desinversiones o limitaciones de conducta.

El artículo 3 del Reglamento 139/2004 parte de un punto de vista distinto: entiende las concentraciones como una categoría propia en función de un requisito formal, la modificación con carácter duradero del control de una empresa, y las somete a una evaluación *ex ante* con carácter especulativo de sus efectos bajo un test legal referido a la obstaculización significativa de la competencia efectiva. La participación no de control no tiene cabida en este régimen, al menos inicialmente, excepto en la medida en que se preguntaba sobre ella (también con el límite inferior del 10 %) en el Formulario CO y en que, como hemos visto, a veces su desaparición o limitación se configura como remedio a un problema de competencia.

33 La exención no se satisfará en determinadas circunstancias, por ejemplo cuando pueda acceder el adquirente a información de carácter sensible o cuando se lleve a cabo con la intención de adquirir en el futuro influencia decisiva o control completo. Desde nuestro punto de vista, es muy compleja la determinación probabilística de cuánta influencia pudiera tener en el futuro el adquirente de una participación que no confiera control en el presente.

34 Los casos más relevantes en EEUU en los últimos años son la adquisición por parte de Gillette del 22,95 % del capital sin derecho a voto de Wilkinson y de un 13,6 % de su deuda o la operación de fusión Time Warner-Turner Broadcasting, que le permitió a TCI, competidor de Time Warner en distribución de contenidos televisivos por cable la posesión de un 9 % de esta.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya señaló en Philip Morris³⁵ que las adquisiciones que no confieran control caerán bajo el ámbito del análisis propio del artículo 81 [actual 101] –o del artículo 82 [actual 102] en su caso– en teoría aunque los vínculos accionariales se produzcan entre no competidores. Y este principio es el que sigue la Comisión.

Otros asuntos en los que se ha analizado la *partial ownership* como refuerzo de un acuerdo restrictivo son *Mécaniver/PPG*, *AMB/Fondaria*, *BP/Ruhrigas* (en la que se autoriza un 25 % de participación sujeta a ciertas reglas de no influencia) y *BT/MCI*, *Olivetti/Digital*. En otros asuntos se ha analizado la figura de la *partial ownership* en función de sus efectos sobre la posición de dominio como, por ejemplo, en *Pilkington/BSN*, *Gencor/Lonrho*; así como en el análisis de determinadas *joint ventures* como *Schibsted/Telenor/Telia*; *CLIF/Marine* o *Deutsche Post/DHL*. La Comisión ha analizado el problema, más recientemente, en el asunto *Schneider/Legrand*.

35 Asuntos acumulados C-142 y 156/84.

36 Quizá el verdadero problema del modelo de análisis es que suele centrarse en los incentivos de la adquirida y no de la adquirente, mucho más significativos a la hora de determinar efectos en el mercado.

37 La Comisión Europea incluyó el problema del *minority shareholding* en la consulta pública sobre el Green Paper de reforma del control de concentraciones comunitario.

38 Si la *partial ownership* tiene efectos sobre el comportamiento (conductas) en el mercado al menos en el plano de los incentivos sobre aspectos como el precio, también puede evaluarse el contenido estructural de esa conducta desde un punto de vista especulativo, aunque ello se haga a costa de la quiebra en la consideración de la adquisición de control como único elemento que provoca el análisis *ex ante* y necesidad de atender a otros hechos desencadenantes que recojan la verdadera riqueza de situaciones que se producen en sectores industriales o de servicios.

El problema que se analiza bajo ambas normativas es el mismo y, sin embargo, puede tener un tratamiento diferente. Claramente, el problema no se refiere al examen de la superación de un umbral cuantitativo y en este caso ambas normativas reconocen la imposibilidad de tal formulación aún cuando se establezcan reglas de excepción del estilo "por debajo de X" que luego se restringen en el caso concreto.

La formulación cuantitativa de cuándo existe o no control no es racional incluso si se admite que una autoridad está legitimada para disponer de forma eficiente de sus recursos. Ocurre que la preocupación se centre en un porcentaje u otro de control adquirido, semeja el problema que formulaba en sus paradojas Zenón de Elea en el siglo V a.C. sobre la dicotomía y negación del movimiento, y la de Aquiles y la tortuga. Un porcentaje de un competidor puede significar cosas distintas en función de las circunstancias y los efectos deben analizarse de igual modo. La formulación cuantitativa, si se extiende, podría llegar a negar, por sí misma, la existencia de efectos de la participación.

El error en nuestra opinión es el estudio de la forma de adquisición para determinar si se da una obligación de notificación derivada de ello: incluso si se aceptara, por conveniencia práctica, el mantenimiento de un sistema basado en que debe haber adquisición de control para que haya examen como si fuera una concentración, en determinados casos el examen de los efectos debe llevarse a su última *ratio* y enmarcarse dentro del modelo de examen propio de las operaciones de concentración normales. Esos casos al menos no deberían tratarse como un problema del artículo 101.1 o 102.

La razón es que cualquier interés contenido en una operación de *partial ownership* afecta a los incentivos de precio del adquirente³⁶ (debe maximizar sus beneficios y el beneficio del porcentaje X de que disponga en la otra empresa) y, por ende, al comportamiento de la firma adquirida. Creemos posible y necesario objetivar esos incentivos respecto a determinados casos.

Dificultades a la hora de solucionar el verdadero problema

Como antes señalábamos, en el régimen comunitario europeo de competencia se remiten los casos de *partial ownership* al análisis bajo el artículo 101.1 y, con menor frecuencia, al examen bajo las condiciones del artículo 102. Es decir, se consideran conductas que vienen a reforzar la posible existencia de un acuerdo restrictivo o el posible abuso de una posición de dominio en el mercado relevante³⁷.

La remisión en bloque de estas situaciones provoca más problemas de los que soluciona puesto que es, materialmente, inadecuada bajo una doble perspectiva: (i) la incapacidad de los elementos de análisis de dichos artículos para dar una respuesta eficaz a los problemas que la institución provoca (las llamamos razones endógenas) y (ii) la existencia de elementos de estructura en determinados sectores industriales que influyen en que los efectos de una situación de *partial ownership* sean, bien previsibles, bien objetivamente analizables bajo un marco más parecido al de las operaciones de concentración (razones exógenas)³⁸.

Respecto de los factores exógenos, en primer lugar, la bondad de la remisión vendría a estar correlacionada, fundamentalmente, con la naturaleza de la competencia en el mercado en cuestión y con el tipo de empresa (adquirente y adquirida). Las situaciones de *partial ownership* pueden considerarse factores facilitadores estructurales y de conducta para determinar el resultado colusorio en un mercado³⁹. En efecto: mejoran los elementos de coordinación, operan como instrumento de intercambio informativo, sirven al fin de monitorizar la conducta de los competidores, mejoran la transparencia o predecibilidad de resultados futuros, entre otros aspectos.

Mejoran, por tanto, las condiciones para la existencia de colusión tanto tácita como explícita. La diferencia entre ambas formas de alcanzar resultados colusorios, como sabemos, reside en la existencia de coordinación (interna o a través de mercado)⁴⁰. Cuando una empresa participa en otra, sus ingresos vienen determinados por el beneficio propio del mercado y los retornos financieros de su inversión, lo que hace automática la coordinación, al menos parcial.

De igual modo, si bien la colusión tácita no constituye un resultado necesario de la interacción estratégica en mercados oligopolísticos sino que depende del plazo al que se compita⁴¹, la solución que se deriva de esta situación es mucho más estable en sentido de idoneidad para sostener una solución colusoria de este tipo, los acuerdos son más creíbles y los incentivos a violentarlos más reducidos; todo ello debido, entre otros factores, a que hace más comunes o simétricos los intereses de las empresas y a que la violación del acuerdo tácito es más complicada fundamentalmente para la empresa adquirida en este contexto⁴².

Los supuestos específicos en los que las características estructurales o de conducta exigirían un análisis *ex ante* bajo los elementos formales propios de las operaciones de concentración pueden extenderse a los siguientes casos:

39 La colusión, en sentido económico es un resultado de la interacción en el mercado (los precios son mayores de lo que deberían ser y semeja la situación que se deriva de un monopolio). Para un jurista es, sin embargo, un tipo de conducta.

40 La adquisición de *partial ownership* es una fórmula de coordinación a través del mercado. La doctrina económica ha elaborado instrumentos para cuantificar los efectos competitivos de los intereses parciales: el *price pressure index* (PPI), o el *modified HHI* (Salop & Bresnahan).

41 Los acuerdos colusorios no serían sostenibles cuando el mercado opera bajo un horizonte temporal limitado (la competencia generalizada en estos mercados es un equilibrio de Nash). En contextos más realistas (juegos repetidos con horizonte ilimitado), el resultado es que cuando los mercados operan de forma repetida la colusión sí es posible (no necesaria).

42 Influye en el incremento de la transparencia en términos como el *price setting* y los intercambios informativos. Es decir, hace más observable la conducta del competidor.

- en función del grado de cercanía de las empresas (adquirente y adquirida)⁴³;
- en función del grado de concentración preexistente del sector o la declaración previa de existencia de dominancia conjunta;
- en función del efecto previsible de la adquisición sobre las perspectivas de los accionistas minoritarios;
- en función de los elementos esenciales de conducta en los mercados: por ejemplo, siempre que se produzca en *bidding markets*;
- en supuestos de compañías sin control previo o con *shifting shareholders* o un alto número de participantes;
- en función de la historia de adquisiciones previa. Por ejemplo, toda segunda participación en diferentes empresas de un mismo sector, independientemente de las características subjetivas del adquirente⁴⁴;
- en todo caso en que se produzca la adjudicación a un tercero de la posición en un competidor (a raíz de una desinversión por ejemplo) y el tercero sea un competidor, aunque no esté presente en el mercado geográfico; o
- en operaciones de carácter vertical que incorporen alguno de los elementos señalados antes o siempre que los grados de concentración o dominancia conjunta en dichos segmentos sean mayores que en el plano horizontal.

43 Si las ventas perdidas por la adquirente se desplazan hacia la adquirida, entonces a la adquirente siempre le interesará subir precios, independientemente de lo que haga la adquirida.

44 Casos de adquisiciones por parte de sociedades de *private equity* y de capital riesgo.

Límites temporales a la aportación de pruebas en los procedimientos tributarios de revisión

Clara Jiménez Jiménez

Socia de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE FISCAL

I. Introducción	34
II. La prueba en Derecho Tributario	35
1. La regulación de la prueba en la Ley General Tributaria	35
2. El momento de presentación de pruebas en el procedimiento tributario	36
III. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la aportación extemporánea de prueba	38
1. Planteamiento de la cuestión	38
2. La interpretación del Tribunal Supremo	39
2.1. La naturaleza de los procedimientos de revisión	40
2.2. Los argumentos contra los distintos fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida	41
IV. Consideraciones sobre los límites a la aportación de prueba en los procedimientos tributarios	42
1. Las normas reguladoras del procedimiento económico-administrativo reconocen la posibilidad de aportar nuevas pruebas	42
2. La doctrina jurisprudencial soluciona problemas y evita la mala praxis procedimental	43
3. La posibilidad de aportar nuevas pruebas es una exigencia de la naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa	47

Índice/



Resumen: El administrado tiene la obligación de colaborar con la Administración y aportar todas las pruebas necesarias para la fijación de los hechos de relevancia jurídica. La controversia surge en los supuestos en los que el administrado no aporta esas pruebas en el momento procedimental oportuno y pretende hacerlo después, en el curso de un procedimiento de revisión.

En el ámbito tributario no existe una regla expresa para estos supuestos, por lo que cabe cuestionar la procedencia de admitir esas pruebas que, obviamente, no pudieron ser valoradas por la Administración en el momento de dictar el acto impugnado.

El trabajo aborda ese problema desde una perspectiva general, analizando la regulación sobre la prueba contenida en la Ley General Tributaria y, también, las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia.

Abstract: Taxpayers are obliged to collaborate with the tax authorities and to submit all the pieces of evidence needed to establish the facts that are relevant to the case from a legal perspective. The controversy arises in those cases where the taxpayer does not submit such evidence at the appropriate moment in the proceedings, and subsequently attempts to do so during the appeal phase.

Tax regulations do not provide an express rule for these cases. As a result, it can be argued whether such evidence –that logically was not assessed by the tax authorities at the time the contested decision was issued– should be accepted.

This article analyses this aspect from a general perspective by reviewing the regulation of the burden of the proof in the General Tax Law, as well as the latest judgments issued by the Supreme Court in this regard.



Palabras clave: Prueba, carga de la prueba, procedimiento, proceso, plazos, jurisprudencia.

Keywords: Evidence, burden of proof, proceedings, deadlines, case law.

Límites temporales a la aportación de pruebas en los procedimientos tributarios de revisión

I. Introducción

El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos se hace efectivo a través de distintos procedimientos de diferente naturaleza que, en su mayoría, pueden ser encuadrados en la categoría genérica de “aplicación de los tributos”.

La “aplicación de los tributos”, según el artículo 83 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (“LGT”), comprende “*todas las actividades administrativas dirigidas a la información y asistencia a los obligados tributarios y a la gestión, inspección y recaudación, así como las actuaciones de los obligados en el ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones tributarias*”. Por tanto, la determinación de las obligaciones tributarias tendrá lugar, normalmente, a través de alguno de los procedimientos encuadrados en esta categoría y, lógicamente, los hechos relevantes de dicha cuantificación deben fijarse en esta fase de “aplicación de los tributos”.

Ello permite cuestionar si la Administración está obligada a tomar en consideración nuevas pruebas que, por distintos motivos, no hubieran sido aportadas por el obligado tributario en el procedimiento de aplicación de los tributos. La duda se plantea, especialmente, en los supuestos en que el contribuyente aporta esas nuevas pruebas en los procedimientos de revisión (recurso de reposición o reclamación económico-administrativa).

Si los procedimientos de revisión tuvieran por objeto comprobar la legalidad de la actuación de la Administración, estas reclamaciones o recursos deberían ser desestimados porque la falta de aportación de pruebas por parte del obligado tributario no puede serle reprochada a la Administración. Sin embargo, si los procedimientos de revisión tuvieran por objeto comprobar la legalidad del acto impugnado, la solución debería ser distinta, por motivos obvios.

En el ámbito del Derecho Administrativo el problema tiene un tratamiento específico en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, donde se establece que no se tendrán en cuenta en la resolución de recursos las pruebas que no hubieran sido oportunamente aportadas en el trámite de alegaciones, salvo que dicha omisión no fuera imputable al administrado. No obstante, la aplicación de esa regla a los procedimientos de revisión de actos tributarios resulta muy cuestionable.

El objeto del presente trabajo es analizar los distintos motivos existentes a favor y en contra de las interpretaciones posibles, tomando en consideración la normativa reguladora y las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación con esta materia.

1 En relación con ello, pueden verse los trabajos ya clásicos de ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, trad. esp. de E. Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1956; PALAO TABOADA, C., “Naturaleza y estructura del procedimiento de gestión tributaria en el Derecho español”, Estudio preliminar incluido en la traducción de la obra de BERLIRI, a., *Principios de Derecho Tributario*, vol. III, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1974; PEREZAGUA CLAMAGIRAND, L., *La prueba en el Derecho Tributario*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1975.

2 Vid. MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1996, pág. 25 y ss.

II. La prueba en Derecho Tributario

La prueba es una institución esencial en el ordenamiento jurídico que, en materia tributaria, presenta destacadas singularidades¹.

Una de ellas es la posición asimétrica de las partes en relación con el conocimiento de los hechos de relevancia jurídica². En efecto, la realización del hecho imponible determina el nacimiento de la obligación tributaria y el consecuente derecho de crédito de la Administración, pero el titular de esos derechos no suele tener conocimiento directo de la realización de esos hechos, lo que constituye un serio obstáculo para su ejercicio. Por ello, es lógico que la regulación de la prueba en Derecho Tributario reconozca alguna ventaja probatoria a la Administración para compensar esa desigualdad de partida en el conocimiento de los hechos³.

Otra importante singularidad es la existencia de un procedimiento especial de revisión de los actos de naturaleza tributaria, las reclamaciones económico-administrativas, que conviven con otros procedimientos de revisión típicamente administrativos, como el recurso de reposición. Ese procedimiento económico-administrativo tiene una naturaleza administrativa y no jurisdiccional, pero el extraordinario detalle de su regulación, que emula claramente a la del proceso contencioso-administrativo, ha provocado que se le atribuya ocasionalmente naturaleza *cuasi* jurisdiccional, lo que también tiene especial relevancia en la identificación de límites a la aportación de pruebas⁴.

1. La regulación de la prueba en la Ley General Tributaria

La regulación de la prueba en Derecho Tributario se contiene, esencialmente, en los artículos 105 a 108 de la LGT.

El artículo 105 de la LGT establece las reglas sobre la carga de la prueba y dispone que, en los procedimientos de aplicación de los tributos, *“quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo”*.

Esta regla parece coincidir con la vigente en el ámbito del Derecho privado, pero difiere claramente de aquella como consecuencia de la naturaleza legal e indisponible de la obligación tributaria. En efecto, el principio de legalidad tributaria, junto con el principio de objetividad de la actuación de la Administración, implica que los procedimientos tributarios estén regidos por el principio inquisitivo y no por el dispositivo. Por tanto, solo podrá hablarse de carga de la prueba en un sentido objetivo⁵, en tanto la Administración, en la medida de sus posibilidades, deberá suplir la eventual inactividad del obligado tributario para la consecución de todas las pruebas jurídicamente relevantes para la cuantificación de la obligación tributaria, con independencia de que su aportación favorezca los intereses de la Hacienda

3 Aquí se incluirían los deberes de información establecidos sobre el contribuyente y otros obligados tributarios y, también, algunas técnicas presuntivas que facilitan la carga de la prueba de hechos especialmente difíciles de acreditar. Sobre lo primero, puede verse, ampliamente, RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M., *La prueba en Derecho Tributario*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2007, pág. 134 y ss. Respecto de lo segundo puede verse MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Presunciones y técnicas... cit.*, pág. 30 y ss.

4 Como se dice en la STS de 10 de septiembre de 2018, Pon. Sr. Cudero, ECLI: ES:TS:2018:3091, *“El carácter administrativo del procedimiento que nos ocupa (y de los órganos encargados de su tramitación y resolución), empero, no obsta para identificar en su regulación legal unas características que, a diferencia de lo que ocurre con su equivalente respecto de los actos administrativos en general –el recurso de alzada–, le aproximan notoriamente al procedimiento jurisdiccional, a cuyo efecto basta con observar la amplísima regulación de la vía económico-administrativa, que contrasta con la parquedad con la que se disciplina en nuestro ordenamiento el mencionado mecanismo equivalente para agotar la vía administrativa en relación con los actos que no tienen naturaleza tributaria”*.

6 Vid. MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Presunciones y técnicas... cit.*, pág. 30 y ss.

7 RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M., *La prueba en Derecho Tributario*, cit., pág. 98.

5 Vid. ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, cit., pág. 11 y ss., en donde se diferencia entre carga subjetiva y objetiva de la prueba, en función de las distintas consecuencias que se hacen derivar de la insuficiencia probatoria.

Pública o del contribuyente⁶. Por ello, se puede afirmar que la Administración no solo está autorizada, sino que también está obligada a investigar y comprobar de oficio, y sin consideración a las alegaciones de los interesados, todos los hechos jurídicamente relevantes para la cuantificación de la obligación tributaria⁷. Esta consideración desemboca en lo que para algunos es un axioma fundamental: la obligación de instrucción de los órganos de la Administración tributaria encargados de procedimientos de comprobación. Es a ellos a quienes les corresponde investigar y obtener pruebas que, por supuesto, han de pedirse en muchas ocasiones al contribuyente, que está obligado a colaborar con la Administración. Sin embargo, la formación del acervo probatorio necesario para fundamentar la regularización que en su caso se proponga es tarea de la Administración.

El artículo 106 de la LGT establece las normas sobre medios y valoración de la prueba y realiza una remisión a *“las normas que sobre medios y valoración de prueba se contienen en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que la ley establezca otra cosa”*⁸. Reconoce que la ley propia de cada tributo podrá exigir requisitos formales de deducibilidad para determinadas operaciones y, finalmente, confiere especial relevancia probatoria a las facturas, aunque al mismo tiempo dispone que *“la factura no constituye un medio de prueba privilegiado respecto de la existencia de las operaciones”*, por lo que puede exigirse la aportación de pruebas específicas sobre la realidad de las operaciones a las que se refiere la factura.

Finalmente, el artículo 108 de la LGT, titulado *Presunciones en materia tributaria*, reconoce la naturaleza *iuris tantum* de las presunciones tributarias y establece distintas reglas sobre el valor probatorio de los registros públicos o los elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios. Las presunciones, pues, constituyen medios de prueba tanto a favor del contribuyente como de la Administración. En muchas ocasiones se considera que no hay pruebas claras y rotundas de alguna cuestión, pero no puede olvidarse que la misma puede probarse por presunciones.

2. El momento de presentación de pruebas en el procedimiento tributario

La LGT no contiene ninguna norma específicamente dirigida a determinar el momento en que deben ser aportadas las pruebas. Ello, desde una interpretación global del sistema tributario, puede considerarse lógico, ya que la traslación al contribuyente del deber de autoliquidar el impuesto y la ulterior sujeción a las actuaciones administrativas de comprobación e inspección determinan que los obligados tributarios deban conservar en su poder las pruebas de todos los hechos que sustenten sus pretensiones en cada procedimiento.

Por tanto, si durante un procedimiento de comprobación o inspección la Administración cuestionara los hechos alegados por el obligado tributario, este debería presentar en ese mismo momento las pruebas que pudieran acreditar la

8 Según PERIS GARCÍA, P., *La prueba en la reclamación económico-administrativa y en el recurso contencioso*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1997, pág. 46, la finalidad de las actuaciones de comprobación administrativa guarda un claro paralelismo con la finalidad de la prueba como parte del proceso, lo que permitiría comprender esta remisión del legislador.

realidad de esos hechos y la rectitud de su actuación en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

En todo caso, esta omisión normativa adquiere especial relevancia jurídica si consideramos que en junio de 2014 se aprobó un Anteproyecto de ley de modificación de la LGT que, entre otras novedades, pretendía limitar el momento de aportación de nuevas pruebas. Ese Anteproyecto contenía una modificación del artículo 106 de la LGT, para añadir un nuevo párrafo con la siguiente redacción: *“Una vez realizado el trámite de audiencia o, en su caso, el de alegaciones, no podrá incorporarse al expediente ni ser tenida en cuenta más documentación acreditativa de los hechos en el procedimiento de aplicación de los tributos o en la resolución de recursos o reclamaciones, salvo que el obligado tributario demuestre la imposibilidad de haberla aportado antes de la finalización de dicho trámite”*⁹.

Esa propuesta del Ministerio de Hacienda, sin embargo, no se incluyó en el Proyecto de Ley remitido al Congreso¹⁰ y, consecuentemente, tampoco forma parte del texto finalmente aprobado por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria¹¹.

Esa renuncia a limitar por ley la aportación de pruebas en el procedimiento de revisión resulta especialmente significativa porque el artículo 96.4 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria disponía –y dispone– que *“una vez realizado el trámite de audiencia o, en su caso, el de alegaciones, no se podrá incorporar al expediente más documentación acreditativa de los hechos, salvo que se demuestre la imposibilidad de haberla aportado antes de la finalización de dicho trámite, siempre que se aporten antes de dictar la resolución”*.

Por tanto, la modificación de la LGT pretendía dar cobertura legal a esa norma reglamentaria y, además, extender su ámbito de aplicación a los procedimientos de revisión. Consecuentemente, el hecho de que no llegara a buen término esa propuesta normativa puede ser interpretado como una renuncia del legislador a limitar la aportación de pruebas en los procedimientos de revisión.

Por todo ello es posible afirmar, como decíamos antes, que la LGT no contiene ninguna norma específicamente dirigida a determinar el momento en que deben ser aportadas las pruebas. Y, además, debe destacarse que esa omisión no es consecuencia de un olvido del legislador, porque el Ministerio de Hacienda elaboró una propuesta normativa para limitar el plazo de aportación de pruebas y esta decayó en el momento de iniciarse su tramitación parlamentaria.

9 Tal y como destaca HUESCA BOADILLA, R., *El momento de aportación de nuevas pruebas en el Procedimiento inspector*, en Quincena Fiscal, núm.22/2015, BIB 2015\17988, pág. 11.

10 Vid. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-146-1.PDF.

11 Vid. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10143.

III. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la aportación extemporánea de prueba

1. Planteamiento de la cuestión

La necesidad de admitir o rechazar las pruebas aportadas por el obligado tributario una vez finalizado el procedimiento de comprobación o inspección ha sido cuestionada varias veces ante el Tribunal Supremo. Una de las últimas ocasiones en las que se ha abordado esa cuestión ha sido en la sentencia de 10 de septiembre de 2018¹², que establece una doctrina especialmente relevante sobre la materia¹³.

El problema resuelto por el Tribunal Supremo en esta sentencia puede ser expuesto, sintéticamente, del siguiente modo. Una entidad no residente había solicitado la devolución del IVA, por lo que la Administración inició el correspondiente procedimiento de comprobación para verificar la procedencia de dicha devolución. En el curso del procedimiento, la Administración requirió al contribuyente para que aportara las facturas acreditativas de su derecho de deducción y aclaración detallada de las operaciones realizadas en España. Como el interesado no aportó esa documentación, la solicitud fue denegada.

Contra la resolución denegatoria, el contribuyente presentó recurso de reposición y aportó nueva documentación. La Administración requirió de nuevo la aportación de la documentación que consideraba imprescindible para la resolución del recurso, pero tampoco en ese momento fue proporcionada por el interesado, por lo que la Administración desestimó el recurso interpuesto.

El contribuyente presentó reclamación económico-administrativa contra las resoluciones desestimatorias y aportó nuevas pruebas que, ahora sí, justificaban la procedencia de la devolución del IVA. Sin embargo, el Tribunal Económico-Administrativo Central descartó valorar esta documentación aportada por entender que era extemporánea, por lo que se basó exclusivamente en los datos fácticos aportados en vía de gestión y desestimó la reclamación, considerando que la entidad no había acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 119 de la Ley del IVA para la obtención de la devolución solicitada.

Contra la resolución del TEAC, el contribuyente presentó recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que también fue desestimado por sentencia de 22 de septiembre de 2016¹⁴. El fundamento jurídico de dicha sentencia es, básicamente, el siguiente:

- Los empresarios no establecidos pueden solicitar la devolución del IVA, pero soportan la carga de la prueba de los requisitos exigidos para su aplicación.
- Junto a la regla general sobre la carga de la prueba, concurre el criterio de normalidad y facilidad probatoria, de manera que esta ha de atribuirse a aquella parte más próxima a las fuentes de prueba.

12 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2018, Sección 2, Pon. Sr. Cudero, ECLI: ES:TS:2018:3091.

13 Más recientemente se ha hecho pública la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2019, Sección 2, Pon. Sr. Aguillo, ECLI: ES:TS:2019:667, pero reproduce íntegramente los fundamentos jurídicos de la sentencia de 10 de septiembre de 2018, por lo que nos referiremos exclusivamente a esta última para facilitar la comprensión del discurso.

14 Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2016, Sección 6, Pon. Sra. Resa, ECLI: ES:AN:2016:3806

- El contribuyente debió atender el requerimiento en el que se le solicitaba aclaración detallada de las operaciones realizadas en España, pues al no hacerlo impidió a la Administración reconocer ese derecho a la devolución, aun cuando la actora materialmente cumpliera todos los requisitos legales.
- El incumplimiento de las exigencias de naturaleza formal justifica la pérdida del derecho de deducción, sin que ello constituya una vulneración del principio de neutralidad en el IVA.
- El contribuyente presentó reclamación económico-administrativa y en ese momento aportó la documentación justificativa de su derecho a la devolución solicitada.
- El contribuyente no puede pretender que en fase económico-administrativa se tengan en cuenta hechos que no manifestó, a requerimiento de la Administración, en una fase procedimental anterior, encaminada a apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos para reconocer el derecho a la devolución.
- El hecho de que los procedimientos revisores en materia tributaria tengan su específico régimen jurídico no impide aplicar supletoriamente la Ley común a todos los procedimientos administrativos.
- Aceptar la posibilidad de aportar documentos requeridos convertiría la reclamación económico-administrativa en un nuevo procedimiento de aplicación de los tributos, pues implicaría prolongar la tramitación del iniciado con la presentación de la solicitud de devolución efectuada en su día.
- No se trata de llevar el rigor formal hasta sus últimas consecuencias, sino de atender a la naturaleza y finalidad de cada procedimiento.

El contribuyente presentó recurso de casación contra la sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional, que fue admitido a trámite por Auto del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017, precisando que la primera cuestión de interés para la formación de jurisprudencia consistía en *“determinar si, al amparo de lo dispuesto en el artículo 236 de la LGT, el reclamante puede presentar ante los tribunales económico-administrativos aquellas pruebas que no aportó ante los órganos de gestión tributaria, determinando, en su caso, las circunstancias en que esta falta de aportación impide su presentación ulterior en sede económico-administrativa”*¹⁵.

15 Vid. Auto del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017, Sección 1, Pon. Sr. Huelin, ECLI: ES:TS:2017:5029A.

16 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2018, Sección 2, Pon. Sr. Cudero, ECLI: ES:TS:2018:3091, Fundamento de Derecho Tercero

2. La interpretación del Tribunal Supremo

En la resolución del recurso de casación, el Tribunal Supremo anuló la sentencia de instancia y estableció como criterio jurisprudencial que es posible la presentación en sede económico-administrativa de pruebas no aportadas durante los procedimientos de gestión o inspección, *“sin que el órgano de revisión pueda dejar de valorar –al adoptar su resolución– tales elementos probatorios. Todo ello, con*

*una única excepción: que la actitud del interesado haya de reputarse abusiva o maliciosa y así se constate debida y justificadamente en el expediente*¹⁶.

En la fundamentación de esa decisión se pueden identificar dos bloques de argumentos: los referidos a la naturaleza del procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas; y los referidos a rebatir los argumentos contenidos en la sentencia recurrida.

2.1. La naturaleza de los procedimientos de revisión

La sentencia comienza recordando el carácter administrativo y no jurisdiccional del procedimiento económico-administrativo, pero destaca que su regulación legal tiene unas características básicas que, a diferencia de lo que ocurre con su equivalente respecto de los actos administrativos en general, *“lo aproximan notoriamente al procedimiento jurisdiccional”*.

De la pormenorizada regulación legal del procedimiento, la sentencia destaca el artículo 236 de la LGT que impide al tribunal *“denegar la práctica de pruebas cuando se refieran a hechos relevantes”*, y que solo le permite dejar de examinar aquellas *“que no sean pertinentes para el conocimiento de las cuestiones debatidas”*.

Asimismo, destaca el contenido del artículo 237.1 de la LGT, donde se establece que *“las reclamaciones y recursos económico-administrativos someten a conocimiento del órgano competente para su resolución todas las cuestiones de hecho y de derecho que ofrezca el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados, sin que en ningún caso pueda empeorar la situación inicial del reclamante”*. Dicho precepto está en clara conexión con el artículo 239.2 de la LGT, en donde se dispone que la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá *“todas las cuestiones que se susciten en el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados”*.

Finalmente, en relación con la prueba en el procedimiento, destaca la sentencia que el artículo 57 del Reglamento general de desarrollo de la Ley General Tributaria en materia de revisión en vía administrativa, reitera que *“el tribunal solo podrá denegar la práctica de pruebas solicitadas o aportadas cuando se refieran a hechos que no guarden relevancia para la decisión de las pretensiones ejercitadas en la reclamación, le permite ordenar la práctica de las pruebas previamente denegadas y le faculta para requerir todos los informes que considere necesarios o convenientes para la resolución de la reclamación”*.

La regulación del procedimiento administrativo común es, sin embargo, muy distinta, puesto que el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece que *“no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho. Tampoco podrá solicitarse la práctica de pruebas*

16 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2018, Sección 2, Pon. Sr. Cudero, ECLI: ES:TS:2018:3091, Fundamento de Derecho Tercero.

cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado”.

Todo ello permite al Tribunal entender que existen diferencias significativas en la regulación de la prueba en el procedimiento económico-administrativo y en el procedimiento administrativo común.

2.2. Los argumentos contra los distintos fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida

En primer lugar, la sentencia explica los motivos por los que no resultan de aplicación supletoria las reglas del procedimiento administrativo común, destacando que *“no cabe aplicación supletoria de otra ley cuando la cuestión está expresamente regulada en aquella que la disciplina. En otras palabras, solo hay supletoriedad cuando es necesario llenar una omisión de la normativa aplicable o interpretar sus disposiciones de forma que se integren debidamente con otras normas o principios generales contenidos en otras leyes”*. Así, en el supuesto considerado es obvio que la regulación del procedimiento económico-administrativo ha de considerarse completa y, además, prevé expresamente que el órgano revisor debe admitir y valorar las pruebas propuestas, salvo que *“se refieran a hechos que no guarden relevancia para la decisión de las pretensiones ejercitadas”*.

Además, la sentencia destaca que la jurisprudencia más reciente reconoce el derecho del obligado tributario a presentar pruebas en fase de revisión, citando a tal efecto las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017¹⁷, de 24 de junio de 2015¹⁸ y de 20 de junio de 2012¹⁹.

En relación con la pretendida desnaturalización del procedimiento, invocada en la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo entiende que su criterio no vacía de contenido el procedimiento de aplicación de los tributos, porque *“en el seno de este procedimiento será en el que naturalmente el contribuyente justificará el derecho pretendido”*. Pero *“ese contenido natural no puede ser obstáculo para que el interesado pueda discutir con plenitud la decisión que en el procedimiento se adopte con todos los argumentos defensivos que tenga por conveniente y a través de los cauces que el ordenamiento jurídico le brinda”*.

Es más, la sentencia del Tribunal Supremo analizada sostiene que *“la inutilidad a la que se refiere la sentencia sería predicable, si prosperase el criterio sostenido en la sentencia recurrida, no del procedimiento de aplicación de los tributos, sino de la vía económico-administrativa, que se convertiría en una pura continuación de lo actuado previamente, sin verdaderas posibilidades de enjuiciar el acto administrativo previo”*.

Y todavía añade un último argumento en defensa de su tesis, que deriva de la aproximación de las reglas del procedimiento económico-administrativo a las del proceso judicial, que permitiría aplicar a ese procedimiento *“la reiterada jurisprudencia que señala que el recurso contencioso-administrativo no constituye una*

17 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, Sección 2, Pon. Sr. Martínez Micó, ECLI: ES:TS:2017:1509. Puede verse un breve comentario a esta sentencia en NICOLAU, N., y ÁLVAREZ, I., *Aportación en sede de revisión de nuevos documentos no presentados ante la AEAT en fase de investigación o inspección*, en La Ley Digital, núm. 11719/2017. También resume y comenta el contenido de esa sentencia PUERTA ARRÚE, A., *Doctrina administrativa sobre la aportación de pruebas en vía de revisión tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017*, en Revista de Contabilidad y Tributación CEF, núm. 424 (julio 2018).

18 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015, Sección 2, Pon. Sr. Garzón, ECLI: ES:TS:2015:3130.

19 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2012, Sección 2, Pon. Sr. Frías, ECLI: ES:TS:2012:5502.

nueva instancia de lo resuelto en vía administrativa, sino un auténtico proceso, autónomo e independiente de la vía administrativa, en el que resultan aplicables los derechos y garantías jurisdiccionales reconocidos y en donde pueden invocarse nuevos motivos o fundamentos jurídicos no invocados en vía administrativa, con posibilidad de proponer prueba y aportar documentos que no fueron presentados ante la Administración para acreditar la pretensión originariamente deducida”.

IV. Consideraciones sobre los límites a la aportación de prueba en los procedimientos tributarios

Lo expuesto hasta el momento permite apreciar la dificultad de encontrar una solución única que concilie todos los intereses en conflicto, sobre todo por la enorme casuística que cabe imaginar en relación con la cuestión planteada. En todo caso consideramos acertada la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en las sentencias citadas de 10 de septiembre de 2018 y 21 de febrero de 2019, aunque nos parece oportuno realizar algunas consideraciones sobre la misma.

1. Las normas reguladoras del procedimiento económico-administrativo reconocen la posibilidad de aportar nuevas pruebas

La LGT, al regular el procedimiento económico-administrativo, reconoce abiertamente la posibilidad de practicar todas las pruebas necesarias para alcanzar el mejor conocimiento posible de los hechos jurídicamente relevantes. Así, el artículo 236.4 de la LGT dispone taxativamente que *“no cabrá denegar la práctica de pruebas relativas a hechos relevantes”*.

Asimismo, el artículo 237.1 establece que las reclamaciones y recursos económico-administrativos *“someten a conocimiento del órgano competente para su resolución todas las cuestiones de hecho y de derecho que ofrezca el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados”*. De este modo, se viene a reconocer al órgano económico-administrativo una potestad prácticamente ilimitada para indagar sobre la realidad de los hechos acaecidos, como una premisa lógica y necesaria para dictar una resolución ajustada a derecho.

Es cierto que en el procedimiento administrativo general existe una relevante limitación a la solicitud o aportación de pruebas, pero esa restricción, contenida en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015, relativa a los procedimientos de revisión no es directamente aplicable a los procedimientos tributarios porque la Disposición Adicional Primera de esa misma ley dispone expresamente que los procedimientos de aplicación de los tributos y los de revisión tributaria *“se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley”*. Consecuentemente, la existencia de una regulación específica y detallada en relación con la prueba en los procedimientos de revisión determina la imposibilidad de aplicar un precepto que, como hemos visto, limita la aportación de pruebas y solo es de aplicación supletoria.

Ello significa, desde nuestro punto de vista, que no hay límites objetivos a la actividad probatoria en los procedimientos de revisión tributaria. Lo cual, por otra parte, resulta totalmente lógico y coherente con la naturaleza pública de los intereses en juego y la vigencia de un principio de indisponibilidad de la obligación tributaria, en virtud del cual la Administración no puede disponer de su derecho ni aceptar una tributación distinta de la prevista en la ley²⁰.

Es cierto que, eventualmente, podrían establecerse límites a la aportación de pruebas en los procedimientos de revisión derivados de los principios generales del Derecho y, en particular, de la prohibición del abuso de Derecho. Pero esa limitación no tendría carácter objetivo, como la contenida en el artículo 118 de la Ley 39/2015, sino que exigiría realizar una valoración específica de la conducta del recurrente para calificarla como abuso de Derecho. En nuestra opinión, la limitación fundamental ya está contenida en las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo: que las pruebas se aporten de manera abusiva y maliciosa. Ese debería ser el límite para admitir su aportación extemporánea.

2. La doctrina jurisprudencial soluciona problemas y evita la mala praxis procedimental

Los actos de liquidación determinan la deuda exigible a cada contribuyente y, para ser absolutamente respetuosos con los principios de justicia tributaria, deberían dictarse con el mejor conocimiento posible de los hechos jurídicamente relevantes. Sin embargo, la Administración no siempre puede conocer los hechos en su integridad, por lo que la colaboración del obligado tributario puede resultar necesaria para alcanzar ese objetivo, especialmente en los supuestos en que solo él dispone de los medios de prueba que pueden acreditar la realidad de unos determinados hechos.

Por ello, todos los procedimientos de aplicación de los tributos prevén la intervención de la Administración y del administrado en la fijación de los hechos jurídicamente relevantes, porque solo de ese modo se puede alcanzar ese apreciado objetivo. En este contexto, la falta de colaboración del contribuyente constituye un problema jurídico concreto que merece una solución específica.

En determinados casos, el ordenamiento jurídico prevé esa contingencia y establece disposiciones supletorias, que son aquellas dictadas con la finalidad de suplir un eventual desconocimiento de alguno de los elementos de la relación jurídica tributaria cuya constancia es necesaria para la correcta determinación del régimen jurídico aplicable²¹. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en los supuestos en los que la Administración no conoce a todos los cotitulares de un bien²²; o, también, en los que la Administración no dispone de los datos necesarios para la determinación completa de la base imponible²³.

En otros casos, por el contrario, no hay una solución específica y es necesario acudir a las reglas generales sobre la carga de la prueba, que implicarán la no aplicación de las consecuencias jurídicas cuyo fundamento fáctico no fue

20 *Vid.* RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M., La prueba en Derecho Tributario, *cit.* pág. 94.

21 *Vid.*, ampliamente, MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Presunciones y técnicas presuntivas*, *cit.*, pág. 153 y ss., donde se cita como ejemplo la "presunción de conmorienca" establecida en el artículo 33 del Código Civil.

22 *Vid.* artículo 35.7 LGT.

23 *Vid.* artículo 53 LGT.

suficientemente probado. En estos supuestos, la solución más coherente con el principio de legalidad tributaria consiste en aceptar las pruebas aportadas, aunque esa aportación haya sido tardía, porque solo de este modo se logra una cuantificación de la obligación tributaria respetuosa con el mandato contenido en la ley.

Por tanto, la aceptación extemporánea de pruebas debe valorarse positivamente porque permite una mejor identificación de los hechos jurídicamente relevantes y, consecuentemente, una cuantificación de la obligación tributaria más respetuosa con los principios de justicia tributaria. Además, esa doctrina, en los términos en que ha sido formulada por el Tribunal Supremo, resuelve otros problemas de mala praxis procedimental.

Nos referimos, en primer lugar, a los supuestos de imprecisión de los requerimientos de documentación. Se trata de casos en los que la Administración solicita de forma genérica la aportación de *“cualesquiera otras pruebas”* justificativas de una determinada realidad, sin que resulte fácil identificar los medios de prueba que deben ser aportados para acreditar esos hechos. Así sucede, por ejemplo, en los casos en los que se cuestiona la residencia habitual de un contribuyente, la efectiva presencia en el extranjero de una UTE o la valoración de un intangible.

En estos supuestos el contribuyente puede desconocer los medios de prueba que debe aportar para lograr acreditar los hechos cuestionados por la Administración o, sencillamente, puede aportar los que juzgue suficientes, y que luego el órgano administrativo valore como insuficientes. Por ello, pese a su buena disposición, puede fracasar en su intento de convencer a la Administración sobre la efectiva realidad de los hechos cuestionados. Y la Administración, que *“tiene la facultad jurídica de definir y valorar los elementos del hecho imponible que no tengan una expresión concreta y cuantificable”*²⁴, puede considerar insuficientemente acreditados dichos extremos y rechazar las pretensiones del contribuyente.

En ese contexto, parece totalmente razonable permitir a ese contribuyente la aportación de nuevas pruebas en fase de revisión porque la insuficiencia probatoria no ha sido consecuencia de su desidia o de su estrategia, sino de la dificultad de identificar los medios de prueba necesarios para la acreditación de unos hechos o, también, de la falta de precisión del requerimiento de la Administración²⁵. Procede volver a recordar a este respecto que, frente a la carga de la prueba del contribuyente, está la obligación de instrucción de la Administración. Es imprescindible que tal instrucción se realice de manera escrupulosa, informando al contribuyente de las pruebas pertinentes y no realizando requerimientos genéricos. Pero, sobre todo, es imprescindible que el contribuyente sea informado durante la actuación de la suficiencia o insuficiencia de las pruebas para que, con tiempo suficiente, prepare las pruebas necesarias para la defensa de sus derechos. Si a un contribuyente se le solicita prueba de su derecho a determinado beneficio jurídico, este aporta lo que tiene en su poder, y al final de la comprobación se encuentra con la *“sorpresa”* de que es insuficiente, muy probablemente no podrá ya obtener el resto de pruebas que, caso de haber conocido la situación con tiempo, hubiera podido recabar. Ese contribuyente es posible que tenga que proveer las mismas

24 Vid. RAMALLO MASSANET, J., *La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias (I)* en revista Crónica Tributaria, núm. 76, 1995, pág. 82.

25 Esta es la conclusión a la que llega también el Tribunal Económico-Administrativo Central en su Resolución de 23 de enero de 2014 (RG 761/2012), en la que se estima el recurso y se admite el Derecho del recurrente a aportar nuevas pruebas en fase de revisión, porque había aportado los *“medios de prueba en los términos indicados en el requerimiento, tal como se indica en el antecedente de hecho primero de esta resolución. No obstante, no se aportó aclaración de las operaciones realizadas en España ni del destino de los bienes y servicios adquiridos, y es precisamente en la ausencia de esta información, que se califica como de simple aclaración, en la que la Administración tributaria fundamenta la denegación de la solicitud de devolución controvertida”*.

en la fase de revisión, sin que sea procedente poner límites a esa aportación que, en el fondo, ha sido causada por una deficiente instrucción. La mayor parte de las veces esa deficiente instrucción no constituye una actuación contraria al ordenamiento jurídico que comporte directamente un “reproche jurídico” (nulidad de lo actuado), pero cada vez más los tribunales aprecian indefensión del obligado tributario y ordenan retrotraer las actuaciones.

La otra mala praxis procedimental que resuelve la doctrina del Tribunal Supremo es la del contribuyente que, por estrategia, desatiende los requerimientos de aportación de prueba realizados por la Administración en los procedimientos de aplicación de los tributos para desplegar toda su actividad probatoria en un momento ulterior durante la tramitación de los procedimientos de revisión.

Este tipo de actuaciones son bien conocidas por la Administración, tal y como se desprende de su interés por introducir cambios normativos orientados a su erradicación. Sin embargo, conviene destacar que el número de expedientes en los que se aprecia ese tipo de conductas debe ser un porcentaje mínimo respecto del total de procedimientos tramitados cada año, por lo que puede parecer desproporcionada la pretensión de prohibir en todo caso la aportación extemporánea de pruebas por el hecho de que en algunos casos pueda apreciarse ese abuso de derecho por parte del contribuyente.

En todo caso, ese eventual problema también es resuelto por la doctrina del Tribunal Supremo comentada, en tanto expresamente dispone que la posibilidad de aportar nuevas pruebas en el procedimiento de revisión queda vedada en los supuestos de actuación abusiva o maliciosa. Se trata, en nuestra opinión, de una solución correcta y proporcionada para resolver un problema real que, sin embargo, afecta a un pequeño número de contribuyentes.

Es cierto que resulta difícil identificar en abstracto los distintos comportamientos que pueden ser calificados como abusivos o maliciosos²⁶, pero no lo es menos que, cuando se está ante ellos, se suele tener claro que lo son. Este aparente problema se disipará con el paso del tiempo, a medida que los tribunales se pronuncien sobre los distintos casos en los que la Administración califique de ese modo la conducta del contribuyente.

En relación con esta cuestión, resulta oportuno subrayar que la carga de la prueba sobre el abuso de derecho corresponde a la Administración, que tal y como afirma el Tribunal Supremo, deberá constatar *“debida y justificadamente en el expediente”* los motivos por los que considera que la conducta del interesado debe reputarse abusiva o maliciosa²⁷.

Finalmente, cabe plantear la posibilidad de establecer restricciones a la aportación tardía de determinado tipo de pruebas. Este es un tema pendiente de abordar por los tribunales, pero sería el complemento perfecto para la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 de septiembre de 2018 y de 21 de febrero de 2019. Se trataría de reconocer genéricamente la admisibilidad de las pruebas cuyos efectos jurídicos son inmediatamente apreciados por el

26 Aunque sí es posible imaginar algunos, como el retraso en aportar pruebas relacionadas con la transmisión de bienes y derechos cuando ello pueda determinar la prescripción del derecho de la Administración a regularizar la situación del adquirente de esos bienes y derechos.

27 Esta precisión cobra todo su sentido a partir de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de noviembre de 2014, RG 6668/2012, en la que se aprecia una clara inversión de la carga de la prueba al afirmar que *“en el supuesto que nos ocupa, la interesada no acredita ante este Tribunal Central motivo alguno por el cual no proporcionó a la Inspección la documentación ahora aportada cuando fue requerida expresamente para ello en fase inspectora por lo que, no derivándose del expediente circunstancia alguna que impidiera tal aportación, debe concluirse que ello se debió, exclusivamente, a su libre decisión, y ello a la vista de los constantes requerimientos consignados en diligencias firmadas por el representante de la obligada tributaria”*.

28 Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de noviembre de 2017, RG 483/2015.

29 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, Sección 2, Pon. Sr. Martínez Micó, ECLI: ES:TS:2017:1509. Puede verse un breve comentario a esta sentencia en NICOLAU, N., y ÁLVAREZ, I., *Aportación en sede de revisión de nuevos documentos no presentados ante la AEAT en fase de investigación o inspección*, en La Ley Digital, núm. 11719/2017. También resume y comenta el contenido de esa sentencia PUERTA ARRÚE, A., *Doctrina administrativa sobre la aportación de pruebas en vía de revisión tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017*, en Revista de Contabilidad y Tributación CEF, núm. 424 (julio 2018).

30 Es oportuno destacar que esa apreciación contenida en la RTEAC era innecesaria para resolver el problema concreto planteado, como expresamente reconoce al afirmar seguidamente que *"centrándonos en el caso concreto que nos ocupa podemos comprobar que la documentación aportada por el interesado en el presente recurso de alzada acredita sin requerir mayor investigación por parte del Tribunal, lo que en el procedimiento seguido por la AEAT no resultó acreditado (el establecimiento permanente sito en Suiza fue gravado por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades), debiéndose por tanto estimar las pretensiones actoras al respecto"*.

juzgador y, al mismo tiempo, establecer restricciones para aquellas otras cuyos efectos jurídicos son difíciles de determinar y exigen una actuación compleja de la Administración. En el fondo, tiene mucho que ver con la actuación maliciosa en la aportación tardía de pruebas ya que muchas veces esa conducta se realiza respecto de pruebas cuya adecuada valoración no puede hacerse por el tribunal, no obstante lo cual, se aportan tardíamente para evitar que el órgano que hubiera podido contradecirlas en el procedimiento de comprobación lo haga. Así, no es lo mismo aportar de forma tardía un certificado de residencia de un tercer país que unos soportes contables cuyas consecuencias jurídicas en la determinación de la base imponible requieren de una serie de actuaciones difíciles de realizar por parte del órgano revisor.

La necesidad de establecer esta diferenciación entre distintos tipos de prueba es abiertamente defendida en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de noviembre de 2017²⁸, en la que explícitamente se afirma haber asumido la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 20 de abril de 2017 sobre admisión de pruebas tardíamente aportadas²⁹. Sin embargo, dicha resolución realiza la matización señalada, al afirmar que *"cabe sin duda admitir pruebas que, no habiendo sido aportadas en el procedimiento, acrediten de modo completo y sin requerir mayor investigación por parte del Tribunal, lo que en el procedimiento inspector no resultó acreditado. Pero indudablemente la función del Tribunal Económico-Administrativo es la de valorar la prueba, no la de llevar a cabo una actividad complementaria a la inspectora, desarrollando un nuevo examen de la contabilidad a la luz de los nuevos datos, requiriendo información adicional a lo aportado, etc...; todo lo cual sin duda excede de sus facultades revisoras y sería más propio, como los mismos Tribunales contenciosos han reconocido, de un inspector jefe"*.

En nuestra opinión, esa matización, que era innecesaria para la resolución del recurso³⁰, desvirtúa sensiblemente la doctrina del Tribunal Supremo y, por ello, resulta difícilmente admisible. En primer lugar, porque no parece lógico que un órgano administrativo pueda atribuirse la competencia de interpretar la doctrina del Tribunal Supremo y reducir su ámbito de aplicación.

Y, en segundo lugar, porque no creemos que la aceptación de nuevas pruebas deba implicar la asunción de los órganos de revisión de competencias que no les corresponden. En esos casos, el órgano económico-administrativo no estaría obligado a "corregir" el contenido de la liquidación para adaptarla a la nueva situación, sino que debería limitarse a anular el acto impugnado, de tal modo que fueran los órganos de gestión o inspección quienes, en fase de ejecución, dictaran un nuevo acto administrativo a partir de los nuevos hechos probados.

31 Ese precepto, como es sabido, ha sido objeto de reinterpretación en diversas sentencias del Tribunal Supremo para limitar la exigibilidad de los intereses a los supuestos en los que la mora sea responsabilidad del deudor (*vid.* por todas, las sentencias de 9 de diciembre de 2013, Sección 2, Pon. Sr. Huelin, ECLI: ES:TS:2013:6088; 3 de abril de 2014, Sección 2, Pon. Sr. Martín Timón, ECLI: ES:TS:2014:1543; 26 de enero de 2017, Sección 2, Pon. Sr. Maurandi, ECLI: ES:TS:2017:212).

Es cierto que esa anulación del acto impugnado podría deparar un perjuicio para la Hacienda Pública, en tanto provocaría un retraso en el pago de deuda tributaria, pero ese perjuicio podría considerarse reparado a través de la exigencia de los correspondientes intereses suspensivos, que serían exigibles en virtud de lo establecido en el artículo 26.5 de la LGT³¹.

3. La posibilidad de aportar nuevas pruebas es una exigencia de la naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa

Siempre se ha atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa una naturaleza revisora de la actuación de la Administración pública. Ello, como decíamos al principio de este trabajo, planteaba algunas dudas sobre el alcance de su actuación, que podía quedar limitado al control de la actuación de la Administración o, por el contrario, podía tener un alcance más amplio, extendiéndose a la legalidad de los actos impugnados, que exigiría el cumplimiento por parte de la Administración de las reglas que ordenaban su actuación y, además, la legalidad del acto resultante de dicha actuación.

Sin embargo, en la actualidad se considera que *“el derecho a la tutela judicial efectiva únicamente se satisface de forma plena abordando no solo la legalidad formal o extrínseca del acto recurrido, sino la procedencia o no en cuanto al fondo de la pretensión que en dicho proceso se articula”*³². Por lo que solo una jurisdicción plena sería capaz de dar respuesta a los problemas suscitados.

Por ello, existe un reconocimiento generalizado de que *“la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien plena, es de naturaleza revisora. Esta caracterización determina que esté vedado a sus tribunales pronunciarse sobre pretensiones distintas de las esgrimidas por los contendientes en la vía administrativa, aunque nada les impide que, para decidir sobre las mismas, atiendan a motivos diversos de los hechos valer en aquella sede, ya se introduzcan ex novo por los interesados en la vía judicial o ya lo haga el propio órgano jurisdiccional de oficio, previo planteamiento de la tesis con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33.2 de la LJCA”*³³.

Ello implica una considerable ampliación de las competencias de enjuiciamiento en sede contencioso-administrativa, que en la actualidad van mucho más allá del control de legalidad de la actuación de la Administración. Sobre todo tras la interpretación realizada por parte del Tribunal Supremo del *“principio de buena administración”*, que habilita el control de la legalidad de la actuación de la Administración y, además, permite *“en plenitud jurisdiccional, enjuiciar la conformidad jurídica de las liquidaciones cuando se pone en cuestión la conformidad de uno de los elementos esenciales del impuesto, como es la base imponible”*³⁴.

En efecto, el *“principio de buena administración”*, referido esencialmente al deber de motivación de los actos administrativos³⁵, ha sido desarrollado por la jurisprudencia de los últimos años para justificar un control jurisdiccional más amplio de la actuación de la Administración. Y ello porque, según esta jurisprudencia, la obligación de motivar no está prevista solo como garantía del derecho a la defensa

32 Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2018, Sección 2, Pon. Sr. Navarro Sanchís, ECLI: ES:TS:2018:31

33 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018, Sección 2, Pon. Huelin, ECLI: ES:TS:2018:488, con referencia a las SSTs de 23 de abril de 2012, Sección 2, Pon. Sr. Huelin, ECLI: ES:TS:2012:2616 y 18 de junio de 2012, Sección 2, Pon. Sr. Huelin, ECLI: ES:TS:2012:4223.

34 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019, Sección 2, Pon. Sr. Montero, ECLI: ES:TS:2019:579.

35 Vid. Artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

36 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2015, Sección 2, Pon. Sr. Fernández Montalvo, ECLI: ES:TS:2015:4326.

de los contribuyentes, sino que tiende también a asegurar la imparcialidad de la actuación de la Administración tributaria, así como de la observancia de las reglas que disciplinan el ejercicio de las potestades que le han sido atribuidas³⁶.

37 *Vid*, paradigmática, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019, Sección 2, Pon. Sr. Montero, ECLI: ES:TS:2019:579, en la que se anulan unas liquidaciones del IBI por considerar que los bienes no merecían la consideración jurídica de urbanos, pese a que el contribuyente no había conseguido una anulación de los actos catastrales que le reconocían esa naturaleza.

38 *Vid* las consideraciones realizadas por MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., en *AAV Informe sobre la Justicia Administrativa 2018*, dir. Díez Sastre, realizado por el Centro de Investigación de Justicia Administrativa de la UAM (http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2018/09/Informe_CIJA_2018FINAL.pdf), en donde afirma que en las resoluciones administrativas en primera instancia, el porcentaje de estimaciones de los TEAR y TEA se sitúa—con muy leves variaciones interanuales—en el 40 % de las resoluciones totales (pág. 68); y que en sede jurisdiccional, el porcentaje de estimaciones totales y parciales en primera instancia se sitúa también en torno al 40 % (pág. 83).

Esta construcción dogmática del principio de buena administración revela el interés del Tribunal Supremo por encontrar soluciones justas a los problemas planteados, aunque ello suponga formalmente un apartamiento del mandato literal contenido en la ley. No se trata solo del interés por hacer justicia del caso concreto, prescindiendo del contenido en la norma aplicable, sino de un interés superior de crear jurisprudencia que contribuya a la creación de un ordenamiento jurídico más justo³⁷.

En este contexto, resulta innegable que los tribunales de lo contencioso-administrativo tienen plenitud jurisdiccional para controlar la legalidad del acto administrativo, lo que justificaría su anulación en caso de conocer nuevas pruebas que pusieran de manifiesto la falta de veracidad de los hechos que lo sustentan.

Por tanto, siendo cierto que, en la normalidad de los casos, los tribunales de justicia deberán tomar en consideración las pruebas aportadas por el recurrente aunque no hubieran sido aportadas en sede administrativa, parece lógico reconocer a los tribunales económico-administrativos ese mismo derecho-deber. El procedimiento de reclamaciones económico-administrativas emula en su regulación al proceso contencioso-administrativo y, pese a ser un procedimiento administrativo, debería tender a aplicar en sus resoluciones la misma doctrina seguida por los tribunales de justicia en la resolución de los recursos³⁸.

En definitiva, la aportación tardía de pruebas en los procedimientos de revisión no debería ser objeto de limitación absoluta y automática, sino de una valoración que, en cada caso, partiera de dos circunstancias: la correcta instrucción del expediente por el órgano que desarrolla la comprobación, y la ausencia (o no) de malicia en la actuación del contribuyente que aporta tardíamente la prueba. Es cierto que analizar caso a caso puede resultar complejo y comportar cierta inseguridad, pero es la eterna elección entre las reglas objetivas que en ocasiones no logran dar un tratamiento justo a situaciones concretas, y la certidumbre que acompaña a esas mismas reglas.

Reconocimiento de sentencias extranjeras dictadas frente a empresas en concurso. Especial referencia a los conflictos de jurisdicción

Javier Izquierdo Jiménez

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

Marta Robles Cháfer

Asociada de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

I. Introducción	52
II. El alcance de la jurisdicción de los jueces concursales en el ámbito internacional	52
1. Marco jurídico nacional. ' <i>Vis attractiva</i> ' del juez del concurso	52
2. Marco jurídico internacional. Especial mención al ámbito comunitario	54
2.1 Marco jurídico comunitario	54
2.2 Marco jurídico internacional	56
III. Conflictos de competencia respecto del reconocimiento de sentencias extranjeras frente a empresas en concurso	56
1. Consideraciones introductorias	56
2. Determinación del juzgado competente para tramitar la solicitud de <i>exequatur</i>	57
3. Disociación entre reconocimiento y ejecución cuando se pretende hacer efectiva una resolución extranjera frente al concursado	59
3.1 El reconocimiento tiene naturaleza meramente homologadora, lo que permite separarlo de la posterior ejecución	59
3.2 Especial mención a la posibilidad de que el <i>exequatur</i> se tramite de manera incidental	61
4. Ámbito comunitario: especial mención al principio de reconocimiento automático del Reglamento 1215 y la solicitud de no concurrencia de causas de denegación del reconocimiento	61
5. Especial mención al reconocimiento de laudos	63
IV. Conclusión	64

Índice /



Resumen: En este artículo analizamos las especialidades que presenta el reconocimiento de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, cuando la parte de la disputa frente a la que se pretenden hacer valer los pronunciamientos contenidos en dichas sentencias ha sido declarada en concurso de acreedores por un juzgado español. En particular, centraremos nuestra atención en las excepciones al principio de *'vis attractiva concursus'* y en la posibilidad de disociar el reconocimiento de la ejecución, lo que, como parte de un escenario concursal y por diversas razones –algunas simplemente de conveniencia–, puede resultar una opción muy interesante para la parte favorecida por la sentencia que se pretende reconocer. Este artículo ofrece una aproximación, lo más práctica posible, a los problemas más comunes que pueden surgir ante esta eventualidad.

Abstract: This article analyses some of the specific situations which could arise when requesting the recognition of judgments rendered by foreign courts, especially when the party against whom the resolution could be enforced has been declared insolvent by a court in Spain. It focuses on the exceptions to the principle of *'vis attractiva concursus'*, but also on the possibility of dissociating the recognition from the enforcement. This could be a very interesting option for the plaintiff in insolvency proceedings for several reasons, and sometimes purely for their convenience. This article considers the most common problems that could arise in this situation from a practical perspective.



Palabras clave: *Exequatur*, ejecución, trascendencia patrimonial, *'vis attractiva concursus'*, Ley Concursal, Procedimiento Concursal, Juez del Concurso, Reglamento de Insolvencia, TJUE, Reglamento 1215, conflicto de jurisdicción, conflicto de competencia.

Keywords: *Exequatur*, enforcement, impact on assets, *'vis attractiva concursus'*, Insolvency Act, Insolvency Proceedings, Insolvency Judge, Insolvency Regulations, ECJ, Regulation 1215, conflict of jurisdiction.

Reconocimiento de sentencias extranjeras dictadas frente a empresas en concurso. Especial referencia a los conflictos de jurisdicción

I. Introducción

En aquellas situaciones en que una empresa se encuentra en situación de concurso de acreedores y se inician frente a ella, en una jurisdicción extranjera, acciones con trascendencia patrimonial, se plantea la problemática de determinar si el juez nacional del concurso debe atraer para sí el conocimiento de esas acciones. Ello, en consonancia con la competencia exclusiva y excluyente que, para ese tipo de acciones, la normativa nacional reserva a dicho juez.

Se plantea así un conflicto de jurisdicción que, en la práctica, puede dificultar la efectividad de la tutela judicial que se pretende, lo que unido a las limitaciones que, de por sí, implica todo procedimiento concursal, colocan al acreedor internacional en una situación a menudo complicada para obtener frente al deudor la tutela pretendida. Precisamente por eso, solicitar el reconocimiento de sentencias extranjeras en España, cuando aquel frente al que se pretende el reconocimiento se encuentra en situación de concurso de acreedores, exige ser especialmente cuidadoso a fin de respetar la competencia especial del juez del concurso.

En este artículo, y en base a nuestra experiencia, analizaremos estos conflictos de jurisdicción y competencia, centrándonos, primero, en el alcance de la jurisdicción de los jueces concursales en el ámbito internacional, para analizar después los conflictos de competencia respecto del reconocimiento de sentencias extranjeras dictadas frente a empresas en concurso.

II. El alcance de la jurisdicción de los jueces concursales en el ámbito internacional

1. Marco jurídico nacional. '*Vis attractiva*' del juez del concurso

El artículo 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ("Ley Concursal") dispone que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente, en términos generales, respecto de todas aquellas acciones que afecten o puedan afectar al patrimonio del concursado. En particular, y por lo que aquí interesa, el artículo 8 de la Ley Concursal, en su primer apartado, menciona, expresamente, "*las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado*".

Es el conocido principio de la '*vis attractiva concursus*', que determina que el juez del concurso no solo sea competente para tramitar el procedimiento concursal, sino también todas aquellas acciones accesorias que tengan impacto sobre el

patrimonio del concursado. Con fundamento en ese principio, cabe preguntarse si el llamado efecto “arrastre” por parte del juez del concurso respecto de cualquier acción civil con trascendencia sobre el patrimonio del deudor afecta también a acciones iniciadas en el extranjero.

La propia Ley Concursal, en su artículo 11, que regula el alcance internacional de la jurisdicción del juez del concurso, resuelve dicho interrogante al establecer que *“en el ámbito internacional, la jurisdicción del juez del concurso comprende, únicamente, el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso”*. De ello resulta que, para que el juez concursal nacional pueda aplicar su ‘*vis attractiva*’ respecto de acciones iniciadas en otras jurisdicciones frente al concursado, deben tratarse de acciones puramente concursales, en el sentido de tener su fundamento en la situación concursal del deudor, y tener una relación directa con la misma.

Como explica la doctrina en interpretación del artículo 11 de la Ley Concursal, *“en el ámbito interno, el alcance de la competencia del juez del concurso está determinado por los artículos 8 y 9 de la Ley Concursal. Estos preceptos operan en relación a otros jueces españoles, es decir, delimitan la competencia del juez del concurso frente a la competencia de otros jueces nacionales; y lo hacen de forma muy amplia. Muy al contrario, esta regla no opera en el ámbito internacional, es decir, en relación con los jueces de otros Estados. En este ámbito, el alcance competencial del juez del concurso español viene determinado por el artículo 11. Este precepto, tomando el modelo del Reglamento comunitario, parte de un principio de ‘no vis attractiva’, de modo que la competencia del juez del concurso se limita a las cuestiones de naturaleza estrictamente concursal”*¹.

El Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales (Tribunal de Tecnología y Construcción), en sentencia de fecha 19 de octubre de 2010 dictada en un incidente de jurisdicción en el que se discutía si el Tribunal inglés debía inhibirse a favor del juez español ante el que se tramitaba el concurso de la sociedad demandada², interpretó los artículos 11 y 8 de la Ley Concursal, precisamente, en ese sentido. En concreto, el Magistrado inglés concluyó que *“el efecto del artículo 11 de la Ley Concursal española, en el caso de un litigio entre un deudor español y una parte domiciliada en otro estado, consiste en limitar la competencia de los tribunales españoles a conocer y resolver demandas cuyo fundamento legal resida en la legislación concursal, y que estén directamente relacionadas con procedimientos de insolvencia”*.

En este supuesto, dado que la demanda promovida por la sociedad inglesa frente a la sociedad española en concurso se centraba en cuestiones puramente civiles (disputas comerciales derivadas de un contrato de construcción suscrito entre ambas, con cláusula de sumisión a la jurisdicción inglesa), el Tribunal inglés concluyó que era competente para tramitar dicha demanda, si bien matizando que se abstendría de dictar *“órdenes que exijan el pago de dinero si se determinase que la demandada debiese dinero a la demandante”*. Sin duda, lo anterior tiene sentido si tenemos en cuenta que una pretensión declarativa no tiene la misma incidencia

1 VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F., “Comentario al artículo 11 de la Ley Concursal”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, Coord. por CAMPUZANO, B., Primera Edición, Pamplona, 2004, pág. 13.

2 El procedimiento fue iniciado por el demandante, sociedad inglesa, frente a una sociedad española, con fundamento en un contrato de construcción en el que ambas partes pactaron la sumisión de cualquier litigio a los tribunales ingleses.

en el patrimonio del concursado que una acción de condena, y que el propósito básico de un procedimiento concursal no es resolver disputas entre el deudor y sus acreedores sobre la patología de sus relaciones individuales, sino proceder a la realización colectiva de los derechos de los acreedores y, eventualmente, de otras partes interesadas³.

En definitiva, el simple hecho de que el deudor se encuentre en situación de concurso de acreedores en nuestro país no implica que cualquier acción interpuesta frente a él fuera de nuestras fronteras y que tenga trascendencia patrimonial, se vea afectada por la *'vis attractiva concursus'* del artículo 8 de la Ley Concursal; dependerá de si su fundamento jurídico se encuentra en la legislación concursal y guarda una relación inmediata con el concurso, según prevé el artículo 11 de la Ley Concursal. Así, únicamente en el ámbito doméstico, el juez que conoce del concurso goza de "jurisdicción exclusiva y excluyente" para materias cuyo denominador común es la trascendencia patrimonial para el patrimonio del concursado.

2. Marco jurídico internacional. Especial mención al ámbito comunitario

2.1 Marco jurídico comunitario

El artículo 11 de la Ley Concursal no es más que un reflejo de la normativa comunitaria que, en el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia ("Reglamento de Insolvencia"), prevé exactamente lo mismo en su artículo 6⁴, esto es, que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya iniciado un procedimiento de insolvencia serán los competentes respecto de *"cualquier acción que se derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una estrecha vinculación con este"*. De hecho, el precepto menciona como ejemplo las acciones rescisorias, lo que deja bien claro que, en pleitos transfronterizos europeos que afecten a una empresa en concurso, el juez español solo será competente si la acción civil ejercitada es inequívocamente concursal.

El precepto citado –así como el artículo 11 de la Ley Concursal– tiene su origen inmediato en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") de 22 de febrero de 1979 (asunto 133/78, asunto *Gourdain y Nadler*). Por virtud de dicha resolución, se interpretó el artículo 1.2-b del Convenio de Bruselas de 1968, actual artículo 2.b) del Reglamento (UE) 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 ("Reglamento 1215"), que prevé que esta norma no será de aplicación a la *"quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos"* –a los que será de aplicación el Reglamento de Insolvencia–.

Así, el TJUE estableció que quedarían fuera del ámbito del actual Reglamento 1215 y, por tanto, estarían sujetas a las normas de competencia del Reglamento de Insolvencia:

3 VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F., "Comentario al artículo 11 de la Ley Concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal*, Coord. por CAMPUZANO, B., Primera Edición, Pamplona, 2004, pág. 13.

4 Anteriormente, era el artículo 3 del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. El Reglamento de Insolvencia, actualmente en vigor, sustituyó a aquel respecto de los procedimientos concursales abiertos después del 26 de junio de 2017.

- (i) La apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia;
- (ii) Aquellas acciones que deriven directamente del procedimiento concursal y estén estrechamente vinculadas al mismo⁵. El TJUE, en interpretación de este requisito, consagró el conocido como “Test Gourdain”, o, lo que es lo mismo, estableció que quedarían fuera del ámbito del Reglamento 1215:
 - a. Desde el punto de vista material, aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en el Derecho concursal y no en el Derecho común;
 - b. Desde el punto procesal, aquellas acciones que tengan un vínculo directo y estrecho con el procedimiento de insolvencia (por ejemplo, acciones que solo puedan plantearse en caso de concurso)⁶.

En consecuencia, para que el Juzgado que tramita el concurso pueda aplicar una suerte de ‘*vis attractiva*’ transfronteriza es necesario que la acción interpuesta (i) derive directamente de la Ley Concursal o, lo que es lo mismo, que esté basada (y no solo afectada) por la Ley Concursal, además de que (ii) solo sea posible en el transcurso de un procedimiento concursal o esté directamente relacionado con él. Si las acciones ejercitadas no reúnen esos requisitos, la jurisdicción y competencia se determinará con fundamento en el Reglamento 1215, que tiene la categoría de regla general de atribución de competencia, frente al Reglamento de Insolvencia, que es la regla especial.

Dicho todo lo anterior, lo cierto es que la casuística es muy amplia y es frecuente que no sea tan claro, *a priori*, si la acción ejercitada reúne o no los requisitos del ‘Test Gourdain’.

El ejemplo típico en el que puede apreciarse esa dificultad se da cuando, una vez iniciado el concurso de acreedores de una sociedad en España, se interpone frente a ella una demanda ante los tribunales de otro Estado miembro. Dado que las acciones ejercitadas, en última instancia, pueden afectar al patrimonio del concursado, se plantea un conflicto de jurisdicción entre los tribunales del Estado miembro que, en principio, resultarían competentes, y el juez del concurso español que, lo recordamos, tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer de acciones con trascendencia sobre el patrimonio del deudor.

En aplicación del artículo 11 de la Ley Concursal y los preceptos aplicables de la normativa comunitaria, el juez concursal español únicamente podrá conocer de la acción si su fundamento legal reside en la legislación concursal y está directamente relacionada con el procedimiento de insolvencia. De este modo, acciones derivadas, por ejemplo, de contratos de construcción, de prestación o arrendamiento de servicios, o compraventas civiles, por mucho que puedan estar relacionadas con la situación concursal del deudor, al no tener su fundamento en el Derecho concursal, no reunirían los requisitos necesarios, consagrados por el ‘Test Gourdain’, para ser conocidas por el juez del concurso.

5 En particular, la resolución de referencia menciona “*que sean consecuencia directa de la quiebra y se mantengan estrictamente dentro del marco de un procedimiento de liquidación de bienes o de suspensión de pagos con las referidas características*”.

6 En la sentencia referida del TJUE, que sirvió como punto de partida para interpretar correctamente la distribución de competencias entre el ámbito concursal, y el civil o mercantil, se recogen una serie de características que ayudan a determinar cuándo las acciones ejercitadas derivan directamente del procedimiento concursal y están estrechamente vinculadas al mismo; por ejemplo, cuando se modifique la legitimación, en el sentido de que solo esté legitimada para ejercitar la acción la administración concursal, o cuando el beneficiario de la acción sea la masa del concurso (y no un acreedor particular).

2.2 Marco jurídico internacional

No nos extenderemos mucho en este punto, pues las reglas sobre competencia judicial, en aquellos casos en que se ve afectado un tercer país al que no resulta de aplicación la normativa comunitaria, dependerán de los tratados y convenios bilaterales suscritos entre ambos países y las normas en ellos previstos.

En todo caso, parece claro que el artículo 11 de la Ley Concursal ha adoptado, para los casos internacionales en que no sean de aplicación las normas comunitarias, la misma solución que se prevé en estas⁷, de tal forma que, únicamente, cuando se cumplan los requisitos anteriormente mencionados (Test Gourdain), el tribunal que tramite el concurso será competente para conocer de las acciones correspondientes.

III. Conflictos de competencia respecto del reconocimiento de sentencias extranjeras frente a empresas en concurso

1. Consideraciones introductorias

El reconocimiento y la ejecución de resoluciones dictadas por tribunales extranjeros se regula en los artículos 41 y siguientes de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil ("LCJIC"). En concreto, su artículo 42 define el procedimiento de *exequatur* como "*el procedimiento para declarar, a título principal, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución*".

La diferencia fundamental entre el reconocimiento y la ejecución, como distintas fases del *exequatur* entendido de forma global, radica en el objetivo que subyace tras uno y otro. Mediante el reconocimiento, una resolución extranjera se equipara a una española (artículo 44.3 de la LCJIC), sin que, en ningún caso, se pueda realizar una revisión sobre el fondo de la cuestión controvertida (artículo 48 de la LCJIC), y supone el paso previo y *conditio sine qua non* para acceder a la ejecución, de manera que se puedan materializar los pronunciamientos de condena (artículo 50.1 de la LCJIC).

La disociación entre una fase inicial de reconocimiento, que necesariamente precede a la ejecución, no impide que un mismo juzgado conozca de ambas fases y que las tramite en un mismo procedimiento, siguiendo siempre el orden lógico de, primero el reconocimiento y, después, la ejecución, según prevé el artículo 54 de la LCJIC. A *sensu contrario*, también es posible separar ambas fases y que primero se solicite el reconocimiento, de forma independiente, para, después, solicitar la ejecución.

De hecho, dada la especialidad de reconocer y hacer efectivas resoluciones extranjeras frente a deudores en concurso, veremos a continuación que la disociación entre una y otra fase resulta fundamental para evitar conflictos de

⁷ Recordamos que el artículo 11 de la Ley Concursal no es más que un reflejo del artículo 6 del Reglamento de Insolvencia.

competencia que, en la práctica, dificultan —de forma añadida a las limitaciones que implica el procedimiento concursal— la tutela efectiva del beneficiario del pronunciamiento extranjero.

2. Determinación del juzgado competente para tramitar la solicitud de *exequatur*

En nuestra jurisdicción, para determinar el juzgado competente ante el que solicitar el *exequatur* de una resolución extranjera, cuando aquel frente al que se pretende el reconocimiento se encuentra incurso en un procedimiento concursal, deben tenerse presentes dos premisas básicas:

- (i) la atribución de competencia funcional a los juzgados de primera instancia para conocer, en términos generales, de las solicitudes de *exequatur*, frente a la atribución de dicha competencia a los juzgados de lo mercantil cuando la resolución que se pretende reconocer trata sobre materias de su competencia, y
- (ii) la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso respecto de cualquier acción civil con trascendencia patrimonial que se dirija frente al patrimonio del concursado.

El artículo 52 de la LCJIC es el que establece qué tribunales son competentes para tramitar la solicitud de *exequatur* de resoluciones dictadas por tribunales extranjeros y, a tal efecto, desde un punto de vista objetivo, distingue entre que sean competentes:

- (i) los juzgados de primera instancia, en términos generales,
- (ii) los juzgados de lo mercantil, en caso de que la resolución a reconocer verse sobre materias de su competencia, y
- (iii) el juez del concurso, cuando la parte frente a la que se insta el reconocimiento esté sometida a un procedimiento concursal en España, y la resolución extranjera tenga por objeto alguna de las materias competencia del juez del concurso.

De este punto tercero del artículo 52 de la LCJIC resulta que será competente el juez del concurso cuando concurren, simultáneamente, dos requisitos: (i) que la parte frente a la que se insta el reconocimiento esté sometida a un procedimiento concursal, y (ii), que la resolución extranjera tenga por objeto alguna de las materias competencia del juez del concurso.

Para determinar cuáles son esas materias competencia del juez del concurso, debemos acudir al artículo 86 *ter* 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ”) —así como al ya citado artículo 8 de la Ley Concursal que lo reproduce—, el cual detalla aquellas materias respecto de las que el juez del concurso aplica su ‘*vis attractiva*’. De todas ellas, y a los efectos de este artículo,

nos remitimos, de nuevo, a su competencia exclusiva y excluyente respecto de “*las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado*”, así como respecto a su competencia exclusiva y excluyente para tramitar “*toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado*” y “*toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado*”⁸.

De este modo, y teniendo en cuenta la literalidad del artículo 52.3 de la LCJIC, única y exclusivamente será competente el juez del concurso para tramitar el *exequatur*, cuando (i) la resolución respecto de la que se pide el *exequatur* trate sobre alguna de las materias anteriormente referidas –entre las demás previstas en los artículos 83 *ter* 1 y 8 de la Ley Concursal–, y (ii) aquel frente al que se insta el *exequatur* esté en situación de concurso.

Dicho lo anterior, parece indiscutible que el reconocimiento y ejecución de una resolución de condena derivada de una acción civil tiene trascendencia sobre el patrimonio del concursado y, por tanto, se enmarcaría en la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer de ese tipo de acciones. Ahora bien, cabe plantearse si, en el caso de que la resolución respecto de la que se solicita el *exequatur* no verse sobre una materia competencia del juez del concurso, y tampoco sobre una materia competencia del juez mercantil, debe ser el juez del concurso quien atraiga para sí tanto el reconocimiento como la ejecución de la resolución, con fundamento en el principio de su ‘*vis attractiva*’.

En este sentido, debemos recordar lo que adelantábamos hace unos párrafos: de la misma manera que se puede tramitar el *exequatur* ante un mismo juez, solicitándolo de forma conjunta en la demanda, también es posible tramitar por separado el reconocimiento y la ejecución.

De esta manera, una resolución que concede el reconocimiento es puramente declarativa, y no se le asocia, en sí misma, contenido de trascendencia patrimonial. Sobre todo, cuando la decisión sobre el *exequatur* no atiende al fondo de la cuestión, que ya viene decidida previamente por el juez extranjero.

Esto significa que la parte que desea obtener el reconocimiento, si el fondo de la cuestión no es competencia ni del juez del concurso ni del juez mercantil⁹, puede optar por solicitar únicamente el reconocimiento ante los juzgados de primera instancia correspondientes, a efectos de que la sentencia sea plenamente reconocida en España y se equipare a una resolución dictada por los tribunales de nuestro país, dejando al margen hacerla efectiva a *posteriori*, esto es, ejecutarla. Se trata de una opción que, según los casos, e incluso de manera estratégica, puede resultar interesante, siempre y cuando se respeten los límites entre los pronunciamientos puramente declarativos –que no pueden ser lesivos para el patrimonio del deudor– y los pronunciamientos puramente ejecutivos.

8 Artículo 83 *ter* 1.1º, 3º y 4º, así como artículo 8.1º, 3º y 4º de la Ley Concursal.

9 Recordamos que el artículo 52.2 LCJIC prevé que será competente el juez mercantil para tramitar la solicitud de *exequatur* cuando la resolución a reconocer verse sobre materias de su competencia. En este sentido, el artículo 86 *ter* 1 señala que “*los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en material concursal*”.

3. Disociación entre reconocimiento y ejecución cuando se pretende hacer efectiva una resolución extranjera frente al concursado

3.1 El reconocimiento tiene naturaleza meramente homologadora, lo que permite separarlo de la posterior ejecución

La anterior conclusión, esto es, la posibilidad de solicitar el reconocimiento de forma aislada a la ejecución ante los juzgados de primera instancia, y ello, aunque la parte afectada por el reconocimiento haya sido declarada en concurso, ha sido consolidada por nuestros tribunales partiendo del Auto de 25 de mayo de 1999 dictado por el Tribunal Supremo en reiteración de lo previamente acordado por el Tribunal Constitucional. Esta resolución señala que *“el procedimiento de exequatur es de naturaleza meramente homologadora, dirigido a facilitar un pronunciamiento declarativo del reconocimiento de los efectos de la sentencia extranjera, y especialmente de su carácter de resolución ejecutable en el foro”*.

Por lo que se refiere, en concreto, a la relación del reconocimiento con el concurso de acreedores de aquel frente al que se insta, resulta especialmente elocuente el Auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2003. En esta resolución, nuestro Alto Tribunal señala que debe diferenciarse el *exequatur* del procedimiento previo judicial o arbitral y, en su caso, del proceso de ejecución posterior, puesto que los motivos de oposición a la ejecución y los efectos que en el seno del concurso produzca la resolución a reconocer, quedan fuera del *exequatur*, cuyo objeto es el reconocimiento y la declaración de posterior ejecutoriedad de la resolución en cuestión. Así, añade que *“el objeto del exequatur no es el reconocimiento de créditos en el seno del concurso, ni este procedimiento de homologación puede confundirse con una posterior ejecución. Es en ese posterior procedimiento donde pueden hacerse valer las causas de oposición a la ejecución, o es en el concurso donde se determinarán los efectos correspondientes. El reconocimiento no da lugar a ningún efecto automático de reconocimiento de créditos. Precisamente será la aplicación de la Ley Concursal la que determine los efectos de la resolución en el concurso”*.

También es muy elocuente el Auto de 20 de julio de 2015 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictado en sede de un procedimiento de reconocimiento de un laudo en el que una de las partes se alzaba en defensa de la competencia del juez del concurso, para que llevase a cabo dicho reconocimiento por el mero hecho de estar la sociedad afectada en situación de insolvencia. Señala el Auto referido que *“ninguna incidencia en la atribución competencial tenía el procedimiento concursal de la mercantil afectada. El reconocimiento del laudo extranjero no implica el ejercicio de ninguna acción de trascendencia patrimonial frente a la concursada que determine la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso”*.

Las consideraciones anteriores se contienen en otros muchos pronunciamientos, como los Autos del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2002 y de 20 de julio de 2004, o los Autos de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de

mayo de 2013 y de 20 de febrero de 2017. Este último, dictado en resolución de un recurso de apelación interpuesto por la parte solicitante del reconocimiento, frente a la resolución del juzgado de primera instancia que se declaraba incompetente para conceder el reconocimiento pues consideraba que lo era el juez del concurso de la parte frente a la que se instaba el reconocimiento. En dicha resolución, la Audiencia Provincial de Madrid concluyó que *“la competencia para conocer del exequatur debe contemplarse desde la óptica del juez de lo mercantil y no del juez del concurso, pues efectivamente no deriva del conocimiento del concurso de la sociedad frente a la que se insta el reconocimiento, sino de la atribución competencial establecida por el artículo 86 ter de la LOPJ, siendo lo determinante si la materia sobre la que versa el pretendido reconocimiento de la Sentencia del Tribunal inglés es propia del juez de lo mercantil”*.

De esta manera, lo relevante no es tanto la situación concursal de aquel frente al que se insta el reconocimiento, sino la materia sobre la que versa la resolución a reconocer, así como la trascendencia patrimonial que pueda tener sobre el patrimonio del concursado. Así resulta de la literalidad de los preceptos anteriormente señalados: para la LCJIC, en el apartado tercero de su artículo 53, el juez del concurso será competente si *“la resolución extranjera tuviese por objeto algunas de las materias competencia del juez del concurso”* y, entre las materias de su competencia, no se encuentran materias puramente civiles. Por tanto, si el reconocimiento no tiene incidencia sobre el patrimonio del concursado, tendrán competencia para concederlo los juzgados de primera instancia correspondientes. De hecho, el artículo 8.3º de la Ley Concursal da por hecho que otros órganos judiciales distintos del juez concursal pueden dictar pronunciamientos cuya ejecución, eso sí, le corresponderá de manera exclusiva y excluyente a este último.

Para ello, es indispensable que se reconozca la naturaleza puramente declarativa –y, por tanto, carente de efectos “perniciosos” para el patrimonio del concursado– del procedimiento de reconocimiento previo.

Se entenderá bien con un ejemplo práctico: una sociedad española A incumple un contrato de compraventa civil y, según lo acordado entre las partes, se somete la controversia a los tribunales de Nueva York. Mientras se tramita el procedimiento, la sociedad española A es declarada en concurso de acreedores y su procedimiento se sigue ante un juzgado mercantil de Madrid. En ese escenario, el juzgado de Nueva York dicta una sentencia en la que establece que A debe a B una determinada cantidad a consecuencia del incumplimiento. B decide solicitar el reconocimiento de la sentencia neoyorkina ante los juzgados de primera instancia de Madrid, (i) dado que la materia contractual no corresponde a los juzgados mercantiles, y (ii) porque, en todo caso, el reconocimiento no supone, *per se*, trascendencia patrimonial alguna para A, y anuncia ya en su escrito que la ejecución la solicitará al juzgado que conoce del concurso.

Esta opción (si bien puede discutirse y, de hecho, como vemos, aún hay juzgados que se declaran incompetentes cuando el demandado de la solicitud de reconocimiento está en concurso), se defiende, como hemos visto, por Audiencias

Provinciales como la de Madrid, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

3.2 Especial mención a la posibilidad de que el *exequatur* se tramite de manera incidental

Disociar la fase de reconocimiento y ejecución, según lo dicho, es una opción que puede resultar interesante para el solicitante del reconocimiento, en caso de que quiera dotar a la resolución extranjera de plenos efectos en nuestro país para, a *posteriori* y de forma independiente, hacerla efectiva. De lo contrario, la opción que tiene a su disposición es solicitar el *exequatur*, entendido como reconocimiento y ejecución, de forma incidental ante el juez del concurso, si bien en este caso la efectividad de la resolución se ceñirá al procedimiento concursal.

Es el artículo 44.2 de la LCJIC el que prevé que *“cuando el reconocimiento de una resolución extranjera se plantee de forma incidental en un procedimiento judicial, el juez que conozca del mismo deberá pronunciarse respecto de dicho reconocimiento en el seno de cada procedimiento judicial”*, de tal manera que *“la eficacia del reconocimiento incidental quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal”*, si bien no impedirá que se solicite el posterior *exequatur* de la resolución extranjera.

Así, el reconocimiento incidental es un procedimiento dentro del principal, de tal forma que su eficacia se restringe a este –si bien es cierto que no se pierde la oportunidad de solicitar el *exequatur*–. Este escenario que, en la práctica, apenas se ha desarrollado, permitiría solicitar tanto el reconocimiento como la ejecución ante el juez del concurso, tramitándose de forma conjunta como un incidente concursal en el que se atribuirían a la resolución los efectos correspondientes determinados por la Ley Concursal. Se evitarían, de esta manera, problemas asociados a la determinación del juzgado competente, sin necesidad de separar el reconocimiento de la ejecución. Ahora bien, la eficacia de la resolución quedaría, al menos en un primer momento, limitada, únicamente, al procedimiento concursal.

4. **Ámbito comunitario: especial mención al principio de reconocimiento automático del Reglamento 1215 y la solicitud de no concurrencia de causas de denegación del reconocimiento**

El Reglamento 1215/2012, sucesor del Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ha consolidado y perfilado el régimen comunitario en esta materia. Da un paso más en la consolidación del principio de reconocimiento automático que rige para materias civiles, no siendo necesario, tal y como dispone su artículo 36.1¹⁰, iniciar “procedimiento alguno” para solicitar tal reconocimiento.

10 *“Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno”.*

El espíritu de la normativa comunitaria es que el reconocimiento se produzca por ministerio de la ley (*ipso iure*), de tal forma que, solo en caso de oposición, sea necesario tramitar un procedimiento de reconocimiento formal, sin perjuicio de que el mismo no resulte de la resolución en la que se otorgue el reconocimiento: esta solo constata si hay o no causa de denegación y, si no la hay, simplemente confirma el reconocimiento.

Este proceso ha culminado su desarrollo en el Reglamento 1215, que prevé, en su artículo 36.2¹¹, la posibilidad de solicitar la declaración de no concurrencia de motivos de denegación del reconocimiento, previstos en el artículo 45 de dicha norma.

El Reglamento 1215, además de consagrar este principio de reconocimiento automático, consigna el de declaración de ejecutividad automática cuando, en su artículo 39, indica que *“las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él, gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva”*. Se concede así la eficacia ejecutiva sin necesidad de tener que someter la resolución a un proceso jurisdiccional de homologación, en el que también se concedería o controlaría el reconocimiento de la resolución¹².

Como consecuencia de esta declaración automática de ejecutividad que, a su vez, es consecuencia lógica del principio de reconocimiento automático, las resoluciones que tengan que ser ejecutadas se controlarán en el Estado miembro de origen, donde el órgano jurisdiccional que las dictó emitirá el correspondiente certificado previsto en el artículo 53 del Reglamento 1215/2012, con el que podrá acudir directamente al órgano jurisdiccional competente para tramitar la ejecución.

Todo lo anterior implica que, en el caso de resoluciones extranjeras dictadas en el ámbito comunitario que quieran hacerse efectivas frente a una sociedad que se encuentre en situación de concurso de acreedores en nuestro país, el solicitante tiene dos opciones:

- (i) instar directamente la ejecución ante el juez del concurso, con los efectos inherentes al procedimiento concursal de conformidad con lo previsto en la normativa correspondiente, y a riesgo de que se invoque alguna de las causas de denegación del reconocimiento y, por ende, ejecución, previstas en el artículo 45 del Reglamento 1215, en cuyo caso se tramitará el incidente oportuno; o
- (ii) instar, con carácter previo a la ejecución, el procedimiento previsto en el artículo 36.2 del Reglamento 1215, a fin de que se declare que la resolución en cuestión no adolece de ninguno de los motivos de denegación del reconocimiento previstos en el artículo 45 del Reglamento y que, en esencia, se resumen en (i) que la resolución respete el orden público del Estado en el que se pretende que surta efecto, (ii) que se haya dictado con respeto a los derechos fundamentales de todas las partes, y (iii) que no resulte inconciliable

11 *“Cualquier parte interesada podrá solicitar, de conformidad con el procedimiento previsto en la subsección 2 de la sección m3, que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento que se recogen en el artículo 45”.*

12 GARAU SOBRINO, F., “La declaración de ejecutividad automática como principio general del Reglamento 1215”, en la obra colectiva *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I Refundido*, Coord. por BLANCO-MORALES, P., GARAU SOBRINO, F., LORENZO GUILLÉN, M., MONTERO MURIEL, F., Primera Edición, Pamplona, 2016, pág. 782.

con otras resoluciones dictadas en dicho Estado miembro. Así, confirmada, en su caso, la no concurrencia de ninguno de esos motivos, podrá instarse la ejecución de la misma –en el sentido de atribuirle los efectos correspondientes al amparo de la Ley Concursal– ante el juez del concurso.

Aclarado lo anterior, y por lo que se refiere, en términos generales, a los tribunales con competencia objetiva para conocer de la ejecución o, en su caso, adoptar la declaración de no concurrencia de causas de denegación del reconocimiento y ejecución, el silencio del Reglamento 1215/2012 respecto de los concretos criterios de competencia aplicables obliga a remitirse a la normativa española procesal de producción interna.

En concreto, la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC”), en su Disposición Final Vigésimoquinta sobre medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento 1215/2012, ha regulado esta materia en sus apartados 1.6ª y 2.3ª. En ellos, de un lado señala que la parte interesada en solicitar que se declare que la resolución extranjera no incurre en los motivos de denegación del reconocimiento recogidos en el artículo 45 del Reglamento, deberá interponer su solicitud ante el juzgado de primera instancia que corresponda conforme a los artículos 50 y 51 de la LEC. De otro, indica que *“la ejecución de resoluciones con fuerza ejecutiva de un Estado miembro se llevará a cabo en España en todo caso conforme a las disposiciones de esta ley”* –en el mismo sentido, el artículo 523 de la LEC–, lo que exige acudir al artículo 545.3 de la LEC, que prevé que la competencia objetiva para conocer de la ejecución de títulos judiciales corresponde a los juzgados de primera instancia.

En todo caso, y aunque se prevé la competencia de los juzgados de primera instancia, esta cede en favor de la competencia del juez del concurso en caso de que la ejecución se pretenda frente a una sociedad inmersa en un procedimiento concursal. Ahora bien, si lo que se insta es el procedimiento encaminado a que se declare la no concurrencia de causas de denegación del reconocimiento y posterior ejecución, dado que la resolución será meramente declarativa, se entiende que con fundamento en todo lo desarrollado en este artículo, seguirán siendo competentes desde un punto de vista objetivo los juzgados de primera instancia (sin perjuicio de instar luego la ejecución ante el juez del concurso).

5. Especial mención al reconocimiento de laudos

Para terminar, nos referiremos brevemente al *exequatur* de laudos extranjeros, precisamente por las particularidades que, por lo que se refiere a los juzgados competentes para ello, implica este procedimiento.

El artículo 22.1 de la LOPJ prevé la competencia exclusiva de los tribunales españoles del orden civil en materia de *“ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero”*. En cuanto a la competencia objetiva y funcional, se determina en el artículo 73.1.c) LOPJ y en el artículo

8.6 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, los cuales prevén que será la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente la competente para tramitar la solicitud de, únicamente, el reconocimiento de laudos extranjeros. Así, estos mismos preceptos prevén que, para la posterior ejecución, serán competentes los juzgados de primera instancia –territorialmente competentes según los criterios en ellos previstos–.

La disociación entre reconocimiento y ejecución o, lo que es lo mismo, entre la naturaleza homologadora del reconocimiento y efectiva de la ejecución, queda patente cuando nos referimos al reconocimiento de laudos. En estos supuestos, cualquier contingencia derivada de conflictos de competencia, por encontrarse aquel frente al que se insta el reconocimiento en situación de concurso, queda salvada por el hecho de que la propia normativa disocia ambas fases y exige obtener, primero, el reconocimiento, para después, en su caso, hacer efectivo el laudo ante el concursado mediante la aplicación de los preceptos correspondientes de la Ley Concursal ante el juez del concurso.

En este caso, y aun estableciendo los preceptos aplicables la competencia de los juzgados de primera instancia para ejecutar el laudo en cuestión, parece claro, conforme a lo hasta aquí expuesto, que la *'vis attractiva concursus'* prevalece frente a dichas previsiones normativas y habrá de ser el juez del concurso ante quien se ejecute el laudo reconocido. Se trata, en definitiva, de la aplicación del artículo 86 ter 1.3º de la LPOJ y 8.3º de la Ley Concursal (esto es, de la competencia exclusiva y excluyente que tiene el juez del concurso para conocer de *"toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado"*). Se da así la misma situación que la descrita respecto de la posibilidad de ejecutar, sin previo reconocimiento, resoluciones dictadas en el ámbito comunitario: sin perjuicio de que se prevé la competencia de los juzgados de primera instancia, esta cede ante la *'vis attractiva'* del juez del concurso.

IV. Conclusión

Determinar la competencia del juez del concurso puede plantear alguna dificultad, cuando de lo que se trata es de reconocer una resolución dictada por un tribunal extranjero que, aún destinada a producir un efecto en el patrimonio del concursado, con su mero reconocimiento no alcanza a revestir esa trascendencia patrimonial.

De esta manera, la competencia de ese juez puede verse mermada cuando el solicitante del *exequatur*, incluso por razones de conveniencia, decide disociar el reconocimiento de la ejecución. Pues no es discutible que, dictada, por ejemplo, una sentencia de condena al pago de una cantidad de dinero, su eventual ejecución resulte competencia exclusiva del juez mercantil, pero no así su reconocimiento, que tan solo comporta una declaración por parte del juzgado competente, a fin de equiparar la resolución extranjera a una dictada por nuestros tribunales.

Y lo anterior, siempre que no se trate de acciones que tengan su fundamento, precisamente, en el propio concurso, o guarden una relación directa con este. De ser así, la *'vis attractiva concursus'* desplegaría su eficacia casi absoluta, llevando al solicitante ante el juzgado de lo mercantil, por virtud de una especie de efecto arrastre que, por supuesto, afecta no solo a resoluciones dictadas por tribunales españoles, sino también extranjeros, e igualmente tribunales arbitrales.

Problemas y cuestiones





Los derechos laborales digitales y su desarrollo en las políticas de empresa como instrumento de información a los trabajadores

Daniel Cifuentes Mateos

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LABORAL

I. Introducción: la LOPD y el deber de información derivado de los nuevos derechos laborales digitales	70
II. Los derechos digitales en el ámbito laboral: el balance entre control y privacidad en las políticas de empresa	71
1. El derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral	71
2. El derecho a la desconexión digital	73
3. El uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos	74
4. Sistemas de geolocalización	75
III. Valoración	76

Índice/



Resumen: El Título X de la Ley Orgánica 37/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales ("LOPD") reconoce y garantiza un elenco de derechos ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. Así, en concreto, la LOPD regula los derechos y libertades de los ciudadanos relativos al entorno de Internet, la neutralidad de la Red, el acceso universal, los derechos a la seguridad y educación digital, así como los derechos al olvido, a la portabilidad y al testamento digital.

Sin embargo, la principal novedad de la LOPD ha sido, sin duda, la regulación de los denominados derechos laborales digitales. Más allá de la peculiaridad que supone que unos derechos laborales se regulen en una norma ajena al ámbito laboral, lo relevante es que la LOPD no solo reconoce, por primera vez, una serie de derechos relacionados con el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales y que hasta la fecha habían sido objeto de configuración jurisprudencial, sino que, además, introduce en nuestro ordenamiento un derecho tan controvertido como es el derecho a la desconexión.

El objeto de este artículo es tratar de exponer las principales características de estos novedosos derechos laborales digitales, prestando especial atención a su desarrollo en las políticas de empresa como instrumento de información a los trabajadores.

Abstract: Title X of Organic Law 37/2018 of 5 December, on the Protection of Personal Data and Guarantee of Digital Rights ("LOPD"), recognises and guarantees a list of citizens' rights following the mandate established in the Constitution. The LOPD specifically regulates the rights and freedoms of citizens in relation to the Internet environment, net neutrality, universal access, the rights to digital security and education, as well as the rights to be forgotten, to portability, and to a digital will.

Nonetheless, the main change introduced by the LOPD is undoubtedly the regulation of digital labour rights. Beyond the fact that it is unusual to regulate labour rights outside the scope of a specific labour regulation, what is significant is that, in addition to recognising a series of rights related to the right to privacy when using digital devices that had previously been considered subject to case law, the LOPD also introduces the controversial right to disconnect into our legal system.

The aim of this article is to outline the main characteristics of these new digital rights, paying special attention to the obligation to safeguard them in company policies.



Palabras clave: Privacidad, monitorización, dispositivos digitales, videovigilancia, geolocalización, desconexión.

Keywords: Privacy, monitoring, digital devices, video surveillance, geo-location, disconnection.

Los derechos laborales digitales y su desarrollo en las políticas de empresa como instrumento de información a los trabajadores

I. Introducción: la LOPD y el deber de información derivado de los nuevos derechos laborales digitales

La LOPD regula, entre otros aspectos, la protección de datos personales en el ámbito laboral e introduce artículos específicos para legislar sobre los derechos digitales. La existencia de la mayoría de estos “nuevos” derechos digitales en el ámbito laboral (ej. derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales, videovigilancia y geolocalización) ya había sido reconocida por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. De hecho, y pese a que es en la LOPD donde por primera vez se regulan y se prevén las capacidades y efectos que la tecnología digital tiene sobre el trabajador, lo cierto es que la LOPD se limita, prácticamente, a reproducir los criterios jurisprudenciales establecidos en esta materia por nuestros tribunales. Así, la realidad es que la LOPD no introduce ningún cambio o modificación relevante en cuanto al alcance y protección de los derechos laborales digitales, tal y como hasta ese momento habían sido configurados por los tribunales laborales. Sin embargo, la LOPD sí que introduce novedades relevantes en dos aspectos muy concretos relacionados con los derechos digitales.

De un lado, y siguiendo la senda iniciada por otros países de nuestro entorno, la LOPD reconoce expresamente el derecho de los trabajadores y los empleados públicos a la desconexión digital. Dicho derecho tiene la finalidad de garantizar a los trabajadores, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto a su tiempo de descanso, permisos, vacaciones, así como a su intimidad personal y familiar.

Por otro lado, la LOPD incide, de manera muy relevante, en el deber de información previa del empresario a sus trabajadores. Para la LOPD, este deber de información se confirma como garantía y salvaguarda, tanto de sus derechos y libertades relacionados con el tratamiento de sus datos personales, como de sus derechos digitales en el ámbito laboral. En este contexto, el legislador llega a requerir, como en el caso del derecho a la desconexión, la elaboración –previa audiencia de los representantes de los trabajadores– de políticas internas que regulen los principales aspectos de su ejercicio.

Al hilo de lo anterior, en el presente artículo se analizará la idoneidad de las políticas de empresa, los códigos de conducta, los manuales del empleado y resto de herramientas de *soft-law* de las que dispone la empresa como (i) forma e instrumento de desarrollo de los derechos laborales digitales y como (ii) forma de canalizar el deber de información requerido por la LOPD.

II. Los derechos digitales en el ámbito laboral: el balance entre control y privacidad en las políticas de empresa

1. El derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral

El artículo 87 de la LOPD regula el derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. De acuerdo a lo establecido en el mencionado artículo, los trabajadores tienen, con carácter general, derecho a su privacidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por la empresa. De este modo, el empleador solamente podrá acceder a los contenidos derivados del uso de estos dispositivos para (i) controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales, y (ii) garantizar la integridad de dichos dispositivos.

Así pues, y de acuerdo con la consolidada doctrina jurisprudencial sentada en esta materia por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la LOPD exige al empresario que establezca (i) criterios específicos de utilización de dichos dispositivos digitales, así como (ii) las garantías necesarias para preservar la privacidad e intimidad de los trabajadores. Es decir, la empresa debe determinar, en primer lugar, si la utilización de los dispositivos digitales está circunscrita exclusivamente al ámbito profesional, o si, por el contrario, también se autoriza la utilización de los mismos para fines particulares. En este último caso, la LOPD exige que se determinen no solo los usos autorizados, sino también los periodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Asimismo, el artículo 87 de la LOPD remarca la necesidad de que el empresario informe previamente a los trabajadores de los criterios de utilización referidos anteriormente.

Como se puede observar, la LOPD configura la información previa a los trabajadores como premisa básica para asegurar la protección y salvaguarda de la privacidad e intimidad de los mismos en el uso de los dispositivos electrónicos. Y ahí, tanto la LOPD como la doctrina de los tribunales laborales son claras y rotundas; el deber de información no admite excepción o salvedad alguna. De esta manera, la ausencia de información previa por parte del empresario supondrá (i) la nulidad de toda actuación realizada por la empresa, (ii) la posibilidad de ser sancionado por la comisión de una infracción muy grave al amparo de lo establecido en el artículo 8.11 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social con una multa que puede oscilar desde los 6.251 euros en su grado medio hasta los 187.515 euros en su grado máximo, y (iii) la eventual reclamación por daños por parte del trabajador como consecuencia de la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad.

Pese a su indudable trascendencia, la LOPD no establece ninguna referencia específica a qué instrumento es el más adecuado a la hora de ejecutar ese deber previo de información. Sin embargo, a partir de la mención contenida en el artículo 87 de la LOPD a que los representantes de los trabajadores deberán participar en la elaboración de los criterios de utilización, se puede razonablemente concluir que la fórmula más adecuada sea la de una política de empresa consensuada,

en la medida de lo posible, con la representación de los trabajadores. En este sentido, es importante señalar que el término “participación” no significa, en modo alguno, que la empresa esté obligada a acordar los términos de la política con la representación de los trabajadores sino, simplemente, que la empresa deberá consultarles sobre su contenido y valorar las propuestas que, en su caso, le pudieran trasladar. Pero al igual que en los casos en los que no existe representación de los trabajadores, la empresa podrá determinar, en última instancia y en ausencia de acuerdo o consenso con la representación de los trabajadores, el contenido de su política. No obstante, la libertad de la empresa a la hora de elaborar su política tiene un límite claro; deberá, en todo caso, garantizar la intimidad de los trabajadores de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucionalmente.

En relación con este punto, cabe destacar que en la política de empresa no solo deberán constar los criterios de utilización de los dispositivos digitales según se establece en el artículo 87 de la LOPD. En efecto, a fin de garantizar plenamente la intimidad de los trabajadores, será necesario que en la política de empresa se hagan constar también los criterios de control que la empresa pretenda implantar respecto al uso de los dispositivos digitales por parte de los trabajadores.

En este sentido, lo cierto es que la doctrina judicial venía admitiendo y aceptando, de manera más o menos pacífica, que el empresario tuviese esas facultades de control en la medida en que (i) el trabajador hubiese sido previamente informado de la posibilidad de ser monitorizado –de modo que no existiese, por su parte, una expectativa de privacidad–, y (ii) los medios de control utilizados por el empresario fuesen justificados, necesarios y proporcionados.

Sin embargo, la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Barbulescu II vs. Rumanía*¹ (a partir de ahora *Barbulescu II*) supone, en cierto modo, una vuelta de tuerca al ámbito del derecho de información previo requerido hasta la fecha por los tribunales. Así, y a partir de *Barbulescu II*, no parece ser ya suficiente la típica información, de carácter más o menos genérica, que habitualmente se incluía en las políticas internas de que el uso de los dispositivos podría ser monitorizado por la empresa en cualquier momento. En efecto, no hay duda de que *Barbulescu II* profundiza, intensifica y blinda ese derecho de información previa de los trabajadores.

Como consecuencia de lo anterior, y pese a que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no ha modificado, de momento, su doctrina respecto de este punto², parece aconsejable que tras *Barbulescu II*, las políticas de empresas que regulen el uso de los dispositivos digitales por parte de los trabajadores vayan un paso más allá de lo que había venido siendo la práctica habitual. Así, y a fin de dar pleno cumplimiento al derecho de información previa de los trabajadores y garantizar, de este modo, su intimidad, las políticas deberán regular, con mucho más detalle y de manera mucho más específica, los supuestos y casos particulares en los que la empresa podrá hacer uso de sus facultades de control y monitorización.

1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos Gran Sala 5-9-17, asunto *Barbulescu II vs. Rumanía*, req 61496/08.

2 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018.

2. El derecho a la desconexión digital

El derecho a la desconexión digital establecido en el artículo 88 de la LOPD protege, de un lado, el descanso de los trabajadores, al tiempo que pretende contribuir a la reconciliación del trabajo y la vida privada. En palabras del legislador, este derecho es necesario frente al riesgo presentado por el uso de las tecnologías digitales en el ámbito laboral ya que, al posibilitar el contacto con el trabajador fuera del área de trabajo, el uso indiscriminado de los medios digitales atenta contra la vida privada del trabajador y su descanso necesario para la salud.

Tal y como señalábamos con anterioridad, y a diferencia de lo que ocurre respecto del resto de derechos digitales, a la hora de instrumentalizar el deber previo de información, en el caso del derecho a la desconexión, el artículo 87 de la LOPD requiere, de modo expreso, que exista una política de empresa dirigida a los trabajadores. Obviamente, en los casos en los que no exista representación de los trabajadores, la empresa podrá implementar la política de manera unilateral, si bien, con sujeción al contenido mínimo establecido en el propio artículo 88 de la LOPD. Por el contrario, en aquellos casos en que haya representación unitaria, la LOPD les concede un papel protagonista en su elaboración. Frente al término “participación” al que se refiere el artículo 87 de la LOPD, al tratar del derecho a la desconexión y el rol de la representación de los trabajadores en la elaboración de la política de empresa, la LOPD habla de “*previa audiencia a los representantes de los trabajadores*”. Técnicamente, se pudiera entender que el término “previa audiencia” denota un menor grado de involucración que el de “participación”. No obstante, parece que estamos ante una mera cuestión lingüística y la voluntad del legislador es la misma en ambos casos: la empresa debe tratar de consensuar el contenido de la política de desconexión con la representación de los trabajadores. Sin embargo, dicha obligación no se configura como un deber de resultado, es decir, no existe el imperativo de alcanzar un acuerdo como condición para su implantación.

En lo que se refiere al ámbito subjetivo, es importante resaltar que el propio artículo 88 de la LOPD enfatiza el hecho de que la política de desconexión irá dirigida a todos los trabajadores incluidos aquellos que ocupen puestos directivos. Es decir, dado que estamos ante un derecho que tiene como fin último el cuidar de la salud de los trabajadores, incluso el personal que ostente la condición de alta dirección, de acuerdo a lo establecido en el Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto por el que se regula su relación especial laboral, es titular del derecho a la desconexión. En este contexto, llama la atención lo manifestado en la Guía sobre el registro de jornada recientemente publicada por el Ministerio de Empleo, Migraciones y Seguridad Social en relación con el tipo de trabajadores al que se le aplica el registro horario del artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores. En efecto, en esa Guía se trata de distinguir y diferenciar a los efectos de registro horario, a aquel personal “de confianza” que tenga pactado un régimen de libre disponibilidad del tiempo de trabajo o forme parte de sus obligaciones contractuales su plena disposición horaria para el cabal cumplimiento de su actividad profesional. Así, y en la medida en que la Guía habla de “*plena disposición horaria*”, se podría considerar que el contenido de la misma contradice y excluye el derecho de desconexión de

ese personal “de confianza”. Sin embargo, los términos de la LOPD son claros en cuanto al ámbito subjetivo del derecho a la desconexión: aplica a todos los trabajadores incluyendo, por tanto, a los altos directivos y al resto de directivos en la empresa. Por lo tanto, la empresa no podrá utilizar, en ningún caso, el instrumento de la política de empresa para excluir del disfrute del derecho a la desconexión a determinados colectivos con independencia de las funciones desempeñadas y lo alto que se encuentren en los organigramas funcionales de las empresas.

Por otro lado, y respecto del contenido concreto que en cada política interna se le debe dar al derecho a la desconexión, el artículo 88 de la LOPD establece unos mínimos orientativos. Así, en la política se deberán definir, con carácter general, (i) las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, (ii) las acciones de formación y sensibilización para evitar el denominado riesgo de fatiga informática, así como (iii) las medidas concretas en los casos de trabajo a distancia. No obstante, dichos contenidos mínimos podrán ser superados tanto fruto de las audiencias con la representación de los trabajadores, como de la voluntad unilateral del empresario de diseñar una política de desconexión lo más ajustada a la realidad y necesidades de la empresa.

Para concluir, es importante resaltar que, para el efectivo cumplimiento de las previsiones legales en torno al derecho a la desconexión y el deber de información previo, la actuación de la empresa no podrá limitarse a la mera elaboración formal de una política de empresa en los términos establecidos en el artículo 88 de la LOPD. Será necesario un continuo seguimiento de su aplicación y su adaptación a las distintas situaciones y vicisitudes que se vayan produciendo. Obviamente, la representación de los trabajadores y, en su caso, los trabajadores, deberán ser regularmente informados de dichas actualizaciones.

3. El uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos

Al igual que ocurre con el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, el artículo 89 de la LOPD reconoce el derecho a la intimidad de los trabajadores frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

Del mismo modo, y como ocurre con el resto de los derechos digitales, la LOPD pone especial énfasis en el deber de información previo de la empresa a sus trabajadores sobre el uso y utilización de dispositivos de videovigilancia y de grabación en el lugar de trabajo. Es más, el artículo 89 de la LOPD enfatiza sobre el tipo de información que los trabajadores deben obtener y señala expresamente que los empleadores deberán informar con carácter previo, y de forma clara y concisa, sobre la utilización de estas medidas.

No obstante, y de acuerdo a lo que había venido siendo una doctrina judicial consolidada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, el propio artículo 89 de la LOPD establece una excepción a la regla general. Así, en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los

trabajadores, se entenderá cumplido el deber de informar cuando exista, al menos, el dispositivo previsto en el artículo 22.4 de la LOPD. Es decir, en la práctica, y para la mayoría de las ocasiones en las que el uso de grabaciones de videovigilancia o de sonidos en el lugar de trabajo pudiera resultar relevante (ej. descubrir la autoría de actos ilícitos por parte de los trabajadores susceptibles de una sanción disciplinaria), el derecho a la información previa quedaba prácticamente desnaturalizado dado que las empresas tendían a limitar sus acciones informativas a la mera colocación de los carteles informativos previstos en el artículo 22.4 de la LOPD.

Sin embargo, y a raíz de la sentencia de instancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *López Rivalda vs. España*³, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo anunció un cambio de criterio en esta materia⁴. Así, en opinión de la Sala, y conforme a lo establecido en el artículo 89 de la LOPD, para controlar hurtos y delitos se entiende suficiente para garantizar el derecho de información la presencia de los anuncios y carteles previstos en el artículo 22.4 de la LOPD. Sin embargo, si la finalidad de las grabaciones efectuadas por el empresario es el control de las obligaciones laborales, la Sala concluye que se debe informar expresamente de (i) su presencia, y de (ii) la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias en caso de que se constate que el empleado ha incumplido sus obligaciones.

No obstante, es preciso señalar que la propia Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha matizado su criterio inicial sobre el asunto *López Rivalda vs. España*⁵, entendiendo que la exigencia de información previa podrá, excepcionalmente, eludirse en aquellos casos en los que existan sospechas razonables de que se han cometido graves irregularidades. A la vista de lo anterior, parece razonable que el Tribunal Supremo acoja igualmente este criterio menos estricto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y flexibilice el cambio de postura que había anunciado.

Cabe concluir, por tanto, que a diferencia de lo que había venido siendo la regla general hasta la fecha –y salvo que nos encontremos ante casos excepcionales donde existan sospechas fundadas respecto de la comisión de un incumplimiento por parte de un trabajador–, en la medida en que los anuncios del artículo 22.4 de la LOPD ya no son un medio adecuado de información, las empresas que hagan uso de dispositivos de videovigilancia o grabación de sonidos deberán contar con políticas de empresa que informen sobre (i) su existencia y el motivo de su instalación, (ii) el tratamiento de los datos personales que se capturen, y (iii) el régimen disciplinario aplicable en caso de descubrirse algún incumplimiento.

4. Sistemas de geolocalización

No hay duda de que cada vez resulta más útil para las empresas que proveen determinados servicios el emplear sistemas de geolocalización para monitorizar las obligaciones laborales de los trabajadores. Sin embargo, es importante considerar que los datos de localización de una persona son también datos de carácter

3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos 9-1-18, asunto *López Rivalda vs. España*, req 1874/13 567/13.

4 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2019.

5 Tribunal Europeo de Derecho Humanos Gran Sala 17-10-19, asunto *López Rivalda vs. España*, *applications nos.* 1874/13 y 8567/13.

personal y, por lo tanto, deben ser tratados debidamente y su recolección aprobada por el procedimiento establecido en la LOPD.

Es por ello que, dentro de los derechos digitales, el artículo 90 de la LOPD regula la utilización de sistemas de geolocalización con fines de control en el ámbito laboral. Nuevamente, y de manera análoga al tratamiento dado al resto de los derechos laborales digitales, el artículo 90 de la LOPD establece la obligación inexcusable de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los representantes legales (si los hubiese) y, en su defecto, a los propios trabajadores, acerca de la existencia y características de estos dispositivos.

En este sentido, la importancia y relevancia del derecho a la información previa en relación con la implantación de los sistemas de geolocalización ha quedado claramente de manifiesto en la reciente sentencia de la Audiencia Nacional en el denominado caso “Telepizza”⁶. En este supuesto, y más allá de que la empresa obligó a sus repartidores a instalar una aplicación de geolocalización en sus móviles privados, –lo cual se consideró como una decisión desproporcionada y abusiva–, la Audiencia estimó las pretensiones de los sindicatos actuantes sobre la base de que la empresa había incumplido con el deber de información previa a los trabajadores establecido en el artículo 90 de la LOPD.

En consecuencia, en aquellos casos en los que las empresas deseen poner en funcionamiento sistemas de geolocalización a su plantilla de trabajadores, las políticas de empresa se configuran nuevamente como el instrumento más adecuado para materializar el deber de información previsto en el artículo 90 de la LOPD.

III. Valoración

El reconocimiento de los derechos laborales digitales por la LOPD supone el reflejo normativo de un fenómeno imparable, el desarrollo de las nuevas tecnologías y su cada vez mayor impacto en el mundo laboral y en la gestión de las relaciones laborales.

Es evidente que el desarrollo de las nuevas tecnologías aplicadas al mundo laboral genera nuevas formas en la prestación de los servicios por parte de los trabajadores que, a su vez, plantean nuevos conflictos con los derechos de los trabajadores. En concreto, la LOPD entiende que la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral puede poner en riesgo los derechos de privacidad e intimidad de los trabajadores. Por este motivo, y a fin de salvaguardar estos derechos, la LOPD establece y fija respecto de cada uno de los derechos laborales digitales el deber de información previa del empresario a sus trabajadores.

6 SAN 13/2019, 6 de febrero de 2019.

Es indudable que el deber de información previa del empresario se configura como una garantía esencial de la privacidad e intimidad de los trabajadores. Sin embargo, y para que ese derecho de información previa garantice de manera efectiva los derechos de los trabajadores, es necesario que, siguiendo la doctrina del Tribunal de Derechos Humanos en los casos *Barbulescu II vs. Rumanía* y *López Ribalda vs. España*, la información facilitada por el empresario a los trabajadores sea completa, clara y concisa y no meras manifestaciones proforma. En este contexto, es evidente que las políticas de empresa y el resto de instrumentos de *soft-law* a disposición de las empresas resultan el canal más adecuado para cumplir con dicho deber de información.

Colusión entre licitadores en la contratación pública: *bid rigging*

Beatriz García Gómez

Socia de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
Y LITIGACIÓN

I. Introducción. Colusión en la contratación pública: trascendencia y preocupación	80
II. Tipología de acuerdos colusorios en el ámbito de la contratación pública	82
III. Características de los mercados proclives a la colusión: el sector de la contratación pública	82
IV. Pautas disuasorias de las conductas colusorias en el sector de la contratación pública	83
1. Pautas disuasorias	83
2. Concienciación social	84
3. Modificaciones normativas	85

Índice/



Resumen: La fuerte presencia en el sector de la contratación pública de prácticas colusorias entre licitadores ha despertado la preocupación de las autoridades públicas en general, y de la competencia, en particular.

Este tipo de prácticas tiene como consecuencia que las empresas y los consumidores se vean privados de productos nuevos o mejorados a precios competitivos y determina, asimismo, que aquellos deban pagar más por los mismos productos o servicios.

Ante esta situación, las autoridades de la competencia han fomentado pautas para disuadir las prácticas anticompetitivas que restringen la competencia en el sector de la contratación pública. Este tipo de pautas se presentan como una solución adecuada para el buen uso del dinero público.

En este artículo se expondrá el efecto trascendental de estas prácticas y su tipología; también se abordarán las principales características de los mercados proclives a la colusión en el sector de la contratación pública, así como las medidas adoptadas para disuadir este tipo de prácticas.

Abstract: The prevalence of collusive practices between bidders in the public procurement sector has raised concerns for public authorities, and especially for the competition authorities.

The consequence of this type of practice is that companies and consumers are deprived of new or improved products at competitive prices, and must pay more for the same products or services.

In light of this situation, the competition authorities have developed guidelines to deter the anti-competitive practices that restrict competition in the public procurement sector. These types of guidelines have been presented as an adequate means of ensuring the good use of public money.

This article will explain the far-reaching impact of these practices and their different types. The main characteristics of the markets prone to collusion in the public procurement sector will also be discussed, as well as the measures taken to deter such practices.



Palabras clave: *Bid rigging*, contratación pública, prácticas anticompetitivas, autoridades de la competencia, procedimiento sumarísimo.

Keywords: Bid rigging, public procurement, anti-competitive practices, competition authorities, summary procedure.

Colusión entre licitadores en la contratación pública: *bid rigging*

I. Introducción. Colusión en la contratación pública: trascendencia y preocupación

El término *bid rigging* engloba aquel conjunto de conductas que entrañan un acuerdo entre licitadores públicos con la finalidad de restringir la competencia y de obtener un contrato más beneficioso que aquel que hubieran obtenido en el supuesto de que existiera libre competencia entre los oferentes públicos. Son prácticas que, en el ámbito del Derecho europeo de la competencia, quedan comprendidas entre los acuerdos *hard-core* entre empresas del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La complejidad en el entramado legal en la convocatoria de los concursos públicos, la opacidad y, en muchos casos, la asimetría en la información que se proporciona a los oferentes y que conocen los órganos de contratación, convierten al sector de la contratación pública en un sector especialmente sensible a la colusión anticompetitiva.

Tal y como señalan R. Marshall y L. Marx (2012)¹ *“los licitadores que coluden eliminan la rivalidad anulando cualquier oferta significativa, salvo la oferta con el valor más alto que haya sido presentada por uno de los licitadores implicados en la colusión. Los demás detalles y la logística de la colusión se derivan de esta premisa de comportamiento del grupo de licitadores que coluden”*.

Esta colusión deviene especialmente grave porque atenta contra la competencia, reduce los beneficios de los consumidores y perjudica, de manera clara, al comprador público que sufre un indebido incremento en los precios, así como restricciones en los suministros contratados.

Distintos estudios en la materia fijan el sobreprecio generado por este tipo de conductas en el entorno de un 20 %². Ello ha determinado que la colusión entre licitadores constituya una de las mayores preocupaciones de las autoridades públicas y de la competencia de los distintos países del mundo.

1 MARSHALL R. y MARX L., “The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings”, Cambridge, 2012.

2 CONNOR, JOHN M., LANDE, ROBERT H., “Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays”, en 34 Cardozo Law Review 427, 2012. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1917657> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1917657>
CONNOR, JOHN M., “Price-Fixing Overcharges”. 3ª ed. revisada, 2014. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2400780> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400780>
SMUDA, F., “Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law” en ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 12-050, 2012. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2118566> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2118566>

Esta preocupación ha dado lugar a la puesta en práctica de distintas actuaciones preventivas y correctivas tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito nacional.

Desde un punto de vista internacional, se han sucedido recomendaciones e informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para combatir la colusión en la contratación pública³. Entre ellas destaca la Recomendación de 17 de julio de 2012⁴, en la que se invita a los estados miembros a que se esfuercen “*para que las licitaciones públicas, en todos los niveles de gobierno, se diseñen para fomentar una competencia más efectiva y también para reducir los riesgos de la colusión en la contratación pública, a la vez que garanticen una mejor relación calidad-precio*”⁵.

Desde un punto de vista nacional, en junio del año 2010 la Autoridad Catalana de Competencia (ACCO) elaboró la primera guía sobre la colusión en la contratación pública⁶. A esta le siguió la guía elaborada por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía⁷. Poco más tarde, el 7 de febrero de 2011, la entonces Comisión Nacional de la Competencia (CNC) hizo pública la “Guía sobre contratación pública y competencia”.

En el plano normativo nacional, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público⁸ (“Ley 30/2007”) y el Real Decreto Ley 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁹ (“TRLCSPP”) incluyeron, por primera vez, una disposición adicional sobre prácticas contrarias a la libre competencia¹⁰ que preveía un sistema de comunicación sobre posibles conductas colusorias entre las autoridades de la competencia y los órganos funcionales en el ámbito de la contratación pública. Un impulso a este tipo de actuaciones se llevó a cabo con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Texto pertinente a efectos del EEE¹¹ (“Directiva 2014/104/UE”).

En los siguientes apartados se identificarán las conductas que determinan acuerdos colusorios, las principales características de los mercados proclives a la colusión, así como las medidas adecuadas para disuadir este tipo de conductas.

3 OCDE, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. OCDE (París), 2005; OCDE, *Bribery in Public Procurement: methods, actors and counter-measures*. OCDE (París), 2007; OCDE, *Integrity in Public Procurement: Good practice from A to Z*. OCDE (París), 2007; OCDE, *Fighting Cartels in Public Procurement*. OCDE (París), 2008; OCDE, *Monopsony and Buyer Power*. OCDE (París), 2008; OCDE, *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement. Hgovernments to obtain best value for money; Collusion and Corruption in Public Procurement*. OCDE (París), 2010.

4 Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública, aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2012, [C(2012)115 – C(2012)115/CORR1-C/M(2012)9].

5 *Ibidem*, pág. 2.

6 “Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública”.

7 “Guía de Competencia para las Empresas Andaluzas”.

8 BOE de 31 de octubre de 2007, núm. 26.

9 BOE de 16 noviembre 2011, núm. 276.

10 Disposición adicional 26 Ley 30/2007 y Disposición adicional 23 TRLCP.

11 OJ L 349, 5.12.2014, págs. 1–19.

II. Tipología de acuerdos colusorios en el ámbito de la contratación pública

La teoría económica evidencia que el incentivo para coludir en los concursos públicos depende, en gran medida, del tipo de concurso público que se licite¹².

Dadas las características del sector de la contratación pública, la OCDE ha identificado como acuerdos colusorios principales los siguientes:

- (i) *Cover bidding* u ofertas de resguardo (también denominadas simbólicas o de cortesía): este tipo de ofertas se presentan para aparentar una licitación competitiva y suelen incluir (a) una oferta más alta que la del ganador designado, (b) una oferta que se entiende demasiado alta como para ser considerada, o (c) una oferta con términos especiales que se sabe que serán inaceptables para el órgano de contratación.
- (ii) *Bid suppression* o supresión de ofertas: este tipo de ofertas se presentan como si fuesen ofertas competitivas, si bien son posteriormente retiradas para que nunca se lleguen a considerar y que se propicie la adjudicación del concurso al licitador artificialmente designado por los oferentes. Esta modalidad de colusión incluye la presentación de ofertas conjuntas y la abstención en la presentación de ofertas.
- (iii) *Bid rotation* o rotación de ofertas: en los casos de rotación, los licitadores acuerdan establecer turnos para resultar adjudicatarios.
- (iv) *Market allocation* o acuerdos de reparto de mercados: bajo esta modalidad los potenciales licitadores se reparten los mercados, las carteras de clientes o las zonas geográficas en los que presentarán sus ofertas.

Este tipo de acuerdos no son mutuamente excluyentes, sino que permiten combinaciones varias con la única finalidad de aumentar los beneficios de la oferta adjudicataria.

III. Características de los mercados proclives a la colusión: el sector de la contratación pública

Las prácticas anticompetitivas pueden estar presentes en cualquier sector; si bien hay determinados mercados que, por sus propias características, se reconocen como mercados proclives a la colusión. Entre ellos se encuentra la contratación pública.

En este sector público existen diversos ejemplos de manipulaciones fraudulentas de licitaciones públicas porque en él concurren determinadas características que permiten (i) que entre los licitadores se llegue a acuerdos, (ii) que se pueda dar

12 ROBINSON, M., "Collusion and the Choice of Auction," *RAND Journal of Economics*, Vol. 16, 1985.

seguimiento a esos acuerdos y (iii) que se puedan aplicar penalizaciones efectivas a aquellos operadores que pretendan apartarse de lo ya acordado.

De manera sistemática podemos categorizar el mercado de este sector en base a tres grandes rasgos.

En primer lugar, la manipulación de ofertas públicas es más probable cuando existe un número reducido de potenciales licitadores. A este respecto, tanto las barreras jurídicas y económicas que impiden o dificultan la entrada de potenciales licitadores, como la asociación entre ellos para conformar uniones temporales de empresas (UTE) y consorcios, favorecen este tipo de prácticas. Cuanto menor sea el número de licitadores, más fácil será llegar a un acuerdo para manipular las ofertas.

Asimismo, la teoría económica evidencia que el sistema de plicas cerradas, que se abren en acto público para identificar de manera concreta el precio y las especificaciones de cada oferta puede ser el instrumento ideal para detectar bajadas de precios entre los distintos oferentes. Adicionalmente, se ha demostrado que las prácticas colusorias podrían ser más efectivas cuanto más transparente sea el mercado y más información tengan los oferentes entre sí¹³.

En segundo lugar, los cambios significativos en las condiciones de la demanda y de la oferta dificultan la implementación de este tipo de prácticas anticompetitivas. Sin embargo, la colusión deriva con mayor facilidad de los flujos constantes y predecibles de la demanda por parte del sector público e incluso de las épocas de crisis y de dificultades económicas; son en estos momentos en los que los licitadores tratan de ponerse de acuerdo para manipular las licitaciones y maximizar sus beneficios.

En tercer lugar, las compras repetidas o la adquisición recurrente de productos o servicios idénticos y sencillos aumentan las probabilidades de colusión. También favorece este tipo de comportamientos la adquisición de productos o servicios que carecen de sustitutos o de innovación tecnológica.

IV. Pautas disuasorias de las conductas colusorias en el sector de la contratación pública

Existe una gran medida de pautas que pueden adoptar los organismos públicos para disuadir las prácticas competitivas y reducir el riesgo de colusión en el sector de la contratación pública.

1. Pautas disuasorias

La lucha frente a este tipo de prácticas exige, en primer lugar, que sean los propios servidores públicos y los órganos de contratación los que recaben la mayor información posible sobre los productos y servicios objeto de contratación y sobre los

13 STIGLER, G., "A Theory of Oligopoly," *Journal of Political Economy*, Vol. 72, 1964.

proveedores que podrían facilitar dichos productos y servicios. Disponer de esta información les permitirá coordinarse con otros compradores del sector público, depurar sus necesidades o estimar los precios y costes de manera razonable.

Del mismo modo, para favorecer la desaparición de este tipo de prácticas anti-competitivas, resulta aconsejable diseñar procesos de licitación en los que se fomente la libre competencia y la participación de distintos operadores. Para ello, puede resultar de utilidad la eliminación de cuantas barreras jurídicas y económicas existan a la entrada de potenciales licitadores, evitar restricciones innecesarias, evitar que transcurran periodos largos entre la valoración de las ofertas y la adjudicación, permitir ofertas sobre lotes y flexibilizar el número de empresas a las que se les pedirá oferta.

Por otro lado, también resulta aconsejable definir los requisitos de los pliegos de forma clara y evitar que las adquisiciones sean predecibles o recurrentes. A este respecto, se recomienda favorecer la innovación tecnológica, evitar la facilidad de predicción en los requisitos de contratación y agregar y desagregar contratos en los que se varíe el tamaño, la duración o las características del objeto del servicio o suministro a contratar.

De igual modo, también se entiende necesario que se lleve a cabo una elección cuidadosa de los criterios de valoración de las ofertas para que su aplicación no desincentive o desaliente la competencia futura, ni aparente tratos preferenciales para ciertas categorías o tipos de proveedores.

La implementación de estas y otras medidas se ha de realizar en dos planos distintos (preventivos y correctivos): un primer plano de concienciación social y, un segundo plano, la modificación normativa. Lo tratamos a continuación.

2. Concienciación social

La concienciación social es una forma de prevenir y disuadir las prácticas colusorias en el sector de la contratación pública.

Este tipo de actuación exige crear conciencia de los efectos perjudiciales de la colusión tanto a nivel de los funcionarios a cargo de los procesos de licitación, como a nivel de los potenciales licitadores.

Los primeros podrán ayudar a combatir la colusión en la medida en la que sean conscientes de los riesgos existentes. Ello exige que se les forme en programas periódicos de capacitación sobre la detección de manipulaciones de ofertas y que dispongan de las herramientas adecuadas para poder revisar el historial de ofertas presentadas y obtener información sobre ellas.

Asimismo, también resulta aconsejable que los potenciales licitadores desarrollen su aversión a las conductas colusorias; este objetivo generalmente se alcanza si los licitadores son efectivamente informados de las consecuencias y, en su

caso, de las sanciones que se aplicarían si realizasen prácticas anticompetitivas (actuaciones correctivas).

3. Modificaciones normativa

Los sistemas de actuación mediante la concienciación social ganan efectividad si van acompañados de actuaciones preventivas y correctivas positivadas en la norma aplicable.

La Directiva 2014/104/UE impulsó de manera clara este tipo de actuaciones preventivas y correctivas de las prácticas anticompetitivas en el sector de la contratación pública. Fue traspuesta mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹⁴ ("LCSP"); y esta disposición se considera la primera en cuyo articulado se incluyen diversas medidas¹⁵ con el propósito de fortalecer la persecución de prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito de la contratación pública.

Destaca, de manera particular, el apartado 1 del artículo 150 en el que se introduce un procedimiento sumarísimo en el que participan la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), así como las autoridades de la competencia autonómicas para detectar indicios fundados de eventuales conductas restrictivas en el marco de los procedimientos de contratación. Se trata de un mecanismo confidencial de consulta previa entre las autoridades de la competencia y los órganos de contratación que resulta de aplicación a los contratos de las Administraciones públicas y a aquellos sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública.

El acuerdo de traslado tendrá efectos suspensivos del procedimiento de contratación y no podrá ser comunicado a los licitadores hasta que se garantice el buen fin de las actuaciones de investigación.

Esta disposición, pendiente de desarrollo reglamentario, refuerza el papel de las autoridades de la competencia y la conciencia de potenciales licitadores y de los órganos de contratación para detectar, perseguir y sancionar las conductas colusorias que se produzcan en el ámbito de la contratación pública.

14 BOE de 9 de noviembre de 2017, núm. 272.

15 Apartado 2 del artículo 69, apartado 1 del artículo 150 y apartado 3 del artículo 132 LCSP.

