

Pérez-Llorca

Revista Jurídica



jun/
/2020

Pérez-Llorca

Revista Jurídica

jun/

/2020

© 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. 3

JUNIO
MADRID

2020

Revista Jurídica Pérez-Llorca

Consejo Editorial

Pedro Pérez-Llorca Zamora

Francisco José León Sanz

Encarna Cordero León

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Javier García Marrero

Consejo de Redacción

Francisco José León Sanz

Javier Gutiérrez Gilsanz

Constanza Vergara Jaakkola

María Luisa Delgado Arrabal

Nieves Serrano García

Pérez-Llorca

Revista Jurídica

índice/

Artículo 20

De la codificación a la descodificación

10

Estudios

Mecanismos contractuales alternativos de ejecución de garantías reales y alcance de la prohibición de pacto comisorio

18

M&A y deber de lealtad de los administradores de la sociedad *target*

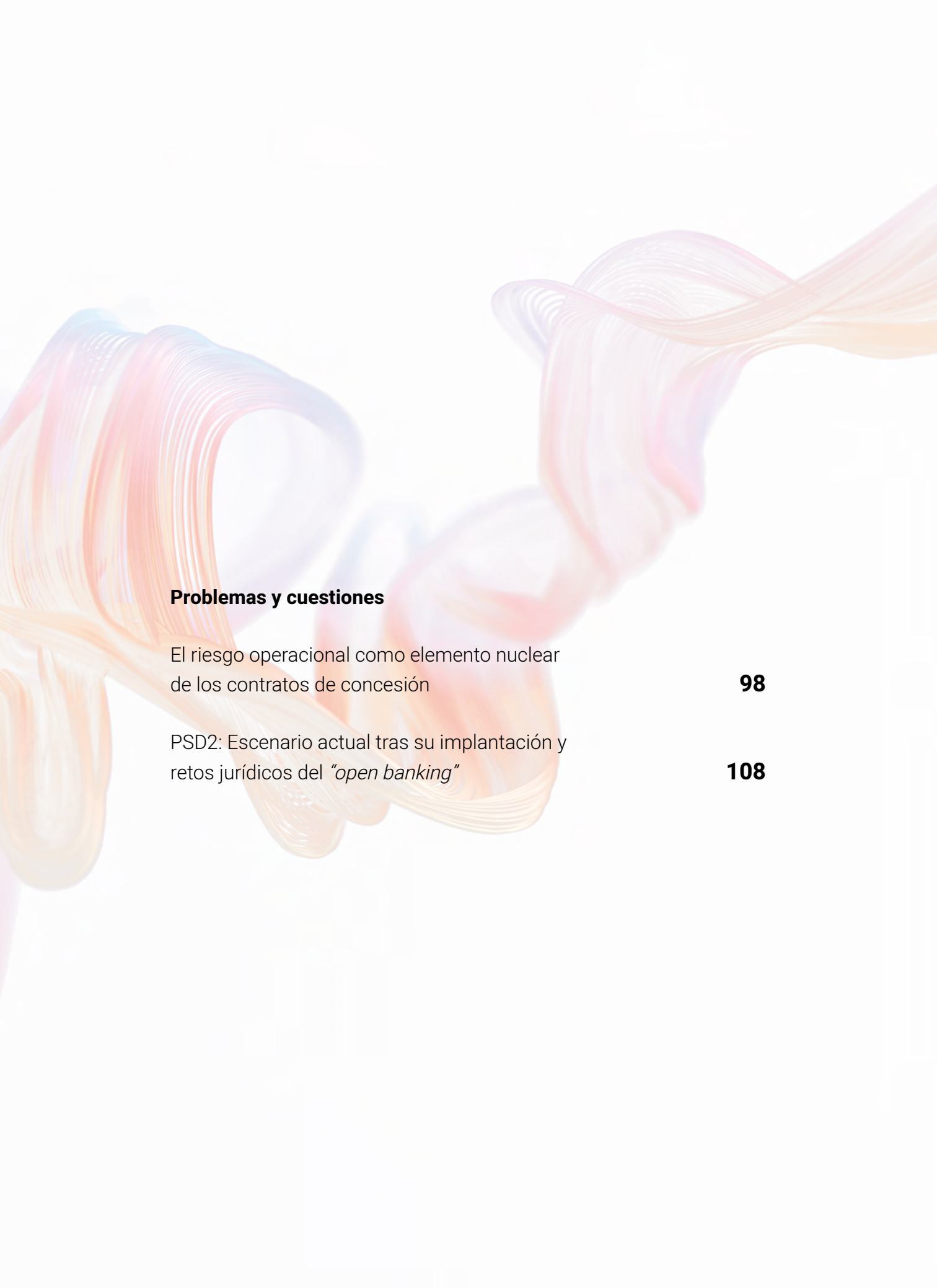
34

Cláusulas arbitrales patológicas: soluciones

56

Acciones civiles y penales contra los sitios web de enlaces infractores de derechos de propiedad intelectual

74



Problemas y cuestiones

El riesgo operacional como elemento nuclear
de los contratos de concesión

98

PSD2: Escenario actual tras su implantación y
retos jurídicos del “*open banking*”

108

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.



De la codificación a la descodificación

1) Origen de mi vinculación a la Comisión General de Codificación

En el año 1968, siendo discípulo del maestro D. Joaquín Garrigues, me integraron en los trabajos que entonces ocupaban a la Comisión General de Codificación, del Ministerio de Justicia. Dos años más tarde, en el año 1970, fui nombrado Vocal Permanente de la Subsección de Derecho mercantil de la Comisión y desde entonces he intervenido continuamente en los trabajos de esa Comisión. Así pues, llevo interviniendo en los trabajos de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación más de 50 años; en ese medio siglo he podido tener una visión muy completa de la actividad de la Comisión. Durante ese tiempo ha cambiado casi totalmente la legislación mercantil, gracias fundamentalmente a los trabajos de la Comisión. En ese largo período de tiempo se nombraron diversas Comisiones, con denominaciones y finalidades diversas, aunque siempre vinculadas de una u otra forma a la Comisión General de Codificación.

2) Proliferación de Comisiones

La primera manifestación de la que pasó a denominarse después como Comisión General de Codificación, fue una Comisión nombrada en el año 1834 por el Rey Fernando VII para redactar un Código mercantil. Esa Comisión se desarrolló en un contexto bastante peculiar. Sorprende, por ejemplo, que el primer acuerdo adoptado por unanimidad por los miembros de la Comisión consistió en decidir que las reuniones de trabajo se tendrían los domingos a las 13 horas en el domicilio del Presidente.

En un Real Decreto de 19 de agosto de 1843 se creó la Comisión General de Codificación. El 1 de octubre de 1856 se nombra la Comisión General de Codificación, más tarde por Decreto de 12 de mayo de 1875 se restablece la Comisión General de Codificación. En época ya más reciente, por Decreto de 25 de marzo de 1938, se suprimió la Comisión Jurídica Asesora, sustituyéndola, por la Comisión General de Codificación.

A lo largo del Siglo XIX se sucedieron diversas Comisiones relacionadas con los cambios de poder político.

Finalmente, en la actualidad, rigen los estatutos de la Comisión General de Codificación aprobados por Real Decreto 845/2015, de 28 de septiembre y la Comisión tiene un gran prestigio, debiendo señalarse que tiene la importancia el mantenimiento del término “codificación”.

No parece razonable que en la labor actual de la Comisión se prescindiera totalmente del significado que tiene la referencia a la “codificación”, cuando ese es el término fundamental para definir la finalidad de las distintas Comisiones.

Hasta nuestros días subsiste la denominación “Comisión General de Codificación”, siendo así que el término “codificación” debería suprimirse, ya que la Comisión no parece que tenga por objeto la redacción de un Código como forma de organizar la legislación.

Por lo demás, la referencia a la “codificación” tiene históricamente un significado importante, al reconocer la codificación como forma más adecuada de organizar la coordinación de las leyes del ordenamiento jurídico.

3) La aprobación de los acuerdos

Ha habido momentos en que la Comisión estaba organizada dando importancia a la participación de todos los Vocales, cualquiera que fuera la Sección a la que pertenecían.

Así hay que señalar, por ejemplo, que en algunos momentos los resultados de la Comisión tenían que ser aprobados por el órgano que integraba a todos los Vocales cualquiera que fuera la Sección a la que pertenecían. Así ocurrió con el Título Preliminar del Código civil en cuya aprobación tuvieron participación en las propuestas y en las discusiones todos los Vocales de todas las Secciones. Así pues, todos los Vocales podían intervenir no solo en las discusiones, sino que podían presentar enmiendas por escrito, y hay que destacar que fueron muchas las enmiendas que se presentaron y que fueron discutidas una a una.

En otros casos, los resultados de la Comisión se someten a la aprobación bien de la ponencia o del grupo designado al efecto, o más generalmente por el Pleno de la Sección correspondiente.

En estos momentos no es coherente que cuando existe una Propuesta terminada de Código mercantil, el Ministerio no apoye con el mayor interés la aprobación de esa Propuesta de Código; basta con recordar que la Comisión, al estar designada para la realización de un Código, después, cuando ese Código está ya terminado, no se implica el Ministerio en absoluto y el texto desaparece en las vías administrativas.

El tema es sorprendente puesto que la Propuesta de Código fue realizada para cumplir un encargo del Ministro José Manuel López Aguilar, encargo que ha sido ratificado por los Ministros de Justicia posteriores. Así resulta que la Propuesta de Código se ha realizado bajo los auspicios de siete Ministros de Justicia: D. Mariano Fernández Bermejo, D. Francisco Caamaño Domínguez, D. Alberto Ruiz Gallardón, D. Rafael Catalá Polo, D^a Dolores Delgado García y D. Juan Carlos Campo Moreno.

Es decir, el trabajo realizado por la Comisión para terminar el Código mercantil se ha realizado bajo el sucesivo nombramiento de siete Ministros de Justicia, de distintos partidos políticos. Esto pone de manifiesto el carácter absolutamente técnico del trabajo de la Sección de mercantil, lo cual es muy importante, pues habría que evitar a toda costa que en la composición de los Vocales de la Comisión intervinieran cualesquiera grupos con un planteamiento de discusión política de las cuestiones sobre las que la Comisión tiene que pronunciarse.

4) Grupos y Ponencias

En la actualidad los trabajos de la Sección suelen encomendarse a grupos o ponencias nombrados *ad hoc*, de manera que actúan en general como ponentes que preparan un texto que después se somete al Pleno de la Sección. Una parte importante de los trabajos de la Sección consiste en la trasposición de Directivas de la UE cuyo número va creciendo y respecto de las cuales conviene tener presente los problemas que puede plantear de las mismas, debiendo señalarse, además, que no siempre es totalmente pacífica la determinación de qué Ministerio debe encargar esa tarea.

Por otra parte, la regulación de los Grupos puede ser suficientemente flexible como para que el Grupo opere con amplia independencia, como ha ocurrido, por ejemplo, con la refundición de la Ley Concursal que acaba de ser aprobada por las Cortes.

5) Los Vocales

La relación de los Vocales que pertenecen a la Sección de Derecho mercantil puede consultarse en:

[https://ficheros.mjusticia.gob.es/vocales/LISTADO%20%20VOCALES%20PERMANENTES%20C.G.C.%20\(24-02-2020\).pdf](https://ficheros.mjusticia.gob.es/vocales/LISTADO%20%20VOCALES%20PERMANENTES%20C.G.C.%20(24-02-2020).pdf)

El planteamiento que consiste en que las ponencias son preparadas por Grupos y Ponencias es posible si se tiene en cuenta que el número de Vocales de la Sección es bastante reducido y los Vocales son todos ellos auténticas personalidades en su área de conocimiento. Este dato es importante porque hay que relacionarlo con el hecho de que los Vocales trabajan en los temas que les confía la Sección, prácticamente de forma gratuita y con gran dedicación. No es normal en otros organismos que los Vocales con prestigio y altamente especializados estén dispuestos a intervenir en trabajos que les confía la presidencia, de tal manera que se crea una colaboración altamente provechosa.

6) La Propuesta de Código mercantil

No puede dejar de insistirse en lo extraño que resulta que a la Comisión General de Codificación, cuando realiza con gran esfuerzo una Propuesta de Código mercantil, no sea apoyado por el Ministerio de Justicia para que se convierta en Ley. La obra del Código mercantil es realmente extraordinaria, la Sección dedicó seis años a la elaboración de este texto, y es importante tener en cuenta no sólo que la Comisión según su propia denominación está para realizar el Código mercantil, sino porque además esa Propuesta de Código tiene un contenido extraordinariamente amplio que incluye dentro del Código las instituciones y textos que otorgan al trabajo realizado la virtud de modernizar totalmente nuestro Derecho mercantil. Hay, además, otro factor que debería contribuir a la tramitación y aprobación del Código mercantil. Ello es así puesto que la Constitución de 1978 atribuye la competencia para legislar sólo al Estado en materia de Derecho mercantil. Así pues, si se quiere tener un Código de contenido moderno y adaptado a la exigencia de servir a la unidad de mercado, no parece dudoso que debería servir ese planteamiento para un impulso decidido a la aprobación como Ley de la Propuesta de Código.

7) Textos prelegislativos

Existe una práctica en la preparación de los textos prelegislativos, que no es de ninguna manera aceptable. No es admisible que cualquier funcionario de cualquier Ministerio, llegado el momento de regular legalmente algún tema de ese Ministerio, se considere con autoridad y formación para redactar los textos prelegislativos necesarios. La redacción de textos prelegislativos no puede hacerse por cualquiera que tenga algún tipo de relación con la materia que se regula. La redacción correcta de un anteproyecto de ley solamente pueden hacerla personas con la formación adecuada. Ello significa que no se puede aceptar que de los distintos Ministerios surjan propuestas de ley que no han sido redactadas ni supervisadas por auténticos especialistas que son los que integran la Comisión de Codificación.

Lo razonable es que quienes conocen el supuesto práctico sobre el que hay que legislar, colaboren con el departamento especializado en la preparación de textos prelegislativos.

Eso significa que para la preparación de material prelegislativo la Comisión General de Codificación debería intervenir, lo cual plantea una cuestión secundaria, como es la de que dada la función que cumple la Comisión General de Codificación debería estar integrada en la Presidencia del Gobierno; bien es cierto que si esa posibilidad plantea problemas de organización, debería especificarse claramente en la organización del Ministerio de Justicia su función para colaborar con cualquier Ministerio que tenga que realizar textos prelegislativos.

Un tema importante a tener en cuenta es que durante muchos años los Ministros se interesaban personalmente por la marcha de los trabajos de la Comisión, existió una relación personal muy provechosa entre el Ministerio de Justicia y la Comisión de Codificación, en mi caso con la Sección de Derecho mercantil. Esa relación favorecía el interés de la Sección por los trabajos en curso. Esa relación personal ha disminuido notablemente, sin duda por las muchas materias a las que tiene que atender ahora el Ministro de Justicia.

Como ejemplo de los fructífera que puede resultar la colaboración entre la Comisión General de Codificación y entidades o personas que quieren regular algo que constituye una novedad, puede citarse la regulación legal de las Sociedades de Garantía Recíproca.

8) El caso de las SGR

En esa materia, fue la Cámara de Comercio de Barcelona la que envió a dos representantes para plantear al Ministro de Justicia la conveniencia de regular un tipo de sociedad, como existía en Francia, cuyo objeto sería la de facilitar avales a las empresas para facilitar su financiación.

La sugerencia fue considerada por el Ministro que encargó a un miembro de la Comisión la redacción de una propuesta, actuando conjuntamente con un organismo del Ministerio de Comercio, que era conocido como IRESCO. El hecho es que así surgió la primera regulación de las SGR que más tarde tuvieron que ser reguladas por una Ley formal supervisada en su nueva regulación por la Comisión general de Codificación antes de ser aprobada como Ley.

Las anteriores consideraciones son fundamentales porque se relacionan con algo para un buen funcionamiento de la Administración pública; en efecto,

la exigencia de que los textos prelegislativos estén bien redactados y sistemáticamente integrados adecuadamente es esencial para garantizar la seguridad jurídica. Es evidente que los textos legales deficientemente regulados son preligrosísimos para la seguridad jurídica, porque precisamente por estar redactados de manera deficiente, crearán muchos problemas a la hora de ser aplicados. Y lo que es contrario a la seguridad jurídica y a la estabilidad de las normas es que éstas estén redactadas de tal manera que no planteen prácticamente cuestiones que puedan dar lugar a soluciones contrapuestas.

9) Conocimiento del Derecho comparado

El órgano dedicado a la supervisión de las propuestas de textos legales, debería ser un órgano estable. Los Vocales de la Comisión, al ser auténticos especialistas en su materia, deberían estar al tanto de la evolución legislativa en otros países, de tal manera que la Comisión pueda asesorar a los responsables de las distintas materias, incluso antes de que se planteen problemas de esas materias en España.

A título de ejemplo puede verse como en el año 1986, cuando España se integró en la Unión Europea, no estaban introducidas en nuestro Derecho las Directivas de la Unión Europea, y fue la Sección de mercantil de la Comisión General de Codificación la que, con sus conocimientos previos del Derecho de la Unión Europea, pudo realizar una obra importante, como fue la incorporación de las Directivas de sociedades a la legislación española en la materia.

Viendo ahora como la finalidad de hacer un Código, parece que no prospera, nos encontramos dando lugar a la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades. Nos encontramos con una denominación en la que se fija la codificación como objetivo; no se apoya la implantación de un Código y se sustituye en la práctica por las leyes sectoriales, esto es, la descodificación.

Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano

Presidente de la Sección de Derecho mercantil
de la Comisión General de Codificación.

Estudios





Mecanismos contractuales alternativos de ejecución de garantías reales y alcance de la prohibición de pacto comisorio

I. Introducción	20
II. Efectos beneficiosos sobre la consistencia de las garantías reales	21
III. La prohibición de pacto comisorio	22
1. Antecedentes y contexto legal	22
2. La <i>ratio</i> de la prohibición	23
3. Efectos de la nulidad	24
4. Apropiaciones prohibidas	25
5. Condiciones de validez de los pactos ejecutivos y de realización de activos. En particular, el pacto marciano	25
5.1. Apropiación comisorio convenida para garantizar obligaciones preexistentes (pacto <i>ex intervallo</i>)	25
5.2. Apropiación comisorio contextual al crédito por un valor objetivo (pacto marciano). El modelo de las garantías financieras y de la garantía internacional del Convenio de Ciudad del Cabo	26
5.3. El problema de los activos no sujetos a cotización: consideraciones sobre la venta o enajenación por los valores de tasación determinados objetivamente en el momento de la constitución de la garantía	27
5.4. Procedimientos admisibles para valorar activos no sujetos a cotización	28
5.5. Requisito ineludible del pacto marciano: establecimiento de procedimiento de consignación del sobrante no aplicable al pago del crédito asegurado, a disposición del deudor y de los demás acreedores	29
5.6. Pactos anticréticos: facultades de explotación del activo gravado y de apropiación de los rendimientos	29
5.7. Realización de activos líquidos mediante compensación	29
6. Peculiaridades de estos mecanismos en diversos contextos: contratación con consumidores	30
7. Dificultades de aplicación de técnicas alternativas de realización sobre bienes registrables. El problema de la purga de cargas posteriores	31
8. Sobre la eficacia de mecanismos alternativos de ejecución en caso de concurso	31
IV. Conclusiones	32



Resumen: En los últimos años se han perfilado nuevas facultades ejecutivas alternativas a los procedimientos de ejecución que eran tradicionales en nuestro ordenamiento y que, en sustancia, permiten la realización de garantías reales sin la intervención de una autoridad judicial o extrajudicial. La introducción de estos nuevos mecanismos ha sido obra del legislador para determinadas clases de garantías, pero ciertas decisiones judiciales y de la autoridad registral y notarial permiten apreciar que el sistema en su conjunto podría ser permeable al empleo de técnicas contractuales de realización de garantías alternativas a los procedimientos ejecutivos legalmente establecidos. Una realización ágil de los activos gravados abarataría los costes de endeudamiento y favorecería la competencia con financiadores de otros entornos jurídicos en los que la admisión de mecanismos alternativos de ejecución no es problemática, lo que también es beneficioso para el deudor. El objeto de este trabajo es examinar en qué medida la prohibición de pacto comisorio del artículo 1.859 del Código Civil es compatible con la admisión de técnicas contractuales alternativas de ejecución, cuáles serían los requisitos que las mismas deberían cumplir para no incurrir en la prohibición, así como las peculiaridades y exigencias que se plantearían para cada clase de bienes.

Abstract: In recent years, new executive powers have been outlined as an alternative to the enforcement proceedings that were traditional in Spanish law, and which, in substance, allow real guarantees to be enforced without the intervention of a judicial or extrajudicial authority. The legislature introduced these new powers for certain types of guarantees, but some judgements and decisions adopted by the registry and notary authority show that the system as a whole could lend itself to the use of contractual techniques to enforce guarantees other than those legally established procedures. An agile enforcement of collateral would lower borrowing costs and favour competition with funders from other legal environments in which the admission of alternative enforcement mechanisms is not problematic, which is also beneficial for the debtor. This article examines to what extent the prohibition contained in Art. 1859 of the Spanish Civil Code is compatible with the admission of alternative contractual enforcement techniques, the requirements that should be met to avoid prohibition, as well as the peculiarities and requirements that would arise for each class of goods.



Palabras clave: Hipoteca, prenda, garantías reales, ejecución, pacto comisorio, pacto marciano, mecanismos alternativos de ejecución por incumplimiento de obligaciones garantizadas.

Keywords: Mortgage, pledge, real guarantees, foreclosure, pledge execution, prohibition contained in Art. 1859 of the Spanish Civil Code, alternative remedies in the event of a breach of the guaranteed obligations.

Mecanismos contractuales alternativos de ejecución de garantías reales y alcance de la prohibición de pacto comisorio

I. Introducción

En el año 2010, el Tribunal Supremo¹ afirmó que la prohibición del pacto comisorio del artículo 1.859 del Código Civil (“CC”) no era imperativa, y sostuvo la validez de la ejecución de una prenda de valores que no se había realizado a través de los procedimientos legalmente establecidos. El mismo pronunciamiento se reiteró en 2011², igualmente sobre una prenda de valores. Hace unos meses, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (tradicionalmente conocida como Dirección General de los Registros y el Notariado “DGRN”)³ afirmó que cierto pacto ejecutivo alternativo a tales procedimientos legales también podía ser válido para ejecutar una hipoteca naval. Es común a todas estas resoluciones considerar que, bajo ciertas condiciones, los mecanismos contractuales alternativos de ejecución no contravienen la prohibición de apropiación comisorio contenida en el artículo 1.859 CC⁴. Todas estas decisiones repararon en que el legislador ha establecido que ciertas garantías reales (las garantías financieras⁵ y, más recientemente, la garantía internacional sobre elementos de equipo móvil del Convenio de Ciudad del Cabo⁶) pueden ser ejecutadas mediante técnicas desconocidas en nuestra tradición jurídica, como son la apropiación o la venta por el acreedor en términos comercialmente razonables⁷, que se suman, así, a los mecanismos de ejecución judicial y notarial ya previstos secularmente en nuestro ordenamiento.

Se trata de decisiones singulares, pues contrastan con un nutrido cuerpo de resoluciones judiciales y registrales que rechazan pactos alternativos a los procedimientos de ejecución legalmente previstos, pactos que se consideran incursos en la prohibición de pacto comisorio establecida en el artículo 1.859 CC.

Con el fin de identificar en qué casos y bajo qué condiciones podría ser posible apartarse de la regulación establecida, concediendo al acreedor facultades de realización no previstas en el ordenamiento, conviene examinar la justificación del artículo 1.859 CC, las aplicaciones que ha tenido en la doctrina judicial y registral, así como los pactos que no incurrían en la meritada prohibición, su adaptabilidad a las distintas clases de activos gravados, así como la eficacia que los mismos debían tener en caso de concurso. Con el mismo fin de valorar la legitimidad de estos pactos alternativos a las previsiones legales, comenzaremos analizando las razones que puedan justificarlos y, muy en particular, los efectos beneficiosos de tales estipulaciones en la consistencia y suficiencia de las garantías reales.

1 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 5410).

2 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1372).

3 Resolución de la DGRN de 26 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5995).

4 Para más detalles sobre este criterio, cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, 3ª ed., Pamplona, 2015, tomo I, págs. 1073 y ss.

5 Arts. 2 y ss. del RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

6 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (BOE 4 octubre 2003), e Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (BOE 1 febrero 2016).

7 Cfr. arts. 11 a 13 del RDL 5/2005 y art. 8 del Convenio de Ciudad del Cabo. Cfr. POSNER, “The rights of creditors of affiliated corporation”, *University of Chicago Law Review*, vol. 43, nº 3, primavera 1976, pág. 501.

II. Efectos beneficiosos sobre la consistencia de las garantías reales

Pese al origen etimológico del vocablo "crédito" (*credere*, confiar), lo cierto es que el riesgo de insolvencia patrimonial es un elemento determinante del sinalagma contractual, pues influye de forma decisiva en el coste del crédito⁸, ya que cuanto menor sea el riesgo de impago, menor será el coste financiero del endeudamiento⁹, como sucede cuando el cumplimiento está asegurado por medio de una garantía eficiente¹⁰. Puesto que, en principio, los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico toman aquellas decisiones que les permiten maximizar los recursos que emplean¹¹, ambas partes contratantes están interesadas en el riesgo de insuficiencia patrimonial y desarrollan estrategias dirigidas a minimizarlo¹².

Ahora bien, la doctrina¹³ considera que los intereses de acreedor y deudor no son equivalentes: el acreedor no está necesariamente interesado en minimizar todo riesgo de insolvencia, sino solo el posterior al contrato, pues cuando el riesgo es debido a circunstancias conocidas al tiempo de contratar, el mismo puede compensarse a través de los correspondientes pactos contractuales, por lo que el interés del acreedor es formarse una idea exacta del riesgo existente, con el fin de valorar correctamente la contraprestación que ha de pactarse. Por ello es tan esencial para mantener el equilibrio reflejado en los contratos de financiación que el acreedor no se vea expuesto a riesgos posteriores no previsibles al tiempo de contratar, como sucede, por ejemplo, con las reformas legales que afectan retroactivamente a relaciones contractuales en vigor.

Por otra parte, es el deudor el verdadero interesado en reducir el riesgo de su propia insolvencia patrimonial, porque entonces la contraprestación debida será menor y, junto a ello, serán mayores las posibilidades de obtener crédito¹⁴. Además, el deudor es el principal interesado en minimizar los costes de evitación del riesgo de su propia insolvencia patrimonial, ya que es quien soportará cualquier coste de

8 Cfr. POSNER, "The rights of creditors of affiliated corporation", *University of Chicago Law Review*, vol. 43, nº 3, primavera 1976, pág. 501

9 Cfr. LAURENT, *Principes de Droit Civil français*, 3ª ed., Paris, Bruselas, 1878, t. XXIX, pág. 161; POSNER, "The rights of creditors...", cit., pág. 510; CLARK, "The duties of the corporate debtor to its creditors", *Harvard Law Review*, nº 90, 1977, págs. 505 y ss.; HAMILTON, *Fundamentals of modern business. A lawyer's guide*, Boston, 1989, pág. 76.

10 Vid. BAIRD, "Notice filing and the problem of ostensible property", *Journal of Legal Studies*, 1983, t. 12, pág. 56; MECKLING, "Financial markets, default, and bankruptcy: the role of the state", *Law and Contemporary Problems*, Nº 4, 1977, pág. 16; HAMILTON, *Fundamentals...*, cit., págs. 27 y ss.

12 La aversión al riesgo se presupone en la mayoría de los estudios sobre el comportamiento de los partícipes en el tráfico jurídico (cfr. CHEUNG, "Transactions cost, risk aversion, and the choice of contractual arrangements", *Journal of Law & Economics*, 1969, nº 12, pág. 23; MODIGLIANI y POGUE, "An introduction to risk and return. Concepts and evidence", *Financial Analysts Journal*, 1974, pág. 68; GOULD, "The economics of legal conflicts", *Journal of Legal Studies*, 1973, nº 2, pág. 280; POSNER y ROSENFELD, "Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis", *Journal of Legal Studies*, 1977, nº 6, pág. 91; SHUCHMAN, "Theory and reality in bankruptcy: the spherical chicken", *Law & Contemporary Problems*, 1977, nº 41, págs. 75 y ss.

13 POSNER, "The rights of creditors...", cit., págs. 507 y ss.

14 SCOTT, "A relational theory in secured financing", *Columbia L. Rev.*, vol. 86, 1986, nº 5, pág. 905.

11 Es la hipótesis del hombre racionalmente egoísta, desarrollada por la ciencia económica, cfr. CALABRESI, "Transactions costs, resource allocation and liability rules. A comment", *Journal of Law & Economics*, 1968, t. 11, págs. 67 y ss.; SCHAFFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, trad. De Von Carstern-Lichterfelde, Madrid, 1991, págs. 61 y ss.; CHEUNG, "Transactions costs, risk aversions...", cit., págs. 25 y ss.; SAMUELSON y NORDHAUS, *Economía*, trad. de TOHARIA TORRES, Madrid, 1989, 12ª ed., págs. 499 y 574.

información o de transacción en que las partes incurran¹⁵. Así pues, la reducción del riesgo de insolvencia y la mayor consistencia y suficiencia de las garantías prestadas son circunstancias muy convenientes para el deudor, ya que le facilitan el acceso a financiación, incrementan las ofertas competitivas de los financiadores y, sobre todo, reducen los costes del crédito, propiciando que pueda financiarse en condiciones más beneficiosas. Ello sucede, por ejemplo, en la financiación de aeronaves y componentes aeronáuticos, donde la adhesión de los estados al Convenio de Ciudad del Cabo y al Protocolo aeronáutico puede conllevar la aplicación del llamado "descuento del Convenio de Ciudad del Cabo" en los créditos a la exportación y en las ayudas vinculadas al comercio de aeronaves¹⁶.

15 Cfr. BAIRD, "Notice filing...", cit., p. 57; SCHWARTZ, "Security interest and bankruptcy priorities. A review of current theories", *Journal of Legal Studies*, 1981, vol. 10, págs. 14 y ss.; "A theory of loan priorities", *Journal of Legal Studies*, vol. 18, 1989, pág. 226.

Finalmente, la realización del activo gravado al margen de los procedimientos judiciales y extrajudiciales de ejecución legalmente previstos evita las pérdidas de valor que los bienes pueden sufrir en el transcurso de estos dilatados procedimientos. Por tanto, bajo ciertas condiciones, estos pactos alternativos incrementan de forma notable el producto de realización de los activos y la consiguiente cifra de liberación del deudor.

16 V. cuadro 5 de la Sección 2 del Reglamento Delegado [UE] 2016/155 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2015, sobre determinadas directrices en materia de créditos a la exportación con apoyo oficial (DOUE L 36/1, de 11 de febrero de 2016).

III. La prohibición de pacto comisorio

1. Antecedentes y contexto legal

Una de las incógnitas que plantea la regulación del CC sobre el pacto comisorio contenida en el artículo 1.859 es la posibilidad de pacto en contrario. En efecto, a diferencia de lo que sucede en el artículo 1.884, párrafo II, del CC (*anticresis*), donde se establece expresamente la nulidad del pacto contrario a la prohibición de apropiación comisorio, el artículo 1.859 CC omite cualquier disposición al respecto. Los antecedentes históricos del precepto¹⁷ tampoco ayudan a clarificar su sentido, pues la prohibición de pacto comisorio fue abolida en el Derecho romano posclásico¹⁸, se permitió expresamente el pacto en contrario en las Partidas¹⁹ y en los trabajos preparatorios del CC (comprendido no solo el Proyecto de CC de 1851, sino también el Anteproyecto de 1885-88, para la prenda²⁰), si bien, como decimos, esta posibilidad finalmente no fue plasmada en el CC.

A pesar de lo poco concluyente que es el tenor literal del artículo 1.859 CC, así como sus antecedentes, la congruencia sistemática de la norma con la sanción de nulidad establecida en el artículo 1.884.II CC (*anticresis*), así como la subsistencia de su fundamentación jurídica (que luego exponemos), han llevado a la doctrina científica a sostener la imperatividad de la prohibición y la regla

17 V. FELIÚ REY, M.I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, págs. 33 y ss.; DURÁN RIVACOBA, R., *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, 1998, págs. 15 y ss.; REGLERO CAMPOS, F., "El pacto comisorio", *Aranzadi Civil-Mercantil* n° 4/2007, [BIB 2007\91], págs. 4 y ss.

18 C. 8.25.3.

19 P. 5.13.12 y P. 5.13.44.

20 Art. 6 del título destinado a la prenda.

21 Cfr. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, tomo XII, 6ª ed., Reus, 1907, págs. 385 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho de bienes*, cit., págs. 705 y ss.; GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentario al art. 1859", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XXIII, Madrid, 1990, págs. 457 y ss.; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II, pág. 1864; Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, 7ª ed., Madrid, 2001, pág. 428; REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., pág. 6.

general de nulidad del pacto en contrario²¹ (criterio que es, asimismo, el de los Tribunales²² y la DGRN), con las importantes excepciones que detallaremos a lo largo de este trabajo.

En todo caso, contamos con algunas normas que permiten la apropiación comisoraria que censura el CC: así sucede con la Ley 466 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, en la que se determina la eficacia frente a terceros de la transmisión fiduciaria de la propiedad al acreedor en garantía de una deuda, que devendrá adquisición irrevocable en caso de mora del deudor. También se prevé la apropiación comisoraria en el régimen de garantías financieras²³, prevista también en el ámbito de la garantía internacional del Convenio de Ciudad del Cabo²⁴, junto a determinadas facultades de explotación por el acreedor. Además, ante la falta de previsiones legales al respecto, se considera que el pacto comisorio no está prohibido con carácter general en el régimen de garantías reales establecido en el CC catalán, sin perjuicio de la posible aplicación de la prohibición de enriquecimiento injusto²⁵.

Con respecto a otros países de nuestro entorno, la prohibición de pacto comisorio fue abolida en Francia en 2006²⁶, pero subsiste en Italia (artículos 1.963 y 2.744 del *Codice Civile*) y en Portugal (artículo 694 *Código Civil*), casos ambos en los que la nulidad alcanza a las apropiaciones comisorias acordadas después del contrato de garantía. En Alemania, la doctrina actual es reacia a admitir la validez del pacto comisorio²⁷.

22 La jurisprudencia es abundante, entre las últimas, con un compendio de la jurisprudencia sobre la materia, cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 320).

23 Arts. 11 a 13 del RDL 5/2005.

24 Art. 8 del Convenio de Ciudad del Cabo.

25 SSTSJ de Cataluña de 18 y 28 de febrero de 2019 (RJ 2019, 977 y 2024).

26 Sobre esta reforma, cfr. ARANA DE LA FUENTE, I., "La reforma francesa de las garantías mobiliarias", *Indret* abril 2012.

27 Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, B., "La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en Derecho español", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3 (2017), págs. 11 y ss.

2. La ratio de la prohibición

La doctrina española considera que el artículo 1.859 CC prohíbe aquellos pactos que permiten al acreedor apropiarse del activo objeto de garantía, o que lo facultan para disponer del mismo en caso de impago, pactos todos ellos que propician un eventual enriquecimiento del acreedor si el valor del activo gravado es superior al importe de la deuda, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el propio deudor y también para los restantes acreedores²⁸. Así pues, lo que el legislador quiere evitar es el eventual daño patrimonial para el deudor y sus propios acreedores derivado de la aplicación de pactos que permiten al acreedor apropiarse de la cosa gravada o enajenarla al margen de los procedimientos legales de ejecución de garantías reales.

28 Antes del Código Civil, cfr. la Partida 5.13.12; GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Zaragoza, 1974, pág. 924. Con posterioridad, cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho de bienes, en Derecho Civil III*, Madrid, 2010, pág. 705; CARRASCO PERERA, "Venta en garantía, negocio fiduciario. Pacto comisorio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 15, 1987, págs. 4933 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, A., "Comentario al art. 1859" en *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2000, t. 8, pág. 210. REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., pág. 3; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo I, pág. 1073. En un sentido parecido se ha expresado el TS, entre las últimas, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 320).

29 Cfr. GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentario al art. 1859", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. Albaladejo, tomo XXIII, Madrid, 1990, pág. 460; REGLERO CAMPOS, F., "Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio", en *Tratado de garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio*, 1996, tomo II-1º, págs. 434 y ss.

30 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980 (RJ 1980, 2414), 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5082).

31 Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 2007 (RJ 2008, 1479).

32 FÍNEZ RATÓN, "Prenda de acciones no cotizables. Ejecución extrajudicial", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 55, 2001.

33 Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, A., "Comentario al art. 1859", cit., tomo 8, pág. 211.

34 DÍEZ PICAZO, A., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., tomo IV, pág. 429.

35 Cfr. REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., págs. 17 y ss.

36 ALBALADEJO, M., *Derecho de bienes*, cit., pág. 705; DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., III, pág. 429; DURÁN RIVACOBA, R., *La propiedad en garantía*, cit., págs. 121 y ss.; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., tomo XXIII, pág. 459; REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., págs. 6 y 7.

No hay coincidencia en la doctrina científica sobre si, para ser nulo, el pacto comisorio ha de tener lugar en el momento de la concesión de crédito, o si también puede serlo el concertado con posterioridad. La mayoría de los autores considera que únicamente son nulos los acuerdos comisorios contraídos en el momento de adquirir la obligación, como requisito para obtener financiación, de manera que el deudor se haya visto impulsado a aceptarlo para financiarse. Se estima que si la apropiación comisorio se pacta con posterioridad al contrato (el llamado pacto *ex intervallo*) desaparece el riesgo captatorio del deudor y, con ello, la posibilidad de que exista desproporción efectiva entre el valor del activo gravado apropiable y el importe del crédito insatisfecho²⁹. Este parece ser también el criterio del Tribunal Supremo³⁰ y de la DGRN³¹. En parecido sentido, se ha sostenido que la compulsión a aceptar cualesquiera condiciones de financiación puede atentar contra la libertad de contratación³².

Pero hay que señalar algunas relevantes excepciones a este criterio general doctrinal, ya que algunos autores mantienen que para la nulidad del acuerdo de apropiación basta que el mismo sea anterior al vencimiento de la obligación garantizada³³, o, incluso, también se ha sostenido la nulidad de todo acuerdo posterior al contrato, bajo la consideración de que cualquiera que sea el momento en que se acuerde, subsiste el perjuicio para los demás acreedores derivados de la posible desproporción entre el valor del activo y el importe de la deuda³⁴. A ello se ha contestado que, aunque ciertamente este riesgo de desproporción exista, el tenor del artículo 1859 CC no es lo suficientemente contundente para entender prohibido el pacto *ex intervallo* y, además, se argumenta también que el riesgo de fraude por manipulación de fechas en documentos privados se evita exigiendo que, para ser eficaz frente a terceros, el pacto *ex intervallo* conste en documento público³⁵.

3. Efectos de la nulidad

La regla general es que la inclusión de un pacto comisorio prohibido no determina la nulidad de todo el contrato, pues el principio de conservación de los contratos determina que el efecto de la contravención se limite al pacto (nulidad parcial)³⁶. Ahora bien, la doctrina y el Tribunal Supremo consideran procedente la nulidad de todo el contrato, e incluso de los contratos conexos, en aquellos casos en que se determine que el resto del contrato no se hubiera querido sin la parte anulada³⁷, decisión que parece correcta habida cuenta de que el legislador no ha establecido ninguna consecuencia "punitiva" ni civilmente sancionadora de las conductas contrarias a la prescripción legal (como sí sucede, por ejemplo, en materia de usura, cfr. artículo 3 de la Ley de 1908).

37 Cfr. REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., pág. 6 y 7. En el sentido del texto, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5082) la nulidad alcanzó al contrato de préstamo, que quedaba desprovisto de garantía al anularse por comisorio el contrato conexo de *sale and lease-back*.

4. Apropiaciones prohibidas

Si la apropiación comisoría está prohibida, porque no concurren las circunstancias a las que nos referimos en el apartado siguiente, la misma es ineficaz tanto en contratos de financiación como en cualquier otra estructura contractual articulada con finalidad de garantía. La *praxis* ha puesto de manifiesto algunas operaciones contractuales específicamente diseñadas para evitar la sanción de nulidad de una apropiación comisoría, que han sido anuladas por los tribunales, o que, en todo caso, no han permitido tal apropiación. Se trata normalmente de negocios que procuran la transmisión del dominio de un determinado activo al acreedor, o que le facultan a adquirirlo en el futuro, en los que la adquisición del dominio pleno estaría, según los casos, suspensiva o resolutoriamente condicionado al impago de un crédito, deuda que se compensará con el precio de adquisición. Esta es la articulación de la venta en garantía con pacto de retro³⁸, la opción de compra con finalidad de garantía³⁹, la promesa de venta con la misma finalidad, y la dación en pago concertada al tiempo de la financiación, cuyos efectos quedan en suspenso hasta el incumplimiento del deudor, caso en que no hay finalidad solutoria, sino de garantía⁴⁰ y, por tanto, dación en pago simulada⁴¹. Numerosas sentencias han considerado que también el *lease-back* simula un préstamo garantizado con la transmisión del dominio, por lo que es nulo por contravenir la prohibición del artículo 1859⁴². Finalmente, la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo sostiene que las transmisiones fiduciarias en garantía no son aptas para fundar una transmisión actual y plena del dominio⁴³, que es también el criterio de la DGRN⁴⁴ y de parte de la doctrina, para quien, pese a su legitimidad y validez, la causa *fiduciae* no es suficiente para justificar la transmisión actual y plena del dominio que se pretende⁴⁵.

38 La jurisprudencia es abundante, entre las últimas, con cita de abundante jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 320).

39 Resolución de la DGRN de 30 de septiembre de 1998 (RJ1998, 7214).

40 Resolución de la DGRN de 20 de julio de 2012 (RJ 2012, 10097).

41 Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2280).

42 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1999 (RJ 1999, 5047), 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5082), 17 de julio de 2001 (RJ 2001, 6860), 10 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1405).

43 Sobre la evolución de la jurisprudencia, cfr. REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., págs. 22 y ss.

44 Resolución de la DGRN de 5 de junio de 1991 (RJ 1991, 4649).

45 REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., pág. 28.

5. Condiciones de validez de los pactos ejecutivos y de realización de activos. En particular, el pacto marciano

Exponemos a continuación los diversos criterios utilizados por la jurisprudencia o la doctrina de los autores para admitir la validez de pactos y técnicas alternativas de realización de activos.

5.1. Apropiación comisoría convenida para garantizar obligaciones preexistentes (pacto *ex intervallo*)

Como hemos indicado con anterioridad, la mayor parte de la doctrina considera que el pacto comisorio concertado en garantía de obligaciones anteriores es válido, aunque la obligación no haya vencido⁴⁶ (así lo ha estimado también el Tribunal Supremo⁴⁷ y la DGRN⁴⁸), pero existe doctrina discrepante⁴⁹. Aplicado este criterio, ha de estimarse que es válida la apropiación comisoría pactada con posterioridad como garantía de una obligación preexistente. Adicionalmente, si el pacto comisorio se alcanza tras el vencimiento de la obligación, el mismo es indudablemente válido, porque entonces el pacto no tiene finalidad de garantía, sino función

solutoria (sea *datio pro soluto* o *pro solvendo*), y su validez está unánimemente reconocida y prevista en el Código Civil (cfr. artículo 1175 CC). Este pacto sería válido al margen de cualquier procedimiento de ejecución⁵⁰, tanto si el mismo se realizara en el seno de un procedimiento ejecutivo o en el marco del convenio de realización previsto en el artículo 640 Ley de Enjuiciamiento Criminal ("**LEC**"), si bien en este último caso el acuerdo comisorio requeriría aprobación y no podría causar perjuicio a tercero (los demás acreedores, por ejemplo).

5.2. Apropiación comisorial contextual al crédito por un valor objetivo (pacto marciano). El modelo de las garantías financieras y de la garantía internacional del Convenio de Ciudad del Cabo

Los pactos comisorios no solo se consideran válidos cuando son posteriores al crédito, ya que también pueden serlo los acordados en el momento de la concesión de crédito y aunque, precisamente, constituyan un requisito para la financiación. Así pues, no se puede afirmar que cualquier enajenación instada por el acreedor que no se realice a través de los procedimientos judiciales y extrajudiciales de ejecución, está, por esta sola circunstancia, prohibida por el artículo 1.859 CC⁵¹. Antes al contrario, la doctrina ha admitido la validez de los mecanismos contractuales de apropiación o de enajenación a instancia del acreedor que se realizan por un valor objetivo y seguro, como sucede con los activos cuyo precio es determinado en un mercado organizado, transparente y supervisado, también con aquellos bienes cuyo valor se fija de un modo objetivo en el momento del incumplimiento⁵², así como, lógicamente, con aquellos activos que son perfectamente líquidos, como sucede con los créditos dinerarios.

La doctrina considera que la posibilidad de apropiación o venta por este valor objetivo del activo es de aplicación general y, por tanto, no está limitada a los dos supuestos regulados por el legislador. En efecto, tanto el régimen de garantías financieras, como el de la garantía internacional de Ciudad del Cabo, prevén que los respectivos activos sujetos a garantía puedan ser vendidos o adquiridos por el acreedor (cfr. artículos 11 y 13 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública y artículo 8 ("**RDL 5/2005**") del Convenio de Ciudad del Cabo⁵³). Ahora bien, cuando los activos gravados tienen un valor de cotización, como sucede con los valores objeto de garantías financieras, el valor de adjudicación no puede ser inferior al valor de mercado al tiempo de la ejecución (artículo 13 RDL 5/2005), que es, precisamente, el valor al que habrá de realizarse la venta en tales mercados que haya sido instada por el acreedor garantizado (cfr. también el artículo 13 RDL 5/2005). Así pues, pese a que el régimen de garantías financieras

46 GUILARTE ZAPARTERO, V., "Comentario al art. 1859", cit., p. 460; REGLERO CAMPOS, F., "Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio", cit., págs. 434 y ss.

47 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980 (RJ 1980, 2414), 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5082).

48 Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 2007 (RJ 2008, 1479).

49 GULLÓN BALLESTEROS, A., "Comentario al art. 1859", cit., tomo 8, pág. 211; DÍEZ PICAZO, A., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., tomo IV, p. 429.

50 La validez de esta dación en pago extraprocesal ha sido sostenida por la Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 2007 (RJ 2008, 1479).

51 Pero vid. Resolución de la DGRN de 17 de enero de 2013 (RJ 2013\8262).

52 En este sentido, ALBALADEJO, M., *Derecho de bienes*, cit., pág. 705

53 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (BOE 4 octubre 2003), e Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (BOE 1 febrero 2016).

reconoce a las partes libertad para negociar las modalidades de valoración de los activos (cfr. artículo 11.3 b) RDL 5/2005), en esta regulación se dispone que, sin perjuicio de estos pactos, las valoraciones habrán de ajustarse al valor actual de mercado de los valores negociables (artículo 13 RDL 5/2005).

La garantía internacional sobre elementos de equipo móvil del Convenio de Ciudad del Cabo no tiene por objeto activos que coticen en mercados controlados. Por esta razón, el parámetro para decidir la corrección de la apropiación o venta por el acreedor no puede residir en la objetividad del valor, sino en el estándar de razonabilidad comercial predicable de la forma en que se haya procedido a la apropiación o a la venta, parámetro al que, además, y con el evidente fin de salvaguardar el interés del garante y de los terceros, se aplicará un último factor de ponderación: el carácter “manifiestamente excesivo” de las cláusulas contractuales (sobre todo ello, cfr. artículo 8.3 del Convenio de Ciudad del Cabo). Repárese en que la razonabilidad no se refiere al valor efectivo de la venta o apropiación, sino al procedimiento de comercialización que las partes hayan pactado.

Pues bien, ¿pueden trasladarse los criterios que subyacen en estas reglas a otras garantías para las que el legislador no ha previsto un mecanismo alternativo de ejecución a los tradicionales procedimientos ejecutivos? Como antes avanzamos, la doctrina admite la validez del pacto marciano, es decir, el acuerdo mediante el cual se permite al acreedor adquirir el activo gravado por el valor que se fije mediante mecanismos de evaluación o tasación de carácter objetivo, de modo que se evite un enriquecimiento injusto del acreedor⁵⁴. Aplicada esta doctrina a la garantía sobre bienes que están admitidos a cotización en mercados controlados y públicos, creemos que hay muy buenos argumentos para sostener la validez del pacto marciano, aunque el mecanismo de ejecución no se ajuste perfectamente al procedimiento de determinación del valor establecido en Derecho español. Así lo ha estimado también el Tribunal Supremo⁵⁵ al determinar la validez de pactos de ejecución de prendas sobre valores cotizables a través de mecanismos alternativos, cuando los mismos excluyen la posibilidad de que el valor del activo sea fijado directa o indirectamente por el acreedor: se consideró válida y no incurso en la prohibición de pacto comisorio la realización de valores en mercados públicos y transparentes (se trataba de la Bolsa de Nueva York), a través de procedimientos paralelos al previsto en el artículo 322 del Código de Comercio (“**CCom**”).

5.3. El problema de los activos no sujetos a cotización: consideraciones sobre la venta o enajenación por los valores de tasación determinados objetivamente en el momento de la constitución de la garantía

Parte de la doctrina expuesta estima que el pacto marciano solo es válido cuando se pacta una apropiación por el valor objetivo que el activo tenga en el momento de la apropiación o venta, por lo que el valor relevante no podría ser el de tasación que se hubiera pactado en la constitución de la garantía real, porque el valor objetivo del activo en el momento de la ejecución por apropiación o venta podría ser superior al establecido en la tasación, sobre todo en los casos en que hubiera una

54 ALBALADEJO, *Derecho de bienes*, cit., pág. 705; DURÁN RIVACOBRA, R., *La propiedad en garantía*, cit., págs. 73 y ss.; FELIÚ REY, M.I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, cit., pág. 95; GUILARTE, V., “comentario al artículo 1859”, en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, cit., tomo II, pág. 1865.

55 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 5410).

gran diferencia temporal entre el momento de la constitución y el de ejecución. Aunque en la LEC el valor de tasación sea relevante a efectos ejecutivos, e incluso aunque el régimen legal de ejecuciones en modo alguno asegure una expectativa de realización por un valor superior al de tasación, lo cierto es que en teoría el mismo podría existir a través de la posibilidad de concurrencia competitiva en los procedimientos de ejecución mediante subasta (los mecanismos legales de ejecución más habituales en la práctica), por lo que el reproche nos parece fundado en la medida en que los supuestos de realización que consideramos (apropiación y venta por el acreedor) no comprenden necesariamente la subasta. Obsérvese, además, que a efectos concursales el valor del activo que ha de tomarse en consideración para cuantificar los privilegios especiales tampoco es el valor de tasación pactado en la garantía respectiva si la fecha de tasación no está próxima en el tiempo (cfr. artículo 94. de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) (“**LC**”).

Nos parece que la solución al procedimiento aceptable de valoración en el caso de activos no cotizables ha de venir dada por el parámetro de objetividad predicable del método o procedimiento de valoración del activo y por adecuación de la cifra de apropiación o venta a ese valor, con restitución del exceso, en los términos exigidos por las decisiones judiciales y registrales que exponemos seguidamente.

5.4. Procedimientos admisibles para valorar activos no sujetos a cotización

Acabamos de concluir que el valor de tasación pactado en el contrato de financiación no es adecuado para ser utilizado como valor de apropiación o venta del activo en el momento de la ejecución de la garantía, pues este valor de tasación no es necesariamente el valor actual exigible para la validez del pacto marciano. En efecto, por mucho que existiera y se observara la normativa aplicable a la tasación que, en su caso, propiciara el señalamiento de un valor de tasación objetivo al tiempo de la constitución de la garantía (como sucede, de hecho, con las garantías sobre bienes inmuebles, cfr. 682.2.1º LEC), lo cierto es que nada asegura que este valor de tasación represente el valor de mercado del activo al tiempo de la ejecución. Así pues, se requiere una nueva determinación del valor real y objetivo del activo, que, para ser admisible como pacto marciano, habrá de ser el resultado de un procedimiento de valoración objetivo y comercialmente razonable. Así lo ha venido a expresar el Tribunal Supremo⁵⁶ en relación con una garantía inmobiliaria, y también la DGRN⁵⁷ sobre una hipoteca naval. En particular, en esta última resolución se justifica ampliamente que cabe la ejecución por apropiación o venta por el acreedor cuando el valor de mercado del activo se ha determinado de un modo que asegure la obtención de un precio objetivamente real o razonable. En el caso, se había pactado que el valor de mercado del buque gravado al tiempo de la transmisión sería determinado por una firma de corredores marítimos independiente, de prestigio e internacionalmente reconocida, que sería designada por el hipotecante en un determinado plazo de entre los cuatro corredores de este tipo indicados por el agente. En defecto de esta especificación del hipotecante, el valor de mercado vendría representado por la media de las tasaciones realizadas por dos de los corredores de la misma lista elegidos por el agente.

56 Entre otros extremos, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2017 (RJ 2017, 595) se reprochó que no se había pactado “ningún procedimiento objetivable de valoración del activo”.

57 Resolución de la DGRN de 26 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5995).

5.5. Requisito ineludible del pacto marciano: establecimiento de procedimiento de consignación del sobrante no aplicable al pago del crédito asegurado, a disposición del deudor y de los demás acreedores

La validez del pacto marciano está sujeta a un requisito adicional: sea cual sea la clase de activo gravado y, por tanto, también cuando la garantía tiene por objeto bienes líquidos y sujetos a cotización, es preciso que el contrato establezca un procedimiento que obligue al acreedor ejecutante a consignar el eventual sobrante tras la ejecución, para el caso en que el importe de la deuda sea inferior al valor de mercado del activo. Por esta razón no se permitió la inscripción del pacto ejecutivo de hipoteca naval sometido a la consideración de la DGRN⁵⁸. Y es también otro de los reproches que ha formulado el Tribunal Supremo⁵⁹. En el Convenio de Ciudad del Cabo se prevé expresamente que el sobrante de la aplicación de cualquier medida ejecutiva sea distribuido entre los titulares de cargas de rango inferior, por orden de prioridad, y que el eventual saldo sea pagado al constituyente de la garantía (artículo 8.6 del correspondiente Instrumento). También se prevé que el sobrante de la ejecución de garantías financieras se reintegrará al garante (artículo 13.III del RDL 5/2005).

5.6. Pactos anticréticos: facultades de explotación del activo gravado y de apropiación de los rendimientos

Basándose en el tenor literal del artículo 1.859 CC, algunos autores consideran este artículo solo limita la apropiación comisoraria que se realiza como “forma de ejecución de la garantía”, y que, por tanto, tiene lugar en el ejercicio del *ius distrahendi* inherente a cualquier garantía real. Pero no existe tal ilicitud cuando el pacto no tiene como finalidad realizar el activo gravado, sino establecer que el pago de la deuda se efectúe de un modo alternativo a la realización del activo, como sucede con aquellos pactos que permiten que el acreedor explote el activo gravado y aplique los frutos y rentas al pago de su crédito⁶⁰. Esta facultad está prevista en el régimen de la garantía internacional del Convenio de Ciudad del Cabo, donde se permite que, producido el incumplimiento, el acreedor pueda, entre otras medidas, arrendar el equipo y percibir y aplicar al pago del crédito todo ingreso o beneficio derivado de su explotación (artículo 8 del correspondiente Instrumento). Se exige igualmente que estas medidas se apliquen de una forma comercialmente razonable, conforme a lo pactado, salvo que se trate de cláusulas manifiestamente excesivas (artículo 8.3 del Instrumento).

5.7. Realización de activos líquidos mediante compensación

Finalmente, los pactos ejecutivos de activos líquidos que permiten una apropiación o venta por su valor nominal son perfectamente admitidos como pacto marciano lícito que no entraña riesgo alguno para el deudor y los demás acreedores. Esta es la doctrina en la que se basó el Tribunal Supremo para admitir finalmente la validez de la prenda sobre derechos de crédito⁶¹.

58 Resolución de la DGRN de 26 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5995).

59 En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2017 (RJ 2017, 595) se reprocha la “ausencia de todo mecanismo de restitución o compensación de los pagos ya satisfechos por los deudores”.

60 En este sentido, CARRASCO, A., CORDERO, E., MARÍN, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo I, pág. 1075.

61 Entre muchas otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7101) y 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1821). Sobre la evolución de la jurisprudencia, cfr. CARRASCO, A., CORDERO, E., MARÍN, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, págs. 243 y ss.

6. Peculiaridades de estos mecanismos en diversos contextos: contratación con consumidores

Acabamos de concluir que los pactos de ejecución alternativos a los procedimientos legalmente previstos pueden ser válidos aunque no prevean la intervención de ninguna autoridad (judicial o notarial), siempre que se observen los requisitos de validez del pacto marciano, a saber: que la garantía tenga por objeto activos líquidos o que coticen en algún mercado oficial, o que se prevea un procedimiento objetivo dirigido a establecer el valor de mercado del activo al tiempo de la transmisión, y, en todos los casos, que el sobrante se ponga a disposición de los demás acreedores o del garante. Nos preguntamos si sería posible alcanzar un acuerdo de estas características en todo tipo de contratación y, por tanto, también en la celebrada con consumidores, o si, por el contrario, los consumidores tienen derecho a que las garantías sean realizadas por medio de los procedimientos legalmente establecidos.

En nuestra opinión, si el pacto marciano es un pacto válido al amparo del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, como se admite cuando reúne los requisitos antes indicados, el mismo ha de ser posible también en financiaciones con consumidores. Ha de aplicarse aquí el mismo criterio que el Tribunal Supremo⁶² ha utilizado al enjuiciar la validez de las fianzas solidarias prestadas por consumidores: la posibilidad de un pacto válido al amparo del principio de autonomía de la voluntad (como sucede con el pacto marciano, o como sucedía en la sentencia indicada con la fianza solidaria) no constituye una renuncia de derechos que haya de reputarse inadmisibles en la contratación con consumidores. En todo caso, atendida la experiencia judicial reciente en el ámbito del Derecho de Consumo, puede que los operadores valoren que la contratación con consumidores es un terreno demasiado abonado a la controversia como para explorar nuevas técnicas de ejecución. Esta decisión sería mala para los consumidores, ya que, como hemos indicado al inicio del trabajo, la oportunidad de una realización de los activos gravados por apropiación o venta a un valor objetivo de mercado favorece la concesión de crédito y, de tener que realizarse en caso de incumplimiento, favorece que el consumidor pudiera liberarse de una mayor parte de deuda, pues *a priori* la realización a valor de mercado favorece que este sea superior al porcentaje del valor de tasación fijado en la escritura, que es el que regiría el valor adjudicación en un procedimiento judicial o notarial (cfr. artículos 670 y 671 LEC). En definitiva, en la medida en que se excluye al consumidor de sus ventajas, nos parece inconveniente decidir la inaplicación de las técnicas alternativas de realización de garantías reales cuando el deudor o el garante es un consumidor.

62 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2020 (RJ 2020, 145).

7. Dificultades de aplicación de técnicas alternativas de realización sobre bienes registrables. El problema de la purga de cargas posteriores

Que sepamos, no existen decisiones judiciales o registrales que versen sobre la aplicación de un pacto marciano en escenarios en los que existan otras cargas registradas sobre los activos gravados. La cuestión nos parece de extrema importancia, porque si la utilización de técnicas alternativas de ejecución no tiene como efecto una purga de las eventuales cargas posteriores a la ejecutada (como se prevé en las ejecuciones tradicionales de garantías, cfr. artículo 674 LEC), habrá que concluir que, cuando existan tales cargas posteriores, las técnicas alternativas de ejecución que estamos considerando no proporcionan al acreedor una utilidad equiparable a la que le reportaría la ejecución a través de los procedimientos legalmente establecidos. Obsérvese, además, que la existencia de una ulterior carga no puede ser evitada por el acreedor, pues la eficacia de los pactos que impiden al deudor volver a gravar activos es meramente personal frente al obligado.

Nos parece que este inconveniente no puede evitarse de ningún modo, pues indudablemente el principio de relatividad de los contratos (artículo 1257 CC) impide que los pactos relativos a la cancelación de cargas de las que sean titulares terceros les sean oponibles si no las han consentido. De este modo, cuando existan acreedores posteriores inscritos, la estrategia de realización óptima del activo no será la canalizada a través de los mecanismos contractuales alternativos, sino la ejecución ajustada a los procedimientos previstos legalmente.

8. Sobre la eficacia de mecanismos alternativos de ejecución en caso de concurso

Analizamos a continuación si el pacto marciano puede ver limitada su eficacia en caso de concurso del deudor constituyente de la garantía. Esta cuestión está regulada especialmente en las garantías financieras, que son relativamente inmutables al concurso por obra del legislador (cfr. artículos 14 y 15 del RDL 5/2005). La eficacia del pacto marciano tampoco debería ser problemática en la garantía internacional del Convenio de Ciudad del Cabo, pues en este régimen se establece expresamente que estas garantías serán oponibles en el concurso (artículo 30 del correspondiente Instrumento), lo que ha de significar al menos que la garantía ha de ser ejecutable a través de los procedimientos legalmente previstos, si bien deba recibir a otros efectos (por ejemplo, la paralización de ejecuciones, valoración del privilegio crediticio correspondiente, etc.) el mismo tratamiento que el resto de garantías concernidas en el concurso, que es un extremo no decidido ni por el Convenio ni por sus Protocolos. Creemos que la misma solución se impone con respecto a los pactos ejecutivos alternativos del resto de garantías, de tal manera que su eficacia estaría afectada por las mismas reglas que afectan en general la ejecución de garantías. Pero cuando la misma fuera posible conforme a las previsiones del artículo 56 LC, entendemos que la ejecución podría desarrollarse conforme a las técnicas alternativas de realización previstas en el contrato, si bien bajo la autoridad del juez del concurso, en los términos previstos en el artículo 57 LC.

IV. Conclusiones

La doctrina científica, el Tribunal Supremo y la autoridad registral y notarial han sostenido que el hecho de que existan procedimientos de ejecución legalmente establecidos no comporta la obligación de realizar las garantías reales a través de estos procedimientos. Se admite la validez de pactos alternativos de ejecución que no prevean intervención alguna de autoridad judicial o notarial, siempre que el pacto ejecutivo reúna el requisito de propiciar una apropiación o venta por el acreedor por el valor actual del activo gravado, fijado por referencia a su eventual valor de cotización o, en su defecto, a través de un procedimiento objetivo no influenciado por la conducta del acreedor (pacto marciano). Se requiere, asimismo, que existan procedimientos que aseguren que el sobrante se ponga a disposición de los demás acreedores, en su caso, o del deudor.

Estos procedimientos alternativos son convenientes para el deudor, pues le permiten financiarse a menor coste y, en la medida en que se prevén realizaciones más eficaces, evitan pérdidas del valor de los activos gravados o le eximen de la pérdida asociada a la aplicación de las normas que rigen la adjudicación de activos gravados por un porcentaje de los valores de tasación. Estos beneficios justificarían una aplicación generalizada de estas técnicas alternativas, incluso frente a consumidores o deudores concursados. Además, propiciarían que los financiadores que deban regirse por Derecho español estén en condiciones de competir en un mercado internacional de financiación en el que con frecuencia se admiten estos pactos alternativos de ejecución. La cuestión es crucial con respecto a las financiaciones articuladas con garantías sobre inmuebles ubicados en España, donde la falta de regulación del legislador español no puede subsanarse pactando otra ley aplicable, pues el criterio aplicado por la autoridad registral y notarial es que estas garantías se someten a Derecho español por aplicación del principio *lex rei sitae*⁶³.

En todo caso, la carencia de un régimen legal apropiado desaconseja su utilización cuando existen cargas posteriores a la ejecutada, que no serían canceladas por la aplicación del pacto marciano.

63 Cfr. la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019, sobre la aplicación territorial de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (BOE 30 diciembre).

M&A y deber de lealtad de los administradores de la sociedad *target*

Jordi Farrés Pineda
Socio de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE CORPORATE

I. La relevancia del deber de lealtad en las operaciones de M&A	36
1. Por qué el deber de lealtad es importante en las operaciones de M&A	36
2. ¿Qué es el deber de lealtad?: cláusula general e imperatividad flexible y especial referencia al deber de secreto	37
2.1. Cláusula general	37
2.2. Imperatividad flexible y conflicto de interés estructural	37
2.3. Especial referencia al deber de secreto: alcance	38
II. Procesos de Transmisión: deber de secreto y obligaciones procedimentales	40
1. Deber de secreto y Procesos de Transmisión de participaciones en el capital de sociedades	49
1.1. Deber de secreto y Procesos de Transmisión en sociedades cerradas	41
1.2. Deber de secreto y Procesos de Transmisión en sociedades abiertas	43
1.3. Procedimiento para el suministro de información	44
2. Obligaciones procedimentales y Procesos de Transmisión	45
2.1. Obligaciones procedimentales y Procesos de Transmisión de sociedades no cotizadas	45
2.2. Obligaciones procedimentales y Procesos de Transmisión de sociedades cotizadas	46
2.3. Obligaciones procedimentales y casos grises (en cotizadas y no cotizadas) en Procesos de Transmisión	47
III. Procesos de Des/Integración: obligaciones procedimentales y des/integración de Sociedades Vinculadas	48
IV. Impacto en los contratos	50
V. Consecuencias de la infracción del deber de lealtad	50
1. “ <i>Business judgement rule</i> ” e infracción del deber de lealtad	51
2. Acciones Tendentes a la Anulación	52
3. Impugnación de acuerdos sociales en virtud del artículo 204.1 LSC	54
VI. Consideraciones finales	55

Índice/



Resumen: En bastantes ocasiones, alguno de los administradores de la sociedad *target* de un proceso de M&A (de transmisión y/o des/integración que puede incluir, a su vez, acuerdos industriales) puede estar vinculado con alguna de las partes que participan en dicho proceso, o bien puede tener algún tipo de incentivo para favorecer o entorpecer la operación. Asimismo, estos administradores están sujetos al deber de lealtad con dicha sociedad *target* el cual, a su vez, pretende precisamente evitar el *tunneling*, es decir, que bajo una apariencia de licitud formal, se lleven a cabo las prácticas extractivas del valor de la sociedad. Sin embargo, el legislador ha regulado el deber de lealtad mediante un cláusula general de imperatividad flexible, que puede generar ciertas dudas sobre su interpretación y aplicación práctica. Por ello, considerando la complejidad y repercusiones de los procesos de M&A, tiene sentido analizar el impacto del deber de lealtad de los administradores de la *target* en estos procesos de M&A teniendo en cuenta, además, que las consecuencias de su infracción pueden incluir, junto con el correspondiente régimen de responsabilidad de administradores, acciones tendentes a la anulación de actos y contratos y acciones de impugnación de acuerdos sociales.

Abstract: On a number of occasions, some of the directors of the target company in an M&A process (transmission and/or dis/integration, which may in turn include industrial agreements) may be linked to some of the parties involved in such process, or may have some kind of incentive to favour or hinder the transaction. Furthermore, these directors are subject to a duty of loyalty to this target company which, in turn, is seeking to avoid tunneling, i.e. that under the guise of formal lawfulness, practices are carried out to extract value from the company. However, the legislature has regulated the duty of loyalty by means of a general clause whose binding nature is flexible, which could raise certain doubts about its interpretation and the practical application. Therefore, considering the complexity and the impact of M&A processes, it makes sense to analyse the impact of the duty of loyalty of the directors of the target thereof, taking into account, in addition, that the consequences of an infringement may include, together with the corresponding director liability regime, actions aimed at the annulment of acts and contracts, and actions to challenge corporate resolutions.



Palabras clave: Procesos de M&A, administradores de la sociedad *target*, deber de lealtad, *tunneling*, cláusulas generales, imperatividad flexible, deber de secreto, conflictos de interés, interés social, responsabilidad de administradores, acciones tendentes a la anulación, impugnación de acuerdos sociales, socios externos.

Keywords: M&A processes, directors of the target company, duty of loyalty, tunneling, general clauses, flexibly binding, duty of secrecy, conflicts of interest, social interest, director liability, actions aimed at annulment, challenging corporate resolutions, external partners.

M&A y deber de lealtad de los administradores de la sociedad *target*

I. La relevancia del deber de lealtad en las operaciones de M&A

1. Por qué el deber de lealtad es importante en las operaciones de M&A

Es frecuente en los procesos de M&A que alguno de los administradores de la sociedad *target* tenga algún vínculo con algún socio que participe en la operación, o el tercero adquirente (es decir, en ambos casos, que sea su *dominus*), o bien pueda gozar de algún tipo de incentivo para favorecer o perjudicar la operación en cuestión, más allá del propio interés de la sociedad *target*.

Por otro lado, la actual regulación del deber de lealtad prevista en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“**LSC**”) pretende, precisamente, evitar que bajo una apariencia de licitud formal, se lleven a cabo las prácticas extractivas del valor de la sociedad (*tunneling*) ya que la tradicional regulación del derecho de sociedades se ha mostrado insuficientemente efectiva para impedirlo¹.

Por tanto, es razonable pensar que en las operaciones de M&A, en la medida que existan potenciales vínculos o incentivos de los administradores de la *target*, existirá el riesgo de que estos lleven a cabo prácticas en virtud las cuales, en última instancia, ellos o sus correspondientes *dominus* puedan apropiarse de beneficios que corresponden a la sociedad *target* o al conjunto de sus socios, o bien impidan que la sociedad *target* o el resto de socios accedan a estos beneficios.

A la luz de lo anterior, tiene sentido analizar el deber de lealtad de los administradores de la *target* en las operaciones de M&A y, en particular, las siguientes tres cuestiones que se desarrollarán detenidamente más adelante:

- (i) el deber de secreto y las obligaciones procedimentales (tal y como las definimos en el apartado I.2) de los administradores de la *target* en los procesos de transmisión de una participación en el capital social de una sociedad en los que, además, el socio vendedor o el potencial comprador es administrador de la sociedad *target* o está vinculado con uno o varios de sus administradores (“**Procesos de Transmisión**”);
- (ii) las obligaciones procedimentales (tal y como las definimos en el apartado I.2) de los administradores de la *target* en los procesos de integración o desintegración de varias sociedades en las que, al menos, uno de sus socios tiene la condición de socio en ambas sociedades y/o es administrador de alguna de estas o está vinculado con uno o con varios de sus administradores (“**Procesos de Des/Integración**”) y (“**Sociedades Vinculadas**”); y

¹ En la misma línea, también la Directiva 2017/828 –que modifica la Directiva 2007/36– (relativa a la implicación a largo plazo de accionistas de sociedades cotizadas), menciona en su Fundamento 42 que persigue, entre otros objetivos, evitar el *tunneling* o, dicho de otro modo, evitar a “la parte vinculada la posibilidad de apropiarse de valor perteneciente a la sociedad” y que “existan salvaguardias adecuadas para la protección de los intereses de las sociedades y los accionistas”.

- (iii) el impacto que las obligaciones procedimentales (del administrador-socio o del administrador vinculado a un socio / *dominus*) pueda tener en los acuerdos intragrupo o acuerdos industriales (suscritos por los socios de la sociedad *target* y la propia sociedad) que se suscribirán simultáneamente y/o después de la correspondiente operación o que, a resultas de la misma, se modificarán o extinguirán ("**Contratos Vinculados**") e ("**Impacto en los Contratos**").

2. ¿Qué es el deber de lealtad?: cláusula general e imperatividad flexible y especial referencia al deber de secreto

2.1. Cláusula general

Los artículos 228 y 229 LSC regulan el deber de lealtad de los administradores mediante una cláusula general. Es decir, no incluyen una definición precisa sobre qué debe entenderse por una actuación "leal" sino que, simplemente, establecen la obligación de los administradores de actuar lealmente, así como las consecuencias del incumplimiento de tal obligación.

Además, la LSC incluye una relación de obligaciones (o normas imperativas) en las que se concreta esa actuación leal y, asimismo, desarrolla especialmente una de esas obligaciones: el deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

Esta relación de obligaciones puede agruparse en tres categorías:

- (i) el deber de secreto (artículo 228.b) LSC);
- (ii) las que podrían denominarse obligaciones procedimentales: el deber de abstención en caso de conflicto de intereses (artículo 228.c) LSC), junto con el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés (artículos 228.e) y 229 LSC); y
- (iii) las que podrían denominarse obligaciones finalistas: no ejercitar sus facultades para fines distintos de aquellos para los que han sido concedidas (artículo 228.a) LSC) y desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal, con libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros (artículo 228.d) LSC).

2.2. Imperatividad flexible y conflicto de interés estructural

Por un lado, el artículo 230 LSC dota de cierta flexibilidad a las obligaciones (normas imperativas) en las que se materializa el deber de lealtad, estableciendo una serie de supuestos en los que es posible la dispensa por la sociedad al

cumplimiento de las mismas (artículo 230 LSC). Por ello, se entiende que la imperatividad del deber de lealtad es flexible.

Sin embargo, hay que matizar que la dispensa incluida en artículo 230 LSC se refiere solo parcialmente al deber de secreto (artículo 230.2 LSC, en relación con su artículo 229.1.c) *fine*) ya que, como ha venido apuntando la doctrina, a la vista de la redacción del artículo 229.1.c) LSC, el deber de secreto susceptible de dispensa es más reducido que el deber de secreto comprendido en el artículo 228.b) LSC. Y ello porque el artículo 229.1.c) se refiere únicamente a los secretos como un subtipo de activos sociales, es decir, secretos con un valor patrimonial o secretos empresariales: esto es, información confidencial, sobre la que se han adoptado medidas razonables para protegerla y que cuentan con un valor comercial².

Por otro lado, además, la LSC incluye en su artículo 190 una regla que permite gestionar, entre otros, el conflicto de intereses que puede surgir al acordar la dispensa referida más arriba: esto es, el caso en el que el socio que (también) es administrador pretende votar en la junta general el acuerdo de dispensa (a sí mismo) de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, mediante el mecanismo previsto en el artículo 230 LSC.

Esta regla puede sintetizarse en que (i) el socio-administrador no podrá votar en la junta general, entre otros puntos, el acuerdo por el que se le dispense (a sí mismo) de las obligaciones derivadas del deber de lealtad y (ii) que respecto a cualesquiera otros conflictos de intereses, si bien podrá votar la dispensa, la sociedad o el socio conflictuado deberán asumir la carga de la prueba de la conformidad con el interés social del acto o contrato en cuestión, si su voto fue decisivo para la adopción del acuerdo.

Cabe puntualizar que, según el criterio del Tribunal Supremo³, será de aplicación la restricción prevista en el apartado (i) del párrafo anterior solo si la misma persona física o jurídica administradora es también socio. Es decir, dicha restricción a la dispensa del socio a sí mismo no aplicará en los casos de conflicto indirecto, esto es, cuando el conflicto afecta a administradores designados por el socio y/o consejeros dominicales vinculados al socio designante o *dominus* pero distintos a este, aunque en estos supuestos sí operará la inversión de la carga de la prueba de la conformidad del acto o contrato con el interés social.

2.3. Especial referencia al deber de secreto: alcance

Finalmente, antes de entrar a analizar el impacto práctico del deber de lealtad en los procesos de M&A y, en particular, en los Procesos de Transmisión, de Des/Integración y en los Contratos Vinculados, cabe hacer algunas precisiones en relación con el deber de secreto, cuya definición y precisión, tal y como se verá más adelante, es especialmente relevante.

2 Nótese que esta noción de secretos empresariales, encaja con la prevista en la Ley 1/2019, de 20 de enero, de Secretos Empresariales.

3 La sentencia del Tribunal Supremo 68/2017 de 2 de febrero, establece que la regla del 190 LSC solo aplica en el denominado "conflicto directo": "(...) el artículo 190 TRLSC únicamente prohíbe el derecho de voto, al igual que hacía el artículo 52 LSRL, al socio afectado, pero no extiende dicha interdicción a las personas vinculadas".

4 Dicho artículo establecía:
"1. Los administradores, aun después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social.
2. Se exceptúan del deber a que se refiere el apartado anterior los supuestos en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes.
3. Cuando el administrador sea persona jurídica, el "deber de secreto" recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquella".

La LSC regula el deber de secreto en los artículos 228.b) y 229.c) (cuya redacción sustituye la del antiguo artículo 232 LSC⁴) estableciendo que, por un lado, cualquier administrador deberá “guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera” y, asimismo, por otro lado, deberá abstenerse de “hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados”.

Como hemos adelantado en el apartado I.2.2 anterior, el deber de secreto de los administradores previsto en la LSC va más allá de los denominados secretos empresariales. Como ha dicho la doctrina, el deber de secreto alcanza, en principio, a las propias deliberaciones de los consejeros (aunque, por ejemplo, como dicta la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011, “no puede afirmarse sin más de la totalidad de los acuerdos del consejo (...)”, a la información privilegiada en el sentido del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (“**LMV**”) e incluso otras informaciones que, aunque no tengan valor en sí mismas, en caso de ser conocidas por un tercero podrían ser perjudiciales para la sociedad.

Es decir, el administrador (aun tratándose de un consejero dominical) deberá guardar secreto como regla general y no suministrará información a terceros ni a los socios⁵. En cualquier caso, sí deberá aportar información a los socios en la medida que ello sea consistente con el derecho de información y el interés social. Por otro lado, respecto al suministro de información a terceros, el administrador deberá valorar las circunstancias y el contexto del proceso de M&A para que dicho suministro de información sea, en cualquier caso, también congruente con el interés social⁶.

Nótese que, aunque esta referencia al interés social no esté literalmente prevista en los actuales artículos 228.b) y 229.c) LSC, otra interpretación no tendría justificación ya que⁷:

- (i) la salvedad referida más arriba estaba expresamente prevista en el antiguo artículo 232 LSC, que fue sustituido por los actuales artículos 228.b) y 229.c) mediante la Ley 31/2014, la cual a su vez no pretendía modificar sino solamente proporcionar una “tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad”, de acuerdo con el apartado V de su exposición de motivos; y
- (ii) el actual artículo 228.b LSC expresamente excepciona el deber secreto a los administradores “en los casos en que la ley lo permita o requiera”.

Por tanto, el suministro de información estará permitido si es congruente con el interés social ya que (i) la LSC permite y requiere a los administradores que actúen de acuerdo con el interés social (por ejemplo, en su artículo 227.1) y, además, (ii) en ese caso el objetivo de dicho suministro de información coincidirá con

5 En este sentido, respecto al suministro de información a un socio, por un lado, se ha venido entendiendo que el derecho del socio a transmitir su participación (o más bien, a que haya límites a las restricciones a dicha transmisión) no puede interpretarse de forma que su interés particular (en vender su participación) prevalezca sobre el interés social de la sociedad. Asimismo, por otro lado, se ha venido entendiendo que la información a la que pueden acceder los socios es limitada y se trata de aquella vinculada a la adopción de acuerdos vinculados a la junta general y que, a su vez, cualquier trato diferenciado debe ser (i) congruente con el interés social, (ii) idóneo para el objetivo que se persigue, (iii) necesario para su objeto y (iv) proporcionado.

6 Cabe recordar de acuerdo con lo dispuesto, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5151/2015, de 11 de diciembre de 2015, que el interés social debe ser el de la propia sociedad y no el del grupo al que esta pueda pertenecer (especialmente si hay socios externos).

7 De acuerdo con, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, deben tenerse en cuenta los antecedentes históricos y legislativos para interpretar las normas y su finalidad.

la finalidad del deber de secreto, que es una manifestación del deber de lealtad y, por tanto, precisamente persigue que los administradores actúen de acuerdo con el interés social (lo que también comprende evitar el *tunneling*).

II. Procesos de Transmisión: deber de secreto y obligaciones procedimentales

1. Deber de secreto y Procesos de Transmisión de participaciones en el capital de sociedades

La práctica totalidad de los procesos ordenados de M&A implican que, durante la fase inicial del mismo, se lleve a cabo el denominado proceso de *due diligence*. Es decir, que se lleve a cabo un proceso en virtud del cual, el potencial adquirente realiza una revisión de la situación de la *target* con el objeto de conocer, más allá del mero objeto formal, el objeto material de la transacción.

El contenido de dicha revisión y el alcance de la información a la que pretende acceder el potencial adquirente puede variar según cada caso pero, en la práctica, la gran mayoría de potenciales adquirentes pretende tener un conocimiento de la sociedad *target* que va más allá de la información de acceso público o aquella información a la que podría tener acceso por su condición de socio de la sociedad *target*. En otras palabras, es muy probable que el potencial adquirente pretenda acceder a información que está bajo el control de los administradores de la sociedad *target*.

Por tanto, es lógico pensar que será especialmente relevante analizar el impacto que el deber de lealtad y, en particular, del deber de secreto de los administradores de la *target* tienen en los Procesos de Transmisión a los que se refiere este documento, es decir, aquellos procesos de transmisión de una participación en el capital social de una sociedad en los que, además, el socio vendedor sea administrador de la sociedad *target* o bien este o el tercer adquirente estén vinculados con uno o varios de sus administradores.

Finalmente, cabe señalar que para llevar a cabo dicho análisis, será necesario también tener en cuenta si la sociedad *target* es, de acuerdo con el apartado IV de la exposición de motivos de la LSC, (i) una sociedad cerrada, esto es, aquella "(...) cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones (...)", o sea, sociedades de responsabilidad limitada y la mayor parte de las sociedades anónimas, o bien, por el contrario, (ii) una sociedad abierta, esto es, que no cuenta con tal restricción, es decir, en la práctica, las sociedades cotizadas.

1.1. Deber de secreto y Procesos de Transmisión en sociedades cerradas

(i) Regla general: adecuación al interés social

La posibilidad de que los administradores de la sociedad *target* puedan suministrar información a potenciales adquirentes durante la fase de *due diligence* (sin contar con la aprobación expresa de los socios) dependerá, como regla general, de en qué medida dicho suministro de información sea congruente con el interés social.

Lógicamente, este análisis será especialmente relevante en los Procesos de Transmisión a los que nos referimos, ya que en estos pueden participar administradores de la sociedad *target* vinculados con uno o varios participantes en la operación y, por tanto, es más probable que dicha adecuación del suministro de información al interés social pueda verse cuestionada.

En este contexto, tiene sentido plantear algunos principios o guidelines que pueden ayudar, ante un caso concreto, a determinar si es probable que el suministro de información sea congruente con el interés social:

- a. Por un lado, es lógico pensar que, tanto desde la perspectiva de la “teoría contractualista” como desde la perspectiva de la “teoría institucionalista”, la adecuación del suministro de información con el interés social dependerá de en qué medida este se enmarque en el contexto de un proceso de M&A que pueda implicar una práctica extractiva del valor de la *target*.

Dicho con otras palabras, la adecuación con el interés social dependerá de en qué medida el suministro de información es, a su vez, instrumental de un Proceso de Transmisión que previsiblemente puede mermar el valor real de la *target* o favorecer a determinados socios, los que participen en el proceso de venta, en perjuicio de otros.

En este sentido, aunque la LSC no define qué puede entenderse por el “valor real” de la *target*, sin embargo, pueden encontrarse referencias que ayudan a esbozarlo en otras disposiciones como, por ejemplo, la resolución de 7 de octubre de 2010 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre el valor razonable.

De acuerdo con lo previsto en dicha resolución⁸, es apropiado pensar que un Proceso de Transmisión (y el correspondiente suministro de información) será congruente con el interés social de la sociedad *target* si como resultado de este, el valor razonable

8 La Resolución del ICAC distingue entre 2 tipos de escenarios: aquellos en los que es posible llevar a cabo una comparativa entre operaciones similares y aquellos escenarios en los que ello no es posible (porque no existe un mercado público que lo permita o porque se dan elementos que han distorsionado dicho mercado) para, a su vez, establecer unas reglas o parámetros para determinar el valor razonable. En este sentido, la Resolución del ICAC establece parámetros o reglas vinculados a la situación de la empresa (o conjunto de activos y pasivos) objeto de valoración, es decir, tratan cuestiones reflejadas o susceptibles de ser reflejadas en las cuentas anuales teniendo en cuenta los planes de la dirección.

de la *target* o de sus activos y pasivos valorados de acuerdo con lo previsto en dicha resolución, no se prevé que se pueda ver reducido.

- b. Por otro lado, también es razonable pensar que existe una lógica o principios reflejados en, entre otros, la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas ("**Directiva 2017/828**")⁹ en virtud de los cuales, para que pueda considerarse que un Proceso de Transmisión (y el correspondiente suministro de información) es congruente con el interés social de la sociedad *target*, previsiblemente deberá contribuir a una mejora o refuerzo del proyecto industrial de la *target* o, en otras palabras, tratarse de una "inversión productiva en el largo plazo que contribuiría a mejorar la sostenibilidad y rentabilidad futura de las sociedades cotizadas".

9 Ver notas 18 y 20 relativas a la Directiva 2017/828.

10 En este sentido, vid. Tombari, Umberto, "*Problemi in tema di alienazioni della partecipazione azionaria e attività di due diligence*", Banca e Borsa – Parte I - 2008.

11 Nótese que, ante un escenario de Oposición Expresa a la Operación, la operación se habrá frustrado y el suministro de información ya no será necesario.

12 En este caso, es probable que (i) comprador y vendedor tengan el mismo nivel de conocimiento de la sociedad y no sea necesario un proceso de *due diligence* adicional / exhaustivo, o bien (ii) que el comprador esté vinculado con uno o varios administradores de la sociedad *target* y no pueda exigir al vendedor *de facto* tener un "conocimiento" de esta mayor del que ya dispone, o bien (iii) que entre comprador y vendedor controlen la mayoría del capital social y puedan impulsar cualquier acuerdo societario necesario para autorizar el suministro de información (sin perjuicio de lo referido más adelante en relación con lo previsto en el artículo 204 LSC).

Todo lo anterior, lógicamente, debe entenderse sobre la base de que en ningún caso el suministro de información se pueda producir de forma que el potencial adquirente y/o receptor de la información reciba información específica sobre potenciales contenciosos o conflictos que este pueda tener directamente con la sociedad *target*¹⁰.

(ii) Deber de secreto y Procesos de Transmisión en sociedades cerradas

Como complemento a lo previsto en el apartado anterior, cabe recordar que, por definición, la transmisión de una participación de una sociedad cerrada implica que se deba seguir un procedimiento que los socios han acordado a tal efecto (en estatutos sociales y pactos de socios). En virtud de este procedimiento, es posible que:

- a. se haya concedido la facultad de autorizar la operación a la junta general de la sociedad *target* o se le haya concedido un derecho de adquisición preferente a la sociedad (o a sus socios); o bien
- b. que se prevean derechos de arrastre, acompañamiento u otras modalidades de lo que se podría llamar como derechos de consolidación de posiciones.

En consecuencia, si se sigue el correspondiente procedimiento previsto, existirán dos escenarios posibles:

- a. que la junta general frustre la operación de venta (si cuenta con la facultad de autorizarla) o la sociedad o los socios no impulsores de la venta ejerzan sus derechos de adquisición preferente (si cuentan con tal derecho) ("**Oposición Expresa a la Operación**"); o bien

- b. que ni la junta general ni los socios no impulsores frustren la operación (porque conceden su autorización, no ejercen el derecho de adquisición preferente o no ejercen sus derechos de consolidación de posiciones) o incluso los socios no impulsores participen en esta transmitiendo conjuntamente (de forma consensuada o en virtud de derechos de consolidación de posiciones) todo o parte de su participación ("**No Oposición Expresa a la Operación**").

Por tanto, es lógico pensar que si se ha seguido el correspondiente procedimiento de transmisión y se está ante un escenario de No Oposición Expresa a la Operación¹¹, la sociedad *target* o sus socios podrían justificar que se permitiera el suministro de información al potencial comprador por no ser contrario al interés social (a resultas del suministro de dicha información) ya que:

- (i) es probable que dicho suministro de información no sea necesario o no sea un obstáculo porque el adquirente será otro/s socio/s de la *target*¹², siempre que se respete el principio de igualdad de trato; o bien
- (ii) se podría entender que habrán autorizado tácitamente el suministro de la información (a) los socios no impulsores de la operación que se benefician de esta al ser arrastrados o al acompañar la venta (en virtud de derechos de consolidación de posiciones), o (b) los socios que hayan renunciado al ejercicio de cualquier derecho de adquisición preferente o de consolidación de posiciones;^{13 14} o bien
- (iii) finalmente, habrán autorizado la operación expresamente.

1.2. Deber de secreto y Procesos de Transmisión en sociedades abiertas

Es lógico entender que las obligaciones de información derivadas de la normativa de mercado de capitales¹⁵ (la obligación de comunicar información privilegiada y otra información relevante prevista en los artículos 226 y 227 LMV y concordantes, y la obligación de difusión pública de información privilegiada del artículo 17 RAM) afectan al deber de secreto previsto en la LSC (sin perjuicio de que el deber de secreto ampare el retraso en la publicación de información en determinados casos), por la propia habilitación expresa del artículo 228.b) de la LSC (siendo los artículos 226 y 227 LMV y el artículo 17 RAM los supuestos "expresamente previstos por la ley" que exige el artículo 228.b) de la LSC para exceptuar la aplicación del deber de secreto)¹⁶.

13 Nótese que además de la notificación de la oferta de adquisición a la sociedad *target* (en virtud del artículo 107 LSC o lo que dispongan los estatutos sociales), el resto de socios suelen tener acceso a la oferta no vinculante remitida por el tercero la cual, en la práctica totalidad de los casos, está sujeta al correspondiente ejercicio de *due diligence*. Por tanto, los socios no impulsores conociendo y aceptando y, en su caso, beneficiándose de la venta al tercero, estarán aceptando el proceso de *due diligence* el cual, a su vez, estaría dentro del deber de secreto susceptible de dispensa del artículo 230.2 LSC (en relación con el artículo 229.1.c) LSC).

14 Piénsese que otra interpretación implicaría como resultado que, a pesar de haber cumplido el procedimiento acordado por los socios en los estatutos, se podría frustrar la transmisión mediante la negativa a un ejercicio de *due diligence* que cualquier operador razonable reconoce como imprescindible.

15 Nos referimos, principalmente, a las siguientes 3 normas: la LMV, el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio relativo al régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (el "**RD de opas**") y el Reglamento (UE) n° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado (el "**RAM**"), junto con su normativa de desarrollo.

16 Además, difícilmente podría argumentarse que la transparencia requerida por los artículos 226 y 227 LMV y el artículo 17 del RAM es incompatible con la finalidad perseguida por el deber de secreto (esto es, evitar el *tunneling*) ya que la propia Directiva 2017/828 UE - que modifica la Directiva 2007/36 - (relativa a la implicación a largo plazo de accionistas de sociedades cotizadas) en su Fundamento 42 dice expresamente que persigue, entre otros objetivos, evitar el *tunneling* o, dicho de otro modo, evitar a "la parte vinculada la posibilidad de apropiarse de valor perteneciente a la sociedad" y que "existan salvaguardias adecuadas para la protección de los intereses de las sociedades y los accionistas".

Es decir, que esta Directiva que prevé un estricto régimen de publicidad en relación con operaciones con entidades vinculadas, también persigue evitar el *tunneling*. Por tanto, difícilmente podrá argumentarse que los mecanismos de transparencia y suministro de información previstos en los artículos 226 y 227 LMV y 17 del RAM son contradictorios con las finalidades perseguidas por el deber de lealtad (evitar el *tunneling*).

Es decir, el punto de partida para analizar el impacto del deber de secreto en Procesos de Transmisión de sociedades abiertas es radicalmente distinto al de las sociedades cerradas ya que, de hecho, los administradores de las sociedades cotizadas están obligados a hacer pública toda aquella información que sea relevante o privilegiada (salvo por lo previsto en el artículo 17.4 del RAM).

Asimismo, también hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la lógica de lo dispuesto en el RAM¹⁷, si el suministro de información sobre una sociedad *target* cotizada incluyera información privilegiada, el potencial comprador no podría ejecutar la operación hasta que esa información dejara de ser privilegiada. Es decir, en otras palabras, el suministro de información privilegiada bloquearía cualquier potencial operación sobre la adquisición de acciones de la *target*.

Por otro lado, sobre la información confidencial no pública y no privilegiada cabe mencionar que, precisamente las *guidelines* o principios referidos en el apartado II.1.1 precedente que se derivan, entre otros, de lo previsto en la Directiva 2017/828¹⁸, también se reflejan en relación con las sociedades cotizadas en el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la LSC y otras normas financieras para adaptarlas a la Directiva 2017/828¹⁹, que establece que una operación será congruente con el interés social (y por tanto la excepción al deber de secreto tendrá sentido) si se trata de “una inversión productiva en el largo plazo que contribuirá a mejorar la sostenibilidad y rentabilidad futura de las sociedades cotizadas²⁰”.

1.3. Procedimiento para el suministro de información

Finalmente, tiene sentido hacer referencia a cómo deberán (en su caso) suministrar la correspondiente información los administradores de la *target* para no infringir el deber de secreto, especialmente en el caso que nos ocupa, en el que los administradores de la *target* pueden tener algún tipo de vínculo con los partícipes en la operación.

En primer lugar, en buena lógica, para que el suministro de información sea congruente con el interés social, su destinatario deberá ser el potencial inversor (sea ya socio de la *target* o no). Es decir, el receptor de la información deberá ser el potencial comprador (y/o quien asuma la ampliación de capital y/o conceda el instrumento de deuda). La recepción de la información por el socio vendedor requerirá una autorización del resto de socios para ello.

20 Por ejemplo, en el apartado I de su exposición de motivos establece “(...) Al centrarse fundamentalmente en maximizar los resultados financieros en el corto o muy corto plazo, las sociedades cotizadas adoptan en numerosas ocasiones estrategias corporativas que solo persiguen revalorizar sus acciones lo antes posible. Este tipo de estrategias y medidas, como por ejemplo algunos programas de recompra de acciones o reestructuraciones societarias, **generan beneficios financieros efímeros, que sin embargo pueden hipotecar el futuro sostenible de la sociedad cotizada** y de sus accionistas, trabajadores, acreedores y clientes, perjudicando la sostenibilidad de la empresa. Ciertamente, aquellas sociedades cotizadas con una base accionarial orientada mayoritariamente al rendimiento en el corto plazo, se ve incentivada a detraer recursos para **la inversión productiva en el largo plazo que contribuirán a mejorar la sostenibilidad y rentabilidad futura de las sociedades cotizadas** (...)”.

(énfasis añadido)

17 Por ejemplo, en su Fundamento 36, respecto al suministro de información en el contexto de prospecciones de mercado, el RAM establece “(...) Los inversores potenciales que son objeto de una prospección de mercado deben considerar, por su parte, si la información que se les ha comunicado equivale a información privilegiada, lo que les impediría negociar basándose en ella o revelarla, a su vez. Los inversores potenciales siguen sujetos a las normas relativas a las operaciones con información privilegiada y la comunicación ilícita de la misma, como dispone el presente Reglamento (...)”.

18 Por ejemplo, en su Fundamento 15 establece “(...) a menudo los mercados de capitales ejercen presión sobre las sociedades para que obtengan resultados a corto plazo, lo que puede poner en riesgo el rendimiento financiero y no financiero de las sociedades y conducir, entre otras consecuencias negativas, a un nivel de inversión que diste de ser óptimo, por ejemplo, en investigación y desarrollo, en detrimento del rendimiento a largo plazo tanto de las sociedades como de los inversores (...)”.

19 http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_TES_190524_AP_APL_fomento_implicacion_largo_accionistas.pdf

Por otro lado, de acuerdo con la lógica general del deber de diligencia de cualquier administrador (y de acuerdo con la lógica de las normas de protección del mercado del RAM²¹ o el RD de opas)²², el suministro de la información deberá ir acompañado de la suscripción del correspondiente acuerdo de confidencialidad o NDA (*Non Disclosure Agreement*), pues la propia negociación de la operación constituye en sí misma información privilegiada. Y todo ello sin olvidar que, en caso de que la sociedad *target* sea una sociedad cotizada y el suministro de información incluya “información privilegiada”, de acuerdo con lo previsto en el RAM, por ejemplo, en su Fundamento (36), será necesario igualmente suscribir el correspondiente acuerdo de *standstill*.

2. Obligaciones procedimentales y Procesos de Transmisión

Como es bien sabido, es posible que los administradores de la sociedad *target* puedan participar en mayor o menor medida, dependiendo del tipo de operación, en algún momento durante la gestación o la ejecución de operaciones de transmisión de participaciones en el capital social de sociedades.

Esta intervención, además del suministro de información (en la fase de *due diligence*) al que nos hemos referido anteriormente, puede incluir también la intervención y la participación en el propio Proceso de Transmisión (por ejemplo, en sociedades cotizadas, en caso de presentarse una oferta pública de adquisición), o bien la intervención en una constelación de casos grises en los que, si bien la intervención de los administradores de la *target* no tiene porqué ser dentro del propio Proceso de Transmisión, pueden influir en el mismo.

Teniendo en cuenta el tipo de Procesos de Transmisión a los que nos referimos, es decir, aquellos en los que el socio vendedor o el potencial comprador es administrador de la sociedad *target* o está vinculado con uno o varios de sus administradores, tiene sentido plantearse en qué medida la participación de los administradores de la *target* puede colisionar con su deber de lealtad y, en particular, las denominadas Obligaciones Procedimentales (esto es, el deber de abstención en caso de conflicto de intereses previsto en el artículo 228.c) LSC, junto con el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés previsto en el artículo 228.e) y el artículo 229 LSC).

2.1. Obligaciones procedimentales y Procesos de Transmisión de sociedades no cotizadas

Es razonable asumir que el impacto de las obligaciones procedimentales en los administradores de la sociedad *target* en Procesos de Transmisión es menor si esta no es una sociedad cotizada, dado que la legislación no requiere que estos participen de manera intensa en dichos procesos de M&A, salvo por lo que refiere al suministro de información en la fase de *due diligence* (que se ha tratado en el apartado II.1 relativo al deber de secreto) o al cumplimiento de sus obligaciones

21 Por ejemplo, en el contexto de las prospecciones de mercado, el RAM establece en su Fundamento 35 “(...) que deben adoptarse medidas razonables para proteger continuamente la confidencialidad de la información (...)” y, por otro lado, en su artículo 11.5.d) “(...) el participante del mercado que comunica información deberá, previamente a la comunicación de información (...) informar a la persona receptora de la prospección de mercado de que al aceptar la recepción de la información se obliga a mantener su confidencialidad (...)”.

22 Por ejemplo, en el contexto de la igualdad informativa entre opas competidoras, establece en su artículo 46.3 “(...) La sociedad condicionará la entrega de información a que el destinatario garantice la debida confidencialidad de la misma; a su empleo al exclusivo fin de formular una oferta pública de adquisición y a que la información sea necesaria para la formulación de la oferta (...)”.

formales dentro del Proceso de Transmisión (recepción de ofertas e información a socios, etc.). No obstante, en las operaciones en las que sean determinados administradores los que presenten la oferta de compra (*management buy-out*) se deberán extremar las cautelas en la observancia del deber de lealtad y en el deber de abstención de los administradores afectados.

2.2. Obligaciones procedimentales y Procesos de Transmisión de sociedades cotizadas

A pesar del deber de pasividad de la sociedad *target* que prevé la normativa específica reguladora del M&A de sociedades cotizadas y, en concreto, el artículo 28 RD de opas, esta normativa incluye escenarios en los que se prevé la actuación de los administradores de la sociedad *target* en un Proceso de Transmisión que, por sí misma, podría colisionar con las obligaciones procedimentales que derivan del deber de lealtad. Por ejemplo:

- (i) el informe sobre la opa que deberán formular los administradores de la sociedad *target* previsto en el artículo 24.1 RD de opas;
- (ii) el informe sobre la neutralización de defensas sobre la opa previsto en el artículo 29 RD de opas;
- (iii) la solicitud de dispensa de opa prevista en artículo 8.d) RD de opas, en caso de adquisiciones u otras operaciones que traigan causa en la conversión o capitalización de créditos, si la viabilidad financiera de la sociedad *target* está en peligro; y
- (iv) la aprobación (y negociación) de *break-up fees* prevista en el artículo 42.4 RD de opas.

Si bien tradicionalmente los administradores han venido absteniéndose ante potenciales conflictos de intereses²³, por otro lado puede concluirse razonablemente que las normas relativas a sociedades cotizadas que regulan las opas²⁴ ofrecen instrumentos que permiten resolver la mayoría de escenarios en Procesos de Transmisión de cotizadas en que se pueden traer a colación las obligaciones procedimentales.

En este sentido, es lógico concluir que si bien puede existir un conflicto normativo²⁵ entre lo dispuesto en los artículos 24.1, 29 y 8.d) del RD de opas y el artículo 228.c) LSC, este podría resolverse de acuerdo con lo siguiente:

- (i) en cuanto al conflicto de la LSC con lo dispuesto en los artículos 24.1 y 29 RD de opas, habrá que tener en cuenta los mecanismos específicos que se prevén en el RD de opas.

23 Por ejemplo, en la opa lanzada sobre Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. por Control Empresarial de Capitales, S.A.; en la opa lanzada sobre Realia Business, S.A. por Inversora Carso, S.A. de C.V.; en la opa lanzada sobre Vueling por Veloz HoldCo, S.L.U.; en la opa lanzada sobre Dogi International, S.A. por Businessgate, S.L.U.; etc.

24 Nótese que en las operaciones de colocación de grandes paquetes accionariales, parece difícil que los administradores de la *target* puedan incurrir en un conflicto de intereses ya que no se requiere su participación en el procedimiento, salvo que el adquirente pretenda llevar a cabo un proceso de *due diligence* de la compañía *target* (lo cual se trata en el apartado relativo al deber de secreto).

25 Es razonable plantearse en qué medida puede existir un conflicto entre lo previsto en los artículos 24.1, 29 y 8.d) RD de opas y el artículo 228.c) LSC, ya que (i) aquellos prevén la participación de los administradores de la *target* aun existiendo un potencial conflicto de interés y, por otro lado, (ii) según la LSC los administradores de la *target* deberían abstenerse de participar en cualquier acuerdo en el que puedan tener un conflicto de intereses.

Es decir, cada uno de estos artículos del RD de opas (que es una norma con rango de Reglamento) traen causa o están habilitados por la LMV (en concreto, los artículos 134.4 y 135.6 respectivamente) y, por tanto, pueden interpretarse en el sentido de que:

- (a) la finalidad última que persigue la LSC es, además de regular y proteger las relaciones entre los socios y de estos con la Sociedad, evitar prácticas extractivas o *tunneling* de administradores o socios; y
 - (b) la intervención de los administradores en una opa prevista en los artículos 24.1 y 29 RD de opas ya incluye mecanismos que protegen a los socios de la sociedad de dichas prácticas extractivas al incluir instrumentos para gestionar potenciales conflictos de interés (requiriendo la indicación de la existencia de cualquier conflicto – artículo 24.1– o la indicación del sentido del voto de cada administrador – artículo 29–); y
- (ii) por otro lado, en cuanto al conflicto entre la LSC y lo dispuesto en el artículo 8.d) RD de opas, es razonable pensar que se trata de un conflicto que puede gestionarse de forma flexible, en la medida que fácilmente puede evitarse el escenario que da lugar al conflicto normativo ya que la solicitud de dispensa de opa puede ser presentada por “*cualquier persona interesada*” además de los administradores de la *target*.

Respecto de lo previsto en el artículo 42.4 del RD de opas es prudente entender que los administradores de la sociedad *target* que estén vinculados (sea su *dominus*) con el presentante de la opa no deberán poder participar ni en la negociación ni en la aprobación de los *break-up fees*, por existir un evidente conflicto de interés y no existir disposición alguna que los habilite o neutralice los efectos del potencial conflicto de intereses.

2.3. Obligaciones procedimentales y casos grises (en cotizadas y no cotizadas) en Procesos de Transmisión

Más allá de los casos obvios en los que la actuación del administrador sea absolutamente incompatible con el deber de lealtad, por la propia configuración del mismo (mediante cláusulas generales que, a su vez, no son exhaustivas sino meramente ejemplificativas), existirá una constelación de casos grises en los que la actuación de los administradores *per se* no debería implicar un quebranto del deber de lealtad, pero que pueden tener un impacto en un futuro Proceso de Transmisión por su cercanía al inicio de dicho proceso, o porque se trate de instrumentos que en el tráfico jurídico han sido útiles para dificultar o facilitar un potencial futuro proceso de M&A aún no concretado (por ejemplo, modificaciones estatutarias, operaciones de autocartera o dividendos extraordinarios,

operaciones sobre activos esenciales, reparto de cargos en comisiones estratégicas dentro del órgano de administración, etc.).

No es posible dar una regla absoluta en estos casos, en los que probablemente será necesario probar la intención o voluntad del administrador (o el quebranto de las obligaciones finalistas) para demostrar la existencia del propio quebranto de las obligaciones procedimentales. Sin embargo, puede partirse de las siguientes premisas:

- (i) si la ejecución del acto o acuerdo implica la aprobación del correspondiente acuerdo por la junta general de la sociedad *target*²⁶ (por ejemplo, la ejecución de planes estratégicos, operaciones aprobadas mediante lo dispuesto en los artículos 160.f) o 511.1.Bis LSC, etc.), difícilmente podrá argumentarse que existe un quebranto del deber de lealtad, siempre que se haya informado adecuadamente a los socios, ya que, *de facto*, se habrá concedido la dispensa prevista en el artículo 230 LSC (cumpliendo lo previsto en el artículo 190 LSC y la sentencia del Tribunal Supremo 68/2017 de 2 de febrero y, asimismo, sin perjuicio de lo referido más adelante respecto el artículo 204.1 LSC); y
- (ii) salvo para el caso del reparto de cargos estratégicos en seno del propio órgano de administración, difícilmente podrá ser de aplicación la excepción al deber de abstención prevista en el artículo 228.c) *in fine*²⁷ LSC. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que sí sea de aplicación dicha excepción también aplicará en su caso lo previsto en el artículo 226 LSC, para los supuestos en los que el administrador actúe de acuerdo con un interés personal (que no se entenderán incluidos dentro del ámbito de su discrecionalidad empresarial).

26 Nótese que, sin embargo, en ningún caso tendría sentido considerar como aprobados por la junta general: la ejecución por administradores de operaciones de autocartera pre-autorizadas por la junta general, ni el reparto de cantidades a cuenta dividendos acordado por los administradores u operaciones no autorizadas ex 160.f) o 511.1.bis LSC.

27 El artículo 228.c) *in fine* LSC establece que se excluirán de la obligación de abstención los acuerdos o decisiones de los administradores "que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado".

28 Nótese que nos referimos a casos en los que no se darán los presupuestos del artículo 49 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

III. Procesos de Des/Integración: obligaciones procedimentales y des/integración de Sociedades Vinculadas

Los Procesos de Des/Integración son *per se* procesos complejos que requieren la participación de las juntas generales de socios de las sociedades participantes en dichos procesos y, además, de sus órganos de administración²⁸.

Por tanto, tiene sentido analizar el papel de los administradores de la *target* que participan en el proceso, en la medida que nos referimos a Procesos de Des/Integración en los que, al menos, uno de sus socios tiene la condición de socio en ambas sociedades y/o es administrador de alguna de estas o está vinculado con uno o a varios de sus administradores.

Además, es especialmente relevante analizar cómo debe gestionarse el cumplimiento del deber de lealtad del administrador de la sociedad *target* que participa en Procesos de Des/Integración con Sociedades Vinculadas con dicho

administrador, en la medida que existan socios externos (en su caso, minoritarios) que no tengan relación alguna con estas Sociedades Vinculadas con dicho administrador (“**Socios Externos**”).

Dicha intervención de los administradores de la *target* puede darse tanto (i) durante la fase preliminar de prospección y exploración de la potencial operación, como (ii) en la fase de recopilación y suministro de información a los socios, así como (iii) durante la fase de elaboración de los proyectos e informes previstos en la Ley de Modificaciones Estructurales.

Durante la fase preliminar de prospección y exploración de la potencial operación, si bien no está claro en qué medida los administradores están actuando dentro de sus atribuciones orgánicas, puede decirse que existe cierta tendencia de los administradores de la *target* designados por la Sociedad Vinculada (en los casos en los que existen Socios Externos) de abstenerse de participar, al menos formalmente, en esta fase. Hay que tener en cuenta que, si bien la informalidad de esta fase hace que no haya actos o contratos susceptibles de ser objeto de una Acción Tendente a la Anulación (tal y como se define en la sección V posterior), la actuación negligente o dolosa de los administradores seguirá conllevando el resarcimiento de cualquier daño causado y la retrocesión de cualquier enriquecimiento injusto.

Asimismo, cabe señalar que durante la fase de recopilación y suministro de información a socios aplicará a los administradores, simplemente, el deber general de informar diligentemente a los socios junto con las limitaciones generales relativas al suministro de dicha información²⁹.

Por otro lado, respecto a la elaboración y aprobación de proyectos e informes, hay que decir que, si bien de entrada podría parecer que en virtud del “principio de especialidad” las disposiciones de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (“**LME**”) (relativas específicamente a modificaciones estructurales) podrían considerarse especiales sobre las de la LSC (relativas al deber de lealtad) de forma análoga a lo referido anteriormente respecto al RD de opas, es razonable pensar que esta interpretación podría considerarse discutible en este contexto dado que la LME no cuenta con mecanismos específicos que protejan a los Socios Externos de prácticas extractivas (mediante mecanismos para gestionar potenciales conflictos de interés)³⁰. Es por ello que puede extrapolarse un patrón (al menos, en sociedades cotizadas) de los administradores cuyo *dominus* participa en la operación de abstenerse de participar en la elaboración y aprobación de proyectos e informes³¹.

Finalmente, cabe señalar que, en la medida en que en los Procesos de Des/Integración participe la junta general de la sociedad *target*, es razonable pensar que, en línea con lo expuesto en el apartado II.2.3(i) anterior, dicha aprobación por la junta general (en la medida que se cumpla lo previsto en el artículo 190 LSC y la sentencia del Tribunal Supremo 68/2017 de 2 de febrero referida anteriormente, y siempre que no caiga dentro del supuesto previsto en el artículo 204.1 LSC –al

29 En este sentido, respecto al suministro de información a un socio, por un lado, se ha venido entendiendo que el derecho del socio a transmitir su participación (o más bien, a que haya límites a las restricciones a dicha transmisión) no puede interpretarse de forma que su interés particular (en vender su participación) prevalezca sobre el interés social de la sociedad.

Asimismo, por otro lado, se ha venido entendiendo que la información a la que pueden acceder los socios es limitada y se trata de aquella vinculada a la adopción de acuerdos vinculados a la junta general y que, a su vez, el trato diferenciado debe ser (i) congruente con el interés social, (ii) idóneo para el objetivo que se persigue, (iii) necesario para su objeto y (iv) proporcionado.

30 Nótese que, de hecho, salvo que en el Proceso de Des/Integración participen sociedades anónimas, no participará ningún experto independiente por lo que, en cualquier caso, será razonable contar con las correspondientes “*fairness opinion*” o informes de expertos que justifiquen la operación. Además, hay que tener en cuenta que el referido experto independiente no tiene por qué pronunciarse sobre las materias sobre las que recae el potencial conflicto de interés.

31 Por ejemplo, en la fusión entre Banco Santander, S.A. y Banco Español de Crédito, S.A., en la fusión entre Dinamía Capital Privado, S.C.R., S.A. y N Más Uno IBG, S.A. o en la fusión entre Papeles y Cartones de Europa, S.A. y Harpaplus, S.L.

que nos referimos en el apartado V.3 posterior—) podría considerarse como un mecanismo que ayude a mitigar el riesgo de que se considere que existe un potencial incumplimiento del deber de lealtad. A su vez, en relación con el socio en situación de conflicto de interés en la Operación de Des/Integración, le corresponderá, en principio, asumir la carga de la prueba de la conformidad con el interés social (si su voto fue decisivo para la adopción del acuerdo) por lo que podría ser recomendable utilizar mecanismos que ayuden a demostrar dicha conformidad (en este sentido, véase lo previsto en el apartado V posterior).

IV. Impacto en los contratos

Sin perjuicio del impacto que la trasposición de la Directiva 2017/828 (relativa a la implicación a largo plazo de accionistas de sociedades cotizadas) pueda tener en las operaciones entre partes vinculadas³², es pertinente analizar desde la perspectiva del deber de lealtad de los administradores de la sociedad *target* el impacto en los contratos.

Es decir, en otras palabras, en qué medida puede afectar el cumplimiento del deber de lealtad de los administradores de la sociedad *target* a la suscripción, modificación o extinción (previa, simultánea o posteriormente a la Operación de Des/Integración) de los acuerdos intragrupo (suscritos por un socio de la sociedad *target* y la propia sociedad *target*) en aquellos casos en los que la sociedad *target* cuenta con Socios Externos.

Es razonable entender que aplica en este escenario en las sociedades cotizadas, al menos, a los consejeros dominicales o administradores vinculados (con cuyo *dominus* la sociedad *target* suscribirá o ha suscrito el contrato) los llamados conflictos por cuenta ajena, es decir, el conflicto que afecta al administrador por la extensión a este del conflicto de intereses entre su *dominus* y la sociedad *target*³³.

Por tanto, si bien por un lado la extensión del conflicto de su *dominus* no implicará la existencia de un conflicto de interés estructural de los administradores vinculados a este que les inhabilite de forma permanente, por otro lado, existirá un conflicto por cuenta ajena (por cuenta de su *dominus*, salvo que sean empleados, directivos o administradores del socio, en cuyo caso, el conflicto le afectaría directamente) que no les permitirá participar en la negociación, suscripción o modificación (por cuenta de la sociedad *target*) de contratos entre la sociedad *target* y su *dominus*.

V. Consecuencias de la infracción del deber de lealtad

En los apartados anteriores se han analizado los escenarios dentro del contexto de operaciones de M&A en los que debe prestarse atención al deber de lealtad de los administradores de la *target* (Procesos de Transmisión, Procesos de Des/Integración e Impacto en los Contratos) y, asimismo, se han esbozado los casos

32 En este sentido, véase el Proyecto de Ley por la que se modifica la LSC y otras normas financieras para adaptarlas dicha directiva o, entre otros, los informes emitidos por la Asociación Española de Banca o la Asociación de Emisores.

33 En línea con el artículo 228.e (que reconoce el conflicto por cuenta ajena), el artículo 529.ter.h) (que reconoce el conflicto por extensión de los intereses del *dominus*) o la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2005 (respecto a la revocación del nombramiento de consejeros dominicales por existir un conflicto de su *dominus* que les contamina).

en que puede existir un potencial quebranto de este deber de lealtad por parte de tales administradores.

Sin embargo, una aproximación práctica al deber de lealtad de los administradores de la *target* en los procesos de M&A requiere, de forma ineludible, analizar también cuáles son las consecuencias del quebranto de tal deber por estos administradores.

Ello es especialmente relevante porque los procesos de M&A son procesos *per se* especialmente complejos y con un enorme impacto en terceros y:

- (i) Tal y como se indica más adelante, el respeto o quebranto del deber de lealtad de los administradores de la *target* puede ser relevante al analizar la aplicación / no aplicación de la “*business judgement rule*” a la actuación de los administradores de la *target*.
- (ii) El artículo 232 LSC prevé que la infracción del deber de lealtad por los administradores de la *target* podrá (i) conllevar las tradicionales acciones de responsabilidad societaria y extrasocietaria³⁴ (previstas en el artículo 236 LSC) si han actuado con dolo o culpa³⁵, destinadas a resarcir el potencial daño causado o el potencial enriquecimiento injusto y, además, (ii) también podrá conllevar acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de actos y contratos (las “**Acciones Tendentes a la Anulación**”).
- (iii) En la medida en que pueda existir un acuerdo societario vinculado al correspondiente proceso de M&A, este puede ser susceptible de ser impugnado por medio del mecanismo previsto en el artículo 204.1 LSC.

1. “*Business judgement rule*” e infracción del deber de lealtad

El régimen de responsabilidad de los administradores por su actuación dolosa o culposa o negligente está matizado por el artículo 226 LSC, el cual introduce una presunción de diligencia de los administradores (la “*business judgement rule*”).

Esta presunción se materializa en la regla según la cual los jueces no revisarán materialmente y presumirán como diligentes las decisiones estratégicas y de negocio tomadas por los administradores mientras estos: (i) se hayan informado convenientemente antes de tomar la decisión, (ii) la actuación no sea ilegal o contraria a los estatutos y (iii) no tengan un interés propio en la materia contradictorio con el de la sociedad.

Por tanto, puede concluirse razonablemente que ante la mera existencia de un potencial conflicto de intereses del administrador de la *target* (por ejemplo, ante la solicitud de información de un potencial comprador de una participación con el que esté vinculado o ante alguno de los casos grises referidos en el apartado

34 Nótese que los presupuestos de responsabilidad de administradores por cualesquiera acciones no previstas en la LSC (acciones extra-societarias), son equivalentes a los aquí previstos (salvo respecto la responsabilidad objetiva por no convocar la junta general que decida sobre la disolución de la sociedad y, en su caso, la responsabilidad concursal en caso de declararse el concurso culpable).

35 El artículo 236 LSC establece que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, por (i) el daño que causen, por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando (ii) haya intervenido dolo o culpa.

II.2.3 anterior), podrá seguir beneficiándose de la “*business judgement rule*” en sus decisiones estratégicas y de negocio en la medida que, además de haberse informado adecuadamente y no cometer ningún acto ilegal o contrario a estatutos, haya respetado las obligaciones procedimentales derivadas del deber de lealtad (esto es, el deber de abstención en caso de conflicto de intereses –sin perjuicio del procedimiento del artículo 190 LSC y lo previsto en la Sentencia del Tribunal Supremo 68/2017, sin infringir lo previsto en el artículo 204.1 LSC–, junto con el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés).

Por otro lado, también puede concluirse que, según la regla prevista en el artículo 226 LSC, los administradores de la *target* perderán el beneficio de la “*business judgement rule*” respecto de sus decisiones estratégicas y de negocio si, entre otros, tienen un interés propio, lo cual muy probablemente ocurrirá si incumplen las obligaciones finalistas (entre otras, “no ejercitar sus facultades para fines distintos de aquellos para los que han sido concedidas”).

En consecuencia, a modo de síntesis, es razonable pensar que:

- (i) en la medida que el cumplimiento de las obligaciones procedimentales neutraliza en buena medida el incumplimiento de las obligaciones finalistas y, a su vez, si el administrador de la *target* cumple con las obligaciones finalistas difícilmente podrá demostrarse que ha actuado en interés propio; y que
- (ii) cumpliendo con las obligaciones procedimentales y, a su vez, con las obligaciones finalistas, difícilmente podrá cuestionarse que el administrador de la *target* pueda seguir beneficiándose de la aplicación de la “*business judgement rule*” (y que, por tanto, se presuma que ha actuado diligentemente) en sus decisiones estratégicas y de negocio (por ejemplo, el suministro de información a un potencial adquirente o algunos de los casos grises referidos en el apartado II.2.3 anterior).

36 En otras palabras, si una Acción Tendente a la Anulación ya tiene *per se* un impacto obvio en la seguridad jurídica del tráfico mercantil, este riesgo se ve incrementado exponencialmente si este tipo de acciones están previstas para el quebranto de una norma (el deber de lealtad) que el legislador ha optado deliberadamente por construir mediante cláusulas generales (para superar la visión mecanicista del derecho de sociedades para evitar el *tunneling*).

37 Por ejemplo, Vicenç Ribas Ferrer en “*Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital*”, Revista de Derecho de Sociedades núm.38/2012 1, establece que la doctrina “en general está de acuerdo en la dificultad existente para afirmar con seguridad la sanción de la auto-contratación no permitida”.

2. Acciones Tendentes a la Anulación

Además de las acciones de responsabilidad derivadas de la actuación culposa o dolosa del administrador, el artículo 232 LSC incluye las Acciones Tendentes a la Anulación las cuales, obviamente, incrementan la inseguridad jurídica que ya de por sí rodea al deber de lealtad³⁶.

En este sentido, por ejemplo, la doctrina generalmente reconoce la dificultad de afirmar con seguridad las consecuencias derivadas de la infracción del deber de lealtad y si, a tal efecto, le corresponden las consecuencias previstas para la auto-contratación³⁷.

En este sentido, existe cierto consenso en virtud del cual no debe interpretarse el artículo 232 LSC de forma que la infracción del deber de lealtad conlleve automáticamente la nulidad absoluta del negocio en cuestión sino más bien su nulidad relativa o su ineficacia relativa (entendiendo que estas deben ser instadas de parte y pueden ser subsanadas) y que, por otro lado, en ningún caso un supuesto de autocontratación / infracción del deber de lealtad por parte de un administrador puede afectar a terceros de buena fe y/o que no hayan actuado con culpa grave³⁸.

Por tanto, en consecuencia:

- (i) En los Procesos de Transmisión en los que exista un administrador de la *target* cuyo *dominus* sea el socio que pretende transmitir su participación pero, por otro lado, el adquirente no sea una sociedad vinculada al socio vendedor o al administrador de la *target*, no podrá considerarse de forma automática que dicho tercer potencial adquirente de la participación en la *target* perderá la consideración de tercero de buena fe, salvo que conozca o deba haber conocido (por existir indicios razonables) el quebranto del deber de lealtad.

Por tanto, en tales casos, difícilmente podrá derivarse de la infracción del deber de lealtad de los administradores de la *target* la nulidad, ineficacia o retrocesión de la operación. Ello sin perjuicio de las correspondientes acciones de responsabilidad de administradores y la eventual impugnación de potenciales acuerdos societarios instrumentales de la operación en virtud de lo previsto en el artículo 204.1 LSC (nótese que, a pesar de no retrocederse la operación, podría abrirse la puerta a que los socios de la sociedad *target* deban resarcir los correspondientes daños, a resultas de haberse dejado sin efectos el acuerdo impugnado a resultas del éxito de la acción instada en virtud del artículo 204.1 LSC).

- (ii) En los Procesos de Des/Integración y/o los Procesos de Transmisión en los que el adquirente esté vinculado con el socio transmitente o el administrador de la *target* (y, en ambos casos, en cuanto al Impacto de los Contratos), difícilmente ninguno de los intervinientes en la operación podrá tener la consideración de tercero de buena fe.

Por tanto, en tales casos la infracción del deber de lealtad de los administradores de la *target* podrá razonablemente implicar la nulidad, ineficacia o retrocesión de la operación. Todo ello sin perjuicio de que, en cuanto a los Procesos de Des/Integración (y, en su caso, Procesos de Transmisión), además de las Acciones Tendentes a la Anulación pueda ser de aplicación lo previsto en el artículo 204.1 LSC –al que nos referimos en el apartado V.3 posterior–.

38 De otro modo, se estaría haciendo una interpretación de una norma que al fin y al cabo regula relaciones privadas internas (esto es, relaciones privadas de la sociedad, sus administradores y sus socios) concediéndole primacía sobre la regla del derecho civil en virtud de la cual las relaciones privadas no pueden perjudicar a terceros (i.e. el principio de relatividad de los contratos cuyas, a saber, únicas excepciones aplicables al caso encajan con escenarios en los que el tercero no gozaría de la condición de tener buena fe o no haber actuado con culpa grave).

Buena parte de la doctrina concibe la infracción del deber de lealtad como un supuesto de autocontratación, cuyo tratamiento ha venido canalizándose mediante la nulidad relativa o su ineficacia relativa (esto es, que deben ser instadas de parte y pueden ser subsanadas) que, además, no afecta a terceros de buena fe.

Nótese, por otro lado, que igualmente desde la perspectiva de la extralimitación de facultades del administrador, se llegaría a una conclusión similar sobre la base de que el artículo 234 de la LSC establece expresamente que los terceros de buena fe y que no actúen con culpa grave, quedarán protegidos (aun cuando se desprenda de los estatutos sociales que el negocio jurídico relevante no está comprendido en el objeto social).

Dicho artículo 234 de la LSC traspone la Directiva 2009/101, la cual establece en su Exposición de Motivos que uno de sus objetivos esenciales es el de conseguir la protección de terceros, que “deberá quedar garantizada por disposiciones que limiten, todo lo posible, las casusas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de la sociedad”.

Nótese asimismo que, en caso de que se concedieran las correspondientes medidas cautelares en relación con el potencial quebranto del deber de lealtad, difícilmente ningún tercero podrá ser considerado como tercero de buena fe. Véase a tal efecto, la nota número 39.

3. Impugnación de acuerdos sociales en virtud del artículo 204.1 LSC

Finalmente, es pertinente recordar en relación con los procesos de M&A, que el artículo 204.1 LSC establece que serán impugnables, entre otros, los acuerdos sociales que “lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”, entendiéndose que dicha lesión también ocurre cuando el acuerdo en cuestión “aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría” y, asimismo, entendiéndose que ocurre dicha imposición del acuerdo cuando “sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado del de los demás socios”.

Es obvio el impacto que tendrá en los Procesos de Des/Integración (que, en buena medida, se ejecutan mediante acuerdos societarios) tanto la concesión de las correspondientes medidas cautelares³⁹, como el éxito de la acción de impugnación prevista en el artículo 204.1 LSC respecto los acuerdos sociales que se adopten en el contexto de dichos procesos.

Además, por otro lado, en los Procesos de Transmisión en los que participe un tercero de buena fe (en los que, por tanto, en caso de quebranto del deber de lealtad del administrador de la *target* difícilmente podrá retrotraerse los efectos de la operación), en su caso, si prosperara la impugnación de acuerdos societarios instrumentales de la operación en virtud de lo previsto en el artículo 204.1 LSC, junto con las correspondientes acciones de responsabilidad de administradores, se abriría la puerta a que los socios de la sociedad *target* pudieran tener que resarcir los daños que resulten de que haya prosperado dicha impugnación del correspondiente acuerdo societario.

Por tanto, tanto en Procesos de Des/Integración como en Procesos de Transmisión, la razonabilidad del voto del socio mayoritario y su justificación desde el punto de vista del interés social (esto es, el tratamiento del conflicto previsto en el artículo 190.3 LSC –teniendo en cuenta de acuerdo con el criterio previsto en la Sentencia del Tribunal Supremo 68/2017–⁴⁰), será fundamental para evitar o reducir el riesgo de que prospere una potencial acción del artículo 204.1 LSC.

Nótese además que, (i) en el supuesto previsto en el artículo 190.3 LSC, se prevé la inversión de la carga de la prueba (que recaerá en la sociedad o al socio afectado por el conflicto) de la conformidad del acuerdo con el interés social y que, por tanto, (ii) difícilmente podrá justificarse la razonabilidad del acuerdo de dispensa del conflicto a la luz de lo previsto en el artículo 204.1 LSC si, a su vez, la sociedad / socio afectado por el conflicto no son capaces de vencer la carga de la prueba impuesta por el artículo 190.3 LSC.

39 Véase, a tal efecto, el Auto 461/2019 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid (absorción por fusión de Mediaset España Comunicación, S.A. por la sociedad holandesa MFE).

40 A tal efecto, véase por ejemplo lo previsto en el apartado I.2.2 o el último párrafo del apartado III.

VI. Consideraciones finales

La actual regulación del deber de lealtad en la LSC ha recurrido a cláusulas generales de imperatividad flexible en contraste con la regulación tradicional del derecho de sociedades, que se ha considerado insuficiente para evitar el *tunneling*. Sin embargo, esta técnica legislativa puede generar inseguridad jurídica.

Este efecto del tratamiento de las situaciones de conflicto de interés es especialmente relevante en los procesos de M&A porque (i) son procesos *per se* complejos y con un enorme impacto en terceros y, asimismo, (ii) la actual regulación del deber de lealtad en la LSC, además de las tradicionales acciones de resarcimiento de daños / retrocesión del enriquecimiento injusto, incluye las Acciones Tendentes a la Anulación y, además, también puede resultar de aplicación a este tipo de procesos la acción de impugnación prevista en el artículo 204.1 LSC.

Por tanto, la adecuada gestión del deber de lealtad de los administradores de la sociedad *target* y de la situación de conflicto de interés de los socios (de forma que se eviten prácticas de *tunneling*) se ha convertido en un requisito imprescindible en los procesos de M&A complejos.

Cláusulas arbitrales patológicas: soluciones

Félix J. Montero Muriel

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

Clàudia Valdés Tomàs

Asociada de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

I. La cláusula patológica como obstáculo del procedimiento arbitral	58
II. Errores más comunes en la redacción de las cláusulas arbitrales. Cláusulas patológicas típicas	58
1. Las cláusulas inciertas	59
2. Las cláusulas inoperantes	59
3. Las cláusulas híbridas	60
III. Guía de soluciones para cláusulas patológicas	61
1. ¿Cuál es la ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales?	61
1.1. La ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales en un arbitraje nacional	62
1.2. La ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales en un arbitraje internacional	63
2. ¿Quién es competente para interpretar una cláusula patológica?	64
2.1. La competencia del árbitro para determinar la validez de la cláusula arbitral: <i>Kompetenz – Kompetenz</i>	64
2.2. Competencia de Cortes Arbitrales para hacer examen <i>prima facie</i> de la validez de la cláusula arbitral: ejemplos de CCI y CAM	66
2.3. Competencia de los Tribunales españoles: la declinatoria jurisdiccional	66
IV. Cláusula arbitral patológica en sede de anulación	68
V. Cláusula arbitral patológica en sede de ejecución. Convenio de Nueva York	69
VI. La jurisprudencia reciente de los Tribunales españoles relativa a cláusulas arbitrales patológicas	69
1. Las cláusulas inciertas	69
2. Las cláusulas inoperantes	70
3. Las cláusulas híbridas	72
VII. Conclusión	73

Índice /



Resumen: En el presente artículo analizaremos las principales problemáticas jurídicas que presentan las cláusulas arbitrales patológicas, presentando así potenciales soluciones prácticas para defender la validez de dichas cláusulas en distintos contextos, tanto desde una perspectiva nacional como internacional. Este trabajo pretende ofrecer una visión de las principales cuestiones a tener en cuenta al redactar cláusulas arbitrales, incidiendo en la importancia de establecer de forma clara e inequívoca la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Abstract: This article provides an analysis of the legal obstacles that pathological arbitration clauses present, offering potential practical solutions in order to defend the validity of such clauses in different contexts, both from a national and an international perspective. It also provides an overview of the main issues to take into account when drafting arbitration clauses, stressing the importance of establishing the parties' wish to submit to arbitration in a clear and unambiguous way.



Palabras clave: Arbitraje, cláusula arbitral, cláusula patológica, autonomía de la voluntad, ley aplicable, jurisdicción, *Kompetenz – Kompetenz*, interpretación.

Keywords: Arbitration, arbitration clause, pathological clause, party autonomy, applicable law, jurisdiction, *Kompetenz – Kompetenz*, interpretation.

Cláusulas arbitrales patológicas: soluciones

I. La cláusula patológica como obstáculo del procedimiento arbitral

El arbitraje es una opción más ágil y flexible para unas disputas determinadas. Es un mecanismo de resolución de disputas alternativo a la jurisdicción de los tribunales nacionales y es esencialmente consensual.

Es decir, el acceso al arbitraje requiere el consentimiento de ambas partes, y aunque este puede manifestarse con posterioridad al nacimiento de la disputa, en la práctica, tener una cláusula que establezca la obligación de las partes de someter su litigio a arbitraje es clave.

Sin embargo, cuando las partes redactan los contratos que regirán su relación contractual no siempre prestan atención suficiente a la cláusula que será determinante en el momento en que surja una disputa: la cláusula de resolución de conflictos.

La falta de atención en la redacción de una cláusula arbitral puede llegar a tener consecuencias realmente perjudiciales para el procedimiento arbitral. Por ello, este artículo tiene un doble objetivo: (i) comprender la importancia de ser minuciosos en la redacción de las cláusulas arbitrales; y (ii) presentar mecanismos eficaces para sortear las complicaciones más comunes derivadas de cláusulas arbitrales patológicas.

II. Errores más comunes en la redacción de las cláusulas arbitrales. Cláusulas patológicas típicas

El artículo 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (“**LA**”) indica los requisitos de forma y contenido de la cláusula arbitral¹. De este precepto deriva la necesidad de que en dicha cláusula se exprese la voluntad de las partes a someter a arbitraje la controversia en cuestión.

Cuando la redacción deficiente de la cláusula no permita deducir la voluntad de las partes con claridad, tanto de someterse a arbitraje, como de determinar a qué tipo de arbitraje se han querido someter, estaremos ante una cláusula patológica.

En este sentido, según el Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional², las cláusulas arbitrales patológicas son definidas como aquellos “convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables”³. A continuación, nos referiremos a las cláusulas patológicas más típicas.

1 Es necesario que el Convenio Arbitral: (i) exprese la voluntad de las partes de someter determinadas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas a la decisión de uno o varios árbitros; y (ii) conste por escrito.

2 Palestra Editores S.A.C., COLLANTES GONZÁLEZ, J.L., (dir.) 2011 “Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)”.

3 La primera vez en la que se utilizó este término fue en 1974 por el Secretario General Honorario de la Cámara de Comercio Internacional, ver en este sentido ESTÉVEZ SANZ, M., MUÑOZ ROJO, R., “Validez y eficacia del convenio arbitral”, en CIAR Global, 2017, pág. 12. Las cláusulas patológicas también han sido definidas, en los siguientes términos: “Se puede decir que un convenio arbitral es patológico cuando a pesar de ser válido no es completamente definitorio de la voluntad de las partes, o lo que es lo mismo es válido e ineficaz, y por tanto deviene inoperante.” en CREMADES, B., “Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral”, en Tratado de Derecho Arbitral, dir. por SOTO COAGUILA, C.A., Bogotá, pág. 672.

1. Las cláusulas inciertas

Las cláusulas inciertas son aquellas que presentan un elemento de incertidumbre al haberse redactado en términos vagos o imprecisos.

Las cláusulas inciertas más comunes suelen presentar:

- (i) un contenido excesivamente reducido, como, por ejemplo⁴:

“Arbitraje- todas las controversias se resolverán amistosamente”.

- (ii) un contenido excesivamente extenso, como, por ejemplo:

“Las dudas o dificultades que se susciten entre las partes con motivo de la interpretación del presente contrato o de otros compatibles con él, así como la determinación de la procedencia y monto de las indemnizaciones a que su incumplimiento diere lugar, **serán resueltas cada vez por un árbitro arbitrador o amigable componedor**, sin forma de juicio, en contra de cuyas resoluciones no procederá recurso alguno. El árbitro será designado conforme al **Reglamento del Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Valencia** que formando parte integrante de esta cláusula **las partes declaran conocer y aceptar**”.
(énfasis añadido)

Respecto a la cláusula excesivamente sucinta, aunque menciona el término “arbitraje”, la redacción de la misma no permite entender que las partes someten sus controversias claramente a arbitraje. Y, aunque se dedujera la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, no se puede saber a qué tipo de arbitraje se someten.

Por el contrario, la cláusula excesivamente extensa presenta una multiplicidad de elementos contradictorios. Aunque en este caso el ámbito material del arbitraje queda mejor definido, la mención a un “árbitro, arbitrador o amigable componedor” es incierta sobre la obligatoriedad y exclusividad del arbitraje. Es más, la elección del árbitro se somete a las normas de un reglamento inexistente, lo cual presenta no solo un elemento de incertidumbre sino también de inoperatividad, como analizaremos en el siguiente apartado.

2. Las cláusulas inoperantes

Las cláusulas arbitrales inoperantes son aquellas cuya ejecución no es posible llevar a cabo, ya sea por remitirse a normas o reglamentos inexistentes o por incluir requisitos excesivos o demasiado concretos para el nombramiento del árbitro, que impiden encontrar al candidato en el momento en que surja la disputa.

4 Otros ejemplos, son: “En caso de cualquier disputa sin resolver, el asunto será remitido a la Cámara de Comercio” o “Las partes se someten a la Corte Arbitral de Madrid para resolver aquellas controversias derivadas de la interpretación del contrato”.

A modo de ejemplo:

“El árbitro será un abogado italiano anglo-parlante, con licenciatura en ingeniería bioquímica y familiarizado con los contratos de suministro de medicamentos a Angola”.

Otro ejemplo sería⁵:

“Para cualquier conflicto que surgiera entre las partes en relación a este contrato, las partes se someten al arbitraje del Presidente de la Cámara de Comercio de Girona”.

El principal inconveniente de estas cláusulas es la dificultad de llevar a cabo su ejecución. Así, la cláusula que menciona el “Reglamento de Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Valencia”, es inoperante pues es imposible someter el nombramiento del árbitro a un reglamento que es inexistente.

Sobre las cláusulas expuestas en las que se imponen requisitos específicos en cuanto a las aptitudes e identidad del árbitro designado, la operatividad de las mismas estará claramente limitada, pues, de no estar disponibles candidatos susceptibles de cumplir con dichos requisitos en el momento del nacimiento del arbitraje, el mismo no se podrá realizar o, al menos, cumplir la voluntad de las partes.

3. Las cláusulas híbridas

Las cláusulas arbitrales híbridas (denominadas también *cláusulas mixtas*) hacen referencia a una tipología de cláusula que no excluye la sumisión a los tribunales nacionales. Las más habituales son las que ofrecen la posibilidad de escoger entre someter la disputa en cuestión a arbitraje o a los tribunales nacionales⁶. Las cláusulas que prevén la sumisión alternativa a distintos tribunales, también entrarían en esta categoría⁷.

Desde un punto de vista teórico, cabe distinguir dos tipos de cláusulas: (i) cláusulas simétricas: aquellas que dejan a elección del demandante la opción de elegir entre arbitraje o jurisdicción, o entre las diferentes jurisdicciones designadas en la cláusula; y (ii) cláusulas asimétricas: las que dejan en manos de una sola parte la opción de escoger entre arbitraje y/o jurisdicción o distintas jurisdicciones⁸.

A modo de ejemplo⁹:

“Las partes acuerdan someter a la Corte de Arbitraje de Madrid y a los Tribunales de Justicia la resolución de todas las controversias y discrepancias que se susciten en este contrato”.

5 Destacamos también como ejemplos: “Las partes acuerdan someter toda controversia o reclamación relacionada con la interpretación, incumplimiento, terminación o validez de estos acuerdos al arbitraje de la Corte de Arbitraje de Granollers” o “Las controversias serán sometidas a arbitraje ante árbitros designados por el Tribunal Arbitral de Barcelona, de acuerdo con el procedimiento de arbitraje establecido en el Código de Arbitraje de Bielorrusia y el Código de Arbitraje de Indonesia, con la debida consideración por la ley del lugar del arbitraje, que será Madagascar”.

6 LÓPEZ DE ARGUMEDO, Á., BALMASEDA C., “The disputed validity of hybrid and asymmetric clauses in Europe: a review of the decision of the High court of appeal of Madrid of 18 October 2013”, en *Spain Arbitration Review*, 2014, nº 19, pág. 1.

7 GÓMEZ JENE, M., “El convenio arbitral: statu quo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº. 2, 2017, pág. 25.

8 *Ibid.*, págs. 25-26.

9 Destacamos también como ejemplo: “Las partes acuerdan someter al Tribunal Arbitral de Barcelona y a los Tribunales de Justicia la resolución de todas las controversias que se susciten en este contrato”. someter al Tribunal Arbitral de Barcelona y a los Tribunales de Justicia la resolución de todas las controversias que se susciten en este contrato”.

El gran inconveniente que presenta la redacción de cláusulas arbitrales híbridas o mixtas, es la falta de claridad en cuanto a la sumisión de las partes a arbitraje o a los tribunales nacionales. Precisamente, uno de los caracteres del arbitraje como medio de resolución de conflictos alternativo al judicial, es la renuncia de las partes a este último. Por tanto, el que una determinada cláusula arbitral contemple ambas opciones en el caso de surgir una disputa, resulta contradictorio, no existiendo una voluntad clara de acudir a una u otra vía.

Sin embargo, conviene puntualizar que no todas las cláusulas híbridas son patológicas. Es decir, la cláusula patológica como tal surge en función de circunstancias muy diversas, siendo una de ellas la falta de voluntad clara de las partes de someterse a arbitraje¹⁰. Por tanto, solo aquellas cláusulas en las que no se pueda deducir una voluntad clara de las partes serán cláusulas híbridas patológicas¹¹.

III. Guía de soluciones para cláusulas patológicas

En primer lugar, y con carácter previo al análisis técnico sobre la interpretación de las cláusulas arbitrales patológicas, es necesario recomendar que los encargados de redactar contratos presten una minuciosa atención a la redacción de la cláusula de resolución de disputas.

Para ello, si la elección es arbitraje, por ejemplo, es recomendable acudir a las instrucciones comprendidas en las Directrices de la International Bar Association para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional ("**Directrices IBA**")¹².

Las Directrices IBA presentan consejos para la redacción de cláusulas arbitrales claras que se adapten a las necesidades de las partes, incluyendo también una cláusula modelo de arbitraje *ad hoc* y remitiendo a cláusulas modelo de distintas instituciones arbitrales.

No obstante, a veces es inevitable que existan cláusulas oscuras que requieren interpretación. Si estamos en esta situación, las dos primeras cuestiones que se han de plantear, son: (1) la ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales y (2) los órganos competentes para interpretar dichas cláusulas al inicio de la disputa.

1. ¿Cuál es la ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales?

Cuando el órgano competente para decidir sobre la validez del convenio arbitral deba interpretarlo, tendrá que analizar, en primer lugar, las leyes y reglas aplicables a dicha interpretación.

Las leyes aplicables para la interpretación del convenio arbitral podrán variar dependiendo de si se trata de un arbitraje nacional o internacional. En todo caso, el marco normativo primigenio de determinación de la ley de arbitraje aplicable

10 FERNÁNDEZ ROZAS. J.C., "Rechazo de formalización judicial por la presencia de una cláusula imprecisa entre arbitraje y otros MASC en el sector de la automoción", en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, nº. 2, 2014, pág. 513.

11 *Ibid.*

12 Ver en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf

viene determinado por la sede del arbitraje. Este es un patrón común a la mayoría de las leyes de arbitraje modernas y que en el caso español está regulada en la LA, en su artículo 1.1.

1.1. La ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales en un arbitraje nacional de conformidad con la LA

Estaremos ante un arbitraje nacional o interno¹³, cuando todos los elementos del arbitraje se encuentran en España: las partes son españolas, la ley aplicable al arbitraje es la ley española, la sede del arbitraje es España y la relación jurídica de la que dimana la controversia afecta al mercado español.

La aplicación de la ley para interpretar la validez de la cláusula arbitral en un arbitraje nacional implica tener en cuenta: (i) desde un punto de vista procedimental, las reglas de validez formal del convenio arbitral recogidas en el artículo 9 LA; y (ii) desde una perspectiva material, las reglas aplicables a la validez e interpretación de un negocio contractual en España.

Así, la validez formal de la cláusula en España se regirá por los requisitos ya expuestos del artículo 9 LA¹⁴, que deberá ser integrado por las reglas contenidas en los reglamentos arbitrales correspondientes, en caso de que las partes se sometan a arbitraje institucional.

En segundo lugar, también se aplicarán las normas del Código Civil español en relación con la validez de la cláusula arbitral, siendo particularmente relevantes las disposiciones que regulan la expresión del consentimiento de las partes (artículos 1262 y siguientes del Código Civil)¹⁵. En cuanto a las reglas de interpretación aplicables a la cláusula arbitral, deberemos aplicar también los principios de interpretación de los contratos recogidos en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil.

En resumen, estos preceptos indican que para interpretar la cláusula deberemos tener en cuenta (i) la literalidad de la misma; y (ii) la intención evidente de las partes, ateniéndonos a sus actos coetáneos y posteriores a la redacción del contrato. Estos artículos también integran reglas de interpretación tales como: (iii) la interpretación en relación al efecto útil de la cláusula; (iv) la interpretación de la cláusula en el contexto global del contrato y en relación al objeto del mismo; y (v) la interpretación contra *proferentem*.

La aplicación jurisprudencial de dichos principios será tratada más adelante (ver apartado VI).

13 Ver artículo 3 LA.

14 Ver artículo 9.1 LA.

15 A modo de ejemplo, citamos las siguientes sentencias en las que se aplican las disposiciones del Código Civil para interpretar las cláusulas arbitrales y decidir sobre su validez: Sentencia núm. 6/2019 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 18 febrero 2019 (AC 2019, 729) del TSJ de Madrid; Sentencia núm. 28/2019 del TSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª) de 12 septiembre (JUR 2019, 296565) o la Sentencia núm. 16/2019 de 5 abril 2019 de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid (AC 2019, 736).

1.2. La ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales en un arbitraje internacional de conformidad con la LA

Estaremos ante un arbitraje internacional, siguiendo el tenor del artículo 3 LA, cuando alguno de los elementos del arbitraje se encuentre fuera de España: las partes sean extranjeras, la ley aplicable a la disputa sea una ley extranjera¹⁶, la sede del arbitraje se encuentre fuera de España o la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

La existencia de estos elementos extranjeros será un factor de complejidad en cuanto al análisis e interpretación de la cláusula arbitral. Así, tendremos que considerar una multiplicidad de leyes, potencialmente distintas, que jugarán un rol esencial respecto a la validez e interpretación de la cláusula arbitral.

La aplicación de la ley para interpretar la validez de la cláusula arbitral internacional implica tener en cuenta (i) desde un punto de vista procesal, las reglas de validez formal del convenio arbitral, la ley que rige el arbitraje y las reglas de la institución arbitral si procede y; (ii) desde una perspectiva material, tendrá un rol esencial la ley que rija el contrato.

A nivel procesal, serán relevantes la *lex arbitri* y, eventualmente, el reglamento institucional, elegidos por las partes para determinar la validez formal de la cláusula. La *lex arbitri* es la ley de la sede del arbitraje, que podrá o no coincidir con la ley elegida por las partes para regir el contrato.

A nivel material, será relevante la *lex contractus*, es decir, la ley que las partes hayan pactado en el contrato para resolver sus controversias. Es amplio el marco de la autonomía de la voluntad de las partes en este ámbito, y la casuística de contratos que podemos encontrarnos es diversa: algunos se remitirán a una ley nacional, otros a una ley nacional completada con principios del Derecho internacional, o, incluso, habrá contratos que se referirán únicamente a principios internacionalmente reconocidos en el comercio internacional o contratos que ni siquiera mencionarán la ley aplicable.

En este contexto es importante mencionar que, en general, la validez de la cláusula arbitral suele interpretarse a la luz de la ley elegida por las partes para regir el contrato¹⁷. Sin embargo, algunos tribunales arbitrales admiten la autonomía de la cláusula arbitral incluso respecto a la ley aplicable, dando un margen de discrecionalidad aún mayor a los árbitros para decidir sobre su validez. Este tipo de interpretaciones normalmente buscan la aplicación del principio *lex fori* de la validez de la cláusula.

En este sentido, es interesante mencionar el caso CCI núm. 5485/1987 en el que se ponía en cuestión la validez de un convenio arbitral sometido a la ley española como ley del contrato marco. En este caso, el Tribunal Arbitral decidió aplicar las reglas CCI y los principios y usos internacionales mercantiles para tomar su decisión¹⁸.

16 La ley aplicable a las disputas es la ley aplicable a la relación jurídica de fondo y que a su vez incluye la correspondiente cláusula de arbitraje. Esta ley aplicable puede ser, o bien establecida por las partes, o bien por las correspondientes normas de Derecho Internacional Privado, con la particularidad del sistema de fuentes operante en arbitraje internacional, que veremos más adelante.

17 B. BORN G., "Chapter 4: Choice of Law Governing International Arbitration Agreements" en *International Commercial Arbitration*, 2ª edición, 2014, pág. 476. Ver también, el Caso CCI No. 12913/MS "Capital India Power Mauritius I and Energy Enterprises (Mauritius) Company v. Maharashtra Power Development Corporation Limited, Maharashtra State Electricity Board and the State of Maharashtra".

18 BENTOLILA D., "Chapter 3: Arbitrators' Freedom in Arbitral Decision-Making", en *Arbitrators as Lawmakers, International Arbitration Law Library, Volume 43*, 2017, pág. 89.

Así, en ocasiones, los tribunales arbitrales recurrirán a principios generalmente reconocidos en el comercio internacional como son, por ejemplo, la *lex mercatoria*¹⁹ o los principios UNIDROIT²⁰.

Los principios UNIDROIT son una codificación de principios generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales a los cuales las partes pueden someterse explícitamente o pueden ser usados por el tribunal arbitral para interpretar o complementar el derecho nacional aplicable²¹. De hecho, estos principios regulan en su capítulo cuarto las reglas de interpretación, coincidiendo muchas de ellas, como veremos más adelante, con las mencionadas respecto al Código Civil español.

En este sentido, en el caso CCI núm. 19127 el árbitro único decidió aplicar la ley suiza (*lex arbitri*) y los principios UNIDROIT para determinar la validez del convenio arbitral en cuestión.

19 MUSTILL M., "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years", en *Revista Brasileira de Arbitragem*, [Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2017, volumen XIV, nº 54, pág. 206.

20 BENTOLILA D., "Chapter 3: Arbitrators' Freedom in Arbitral Decision-Making", en *Arbitrators as Lawmakers, International Arbitration Law Library*, volumen 43, 2017, pág. 96.

21 Ver el preámbulo de los Principios UNIDROIT. Ver también la Decisión Final CCI No. 19127 "*Joint venture Partner (France) vs. Joint venture partner (Denmark)*".

22 "Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia **Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.** A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral". (énfasis añadido).

2. ¿Quién es competente para interpretar una cláusula patológica?

En primer lugar, (a) el único competente para decidir sobre la validez de la cláusula es el tribunal arbitral según el principio *Kompetenz – Kompetenz* (artículo 22.1 LA); (b) en todo caso, hay supuestos en los que la institución administradora del arbitraje tiene asignada la competencia temporal mientras se constituye el tribunal arbitral para proceder a realizar un análisis preliminar de la validez de la cláusula; y, por último (c) existen supuestos en los que los órganos judiciales se pueden enfrentar a esta cuestión con carácter previo al inicio del arbitraje.

2.1. La competencia del árbitro para determinar la validez de la cláusula arbitral: *Kompetenz – Kompetenz*

El principio *Kompetenz – Kompetenz* significa que el árbitro es el único competente para decidir sobre su propia competencia, y, por tanto, el único competente para analizar la validez del convenio arbitral, que supuestamente le designe competente.

En Derecho español, el principio *Kompetenz – Kompetenz* se encuentra regulado en el artículo 22 LA²². El doble efecto de este principio ha sido extensamente tratado por la jurisprudencia y por la doctrina²³: (i) un efecto positivo, que permite al árbitro pronunciarse sobre su propia competencia y; (ii) un efecto negativo, que impide a los órganos jurisdiccionales conocer las controversias sujetas a un convenio arbitral.

23 TENT ALONSO P., "La culminación de la concepción contractualista del principio *Kompetenz – Kompetenz* en su variante negativa: La sentencia *Henry Schein Inc. v. Archer & White Sales Inc.* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América", en *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2019, volumen 12, nº 1, pág. 80.

En el mismo sentido, destacar la Sentencia núm. 9/2014 de 6 febrero de la Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (RJ 2014, 1987) y la Sentencia núm. 3/2018 de 21 mayo de la Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (RJ 2018, 3006).

Así, la jurisprudencia es clara respecto al efecto positivo de dicho principio, cuyo tenor y alcance no presentan controversia alguna. Recientemente, la Sentencia núm. 2/2020 de 7 enero de la Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (JUR 2020, 91531)²⁴, dice:

“Lo que decimos es también expresión de una regla claramente consagrada por el art. 22.1 LA, que, en palabras de la Exposición de Motivos de la LA -apdo. V, segundo párrafo-, **la doctrina ha bautizado con la expresión alemana Kompetenz – Kompetenz (...)**. Esta regla **abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral**”. (énfasis añadido)

Sin embargo, han sido más controvertidos los efectos negativos del principio *Kompetenz – Kompetenz*, por cuanto, como veremos más adelante, los órganos jurisdiccionales nacionales no solo no declinan su competencia de oficio, sino que además tienden a controlar la validez de las cláusulas arbitrales que les llegan a través de declinatorias.

También, el principio *Kompetenz – Kompetenz*, en su vertiente positiva, se comparte por la mayoría de leyes de arbitraje nacionales²⁵, reglas de arbitraje institucionales²⁶ y laudos arbitrales, hasta el punto de considerarse un principio general de Derecho Internacional²⁷.

Los laudos dictados por tribunales arbitrales internacionales vienen admitiendo el principio *Kompetenz – Kompetenz* desde hace tiempo. A modo de ejemplo, destacamos el Laudo Final CCI, caso núm. 8938,1996 “*Exclusive Agent vs. Manufacturer*”:

“*The arbitral clause is doubly autonomous: in relation to the arbitral agreement, and in relation to the law of the contract. It has long been recognized, in general, that in international matters the arbitrator has jurisdiction over his own jurisdiction in so far as the arbitrability of the dispute in the light of international public policy. In particular, Art. 8(3) of the ICC Arbitration Rules fully enables the arbitrator to take any decision as to his own jurisdiction. (6) Taking the lex fori into account, the international arbitrator sitting in Luxembourg has at this stage no other limitation as to his jurisdiction than the limitations resulting from the international public policy of Luxembourg.*”²⁸(énfasis añadido)

Por lo tanto, no cabe ninguna duda de que los tribunales arbitrales son competentes para decidir sobre su propia competencia y que, de hecho, este ha de ser el procedimiento que se siga.

24 En el mismo sentido, destacar la Sentencia núm. 9/2014 de 6 febrero de la Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (RJ 2014, 1987) y la Sentencia núm. 3/2018 de 21 mayo de la Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (RJ 2018, 3006).

25 Ver, por ejemplo, el artículo 1465 del Código de Procedimiento Civil francés; el artículo 1022 del Código de Procedimiento Civil de los Países Bajos; el artículo 18 de la Ley 63/2011 del 14 de diciembre de Arbitraje de Portugal; o la Sección 1036 de la Ley de Arbitraje alemana de 1998 integrada en el Libro Décimo del Código Procesal Civil Alemán, entre otros.

26 Ver, en este sentido, el artículo 6 del Reglamento de Arbitraje de la CCI; artículo 23 de las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres; artículo 21 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Suiza; artículo 19 de las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong, entre otros.

27 B. BORN G., “Chapter 7: International Arbitration Agreements and Competence-Competence”, *International Commercial Arbitration*, 2ª edición, 2014, pág. 1068.

28 En la misma línea, el Tribunal Arbitral del caso “*Econet Wireless Ltd. (UK/South Africa) vs. First Bank of Nigeria, et al. (Nigeria)*”, en su Laudo de 2 de junio de 2005, destacaba que su competencia para decidir sobre los límites de su propia competencia no es en ningún modo controvertida.

2.2. Competencia de Cortes Arbitrales para hacer examen *prima facie* de la validez de la cláusula arbitral: CCI, CIAM y CAM

Aunque, como hemos visto, la potestad para decidir sobre la validez de la cláusula arbitral recaerá sobre el tribunal arbitral competente, cuando nos encontremos en el marco de arbitrajes institucionales será posible, en algunos casos, un examen preliminar de la existencia del convenio arbitral por parte de dichas instituciones con el fin de agilizar y facilitar la tarea de los árbitros y la admisión de nuevos casos.

Así, a modo de ejemplo, podemos tomar como referente de institución arbitral española la Corte de Arbitraje de Madrid ("**CAM**") y como referentes internacionales el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid ("**CIAM**") y la Cámara Internacional de Comercio ("**CCI**").

El Reglamento de Arbitraje de la CAM ("**Reglamento CAM**") regula la revisión *prima facie* de la Corte en su artículo 8 en aquellos supuestos en que "la parte demandada no respondiese a la solicitud de arbitraje, se negase a someterse al arbitraje o formulara una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral".

En exactos términos regula el artículo 8 del Reglamento de Arbitraje del CIAM ("**Reglamento CIAM**") la revisión *prima facie* de la existencia del convenio arbitral por parte del centro.

En el mismo sentido, el Reglamento de Arbitraje de la CCI ("**Reglamento CCI**") recoge en su artículo 6.4 la posibilidad de la Corte de realizar un análisis *prima facie* de la existencia del convenio arbitral.

El control *prima facie* no vincula de ningún modo al tribunal arbitral en una decisión posterior. Se trata simplemente de un control preliminar mediante el cual la corte que administra el arbitraje verificará que existe una cláusula arbitral permitiendo un arbitraje bajo la institución a la que se han remitido las partes²⁹.

Así pues, esta competencia *prima facie* de las cortes arbitrales es un filtro que facilita la gestión de los casos, sin perjuicio de la competencia final del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia.

2.3. Competencia de los órganos judiciales españoles: la declinatoria jurisdiccional

Tal y como hemos expuesto, la vertiente negativa del principio *Kompetenz – Kompetenz*, impide, en principio, que los tribunales estatales conozcan las controversias sujetas a un convenio arbitral.

Sin embargo, el alcance de este efecto negativo puede variar mucho dependiendo de las jurisdicciones, pues las tesis adoptadas por los distintos tribunales

²⁹ Así, cabe destacar que el Reglamento CAM permite al demandante manifestar su desacuerdo con una decisión *prima facie* de la Corte manifestando la inexistencia de la cláusula arbitral. En dicho supuesto, deberá constituirse el Tribunal Arbitral para decidir de forma vinculante sobre la validez del convenio. En un sentido similar, el Reglamento CCI dice en su artículo 6.6: "Cuando las partes sean notificadas de la decisión de la Corte de conformidad con el Artículo 6(4) de que el arbitraje no puede proseguir en relación con todas o alguna de las partes, éstas conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no, y respecto de cuál de ellas, un acuerdo de arbitraje que las obligue".

nacionales que han llegado a juzgar la validez de cláusulas arbitrales con anterioridad al laudo arbitral no son unánimes³⁰.

El supuesto en el que dicho efecto entra en juego se da cuando la parte demandante presenta su demanda ante los órganos jurisdiccionales nacionales, ignorando el convenio arbitral. En este caso, el demandado podrá interponer declinatoria jurisdiccional alegando la falta de competencia del tribunal estatal por someterse el litigio a arbitraje. Así lo regula el artículo 11.1 LA:

“El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, **siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria**”. (énfasis añadido)

De este modo, nos encontramos ante una primera limitación al carácter absoluto del principio *Kompetenz – Kompetenz*: el tribunal español no deberá declararse de oficio incompetente por el mero hecho de existir una cláusula arbitral, sino que está en manos del demandado interponer declinatoria para hacer valer su derecho a acudir a arbitraje. De lo contrario, se entiende que las partes se someten tácitamente a la competencia de los tribunales españoles (artículos 63 y ss. Ley de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”).

Sin embargo, esta no sería la única limitación al alcance del principio. Una segunda cuestión que surge una vez interpuesta la declinatoria por parte del demandado: ¿en qué medida puede el órgano jurisdiccional nacional examinar la validez de la cláusula arbitral en la que se basa la declinatoria?

Ha existido cierto debate doctrinal y jurisprudencial respondiendo a dicha cuestión. Nuestra jurisprudencia distingue entre: (i) una tesis fuerte apoyada en el principio *Kompetenz – Kompetenz*, que permitiría al órgano judicial un control sutil de la existencia del convenio arbitral sin entrar a analizar su validez; y (ii) una tesis débil contraria al principio *Kompetenz – Kompetenz*, que permitiría al juez comprobar la validez del convenio arbitral y decidir sobre su propia competencia.

El Tribunal Supremo se pronunció en su Sentencia núm. 409/2017 de 27 junio de la Sección 1ª, Sala de lo Civil (RJ 2017, 3021)³¹, indicando que en España predomina la tesis débil contraria al principio *Kompetenz – Kompetenz*, permitiendo, *a priori*, a los jueces que conocen de la declinatoria basada en una cláusula arbitral, realizar un análisis en profundidad de su validez y, decidir, en último término, sobre su competencia.

Existen, sin embargo, argumentos para defender una posición más favorable al principio *Kompetenz – Kompetenz*, impidiendo a los tribunales entrar a valorar en profundidad la validez de una cláusula que declara competentes a los tribunales arbitrales³².

30 TENT ALONSO P, “La culminación de la concepción contractualista del principio *Kompetenz – Kompetenz* en su variante negativa: La sentencia Henry Schein Inc. vs. Archer & White Sales Inc. de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América”, en *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* [Kluwer Law International; 2019, volumen 12, issue 1, pág. 80.

31 “Existen dos tesis sobre esta cuestión. **La primera sería la llamada “tesis fuerte” del principio *Kompetenz – Kompetenz***, que es la que sostiene el recurrente, **conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial**, que comprobaba la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia. **La segunda sería la llamada “tesis débil”, según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral**. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio. **Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio *Kompetenz – Kompetenz* en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje**”. (énfasis añadido)

IV. Cláusula arbitral patológica en sede de anulación

Incluso cuando el tribunal arbitral declare su competencia, existirá la posibilidad de impugnar la competencia del mismo a través de la acción de anulación de laudo prevista en el artículo 8.5 LA³³, siendo competente la Sala de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas de la sede del arbitraje (“TSJCA”).

La acción de anulación del laudo es una acción independiente, que da lugar a un proceso autónomo, en virtud del cual cualquiera de las partes de un procedimiento arbitral puede impugnar la validez del laudo dictado en dicho procedimiento y, en consecuencia, instar la declaración de nulidad por una serie de causas tasadas (*numerus clausus*)³⁴. Este procedimiento únicamente podrá iniciarse ante los tribunales españoles en el caso de que la sede del arbitraje sea España.

Así, no estamos ante a un recurso ni ordinario ni extraordinario, ya que con la mencionada acción no se pretende un nuevo examen de elementos fácticos o jurídicos, sino únicamente realizar un control *a posteriori* de todo el procedimiento arbitral³⁵. Muy recientemente, la Sala Primera del Tribunal Constitucional ha podido recordar en su Sentencia de 15 de junio de 2020 (Recurso de Amparo núm. 3130-2017) que la acción de anulación de un laudo solo permite al órgano judicial realizar un “juicio externo”, sin ser posible pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Las causas para poder interponer la acción de anulación del laudo, se encuentran reguladas en el artículo 41 LA. El primero de los motivos en los que se puede fundar la anulación de un laudo – siendo este en el que se centrará la atención – es la falta de validez o inexistencia del convenio arbitral (artículo 41, letra a) apartado primero). Se trata de un supuesto en el que el convenio no cumple con los requisitos formales regulados con carácter general en el artículo 9 LA³⁶.

Así pues, una cláusula patológica que plantee dudas sobre la voluntad clara de las partes de someter su disputa a arbitraje permitirá a la parte interesada impugnar la competencia por vía de anulación del laudo.

En todo caso, la parte que inste la nulidad del laudo en virtud de la inexistencia de cláusula arbitral deberá haberse manifestado al respecto durante el transcurso del procedimiento arbitral, tal y como dispone el artículo 6 LA, como confirma la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia núm. 29/2019 de 12 septiembre (JUR 2019, 293282)³⁷.

32 B. BORN G., “Chapter 7: International Arbitration Agreements and Competence-Competence”, cit., págs. 1110 – 1114.

33 El artículo 8.5 LA dispone: “Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado”.

34 ROMERO IGLESIAS, M., *Arbitraje y jurisdicción: principios básicos y jurisprudencia*, Madrid, 2019 pág. 51.

35 VEGA BARRERA, E., “Anulación de laudos arbitrales”, en *Diario La Ley*, núm. 9041, 2017 [La Ley 11013/2017], pág. 1.

36 *Ibid.*

37 “(...) la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010) no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que se ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 (...) restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje”.

V. Cláusula arbitral patológica en sede de ejecución. Convenio de Nueva York

Aun cuando un laudo no ha sido anulado, la existencia de un convenio arbitral patológico puede dificultar la ejecución del mismo.

En este sentido, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“CNY”) incluye la nulidad de la cláusula arbitral como una de las posibles causas de oposición al reconocimiento de un laudo extranjero³⁸.

Por tanto, la apreciación o no de la nulidad de la cláusula arbitral está también en manos de los órganos jurisdiccionales del estado donde se pretenda ejecutar el laudo. Esto puede derivar en resoluciones contradictorias en diferentes jurisdicciones y aumentar el tiempo y los costes del procedimiento arbitral³⁹.

Como vemos, la configuración de una cláusula arbitral que genere incertidumbre acerca de su validez puede acarrear consecuencias no deseables también en el momento del reconocimiento del laudo extranjero, incluso habiendo logrado que el tribunal arbitral se declarase competente y que el laudo no fuese anulado en la sede del arbitraje.

VI. La jurisprudencia reciente de los Tribunales españoles relativa a cláusulas arbitrales patológicas

A continuación, se recogen criterios de interpretación establecidos por los órganos jurisdiccionales españoles sobre las distintas tipologías de cláusulas patológicas⁴⁰ presentadas al inicio de este artículo (ver apartado I).

1. Las cláusulas inciertas

Respecto a las cláusulas inciertas, como se expuso anteriormente, las mismas pueden plantear ciertas dudas sobre una voluntad clara de las partes de someterse al arbitraje. Así, teniendo en cuenta las normas de interpretación recogidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, vemos que la interpretación literal de la cláusula no siempre nos permite determinar la intención real de las partes.

En dichos casos, la jurisprudencia es clara, siguiendo las instrucciones del Código Civil, sobre la necesidad de interpretar la cláusula en relación a los actos coetáneos y posteriores de las partes para averiguar la intención de las mismas de someterse o no a arbitraje. Así lo establece, por ejemplo, la Sentencia núm. 6/2019 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 18 febrero 2019 (AC 2019, 729) del TSJ de Madrid:

38 Ver Artículo V CNY.

39 R. P. PAULSSON M., “Chapter 6: Resisting Enforcement of Awards”, en *The 1958 New York Convention in Action*, 2016, págs. 176-177.

40 Como venimos exponiendo, lo esencial para la eficacia de un convenio arbitral, es que conste la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. A título de ejemplo, la Sentencia núm. 6/2019 del TSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 18 de febrero (AC\2019\729) indica: “(...) lo esencial, para la eficacia de un convenio arbitral, es que conste la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, voluntad, claro está, que ha de responder a un consentimiento válido. Dicha constatación de voluntad se erige como requisito único del art. 9 LA”.

"(...) es claro el compromiso y voluntad de someterse a arbitraje, las razones que desarrolla la árbitra, que acogemos y damos por reproducidas, aplicando el principio "venire contra factum proprium non valet", es decir nadie puede ir contra sus propios actos, por ser contrario a la buena fe que debe regir en las relaciones entre las partes contratantes, deben mantenerse". (énfasis añadido)

En decir, aunque la interpretación de la cláusula por sí sola no permita inferir la real intención de las partes, una interpretación global del contrato podrá recabar mayor información para interpretar la voluntad de las partes. Este es precisamente el parámetro seguido en el Auto núm. 43/2019 de 7 febrero de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2019, 65793)⁴¹.

Además, estas reglas de interpretación son muchas veces analizadas en relación a los propios principios que indica el Código Civil como, por ejemplo, el principio de buena fe o el principio *contra proferentem*. Así lo analiza, entre otras, la Sentencia núm. 28/2019 del TSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª) de 12 septiembre (JUR 2019, 296565):

"En el mismo sentido, a modo de ejemplo, nuestra Sentencia 20/2017, de 21 de marzo (FJ 4º, roj STSJ M 3280/2017), donde, en total congruencia con lo que antecede, también recordábamos (FJ 4º), **como doctrina reiteradísima, que, a la hora de ponderar la existencia y efectos de un convenio arbitral, es imprescindible preservar las exigencias de la buena fe y de la congruencia con los propios actos:** este Tribunal ha conferido especial trascendencia a la coherencia que la pretensión de anulación guarde **con la propia conducta del recurrente, lo cual a su vez también es expresión del principio general de buena fe, del que es concreción la máxima *ne venire contra factum proprium***". (énfasis añadido)

41 "No se considera tampoco que nos hallemos ante una cláusula patológica, bajo la argumentación relativa a que la cláusula 12 del contrato de 15/02/2008 somete cualquier disputa a arbitraje, mientras que la 13 lo hace a la jurisdicción ordinaria, **pues el contenido de las mismas no resulta contradictorio**, entendiendo que la última de las citadas, por la propia alusión que contiene relativa a " (...) sense perjudici de la seva clàusula arbitral..." no deja sin efecto aquella sumisión a arbitraje, sino establece la sumisión a los Juzgados de Barcelona, para los supuestos en que no resulte de aplicación la cláusula arbitral". (énfasis añadido)

2. Las cláusulas inoperantes

En relación a las cláusulas inoperantes, recordemos que son aquellas cuya patología responde a una imposibilidad o gran dificultad de ejecución de alguno de sus elementos, como, por ejemplo, el nombramiento de una persona concreta como árbitro que no esté disponible en el momento de nacer la controversia.

En este caso, de nuevo, la interpretación literal de la cláusula no permitirá su eficacia y, por tanto, deberemos interpretarla teniendo en cuenta la intención de las partes. En este sentido, cabe destacar que las cláusulas inoperantes no presentan tantas dudas como las anteriores sobre la voluntad de someter la disputa a arbitraje, sino que plantearán dudas sobre el sometimiento del mismo a un tribunal en concreto.

Para paliar dicha patología, aparte de recurrir a las normas de interpretación que se acaban de exponer, la jurisprudencia puede fundamentar la validez de la cláusula arbitral en el principio del efecto útil de la misma. Así, es particularmente ilustrativo el análisis realizado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) en su Sentencia núm. 114/2009 de 3 febrero (JUR 2009, 238631):

“Y a la misma conclusión llegaríamos en el caso de considerar, desde otra postura, que estamos en presencia de una cláusula sanable, **si tenemos en cuenta los principios interpretativos "pro arbitratio" y efecto útil del contrato y las normas de interpretación de los contratos (actos posteriores de las partes, artículo 1.282 del Código civil), que permitirían sostener que la voluntad de las partes fue someterse a arbitraje institucional (...)**”. (énfasis añadido)

Precisamente, apelando al efecto útil de la cláusula junto con el principio de buena fe contractual, y teniendo en cuenta que la intención de las partes al redactarla respondía a la voluntad de renunciar a la jurisdicción nacional para someterse a arbitraje, sería sostenible alegar la validez de una cláusula inoperante.

De hecho, los tribunales españoles han sostenido la validez de cláusulas *a priori* inoperantes basándose en la clara voluntad de las partes de someter sus disputas a arbitraje.

También es ilustrativo un reciente caso resuelto por la Sección 1ª de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid en su Sentencia núm. 16/2019 de 5 abril 2019 (AC 2019, 736) en el cual la cláusula arbitral designaba en primer lugar a un árbitro determinado y, en caso de fallecimiento del mismo, establecía que sería designada como árbitro “la persona designada como albacea testamentario por D. Alexander”. La cláusula arbitral era inoperante por cuanto el primer árbitro designado falleció, sin que el referido albacea testamentario se designara. Sin embargo, esto no impidió al TSJ declarar la validez del convenio arbitral designando judicialmente al árbitro competente en virtud del artículo 15.3 LA⁴²:

42 En el mismo sentido, en la Sentencia núm. 21/2017 del TSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 21 de marzo, el Tribunal destaca los elementos a tener en cuenta para analizar si procede la designación judicial de un árbitro en este tipo de supuestos: “Tanto en uno como en otro caso -previsión o no de procedimiento de designación- **la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante -de forma expresa o tácita- al cumplimiento efectivo del convenio arbitral.** Este criterio se funda en la apreciación, que se juzga razonable y acomodada al art. 15 Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010), en cuya virtud la buena fe demanda que las partes que libremente convienen en el arbitraje intenten su materialización y el correspondiente nombramiento de árbitro o árbitros antes de acudir a los Tribunales manifestando interés -que también es requisito de la acción- en resolver un conflicto sobre dicha designación, cuya existencia, lisa llanamente, no se ha verificado, porque ni siquiera se ha intentado efectuar el nombramiento, ni la contraparte ha mostrado oposición alguna al respecto. **Piénsese que la autonomía de la voluntad que es inherente al pacto arbitral permite de forma natural que las partes convengan un procedimiento de designación de árbitro bien en la cláusula arbitral, bien ulteriormente, cuando, surgida la controversia, llegue el momento de cumplir el pacto de sumisión. En este contexto es en el que ha de entenderse lo que esta Sala -y la generalidad de los Tribunales Superiores de Justicia- viene señalando desde siempre: que únicamente tiene atribuida la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, debiendo limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado; si se ha acordado un procedimiento de designación de árbitro que no haya podido culminar con el nombramiento; y, en su defecto, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, el desacuerdo entre las partes para el nombramiento, la negativa expresa o tácita a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo convenido o legalmente establecido para la designación”.** (énfasis añadido)

“Dicho segundo párrafo sí establecía una prioridad en cuanto a qué personas debían realizar el arbitraje, **pero la imposibilidad de que por éstas se realizara la función arbitral, no deja sin efecto el primer párrafo, que es el que recoge la voluntad manifiesta de las partes contratantes de someterse a arbitraje, verdadera parte sustancial del convenio arbitral**, ya que sin consentimiento de las partes, no hay convenio, hasta el punto de que **no es necesario para la validez de un convenio arbitral, que éste incluya disposiciones sobre los árbitros (número, capacidad), lugar o idioma del arbitraje**.”

Al no haberse establecido la señalada vinculación determinante y ante la imposibilidad física de que puedan actuar los indicados por las partes, es **por lo que tiene plena eficacia la disposición contenida en el apdo. 3 del art. 15 LA, precisamente para hacer viable la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, una vez que las partes han agotado el cauce establecido para el nombramiento** (SSTSJ Madrid 23-11-2015 (AC 2016, 1936), 13-12-2017 (AC 2017, 1911)”. (énfasis añadido)

3. Las cláusulas híbridas

Tradicionalmente, se entendía que este tipo de cláusulas no tenían efectividad, y por tanto eran nulas, puesto que dejaban a las partes en un “limbo jurídico” por las razones que hemos expuesto⁴³. No obstante lo anterior, con fecha 18 de octubre de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) dictó un Auto en el que reconoció la validez de las cláusulas híbridas⁴⁴.

Sin embargo, la validez de la cláusula arbitral dependerá del caso concreto y de la redacción de la misma. En estos supuestos, vemos que los tribunales tienen una mayor tendencia a analizar la literalidad de la cláusula para descubrir la intención de las partes.

Así, la Sentencia núm. 6/2019 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 18 febrero 2019 (AC 2019, 729) del TSJ de Madrid, tras analizar de forma pormenorizada la literalidad de la cláusula, permite una interpretación constructiva a favor de la validez de una cláusula híbrida en los siguientes términos:

“(…) considerando válida la cláusula cuestionada, en cuanto recoge una voluntad clara, concreta y precisa de someter las discrepancias e interpretaciones que puedan surgir del contrato litigioso entre las partes a arbitraje (...) No siendo ni confusa ni excluyente por incompatible con dicho sometimiento la mención (...), al ser “sin perjuicio de” la jurisdicción competencia de los Juzgados y Tribunales de Madrid capital”.

Por lo general, la jurisprudencia parece favorable a acogerse a la posición de dar validez a aquellas cláusulas arbitrales que contienen un doble sometimiento de las partes – a arbitraje y a los tribunales judiciales – en caso de surgir una

43 GÓRGOLAS MEDEL, C., “Cláusulas arbitrales patológicas: identificación y mecanismos de defensa”, en *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, nº. 247, 2016, pág. 13.

44 *Ibid.*

disputa. Ello, apoyándose tanto en el requisito recogido en el artículo 9.1 LA, es decir, la voluntad de las partes de someter a arbitraje sus controversias, así como en el principio de efecto útil de la cláusula.

Sin embargo, la interpretación contractual se encuentra en un ámbito muy subjetivo del derecho que no permite garantizar una solución unánime en este sentido. Así lo vemos en resoluciones como la Sentencia núm. 3/2015 del TSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 19 junio 2015 (AC 2015, 1569), que estimó una acción de anulación de laudo ante la inexistencia de convenio arbitral por someterse ambas partes al mismo tiempo a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales y a arbitraje:

“El documento en el cual se recoge la voluntad de someterse a un arbitraje no puede decirse que sea una voluntad inequívoca, (...) recoge en primer lugar la sumisión a los Juzgados y Tribunales y en segundo lugar y de forma incomprensible, al Arbitraje. No hay voluntad inequívoca, pues si así fuera existiría sumisión a una u a otra fórmula de resolución de conflicto, **pero no ambas conjuntamente dado que estas dos formas no son complementarias sino, muy al contrario, excluyentes**”. (énfasis añadido)

VII. Conclusión

La autonomía de la voluntad de las partes es uno de los elementos vertebrales del procedimiento arbitral. El arbitraje permite a las partes un amplio margen de disponibilidad de sus derechos del que podrán beneficiarse a lo largo del procedimiento.

Cuando dicha voluntad no se plasme de forma clara e inequívoca en la cláusula arbitral, se atenúan de forma considerable las ventajas del arbitraje, creando para las partes una inseguridad jurídica completamente innecesaria.

Tal y como hemos podido ver, existen mecanismos de interpretación que permitirán defender ante los tribunales arbitrales, como ante los órganos judiciales nacionales, la validez de las cláusulas patológicas. Sin embargo, la interpretación presenta de forma inherente una subjetividad que permitirá que la cláusula arbitral pueda ser impugnada de forma repetida por la parte que quiera dilatar el procedimiento o impugnar un laudo desfavorable.

Por ello, es necesario concluir el presente análisis recordando que es esencial ser minuciosos en el momento de la redacción de la cláusula de resolución de disputas, evitando cualquier sombra de incertidumbre en la voluntad de las partes a someterse a arbitraje.

Acciones civiles y penales contra los sitios web de enlaces infractores de derechos de propiedad intelectual

Juan Palomino Segura

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
ECONÓMICO E INVESTIGACIONES

Andy Ramos Gil de la Haza

Counsel de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL,
INDUSTRIAL Y TECNOLOGÍA

Guillermo Meilán Iglesias

Abogado de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
ECONÓMICO E INVESTIGACIONES

I. Introducción	76
II. La calificación jurídica del hipervínculo y el concepto de “comunicación pública”: la Ley 23/2006 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	77
III. Acciones civiles contra las páginas de enlace	83
1. Infracción directa de derechos de propiedad intelectual	83
2. Acciones dirigidas a intermediarios	86
IV. La persecución penal de los delitos relativos a la propiedad intelectual: la actividad de las webs de enlaces como fenómeno delincuencia	88
1. La extensión del tipo del artículo 270.2 del CP	89
2. La necesaria remisión a la LSSI y la relevancia del “conocimiento efectivo de la ilicitud”	90
3. El “ánimo de lucro” como elemento determinante del delito	91
4. ¿Ha supuesto la reforma del CP de 2015 una declaración implícita de la atipicidad de las conductas acaecidas con anterioridad?	93
V. Conclusiones	94

Índice/



Resumen: La actividad desarrollada a través de las conocidas como *webs de enlaces* ha facilitado el acceso a obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, sin contar con la preceptiva autorización de sus titulares. Durante más de una década, la numerosa jurisprudencia existente, tanto en el orden civil como en el penal, no fue capaz de dar una respuesta unívoca a la cuestión. A pesar de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha manifestado en diferentes resoluciones sobre la naturaleza jurídica de un enlace de hipertexto, y de la modificación del artículo 270 del Código Penal en 2015, la cuestión sigue siendo controvertida, en especial en el orden penal y por nuevos comportamientos que llevan a cabo los infractores de derechos de propiedad intelectual.

Abstract: The activity carried out through so-called link websites has facilitated access to works and other subject matters which are protected by copyrights, without the corresponding authorisation of their owners. For more than a decade, abundant civil and criminal case law has not been able to give a univocal answer to the issue. Despite the fact that the Court of Justice of the European Union has expressed its opinion on the legal nature of a hypertext link, and the amendment of article 270 of the Criminal Code in 2015, in various decisions, the issue remains controversial, especially in the criminal order and in light of new forms of behaviour of copyright infringers.



Palabras clave: Infracción, propiedad intelectual, enlace, delito, penal, página web, tecnologías de la información, plataformas de intercambio de archivos, intermediario, Internet, comunicación pública, descarga, autorización, titular, ánimo de lucro.

Keywords: Infringement, copyright, link, offence, criminal, website, IT, file-sharing platforms, communication to the public, download, authorisation, rightholder, economic gain.

Acciones civiles y penales contra los sitios web de enlaces infractores de derechos de propiedad intelectual¹

I. Introducción

A lo largo de la historia, los autores de obras creativas y la industria cultural y del entretenimiento han estado muy condicionados por la evolución tecnológica, tanto en su vertiente positiva, ya que el disfrute de contenidos musicales o audiovisuales mejoraba gracias a nuevos dispositivos y formatos, como en la negativa, puesto que cada salto tecnológico traía consigo nuevos retos para que los titulares de derechos pudiesen ejercitar sus derechos exclusivos sin injerencias. El sector del entretenimiento es, quizá, uno de los más dinámicos y cambiantes que existen, ya sea por el cambio de hábito de los consumidores, por la actualización tecnológica constante o por su inherente inquietud creativa. Esto le ha obligado a una perpetua reivindicación para contar con leyes que protegiesen los derechos de propiedad intelectual de manera adecuada a cada momento histórico y tecnológico y, posteriormente, para que la normativa fuese correctamente aplicada por los tribunales.

El primer gran desafío tecnológico al que tuvo que enfrentarse la industria cultural fue la popularización de las primeras impresoras, que permitían la realización de copias exactas de obras literarias de manera no industrial a un precio muy asequible. Posteriormente, en la década de los años 70 y 80 del siglo pasado, las industrias musical y cinematográfica tuvieron que adaptarse ante la comercialización de los primeros aparatos de grabación domésticos en cinta magnética (los conocidos casetes musicales o los soportes Betamax o VHS) que, si bien abrieron un nuevo mercado (el *home video*), también trajeron consigo la posibilidad de realizar copias caseras de obras de entretenimiento. Igualmente, en esta época se extendieron en determinadas regiones los llamados vídeos comunitarios, que suponían una suerte de red de difusión desplegada en una zona o edificio específico, a través de los cuales sus operadores facilitaban el disfrute de canales de televisión de pago o los últimos estrenos cinematográficos a cambio de un precio.

No obstante, la tecnología que, sin lugar a dudas, ha provocado una mayor perturbación del sector del entretenimiento ha sido la extensión del uso de ordenadores personales y la implantación generalizada de Internet, que permiten, respectivamente, realizar copias de canciones y películas casi fieles a la fuente original y ser compartidas con prácticamente cualquier persona en cualquier parte del mundo, al no existir soporte tangible. En un primer momento fue la tecnología *peer-to-peer* ("P2P"²) la que abrió la puerta a los usuarios al intercambio masivo de archivos con obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, simultaneándose con la explotación, generalmente comercial, de sitios de Internet donde sus administradores facilitaban a sus visitantes, a través de hiperenlaces de textos (*links*), el acceso a archivos alojados en grandes servidores de Internet (en el argot, *cyberlockers*).

1 Este artículo pretende reflejar el estado de la cuestión, sin mostrar necesariamente la opinión de sus autores ni la posición del Despacho en el que trabajan. Cada caso necesitará un análisis particular de las circunstancias aplicables al mismo.

2 No ahondaremos sobre las mismas al no ser el objeto de este artículo, si bien recomendamos el trabajo de SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las Plataformas Peer-to-Peer*, Instituto de Derecho de Autor (2007), ISBN: 978-84-936087-3-6.

Estos desafíos a los derechos exclusivos de autores, productores y artistas fueron resolviéndose a través de la aprobación de límites a sus derechos de explotación³, con la promulgación de nuevas leyes y recursos jurídicos⁴ que protegían de manera tuitiva los derechos de dichos titulares, y mediante sentencias judiciales⁵ que trataban de interpretar la normativa existente ante estos nuevos fenómenos sociales provocados por la tecnología.

En este contexto, durante casi dos décadas, el legislador y los tribunales han moldeado la consideración jurídica de los enlaces de Internet, que son instrumentos básicos para su propio funcionamiento, así como las consecuencias por la utilización de estos para, de alguna forma, infringir derechos de terceros, todo lo cual será objeto de análisis en el presente trabajo.

II. La calificación jurídica del hipervínculo y el concepto de “comunicación pública”: la Ley 23/2006 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como es bien conocido, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (“LPI”) otorga derechos exclusivos a los titulares reconocidos en la misma o a sus cesionarios. De esta forma, cualquier explotación de una obra o prestación requiere la autorización de sus legítimos titulares, ya sea mediante reproducción, distribución, comunicación pública o transformación, salvo que la misma pueda ampararse en cualquiera de los límites reconocidos en los artículos 31 a 40 LPI. Si bien no resultó arduo calificar jurídicamente determinadas conductas ocurridas en Internet, al ser palmariamente infractoras de derechos de propiedad intelectual, otras, como argumentamos, fueron más complejas, entre las que se incluyen el establecimiento de enlaces a obras y prestaciones puestas a disposición a través de la Red.

Así, el hecho de copiar en un servidor de Internet obras musicales o audiovisuales para, posteriormente, facilitar su acceso a cualquier usuario de la red suponía, sin lugar a dudas, la vulneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de los titulares de las mismas, reconocidos en los artículos 18 y 20 LPI, y, si existía ánimo de lucro, en el artículo 270 del Código Penal (“CP”). Sin embargo, la cuestión no era tan clara respecto, no a estos archivos puestos a disposición en Internet, sino a los enlaces que dirigen a los mismos, los cuales constituyen una suerte de coordenadas de localización compuestos de pocos *bits* de información dispuestos de manera textual. A través de dicho enlace, un usuario podía conocer dónde se encontraba alojada⁶ una copia de una canción, libro, película o serie de televisión, para acudir a ella y proceder a su visionado o descarga.

Desde un punto de vista técnico, un enlace (también denominado hiperenlace o *link*) es un elemento, generalmente código en formato HTML, que establece una

3 Como el límite de copia privada, recogido en el artículo 31.2 LPI.

4 De hecho, desde el año 2003 se han aprobado hasta doce modificaciones de la LPI, contando prácticamente todas ellas con mecanismos para luchar contra la denominada *piratería digital*, y se han introducido cambios en el Código Penal hasta en tres ocasiones, también con el objetivo de disminuir el impacto de la explotación no autorizada de obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual.

5 Las más relevantes, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los casos *Svensson* y *GSMedia*, que desarrollaremos más adelante.

6 Si bien, generalmente, el enlace dirige a una copia alojada en un servidor de Internet, no siempre es así, ya que dicho localizador puede apuntar, además, hacia el disco duro del ordenador personal de un usuario conectado a una red P2P (por ejemplo, eDonkey 2000 o BitTorrent).

referencia a un recurso disponible en Internet, ya sea en la propia *World Wide Web* o en otro tipo de redes, como *ed2k* o *BitTorrent*. De esta forma, a través de un enlace, su proveedor facilita a cualquier usuario de la red la localización de un recurso específico, ya sea este un archivo de texto, audiovisual, sonoro, un programa de ordenador o de cualquier otro tipo.

7 SÁNCHEZ ARISTI, R., "Enlazadores y Seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales" en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Vol. 2, Nº. 5 (septiembre), 2012, págs. 91-135.

8 Según la LPI, la *comunicación pública* es "todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo".

9 Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la LPI.

10 Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

11 Nos referimos en concreto a las modalidades de *transmisión* o *retransmisión* "por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo", contempladas en los apartados d) y e) del artículo 20.1 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, ahora en los apartados e) y f) del mismo artículo de la LPI.

Por otro lado, no hay una sola tipología de enlaces, sino que, según sus características, tendrán una naturaleza u otra. Aunque no existe una clasificación unificada sobre los tipos de enlaces existentes, cierta doctrina española⁷ ha distinguido, principalmente y en relación a la forma en la que se ponen a disposición del usuario dichos recursos de una red de cualquier tipo, tres categorías: enlaces de superficie, enlaces profundos y enlaces ensamblados. Según esta clasificación, el primer tipo es el que dirige a un usuario a la página principal de otro sitio web; el enlace profundo es aquel que conecta con un recurso interno dentro del mismo; y, finalmente, el enlace ensamblado permite transcluir o embeber un elemento alojado en un servidor ajeno (vídeos, fotografías, audios, etc.) en el propio sitio web del enlazador, dando la apariencia al usuario de que dicho recurso incrustado es propio de dicho sitio web, cuando la realidad es que, como decimos, se encuentra ahí gracias a un enlace.

La interpretación del concepto de enlace ha constituido el mayor escollo para conseguir que los responsables de estos sitios web pudieran ser condenados en sede civil o penal. Aunque la LPI contenía ya desde su entrada en vigor en 1987 una definición clara del concepto de comunicación pública en su artículo 20.1⁸, el problema radicaba en que ninguna de las modalidades descritas en el apartado segundo de dicho artículo daba encaje específico al mero acto de facilitación de una obra o prestación en Internet hasta que la norma fue reformada en 2006.

Así, la Ley 23/2006⁹ traspuso la Directiva 2001/29/CE¹⁰, que tipificó expresamente, además de otros actos ocurridos a través de Internet que ya tenían reflejo en la norma¹¹, la mera puesta a disposición de obras y prestaciones como una modalidad más del derecho exclusivo de comunicación pública, mediante la redacción dada a la letra i) del artículo 20.2 LPI: "son actos de comunicación pública (...) la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija".

Una adecuada redacción de los derechos exclusivos era imperativa, no solo a los efectos de las posibles acciones civiles ante infracciones de derechos de propiedad intelectual, sino también para acciones ante el orden penal. En este sentido, la construcción del artículo 270 CP obligaba a acudir a determinada legislación especial para interpretar el contenido de los elementos normativos del tipo¹²

12 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª) núm. 590/2010, de 28 de septiembre de 2010 [ARP 2011\64]: "(...) Siendo este precepto un tipo cerrado (no una norma penal en blanco), pero descrito con elementos normativos que deben de ser interpretados y explicados conforme a normas no penales".

(como la LPI y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (“LSSI”¹³), a lo que se unía el hecho de que el Tribunal Supremo había ya desarrollado jurisprudencialmente, años atrás, un concepto amplio de “comunicación pública”, que pretendía dar cabida en el mismo a todo tipo de conductas que la tecnología pudiera prever en un futuro¹⁴.

Aunque parecía que, con ello, el problema quedaba resuelto, sin embargo, la realidad era la falta de unanimidad respecto a la naturaleza jurídica de un enlace de texto, tanto en el orden civil como penal. Esta situación produjo, de facto, la proliferación de numerosos pronunciamientos judiciales contradictorios. Por un lado, se sucedían decisiones judiciales que entendían que la actividad de enlace no tenía relevancia jurídica a estos efectos por no concurrir el elemento de “comunicación pública” antes referido¹⁵. Por el otro, se creó una corriente jurisprudencial¹⁶ que sí condenaba estas conductas al considerar que las mismas eran actos por los cuales una pluralidad de personas accedían a obras y prestaciones creativas, siempre que la actividad desarrollada por los autores de los hechos comportara algún tipo de ordenación o clasificación de los contenidos que se ponían a disposición del público –lo que, por otro lado, sucedía en la inmensa mayoría de las ocasiones–.

La interpretación de este último grupo de pronunciamientos judiciales se vio confirmado por el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) en el asunto C-466/12, con sentencia de 13 de febrero de 2014¹⁷, en el denominado caso *Svensson*¹⁸. En él, el TJUE resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de apelación de Svea (Suecia), en la que, entre otras cosas, se preguntaba “si una persona distinta del titular del derecho de propiedad intelectual de una determinada obra ofrece en su página de Internet un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a esa obra, ¿realiza una comunicación al público de esa obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva [2001/29]?”.

16 Sentencias de las Audiencias Provinciales de Cantabria (Sección 1ª) núm. 40/2008, de 18 de febrero de 2008 [ARP\2008\262]; Vizcaya (Sección 1ª) núm. 530/2011, de 27 de septiembre de 2011 [ARP\2011\1213]: “la actividad de los dos acusados, en cuanto albergaban en sus servidores los enlaces a las obras concretas, en cuanto los indexaban y reseñaban, y en cuanto realizaban la labor técnica necesaria para que se produjera la descarga directa del archivo en cuestión, está sujeta a la responsabilidad correspondiente, que en este caso es naturaleza penal, puesto que entendemos que con ello comunicaban públicamente unas obras para las que no se habían abonado derechos de autor, permitiendo que los usuarios de la página accedieran a ellas igualmente sin abono alguno”; y Valencia (Sección 4ª), núm. 40/2014, de 20 de enero de 2014 [ARP\2014\179]: “El argumento de las defensas en el sentido de que al ser contenidos que están en la red son contenidos accesibles para cualquiera y que los acusados se limitaban a informar de que las obras estaban disponibles en otro servidor (similar, dicen, a la reseña de películas de un periódico) no es admisible en ningún caso. Con su intervención técnica y tras haber indexado, clasificado y comentado las obras, lo que hacían era poner a disposición de manera directa la descarga. Es decir, era su actuación directa y no su labor de intermediación la que lograba el resultado del acceso a la obra en cuestión. En este sentido entendemos con los recurrentes que está actuación directa está contemplada en la LPI art. 20 como un supuesto de comunicación pública y que en tal sentido configura el tipo penal que refleja el art. 270 CP”, entre otros.

17 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), asunto C-466/12, de 13 de febrero de 2014; Nils Svensson y otros c. Retriever Sverige AB. ECLI:EU:C:2014:76.

13 Esta ley traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre comercio electrónico. Para eximir de responsabilidad a un prestador de servicios que facilite enlaces a otros contenidos, el artículo 17 LSSI exige que (i) dicho prestador no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remite o recomienda es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; o (ii) si tiene dicho conocimiento, que actúe con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

14 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 876/2001, de 19 de mayo de 2001 [RJ 2001\9955]: “(...) lo verdaderamente integrador del tipo es la modalidad de comunicación pública, que se puede llevar a efecto por cualquiera de los medios descritos con anterioridad e incluso, sin necesidad de modificar el tipo, por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro”.

15 Autos de las Audiencias Provinciales de Madrid (Sección 2ª) núm. 582/2008, de 11 de septiembre de 2008 [ARP 2008\498]; (Sección 23ª) núm. 554/2010, de 11 de mayo de 2010 [JUR 2010\298807]; (Sección 2ª) núm. 369/2011, de 30 de junio de 2011 [JUR 2011\287705]; de Álava (Sección 2ª) núm. 52/2012, de 3 de febrero de 2012 [ARP 2012\219]; de A Coruña (Sección 1ª) núm. 22/2013, de 8 de enero de 2013 [JUR 2013\22001]; o de León (Sección 3ª) núm. 67/2014, de 20 de enero de 2014 [ARP 2014\22], entre otros.

El TJUE respondió con rotundidad que “el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de “puesta a disposición” y, en consecuencia, de “acto de comunicación” en el sentido de la referida disposición¹⁹”. Sin embargo, según el Tribunal, no toda acción de enlazar constituía un acto de explotación que requería la autorización de los derechos de propiedad intelectual de la obra o prestación enlazada, lo cual, por otro lado, hubiese puesto en peligro la naturaleza misma de Internet, en la que la labor de enlazar es intrínseca en su propia arquitectura. De esta forma, y siguiendo la tendencia marcada en asuntos anteriores²⁰, el TJUE consideró que para que existiese una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, además, era necesario que un acto de comunicación (un enlace) se realizase con la misma técnica a la comunicación inicial (es decir, a través de Internet) y que se dirigiese a un “público nuevo”, a saber, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público.

18 Este caso no versaba sobre una página donde se disponían, de manera ordenada y sistematizada, enlaces que dirigían hacia obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, sino que fue iniciado por unos periodistas que publicaron en la página de Internet del periódico Göteborgs-Posten, en abierto, una serie de artículos que, posteriormente, fueron enlazados por el demandado, Retriever Sverige, mediante links que permitían al internauta acceder a dichos artículos publicados por el medio.

19 Apartado 20 de la sentencia.

20 Véanse la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05; el auto de 18 de marzo de 2010, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, C-136/09; y la sentencia ITV Broadcasting y otros, C-607/11.

21 Apartado 23 de la sentencia.

22 En el sentido del punto 40 del asunto C-306/05, citado *supra* en nota el pie 20.

De esta forma, a través del concepto “público nuevo”, el TJUE estableció en qué casos el acto de enlazar suponía una explotación de derechos de propiedad intelectual, en concreto una puesta a disposición de, en nuestro caso, el artículo 20.2.i) LPI, que requería de la autorización del titular de la obra o prestación enlazada. Así, mientras que todo enlace supone un acto de comunicación y mientras que quien establece enlaces que permiten a un número indeterminado de destinatarios potenciales acceder a una obra realiza una “comunicación a un público²¹”, dicha conducta únicamente será un acto de puesta a disposición cuando se permita acceder a la obra a un “público nuevo”, que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la misma²².

Sin embargo, el TJUE no resolvió explícitamente²³ en este asunto qué ocurría cuando se establecía un enlace hacia un recurso de Internet protegido por derechos de propiedad intelectual y puesto a disposición sin la preceptiva autorización de sus titulares de derechos. Dicha cuestión se planteó poco después, en el asunto C-160/15, resuelto mediante sentencia de 8 de septiembre de 2016, en el llamado caso *GS Media*²⁴, por una cuestión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden* (Tribunal Supremo de los Países Bajos), en el que se debía resolver si la acción de enlazar hacia un archivo informático alojado en un *cyberlocker*, que contenía determinadas fotografías protegidas por derechos autor y

23 Aunque, desde nuestro punto de vista, sí implícitamente, precisamente al establecer la Sala Cuarta del TJUE, en el Apartado 24 de la sentencia, que el concepto de *público nuevo* incluye a todo aquel no tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial. En tanto en cuanto no se da el presupuesto inicial de una comunicación autorizada por el titular de derechos de la obra en cuestión, todo *público* que acceda a la misma *será nuevo*, al no haber sido tomado en consideración por los titulares correspondientes.

24 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), asunto C-160/15, de 8 de septiembre de 2016; *GS Media BV y Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*. ECLI:EU:C:2016:644.

que habían sido facilitadas en dicho servidor sin autorización de sus legítimos titulares, suponía una “comunicación pública”. En esencia, el tribunal neerlandés preguntó, mediante sus tres cuestiones prejudiciales, que se dilucidase si, y en qué circunstancias, el hecho de colocar en un sitio de Internet un hipervínculo que remite a obras protegidas, disponibles libremente en otro sitio de Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor, constituye una “comunicación al público” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE.

Como no podía ser de otra forma, el TJUE siguió la tendencia marcada en los asuntos anteriores, si bien introdujo nuevos elementos ante tales actos de enlazado hacia obras o prestaciones no autorizadas en origen por el titular de derechos, los cuales han sido duramente criticados por la doctrina²⁵. En el caso *GS Media*, el TJUE hizo un repaso a su jurisprudencia reciente en materia de “comunicación pública”, destacando, además del concepto “público nuevo” del caso *Svensson*, dos aspectos que habían sido enunciados en asuntos anteriores, pero que ahora establecían como esenciales en este tipo de actuaciones: (i) el papel ineludible del usuario junto con el carácter deliberado de su intervención²⁶; y (ii) el carácter lucrativo de una comunicación al público²⁷.

Hasta esta sentencia, los componentes cognoscitivos y volitivos (dolo) y la finalidad económica (ánimo de lucro) eran elementos ajenos a las infracciones en materia civil²⁸ de derechos de propiedad intelectual, es decir, existía una infracción de derechos cuando se explotaba una obra, sin perjuicio del ánimo de infringir los mismos o de obtener una ventaja económica con ello. Sin embargo, el TJUE, en el caso *GS Media*, y en relación a los enlaces de hipertexto en Internet, consideró que ambos aspectos, además del resto establecidos en asuntos anteriores, debían tenerse en consideración al analizar si ha existido una “comunicación pública”.

Consecuentemente, el TJUE estableció que, en cada caso particular, “cuando la colocación del hipervínculo que remite a una obra disponible libremente en otro sitio de Internet la realiza una persona sin ánimo de lucro, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que esta persona no sepa, y no pueda saber razonablemente, que dicha obra había sido publicada en Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor”²⁹. Como decimos, dicho componente cognoscitivo era ajeno al derecho de autor, si bien parecía heredado del régimen de exención de responsabilidad establecido en la Directiva 2000/31/CE, que establecía la responsabilidad de un prestador de servicios de intermediación, respecto de ciertas conductas de terceros, cuando tuviesen “conocimiento efectivo” de las mismas.

La misma relevancia tiene el desigual régimen que establece el TJUE cuando el enlazador tiene o no una finalidad económica, ya que cuando existe ánimo de lucro establece que cabe esperar del mismo una mayor diligencia para asegurarse de que la obra o prestación enlazada no se ha puesto a disposición de manera ilegal, estableciendo una presunción *iuris tantum* respecto de la existencia de un acto no autorizado de comunicación pública al enlazar a la misma³⁰. Esta presunción podría romperse si el enlazador con ánimo de lucro consigue demostrar

25 Incluyendo a GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “El concepto autónomo de «comunicación al público» en la jurisprudencia del TJUE”, en *Revista Pe.I.* (2019) núm. 61, pág. 53 y ss.

26 Apartado 35 de la sentencia.

27 Apartado 38 de la sentencia.

28 No así en el orden penal que, como veremos más adelante, sí exige ambos elementos para que una determinada conducta pueda enmarcarse en el tipo del artículo 270 CP.

29 Apartado 47 de la sentencia.

30 Apartado 51 de la sentencia.

que no conocía, ni razonablemente podía conocer, que el archivo al que enlazaba había sido puesto a disposición en origen sin autorización de sus correspondientes titulares de derechos.

Esta solución finalista del TJUE a la cuestión de los enlaces de hipertexto, como decimos, ha sido duramente criticada por la mayor parte de la doctrina española³¹, al dejar la existencia del propio acto de “comunicación pública” a factores externos al mismo, algo inédito en los derechos de autor. Es decir, hasta la resolución de dichas cuestiones prejudiciales, un acto de explotación dependía de las circunstancias fácticas del propio acto. Sin embargo, ahora habrá una “comunicación al público”, inicialmente solo en el contexto de enlaces de Internet, según haya o no conocimiento sobre el carácter ilícito del contenido al que se enlaza, el cual se presume o no dependiendo del contexto en el que se dé, según la finalidad lucrativa o no del enlazador.

El tratamiento que ha realizado el TJUE se completa con otras dos resoluciones judiciales, las relativas a los asuntos C-527/15³² y C-610/15³³, ambos propiciados por Stichting Brein, fundación neerlandesa dedicada a la defensa de los intereses de los titulares de derechos de autor, en los que se cuestionaba la existencia de actos de comunicación pública por, respectivamente: (i) la venta de dispositivos que tenían precargados enlaces que permitían el acceso a sitios de Internet de difusión ilícita de contenidos por *streaming*; y (ii) la gestión en Internet de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permitía a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red entre pares (P2P).

En ambos casos, la respuesta del TJUE fue afirmativa, ampliando los actos de comunicación pública incluso a actividades de venta de dispositivos con enlaces precargados y de gestión de plataformas donde los enlazadores son, de facto, terceros, si bien en donde los responsables tanto de la venta de los aparatos, como de la administración del sitio web tienen un rol activo³⁴ respecto al acceso de obras y prestaciones protegidas. Esta posición extensiva y tuitiva del TJUE respecto a los derechos de autor contrasta con otras resoluciones, también recientes, donde ha limitado el concepto de “comunicación pública”, no considerando su existencia, por ejemplo, en las salas de espera de consultas odontológicas³⁵ o en vehículos de alquiler³⁶.

31 Incluyendo a SÁNCHEZ ARISTI, R., “La provisión de enlaces en Internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 en el asunto C-466/12 [caso *Svensson*])”, en *Revista Pe.I.* (2014) núm. 46, págs. 45 - 95 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “El concepto autónomo de “comunicación al público” en la jurisprudencia del TJUE”, en *Revista Pe.I.* (2019) núm. 61, pág. 53 y ss.

32 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 26 de abril de 2017; *Stichting Brein y Jack Frederik Wullems*. ECLI:EU:C:2017:300.

33 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 14 de junio de 2017; *Stichting Brein y Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*. ECLI:EU:C:2017:456.

34 Recuerda esta argumentación al también notorio asunto C-324/09 del TJUE, en cuya sentencia, de 12 de julio de 2011, se estableció que cuando un prestador de intermediación tenía un papel activo en una conducta de un tercero, debía responder de ella, aunque no tuviese “conocimiento efectivo” específico de la misma.

35 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 15 de marzo de 2012; *Società Consortile Fonografici (SCF) y Marco Del Corso*. ECLI:EU:C:2012:140.

36 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de 2 de abril de 2020; *Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå u.p.a. (Stim), Svenska artisters och musikers intresseorganisation ek. för. (SAM) y Fleetmanager Sweden AB, Nordisk Biluthyrning AB*. ECLI:EU:C:2020:268.

Sea como fuere, la realidad es que, tras varios años de discusión doctrinal y de sentencias judiciales contradictorias, gracias a la interpretación del TJUE del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE respecto a los enlaces de Internet, en la actualidad se puede trazar una línea suficientemente clara respecto si la provisión de enlaces supone un acto de “comunicación pública” o si, por el contrario, dicha actividad es neutra desde el punto de vista de derechos de autor. De esta forma, todo enlace supone un acto de comunicación, si bien no tendrá el carácter de “pública”, salvo que se dirija a un colectivo diferente al pretendido inicialmente por el titular de derechos. Asimismo, no se consumará el acto cuando el enlazador no tenía conocimiento del posible origen ilícito del archivo enlazado, conocimiento que se presume en aquellas circunstancias en las que dicha provisión de *links* tiene un ánimo de lucro.

A pesar de todo lo descrito anteriormente, en nuestro país se siguieron sucediendo pronunciamientos de juzgados y audiencias provinciales contrarios a castigar, al menos penalmente, este tipo de comportamientos³⁷, como veremos en el apartado IV del presente trabajo.

III. Acciones civiles contra las páginas de enlace

1. Infracción de derechos de propiedad intelectual

La LPI establece en el Título I de su Libro III, en los artículos 138 a 141, las acciones y procedimientos que pueden iniciar, en el orden civil, los titulares de derechos de propiedad intelectual contra cualquier persona que, sin autorización, explote su obra o prestación, ya sea porque la reproduzca, distribuya, comunique públicamente o transforme. Principalmente, la LPI confiere al titular de derechos la facultad de exigir la cesación de la actividad ilícita del infractor, así como una indemnización por los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140³⁸.

De entre el catálogo de medidas que ofrece el artículo 139 LPI sobre el cese de la actividad ilícita, tienen especial relevancia respecto al infractor, y para la cuestión objeto del presente trabajo, las siguientes:

- a) La suspensión de la explotación o actividad infractora.
- b) La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora.
- c) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones.

Adicionalmente, el infringido está facultado para solicitar la indemnización por los daños materiales y morales causados, en los términos fijados en el artículo 140

37 Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 4ª) núm. 317/2015, de 5 de junio de 2015 [Id. CENDOJ: 17079370042015200023].

38 Artículo 138 LPI.

LPI, los cuales comprenden no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. Sin embargo, los criterios que ofrece el apartado segundo de dicho artículo respecto al cálculo de la indemnización son a todas luces insuficientes tanto para el infringido como para cumplir una finalidad disuasoria de evitar la infracción de este tipo de derechos. La LPI establece que la indemnización por la infracción de derechos de propiedad intelectual se realizará conforme a cualquiera de los siguientes criterios:

- a)** Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.
- b)** La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

Afirmamos que estos criterios son insuficientes porque, generalmente, los infringidos no pueden demostrar fácilmente los perjuicios o consecuencias económicas negativas que le ha supuesto la acción ilícita, que les permitiría exigir los beneficios obtenidos por el infractor, que igualmente son difícilmente identificables respecto de un contenido específico en casos como el aquí analizado, de páginas de enlaces con miles de obras y prestaciones protegidas. Por ello, en la mayoría de las ocasiones, el titular de derechos se ve obligado a acudir al criterio establecido en el artículo 140.2.b) LPI, el cual no solo limita enormemente las posibilidades de resarcimiento del titular, sino que, además, se basa en la regalía hipotética que hubiese percibido, la cual tampoco es sencilla de calcular.

Por otro lado, el titular de derechos tiene igualmente, por mor del artículo 141 LPI, un inventario de medidas cautelares específicamente adaptadas para las obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, de las cuales son de interés para el presente análisis las siguientes:

- 1.** La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración.
- 2.** La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda.

En efecto, un titular de derechos de propiedad intelectual cuyo contenido protegido está siendo explotado a través de Internet tendrá interés de accionar contra todas aquellas personas físicas o jurídicas que participan en dicho acto, que son, principalmente, las siguientes: (i) el *uploader* o persona que cargó en un servidor de Internet la obra o prestación en cuestión; (ii) los intermediarios que permiten técnicamente el acceso público y disfrute de dicha obra, los cuales serán objeto

de análisis individualizado en el siguiente apartado; y (iii) cualquier persona que, mediante enlaces, propicia la difusión del contenido ilícito.

En un plano teórico, un autor, productor o cualquier otro titular de derechos puede iniciar acciones civiles contra cualquier persona que hubiese reproducido en un servidor de Internet su obra o prestación, para su posterior comunicación al público, solicitando la suspensión de dicha actividad, la prohibición de llevarla a cabo de nuevo o incluso la incautación de los medios tecnológicos utilizados para la misma. No obstante, por la propia arquitectura de Internet, el titular de derechos suele enfrentarse a la ardua tarea de la identificación del infractor contra el que dirigir la acción, motivo por el cual el afectado se ve abocado a utilizar la vía penal contra el infractor directo. Esto permite unas medidas de investigación, con determinados recursos y prerrogativas a favor de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, de las que, por motivos obvios, se carecen en el orden civil.

Por este y otros motivos, en España, los titulares de derechos, cuando debieron enfrentarse al fenómeno de las páginas de enlaces, por un lado, dirigieron sus acciones al orden penal y, por otro, cuando iniciaban procedimientos civiles, no accionaban contra los *uploaders* o quienes, en primer término, infringían sus derechos de propiedad intelectual, sino contra aquellos que facilitaban la localización de tales archivos a través de páginas perfectamente estructuradas y ordenadas, los cuales eran más fácilmente identificables.

Sin embargo, los primeros procedimientos civiles que se produjeron en nuestro país contra sitios webs de enlaces tuvieron desenlaces contrarios a los titulares de derechos. Así, entre 2009 y 2011, diversos pronunciamientos judiciales denegaron medidas cautelares³⁹ o directamente desestimaron demandas⁴⁰ contra páginas de enlaces, por considerar que, aunque el administrador de la página contribuye a la infracción, no realizaba ninguna reproducción, distribución ni comunicación pública de las obras o prestaciones objeto de los procedimientos. Incluso, en algún caso, como el notorio *Elrincondejesús*, la Audiencia Provincial de Barcelona⁴¹, estimó la existencia de actos de comunicación por la provisión de enlaces que hacía el sitio web, respecto a los *links* que permitía la descarga directa de archivos alojados en servidores, no así los que derivaban a redes P2P⁴².

Tras estas primeras resoluciones judiciales, tremendamente perjudiciales para los titulares de derechos, la situación actual es, por fortuna, bien diferente gracias a la armonización introducida por las sentencias del TJUE de los casos *Svensson* y *GS Media*. En consecuencia, en la actualidad, un titular que entienda que sus derechos están siendo infringidos por la provisión de enlaces a través de un sitio web, podrá, en el orden civil, iniciar acciones de cesación y exigir una indemnización por los daños y perjuicios causados, además de requerir la adopción de medidas cautelares, siendo más probable que hace unos años que las mismas sean admitidas si se dan todos los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente.

39 Es el caso *Agujero.com*, resuelto mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 6 de mayo de 2009.

40 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010.

41 Sentencia 83/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de febrero de 2011. ECLI: ES:APB:2011:3.

42 Esta resolución fue duramente criticada por la doctrina, entre otros, PEGUERA POCH, M., "Tratamiento Jurisprudencial de los Sitios Web que Proporcionan Enlaces a Obras y Prestaciones Protegidas", en *Revista Pe.I.* (2012) núm. 42, pág. 65.

2. Acciones dirigidas a intermediarios

Tradicionalmente, las acciones civiles ante infracciones de derechos de propiedad intelectual se dirigían, como no podía ser de otra forma, únicamente contra los propios infractores. A diferencia de las conductas delictuales, en las que la labor e involucración de terceras personas como cómplices o cooperadores necesarios tienen relevancia penal, en el orden civil no era habitual dirigir acciones de cualquier tipo contra terceros que, de una forma u otra, participaban o estaban implicados, con o sin conocimiento, en la actividad infractora. Sin embargo, para conductas ilícitas ocurridas en Internet, donde existen múltiples intermediarios (proveedores de acceso a redes, empresas de alojamiento, motores de búsqueda, etc.) que tienen cierta capacidad de control, *a priori* o *a posteriori*, sobre las mismas, se antojaba necesario articular recursos jurídicos para que los titulares de derechos pudieran accionar también contra ellos.

Existe la percepción de que la responsabilidad y las acciones que se pueden dirigir contra estos intermediarios de Internet se encuentra regulada exclusivamente en la LSSI, en los artículos 13 a 17, sobre los que ahondaremos más adelante. No obstante, la LPI también establece, en concreto en los artículos 138, 139 y 141, suficientes recursos para dirigir acciones contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual. En este mismo sentido, llama la atención la reducida aplicación de dichos recursos por los titulares de derechos hasta fechas muy recientes, cuando estos están vigentes en nuestro país desde la modificación de la LPI por la Ley 19/2006⁴³, que traspuso la Directiva 2004/48/CE, conocida como Directiva *Enforcement*⁴⁴.

Lo cierto es que, en muchas ocasiones, un titular de derechos encuentra numerosos obstáculos para iniciar acciones contra el administrador de una página de enlaces, ya sea por su anonimidad, por ser residente en un tercer país o por cambiar constantemente de localización (física o electrónica). Por este motivo, estratégicamente, en los últimos años, las acciones por infracciones de derecho de propiedad intelectual se están dirigiendo, además, contra los intermediarios de Internet cuyos servicios son utilizados por terceros para infringir derechos de propiedad intelectual.

Como anticipábamos, el artículo 138 LPI, por un lado, establece un régimen de responsabilidad secundaria sobre quienes induzcan a realizar una conducta infractora, contra quienes cooperen con la misma o contra quienes cuenten con una capacidad de control sobre la conducta del infractor⁴⁵; y, por otro, permite instar acciones de cesación contra cualquier tipo de intermediario a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción.

El régimen de responsabilidad secundaria del artículo 138.II LPI se aprecia idóneo en la actualidad para desarrolladores de *software* o de servicios webs que están principalmente concebidos para que los usuarios del mismo infrinjan derechos

43 Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. BOE-A-2006-9960.

44 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/48/oj>

45 Recuerda este régimen de responsabilidad a las doctrinas de *contributory copyright infringement* y *vicarious liability* de EE.UU., las cuales imputan responsabilidad por infracciones realizadas por terceros cuando, en el primero caso, el intermediario tiene conocimiento de la infracción y contribuye activamente a ella; y, en el segundo, tiene capacidad de control sobre la conducta infractora y obtiene un beneficio económico derivado de ella.

de propiedad intelectual, como, por ejemplo, *software* P2P⁴⁶. Así, tras la doctrina marcada por el TJUE en los casos *Svensson* y *GS Media*, carece de sentido argumentar que los administradores de una página de enlaces realizan cualquiera de los actos descritos en el segundo párrafo del artículo 138 LPI, por el cual tendrían responsabilidad secundaria, cuando ya es posible imputarles responsabilidad directa, por los actos de puesta a disposición que realizan a través de la provisión de enlaces. Únicamente podría discutirse su responsabilidad en el supuesto de que estos administrasen un sitio web de enlaces en el que los mismos no fuesen facilitados por ellos, sino por sus propios usuarios, lo cual es habitual en algunos de estos servicios, en cuyo caso el administrador podría invocar el artículo 17 LSSI. Sin embargo, esta opción entendemos que también se debe descartar por el “papel activo” que tiene el gestor del sitio web de enlaces, en cuyo caso será igualmente responsable de dicha infracción en aplicación de la doctrina del TJUE sobre responsabilidad de prestadores de servicios de Internet⁴⁷.

Adicionalmente, como adelantamos, un afectado puede solicitar acciones de cesación, por mor del párrafo cuarto del artículo 138 LPI, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos por la ley. Al no establecer la LPI la tipología de intermediarios a los que se refiere, ello se debe interpretar en sentido amplio, facultándose para requerir la cesación de tales servicios a, por ejemplo, operadores de pago, servicios de alojamiento, buscadores de Internet o proveedores de acceso. De esta forma, un titular de derecho puede exigir, por ejemplo, a un proveedor de alojamiento que cese el servicio que está prestando a un sitio web de enlaces, o a un proveedor de Internet que bloquee el acceso a dicho servicio a sus abonados⁴⁸. En cualquier supuesto, el propio artículo dispone que la medida adoptada debe ser “objetiva, proporcionada y no discriminatoria”, para evitar situaciones de suspensión de servicios ilimitadas en el tiempo o que pudiese mermar injustificadamente derechos fundamentales del afectado por la medida.

Es reseñable que las acciones que se pueden dirigir contra estos intermediarios incluyen la cesación o suspensión de los servicios, no así cualquier tipo de indemnización por daños y perjuicios, que deberá ser dirigida en todo caso al responsable directo de la infracción o, si se quiere llevar a cabo hacia el intermediario, se deberá demostrar que incitó, cooperó o tenía capacidad de control sobre la conducta infractora (artículo 138.II LPI) o que su rol no fue el de un mero intermediario neutro, sino que tuvo un papel activo en la infracción (artículos 16 y 17 LPI).

Finalmente, el catálogo de posibles medidas contra los intermediarios incluye la solicitud de medidas cautelares consistentes, específicamente, en que se decrete la suspensión o bloqueo de los servicios que está prestando a un posible infractor y que son utilizados por este para cometer el acto ilícito⁴⁹. De hecho, en los últimos años la estrategia procesal de determinados titulares de derechos, ciertamente exitosa, es la solicitud de medidas cautelares para el bloqueo de determinados sitios webs, la cual va dirigida contra los prestadores de acceso a Internet que, si bien en los primeros procedimientos solían oponer cierta resistencia, parece que están tendiendo a allanarse en la mayoría de los casos por

46 De hecho, esta doctrina de la responsabilidad secundaria trató de argumentarse por la representación letrada del conocido asunto *ManolitoP2P*, por el que gran parte de la industria discográfica española demandó al desarrollador de tres programas P2P por permitir a sus usuarios intercambiar archivos musicales, sin autorización de sus titulares de derechos. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28, sentencia de 31 de marzo de 2014; ECLI: ES:APM:2014:4112), realizó un profuso análisis de estos regímenes de responsabilidad indirecta, incluyendo su aplicación en EE.UU., para, finalmente, rechazar su posible aplicación en nuestro país, afirmando que correspondía al poder legislativo positivizarlo, lo cual, de hecho, se estaba realizando en paralelo, ya que la modificación de la LPI en ese punto estaba, en el momento de publicación de la sentencia, en pleno trámite parlamentario.

47 Sentencias *L’Oreal y otros*, C-324/09 (EU:C:2011:474); Sentencia *Scarlet Extended*, C-70/10 (EU:C:2011:771); y Sentencia *SABAM*, C-360/10 (EU:C:2012:85), principalmente.

48 De hecho, este recurso permite soluciones ciertamente creativas, como la adoptada recientemente por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid (sentencia de 11 de febrero de 2020; ECLI: ES:JMM:2020:2), que, tras una solicitud de Telefónica Audiovisual Digital, S.L.U. ha ordenado el bloqueo de determinados sitios de enlaces a las principales operadoras de acceso a Internet de España. La novedad es que la medida, adoptada por el allanamiento de los demandados, se extiende por tres temporadas futbolísticas y es dinámica, es decir, semanalmente Telefónica Audiovisual Digital podrá actualizar el listado de sitios webs objeto de bloqueo si estos hubiesen cambiado de localización para evitar el mismo.

diversos motivos, adoptándose la medida cautelar de manera ágil y sin apenas contratiempos⁵⁰.

49 Artículo 141.6 LP.

50 Ejemplo de ello es el Auto adoptado por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, de 11 de marzo de 2019, adoptando medidas cautelares de bloqueo contra los sitios web Elitetorrentz.biz, Mejortorrent1.com, Gnula.nu, Mejortorrent.org y Gnula.se (noticia completa en: <http://www.institutoautor.org/es-ES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=2317&s=1> – último acceso el 20 de abril de 2020).

51 Recomendamos, en este punto, el trabajo de LLOPIS NADAL, P., "El ejercicio de la acción de cese contra el intermediario no infractor (las dudas suscitadas en torno a la aplicación del artículo 138.IV LPI frente a los ilícitos cometidos en Internet)", *Revista Pe.I.* (2018) núm. 59, pág. 51 a 99.

52 Sin embargo, conviene recordar que dicho principio del derecho penal va dirigido al legislador y no al aplicador de la norma, es decir, al juzgador, quien deberá aplicarla en los términos establecidos por el poder legislativo, pudiendo aplicar dicho principio únicamente en caso de oscuridad de la norma.

53 La reforma operada en el Código Penal de 1973 mediante la Ley Orgánica 6/87, de 11 de noviembre, introdujo el artículo 534 bis a), que se constituye como el germen del actual artículo 270 CP, referido a los delitos relativos a la propiedad intelectual.

Comprobamos, por tanto, que los titulares de derechos cuentan desde hace años con un amplio repertorio de acciones contra quienes explotan sus obras o prestaciones sin autorización y contra determinados intermediarios, ya sean responsables secundarios de la conducta ilícita o meros prestadores de servicios en línea a quienes se acuden para propiciar la infracción. A pesar de los mismos, actualmente, la vía civil está siendo más utilizada para acciones dirigidas contra tales intermediarios, por carecer de determinados medios y recursos para la investigación y obtención de pruebas sobre dichas conductas infractoras, en cuyo caso el orden penal, como veremos a continuación, puede ofrecer una mejor solución para los titulares de derechos⁵¹.

IV. La persecución penal de los delitos relativos a la propiedad intelectual: la actividad de las webs de enlaces como fenómeno delincencial

Entre las diferentes controversias suscitadas a propósito de la protección de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito civil, se han venido planteando a lo largo de los años –si cabe, con mayor virulencia– dudas y críticas sobre la procedencia de que dichos derechos deban ser protegidos también por el ordenamiento jurídico-penal. Estas críticas se acentúan especialmente en el marco de investigaciones penales que afectan a webs de enlaces, siendo ciertamente habitual que la estrategia de defensa se funde, en un modo u otro, en el principio de intervención mínima del derecho penal⁵².

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que el legislador español ya desde el año 1987 optó por prescindir de la técnica legislativa que había venido utilizándose hasta la fecha, consistente en la técnica de la norma penal en blanco, pasando a dotar al tipo penal de una redacción muy similar a la del actual artículo 270 CP⁵³. Esta reforma supuso un importante cambio en la tipificación de los delitos contra la propiedad intelectual, habida cuenta de que dotó al tipo penal de una mayor sustantividad mediante la inclusión de nuevos elementos normativos ("reproducir", "plagiar", "distribuir" y "comunicar públicamente") y que, como ocurre en la actualidad, debían ser integrados acudiendo a la normativa reguladora de la materia, esto es, la LP⁵⁴.

Como se ha explicado anteriormente, la rápida evolución tecnológica ha requerido de la continua adaptación y reforma de la normativa civil reguladora de los

54 Concretamente, la definición de los conceptos de reproducción, distribución y comunicación pública vienen incluidos en los artículos 18, 19 y 20 de la LPI, respectivamente. Por su parte, la definición de "plagiar" podemos encontrarla en la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (STS 8255/2006): "por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio".

derechos de propiedad intelectual, clave en la integración del tipo penal. Esta circunstancia, que supuso una complejidad adicional a las ya existentes, y los diferentes usos sociales que se abrazaron en un contexto de crisis financiera, impidieron en muchas ocasiones proporcionar una respuesta eficaz desde el plano penal a un fenómeno como el de las webs de enlaces, tal y como se ha podido avanzar en secciones anteriores.

Como resultado de esta situación, y a la vista del progresivo impacto económico y social de este fenómeno, el legislador optó por reformar sustancialmente el artículo 270 CP en el año 2015⁵⁵. A través de esta modificación, además de incrementar considerablemente las penas asociadas al delito –equiparándolas en los supuestos más graves con los delitos más graves contra el orden socioeconómico–, se incluye un apartado específicamente dedicado a sancionar la actividad de facilitación de enlaces a contenidos en sitios web. En esta sección analizaremos desde el punto de vista penal cuál es el estado de la cuestión en la actualidad.

1. La extensión del tipo del artículo 270.2 CP

El artículo 270.2 CP sanciona a aquellos que “en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en Internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios”.

Por su parte, el apartado tercero del citado artículo 270 CP prevé que la autoridad judicial ordene la retirada de las obras objeto de la infracción, de tal forma que cuando, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente contenidos objeto de la propiedad intelectual, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo (o su bloqueo en casos excepcionales), pudiéndose acordar “cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual”.

El nuevo espectro normativo permite alcanzar diversas conclusiones. La primera de ellas es que la responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información queda regulada en el artículo 270.2 CP. Dicha responsabilidad queda anudada a que dichos prestadores de servicios realicen, de manera activa y no neutral, dos conductas diferenciadas: la primera, la de “facilitar el acceso” a contenido protegido, es decir, a sitios web que alojan dicho material y que permiten su visualización, reproducción o descarga. La provisión de este tipo de enlaces constituye en sí misma un acto de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición, colmándose de tal forma la doctrina ya explicada sobre los enlaces de profundidad. En segundo lugar, se sanciona también

55 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

“facilitar la localización” de obras protegidas, actividad propia de sitios web de enlaces –entendemos que aquellas con enlaces de superficie–, llegándose a especificar “en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos (...), aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios”.

En definitiva, el artículo 270.2 CP viene a eliminar, de un plumazo, todas las dudas que pudieran perdurar en relación con la atipicidad penal de conductas consistentes en la facilitación de *links* que permitan el acceso y/o localización de obras protegidas, superando la ya mencionada jurisprudencia y doctrina penal relativa a los enlaces de superficie y profundidad.

Por otro lado, es muy reseñable la expresa inclusión de las medidas previstas en el artículo 270.3 CP, por medio de las cuales se proporciona una amplia habilitación legal al juez penal para que adopte medidas eficaces (consistentes en la interrupción o bloqueo del servicio) para el cese de la actividad ilícita, ya sea en un ámbito cautelar o, necesariamente, en sede de ejecución de sentencia. Pero lo que es más importante, la habilitación que proporciona el artículo 270.3 CP no se limita a la interrupción o bloqueo del servicio, sino que se extiende a “cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual”, incluidas las expresamente previstas en los artículos 141 LPI (relativo a las medidas cautelares) y 195 LPI (relativo a la función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual).

2. La necesaria remisión a la LSSI y la relevancia del “conocimiento efectivo de la ilicitud”

Así las cosas, sin perjuicio de que el precepto analizado no incluya conceptos propios de la LPI como sí hace el artículo 270.1 CP (“reproducir”, “distribuir” y “comunicar públicamente”), su aplicación requiere necesariamente un detenido estudio de normativa extrapenal, en este caso, la LSSI y, más concretamente, sus artículos 14 (relativo a la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso), 16 (relativo a la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos) y 17 (relativo a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda). En este sentido, tanto el artículo 16 como el 17 LSSI articulan una exención de responsabilidad para los prestadores respecto de los servicios prestados siempre que: (i) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada (en el caso de *hosting*) o a la que redirigen (en el caso de *enlazadoras*) es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; o (ii) aun teniendo dicho conocimiento, actúan con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos (en el caso de *hosting*) o suprimir o inutilizar el enlace correspondiente (en el caso de *enlazadoras*)⁵⁶.

56 Ver supra nota al pie 12.

Como puede apreciarse, el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de acuerdo con la LSSI, se hace depender

de la existencia de un “conocimiento efectivo” de la ilicitud. En este sentido, tanto el artículo 16 como el 17 LSSI establecen que el prestador de servicios tendrá un conocimiento efectivo “cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”.

Con este contexto normativo, y tras unos primeros años en los que primó una interpretación restrictiva sobre cuándo y en qué circunstancias se adquiriría un conocimiento efectivo (anudada a la existencia de una resolución de un órgano competente), la Sala 1ª del Tribunal Supremo abrió una ya consolidada línea jurisprudencial en virtud de la cual dicha exigencia se puede colmar con una notificación fehaciente y fundamentada de la parte afectada o, incluso, cuando la ilicitud resulte evidente a la vista de la actividad de alojamiento o enlace⁵⁷.

Una vez se haya probado el “conocimiento efectivo” del prestador, corresponderá al tribunal penal valorar su diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos (en el caso de *hosting*) o suprimir o inutilizar el enlace correspondiente (en el caso de *enlazadoras*), no pudiéndoseles exigir una supervisión generalizada y permanente de control preventivo de todos los datos con los que operan y que sea asumida en exclusiva por ellos, tal y como dispone el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁸.

3. El “ánimo de lucro” como elemento determinante del delito

La concurrencia del elemento subjetivo del tipo, el ánimo de lucro, constituye el rasgo determinante del ilícito penal en detrimento del ilícito civil. Siendo esto así, lo cierto es que la valoración de dicho elemento en sede penal ha generado amplios debates doctrinales que han llevado, en ocasiones, al dictado de sentencias absolutorias, convirtiendo el elemento del ánimo de lucro en un escollo más en la protección penal de los derechos de propiedad intelectual.

El debate doctrinal se ha venido planteando en dos ámbitos. El primero de ellos tiene que ver con el contexto social derivado del desarrollo de la tecnología en los años 90 y principios de los 2000. Estos fueron los años del desarrollo y boom de tecnologías como el P2P, que permitían el intercambio masivo de archivos con obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, en un

57 Sentencias del Tribunal Supremo nº 773/2009, de 9 de diciembre; 316/2010, de 18 de mayo; 72/2011, de 10 de febrero; 742/2012, de 4 de diciembre; 128/2013, de 26 de febrero; 144/2013, de 13 de marzo y 805/2013, de 7 de enero de 2014.

58 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea núm. C 70/2010 de 24 de noviembre de 2011.

contexto esencialmente colaborativo y altruista⁵⁹. Esta realidad social planteaba serias dudas sobre la persecución penal de cierto tipo de conductas debido a la definición tradicional acuñada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo respecto del “ánimo de lucro” en los delitos socioeconómicos, que en definitiva albergaba la obtención de cualquier tipo de ventaja o beneficio particular.

Siendo esto así, ¿significaba que un usuario de una red P2P podía ser perseguido penalmente por el hecho de haberse ahorrado el precio de una entrada de cine? ¿Contravendría esta interpretación el principio de intervención mínima que rige el derecho penal? Estas dudas fueron pormenorizadamente analizadas en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, en la que se concluyó que, a los efectos de la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual, la interpretación del concepto de ánimo de lucro debía separarse del tradicionalmente construido por la Sala 2ª, debiendo exigirse un plus, cual es, la obtención de un “ánimo de lucro comercial”.

Esta interpretación se sostenía en dos argumentos: el primero partía del tratamiento homogéneo de los derechos de propiedad intelectual e industrial a nivel comunitario. En la medida que los delitos contra la propiedad industrial ya exigían un ánimo de lucro comercial, difícilmente podía sostenerse que la protección de los derechos de propiedad intelectual pivotaran sobre una interpretación más extensiva del ánimo de lucro; y, en segundo lugar, se consideró la Propuesta de Directiva y de Decisión Marco del Parlamento y del Consejo, presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, donde se incluía una mención a la obligación de los Estados Miembros de considerar delito “todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial”. El criterio de la Fiscalía General del Estado ha sido refrendado por medio de su Circular 8/2015⁶⁰ y, hoy en día, se trata de una cuestión superada.

59 Debemos referirnos a la magnífica ponencia contenida en la sentencia de la Audiencia Nacional 2/2016, de 6 de enero (*Caso Youkioske*) que dice sobre este particular: “Las interpretaciones que sostiene la licitud de las páginas P2P y similares cuando se producen comunicaciones públicas, se han quedado obsoletas y ancladas a una concepción de la red de la década de los 90, donde Internet fue concebida como una red de ordenadores comunicados entre sí a través de diferentes IP con el fin de posibilitar el acceso mutuo, y el intercambio de información en un contexto esencialmente colaborativo y solidario -aplicado a nuestro caso como un club de lectores que se intercambian sus libros, periódicos y revistas-; pero a partir de los años 2000, estos clubes colaborativos y altruistas fueron siendo superados por el control cuasi absoluto que ejercen los gestores centralizados de datos (portales y motores de búsqueda), encargados de organizar el acceso a los contenidos ubicados en los sitios web y servidores conectados a Internet. (...) P2P nace como un intercambiador directo de recursos sin un control central definido; pero el problema surge cuando ese intercambio solidario de contenidos ya no se realiza entre usuarios, sino que se convierten en una exposición y comunicación pública en una página Web que se convierte en un auténtico mercado. Imaginemos como se hacía el viejo trueque entre personas, y como más tarde se transformó en un mercado ubicado en un lugar concreto donde las personas acuden a intercambiar sus productos; pero el problema surge cuando estos productos son de un legítimo titular ajeno y se hace un uso especulativo con el mismo. (...) Las redes P2P, no son ilegales como tal, simplemente son un modo de compartir archivos valiéndose de las oportunidades que ofrece Internet, pero pueden convertirse en ilegales civil o penalmente y ahora administrativamente en función de los contenidos y sus usos- como mínimo siempre que se facilite el acceso generalizado e indiscriminado de una obra protegida, aunque sea en un sistema descentralizado, se está lesionando el derecho y constituye un ilícito en general, siendo de naturaleza penal cuando se concurren el resto de requisitos del art. 270 del CP”.

El segundo de los ámbitos de discusión tiene que ver con la conexidad del ánimo de lucro (en definitiva, de las ganancias obtenidas) con la actividad delictiva. O dicho en términos jurídico-penales, la existencia del ánimo de lucro comercial se hacía depender de que se pudiera acreditar un dolo específico de obtener un beneficio directamente resultante de la conducta delictiva (esto es, de la explotación de obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual). La reflexión que diversos órganos judiciales hacían, y que derivaban en archivos o absoluciones, era la siguiente: el ánimo de lucro solo concurriría si un sitio web de enlaces obtuviera un beneficio directo de sus usuarios para así poder acceder a los contenidos protegidos (es decir, a través de servicios de suscripción⁶¹). Esta interpretación excluía todo beneficio derivado de la publicidad que pudiera estar alojada en el sitio web o de métodos alternativos de obtención de beneficios, tales como la venta de los datos facilitados por los usuarios en el proceso de alta o los servicios *premium*. Estas dudas interpretativas, más actuales en el tiempo, fueron objeto de rechazo en la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015, en la que, de manera contundente y fundada, se defendía la procedencia de considerar la actividad económica en su conjunto, de tal forma que debiera entenderse colmado el elemento del ánimo de lucro comercial cuando al prestador del servicio le resultara beneficioso acometer la actividad delictiva. Esta interpretación ha sido refrendada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en sus sentencias relativas al *Caso Youkioske*⁶².

60 Circular 8/2015, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015.

61 Autos de las Audiencias Provinciales de Huelva (Sección 1ª) de 1 de septiembre de 2010 (rec. 302/2009) [Id. CENDOJ: 21041370012010200141]: "He aquí la razón por la que existen serias dudas interpretativas de que la facilitación gratuita de descargas de música, imagen o combinaciones de ambas sin que el beneficiario tenga que satisfacer nada a cambio pueda directamente ser considerada como una actividad lucrativa, aunque se aprovecha la frecuentación del portal por los usuarios para hacer publicidad (ésta, sí, remunerada) de bienes o servicios ofrecidos por terceros"; y de Madrid (Sección 1ª) núm. 159/2011, de 10 de marzo de 2011 [Id. CENDOJ: 28079370012011200006], entre otros.

62 Sentencias del Tribunal Supremo núm. 638/2015, de 27 octubre de 2015 [RJ 2015\4803] y 920/2016, de 12 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5970].

4. ¿Ha supuesto la reforma del CP de 2015 una declaración implícita de la atipicidad de las conductas acaecidas con anterioridad?

Ante la inclusión en el Código Penal del artículo 270.2 en el año 2015 se plantea la duda de si las actividades de enlace a contenidos protegidos resultaban atípicas con anterioridad a la entrada en vigor de la citada reforma o si, por el contrario, la reforma viene a clarificar la tipificación de dichas conductas.

A este respecto, debemos remitirnos, de nuevo, a la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015, con cuyo criterio coincidimos. En esencia, la Circular instruye a los Fiscales a perseguir penalmente la actividad de enlace a través de sitios web antes de la entrada en vigor de la reforma de 2015, atendiendo a las siguientes razones:

- (i) La interpretación del elemento normativo "comunicación pública" del artículo 270.1 CP vigente antes de la entrada en vigor de la reforma también debía incluir la actividad de enlace a través de sitios web⁶³; y
- (ii) El "ánimo de lucro" al que se refería el artículo 270 CP vigente antes de la entrada en vigor de la reforma debía incluir los beneficios obtenidos directamente como resultado de producirse el acto material de descarga, y también los beneficios indirectos obtenidos como consecuencia de la publicidad, servicios *premium*, venta de datos, etc.

Desde un punto de vista jurisprudencial, la situación continúa lejos de alcanzar una solución pacífica y sigue arrojando a día de hoy pronunciamientos manifiestamente contradictorios, especialmente para conductas anteriores a la modificación de 2015 del Código Penal, como consecuencia de la interpretación del concepto de “comunicación pública”⁶⁴. Y ello a pesar de que la Sala 2ª del Tribunal Supremo⁶⁵, en línea con la jurisprudencia del TJUE, ya ha determinado que la actividad de enlace web a una obra o prestaciones protegidas no autorizadas por sus titulares de derecho, encaja con el concepto de “comunicación pública” del artículo 270 CP vigente antes de la reforma de 2015.

63 Página 29 de la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015: “El concepto comunicación pública es un elemento normativo del art. 270 CP que ha de ser interpretado a la luz del art. 20.1 LPI y del art. 3 de la Directiva 2001/29/CE (...). Dicho concepto ha sido recientemente interpretado por la STJUE de 13 de febrero de 2014 que entiende como tal todo acto de comunicación -o puesta a disposición- a un público nuevo distinto del autorizado por el titular del derecho para acceder a su obra, indicando expresamente dicha resolución que la conducta consistente en facilitar links o enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas a un público no autorizado para ello, constituye un acto de comunicación pública. En consecuencia, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta este criterio en la interpretación del elemento normativo comunicación pública en los procesos relacionados con actividades ilícitas de esta naturaleza, aun cuando se hayan incoado con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015”.

64 Sentencia nº 222/2019 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, que absuelve a los acusados en el caso SeriesYonkis [Id CENDOJ: 30030510042019100001]; Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Jaén núm. 241/2019, de 13 de mayo de 2019 [JUR 2019\270646], que condena por estos hechos, y que posteriormente fue revocada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3ª) número 370/2019, de 27 de noviembre de 2019.

Así las cosas, deberemos esperar, pues, a que el Tribunal Supremo tenga ocasión de analizar un supuesto en el que se plantee expresamente esta circunstancia para conocer cuál es su posición al respecto y despejar así, de una vez por todas, las dudas jurisprudenciales que a día de hoy continúan sucediéndose.

V. Conclusiones

En el presente trabajo hemos visto cómo la tecnología digital y las redes telemáticas han ofrecido grandísimas oportunidades a la industria del entretenimiento, aunque, en paralelo, esta ha tenido que hacer frente a actividades vulneradoras de sus derechos que conseguían replicar sus contenidos de manera más fácil, rápida, fidedigna al original y con una capacidad expansiva sin precedentes en anteriores saltos tecnológicos. Sin embargo, el mayor reto ha sido calificar jurídicamente determinadas acciones llevadas a cabo en Internet, tanto por usuarios de redes P2P como por sitios web que facilitaban enlaces hacia archivos con obras audiovisuales, música, videojuegos o *software* no autorizados por sus respectivos titulares.

En nuestro país, tras un primer lustro con tímidas resoluciones judiciales de instancia, casi todas proclives a absolver, en vía civil y penal, a los administradores de sitios web de enlaces, paulatinamente dicha tendencia judicial se fue corrigiendo con pronunciamientos de audiencias provinciales y, sobre todo, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es quien, a raíz de la sentencia del caso *Svensson*, provocó un punto de inflexión en esta cuestión.

Sin embargo, en la actualidad aún nos encontramos con dos principales retos: (i) la calificación de aquellas conductas anteriores a la modificación del Código Penal de 2015 que aún se encuentran *sub judice*, sobre las que se están produciendo resoluciones contradictorias⁶⁶; (ii) la constante capacidad regeneradora de la piratería digital que, ante la indiscutible ilicitud de actividades como el desarrollo de *software* P2P claramente destinado a infringir derechos de propiedad

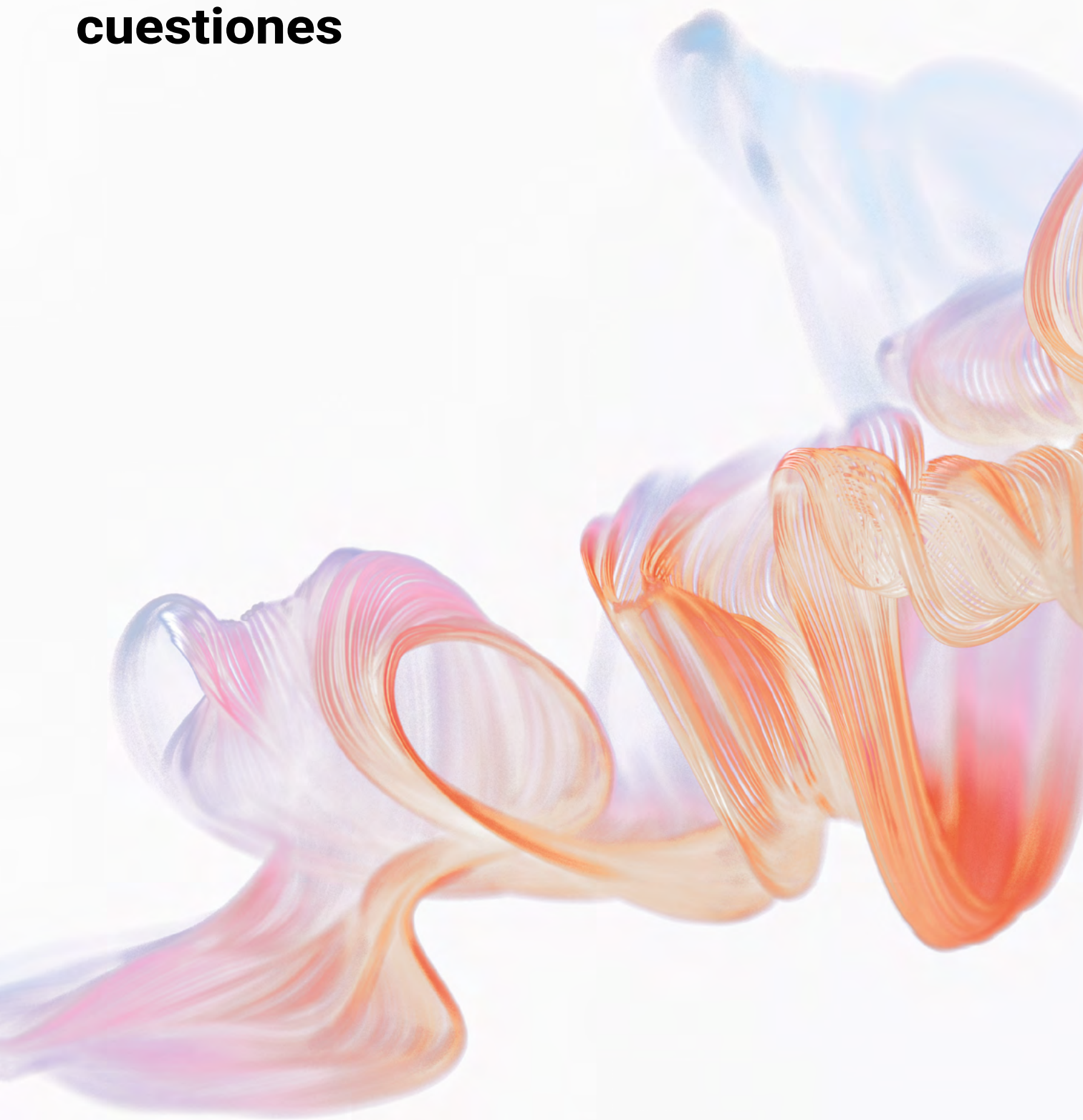
65 Sentencias del Tribunal Supremo núm. 638/2015, de 27 octubre de 2015 [RJ 2015\4803] y 920/2016, de 12 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5970] (*caso Youkioske*): “El enlace a una obra protegida por su titular rellena la tipicidad del delito contra la propiedad intelectual porque propicia, en detrimento de los derechos de los titulares, una comunicación de un contenido protegido que no ha sido autorizado a su difusión de manera libre por los titulares”.

intelectual, o la administración de webs de enlaces hacia contenidos protegidos, las actividades infractoras en la actualidad utilizan nuevos medios y mecanismos para dificultar su persecución, como *proxys*, servicios de anonimización o intermediarios residentes en países poco colaboradores con la persecución de estas conductas.

No obstante, la situación, en la actualidad, dista mucho de la existente hace apenas unos años, ya que tanto la actividad legislativa como jurisprudencial descrita en el presente artículo han ayudado sobremedida a los titulares de derechos a paralizar las infracciones de sus derechos cometidas en Internet. Ello, unido a la creciente involucración de los prestadores de servicio de Internet para mitigar este tipo de conductas, hace que la industria del entretenimiento pueda vislumbrar el futuro con mejores perspectivas a las que tenía hace apenas una década.

66 Discrepamos con aquellas que optan por la absolución al considerar que la conducta no era delictual en el momento de la comisión. Opinamos que esta interpretación supone una incoherente aplicación de la doctrina del TJUE respecto a la manera armonizada en la que deben interpretarse las normas, criterio que es aplicable no solo a los asuntos posteriores a cada resolución de este órgano europeo, sino también a los anteriores, cuyos hechos se hubiesen producido con la norma en cuestión en vigor.

Problemas y cuestiones





El riesgo operacional como elemento nuclear de los contratos de concesión

Elena Veleiro Couto

Socia de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
Y PROCESAL

ABOGADA DEL ESTADO EN EXCEDENCIA

I. Introducción	100
II. ¿Es el riesgo operacional un elemento nuevo en los contratos de concesión?	101
III. ¿Qué se entiende por riesgo operacional?	102
1. Riesgo de demanda	104
2. Riesgo de suministro	104
IV. Riesgo operacional y el reequilibrio económico-financiero concesional	105
V. Conclusiones	106

Índice/



Resumen: La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha convertido el “riesgo operacional” en elemento definitorio clave de los contratos de concesión, de modo que sin la transmisión de dicho riesgo los contratos no podrán ser calificados como concesión.

La importancia de este elemento en la definición del contrato obliga (i) a reflexionar sobre si el mismo constituye una verdadera novedad en nuestra normativa de contratación pública y (ii) a analizar el verdadero contenido y el alcance del mismo.

Abstract: Law 9/2017, of 8 November, on Public Procurement has made “operating risk” a key defining element of concession contracts, such that without the transfer of such risk, contracts cannot be classified as concessions.

The importance of this element in the definition of the contract means that it is necessary (i) to reflect on whether the contract is actually a novelty as regards our public procurement legislation and (ii) to analyse the true content and scope of the contract.



Palabras clave: Concesión, riesgo operacional, riesgo de demanda, riesgo de suministro, riesgo de disponibilidad, reequilibrio.

Keywords: Concession, operating risk, demand risk, supply risk, availability risk, rebalancing.

El riesgo operacional como elemento nuclear de los contratos de concesión

I. Introducción

Desde la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“**LCSP**”), y como expresamente manifiesta su preámbulo, el riesgo operacional se ha convertido en el elemento definitorio esencial de los contratos de concesión. Esta voluntad del legislador de convertir la atribución de riesgos en el núcleo central de la relación contractual ha dado lugar al planteamiento de diversas cuestiones sobre este concepto. Entre ellas, destacan aquellas que tienen por objeto determinar cómo debe entenderse esta nueva categoría de riesgo contractual, así como las que tienen por finalidad comprender el verdadero impacto que la distribución del riesgo debe tener en la relación contractual.

La determinación del riesgo operacional como piedra angular de los contratos de concesión tiene su origen en el Derecho de la Unión Europea, en concreto, en las previsiones de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (“**Directiva**”) y que fue tardíamente traspuesta al derecho español a través de la LCSP, la cual, como hemos señalado, ha aceptado, aparentemente sin resistencia, armonizar nuestro tradicional concepto de contrato de concesión con el construido por el legislador europeo.

Como consecuencia de esta homogenización, los elementos clásicos que definían los contratos de concesión, tales como la presencia de un servicio público, el modo en el que se retribuye al concesionario y la potestad de organización reconocida al mismo, si bien persisten, han perdido relevancia como elementos caracterizadores de la relación contractual. De entre todos estos elementos merece la pena reseñar el carácter disruptivo que para la concepción tradicional del contrato ha supuesto el hecho de que hoy sea posible articular una concesión de servicios sin que exista ningún “servicio público” que gestionar. En efecto, de acuerdo con la nueva normativa, con independencia de cuál sea la naturaleza del servicio a explotar, estaremos ante un contrato de concesión en la medida que el contratista asuma el riesgo operacional.

Aunque la Directiva supone la primera norma de Derecho de la Unión Europea destinada específicamente a regular el contrato de concesión, tanto en su modalidad de obras como en la de servicios¹, la definición del concepto de concesión que contempla es tributaria de los diversos pronunciamientos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”) ha emitido sobre los contratos de concesión, sobre la base de que los mismos siempre han estado sometidos a las normas y a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A los efectos de comprender el modo en que la Directiva ha construido la noción de riesgo operacional es necesario mencionar sintéticamente tres de las

1 El contrato de concesión de obras recibió por primera vez la atención del legislador europeo con la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras.

sentencias del TJUE que han tenido una importancia trascendental en la definición del concepto.

- La primera es la Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, asunto C-458/03, en la que el Tribunal identifica la retribución del servicio por parte del usuario como un elemento esencial al suponer que “el prestador del riesgo asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos²”. Es decir, desde este momento, el Tribunal apunta a la necesidad de que el concesionario, de algún modo, esté necesariamente expuesto a los riesgos del mercado.
- La segunda es la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, asunto C-206/08, en la que el Tribunal clarifica que es posible el contrato de concesión aun cuando el riesgo de explotación del servicio sea muy limitado³.
- La tercera es la Sentencia TJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, asunto C-274/09⁴, y cuya importancia radica en que en ella el Tribunal delimita el riesgo que ha de asumir el concesionario en unos términos muy parecidos a los que refleja la Directiva, indicando en su apartado 37 que: “A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser*, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Contse y otros*, C234/03, Rec. p. I9315, apartado 22, y *Hans & Christophorus Oymanns*, antes citada, apartado 74)”.

Los expuestos constituyen los antecedentes del riesgo operacional que hoy está llamado a definir los contratos de concesión celebrados con los entes del sector público, pero antes de entrar a analizar su alcance se impone reflexionar sobre si esta nueva tipología de riesgo supone una verdadera innovación en la configuración de contrato.

II. ¿Es el riesgo operacional un elemento nuevo en los contratos de concesión?

En efecto, la primera cuestión que surge cuando se aborda el riesgo operacional es si el mismo constituye una verdadera novedad en la normativa de contratación

2 STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, EU:C:2005:605, apartado 40.

3 STJUE de 10 septiembre de 2009, *Eurawasser*, C-206/08, EU:C:2009:540, apartado 74: “Por otro, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado”.

4 STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst y Krankentransport Stadler*, C-274/09, EU:C:2011:130.

pública española, ya que resultaría ciertamente llamativo que el elemento que se ha constituido en la clave esencial de los contratos de concesión no hubiera tenido ninguna presencia en las regulaciones preexistentes.

Pues bien, una breve revisión de los diversos textos normativos anteriores a la LCSP nos permite descartar esta opción. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas se pronunciaba en los siguientes términos: “Cuatro conceptos o notas fundamentales caracterizan la figura de la concesión, tal como la concibe esta ley, conceptos que constituyen el núcleo de esta, imprimiéndole carácter, y cuyo contenido o significado conviene precisar para una mejor comprensión de la norma. Estos son los de «obra pública», «riesgo concesional», «equilibrio económico de la concesión» y «diversificación de la financiación», conceptos que se examinan a continuación (...)”.

Por tanto, ya desde la primera regulación específica del contrato de concesión de obra pública se identificaba el “*riesgo concesional*” como uno de los elementos nucleares de dicho tipo contractual.

Y lo mismo sucede en el caso del contrato de concesión de servicios, pudiendo reproducirse en este caso como precedentes de ese singular riesgo el artículo 66 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases del Contratos del Estado que definía la concesión como la modalidad contractual “por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura”⁵, entendiendo dicha exigencia como un *plus* cualificado respecto al genérico riesgo y ventura que preside todos los contratos con antes del sector público.

Estos precedentes permiten responder sin ambages la cuestión anteriormente formulada, confirmando que el riesgo operacional simplemente constituye una evolución depurada y singular del tradicional riesgo concesional o de explotación que en el Derecho español se ha exigido siempre como una de las características propias del contrato de concesión.

Una vez que se ha confirmado que no existe novedad en la exigencia al concesionario de un riesgo específico en la ejecución de su contrato, la siguiente cuestión que se plantea es en qué modo debe ser entendido el riesgo operacional, puesto que, frente a la indefinición de las regulaciones previas, el riesgo operacional sí constituye un concepto innovador en la medida en la que goza de unos contornos más determinados que permiten una mejor delimitación del mismo.

5 En el mismo sentido puede citarse el artículo 134.3 del vigente Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que prescribe que en la concesión “la explotación se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario”.

III. ¿Qué se entiende por riesgo operacional?

Los contornos caracterizadores del riesgo operacional se extraen del análisis combinado de la Directiva y de la LCSP, debiendo tomarse como punto de partida para su definición las manifestaciones contenidas en los considerandos (18) y (20) de la Directiva que se expresan en los siguientes términos:

“(…) La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. (…)”.

“Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario”.

De la lectura de estos considerandos se infiere que son tres los rasgos esenciales que definen el concepto de riesgo operacional:

- El primero de dichos rasgos es su carácter económico: se configura como un verdadero riesgo comercial propio de la explotación que pretende situar al concesionario en la posición del empresario que se ocupa de la gestión de un determinado negocio. El riesgo operacional aspira a situar al concesionario ante las reglas de juego del mercado.
- El segundo de esos rasgos es su carácter externo: el riesgo no debe poder ser controlado por la voluntad de los contratantes, sino que debe venir determinado por factores parcialmente ajenos a su modo de actuar.
- El tercero de esos rasgos es su carácter limitado: el riesgo asumido por el concesionario es compatible con el hecho de que el órgano de contratación siga asumiendo parte de los riesgos concurrentes en el contrato. De hecho, el riesgo operacional viene formado por dos componentes: el riesgo de demanda y el riesgo de suministro, no siendo necesario que el concesionario asuma ambos.

Así, para seguir ahondando en la comprensión del concepto es necesario analizar cada uno de sus componentes por separado.

1. Riesgo de demanda

El riesgo de demanda no ofrece grandes dudas en cuanto a su identificación, puesto que claramente se articula como el riesgo de que el nivel de uso de la infraestructura o servicio no sea el adecuado para que el concesionario pueda cubrir los costes que implica la ejecución del contrato. Este riesgo se incorpora en el contrato mediante la configuración de un sistema retributivo basado en el número de usuarios que utilicen la obra o servicio, con independencia de que dicha retribución sea satisfecha directamente por los usuarios o por el órgano de contratación.

2. Riesgo de suministro

La verdadera dificultad en la comprensión del riesgo operacional se produce en la definición de la segunda de sus vertientes que es la relativa al riesgo de suministro, ya que la definición normativa no es lo suficientemente explicativa.

En efecto, a la hora de definir el riesgo de suministro, el artículo 14.4 LCSP prescribe que debe entenderse como "el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda." Pero, ¿verdaderamente qué significa que la prestación no se ajuste a la demanda?

En particular, una de las grandes dudas que plantea el concepto de riesgo de suministro es si dentro del mismo cabe incluir el riesgo de disponibilidad en los términos en los que este ha sido definido por las normas contables de la Unión Europea conocidas en su versión vigente como SEC-2010⁶. De acuerdo con dicha normativa, el riesgo de disponibilidad se produce cuando el concesionario se enfrenta a la posibilidad de experimentar pérdidas como consecuencia de que la prestación no alcance el volumen o a la calidad especificados en el contrato.

Una gran parte de la doctrina considera que, siendo uno de los rasgos definitorios del riesgo operacional la necesidad de que el mismo no quede dentro de la esfera de control de las partes contratantes, no es posible admitir el riesgo de disponibilidad como parte del riesgo de suministro, ya que la realización de los niveles de volumen o calidad determinados en el contrato dependerá de la gestión que del mismo realice el concesionario. Estos autores destacan, además, la circunstancia de que, mientras la propuesta de directiva planteada por la Comisión de 20 de diciembre de 2011 incluía como componentes del riesgo operacional el de demanda y el de disponibilidad, la versión definitivamente aprobada sustituyó esa denominación por la de riesgo de suministro.

6 Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

En este sentido, sostienen que el riesgo de suministro debe entenderse exclusivamente como aquel supuesto en el que el concesionario queda expuesto a sufrir pérdidas porque el servicio que ofrece no se ajuste a lo demandado por los usuarios, de modo que un exceso de demanda provoque un agotamiento del servicio o una indebida prestación del mismo. Así, como posible ejemplo de esta situación, plantean la posibilidad de configurar contratos en los que el concesionario pierda retribución porque el servicio quede saturado por un exceso de demanda (como sería el caso de un embotellamiento en una autopista concesionada o por la existencia de listas de espera en la prestación del servicio)⁷.

Pues bien, frente a este sentir generalizado de la doctrina, lo cierto es que el legislador español expresamente ha admitido para los contratos de concesión de obras en el artículo 267.4 LCSP que la retribución del concesionario pueda realizarse en base a un sistema de pagos por disponibilidad. Dicha posibilidad, por el contrario, no ha sido contemplada para el contrato de concesión de servicios. Por tanto, con independencia de las dudas conceptuales que puedan existir sobre si los pagos por disponibilidad encajan plenamente en el concepto de riesgo operacional, su uso en los contratos de concesión de obras es perfectamente posible.

IV. Riesgo operacional y el reequilibrio económico-financiero concesional

Existe una última cuestión que se ha planteado como consecuencia del surgimiento del riesgo operacional como el elemento definitorio de los contratos de concesión y es la relativa a su compatibilidad con una institución esencial en nuestro derecho, como es el principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

La insistencia cuasi obsesiva en destacar la necesidad del traslado del riesgo operacional al concesionario llegó a plantear algunas dudas⁸ sobre si dicha atribución debería implicar, adicionalmente, alguna limitación al legítimo derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio del contrato cuando la economía de la concesión se vea sustancialmente alterada.

Pues bien, no puede plantearse ninguna duda sobre la absoluta compatibilidad del principio de reequilibrio con el riesgo operacional, no solo porque la LCSP continúa regulando el debido derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio del contrato en sus artículos 270 y 290, sino porque, además, dicha compatibilidad se desprende del propio modo en el que, tanto la Directiva, como la LCSP, definen el riesgo operacional al confirmar que el mismo solo es exigible mientras el desarrollo del contrato se esté realizando “en condiciones normales de funcionamiento”.

Por tanto, en ningún caso el riesgo operacional puede servir de excusa para pretender que el concesionario tenga que hacer frente a acontecimientos de carácter extraordinario que alteren la economía del contrato y que legítimamente han de generar su derecho a volver a situarlo en las condiciones de partida. El reequilibrio

7 HUERGO LORA, A., “Skin in the game: Riesgo operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa,” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. El nuevo régimen de las concesiones*, nº 74, 2018, págs.20-33.

8 Particularmente llamativas en este sentido son las manifestaciones que el Consejo de Estado realizó en su Dictamen 1116/2015 relativo al anteproyecto de la LCSP en las que concluyó que: “La existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el derecho español -de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida del otorgamiento- choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional y por eso desaparece en el nuevo régimen. Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes. A la vista de estas previsiones, la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales”.

económico del contrato es una garantía esencial que protege al concesionario de aquellos riesgos que no son los propios de la explotación del negocio y que, por tanto, en ningún caso le han de ser trasladados.

La protección del concesionario frente a las alteraciones del contrato derivadas del *ius variandi*, el *factum principis*, la fuerza mayor o el riesgo imprevisible tiene su fundamento en los principios de equidad, justicia, buena fe y en la prohibición del enriquecimiento injusto, de manera que, en modo alguno puede verse cercenada por la exigencia impuesta al concesionario de que asuma la ejecución de su contrato sobre la base del traslado del riesgo operacional.

V. Conclusiones

La definición que la LCSP ha realizado de los contratos de concesiones determinando que el núcleo central de los mismos venga constituido por el traslado del riesgo operacional al concesionario ha planteado ciertas cuestiones sobre el impacto que dicho concepto implicaría en la relación contractual.

El análisis de esos interrogantes permite constatar que la presencia del riesgo operacional no supone una verdadera innovación normativa, puesto que la configuración tradicional del contrato de concesión en nuestro ordenamiento siempre ha exigido que el concesionario asuma el riesgo de explotación del contrato.

Sin embargo, lo que sí supone un elemento novedoso es el hecho de que, frente a la antigua indefinición que existía en relación con el riesgo a asumir por el concesionario, el riesgo operacional supone un cierto grado de objetivación en el modo en el que el riesgo del concesionario ha de ser configurado.

Así, el riesgo operacional implica la traslación al concesionario del riesgo de demanda o del riesgo de suministro. Existen ciertas dificultades para ofrecer una definición del riesgo de suministro y para determinar si en el mismo puede quedar comprendido el riesgo por disponibilidad. En todo caso, con independencia del debate conceptual, el legislador español ha admitido que los pagos por disponibilidad en las concesiones de obra pública constituyen un sistema retributivo válido en la relación concesional. Adicionalmente, es esencial recordar que, en ningún caso, se exige que la transmisión del riesgo al concesionario sea total, puesto que la jurisprudencia del TJUE admite la existencia de contratos de concesión a pesar de que la exposición al riesgo sea limitada.

Finalmente, y dado que el riesgo operacional supone en esencia situar al concesionario ante el devenir ordinario del mercado, el mismo es absolutamente compatible con el principio del reequilibrio económico concesional que garantiza la protección del concesionario frente a la concurrencia de acontecimientos extraordinarios que rompan sustancialmente la economía del contrato.

PSD2: Escenario actual tras su implantación y retos jurídicos del “*open banking*”

Paula De Biase

Counsel de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE CORPORATE

RESPONSABLE DE LA PRÁCTICA DE
SERVICIOS FINANCIEROS

Álvaro Basco Domínguez

Abogado de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE CORPORATE

I. Introducción	100
II. Principales novedades de Real Decreto de servicios de pago	111
III. Autenticación reforzada	111
IV. <i>Open banking</i> y nuevos proveedores de pago	113
V. Conclusiones	115

Índice/



Resumen: A diferencia de la mayoría de las directivas regulatorio-financieras publicadas desde la crisis de 2008 – que han tenido en líneas generales un carácter más restrictivo sobre la operativa bancaria bajo un enfoque de supervisión y/o transparencia frente a clientes – la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (“**PSD2**”), introduce un reto distinto. Se incrementan las medidas de seguridad ante fraudes digitales a la vez que se promueve la apertura del espacio financiero a más jugadores (*open banking*), regulando las obligaciones y condiciones bajo las cuales las entidades financieras deben compartir ciertos datos de cliente, siempre que estén expresamente autorizados por estos, con terceros proveedores que pueden, a su vez, desarrollar otros servicios de pago con base en dicha información. Todo ello, conlleva no solo un reto de adaptación tecnológica o en cuestiones de cumplimiento normativo o *compliance*, sino también un reto estratégico y operativo para muchas entidades.

El presente trabajo destaca resumidamente las principales novedades derivadas de la PSD2 y el nuevo escenario tras su trasposición, tratando en particular algunos de los principales retos relacionados con el *open banking*, y la aplicación de la autenticación reforzada en operaciones de pago.

Abstract: Unlike most of the financial regulatory directives issued since the 2008 financial crisis – which have generally been more restrictive as regards banking operations, focusing on supervision and/or transparency for clients – Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC (the “**PSD2**”) introduces a different challenge. Security measures against digital fraud have been increased, while promoting the opening of the financial market to more players (*open banking*), regulating the obligation and conditions under which financial institutions must share certain customer data, provided that customers have expressly authorised this, with third party providers who may, in turn, develop other payment services based on such information. All of this entails challenges for many entities, both in terms of adapting technology and compliance issues, and in terms of strategy and operations.

This article summarises the main developments arising from the PSD2 and the new scenario following its transposition, and in particular addresses some of the main challenges related to open banking and the application of strong customer authentication in payment transactions.



Palabras clave: Segunda Directiva de servicios de pago (PSD2), autenticación reforzada, terceros proveedores, agregación financiera, servicios de iniciación de pagos, *open banking*.

Keywords: Second Payment Services Directive (PSD2), strong customer authentication, third party providers, financial aggregation, payment initiation services, open banking.

PSD2: Escenario actual tras su implantación y retos jurídicos del “open banking”

I. Introducción

La **PSD2** fue transpuesta en España con cierto retraso mediante el Real Decreto-ley 19/2018 de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (“**RDL de Servicios de Pago**”) y su desarrollo reglamentario fue aprobado por el Real Decreto 736/2019 de régimen jurídico de los servicios de pago y las entidades de pago.

1 Información sobre cuentas e iniciación de pagos.

2 Desde su definición en inglés “*Account Information Services*”.

3 Desde su definición en inglés “*Payment Initiation Services*”.

4 Se trataba de una excepción de elección nacional desde PSD1 que España solo ha optado por utilizarla al trasponer la PSD2.

5 Se trata del proyecto de ley de transformación digital del sistema financiero que incluye la creación de un *sandbox* o espacio controlado de pruebas. Esta iniciativa responde a la necesidad de impulsar la innovación como elemento esencial para un desarrollo económico sostenible y equitativo. Una vez entre en vigor, se prevé que el *sandbox* permitirá llevar a cabo proyectos tecnológicos de innovación en el sistema financiero en fase de prueba con clientes reales pero por un tiempo limitado antes de la obtención de la licencia regulatoria pertinente, cuyo periodo de tramitación podría reducirse como consecuencia de la información compartida con los reguladores en fase *sandbox*.

A pesar de que la PSD2 y sus normas técnicas de desarrollo – en particular el Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos comunes y seguros (“**RTS SCA & CSC**”) – ya entraron en vigor, en la práctica todavía quedan cuestiones por depurar desde un punto de vista técnico y/o aclaraciones legales para que la PSD2 despliegue todo su poder disruptivo en el mercado. En particular, se hace necesaria tanto una implementación técnica plena de los nuevos estándares de comunicación segura a través de interfaces de programación de aplicaciones (“**APIs**”) y aclaraciones sobre la viabilidad de ciertos modelos de negocio, como la puesta en marcha de la autenticación reforzada para el comercio electrónico, que tiene como fecha límite para desplegar sus efectos el 31 de diciembre de 2020.

La trasposición tardía, así como la complejidad técnica derivada de los expedientes de adaptación a la PSD2 y/o de aprobación de nuevos servicios de pago ha ralentizado la concesión de autorizaciones regulatorias, y hasta la fecha, hay muy pocos proveedores registrados ante el Banco de España para la prestación de los nuevos servicios de pago¹ regulados bajo la PSD2. No obstante, es importante reconocer que en ciertas materias que la PSD2 permitía una opción nacional sobre su implementación, en líneas generales, España ha adoptado el camino que otorga más flexibilidad al sector de los servicios de pago. En este sentido, es destacable la incorporación de una nueva excepción a la obtención de una autorización como entidad de pago, exigiéndose solamente un registro simplificado para la prestación de servicios de pago, distintos a información sobre cuentas (“**AIS**”²), e iniciación de pagos (“**PIS**”³), que limiten sus operaciones a 3 millones de euros mensuales (como media de los últimos 12 meses)⁴. Para ciertos modelos de negocio en los que su calificación como un servicio de pago esté clara, este régimen podría otorgar más flexibilidad y efectividad para nuevas *Fintechs* y *start-ups* del sector que el proyecto de *sandbox* regulatorio⁵, el cual se encuentra pendiente de aprobación por las Cortes.

Antes de centrarnos en algunos retos derivados de los nuevos modelos de *open banking* y la implementación de la autenticación reforzada, para contextualizar la problemática, pasaremos a resumir las principales novedades derivadas de la implementación de la PSD2 en nuestro ordenamiento.

II. Principales novedades de RDL de Servicios de Pago

Las principales novedades derivadas de la trasposición de la PSD2 en nuestro ordenamiento pueden subdividirse en cuatro grandes bloques:

- La primera gran novedad es la regulación de dos nuevos servicios de pago (los AIS y PIS), y, en particular, el régimen aplicable a la autorización de dichos proveedores, así como las obligaciones derivadas de la relación entre estos últimos y los proveedores gestores de cuentas.
- En un segundo bloque, podemos incluir ciertas modificaciones relevantes del régimen de excepciones a la aplicación de la normativa de servicios de pago y, en particular pero no exclusivamente, a la excepción de red limitada. Asimismo, se introduce una nueva excepción al régimen completo de autorización (exigiendo un registro más sencillo) para la prestación de ciertos servicios de pago⁶ que no sobrepasen el umbral de 3 millones de euros al mes.
- El tercer bloque está relacionado con obligaciones contractuales o de responsabilidad frente a los usuarios, incluyendo en particular (i) equiparación de la microempresa a consumidor, (ii) regulación de ventas vinculadas, (iii) prohibición de recargo por utilización de un determinado instrumento de pago, y (iv) cambios en los límites de responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas.
- Por último, destacamos todos los cambios relacionados con la seguridad en las comunicaciones entre usuarios, proveedores y sus bancos, incluyendo tanto las obligaciones de autenticación reforzada de operaciones, como los nuevos estándares de comunicación entre terceros proveedores y entidades gestoras de cuentas.

III. Autenticación reforzada

El RDL de Servicios de Pago define en su artículo 3, “autenticación” como el “procedimiento que permita al proveedor de servicios de pago comprobar la identidad de usuario de un servicio de pago o la validez de la utilización de determinado instrumento de pago, incluida la utilización de credenciales de seguridad personalizadas del usuario” y “autenticación reforzada de cliente” conocida por sus siglas

6 Se excluye de dicha posibilidad la prestación de información sobre cuentas e iniciación de pagos.

en inglés como SAC, como “la autenticación basada en la utilización de dos o más elementos categorizados como conocimiento (algo que solo conoce el usuario), posesión (algo que solo posee el usuario) e inherencia (algo que es el usuario), que son independientes –es decir, que la vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás–, y concebida de manera que se proteja la confidencialidad de los datos de identificación”.

Con la implementación de la PSD2, los proveedores de servicios de pago son obligados a utilizar dicha autenticación reforzada de doble factor cuando el ordenante (i) acceda a su cuenta de pago en línea; (ii) inicie una operación de pago electrónico y/o (iii) realice por un canal remoto cualquier acción que pueda entrañar un riesgo de fraude en el pago u otros abusos.

Esto implica que los distintos proveedores de servicios de pago tienen que implementar nuevas soluciones tecnológicas cumplidoras de los parámetros de autenticación reforzada y a la vez, migrar sus distintos clientes (ya sean personas físicas o comercios) hacia el uso de dichas nuevas soluciones. Además, en aras de permitir una experiencia de usuario de un solo clic (extremadamente deseable por muchos comercios online), es necesario que dichas soluciones puedan permitir la gestión de la aplicación de las distintas excepciones a la autenticación reforzada previstas en el RTS SCA & CSC, siempre que esto sea posible. Entre dichas excepciones se encuentran, por ejemplo, operaciones de baja cuantía, las realizadas con beneficiarios de confianza incluidos en una lista previamente por el ordenante, operaciones frecuentes con un mismo proveedor y transferencias de créditos entre cuentas mantenidas por la misma persona.

Para poder aplicar dichas excepciones, los proveedores de servicios de pago están obligados a realizar un análisis de los riesgos de fraude que ello pueda entrañar y, para ello, es fundamental que los sistemas tecnológicos utilizados permitan la transmisión de distintos datos asociados a la transacción. Así, es fundamental que los sistemas e infraestructuras de pagos en los cuales se apoyan los emisores a través de las marcas licenciatarias (Visa, MasterCard, Amex, etc.) permitan que la información que se transmite con cada transacción sea lo más completa posible de forma que permita dicho análisis de riesgo por los proveedores de pago y así puedan gestionar y autorizar el mayor número de excepciones posible a la aplicación de la autenticación reforzada.

El RTS SCA & CSC entró en vigor el 14 de septiembre de 2019 y estaba previsto que tanto la autenticación reforzada como los nuevos estándares de comunicación seguros por APIs resultasen de aplicación desde esa fecha. No obstante, conocedora de los desafíos asociados a estos cambios normativos y su impacto en comercio electrónico⁷ manifestados por el sector, la Autoridad Bancaria Europea (“EBA”) otorgó cierta flexibilidad a las autoridades nacionales (en el caso español, el Banco de España) para coordinar con los proveedores de servicios de pago bajo su supervisión, un tiempo adicional limitado para adaptarse a los procedimientos de la autenticación reforzada, pero únicamente en lo que se refiere a las

⁷ Se debe tener en cuenta que la experiencia de usuario actual de utilización del número de tarjeta, validez y CCV más código OTP enviado el móvil no sería suficiente para cumplir la autenticación reforzada, pues la información de número de tarjeta, validez y CCV no puede ser considerada como un elemento que solo conoce el ordenante.

operaciones de comercio electrónico (la normativa de autenticación para acceder a cuentas online, por ejemplo, entró en vigor el 14 de septiembre).

En su Opinión de fecha 16 de octubre de 2019, la EBA aclaró que dicho “tiempo adicional limitado” no podría exceder del 31 de diciembre de 2020. Como consecuencia de ello, los proveedores de servicios de pago afectados han presentado ante el Banco de España el pasado mes de diciembre de 2019 sus planes de migración para el cumplimiento de la autenticación reforzada antes del 31 de diciembre de 2020. Mientras algunos proveedores utilizan soluciones propias, otros se apoyan en soluciones de terceros.

A fecha de cierre de este artículo, asociaciones del sector de pagos reclaman a la EBA una nueva extensión de la fecha de migración, teniendo en cuenta la ralentización del calendario de migración como consecuencia de la COVID-19, en particular, en relación con los sectores de servicios y comercios más afectados (como restauración u hostelería). Todavía no está decidido si la EBA flexibilizará la fecha del 31 de diciembre de 2020. Los reguladores nacionales reciben información trimestral actualizada sobre el calendario que han trazado los proveedores de pago en su plan de migración y podrán remitir a la EBA información precisa sobre posibles retrasos e impacto real declarado por las entidades. Lo que sí está claro es que el impacto de la implementación de la autenticación reforzada en el comercio electrónico será seguramente mayor de lo que se esperaba cuando se aprobó dicha “prórroga/flexibilidad supervisora”, teniendo en cuenta el incremento del canal de venta online como consecuencia de la pandemia.

IV. *Open banking* y nuevos proveedores de pago

Tal y como se indicó anteriormente, una de las principales novedades de la PSD2 es la regulación de los servicios de AIS⁸ y de PIS⁹, y la obligación de que los proveedores de pago gestores de cuenta (normalmente entidades de crédito) den acceso a la información relacionada con las cuentas de sus clientes a dichos proveedores, siempre que los clientes lo autoricen expresamente a través de un sistema de comunicación segura regulada a estos efectos. Los proveedores de dichos nuevos servicios (AIS y PIS) son conocidos como TPPs (del inglés, *Third Party Providers*) y se regula por la PSD2 únicamente su acceso a información relacionada con cuentas de pago y la iniciación de operaciones de pago (es decir, no se regula el acceso a información financiera en general como seguros, fondos, etc. – no de pago – o incluso el acceso a información no financiera relacionada).

Es importante destacar que ambos servicios ya venían siendo prestados antes de la implementación de PSD2. Sin embargo, no había un marco de comunicación estandarizada segura a estos efectos entre los proveedores, ni tampoco una obligación legal expresa por parte de los proveedores gestores de cuenta de compartir dicha información¹⁰ con los TPPs.

8 Definido como el “servicio en línea cuya finalidad consiste en facilitar información agregada sobre una o varias cuentas de pago de las que es titular el usuario del servicio de pago bien en otro proveedor de servicios de pago, bien en varios proveedores de servicios de pago”.

9 Definido como el “servicio que permite iniciar una orden de pago, a petición del usuario de servicios de pago, respecto de una cuenta de pago abierta con otro proveedor de servicios de pago”.

10 A estos efectos, se utilizaba una técnica conocida como screen-scraping a través de la cual el TTP podría extraer datos de una aplicación o sistema con objeto de volcarlos en otro para posteriormente trabajar con ellos, sin una identificación separada (“el TTP entra como si estuviera accediendo el propio usuario”).

Muchos modelos de negocios colaborativos (que representan lo que se denomina en el mercado como *open banking*) se basan en la posibilidad de utilizar la información financiera de clientes para prestar servicios de valor añadido al mismo, ya sea de forma directa (por ejemplo, agregando la información financiera en formatos que permitan controlar mejor sus ingresos y gastos, y/o proponiendo servicios más acordes con su perfil personal) o de forma indirecta (por ejemplo, permitiendo que un tercero analice su crédito/solvencia con base en dicha información disponible en línea y ahorrando el tiempo y coste derivado de suministrar información al respecto por otras vías). En este contexto, los modelos de agregación financiera utilizados normalmente no se limitan únicamente a información sobre cuentas de pago, lo que nos lleva a un primer reto de integración, al tener que aplicar la PSD2 en un contexto de negocio mucho más amplio y, en muchos casos, todavía no regulado más allá de las limitaciones derivadas de la normativa general de protección a consumidores y usuarios y la de protección de datos.

Otra vertiente del *open banking* radica en la posibilidad de que TPPs puedan iniciar operaciones de pago desde cuentas de otros proveedores. Se trata de permitir que un comercio, por ejemplo, al integrar un proveedor de iniciación de pagos, pueda ofrecer a sus clientes la posibilidad de pagar con transferencias bancarias¹¹ desde distintos bancos sin tener que dirigirse a la página web de banca online de su banco. Dicha comunicación con la entidad gestora de la cuenta es realizada por el TPP que, a su vez, se comunica con el comercio indicando que la transacción ha sido efectuada.

En este contexto, uno de los puntos que están en discusión a nivel europeo son aspectos de identificación del cliente (*Know Your Customer – KYC*) en dichas operaciones y quién debe ser considerado cliente. Por ejemplo, en las operaciones de iniciación de pago, se plantea si sería el usuario que solicita la orden o el comercio/plataforma *Business to Business* (B2B) con quien el proveedor de servicios de iniciación de pagos suscribe un contrato para integrar su solución de iniciación de pagos. En este sentido, es importante destacar los trabajos que están actualmente en marcha con el fin de promover criterios armonizados entre las distintas autoridades nacionales competentes. En particular, la consulta que se ha lanzado desde la EBA el pasado 5 de febrero de 2020¹², sobre la revisión de las directrices de factores de riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

11 Operativa de gran utilidad para el pago de importes altos que podrían no ser cubiertos por límites de las tarjetas.

12 <https://eba.europa.eu/eba-consults-revised-guidelines-money-laundering-and-terrorist-financing-risk-factors>

13 Q&A actualizado a fecha 20 de diciembre de 2020 https://eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2018_4081

Otras materias que han estado en discusión y van siendo objeto de aclaraciones por las autoridades competentes (en particular, a través de la herramienta de preguntas y respuestas de la EBA y/o directrices y opiniones emitidas por la misma) son las relativas al contenido concreto de la información que debe ser proporcionada a través de las APIs. En este sentido, uno de los puntos debatidos ha sido, por ejemplo, si era obligatorio informar del nombre del titular de la cuenta –cuestión que fue objeto de aclaración por la EBA¹³ en el sentido de que sería obligatorio siempre que el nombre del titular sea una información visible por la interfaz online que tiene acceso el usuario–.

V. Conclusiones

La implementación de la PSD2 en España ha traído consigo un gran reto a nivel tecnológico y estratégico para el sector. El nuevo escenario de *open banking* es una realidad imparable no solo a nivel europeo, sino que también está en discusión o viene siendo implementada en muchos otros países. La mayoría de las nuevas reglas de juego de este nuevo escenario colaborativo ya están en vigor. No obstante, todavía queda camino por recorrer para una total implementación y normalización de los nuevos estándares de comunicación segura utilizados, así como para la implementación de las medidas de autenticación reforzada en comercio electrónico.

