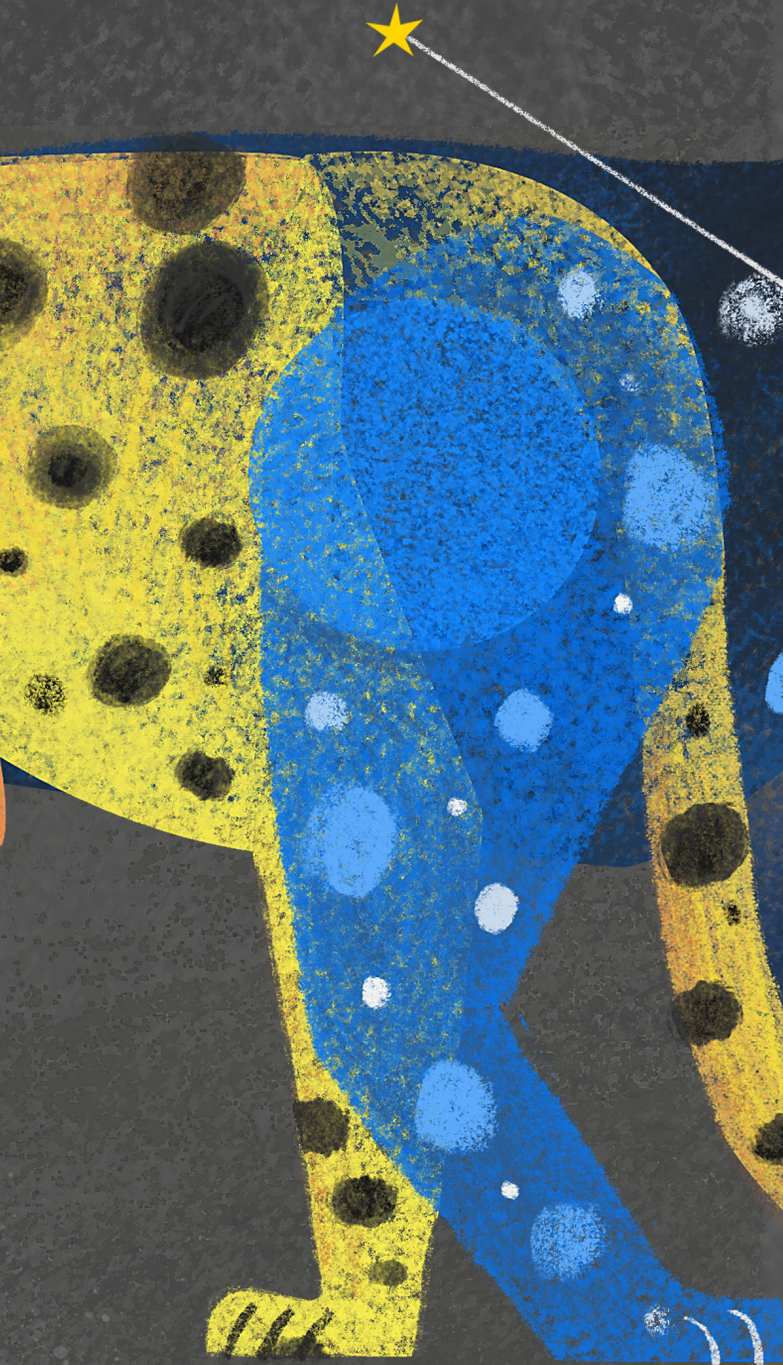


Pérez-Llorca

Núm. 15
MAYO 2026



Revista
Jurídica

Pérez-Llorca

© Pérez-Llorca Abogados, S.L.P.

Paseo de la Castellana, 50 | 28046. Madrid

Depósito legal: M-7551-2019 | ISSN: 2792-2871

OBRA DE PORTADA CEDIDA POR:

Luis San Vicente © 2026

Pérez-Llorca impulsa el talento de artistas emergentes dando visibilidad a su obra en la Revista Jurídica del Despacho.

CONSEJO EDITORIAL

Pedro Pérez-Llorca Zamora

Francisco José León Sanz

Encarna Cordero Lobato

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Javier García Marrero

Javier Gutiérrez Gilsanz

Yolanda Valdeolivas García

CONSEJO DE REDACCIÓN

Sara Bento San Román

Manuel Bernárdez López

María Cabello Ortega

Mariana Muñoz Ceschini

Pilar Valero Conde

Vielka Linet Peguero Jerez

Virginia Borrell Potou

NÚM. 15

Índice

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2026

ARTÍCULO 20

Combates por el derecho	8
-------------------------	---

ESTUDIOS

A responsabilidade solidária do artigo 334.º do Código do Trabalho em contexto transfronteiriço: sociedades mãe estrangeiras, autonomia patrimonial e o perímetro negativo (fundos e SIC)	16
---	----

La financiación de litigios y arbitrajes por terceros: aspectos regulatorios, operacionales y procedimentales	40
---	----

PROBLEMAS Y CUESTIONES

Derechos intangibles en frontera y mecanismos de protección frente a mercancías infractoras en las aduanas mexicanas	64
--	----

Migración de permisos de producción independiente de energía eléctrica: riesgos estructurales para el financiamiento y la adquisición de proyectos legados en México	76
--	----

Los retos de la compensación laboral en un ambiente de control normativo en Colombia	88
--	----

El alcance de la protección de la marca renombrada en la Unión Europea ante la sátira y la parodia política: las conclusiones del abogado general en el asunto IKEA (C-298/23)	98
--	----

NÚM. 15

Artículo 20

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2026

El artículo 20 de la Constitución Española de 1978 consagra y garantiza el derecho fundamental a la libertad de expresión. En esta sección de la Revista Jurídica Pérez-Llorca se publican tribunas firmadas por figuras públicas de renombre, abiertas a diferentes puntos de vista, bajo la premisa de brindar un espacio a opiniones diversas y que no necesariamente reflejan el criterio del Consejo Editorial de la Revista.

Combates por el derecho

El mundo está inmerso en un ciclo histórico en el que se cuestionan y combaten muchos de los valores y prácticas en que descansan las representaciones y los ideales del derecho, así como de las profesiones jurídicas. Por una parte, existen profundos cuestionamientos sobre los elementos estructurales del derecho moderno; por ejemplo, la universalidad de los derechos humanos, la utilidad de la división de poderes, la legitimidad del principio de legalidad, la necesidad de la independencia judicial, la conveniencia del derecho internacional o la civilidad del debido proceso. En distintos países y sus variados regímenes políticos hay pronunciamientos o acciones que, desde el poder —o en asociación con él—, controvierten esos elementos. En ocasiones abiertamente se habla de lograr su desaparición y en otras se alude a ellos para considerar como desarrollo lo que en realidad es sustitución. Por otra parte, las profesiones jurídicas enfrentan severos cuestionamientos sobre sus entendimientos del derecho: una parte importante de sus prácticas, sus vínculos tanto con regímenes como con personas de dudósima proveniencia y moral, sus ritos y maneras de comportamiento o sus temores ante la aparición de nuevas y amenazantes tecnologías.

Invito al lector de esta colaboración a que recuerde lo visto o leído en los quince días anteriores a este momento sobre lo que los líderes de su propio país —o de aquél con el que guarde algún tipo de vínculo— han expresado respecto de cualquiera de los elementos estructurales mencionados. En Argentina, Brasil, México o los Estados Unidos; España, Italia, Hungría o Rusia; India, China o Vietnam; Eritrea, Camerún o Sudáfrica; es prácticamente seguro que los correspondientes líderes políticos hayan dicho algo al respecto. Tal vez, que la impunidad reinante proviene de la corrupción de los jueces o de las muchas e innecesarias formalidades a las que por los mismos motivos estos han llegado. En otra o la misma latitud, seguramente se ha dicho que los reclamos hechos por los organismos internacionales por la violación a los derechos humanos son meras expresiones del sistema global dominante. Aventurando un poco más lo que el memorioso lector o escuchador ha registrado, es posible que además recuerde que aunada a la crítica se anunció la propuesta de modificar la corrupta composición judicial o desconocer a las intervencionistas organizaciones internacionales.

El invocado lector podrá recordar también las muchas expresiones en las que se cuestionan las representaciones o maneras de operar de lo que genéricamente llamo las profesiones jurídicas. Desde las citadas angustias por el desplazamiento de los abogados por la inteligencia artificial, las inserciones de las delincuencias en diversos ámbitos del derecho, las migraciones laborales, las ineficacias manifiestas, así como las muchas impunidades existentes, hay demasiadas y muy desordenadas conversaciones al respecto. Las viejas estructuras magisteriales, los tratados y manuales de antigua referencia, los santones profesionales, los arquetipos narrativos sobre los referentes de justicia y tantas otras cosas más, están en amplio y constante cuestionamiento, cuando no de plano en crisis.

La variedad y extensión de los comentarios que desde el poder o de la sociedad se hacen sobre el derecho, así como sobre sus valores y prácticas, son lo que, a mi juicio, denota un cambio de ciclo histórico al que previamente me referí. No es que antes no los haya habido, sino que ahora la magnitud y recurrencia de las expresiones permite advertir que lo cuantitativo está mostrando la existencia de un cualitativo distinto. Antes era común ver que, ante la aprobación

de una ley específica, una sentencia judicial particular o una condena internacional individualizada, los titulares de diversos poderes públicos tomaran posición sobre ellas. Ello se entendía como parte de su ejercicio político nacional o internacional y quedaba enmarcado en las reglas de los juegos correspondientes. Lo que ahora se está dando es diferente. Asimismo, resulta distinto que se haya dejado de referir a ciertos trabajos o conductas como canónicos, tanto por no saberse si tales cosas existen o, si es así, por qué no se acude a ellas.

Los líderes actuales y sus sicofantes ya no solo arremeten en contra de la decisión o del decisor; lo hacen contra la institucionalidad desde la cual se actúa. El cuestionamiento dejó de darse sobre las personas y sus actos, y se trasladó al campo de las posibilidades jurídicas mismas. Los objetivos han dejado de estar meramente encaminados a cuestionar a las personas y sus decisiones; se han enfocado al apoderamiento de ellas en tanto medios de creación o control jurídico sobre los actores políticos, puesto que, con todo, siguen requiriendo de estas formas de expresión.

Si, a diferencia de los memoriosos lectores que han podido recordar uno o muchos episodios críticos como los solicitados, nos enfocamos en identificar lo que de común hay en todos ellos, es posible detectar un patrón que, para serlo, tiene que ser común. Independientemente de las peculiaridades de los cuestionamientos o de la profundidad de las propuestas de renovación o sustitución de las instituciones, el ciclo histórico al que asistimos se caracteriza por una nueva manera de expresar las viejas y complejas relaciones entre el derecho y la política.

Como no puede ser de otra manera, la tensión entre el derecho y la política de nuestros días tiene su propia historicidad. Ello, porque se da en los contextos históricos del derecho y la política de nuestro tiempo. Así fue como se dio en otros siglos en los marcos de los derechos divinos o naturales y de las legitimidades carismáticas o populares. Si los valores políticos y jurídicos de nuestros días son, entre otros, la democracia, la Constitución, los derechos del hombre, la dignidad de la persona o las elecciones libres y secretas; las tensiones y luchas entre el derecho y la política han de darse dentro de esos parámetros: un espacio en el que las determinaciones de la política tienen que seguir siendo o pareciendo jurídicas, y en el que las jurídicas tienen que seguir proviniendo de las políticas. Así como es imposible que un político deje de expresar sus ejercicios de dominación mediante el lenguaje de la dignidad humana, los equilibrios del poder o la democracia fundada en el pueblo, también lo es que el legislador, el juzgador o el jurista supongan que el derecho por ellos creado o explicado ha surgido de procesos normativos autorreferentes.

Los políticos actuales —tanto quienes ya ocupan el poder como quienes pretenden alcanzarlo— hablan de la democracia, la Constitución, el pueblo soberano o el mandato de las urnas. A veces lo hacen para señalar la necesidad de remover a los contrincantes de sus sitios y sitiales, o en ocasiones para proponer nuevas maneras de competir por el poder, regular la vida social o lograr la impartición de justicia. Los juzgadores, juristas y gentes del derecho, proceden de manera semejante al referirse a la Constitución, el Estado de derecho, los derechos humanos o los juzgadores independientes. Es así como ha perdido eficacia el sentido de un vocabulario reiterado, amplificado tanto en redes como en medios, y sazonado por el estruendo y la enjundia. Lo dicho ha dejado de importar por lo que podría valer conforme a ciertos parámetros —así sean relativos— de verdad, autoridad o relevancia. Lo que se dice vale por la simpatía guardada o la adhesión expresada al dicente. Las subjetividades del hablante y del escucha no solo han determinado las condiciones de verdad, sino que han reducido sus posibilidades a ese vínculo personalísimo y excluyente.

Las invocaciones al Estado de derecho, los derechos humanos o la soberanía nacional se están quedando atrapadas en los dichos y los ecos de corifeos y de feligresías. En el plano de las disputas políticas no se concede a los rivales ningún espacio de válida expresión. Ante las invocaciones a la más mínima objetividad valorativa o experiencial, se alzan las descalificaciones por la proveniencia de los sujetos o lo amañado de sus —así calificados— rancios o conservadores discursos.

El vaciamiento de las palabras, las comuniones políticas —decrecientemente ideológicas y crecientemente mafiosas— y las oposiciones a cualquier pretensión de objetividad, están dificultando una parte muy importante de la comunicación, la gobernabilidad y los entendimientos sociales. Lo que denominamos polarización es la expresión mediante la cual se cubre una variedad de temas que, en simple reducción, consiste en el atrincheramiento de unos poderosos y sus leales, frente al atrincheramiento de otros poderosos y sus correspondientes seguidores. Los discursos, los negocios, los llamados a la lucha auténtica, las admoniciones por y para los pobres, son prácticamente simétricos, aun cuando, desde luego, se emiten en sentido contrario, descalificador y moralizante. Igualmente, los llamados a la supresión de las dominaciones, la realización de los más amplios pluralismos y la pura occidentalización del derecho, son los paradigmas desde los cuales se critican las formas jurídicas establecidas como mera expresión del *statu quo*.

Las actuales disputas en y por la política o entre los operadores del derecho, han afectado considerablemente las representaciones y las funciones jurídicas. Hasta ahora no hemos visto que quienes ocupan el poder o pretenden adquirirlo, busquen realizar sus operaciones de ocupación o permanencia sin fundamento en sus correspondientes órdenes jurídicos nacionales. Desde el momento en el que, por una parte, el Estado nacional es el instrumento que le da cauce a las renovadas pretensiones nacionalistas de nuestro tiempo y, por la otra, el orden jurídico nacional es el medio de expresión de esa concreta forma de Estado; el derecho seguirá siendo la manera en la que la política tendrá que seguirse realizando en la actualidad. Por lo mismo, su apoderamiento para esos fines partidistas se constituye en un elemento central, por no decir absolutamente indispensable. De la misma manera, la apropiación de las representaciones y los discursos sobre el derecho por parte de quienes ejercen el poder es una condición de la dominación que mediante ellas trata de realizarse. No es lo mismo contar con una academia, un estudiantado o una opinión pública que asuma que el derecho es mero mecanismo de subordinación, a considerar que es un benéfico medio de convivencia social y civilidad.

El derecho dejó de ser un espacio común de confrontación y convivencia para convertirse en uno de apropiación y lucha. La adquisición, ejercicio, competencia y sustitución de los partidos gobernantes y sus enormes alianzas lícitas e ilícitas, se ha transformado para dar paso a las pretensiones de entronizaciones prolongadas u ocupaciones fulminadoras y revanchistas. Bajo la idea de “gano para perpetuarme y cubrir mis excesos”, o “quiero ganarte para desalojarte, ocupar tus espacios, vengar tus agravios o evitar que me castigues por lo que hice cuando ocupé el poder”.

Las confusiones discursivas, operativas, así como simbólicas del y sobre el derecho, moralmente exigen y requieren epistemológicamente tomar posición. Es necesario establecer algo que permita identificar y distinguir en el ruido y la furia con que se están interrelacionando la política y el derecho en nuestro promiscuo presente.

Propongo fijar como punto de posicionamiento moral y epistémico a la racionalidad. Tanto a la política como a la jurídica, entendiendo que cada una de ellas cuenta con sus propias y

sostenidas legitimidades y autonomías. En cuanto a la primera, la idea de que el poder debe adquirirse, ejercerse y mantenerse por quien lo detenta al extremo de enfrentar sin límites de medios a quienes pretendan alcanzarlo, ejercerlo o arrebatarlo. En cuanto a la jurídica, la idea de que el derecho existe y se realiza conforme a sus propias previsiones normativas, de manera autorreferente.

Antes apunté que en nuestra época no hay político que declare actuar o actúe sin algún tipo de sustento jurídico. También constaté que el derecho de estos días está pensado y creado con base en fenómenos políticos de diversa naturaleza. Es en tales condiciones en donde las dos racionalidades apuntadas tienen que cobrar sentido. En el actuar político, su racionalidad busca imponerse sobre los supuestos y las dinámicas normativas; en la jurídica, es la racionalidad normativa la que pretende determinar los límites y las posibilidades de los actores políticos.

Las correspondientes racionalidades no son meros ajustes con respecto a la restante. Se trata de una cuestión esencial sobre la que descansa tanto la comprensión de cada una de ellas como —y esto es importante— la de la otra. En la actualidad estamos viviendo una situación semejante a la que ya habíamos experimentado en otras épocas. Pensemos, por citar únicamente dos ejemplos, lo que significaron las relaciones entre política y derecho en la Revolución francesa o en la Alemania nazi. En el primer caso, un tiempo en el que la política suponía que el derecho no solo no era límite, sino que en realidad constituía un obstáculo indebido; en el segundo, un periodo en el que el derecho terminó por instrumentalizarse hasta lograr que expresara el ideario de Hitler y compañía.

Sin suponer en modo alguno que los tiempos más recientes hayan sido de plena paz, concordia e igualdad, es posible admitir que, con todas las tensiones inherentes a la lucha por el poder y las capacidades disciplinarias del derecho, la gran mayoría de los actores sociales consideraron al derecho como algo existente, limitante y respetable. Algo que podía ser moldeado, extendido o reducido, pero no prescindible o disponible a capricho. Como en otros instantes de la historia, estamos en una etapa en la que el derecho no se acepta como marco de la política, sino como indebida restricción a lo que ella tiene de suyo.

Es por ello que la dinámica ha cambiado, para que el derecho deje de ser una regla de juego común y se constituya, dramáticamente, en un objeto o un botín de apropiación exclusiva y excluyente. Un momento en el que la racionalidad jurídica ha de verse sustituida por la política, más allá de que la primera tenga que mantenerse con fines justificatorios de los actores políticos. Un momento en el que para que tal sustitución pueda darse, se estima necesario hacerse de todos los instrumentos de producción, aplicación, explicación y justificación del derecho. Lo primero, para lograr la creación de las pretensiones políticas propias; lo segundo, para mantener la direccionalidad de lo creado y evitar las desviaciones y los controles sobre ello; lo tercero, para darle legitimidad a los supuestos políticos ya establecidos, tanto entre los miembros de la profesión como entre los destinatarios de las normas generales e individualizadas; y lo último, para mostrar que ese derecho no es la mera cadena de transmisión de la política, sino algo distinto, autónomo y en sí mismo virtuoso, conveniente para todos o, al menos, para todas las personas de bien.

La causa de esta lucha de racionalidades se ha querido asignar al populismo: a esa cómoda etiqueta en la que todo o mucho cabe por la ausencia de bordes, y de inmediato exige de adjetivaciones y valoraciones para diferenciar lo indiferenciable mediante meros tonos y matices. Populismos de izquierdas y de derechas; populismos autoritarios y no tan autoritarios; populismos buenos y malos. Expresiones que designan cosas distintas a partir de la resignada

aceptación de un turbio fondo común. Tal vez, sin embargo, los populismos no son la causa principal de lo que vivimos, sino más bien la expresión de lo que los motiva.

Parece existir coincidencia en cuanto a que nuestro tiempo es de incertidumbres, angustias, temores y desacomodos profundos. Un momento en el que las certidumbres del pasado no funcionan más como guías o referencias para el futuro. Las desolaciones individuales y colectivas sobre el empleo, los ingresos, la familia, las pertenencias, las adscripciones o algo sobre lo cual constituir piso, se amplían y profundizan. Las respuestas ante estos acontecimientos que consideramos propios y novedosos son las viejas recetas de concentración en lo conocido, nuevamente, de orden nacional y nacionalista.

Los agrupamientos nacionalistas requieren de los Estados, igualmente nacionales, para constituirse primero y manifestarse después. Es el Estado nacional —una vez más recuperado y acondicionado— la estructura que permite concentrar a quienes buscan identidad y soporte colectivo de la mano de personas que prometen una muy añorada o esperanzada paz y seguridad. Como lo muestran prácticamente todas las encuestas realizadas al respecto, la gran mayoría de nuestros congéneres presentes están dispuestos a sacrificar una parte de su autonomía y de sus libertades por la seguridad y la predictibilidad —así ésta sea autoritaria— que los nuevos líderes les prometen a cambio del otorgamiento de poderes adicionales —cuando no, de plano, extraordinarios—.

Son esos líderes y esos congéneres los que exigen o requieren de órdenes jurídicos transformados. De normas que, sin dejar de serlo, les permitan a unos mandar para alcanzar su capacidad de orientación, —cuando no, categóricamente, de salvación—, y a otros su condición normalizada y justificada de obediencia para lograr las buscadas orientaciones individuales y colectivas. El derecho es el único camino posible y legitimado del mando, así como de la obediencia. Permite no ya subordinarse, así sea de manera vergonzante, a un hombre, un partido o un particular cuerpo ciudadano, sino a un orden impersonal y común. Los órdenes jurídicos que se están creando o transformando no hablan directamente de un líder ni de un pueblo, sino que aluden a una racionalidad puramente normativa mediante la cual todos pueden ser salvados. El motor intrínseco de la dinámica política que anima a ese orden es la nación encarnada en un líder o grupo especial, pero no son ellos por sí mismos quienes actúan, sino las normas que ellos mismos y por mandato soberano, tuvieron que establecer a fin de alcanzar la consecución de un proyecto que, eso sí, es de todos.

Es en este contexto que tales líderes y tales súbditos no solo encuentran un cómodo y justificado acomodo, sino también una muy adecuada manera de seguir hablando de derecho, de mantener vivas las invocaciones a sus principios más acendrados y, sin embargo, haber logrado la sustitución de la racionalidad jurídica formal y autorreferente, por una de orden estrictamente político, pero de expresión normativa.

Para quienes estamos en el campo del derecho y asumimos su racionalidad propia con las ventajas y las desventajas que la misma implica, la primera tarea que nos corresponde es tomar conciencia de lo que ante nuestros ojos se está realizando, para no caer en el garlito de que todo lo que se haga con o a nombre de ese derecho es igual o tiene el mismo valor. La segunda tarea pasa por denunciar en tantos lugares podamos y de las maneras que cada cual tenga a su alcance, todo aquello de lo que ya hayamos sido capaces de comprender.

Ha habido momentos en la historia del derecho, de sus operadores y de sus estudiosos, en los que de manera general se ha actuado y pensado con y en el derecho; momentos en los

que tanto las propuestas como los correctivos se formulan o realizan sobre el modelo mismo; sobre sus inequidades, errores, trampas o engaños. Hay otros tiempos, sin embargo, en que los concernidos tienen que comprometerse con la existencia y la viabilidad del derecho mismo como orden de convivencia civilizada.

Independientemente de la edad que cada uno de nosotros tenga, de las experiencias vividas, de los logros personales y profesionales alcanzados, de las comodidades vitales con que contamos, es necesario nuevamente citar al sabio Ihering y hablar de la lucha por el derecho. Ello no como estrepitosa manifestación de orgullo o prerrogativa profesionales, sino como camino para establecer, mantener o recrear el hábitat en el que queremos vivir y trabajar. Considero que quienes estamos vinculados con el derecho debemos ocuparnos de lo que he llamado la *nomósfera*. La esfera del *nomos*, el entorno de las normas que nos permitan aspirar a un cierto nivel de civilidad.

Esta civilidad y esta normatividad deben tener un origen y un desarrollo democráticos. Provenir de una base de decisión, realización y legitimación de ese tipo, sustentada en la noción central de la dignidad de la persona, sus derechos humanos, la división de poderes, el principio de legalidad y los controles jurisdiccionales, administrativos y políticos sobre las autoridades y sus actos. Ello no como fetichismo o como rememoración de lo que se nos está yendo de las manos, sino como recuperación de las enseñanzas que han servido de contención a los poderosos y a las muchas clientelas que han tenido que mantener en perjuicio de todos.

La racionalidad normativa material que ha caracterizado parte de nuestro presente y está disolviéndose ante nuestros ojos, tiene que ser el objetivo individual y gremial con el cual todos nosotros, que trabajamos en y con el derecho, debiéramos comprometernos activa, inteligente y apasionadamente.

José Ramón Cossío Díaz

Ministro en retiro. Miembro de El Colegio Nacional. Profesor en el Tecnológico de Monterrey

NÚM. 15

Estudios

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2026

Nuestros “Estudios” son investigaciones detalladas en las que se abordan cuestiones jurídicas complejas desde una perspectiva teórica y doctrinal. Esta combinación única asegura que, mientras se mantiene un alto nivel de rigor académico, los temas se abordan con un entendimiento real de sus aplicaciones y desafíos en el mundo profesional, ofreciendo así una enriquecedora interacción entre teoría y práctica.

A responsabilidade solidária do artigo 334.º do Código do Trabalho em contexto transfronteiriço: sociedades-mãe estrangeiras, autonomia patrimonial e o perímetro negativo (fundos e SIC)

Inês Arruda

Socia de Pérez-Llorca

LABORAL, COMPENSACIÓN Y BENEFICIOS

LISBOA

Manuel Cordeiro Ferreira

Socio de Pérez-Llorca

CORPORATE/M&A

LISBOA

I.	Introdução	19
II.	O regime societário subjacente ao art. 334.º do Código do Trabalho	20
III.	A extensão do regime a sociedades-mãe estrangeiras: jurisprudência constitucional e reconfiguração do âmbito subjetivo	24
IV.	A qualificação da responsabilidade e a determinação da lei aplicável	28
V.	Limites estruturais: autonomia patrimonial, fundos e sociedades de investimento coletivo	30
VI.	Implicações para a prática societária transfronteiriça	34
VII.	Exemplos práticos (síntese)	37
VIII.	Conclusões e propostas de lege ferenda	38

**Fecha de recepción**

30 de abril de 2026

**Fecha de aceptación**

4 de mayo de 2026



Resumo: O presente estudo analisa o regime de responsabilidade solidária por créditos laborais previsto no art. 334.º do Código do Trabalho (“**CT**”), centrando-se nas situações em que as sociedades do grupo, e, em particular, a sociedade-mãe, têm sede no estrangeiro. Partindo do regime societário subjacente, designadamente do Título VI do Código das Sociedades Comerciais (“**CSC**”) e da remissão operada pelo art. 334.º do CT para os arts. 481.º e seguintes do CSC, o artigo examina duas dimensões de especial relevância para investidores estrangeiros e para a estruturação transfronteiriça de grupos societários: por um lado, a extensão do regime a sociedades-mãe com sede fora de Portugal, na sequência da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da autolimitação espacial do art. 481.º, n.º 2, do CSC pelo Tribunal Constitucional (“**TC**”), com destaque para o Acórdão n.º 272/2021 e para o escrutínio reforçado do princípio da igualdade em matéria de garantias salariais; por outro, os limites estruturais do regime relativamente a entidades dotadas de autonomia patrimonial, designadamente fundos de capital de risco e sociedades de investimento coletivo (“**SIC**”) no quadro do Regime de Gestão de Ativos (“**RGA**”), que constituem frequentemente os veículos através dos quais investidores institucionais estrangeiros detêm participações em sociedades portuguesas. A partir da jurisprudência do TC e do Supremo Tribunal de Justiça (“**STJ**”), discutem-se a qualificação da responsabilidade como objetiva e extracontratual, a determinação da lei aplicável nos termos do Regulamento Roma II, a articulação com o Regulamento Roma I e os critérios de delimitação negativa do âmbito subjetivo da norma, incluindo a proibição de aplicação analógica e a incompatibilidade funcional entre SIC e responsabilidade solidária laboral. O estudo conclui com uma análise das implicações práticas do regime para a estruturação transfronteiriça de grupos societários, a condução de *due diligence* em operações de aquisição com elemento de estraneidade, o desenho de veículos de investimento coletivo, a estratégia processual, incluindo o prosseguimento da ação contra o garante após insolvência e o efeito reflexo do caso julgado, e a delimitação temporal da responsabilidade, formulando propostas de *lege ferenda*.

Abstract: This article examines the joint and several liability regime for employment claims established by Article 334 of the Portuguese Labour Code, focusing on situations where group companies, and, in particular, the parent company, are domiciled abroad. Starting from the underlying corporate law framework, namely Title VI of the Portuguese Companies Code and the statutory reference in article 334 of CT to Articles 481 et seq. of CSC, the article addresses two dimensions of particular relevance to foreign investors and cross-border group structuring: on the one hand, the extension of the regime to parent companies based outside Portugal, following the Constitutional Court's declaration of unconstitutionality, with generally binding force, of the territorial self-limitation in Article 481(2) of the CSC, with particular emphasis on Judgment no. 272/2021 and the heightened scrutiny of the equality principle in the field of wage guarantees; on the other, the structural limits of the regime in relation to entities endowed with patrimonial autonomy, namely venture capital funds and collective investment companies within the framework of the Asset Management Regime, which frequently serve as the vehicles through which foreign institutional investors hold participations in Portuguese companies. Drawing on the case law of the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice, the study discusses the qualification of the liability as strict and non-contractual, the determination of the applicable law under the Rome II Regulation, the interplay with the Rome I Regulation, and the criteria for a negative delimitation of the subjective scope of the provision, including the prohibition of analogical application and the functional incompatibility between SIC and joint employment liability. The article concludes with an assessment of the regime's practical implications for cross-border corporate group structuring, due diligence in acquisition transactions involving a foreign element, the design of collective investment vehicles, litigation strategy, including the continuation of proceedings against the guarantor after insolvency and the reflexive effect of *res judicata*, and the temporal delimitation of liability, together with proposals for legislative reform.



Palavras-chave: Responsabilidade da sociedade-mãe; grupos societários transfronteiriços; créditos laborais; art. 334.º do Código do Trabalho; art. 481.º do Código das Sociedades Comerciais; princípio da igualdade; Acórdão n.º 272/2021; Regulamento Roma II; sociedades de investimento coletivo; fundos de capital de risco; autonomia patrimonial; Regime de Gestão de Ativos; tipicidade societária; estruturação corporativa; investimento estrangeiro.

Key words: Parent company liability; cross-border corporate groups; employment claims; Article 334 of the Labour Code; Article 481 of the Companies Code; equality principle; Judgment No. 272/2021; Rome II Regulation; collective investment undertakings; venture capital funds; patrimonial autonomy; Asset Management Regime; corporate type requirements; corporate structuring; foreign investment.

A responsabilidade solidária do artigo 334.º do Código do Trabalho em contexto transfronteiriço: sociedades-mãe estrangeiras, autonomia patrimonial e o perímetro negativo (fundos e SIC)

I. Introdução

O art. 334.º do Código do Trabalho (“**CT**”) dispõe que, por crédito emergente de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, vencido há mais de três meses, respondem solidariamente o empregador e a sociedade que com este se encontre em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, nos termos previstos nos arts. 481.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais (“**CSC**”).

A norma institui, assim, uma responsabilidade que incide sobre entidades que não são parte no contrato de trabalho, afirmando-se exclusivamente em razão da estrutura organizativa adotada. Para as sociedades estrangeiras que estabeleçam relações de coligação com empresas portuguesas, esta disposição constitui uma das fontes de exposição patrimonial mais relevantes e, simultaneamente, menos antecipadas, do ordenamento jurídico português. A responsabilidade que a norma institui incide sobre entidades que não são parte no contrato de trabalho e afirma-se exclusivamente em razão da estrutura organizativa adotada, sem que o trabalhador tenha de alegar ou provar qualquer conduta ilícita por parte da sociedade coligada. A norma visa assegurar que o património das sociedades que integram o grupo responda pelos créditos salariais dos trabalhadores, neutralizando o risco de que a integração da empregadora numa estrutura empresarial mais ampla conduza à erosão da sua base patrimonial em detrimento dos credores laborais. A garantia opera pela transferência para as sociedades coligadas, e já não para os trabalhadores, do risco de insuficiência patrimonial da entidade empregadora¹.

A operacionalização do regime faz-se, contudo, por via de um reenvio para o sistema das sociedades coligadas previsto no Título VI do CSC e a tensão dogmática do regime resulta da garantia laboral operar por via dessa remissão para um sistema societário tipificado e historicamente autolimitado no espaço, que não foi desenhado para responder à realidade de grupos transfronteiriços nem a veículos de investimento dotados de autonomia patrimonial. Suscita-se, desde logo, a questão de saber qual a natureza da responsabilidade assim instituída e quais as consequências dessa qualificação no plano do direito internacional privado, designadamente para efeitos de determinação da lei aplicável nos termos dos Regulamentos Roma I e Roma II.

1 Joana Vasconcelos qualifica a responsabilidade como “uma responsabilidade patrimonial ou de garantia, cuja finalidade é essencialmente preventiva e tutelar: do que se trata é de fazer, em geral, recair sobre as sociedades coligadas com a sociedade empregadora (e já não sobre os seus trabalhadores) o risco da eventual falta de consistência do seu património”, cfr. Vasconcelos, Joana, “A responsabilidade solidária das sociedades coligadas com a sociedade empregadora por créditos laborais dos trabalhadores”, *VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Moreira, António José, y Moreira, Teresa (coords.), Coimbra, Almedina, 2004, p. 206.

É num triplo eixo - extensão a sociedades-mãe estrangeiras, delimitação negativa do âmbito subjetivo por exclusões tipológicas e determinação da lei aplicável - que se joga a reconstrução do art. 334.º, com impacto direto na estruturação de grupos, na due diligence e na litigância.

A questão central do presente estudo desdobra-se em várias dimensões complementares. A primeira consiste em saber se a responsabilidade solidária do art. 334.º deve ficar condicionada pelos pressupostos do regime societário, incluindo a autolimitação espacial do art. 481.º, n.º 2, do CSC, ou deve ser entendida como um regime autónomo de garantia, orientado pela sua teleologia laboral e constitucional.

A segunda dimensão respeita aos limites estruturais do regime: pode a responsabilidade solidária estender-se a entidades dotadas de autonomia patrimonial e sujeitas a gestão independente, como os fundos de capital de risco e as sociedades de investimento coletivo (“**SIC**”) no quadro do Regime de Gestão de Ativos (“**RG**”), ou a tipicidade societária exigida pelo art. 481.º, n.º 1, do CSC e a natureza excecional do regime impedem essa extensão?

Suscita-se, ainda, a questão de saber como se qualifica a responsabilidade do art. 334.º do CT para efeitos de determinação da lei aplicável em situações plurilocalizadas, e em que medida essa qualificação condiciona a estratégia processual, designadamente quanto ao prosseguimento da ação contra o garante após insolvência da empregadora, ao efeito reflexo do caso julgado e à delimitação temporal da responsabilidade.

Tratam-se de questões de grande relevo para a efetivação da garantia concedida aos créditos do trabalho, sobretudo numa época em que o fenómeno das sociedades coligadas, muitas delas com sede no estrangeiro ou estruturadas através de veículos de investimento coletivo, se torna uma realidade frequente.

A resposta a estas questões foi sendo construída de forma progressiva pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (“**TC**”), do Supremo Tribunal de Justiça (“**STJ**”) e, no plano do direito da União Europeia (“**DUE**”), pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (“**TJUE**”), cujos contributos importa examinar de forma articulada.

O presente estudo organiza-se a partir desta constatação, procurando identificar e problematizar os fundamentos dogmáticos e constitucionais do art. 334.º do CT, explicitar as suas fronteiras subjetivas e mapear as respetivas implicações para a prática profissional.

II. O regime societário subjacente ao art. 334.º do Código do Trabalho

1. O antecedente legislativo: o art. 378.º do Código do Trabalho de 2003

O art. 334.º do CT de 2009 tem como antecedente direto o art. 378.º do CT de 2003. A revisão de 2009 manteve a substância do regime, renumerando a disposição e inserindo-a na Secção IV do Capítulo VI, dedicada às garantias de créditos do trabalhador. O propósito da norma é impedir que a inserção da sociedade empregadora num contexto empresarial mais amplo se traduza em prejuízo para os trabalhadores, alargando a outros patrimónios a garantia dos créditos laborais.

A doutrina qualificou desde cedo a responsabilidade como garantia de natureza preventiva e tutelar, destinada a transferir para as sociedades coligadas o risco de insuficiência patrimonial da empregadora, sem que tal implique qualquer desconsideração da personalidade jurídica desta².

2. A pluralidade de regimes de solidariedade no Código do Trabalho

O CT consagra, para além do art. 334.º, outros regimes próprios de responsabilidade solidária por créditos laborais, consagrados especificamente para as concretas situações em que se inserem. Em alguns casos, a pluralidade de sujeitos responsáveis resulta de uma configuração contratual direta, como sucede quando vários empregadores assumem conjuntamente a posição jurídica de parte empregadora (art. 101.º); noutros, a responsabilidade solidária emerge de uma sucessão legal na relação laboral, designadamente no contexto da transmissão da empresa ou do estabelecimento, em que a lei faz recair sobre transmitente e adquirente a responsabilidade conjunta pelos créditos constituídos antes da transmissão (art. 285.º, n.º 6); existem ainda regimes em que a imputação assenta em critérios de natureza funcional, associados à cedência da força de trabalho – no trabalho temporário, o n.º 1 do art. 174.º prevê a responsabilidade solidária da empresa de trabalho temporário não licenciada e do utilizador pelos créditos do trabalhador, ao passo que o n.º 2 do mesmo artigo consagra, para as situações de trabalho temporário regular, uma responsabilidade de natureza subsidiária (e não solidária) da empresa de trabalho temporário, do utilizador e das respetivas sociedades coligadas, a qual pressupõe a prévia excussão do devedor principal, conferindo ao trabalhador uma garantia de alcance mais limitado. O art. 334.º distingue-se de todos estes regimes por assentar exclusivamente num pressuposto estrutural de coligação societária: a imputação da responsabilidade funda-se na integração da sociedade empregadora numa determinada estrutura societária, sem pressupor qualquer vínculo contratual direto com o trabalhador nem o exercício de poderes laborais por parte das entidades solidariamente responsáveis³.

A diversidade de regimes de responsabilidade solidária previstos no CT evidencia a ausência de um critério unificador na apreensão jurídicolaboral das realidades empresariais complexas. Com efeito, embora o legislador recorra pontualmente às categorias jussocietárias de coligação, afasta-se delas em múltiplos preceitos, optando antes por critérios funcionais ou organizativos, consoante as situações de risco que pretende prevenir. Desta pluralidade de soluções resulta que o CT não consagra um conceito juslaboral unitário de grupo, antes mobilizando referências heterogéneas à realidade empresarial em função das finalidades protetivas subjacentes a cada regime. Neste contexto, o art. 334.º assume um lugar singular, por fazer depender a responsabilidade solidária exclusivamente da inserção da sociedade empregadora numa relação de coligação societária juridicamente relevante⁴.

2 Vasconcelos, Joana, ob. cit., p. 206. No mesmo sentido, Pedro Romano Martínez sublinha que o regime não visa desconsiderar a personalidade jurídica da empregadora, substituindo-a por outra entidade na posição contratual, mas antes garantir o pagamento da dívida daquela, mediante a adição de outros patrimónios à garantia dos créditos laborais; cfr. Romano Martínez, Pedro, "Garantia dos créditos laborais. A responsabilidade solidária instituída pelo CT, nos artigos 378.º e 379.º", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLVI, 2005, p. 261.

3 Cochicho Cília, Dina, "Considerações sobre a responsabilidade solidária de sociedades em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo no Código do Trabalho", *Revista do Ministério Público*, n.º 170, 2022, pp. 189-218, esp. p. 195. Confrontem-se igualmente os arts. 12.º, n.º 4, 101.º, 174.º, n.º 2, 285.º, n.º 6, 289.º, n.º 1, al. b), 320.º, n.º 3, e 551.º, n.º 4, do CT.

4 Sobre a inexistência de um conceito juslaboral unitário de grupo no CT, em resultado da utilização não uniforme das categorias do direito societário, cfr. Engrácia Antunes, José, "Os grupos de sociedades no Direito do Trabalho", *Questões Laborais*, n.º 39, 2012, pp. 53-55. Para uma aplicação sistematizada desta perspetiva no âmbito do art. 334.º do CT, cfr. Cochicho Cília, Dina, ob. cit., p. 190.

O art. 334.º apresenta-se, assim, como um regime cuja especificidade decorre do seu fundamento estrutural: a responsabilidade solidária baseia-se unicamente na inserção da empregadora numa relação de coligação societária juridicamente relevante⁵.

3. A finalidade garantística do art. 334.º e a ratio constitucional

O art. 334.º constitui um desvio excecional ao princípio da limitação da responsabilidade patrimonial das sociedades comerciais, permitindo que o crédito salarial seja satisfeito por outros patrimónios que não apenas o da entidade empregadora. A imputação da responsabilidade não pressupõe qualquer conduta ilícita nem o exercício de poderes laborais: basta a existência de uma das relações de coligação previstas na norma.

Na génese do regime encontra-se o propósito de adequar o direito do trabalho, tradicionalmente orientado para regular as relações entre trabalhadores e uma empresa, entendida como “o referente paradigmático do sistema normativo laboral”, aos crescentes fenómenos de coligação societária, tendo em conta que estes põem em causa o pressuposto da plena autonomia da sociedade empregadora e o da sua atuação em nome de um interesse próprio⁶.

O regime envolve o “afastamento, excecional e circunscrito a dada categoria de créditos, da regra da limitação da responsabilidade patrimonial das sociedades comerciais”⁷, de forma a permitir que o crédito salarial possa ser satisfeito “por outros patrimónios que não apenas o da sua entidade patronal”⁸.

Ao contrário da responsabilidade prevista nos arts. 501.º e 502.º do CSC, que exige um contrato de subordinação ou uma relação de domínio total, a responsabilidade prevista no art. 334.º do CT é desencadeada pela mera existência de participações recíprocas ou de uma relação de domínio⁹.

O regime enquadra-se nas garantias especiais de proteção do salário, a que a Constituição da República Portuguesa (“CRP”) se refere no n.º 3 do art. 59.º, assegurando de modo reforçado o direito fundamental à retribuição, que consagra com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias¹⁰.

4. A remissão para o art. 481.º do CSC e os seus pressupostos

O primeiro pressuposto respeita à forma jurídica dos sujeitos intervenientes na relação de coligação. O legislador delimita o âmbito formal de aplicação do regime jurídico das sociedades coligadas, reservando-o para as relações que entre si estabeleçam “sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por ações”. Por força do princípio

5 Joana Vasconcelos refere que “a atribuição às sociedades coligadas com a sociedade empregadora da responsabilidade pelos créditos laborais desta perante os seus trabalhadores assenta na mera existência entre estas de uma das situações de coligação intersocietária relevantes enumeradas na presente disposição”, Vasconcelos, Joana, “Anotação ao artigo 334.º”, in Romano Martinez, Pedro (org.), *Código do Trabalho Anotado*, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 760.

6 Palma Ramalho, Maria do Rosário, *Grupos empresariais e societários – incidências laborais*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 19.

7 Joana Vasconcelos, Joana, “Anotação ao artigo 334.º”, cit., p. 760.

8 Garcia Pereira, Rita, “A garantia dos créditos laborais no Código do Trabalho: breve nótula sobre o art. 378.º”, *Questões Laborais*, n.º 24, 2004, p. 189.

9 Sobre a distinção, cfr. Romano Martinez, Pedro, *ob. cit.*, pp. 257-258.

10 Cfr. Acórdãos do TC n.os 373/91, 498/03 e 620/07. Cfr. igualmente Medeiros, Rui, in Miranda, Jorge, Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Universidade Católica Editora, 2017, anotação XXV ao art. 59.º, p. 1168.

de tipicidade acolhido no n.º 1 do art. 481.º do CSC, ficam excluídas do âmbito subjetivo de aplicação do regime as coligações com sociedades em nome coletivo, em comandita simples ou todas as demais empresas que não tenham configuração societária, assim como empresas em nome individual, cooperativas, estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada, agrupamentos complementares de empresas, fundações e associações¹¹.

O segundo pressuposto prende-se com o âmbito espacial de aplicação. O regime “aplica-se apenas a sociedades com sede em Portugal” – mais concretamente, a sociedades que tenham localizada em território nacional a sua sede real e efetiva. Através da limitação espacial, o regime especialmente previsto para as sociedades coligadas deixa de ter aplicação em todas as relações de coligação nas quais uma ou mais das sociedades intervenientes se encontre sediada em país estrangeiro¹².

A interpretação que esteve na base do controlo exercido pelo TC resulta do modo como a remissão foi interpretada pelas instâncias: a sociedade que se encontre com o empregador em relação de coligação apenas responderia solidariamente se tiver sede em Portugal. Caso tenha a sua sede fora do território nacional, a sociedade coligada não responderia solidariamente pelos créditos laborais.

A desigualdade de tratamento originada pela autolimitação espacial produz-se num duplo sentido: entre grupos económicos, uma vez que as sociedades estrangeiras podem coligar-se com sociedades portuguesas nos mesmos termos em que estas entre si, mas sem que o respetivo património responda pelos créditos salariais; e entre trabalhadores de sociedades coligadas, na medida em que, se a sociedade dominante tiver sede no estrangeiro, os trabalhadores ficam limitados a exigir da empregadora a satisfação dos seus créditos.

5. As normas materiais espacialmente autolimitadas: enquadramento teórico

Ao fazer depender a aplicação da disciplina contida no Título VI do CSC da localização em Portugal da sede de ambas as sociedades coligadas, a regra constante do proémio do n.º 2 do art. 481.º converte a generalidade das normas especialmente aplicáveis à coligação de sociedades em normas materiais espacialmente autolimitadas, isto é, normas cujo domínio de aplicação espacial se encontra predeterminado na respetiva *fattispecie*, diretamente ou por efeito de uma disposição anexa, tendo em conta determinada “função ou fim social” a que a restrição do respetivo âmbito se destina¹³.

Apesar de pressuporem, tal como as regras de conflitos, uma situação de facto plurilocalizada, as normas materiais espacialmente autolimitadas não se confundem com elas. As regras de conflitos respondem ao problema prévio da escolha de lei. Já as normas espacialmente autolimitadas respondem ao problema subsequente da determinação do regime material concretamente aplicável dentro da ordem jurídica cuja competência foi apurada de acordo com

11 Pereira Dias, Rui, *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 246258; Engrácia Antunes, José, *Os Grupos de Sociedades*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 279.

12 Pereira Dias, Rui, “Anotação ao artigo 481.º”, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VII, Coimbra, Almedina, 2014, p. 24; Perestrelo de Oliveira, Ana, *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 58.

13 Sobre a autolimitação espacial do regime das sociedades coligadas prevista no art. 481.º, n.º 2, do CSC e a sua qualificação como limitação material interna, cfr. Pereira Dias, Rui, *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas*, cit., pp. 260266; Perestrelo de Oliveira, Ana, *Manual de Grupos de Sociedades*, cit., pp. 57-60.

as regras de conflitos da *lex fori*. Quando o elemento espacial não se verifica, o efeito não é o afastamento da lei do foro, mas apenas a inaplicabilidade daquele regime especial¹⁴.

A circunstância de a sociedade dominante ter a sua sede localizada em país estrangeiro não determina a devolução à ordem jurídica que nele vigora da competência para regular a relação. Independentemente de aí se prever a responsabilidade solidária, o juiz da causa continuará vinculado à aplicação da lei portuguesa, mas não poderá subsumir a relação controvertida ao regime da responsabilidade solidária do art. 334.º do CT por se não verificar um dos elementos contidos na respetiva *fattispecie*.

É esta lógica que subjaz à interpretação apreciada pelo TC: a questão constitucional não reside na escolha da lei aplicável, mas na extensão da proteção que o direito material português confere a trabalhadores em situação comparável¹⁵.

III. A extensão do regime a sociedades-mãe estrangeiras: jurisprudência constitucional e reconfiguração do âmbito subjetivo

1. O percurso da fiscalização concreta à abstrata. A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral: o Acórdão n.º 272/2021

Após três decisões de fiscalização concreta que julgaram a norma inconstitucional, envolvendo sociedades dominantes com sede na Alemanha e em Espanha, verificou-se o pressuposto do art. 281.º, n.º 3, da CRP para a fiscalização abstrata sucessiva.

No Acórdão n.º 272/2021, proferido em Plenário, o TC declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da interpretação conjugada do art. 334.º do CT com o proémio do n.º 2 do art. 481.º do CSC, na parte em que impede a responsabilidade solidária da sociedade com sede fora de território nacional, em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo com uma sociedade portuguesa, pelos créditos emergentes da relação de trabalho subordinado estabelecida com esta, ou da sua rutura, por violação do princípio da igualdade, consagrado no art. 13.º da CRP.

2. O princípio da igualdade como proibição do arbítrio e o escrutínio reforçado

O art. 13.º, n.º 1, da CRP consagra a igualdade enquanto proibição do arbítrio legislativo, exigindo que as diferenças de tratamento assentem em fundamentos materiais razoáveis e proporcionais. O princípio opera, em regra, como limite externo ao exercício da liberdade de conformação do legislador, cabendo ao TC afastar apenas as escolhas legislativas que se revelem irrazoáveis quanto ao fundamento ou quanto à medida em que surgem concretizadas.

A igualdade enquanto proibição do arbítrio não exclui domínios em que o controlo jurisdicional deve ser exercido com maior rigor, quer quanto ao fundamento, quer quanto à dimensão da diferenciação. É o que sucede quando estão em causa posições jurídicas dotadas de inequívoca

14 Sobre a distinção entre regras de conflitos, enquanto instrumentos de escolha da lei aplicável, e normas materiais especialmente autolimitadas, destinadas a delimitar internamente o âmbito de aplicação de um regime especial no seio da ordem jurídica competente, cfr. Ferrer Correia, António, *Estudos Vários de Direito, Coimbra*, 1982, p. 395.

15 O TC clarifica que a interpretação conjugada dos arts. 334.º do CT e 481.º, n.º 2, do CSC coloca um problema de extensão da proteção material conferida pelo direito laboral português, e não uma questão de determinação da lei aplicável,

dignidade jusfundamental, como é o caso das garantias de proteção do salário, cuja tutela constitucional resulta diretamente do art. 59.º, n.º 3, da CRP.

A densidade do escrutínio deverá ser tanto mais intensa quanto mais inequívocos forem os direitos fundamentais a proteger. No caso vertente, estando em jogo a conformação legal das garantias especiais de proteção do salário, o direito fundamental à retribuição (que a CRP consagra com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias) impõe ao legislador a criação de mecanismos efetivos de proteção dos créditos salariais. Esta vinculação constitucional não é meramente programática, constituindo um reforço do relevo constitucional do direito ao salário que exige particular exigência na avaliação das justificações invocadas para qualquer diferenciação neste domínio¹⁶.

Em síntese: quando o legislador estabelece uma distinção que se repercute sobre a efetividade das garantias dos créditos salariais, não basta que a diferenciação seja racionalmente inteligível, sendo também necessário que assente num fundamento razoável, suscetível de assegurar a adequação e a proporcionalidade da diferença imposta.

O TC construiu o exercício de comparação a partir de um cenário hipotético elementar: dois trabalhadores contratados por empregadores portugueses, ambos a exercer funções em território nacional, diferindo apenas na circunstância de a sociedade que controla cada um dos empregadores ter sede dentro ou fora de Portugal. As condições substantivas da relação de trabalho são idênticas em tudo: a mesma lei rege o contrato; o mesmo território acolhe a prestação; a mesma vulnerabilidade jurídica e económica caracteriza ambos os trabalhadores. O único fator de diferenciação reside numa circunstância inteiramente alheia à relação laboral, a localização geográfica da sede da sociedade que domina a empregadora¹⁷.

Se o reforço da garantia patrimonial dos créditos laborais propiciado pela responsabilidade solidária constitui o contrapeso da exposição dos trabalhadores ao risco patrimonial originado pela integração da sociedade empregadora numa unidade económica plurissocietária, a diferença de tratamento consoante a sociedade coligada tenha sede em território nacional ou estrangeiro não tem acomodação possível na ratio do regime. O risco que a norma visa neutralizar – a erosão do património da empregadora decorrente da sua subordinação a interesses suprassocietários – existe independentemente de a sede da sociedade dominante se encontrar em Lisboa, em Frankfurt ou em Singapura. A vulnerabilidade do trabalhador perante a organização plurissocietária não depende, nem em grau nem em natureza, da localização geográfica do centro decisório do grupo.

Os riscos que a lei visou acautelar verificar-se-ão da mesma forma para os trabalhadores das sociedades participadas ou dependentes portuguesas, qualquer que seja o local da sede efetiva da sociedade que detém a participação no capital ou o controlo da respetiva direção¹⁸. A diferença estabelecida entre categorias de trabalhadores no âmbito das garantias dos créditos

16 Cfr. Acórdão do TC n.º 272/2021, ponto 18.

17 Cfr. Acórdão do TC n.º 272/2021, ponto 18.

18 Sobre o princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio e limite externo à liberdade de conformação do legislador, cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim, Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, anotação ao art. 13.º; Miranda, Jorge, Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2010, anotação ao art. 13.º. Sobre a tutela constitucional reforçada do salário, cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim, Moreira, Vital, ob. cit., anotação ao art. 59.º.

laborais é, assim, à luz da própria teleologia da norma que as prevê, desprovida de fundamento material.

O TC expôs com particular clareza a incongruência do critério diferenciador, sublinhando que se trata de uma circunstância que os trabalhadores não controlam e frequentemente ignoram. A sociedade dominante pode alterar a localização da sua sede por razões de oportunidade fiscal ou de racionalização societária, sem que os trabalhadores da sociedade dominada disso tenham conhecimento, e sem que tal modificação altere em nada a substância da relação laboral. A facilidade com que o elemento diferenciador pode ser manipulado, deslocando a sede unilateralmente, agrava a pouca razoabilidade da diferenciação¹⁹.

A multiplicação de pessoas jurídicas e a sua inserção numa organização onde estão expostas a uma influência potencialmente prejudicial para elas e para os seus credores constitui, como sublinhou o STJ no Acórdão de 14 de abril de 2021, o próprio fundamento da responsabilidade objetiva do art. 334.º do CT.

Sendo o fundamento da norma o reforço da garantia patrimonial dos créditos dos trabalhadores em razão da estrutura organizativa adotada, resulta manifesto que a localização geográfica da sede não altera em nada a existência nem a intensidade do risco que a norma visa acautelar. A responsabilidade solidária tem por pressuposto a integração da empregadora num grupo e essa integração, com os riscos que lhe são inerentes, verifica-se independentemente de a sociedade que domina ou controla a empregadora se encontrar sediada dentro ou fora do território nacional.

3. A rejeição sistemática das justificações para a autolimitação

A conclusão do TC de que “nenhuma das razões apontadas é suficientemente persuasiva para justificar as diferentes garantias conferidas aos créditos laborais” merece, a nosso ver, inteira adesão. As três justificações tradicionalmente invocadas pela doutrina para sustentar a autolimitação espacial (prevenção de antinomias normativas, dificuldades de direito internacional privado e atração de capitais estrangeiros) não resistem a um escrutínio minimamente exigente, como se procurará demonstrar.

A primeira justificação, de evitar antinomias normativas é, como bem qualificou o TC, “falaciosa”²⁰. A exigência de que ambas as sociedades tenham sede em Portugal determina apenas que o regime especial de responsabilidade solidária não pode ser aplicado fora dos limites que ele a si mesmo traça, mas não implica a inaplicabilidade da lei portuguesa à relação intersocietária plurilocalizada. O argumento confunde, assim, a delimitação do âmbito de aplicação de um regime especial com a existência de um conflito normativo que, na realidade, não se verifica. O que a autolimitação verdadeiramente produz é a preclusão automática do direito do trabalhador: a inaplicabilidade do regime especial dá lugar à aplicação do regime geral de limitação da responsabilidade patrimonial, sem que qualquer outro mecanismo substitutivo ocorra para proteger o crédito salarial. O resultado é, portanto, não a prevenção de uma antinomia, mas a criação de uma lacuna de proteção que a norma visava precisamente colmatar.

A segunda justificação, relativa às alegadas dificuldades de direito internacional privado na transposição de tipos societários estrangeiros, tampouco merece colhimento. Este ramo

19 Cfr. Acórdão do TC n.º 272/2021, ponto 14; Acórdão do STJ de 14 de abril de 2021, proc. n.º 3853/18.2T8VCT.G1.S1.

20 Cfr. Acórdão do TC n.º 272/2021, ponto 17.

do direito dispõe das ferramentas necessárias para a substituição ou transposição de tipos sociais estrangeiros nos equivalentes portugueses, tarefa que, de resto, é facilitada pela harmonização dos tipos societários, operada pelas tabelas de correspondência constantes dos Anexos I e II da Diretiva 2013/34/UE. O julgador não está, por isso, desprovido de instrumentos técnicos para identificar, no elenco dos tipos sociais de um determinado Estado, aquele que mais se aproxima de uma sociedade por quotas, de uma sociedade anónima ou de uma sociedade em comandita por ações do direito português. Trata-se, quando muito, de uma dificuldade de ordem técnica, perfeitamente superável pela atividade interpretativa dos tribunais, e que não pode, em caso algum, servir de fundamento a uma discriminação entre trabalhadores em matéria de garantias salariais²¹. Aceitar o contrário equivaleria a admitir que obstáculos operacionais na aplicação do direito possam justificar a supressão de direitos fundamentais, proposição manifestamente insustentável.

A terceira justificação, de atração de capitais estrangeiros, é, das três, a que mais claramente revela a fragilidade axiológica da autolimitação. Dificilmente poderia corresponder a um interesse com peso constitucional bastante para justificar a erosão das garantias salariais. A única disposição da CRP que se refere expressamente aos investimentos estrangeiros é o art. 87.º, o qual, longe de dispensar o legislador de proteger os trabalhadores, vincula-o a disciplinar tais investimentos de forma a garantir a sua contribuição para o desenvolvimento do país e a defender os interesses dos trabalhadores. Resulta, assim, do próprio texto constitucional que o interesse na atração de investimento está subordinado à proteção dos interesses dos trabalhadores, e não o contrário. Invocar a competitividade do ordenamento jurídico como justificação para privar trabalhadores de garantias salariais constitucionalmente impostas representa, a nosso ver, uma inversão da hierarquia de valores que a CRP inequivocamente consagra.

Em suma, a extensão da discriminação imposta não guarda proporcionalidade com qualquer dos interesses invocados para a justificar, falhando o teste de adequação que o princípio da igualdade exige entre a diferença de tratamento e o valor que a sustenta. Ainda que se reconheça legitimidade ao interesse na captação de capital estrangeiro, esse interesse não dispõe de peso constitucional suficiente para justificar que, a trabalhadores em igual posição e com igual dignidade social, sejam atribuídas garantias salariais substancialmente diferentes. A norma, na interpretação sindicada, origina um desequilíbrio constitucionalmente inadmissível, e a declaração de inconstitucionalidade pelo TC constitui, a nosso ver, a única solução compatível com o princípio da igualdade e com a tutela constitucional do direito à retribuição.

4. Os votos de vencido e o debate sobre o direito da União Europeia

A decisão foi aprovada com votos de vencido de cinco Conselheiros. A declaração conjunta (Rangel de Mesquita, Mata-Mouros e Teles Pereira) sustentou que a decisão foi construída desconsiderando a incidência do DUE, projetando uma abrangência invalidante que, ao extravasar do espaço da UE, elimina o sentido que a autolimitação espacial apresenta quando envolve sociedades extraeuropeias. Para as situações intraeuropeias, os subscritores argumentaram que a autolimitação já seria afastada pelo DUE, equivalendo a declaração de inconstitucionalidade a “arrombar uma porta que sempre esteve aberta”; para as situações extra-UE, haveria fundamento racional bastante na regulação harmoniosa de grupos plurilocalizados e na atração de investimento proveniente de países terceiros.

21 Cfr. Machado, João Baptista “Problemas na aplicação do direito estrangeiro — adaptação e substituição”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXVI, 1960, p. 339.

A Conselheira Assunção Raimundo salientou que o TJUE, no Acórdão Impacto Azul, concluiu que a exclusão das sociedades-mãe com sede noutro Estado-Membro não constitui restrição à liberdade de estabelecimento na aceção do art. 49.º TFUE. O Conselheiro Fernando Vaz Ventura entendeu que existem motivos racionais e constitucionalmente legítimos para a diferenciação, podendo as situações abusivas ser tuteladas pelo instituto do abuso de direito.

Os votos de vencido enfatizaram, assim, o plano do DUE e a eventual diferença entre situações intra-UE e extra-UE. O TC, porém, circunscreveu expressamente o seu julgamento à interpretação normativa efetivamente aplicada pelas instâncias, abstendo-se de resolver debates de direito ordinário sobre o alcance da remissão – designadamente a tese de que a autolimitação já seria afastada pelo DUE nas situações intraeuropeias e a tese de que a remissão do art. 334.º do CT constituiria uma mera referência pressupponente²². Esta autolimitação metodológica é particularmente significativa: ao não se pronunciar sobre a melhor interpretação do art. 334.º à luz do direito ordinário, o TC deixou intacto o espaço para que a jurisprudência reconstruísse o fundamento dogmático da norma por via interpretativa, percurso que o STJ trilhou no Acórdão de 14 de abril de 2021.

O Acórdão n.º 461/2021 consolidou definitivamente a solução, aplicando ao caso concreto a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, sem qualquer ressalva. Ficou, assim, assente que a autolimitação espacial do art. 481.º, n.º 2, do CSC não pode ser transposta para o regime laboral do art. 334.º: a responsabilidade solidária por créditos laborais abrange as sociedades coligadas independentemente da localização da sua sede, sempre que a relação laboral esteja sujeita à lei portuguesa.

IV. A qualificação da responsabilidade e a determinação da lei aplicável

1. A qualificação como responsabilidade objetiva e extracontratual

Trata-se, segundo a doutrina largamente dominante, de uma responsabilidade que visa uma função de garantia ao alargar a outros patrimónios que não apenas o do empregador a responsabilidade por créditos emergentes de contrato de trabalho. O princípio geral é o de que o património do devedor é a garantia geral do seu credor, mas a lei estende aqui a responsabilidade a outros patrimónios, em consideração dos riscos acrescidos que para os credores de uma empresa, mormente os seus trabalhadores, pode representar a estrutura empresarial adotada.

Importa destacar que não se trata de tratar o grupo como sendo o empregador, como resultaria da desconsideração da personalidade jurídica. Também não se confunde esta responsabilidade solidária com a situação, igualmente regulada na lei e bem distinta, da celebração de um contrato de trabalho com uma pluralidade de empregadores. Esta responsabilidade afirma-se apenas por força da existência de uma certa organização das empresas, sem que haja necessidade por parte do trabalhador de alegar e provar qualquer conduta ilícita²³.

22 Cfr. Pereira Dias, Rui, *Pactos de Jurisdição Societários*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 504, nota 1398; Coutinho de Abreu, Jorge M., “Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio”, *Scientia Iuridica*, tomo LXI, n.º 329, p. 227; Osório de Castro / Diogo Lorena Brito, “A concessão de crédito por uma SGPS às sociedades estrangeiras por ela dominadas (...) e o artigo 481.º, n.º 2, do CSC”, *O Direito*, n.º 1, 2004, p. 145.

23 Cfr. Acórdão do STJ de 14 de abril de 2021, proc. n.º 3853/18.2T8VCT.G1.S1.

A remissão do art. 334.º do CT terá visado evitar a insegurança resultante da construção de diferentes conceitos como o de grupo para efeitos laborais. Contudo, uma vez que o art. 334.º cria o seu próprio regime de responsabilidade, bem distinto do previsto no art. 501.º do CSC, não se trata, em rigor, de uma remissão para o regime substantivo dos arts. 481.º e seguintes. A não ser assim, a fragmentação das estruturas societárias poderia levar a uma injustificada diminuição das garantias dos trabalhadores.

2. O Regulamento Roma II e a lei aplicável

O art. 33.º, n.º 2, do Código Civil, ao referir-se à responsabilidade da pessoa coletiva perante terceiros, tem em vista, em primeira linha, os bens que respondem pelas dívidas da pessoa coletiva. Como se tem afirmado na doutrina:

o âmbito da lei pessoal já não abrange obviamente a responsabilidade contratual da pessoa coletiva, que é regulada pela lei aplicável às obrigações contratuais, nem a responsabilidade extracontratual da pessoa coletiva, que é regulada pela lei aplicável a esta forma de responsabilidade²⁴.

Tratando-se de uma modalidade de responsabilidade objetiva e extracontratual, distinta da desconsideração da personalidade jurídica, importa atender ao Regulamento Roma II. Esta responsabilidade não cabe na exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, alínea d), que abrange a constituição da sociedade, o seu funcionamento interno e a responsabilidade pessoal dos sócios e titulares dos órgãos, mas não a responsabilidade “*externa*” da sociedade perante terceiros. Assim, face ao art. 4.º, n.º 1, do Regulamento Roma II, a lei aplicável é a lei do lugar de ocorrência do dano, no caso, a lei portuguesa, competente para regular o fundamento e a extensão da responsabilidade (art. 15.º).

Não se verifica qualquer violação das regras de conflitos, estando a matéria da responsabilidade da sociedade perante terceiros fora do âmbito da lei pessoal desta, pelo que não há qualquer frustração de expectativas legítimas, nem violação do princípio da segurança jurídica.

3. A articulação com Roma I e a autonomia do fundamento

De acordo com a norma fiscalizada, o facto de o contrato de trabalho ser disciplinado pela lei portuguesa e de a sociedade empregadora ver o seu estatuto pessoal submetido à lei portuguesa não são condições suficientes para que o credor do salário possa recorrer ao instituto da responsabilidade solidária. Exigir-se-á, ainda, que a sociedade coligada tenha também sede em Portugal.

O art. 334.º do CT não constitui uma extensão do vínculo contratual a um terceiro: trata-se de uma responsabilidade legal de garantia, cuja qualificação e lei aplicável se determinam fora do perímetro do contrato de trabalho. A qualificação como responsabilidade extracontratual enfraquece os argumentos de confiança legítima que as sociedades estrangeiras frequentemente invocam, na medida em que a responsabilidade não decorre de uma relação contratual, mas de uma norma de garantia que opera por força da lei.

24 De Lima Pinheiro, Luís, *Direito Internacional Privado – Direito de Conflitos – Parte Especial*, vol. II, 4.ª ed. refundida, Coimbra, Almedina, 2015, p. 150.

4. O alcance do Acórdão Impacto Azul e a posição do Supremo Tribunal de Justiça

O TJUE concluiu que o regime jurídico português não viola o princípio da liberdade de estabelecimento, porque não torna menos atrativo para as sociedades estrangeiras o exercício da sua atividade em Portugal. O art. 49.º TFUE não obsta a uma legislação nacional que exclui a aplicação do princípio da responsabilidade solidária das sociedades-mãe perante os credores das suas subsidiárias a sociedades-mãe com sede no território de outro Estado-Membro²⁵.

A decisão confirma que o DUE não impede situações de discriminação inversa, ou seja, situações em que sujeitos numa “situação puramente interna” são tratados de forma menos favorável do que sujeitos de outro Estado-Membro cuja situação é regulada pelo DUE.

O STJ admitiu o recurso de revista excepcional em 2020, reconhecendo que a questão permanecia em aberto e era de relevância jurídica suficiente para justificar nova pronúncia. Em 2021, o STJ decidiu em conformidade com o precedente constitucional, confirmando que uma sociedade dominante é sempre solidariamente responsável pelos créditos laborais de uma subsidiária portuguesa, independentemente do lugar onde esteja estabelecida.

Contudo, em 2023, o STJ decidiu que, para além da responsabilidade por créditos laborais, o regime genérico de responsabilidade das sociedades-mãe não ofende o princípio da igualdade, e que a exclusão das sociedades estrangeiras do regime de grupo no CSC foi uma opção deliberada do legislador. As sociedades estrangeiras ficam protegidas do regime de responsabilidade, mas igualmente impedidas de beneficiar dos direitos conferidos pelo regime. O consenso judicial atual é que o regime de responsabilidade das empresas-mãe continua limitado a sociedades portuguesas, salvo a exceção específica relativa a créditos laborais.

Para o advogado corporate, o resultado prático é uma assimetria que deve ser expressamente endereçada na documentação transacional: o investidor estrangeiro que adquira o controlo total de uma sociedade portuguesa fica, em regra, excluído do regime de responsabilidade do CSC, mas exposto à responsabilidade solidária do art. 334.º do CT pelos créditos laborais da subsidiária.

V. Limites estruturais: autonomia patrimonial, fundos e sociedades de investimento coletivo

1. Os fundos de capital de risco na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

No Acórdão de 29 de setembro de 2021 (Proc. n.º 3610/18.6T8CSC.L1.S1), o STJ apreciou a questão de saber se um fundo de capital de risco (“FCR”), património autónomo, sem personalidade jurídica, mas dotado de personalidade judiciária, que detinha a maioria do capital social da sociedade empregadora poderia ser responsabilizado nos termos do art. 334.º. O STJ respondeu negativamente: a natureza jurídica dos fundos de capitais de risco é diferente das sociedades comerciais; os FCR, ao contrário destas, não têm poder de decisão que possa interferir na gestão da sociedade em que detêm capital social, daí que o legislador não tenha estendido a estas entidades a responsabilidade solidária²⁶.

25 TJUE, Acórdão de 20 de junho de 2013, proc. C186/12, *Impacto Azul, Lda*. c. BPSA 9, n.º 35.

26 Cfr. Acórdão do STJ de 29 de setembro de 2021, proc. n.º 3610/18.6T8CSC.L1.S1, Rel. Chambel Mourisco.

O Tribunal da Relação de Lisboa (“**TRL**”) reconheceu a pertinência das considerações de primeira instância quanto à insuficiência do regime, mas não acompanhou a solução adotada: o FCR não assume a forma de sociedade comercial nem se enquadra nas formas societárias previstas no n.º 1 do art. 481.º do CSC. Por isso, não pode subsumir-se diretamente à previsão dos arts. 334.º do CT e 481.º e seguintes do CSC²⁷.

Confrontando-se com a particular natureza jurídica do FCR, o juiz de primeira instância afirmou que, “numa análise meramente jus-comercial”, seria de concluir pela inaplicabilidade do regime, mas, abandonando o que designou como uma “noção puramente formalista de relação de domínio”, concluiu pela responsabilidade do FCR enquanto detentor de 51% do capital social da empregadora. Esta argumentação consubstancia uma aplicação analógica vedada pela lei, como se analisa seguidamente.

2. A proibição de aplicação analógica e a excecionalidade do regime

A norma do art. 334.º do CT apresenta natureza excecional, na medida em que envolve:

o afastamento excecional e circunscrito a dada categoria de créditos da regra da limitação da responsabilidade patrimonial das sociedades comerciais e a consequente atribuição àquelas que com a sociedade empregadora tenham relações especialmente intensas ou significativas, de uma responsabilidade por dívidas desta²⁸.

A responsabilidade não depende de culpa e não é subsidiária, alargando significativamente o círculo de potenciais devedores.

Nos termos do art. 11.º do Código Civil, é proibida a aplicação analógica das normas excecionais. A argumentação expressa na sentença de primeira instância, que partiu da insuficiência da remissão para o CSC e concluiu pela responsabilidade do fundo com base numa noção funcional de relação de domínio, consubstancia uma verdadeira “extensão da lei por analogia” que o art. 11.º do CC pretende proibir²⁹.

Poderá defender-se que o legislador ficou aquém do desejável no âmbito subjetivo de aplicação da norma, ao excluir empresas não constituídas sob forma societária, mas tal não autoriza o intérprete a dar o passo que o legislador não deu, alargando esta hipótese legal excecional a outras entidades não contempladas na remissão para o art. 481.º do CSC.

3. A inexistência de violação do princípio da igualdade na exclusão dos fundos de capital de risco

Esta solução legal limitadora não cria uma situação de tratamento desigual constitucionalmente censurável. A natureza jurídica dos fundos de capitais de risco é diferente da das sociedades comerciais. Um FCR não tem poder de decisão que possa interferir na gestão da sociedade em que detém capital social, daí que o legislador não tenha estendido a estas entidades a responsabilidade solidária.

27 Catarina de Oliveira Carvalho, *ob. cit.*, pp. 92-93, já identificava esta limitação como a principal fragilidade do regime.

28 Vasconcelos, Joana, *ob. cit.*, p. 760.

29 Cfr. Acórdão do STJ de 29 de setembro de 2021, *cit.*, que qualifica a solução da primeira instância como uma “extensão da lei por analogia”, vedada pelo art. 11.º do Código Civil.

O critério relevante é funcional, caracterizado pela existência ou inexistência de poderes de direção juridicamente relevantes sobre o empregador, o que permite distinguir, sem incoerência, a exigência de tipicidade societária (que legitima a exclusão dos fundos de capital de risco) da proibição de discriminação territorial (que impõe a extensão a sociedades comerciais estrangeiras).

4. As sociedades de investimento coletivo e o Regime de Gestão de Ativos: autonomia patrimonial

O RGA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27/2023, de 28 de abril, substituiu a Lei n.º 16/2015 e constitui o quadro normativo atualmente aplicável aos organismos de investimento coletivo em Portugal.

Neste âmbito, o RGA disciplina tanto os organismos de investimento coletivo constituídos sob forma contratual (vulgo, fundos de investimento) como os constituídos sob forma societária ("**SIC**"). Desde a entrada em vigor do RGA, a designação SIC passou a aplicar-se genericamente a todos os organismos constituídos sob forma societária, independentemente da sua política de investimento.

Comum a todos os tipos de organismo de investimento coletivo é o princípio da autonomia financeira, de acordo com o qual os organismos de investimento coletivo são patrimónios autónomos e, conseqüentemente, os únicos ativos que respondem pelas responsabilidades de uma SIC são os próprios ativos da SIC, e não os dos seus acionistas. Embora o RGA não afirme explicitamente que o regime de responsabilidade das empresas-mãe é incompatível com o seu quadro, tal regime não pode ser compatível com o princípio explícito de autonomia financeira que estabelece que "apenas os ativos de um organismo de investimento coletivo respondem pelas suas dívidas" (art. 12.º, n.º 1, do RGA).

A regra que existia na anterior lei, segundo a qual os investidores em fundos fechados podiam assumir responsabilidade pelas dívidas de um fundo ou SIC, foi eliminada pelo RGA. Em conformidade, qualquer responsabilidade eventualmente assumida pelos acionistas terá natureza puramente contratual – e não legal ou estatutária. Esta solução é coerente com a orientação geral do RGA no sentido de reforçar a autonomia financeira das SIC.

5. A gestão independente: incompatibilidade funcional entre SIC e responsabilidade solidária laboral

Ao abrigo do CSC, as sociedades dominantes em estruturas de domínio total têm o direito de emitir instruções vinculativas à sociedade dirigida (art. 503.º). É precisamente este poder que justifica a existência do regime de responsabilidade: enquanto as sociedades dominantes podem emitir instruções mais alinhadas com os seus próprios interesses, são responsáveis pelo resultado dessas instruções, ou pelo menos pelo poder de as emitir³⁰.

Este poder é fundamentalmente incompatível com a natureza e o objeto de uma SIC, que deve sempre beneficiar de gestão independente. Não parece sustentável argumentar que o regime de responsabilidade das empresas-mãe deve aplicar-se às SIC.

30 Cfr. arts. 503.º e 504.º do CSC.

Continua a ser verdade, ao abrigo do RGA, que a gestão de um fundo ou SIC atua de forma independente no interesse dos participantes ou acionistas e não pode estar sujeita a instruções vinculativas³¹. O direito de emitir instruções vinculativas é o fundamento do regime de responsabilidade. Sem esse direito, os acionistas das SIC não podem ficar vinculados pela responsabilidade correlativa. Não existe qualquer cenário em que os acionistas de uma SIC possam emitir instruções vinculativas à gestão. Por isso, não podem invocar o regime de grupo previsto no CSC, do qual o regime de responsabilidade é apenas uma componente.

Neste contexto, acresce um outro argumento também de ordem funcional: o art. 489.º, n.º 2, do CSC impõe que a administração da sociedade dominante convoque assembleia geral para deliberar sobre a manutenção do domínio total. Quando a participação é detida por um organismo de investimento coletivo cuja gestão compete a uma entidade gestora autónoma, a satisfação deste requisito enfrenta obstáculos práticos e conceptuais que o legislador societário não antecipou, indício relevante de que o Título VI do CSC não foi concebido para veículos de investimento coletivo.

A incompatibilidade funcional encontra eco na perspetiva regulatória de outras jurisdições. No direito alemão, a BaFin reconheceu, em carta interpretativa de 2018, que quando um fundo imobiliário detém a totalidade do capital de um veículo de investimento estrangeiro gerido por entidade gestora independente, o fundo não dispõe de controlo suficiente sobre as decisões de gestão para que a participação possa ser qualificada como maioritária para efeitos regulatórios. Esta qualificação confirma que a detenção da totalidade do capital de uma SIC não equivale ao exercício de poderes de direção sobre a sua gestão³².

A autonomia patrimonial não pode funcionar como escudo universal contra qualquer forma de tutela laboral. O critério há de ser funcional: o determinante é a existência ou inexistência de poderes de direção juridicamente relevantes sobre o empregador.

Os tribunais que desconsideraram a limitação territorial apenas responsabilizaram o acionista direto estrangeiro, sem estender a responsabilidade às sociedades-mãe indiretas – contensão jurisprudencial que se explica pelo facto de o regime de responsabilidade da sociedade não portuguesa dever ser regulado pela lei que lhe é pessoalmente aplicável³³. Na prática, a responsabilidade solidária será, em princípio, limitada ao acionista direto da sociedade empregadora – e não escalará até ao último beneficiário efetivo (ultimate beneficial owner).

O RGA consolida a autonomia financeira das SIC e fundos, o que é incompatível com a aplicação do regime de responsabilidade. Uma vez que os acionistas não têm o direito de emitir instruções vinculativas, o próprio fundamento do regime do art. 334.º não existe num contexto de SIC.

31 Cfr. art. 10.º do RGA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27/2023, de 28 de abril.

32 Cfr. Carta interpretativa da BaFin de 9 de abril de 2018 sobre a qualificação de participações detidas por fundos de investimento imobiliário em veículos estrangeiros geridos por AIFM independentes.

33 Cfr. art. 3.º do CSC e art. 33.º do Código Civil.

VI. Implicações para a prática societária transfronteiriça

1. *Due diligence* laboral em operações de aquisição

O art. 334.º do CT estabelece que o empregador e qualquer sociedade que com ele se encontre em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo respondem solidariamente pelos créditos laborais vencidos há mais de três meses. Ao contrário da responsabilidade dos arts. 501.º e 502.º do CSC, a responsabilidade do art. 334.º do CT é desencadeada pela mera existência de participações recíprocas ou de uma relação de domínio. Para o investidor estrangeiro que adquira o controlo de uma sociedade portuguesa, esta distinção é decisiva: a responsabilidade solidária por créditos laborais pode ser acionada em circunstâncias em que o regime societário geral não imporá qualquer responsabilidade.

A *due diligence* laboral não se pode limitar a apurar a regularidade da entidade empregadora. Impõe-se mapear o perímetro de entidades potencialmente acionáveis e verificar se estão reunidos os pressupostos do regime. Na condução desse exercício, importa ter presente que o conceito de relação de domínio não é uniforme no ordenamento: o art. 21.º do Código dos Valores Mobiliários desconsidera explicitamente o lugar de estabelecimento das sociedades envolvidas na relação relevante para efeitos de imputação de direitos de voto. Esta assimetria obriga o advogado a verificar, em cada operação, qual o conceito de grupo relevante para o regime em causa.

Na documentação transaccional, o art. 334.º do CT tem implicações concretas: nas *representations and warranties*, o vendedor deve declarar a inexistência de créditos laborais vencidos há mais de três meses ou quantificá-los como passivo contingente; nas cláusulas de indemnização, o comprador deve negociar cobertura para créditos reclamados após o closing; nos *interim covenants*, o vendedor deve comprometer-se a não gerar novos créditos abrangidos pelo art. 334.º; na definição de *net debt*, devem incluir-se expressamente os créditos laborais vencidos há mais de três meses que recaiam sobre sociedades do grupo.

2. Estruturação de investimento coletivo

Existem argumentos sólidos para sustentar que o acionista único estrangeiro de uma SIC portuguesa não está sujeito ao regime de responsabilidade solidária. Em estruturas de SIC sem trabalhadores, o problema do art. 334.º simplesmente não se põe – o que constitui, para o investidor institucional, um elemento de conforto significativo.

A evolução jurisprudencial e regulatória tem conduzido investidores institucionais estrangeiros a simplificar as suas estruturas de detenção de SIC portuguesas, dispensando veículos interpostos que funcionavam como escudos de responsabilidade. A conclusão de que o risco é suficientemente reduzido para dispensar a interposição de um *special purpose vehicle* tem permitido reduzir a complexidade e os custos de manutenção destas estruturas.

Merece atenção particular a hipótese em que as ações da SIC são detidas por um fundo desprovido de personalidade jurídica. Nesse cenário, a titularidade jurídica cabe à entidade gestora, o que pode fragilizar a tese de que o regime não se aplica – mas a circunstância de esta exercer a titularidade por conta e no interesse exclusivo dos participantes constitui um elemento de diferenciação relevante. A análise caso a caso é indispensável.

A maioria da doutrina portuguesa criticou a limitação territorial, argumentando que contradiz a finalidade protetora das disposições de responsabilidade, trata os grupos nacionais de forma menos favorável do que os grupos estrangeiros e promove a transferência de sedes para evitar o regime. Alguns autores defendem uma interpretação restritiva segundo a qual a restrição se aplica apenas à sociedade controlada – interpretação que, como se viu, o TC acabou por tornar desnecessária, ao declarar a inconstitucionalidade da autolimitação para efeitos de créditos laborais.

3. Prosseguimento da ação contra o garante após insolvência

O TRL decidiu, no Acórdão de 28 de junho de 2023 (Proc. n.º 23417/20.0T8LSB-A.L1-4), que a insolvência da sociedade empregadora decretada após a fase dos articulados não afasta a possibilidade de na ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento ser efetivada a responsabilidade pelos créditos laborais de uma sociedade, terceira interveniente, que com ela estava numa relação de domínio, devendo a ação prosseguir seus termos apenas entre o trabalhador e essa sociedade.

A responsabilidade solidária prevista no art. 334.º do CT tem como consequência que cada um dos devedores responde pela prestação integral, não sendo lícito ao devedor solidário demandado opor o benefício da divisão. A obrigação da sociedade coligada é autónoma e integral, não dependendo da prévia excussão do património da empregadora.

Na doutrina, tem-se sustentado que:

o trabalhador que detenha um crédito laboral abrangido por este art.º 334.º, pode demandar qualquer uma das sociedades, ou seja, não só aquela que assume a qualidade de empregador, como qualquer uma das sociedades que com o empregador se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo.

E noutra formulação, que:

ocorrendo a relação de coligação relevante e preenchido o requisito relativo ao crédito laboral, qualquer trabalhador das sociedades envolvidas pode dirigir-se à sua empregadora ou a uma outra, sejam quais forem as posições por estas reciprocamente ocupadas na relação de domínio ou de grupo³⁴.

O TRL considerou que nenhum obstáculo subsistia a que a ação prosseguisse entre as partes remanescentes, pois que nela foram enunciadas as razões para proceder ao despedimento e foi já produzido o substancial da prova relevante. O TRL concedeu a apelação, revogou a sentença recorrida e determinou que os autos prosseguissem os seus termos entre o trabalhador e a terceira interveniente.

4. Efeito reflexo do caso julgado em litígios de grupo

A natureza jurídica da responsabilidade solidária prevista no art. 334.º do CT, enquanto mecanismo de garantia legal autónomo e estruturalmente desligado da formação do vínculo laboral, projeta-se inevitavelmente no plano processual, designadamente quanto à força vinculativa das decisões judiciais proferidas em ações intentadas contra a sociedade empregadora.

34 Vaz Marecos, Diogo, Código do *Trabalho Anotado*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, anotação ao art. 334.º.

Uma vez reconhecido judicialmente o crédito laboral na esfera do empregador, a extensão da responsabilidade a sociedades coligadas não implica a rediscussão do direito de crédito, mas apenas a verificação superveniente dos pressupostos legais que justificam a imputação patrimonial alargada.

É precisamente esta configuração que legitima a aplicação da teoria do efeito reflexo do caso julgado nos litígios de grupo. Tendo o trabalhador obtido decisão definitiva quanto à existência, natureza e montante do crédito laboral em ação proposta contra a entidade empregadora — único sujeito com legitimidade direta para contestar esses elementos —, encontra-se esgotado o universo de partes habilitadas a discutir a relação material subjacente ao crédito. Nessa medida, a autoridade do caso julgado formado impõe-se às sociedades coligadas chamadas posteriormente a responder como devedoras solidárias, não para lhes estender retroativamente a qualidade de parte na relação laboral, mas para impedir a reabertura de questões já definitivamente apreciadas quanto ao crédito cujo cumprimento lhes é agora exigido.

A jurisprudência tem acolhido de forma consistente esta solução, sublinhando que, na ação subsequente movida contra a sociedade coligada, o objeto do litígio se circunscreve ao preenchimento dos pressupostos do art. 334.º do CT, ficando excluída a reapreciação do reconhecimento ou da quantificação dos créditos laborais já cobertos pelo caso julgado. É neste sentido que o STJ tem afirmado que o efeito reflexo do caso julgado se produz sempre que a decisão anterior haja sido proferida com intervenção de todos os sujeitos com legitimidade para discutir a situação jurídica fundamental, impondo-se, por razões de segurança jurídica e economia processual, em processos posteriores conexos³⁵.

5. A delimitação temporal

O Acórdão do TRE de 8 de maio de 2025 (Proc. n.º 3142/18.2T8STB.E1) ilustra a relevância do critério temporal. A 3.ª Ré foi constituída em 15.06.2016, data em que adquiriu personalidade jurídica. As relações laborais que originaram os créditos perduraram durante os anos de 2014 e 2015, cessando as últimas durante o mês de fevereiro de 2016. Os créditos venceram-se, portanto, em data anterior à própria constituição da 3.ª Ré, pelo que não se pode afirmar que nessa data de vencimento esta integrasse o grupo societário.

Quanto à 3.ª Ré, nunca se verificou qualquer das estruturas societárias previstas no art. 334.º do CT. Se inicialmente a 1.ª Ré teve uma simples participação, não maioritária, na 3.ª Ré, logo a 27.06.2016 deixou de a ter; e quanto à empregadora, nunca se observou qualquer das relações societárias previstas no art. 334.º, e muito menos existia na data em que os créditos se venceram ou sequer na data em que foram verificados judicialmente³⁶.

A decisão ilustra um ponto que a prática nem sempre acautela: a responsabilidade solidária do art. 334.º do CT pressupõe a existência da relação de coligação à data de vencimento dos créditos. Em operações de reestruturação societária, este critério temporal pode ser determinante e deve ser objeto de análise específica na *due diligence*.

35 Quanto à projeção processual do regime e à relevância do reforço da garantia patrimonial dos créditos salariais, cfr. Acórdão do TC n.º 272/2021, de 6 de julho (DR, 1.ª série, n.º 129), e Acórdão do STJ de 29 de setembro de 2022, proc. n.º 5138/05.5YXLSBF.L1.S1.

36 Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 8 de maio de 2025, proc. n.º 3142/18.2T8STB.E1.

VII. Exemplos práticos (síntese)

1. Due diligence (grupos transfronteiriços – responsabilidade laboral)

Exemplo 1 – Caso “Opway” (STJ, Acórdão de 14.04.2021): trabalhadores de subsidiária portuguesa demandaram, ao abrigo do art. 334.º do CT, a sociedade-mãe luxemburguesa (e demais sociedades do grupo) por salários em atraso e indemnizações. O STJ confirmou a condenação solidária da sociedade-mãe: qualificou a responsabilidade como objetiva e extracontratual e afastou a objeção de inaplicabilidade territorial, aplicando o Regulamento Roma II (art. 4.º, n.º 1: lei do lugar do dano - Portugal), por se tratar de responsabilidade “externa” perante terceiros. **Implicações práticas:** em operações de aquisição, deve apurar-se (i) a existência de créditos laborais vencidos há mais de três meses, (ii) o perímetro de sociedades potencialmente acionáveis e (iii) mecanismos de mitigação (quitações pré-closing, retenções, indemnizações).

Exemplo 2 – Fundo de Capital de Risco (STJ, Acórdão de 29.09.2021): trabalhadores tentaram responsabilizar solidariamente um FCR, equiparando-o a “sociedade-mãe de facto”. O STJ excluiu o fundo do âmbito do art. 334.º do CT, por falta de tipicidade (art. 481.º, n.º 1, CSC) e por incompatibilidade com a autonomia patrimonial/gestão independente (proibição de analogia: art. 11.º CC). **Implicações práticas:** a estrutura de detenção (sociedade comercial vs. OIC/FCR) pode ser determinante na avaliação de exposição; ainda assim, o critério decisivo é funcional (poderes juridicamente relevantes de direção/instrução).

2. Insolvência (ação laboral em cenário de insolvência do empregador)

Exemplo 3 – Prosseguimento contra o garante apesar de PER/insolvência (TRL, Acórdão de 27.01.2021): trabalhadora, com crédito reconhecido e reclamado em PER, acionou sociedades coligadas ao abrigo do art. 334.º do CT. O TRL admitiu a ação: a solidariedade permite demandar qualquer coobrigado, não havendo obrigação de aguardar o desfecho do PER nem de executar primeiro a empregadora. **Implicações práticas:** reestruturações e moratórias da devedora principal não eliminam, por si, a exposição das sociedades coligadas ao pagamento integral.

Exemplo 4 – Efeito reflexo do caso julgado (TRE, Acórdão de 05.08.2025): após sentença transitada contra a empregadora (insolvente), trabalhadores demandaram a sociedade dominante e coligadas, pretendendo tornar o reconhecimento do crédito oponível ao grupo. O TRE acolheu a tese do efeito reflexo do caso julgado: na ação contra as coligadas discute-se, em regra, o preenchimento dos pressupostos do art. 334.º do CT, mas não se reabre a quantificação do crédito já judicialmente fixado. **Implicações práticas:** a gestão de contencioso deve ser coordenada ao nível do grupo; em operações de due diligence, importa mapear também (i) litigância pendente e (ii) alterações históricas de controlo, relevantes para o critério temporal do vencimento do crédito.

VIII. Conclusões e propostas de lege ferenda

1. Conclusões

O estado atual da questão resume-se em quatro coordenadas:

- A responsabilidade solidária do art. 334.º do CT é um regime autónomo de garantia, de natureza objetiva e extracontratual, distinto do regime societário dos arts. 501.º e seguintes do CSC.
- A exclusão da responsabilidade solidária de sociedades estrangeiras é inconstitucional, por violação do princípio da igualdade, quando o empregador e o trabalhador se encontrem em Portugal e a relação laboral esteja sujeita à lei portuguesa.
- A norma não se aplica a entidades que não assumam forma de sociedade comercial típica nos termos do art. 481.º, n.º 1, do CSC, não sendo admissível a aplicação analógica.
- A autonomia patrimonial e a gestão independente, quando impostas por regime regulatório como o RGA, funcionam como limites materiais à extensão do regime.

2. Propostas de lege ferenda

a. Revisão do art. 334.º do CT para consagrar a autonomia face ao art. 481.º, n.º 2, do CSC. Uma redação que identifique autonomamente os pressupostos de coligação relevante, sem remissão para o Título VI do CSC consolidaria a jurisprudência constitucional em texto legislativo e evitaria que os problemas interpretativos que ocuparam o TC e o STJ durante mais de uma década se reproduzissem em litígios futuros.

b. Introdução de critérios funcionais de delimitação. O legislador deveria explicitar que a responsabilidade pressupõe a existência de poderes de direção, instrução ou influência juridicamente relevante sobre a gestão do empregador, em linha com o conceito de “influência dominante” do art. 486.º, n.º 1, do CSC. Esta formulação permitiria excluir, sem necessidade de recurso à proibição da analogia, as entidades que, por força da sua natureza jurídica ou do regime regulatório a que se encontram sujeitas, não dispõem de poderes de direção sobre o empregador.

c. Criação de um *safe harbour* para veículos de investimento coletivo. O legislador deveria ponderar a introdução de uma disposição expressa que exclua do âmbito do art. 334.º os organismos de investimento coletivo - fundos e SIC - sujeitos a gestão independente nos termos do RGA, sempre que: (i) o veículo não tenha trabalhadores próprios, (ii) a gestão do organismo seja exercida no exclusivo interesse dos participantes ou acionistas, nos termos do RGA, independentemente de se tratar de gestão autogerida ou heterogerida, e (iii) os acionistas não disponham de poderes de instrução sobre a gestão. Uma tal disposição conferiria segurança jurídica a investidores institucionais estrangeiros sem diminuir a tutela dos trabalhadores, na medida em que a exclusão operaria apenas relativamente a entidades que, por definição, não podem interferir na gestão do empregador.

La financiación de litigios y arbitrajes por terceros: aspectos regulatorios, operacionales y procedimentales

Javier Tarjuelo

Asociado de Pérez-Llorca

LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

MADRID

I.	Introducción	42
II.	La TPLF desde el punto de vista regulatorio	43
	1. La ausencia de una regulación específica de la TPLF en España	43
	2. La ausencia de una regulación específica de la TPLF en la Unión Europea	45
	3. El marco europeo de las acciones de representación: la Directiva (UE) 2020/1828 y su (no) transposición al ordenamiento español	46
III.	La TPLF desde el punto de vista operacional	48
	1. Solicitud de financiación	48
	2. <i>Due diligence</i>	49
	3. Negociación del contrato de financiación	50
IV.	La TPLF desde el punto de vista procedimental	53
	1. Implicaciones de la TPLF en el procedimiento judicial	53
	2. Implicaciones de la TPLF en el procedimiento arbitral	54
V.	Conclusiones	60



Fecha de recepción
26 de abril de 2026



Fecha de aceptación
4 de mayo de 2026



Resumen: La financiación de litigios por terceros (*third-party litigation funding*, “**TPLF**”) consiste en que un tercero ajeno a un procedimiento judicial o arbitral financia los costes de una de las partes a cambio de participar en las ganancias que, en su caso, se obtengan. El presente artículo analiza las principales cuestiones jurídicas de la TPLF desde tres perspectivas: (a) la regulatoria, examinando su marco normativo en España —donde, a falta de regulación específica, se ampara en la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil) y en el contrato de cuentas en participación (arts. 239 y ss. del Código de Comercio)— y en la Unión Europea, donde la Directiva (UE) 2020/1828 lo regula únicamente en el ámbito de las acciones de representación de consumidores; (b) la operacional, abordando las fases de una operación de TPLF y las principales cláusulas del contrato de financiación, y (c) la procedimental, analizando la limitada jurisprudencia española, los reglamentos de las principales instituciones arbitrales, los instrumentos de *soft law* más relevantes y la práctica de los tribunales arbitrales de inversión en materia de revelación de la existencia de financiación, confidencialidad del acuerdo y *security for costs*.

Abstract: Third-party litigation funding (“**TPLF**”) involves a third party, unrelated to the judicial or arbitral proceedings, financing the costs of one of the parties in exchange for a share of any proceeds that may be obtained. This article examines the key legal issues surrounding TPLF from three perspectives: (a) the regulatory perspective, reviewing the applicable framework in Spain —where, in the absence of specific regulation, TPLF is governed by freedom of contract (Art. 1,255 Civil Code) and the *cuentas en participación* contract (Arts. 239 et seq. Commercial Code)— and in the EU, where Directive (EU) 2020/1828 regulates it only in the context of consumer representative actions; (b) the operational perspective, addressing the phases of a TPLF transaction and the key clauses of the funding agreement, and (c) the procedural perspective, analysing the limited Spanish case law, the rules of the leading arbitral institutions, the most relevant soft law instruments, and investment arbitration tribunal practice on disclosure of the existence of funding, confidentiality of the funding agreement and security for costs.



Palabras clave: Financiación de litigios por terceros; TPLF; arbitraje internacional; arbitraje de inversión; garantía de costas; obligación de revelación; conflicto de intereses; contrato de financiación; acciones colectivas; derecho blando.

Key words: Third-party litigation funding; TPLF; international arbitration; investment arbitration; security for costs; disclosure obligation; conflict of interest; funding agreement; collective actions; soft law.

La financiación de litigios y arbitrajes por terceros: aspectos regulatorios, operacionales y procedimentales

I. Introducción

De manera muy resumida, la financiación de litigios por terceros (*third-party litigation funding*, “**TPLF**” por sus siglas en inglés) consiste en que un tercero ajeno a un procedimiento judicial o arbitral financia los costes de una de las partes de dicho procedimiento a cambio de participar en las ganancias que puedan derivarse de él si se estiman las pretensiones de la parte financiada.

Una definición más completa la encontramos en el informe preparado por el Grupo de Trabajo del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (*International Council for Commercial Arbitration*, “**ICCA**” por sus siglas en inglés) y la Universidad Queen Mary de Londres sobre financiación por terceros en arbitraje internacional¹:

El término “financiación por terceros” se refiere a un acuerdo por el que una entidad que no es parte en la disputa se compromete a proporcionar a una parte, a una filial de dicha parte o a una firma de abogados que representa a dicha parte,

- a) fondos u otro apoyo material con el fin de financiar parte o la totalidad de los costes del procedimiento, ya sea de forma individual o como parte de una serie concreta de casos, y
- b) dicho apoyo o financiación se proporciona a cambio de una remuneración o un reembolso que depende total o parcialmente del resultado de la disputa, o se proporciona mediante una donación o a cambio del pago de una prima.

La TPLF constituye un sector de gran relevancia en jurisdicciones como Estados Unidos, Reino Unido y Australia. En Europa continental y, particularmente, en España, su implantación es todavía menor de la que existe en los países anglosajones, pero crece cada año, como demuestra el interés que han mostrado las instituciones europeas por dicho sector.

En concreto, el Parlamento Europeo aprobó el 13 de septiembre de 2022 una resolución con recomendaciones sobre la financiación de litigios destinadas a la Comisión Europea, solicitando que esta presentase una propuesta de directiva para establecer unas normas comunes que regulasen la financiación de litigios en el ámbito de la Unión Europea². Ello dio lugar a que, el 21 de marzo de 2025, a solicitud de la Dirección General de Justicia y Consumidores de

¹ *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, abril de 2018, p. 50, disponible en: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf. La cita es una traducción libre al castellano realizada por el autor del original en inglés.

² Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IP0308>

la Comisión Europea, se emitiese un estudio sobre la situación de la financiación de litigios por terceros en la Unión Europea, en el que se analiza el estado del sector en cada uno de los Estados miembros³.

Los datos sobre el tamaño económico del sector de la TPLF constituyen en la mayoría de los casos meras estimaciones, que deben tomarse con mucha prudencia. No obstante, según los propios datos considerados por las instituciones europeas, la TPLF ha ido creciendo de forma constante en la Unión Europea. En 2019, se estimó que el tamaño del mercado europeo de TPLF representaba aproximadamente el 0,8% de los ingresos totales del mercado de servicios jurídicos. Esto se traduce en aproximadamente 1.000 millones de euros. Y se prevé que su tamaño aumente en consonancia con el crecimiento mundial, lo que habría supuesto aproximadamente 600 millones de euros de ingresos adicionales en la Unión Europea en el pasado ejercicio 2025⁴.

Por medio del presente artículo se pretenden explicar las principales cuestiones jurídicas que afectan a la TPLF desde tres perspectivas: (a) el ángulo regulatorio, es decir, qué normas (si las hay) regulan la TPLF en España y a nivel de la Unión Europea; (b) el ángulo operacional, es decir, qué cuestiones se suelen tener en cuenta a la hora de estructurar una operación de TPLF en España, y (c) el ángulo procedimental, es decir, cómo puede afectar la suscripción de un acuerdo de TPLF a los procedimientos judiciales o arbitrales que son objeto de él.

II. La TPLF desde el punto de vista regulatorio

1. La ausencia de una regulación específica de la TPLF en España

En España, la TPLF no cuenta con una regulación específica, por lo que su encaje jurídico se aborda a través del derecho privado general, que, conforme al principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1.255 del Código Civil (“CC”), determina que “[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

Esta situación no es excepcional en el contexto europeo. En la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea no existe una regulación específica de la TPLF (más allá de las normas derivadas de la transposición de la Directiva (UE) 2020/1828 sobre acciones de representación, a la que luego nos referiremos) y, por tanto, opera bajo el derecho contractual general y, en su caso, bajo la normativa de consumo —cuando la parte financiada es un consumidor—⁵.

3 *Study on Mapping Third Party Litigation Funding in the European Union*, preparado a solicitud de la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, 21 de marzo de 2025, disponible en: https://commission.europa.eu/document/download/65adb710-1a36-4550-a4c6-a606adbff061_en?filename=Final%20Report%20EC%20Mapping%20TPLF%20in%20the%20EU.pdf

4 Datos tomados del *Study on Mapping Third Party Litigation Funding in the European Union*, preparado por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, 21 de marzo de 2025, p. 40, anteriormente citado.

5 *Study on Mapping Third Party Litigation Funding in the European Union*, preparado por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, 21 de marzo de 2025, p. 8, anteriormente citado.

En España, los tribunales han afirmado que “nada se opone” a la TPLF desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad, y que, a falta de regulación específica, la TPLF debe considerarse lícita⁶.

Así, tanto la referida jurisprudencia como la doctrina se remiten al mencionado art. 1.255 del CC, así como a los arts. 239 y ss. del Código de Comercio, relativos al contrato de cuentas en participación, como el único marco normativo existente en España para los contratos de TPLF.

En efecto, el contrato de TPLF constituye un contrato atípico, pero asimilable al contrato de cuentas en participación, por medio del cual “[p]odrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen”, según establece el art. 239 del Código de Comercio.

En este sentido, la mayoría de la doctrina distingue la TPLF de otros tipos de contrato, como son:

- La cesión de créditos litigiosos: en la TPLF no se produce una transmisión de la titularidad del crédito, sino que, a cambio de una determinada contraprestación, el tercero financia los gastos del pleito, sin subrogarse en la posición jurídica del acreedor. Si se produjera la cesión del crédito litigioso, el financiador se convertiría en parte del litigio o arbitraje, y además nacería el derecho de retracto del deudor previsto en el art. 1.535 del CC.
- El préstamo parciario: la principal diferencia entre un préstamo parciario (art. 1.579 del CC) y una cuenta en participación es que, si bien tanto partícipe como prestamista participan de los beneficios que puedan obtenerse, solo en la cuenta en participación el financiador participa también de las pérdidas. De este modo, la TPLF se asemeja más al contrato de cuenta en participación que al préstamo parciario, puesto que el financiador asumirá, en su caso, las pérdidas cuando el financiado no gane el pleito (se trata de una financiación “sin recurso”)⁷.

Debe tenerse en cuenta que la categorización del contrato no es una cuestión meramente teórica, puesto que la naturaleza legal que se atribuya al contrato puede afectar a: (a) el tratamiento fiscal de los ingresos derivados de un resultado positivo del procedimiento⁸; e incluso (b) la legitimación activa del demandante y la viabilidad de la acción ejercitada. Por ejemplo, como hemos visto, si se considera que lo que se ha producido es una cesión de crédito litigioso, ello podría dar lugar al derecho de retracto del deudor (en España) o incluso a la aplicación de la doctrina del *champerty* que podría hacer descarrilar el procedimiento (entre otros, en el estado de Nueva York)⁹. Es, por tanto, una cuestión que debe analizarse con el máximo cuidado a la hora de estructurar la operación por parte del financiador y del financiado.

6 Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 24 de junio de 2020 [JUR 2021, 69332].

7 Agulló D., “Los contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding*) en España”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1 (enero-marzo, 2022); pp. 194 a 202.

8 Sánchez A., “Tributación de los contratos de financiación de litigios”, *Revista Quincena Fiscal*, 2019, núm. 47.

9 Sección 489 de la Ley del Poder Judicial de Nueva York (*New York Judiciary Law* § 489). Así se intentó, sin éxito, en el caso *Petersen c. Argentina*, que tuvo su repercusión en España, como demuestra el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de mayo de 2020 [JUR 2020, 238330].

2. La ausencia de una regulación específica de la TPLF en la Unión Europea

Como se ha adelantado en la introducción de este estudio, la creciente relevancia de la TPLF en la Unión Europea motivó que el Parlamento Europeo aprobase el 13 de septiembre de 2022 una resolución con recomendaciones sobre la financiación de litigios destinadas a la Comisión Europea, solicitando que esta presentase una propuesta de directiva para establecer unas normas comunes que regulasen la financiación de litigios en el ámbito de la Unión Europea¹⁰.

En concreto, la resolución del Parlamento Europeo incluía una detallada propuesta de regulación que abarcaba un elenco amplio de normas relativas a:

- La autorización y supervisión de los financiadores de litigios (incluyendo, entre otras cuestiones, la creación de un sistema de autorización previa para poder ejercer la actividad de TPLF en la Unión Europea y la designación de autoridades nacionales de supervisión).
- El contenido de los acuerdos de financiación de litigios (incluyendo, entre otras cuestiones, la contraprestación máxima que puede percibir el financiador, la responsabilidad del financiador en caso de que el financiado resulte condenado en costas y la prelación de pagos entre el financiador y el financiado en caso de éxito).
- El control de los financiadores por los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas de los Estados miembros (incluyendo, entre otras cuestiones, la obligación de informar al órgano judicial de la existencia de un acuerdo de TPLF y de la identidad del financiador).

Como parte del encargo recibido del Parlamento, la Comisión Europea solicitó la elaboración del estudio sobre la situación de la financiación de litigios por terceros en la Unión Europea, analizando la situación del sector en cada uno de los Estados miembros, al que nos hemos referido anteriormente, y que fue emitido el 21 de marzo de 2025¹¹.

Unos meses después, el 18 de noviembre de 2025, a la vista de las conclusiones de dicho estudio, el comisario europeo de Justicia manifestó que la Comisión Europea había decidido abandonar el proyecto de directiva, al considerar que actualmente no existe necesidad de regular la TPLF a nivel de la Unión Europea¹². Estas declaraciones se produjeron en el marco del foro denominado High-Level Forum on *Justice for Growth*, organizado por la Comisión Europea, y sus conclusiones quedaron reflejadas en el correspondiente informe¹³.

Según se recoge en el mencionado informe¹⁴, los participantes en el foro se mostraron muy escépticos respecto a la necesidad de regular la financiación de litigios y coincidieron, en

10 Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable, anteriormente citada.

11 *Study on Mapping Third Party Litigation Funding in the European Union*, preparado por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, 21 de marzo de 2025, citado anteriormente.

12 Las declaraciones del comisario europeo de Justicia están disponibles en: <https://audiovisual.ec.europa.eu/en/media/video/1-279967> (minuto 2:32 en adelante).

13 *Report of the High-Level Forum on Justice for Growth*, 18 de noviembre de 2025, disponible en: https://commission.europa.eu/document/download/90a2f675-e963-4d05-a128-201e5bc693aa_en?filename=JUST_template_comingsoon_standard_15.pdf&prefLang=el

14 *Op. cit.*, pp. 7 a 9.

términos generales, en que no se requiere una actuación a nivel de la Unión Europea sobre este sector. En su lugar, concluyeron que se debía dar prioridad al seguimiento de la aplicación de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (la “**Directiva (UE) 2020/1828**”), que dedica uno de sus artículos a la financiación de litigios¹⁵, como veremos en el apartado siguiente de este estudio.

3. El marco europeo de las acciones de representación: la Directiva (UE) 2020/1828 y su (no) transposición al ordenamiento español

i) La Directiva (UE) 2020/1828

La Directiva (UE) 2020/1828 constituye el único instrumento de derecho de la Unión Europea que regula expresamente la TPLF. No obstante, su ámbito se circunscribe únicamente a las acciones de representación ejercitadas por entidades habilitadas en defensa de los intereses colectivos de los consumidores.

En concreto, su art. 10 regula la financiación por terceros en acciones de representación. Según expone el legislador europeo¹⁶, el objetivo de la Directiva es prevenir conflictos de interés entre el financiador y los consumidores. Para ello, exige normas nacionales de gestión de conflictos (art. 10.1), impone que las decisiones se tomen en interés de los consumidores (art. 10.2), prohíbe la financiación por competidores del demandado o cuando el financiador depende del demandado (art. 10.2), y requiere que la entidad actora proporcione al juez o autoridad competente un “resumen financiero” de las fuentes de financiación (art. 10.3), previendo medidas judiciales —modificar o rechazar la financiación o incluso denegar la legitimación procesal— si se incumple lo anterior (art. 10.4).

ii) El Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios

A fecha del presente estudio, España no ha llevado a cabo la transposición de la Directiva (UE) 2020/1828, a pesar de que el plazo para ello finalizó el 25 de diciembre de 2022¹⁷.

Tras un intento previo de transposición que fracasó por razones políticas¹⁸, el 25 de febrero de 2025, el Consejo de Ministros remitió al Congreso de los Diputados el texto del Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios¹⁹. El 11 de marzo de 2025, la Mesa del Congreso acordó encomendar su aprobación, con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia, a la

15 Artículo 10 de la Directiva (UE) 2020/1828, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020L1828>

16 Expositivo 52 de la Directiva (UE) 2020/1828, anteriormente citada.

17 Artículo 24 de la Directiva (UE) 2020/1828, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020L1828>

18 Nos referimos al Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. La parte relativa a las acciones colectivas fue eliminada de dicho Proyecto, que continuó su tramitación, ya sin dicha materia, hasta devenir en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Anteriormente, había existido también un Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, cuya tramitación había decaído con la disolución de las Cortes Generales.

19 Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 14 de marzo de 2025, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-48-1.PDF

Comisión de Justicia. Actualmente, se encuentra en fase de presentación de enmiendas. Dicha fase debía finalizar el 24 de marzo de 2025, pero se ha ido prorrogando desde entonces.

Por medio del Proyecto de Ley se pretende modificar la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("**LEC**"), para incluir en esta un nuevo Título IV en el Libro IV titulado "De los procesos para el ejercicio de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios". En lo que a la TPLF se refiere, el Proyecto de Ley prevé lo siguiente:

- En la demanda en la que se ejercite una acción colectiva resarcitoria, habrá de hacerse constar una exposición completa de las fuentes de financiación utilizadas. Dicha exposición contemplará, en su caso, la existencia de financiación por un tercero, que habrá de ser debidamente identificado (art. 844).

- En la audiencia de certificación de la acción:
 - en vista de lo indicado por la entidad demandante en su demanda y de lo que pudiera aducir la parte demandada en el acto, se decidirá lo procedente en relación con la financiación de la acción y, si la hubiere, en relación con la admisión de la financiación del proceso por un tercero (art. 846.2).

- El tribunal se pronunciará sobre la financiación por tercero en el mismo auto de certificación de la acción colectiva (art. 850.1). La rechazará si aprecia conflicto de intereses: en particular, cuando el demandado sea competidor del financiador o dependa de él, o cuando el financiador influya en decisiones procesales —incluidos acuerdos transaccionales— en perjuicio de los consumidores (art. 850.2). Si aprecia conflicto, concederá a la entidad demandante un plazo máximo de un mes para renunciar a la financiación o modificarla; si no lo hace, el tribunal sobreseerá el proceso o excluirá a dicha entidad si hay otra habilitada (art. 850.3). El tribunal podrá ejercer el mismo control en cualquier momento posterior a la certificación, de oficio o a instancia de parte, mediante un incidente de previo pronunciamiento (art. 850.4).

- El tribunal también podrá requerir la aportación del contrato de financiación para examinar si sus términos son desproporcionados en perjuicio de los consumidores; de serlo, exigirá su modificación en el mismo plazo máximo de un mes (art. 850.5).

- A la hora de homologar un eventual acuerdo de resarcimiento suscrito por las partes, el tribunal deberá valorar si resulta lesivo para los derechos de los consumidores, para lo cual deberá tener en cuenta "el importe de las sumas que habrán de entregarse al tercero que haya financiado el proceso" (art. 865).

- Una vez sea firme la sentencia que condene al pago de cantidades en favor de consumidores, el tribunal designará a un liquidador para que proceda a la distribución de las cantidades obtenidas entre los beneficiarios. Dicho liquidador "[a] proceder a la distribución de la cantidad, reservará la parte que, en su caso, corresponda al tercero que haya financiado el proceso" (art. 878.1).

Por otro lado, el Proyecto de Ley también prevé la modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; en particular:

- Las asociaciones de consumidores y usuarios que soliciten ser designadas como entidades habilitadas para ejercitar acciones colectivas deberán acreditar, en el momento de la presentación de la solicitud, que:

[e]s independiente y no está influida por personas distintas de los consumidores y usuarios, en particular, [...] en el supuesto de financiación por terceros, y a tal fin ha establecido procedimientos para evitar tal influencia, así como para evitar conflictos de intereses entre la propia entidad, sus financiadores y los intereses de los consumidores (art. 55.3 f).

- Las solicitudes se acompañarán, en el caso de que exista financiación por terceros, de:

una descripción de los procedimientos que la asociación ha establecido para garantizar su independencia, así como para evitar conflictos de intereses entre la propia entidad, sus financiadores y los intereses de los consumidores y usuarios (art. 56.4 b).

En cualquier caso, como se ha explicado, el Proyecto de Ley se encuentra en la actualidad en fase de presentación de enmiendas, por lo que habrá que esperar para ver si finalmente se aprueba y, en su caso, con qué contenido.

III. La TPLF desde el punto de vista operacional

Cualquier operación de TPLF se puede dividir en tres fases: (a) una fase inicial en la que se firman los correspondientes pactos de confidencialidad; (b) una fase de análisis del caso (*due diligence*) por parte del financiador, y (c) una fase de negociación de los términos del acuerdo de financiación y, en su caso, de otros contratos conexos.

1. Solicitud de financiación

La estructuración de las operaciones de TPLF puede variar sustancialmente en función de quién solicite la financiación (empresas, consumidores, despachos de abogados o, llegado el momento, entidades habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas, etc.), del objeto de la financiación (si se financia una cartera de litigios o un pleito individual) y de si se trata o no de un proceso competitivo (en el que varios financiadores o *bidders* compitan por hacer la mejor oferta), entre otras cuestiones.

No obstante, una operación de TPLF comenzará siempre mediante la firma, por parte del financiador y del potencial cliente, de un acuerdo de confidencialidad (*non-disclosure agreement* **NDA**). La confidencialidad desempeña un papel especialmente relevante en el caso de las operaciones de TPLF, puesto que el financiador tendrá acceso a cuestiones críticas en un litigio, como es la estrategia legal de la parte que busca financiación, sus puntos fuertes y débiles, etc.

2. *Due diligence*

Una vez suscrito el acuerdo de confidencialidad, el cliente pondrá a disposición del financiador o de los financiadores toda la documentación relevante de la disputa o las disputas, que permitirá a estos tomar una decisión respecto a si invertir o no y, en su caso, en qué términos hacerlo. Entre la documentación que se suele poner a disposición de los financiadores durante la fase de *due diligence* se encuentra la siguiente:

- Un informe o memorándum de la reclamación, elaborado por el propio cliente o por sus asesores, que contenga la información básica del caso o de los casos, incluyendo: (a) los antecedentes; (b) las partes; (c) las principales cuestiones que son objeto de disputa; (d) los principales argumentos, tanto fácticos como jurídicos, de ambas partes; (e) el presupuesto para llevar adelante el litigio o los litigios (incluyendo los honorarios de abogados, expertos independientes, árbitros, instituciones arbitrales, y cualesquiera otros gastos que se quieran financiar); (f) la indemnización reclamada y, en su caso, una estimación de las probabilidades de éxito de cada una de las partidas de que se componga dicho importe; (g) una estimación de la duración prevista del litigio o de los litigios (y, en su caso, de las sucesivas instancias), y (h) en su caso, si han existido negociaciones previas entre las partes para tratar de llegar a un acuerdo y los términos de estas, así como las expectativas del potencial financiado al respecto (*i.e.*, por cuánto estaría dispuesto a transar la disputa).
- En caso de que se trate de un procedimiento judicial o arbitral en curso, todos los escritos presentados por las partes, con sus documentos, y todas las decisiones, de cualquier tipo, emitidas por los tribunales (judiciales o arbitrales) o por las instituciones arbitrales.
- En caso de que el procedimiento judicial o arbitral todavía no se haya iniciado, toda la documentación relevante, como los contratos suscritos por las partes, las comunicaciones intercambiadas por estas, la información financiera que permite sostener la indemnización reclamada y cualesquiera documentos que puedan ser utilizados por las partes durante el procedimiento para fundamentar sus respectivas pretensiones.
- Las opiniones legales y los informes periciales emitidos en relación con las cuestiones que son objeto de controversia entre las partes.

El análisis que realiza el financiador, a partir de la anterior documentación, se articula habitualmente en torno a tres ejes principales:

- Los méritos jurídicos de la reclamación: el financiador evalúa, con apoyo de sus propios equipos legales y, en ocasiones, de asesores externos independientes, la solidez de los fundamentos jurídicos de la acción, la calidad de la prueba disponible y la probabilidad razonable de obtener un resultado favorable.
- La viabilidad económica del caso: el financiador examina la relación entre el presupuesto estimado del procedimiento y el importe reclamado —habitualmente referida a

una ratio de 1:10²⁰— (conocido en la jerga del sector como *rule of thumb*), su previsible duración y el coste de oportunidad de la inversión.

- La ejecutabilidad del resultado: la obtención de una sentencia o laudo favorable carece de valor si el demandado es insolvente o si existen obstáculos para la ejecución; por ello, el análisis de la solvencia del demandado y de la existencia de activos ejecutables —en la jurisdicción del procedimiento o en otras jurisdicciones— es un elemento central de la evaluación. No menos importante para el financiador es verificar también la situación financiera del potencial financiado, pues en función de esta será necesario pactar una serie de garantías adicionales que permitan al financiador asegurar su retorno en caso de éxito.

El proceso de *due diligence* se desarrolla habitualmente en dos etapas sucesivas. La primera consiste en una evaluación inicial del caso —frecuentemente sobre la base del informe o memorándum de reclamación anteriormente mencionado—, que, si es positiva, conduce a la firma de una carta de intenciones, *term sheet* u oferta no vinculante, con los términos principales de la financiación propuesta. La segunda etapa implica una *due diligence* más profunda, en la que el financiador accede a la documentación completa del caso, y en la que se suelen recabar también opiniones de asesores externos, antes de hacer una propuesta de financiación en firme. Antes de iniciarse esta segunda fase es habitual que las partes suscriban un pacto de exclusividad por tiempo limitado (normalmente, entre 6 y 8 semanas) a favor del financiador. Por último, un comité de inversiones interno del financiador decidirá si aprobar o no la operación.

3. Negociación del contrato de financiación

Una vez completada la fase de *due diligence*, las partes procederán a negociar y, en su caso, suscribir el contrato de financiación. Las principales cuestiones que debe regular el contrato son, al menos, las siguientes:

i) Condiciones de la financiación

Normalmente, por medio del contrato de financiación, el financiador se compromete a satisfacer, total o parcialmente, los gastos del procedimiento, previamente cuantificados, de conformidad con un calendario de pagos que se suele vincular a que se alcancen determinados hitos procesales. Los importes que debe entregar el financiador y los plazos para hacerlo dependerán del acuerdo comercial que alcancen el financiador y el financiado en cada caso.

El carácter sin recurso (*non-recourse*) de la financiación constituye uno de los rasgos más característicos de la TPLF. Esto significa que el financiador asume íntegramente el riesgo de pérdida de las cantidades desembolsadas si el procedimiento concluye de forma adversa para el financiado: en tal caso, el financiador no podrá reclamar su restitución al financiado. A cambio, si el resultado es favorable, el financiador participará en las cantidades obtenidas por el financiado conforme a las condiciones económicas pactadas.

Es frecuente, asimismo, que, como parte del importe financiado, se incluyan los costes de suscripción de un seguro de costas (*after the event insurance*), que abonará el financiador para el

20 *Study on Mapping Third Party Litigation Funding in the European Union*, preparado por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, 21 de marzo de 2025, p. 12, citado anteriormente.

caso de que, al final del procedimiento, se condene en costas al financiado, de modo que este no asuma ningún riesgo financiero negativo.

ii) Retorno del financiador

A cambio de la financiación, la contraprestación que recibe el financiador es el derecho a participar en los ingresos que, en su caso, se obtengan del procedimiento.

A este respecto, la remuneración del financiador se suele fijar, o bien como un porcentaje de lo que se obtenga en la sentencia, laudo arbitral o acuerdo transaccional (normalmente, entre el 20 y el 30%²¹), o bien como un múltiplo sobre el capital invertido (*multiple on invested capital*)²² (normalmente, entre 1,5 y 3,5 veces lo invertido).

No obstante, tanto el porcentaje como el múltiplo pueden variar considerablemente dependiendo de las circunstancias de cada caso. De hecho, es habitual pactar que el porcentaje o el múltiplo se incrementen con el paso del tiempo, ya que este es un factor que condiciona altamente la rentabilidad del financiador (medida por una tasa interna de retorno “**TIR**”), puesto que los pleitos pueden prolongarse años hasta que se logra obtener y ejecutar una resolución favorable.

iii) Distribución de las cantidades que se obtengan

El contrato de financiación debe regular la cascada de pagos derivados del resultado del pleito. Frecuentemente, el financiador tiene un derecho de recuperación prioritario frente al financiado, ya que ha asumido el mayor riesgo financiero.

Así, en los contratos de financiación es habitual encontrar una cascada de pagos en tres fases, de forma que las cantidades obtenidas se destinarán: (i) en primer lugar, a reembolsar al financiador el principal de la financiación; (ii) en segundo lugar, a pagar al financiador su retorno o retribución, y (iii) por último, el remanente será para el financiado.

iv) Control del financiador sobre el procedimiento

El nivel de control e intervención del financiador sobre el procedimiento financiado dependerá del acuerdo que alcancen las partes al respecto. Dicho control puede incluir:

- Obligaciones de reporte (*reporting*): el financiado, o sus asesores, deben mantener puntualmente informado al financiador sobre el desarrollo del procedimiento, así como sobre cualquier posible oferta de acuerdo que se reciba de la otra parte.
- Derechos de consentimiento (*consent rights*): ciertas actuaciones por parte del financiado suelen quedar sujetas al previo consentimiento del financiador, incluyendo: (a) la solicitud de suspensión o terminación del procedimiento; (b) la cesión, o transmisión por cualquier medio, de la acción o de los derechos derivados del pleito; (c) el inicio de procedimientos paralelos o ejecuciones, y (d) la suscripción de cualquier acuerdo en

21 *Study on Mapping Third Party Litigation Funding in the European Union*, preparado por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, 21 de marzo de 2025, p. 12, citado anteriormente.

22 Enrich, M., “El contrato de financiación de litigios”, en *La financiación de litigios en Derecho español y comparado*, La Ley, 2024, p.184.

relación con la disputa (*consent for settlement*). Este último punto suele ser sensible (puesto que impacta directamente en el retorno del financiador) y las partes pueden prever umbrales mínimos por debajo de los cuales no será posible el acuerdo, o incluso un mecanismo para que, en caso de discrepancia entre el financiador y el financiado sobre la conveniencia de aceptar una oferta de acuerdo, un tercero sea quien decida.

- Elección del equipo de defensa (*choice of lawyer*): en ocasiones, los financiadores pueden reservarse el derecho a participar en la elección del equipo de abogados, o incluso de expertos, que intervendrán en el procedimiento. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 4 del Código Deontológico de la Abogacía Española, en caso de conflicto entre el financiador y el financiado respecto a la llevanza del procedimiento, los abogados deberán atender únicamente las instrucciones de su cliente²³.
- Acuerdo sobre la estrategia (*agreement on strategy*): en ocasiones, se establecen mecanismos para garantizar que la estrategia seguida en el procedimiento se consensua previamente entre el financiador y el financiado.

v) Causas de terminación del contrato de financiación

Entre las causas de terminación que se suelen prever en los contratos de financiación suelen figurar: (i) la finalización del litigio y, en su caso, la distribución de las cantidades recibidas según lo previsto en el contrato; (ii) la terminación por mutuo acuerdo; (iii) el incumplimiento grave de obligaciones esenciales por una de las partes; y (iv) los casos de cambio material adverso (*material adverse change*).

Como ejemplos de cambio material adverso, se suelen incluir: (i) cambios en la legislación aplicable que afecten directamente al litigio, (ii) cambios en las perspectivas de éxito del litigio, o (iii) que el financiado se vea incapacitado para tramitar el litigio, o para cumplir con sus obligaciones de pago u otras obligaciones sustanciales derivadas del contrato de financiación.

A la hora de regular esta cuestión, se debe tener en cuenta que, bajo derecho español, el art. 1.256 del CC dispone que “[l]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. En consecuencia, la facultad de terminar el contrato no puede configurarse como una decisión puramente discrecional de una de las partes, sino que debe sujetarse a criterios objetivos y razonables.

vi) Garantías

En la financiación de litigios, el titular de la acción sigue siendo el financiado: el financiador ostenta únicamente un derecho de crédito frente a este, cuyo activo subyacente no es sino una expectativa de cobro frente al demandado. Esta estructura plantea un riesgo específico: que el financiador no vea satisfecho su derecho en escenarios adversos —incumplimiento del financiado, declaración de concurso del financiado o embargo de sus bienes, etc.—.

Para mitigar ese riesgo, se suelen constituir garantías que aseguren la recuperación de las cantidades debidas por el financiador. Habitualmente, el financiador exigirá la constitución

23 Artículo 4 del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019, disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/10/C%C3%93DIGO-DEONTOL%C3%93GICO-2019-definitivo-OK-2.pdf>

de una prenda sobre la cuenta bancaria en la que se depositen los ingresos del procedimiento (*escrow account*) y sobre los derechos económicos del financiado frente al demandado. Adicionalmente, en función de la solvencia del financiado, la naturaleza del crédito y las jurisdicciones implicadas, podrán añadirse garantías adicionales cuyo diseño e implementación requieren un análisis específico para cada operación.

IV. La TPLF desde el punto de vista procedimental

Como ya hemos visto, la TPLF no cuenta con una regulación específica en España. Esto aplica igualmente a las cuestiones procedimentales, puesto que ni la LEC (para los procedimientos judiciales) ni la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (para los arbitrajes), incluyen disposición alguna relativa a la TPLF. Evidentemente, ello no impide que la TPLF pueda llegar a tener implicaciones directas en el desarrollo de ambos tipos de procedimientos.

1. Implicaciones de la TPLF en el procedimiento judicial

En el ámbito judicial, la limitada jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la TPLF lo ha hecho en el marco de procedimientos de reclamación de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia y, fundamentalmente, en relación con tres cuestiones:

- La falta de legitimación activa alegada por algunos demandados por considerar que el contrato de TPLF constituía una cesión de crédito litigioso por parte del demandante a favor del financiador. A este respecto, podemos citar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona de 4 de noviembre de 2024²⁴, el auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 16 de septiembre de 2021²⁵ el auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de septiembre de 2021²⁶ y el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º1 de Gran Canaria de 9 de diciembre de 2019²⁷. En todas las resoluciones citadas, la excepción por falta de legitimación activa fue desestimada por los tribunales.
- La procedencia de incrementar la caución para cubrir los eventuales gastos que ocasione la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba, conforme al art. 283 bis c) de la LEC, cuando el demandante está siendo respaldado por un financiador de litigios. A este respecto, podemos citar los ya mencionados autos de la Audiencia Provincial de Murcia de 16 y de 23 de septiembre de 2021. En ambas resoluciones se rechazó incrementar la caución sobre la base de que:

[a]l margen de que “detrás de la solicitud” se esconda o no un fondo de litigación, los solicitantes son quienes figuran en ella como tales, y como tales responsables, sin que se indique qué obstáculos existen para llevar a cabo la exhibición del listado reclamado, que, en los términos reducidos acordados, no parece que exija de una especial complejidad.

24 JUR 2024, 423959.

25 JUR 2022, 31555.

26 JUR 2022, 50890.

27 AC 2021, 934.

- La necesidad de acudir a medidas de acceso a fuentes de prueba cuando el demandante está siendo respaldado por un financiador de litigios. A este respecto, podemos citar el auto de la Audiencia Provincial de Logroño de 29 de octubre de 2021²⁸ que inadmitió la alegación sobre la base de que:

[a] este juicio sobre la necesidad o no de información, el hecho del sistema de financiación de la acción por el que haya optado cada perjudicado (exista o no un fondo de litigación) es del todo inane: es un hecho que la información pertenece exclusivamente a los fabricantes y su necesidad o no necesidad viene dada por este hecho, siendo irrelevante a estos efectos que la acción la ejercite el perjudicado individualmente o por medio de un supuesto fondo de litigación.

En lo que se refiere a la posibilidad de que, en el marco de un procedimiento judicial, el demandante tenga que revelar la existencia, o incluso el contenido, del acuerdo de TPLF por orden del tribunal, existen casos en los que así ha ocurrido, por ejemplo, en el ámbito de los procedimientos derivados del llamado cártel de la leche, en el que, en el acto de la audiencia previa, algunos tribunales han requerido a los demandantes para que aporten “los acuerdos de financiación y acuerdos conexos íntegros, firmados entre los proveedores de la leche cruda y el citado fondo de litigación”²⁹, así como en el marco de procedimientos concursales³⁰.

Más allá de los anteriores casos, no se han identificado otras cuestiones en las que, hasta la fecha, la TPLF haya podido tener implicaciones directas en el desarrollo de procedimientos judiciales en España.

2. Implicaciones de la TPLF en el procedimiento arbitral

En el ámbito del arbitraje, la existencia de financiación se revela con más frecuencia que en los procedimientos judiciales, al ser una exigencia recogida en: (i) un gran número de reglamentos de instituciones arbitrales (que resultan de aplicación cuando las partes han acordado someterse a un arbitraje administrado por una de dichas instituciones); y (ii) diversos instrumentos de *soft law* que existen al respecto (que no son obligatorios —salvo acuerdo de las partes—, pero pueden ser tomados como referencias por los distintos usuarios del arbitraje).

i) La TPLF en los reglamentos arbitrales

En lo que respecta a los reglamentos arbitrales, se pueden distinguir distintos grados de regulación respecto a la TPLF:

- La mayor parte de los reglamentos establecen la obligación de las partes de informar sobre la existencia de un acuerdo de financiación (si bien no sobre su contenido) y sobre la identidad del financiador, tan pronto como se produzca la financiación, y ello a los efectos de que los árbitros puedan confirmar su independencia e imparcialidad respecto a dichos financiadores³¹.

28 JUR 2022, 60568.

29 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona de 4 de noviembre de 2024 [JUR 2024, 423959].

30 Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de mayo de 2020. Igualmente, se hace referencia a un procedimiento concursal donde se hubo de revelar el contenido del acuerdo de financiación en el *Study on Mapping Third Party Litigation Funding in the European Union*, preparado por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, 21 de marzo de 2025, p. 466, citado anteriormente.

31 Artículo 11.7 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2021; artículos 5.2, 6.2,

- Otros reglamentos no establecen la obligación de las partes de revelar, pero sí la facultad del tribunal arbitral de requerir información a las partes sobre la existencia de financiación por parte de terceros que no sean parte del arbitraje³².
- Algunos reglamentos reservan facultades más amplias para el tribunal arbitral, como: (a) ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiación y el financiador³³; (b) tener en cuenta la existencia de un acuerdo de financiación a la hora de decidir sobre la procedencia de acordar una garantía de costas (*security for costs*)³⁴ o sobre la distribución de las costas³⁵; (c) imponer sanciones, daños o costas si alguna de las partes incumple sus obligaciones de revelación³⁶, o (d) ordenar a una parte que se retire de un acuerdo de financiación cuando su celebración haya dado lugar a un conflicto de interés sobrevenido con alguno de los miembros del tribunal que ya estaba constituido³⁷.
- En algunos casos, se indica expresamente que el hecho de que se revele la existencia de un acuerdo de financiación no se considerará, por sí solo, un indicio de la situación financiera de dicha parte³⁸.
- Por último, hay otros casos en los que el reglamento arbitral guarda silencio respecto a la TPLF³⁹.

13.2, 13.4 y 26 del Reglamento del Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid, 2024; artículos 5.2, 6.2, 13.2, 13.4 y 26 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, 2025; artículos 5.2, 6.2, 13.2, 13.4 y 26 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, 2026; artículos 6.3, 7.1, 16.2, 18.2, 38.1 y 38.2 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, 2025, y artículos 4.3, 5.1, 27.6, 27.7 y 44 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, 2024.

32 Artículo 14.7 del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas, 2021.

33 Regla 14(4) de las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2022, y artículo 38.4 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, 2025.

34 Regla 53(1) de las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2022.

35 Artículo 38.6 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, 2025, y artículo 34.4 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, 2024.

36 Artículo 38.7 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, 2025.

37 Artículo 38.3 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, 2025.

38 Artículo 38.5 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, 2025.

39 Es el caso de los reglamentos de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, 2020; de la Corte Permanente de Arbitraje (PCA), 2012; de la Cámara de Comercio de Estocolmo, 2023, y de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid, 2024.

A continuación se incluye un listado de las normas sobre TPLF contenidas en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales (Tabla):

Reglamento	Art(s).
Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (" CCI ") - 2021	11.7
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (" CIADI ") - 2022	14 y 53
Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (" CIAM ") - 2024	5.2, 6.2, 13.2, 13.4 y 26
Corte de Arbitraje de Madrid (" CAM ") - 2025	5.2, 6.2, 13.2, 13.4 y 26
Corte Española de Arbitraje (" CEA ") - 2026	5.2, 6.2, 13.2, 13.4 y 26
Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (" CIMA ") - 2024	No aplica
Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (" SIAC ") - 2025	6.3, 7.1, 16.2 y 18.2 y 38
Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (" HKIAC ") - 2024	4.3, 5.1, 27.6, 27.7, 34.4 y 44
Centro Internacional para la Resolución de Disputas (" ICDR ") - 2021	14
Corte de Arbitraje Internacional de Londres (" LCIA ") - 2020	No aplica
Corte Permanente de Arbitraje (" PCA ") - 2012	No aplica
Cámara de Comercio de Estocolmo (" SSC ") - 2023	No aplica

ii) La TPLF en los instrumentos de *soft law*

Por otro lado, en los últimos años se han publicado varios instrumentos de *soft law* específicos en materia de TPLF en arbitraje, entre los que cabe destacar los siguientes:

- El Código de Conducta para Financiadores de Litigios, de enero de 2018, de la Asociación de Financiadores de Litigios de Inglaterra y Gales (*Association of Litigation Funders*) (el "**Código de Conducta de ALF**")⁴⁰.
- Los Principios sobre Financiación por Terceros del Grupo de Trabajo del ICCA y la Universidad Queen Mary de Londres sobre financiación por terceros en arbitraje internacional, de abril de 2018 (los "**Principios ICCA-Queen Mary**")⁴¹.

40 Disponible en: <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>

41 Disponible en: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf

- El Código de Conducta de la Asociación Europea de Financiadores de Litigios (*European Litigation Funders Association*), de 29 de junio de 2022 (el “**Código de Conducta de ELFA**”)⁴².
- Los Principios que Rigen la Financiación de Litigios por Terceros del Instituto Europeo de Derecho (*European Law Institute*), de 2024 (los “**Principios ELI**”)⁴³.
- Las Directrices sobre la Financiación por Terceros, de 2025, del *Chartered Institute of Arbitrators* (las “**Directrices del CI Arb**”)⁴⁴.

Adicionalmente, existen otros instrumentos de *soft law* que, si bien no se refieren exclusivamente a la TPLF, contienen algunas recomendaciones al respecto, como las Directrices sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional de la *International Bar Association*, de 25 de mayo de 2024⁴⁵, o el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje⁴⁶.

Dichos instrumentos de *soft law* suelen incluir recomendaciones relativas, entre otras cuestiones, a:

- Transparencia y obligación de revelación: se suele recomendar, con carácter general, que la parte financiada revele la existencia del acuerdo de financiación y la identidad del financiador⁴⁷, con la finalidad de permitir al tribunal arbitral evaluar posibles conflictos de intereses y proteger el laudo frente a impugnaciones⁴⁸, desde la primera comparecencia o tan pronto como sea posible. Los Principios ELI concretan que, si el acuerdo es anterior al inicio del procedimiento, la revelación debe producirse en la primera oportunidad y, si es posterior, dentro de los 14 días siguientes a su firma⁴⁹. El informe ICCA-Queen Mary precisa que, salvo circunstancias excepcionales, no debe revelarse más que la existencia de la financiación y la identidad del financiador⁵⁰.
- Forma y contenido de los acuerdos de financiación: se suele recomendar que el acuerdo conste por escrito y que incluya, al menos, los términos y condiciones comerciales de la financiación, los costes que son cubiertos por la financiación, el proceso de decisión sobre posibles acuerdos con la parte contraria, el cálculo de la remuneración del financiador y las causas de terminación⁵¹. Los Principios ELI añaden también, como contenido mínimo, identificar la fuente última de fondos, una cláusula por la que el financiador se comprometa a mantener en todo momento el capital necesario para financiar el pleito (conocida como cláusula de adecuación de capital), y el alcance de la responsabilidad del financiador por costas y *security for costs*⁵².

42 Disponible en: <https://elfassociation.eu/about/code-of-conduct>

43 Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_Governing_the_Third_Party_Funding_of_Litigation.pdf

44 Disponible en: https://www.ciarb.org/media/xbbegf1e/guidelines-on-third-party-funding_-published-final.pdf

45 Disponibles en: <https://www.ibanet.org/document?i=Guidelines-Conflict-Interest-Spanish-2024>

46 Disponible en: <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cbbpp-cea.pdf>

47 Principios A.1 y A.2 de los Principios ICCA-Queen Mary.

48 Directriz 11.1 de las Directrices del CI Arb.

49 Principio 5(3) de los Principios ELI.

50 Principios A.1 y A.2 de los Principios ICCA-Queen Mary.

51 Punto 3(b) del Código de Conducta de ELFA.

52 Apéndice (Contenido mínimo de los acuerdos de financiación de litigios) de los Principios ELI.

- Confidencialidad: el financiador tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para preservar la confidencialidad de la información recibida⁵³. Los Principios ELI extienden esta obligación y exigen que, si la fuente última de los fondos tuviera acceso a información confidencial sin ser parte del acuerdo de financiación, el financiador asuma contractualmente la responsabilidad de que aquella respete la confidencialidad⁵⁴.
- Conflicto de intereses: se suele exigir que los financiadores mantengan sistemas efectivos para detectar y gestionar potenciales conflictos de interés⁵⁵. Los Principios ELI desarrollan este estándar y exigen que el acuerdo describa las medidas de evitación y gestión de conflictos, las obligaciones de revelación y el procedimiento aplicable⁵⁶. A este respecto, es importante señalar que las Directrices sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional de la International Bar Association, de 25 de mayo de 2024, equiparan, en determinados supuestos, a financiadores y aseguradores con la parte a efectos de evaluar conflictos por parte de los árbitros.
- Adecuación del capital de los financiadores: los financiadores deben mantener un capital suficiente y la solvencia necesaria para afrontar los compromisos de pago asumidos bajo el contrato de financiación, así como acceso inmediato a dichos fondos⁵⁷. El Código de Conducta de ALF es más preciso y exige a los financiadores mantener recursos suficientes para cubrir pasivos durante al menos 36 meses, acceso mínimo a 5 millones de libras esterlinas y una auditoría anual⁵⁸.
- Costas y *security for costs*: los Principios ICCA-Queen Mary establecen que no debe negarse la recuperación de costas a una parte por el solo hecho de que esté financiada por un tercero. En algunos casos, incluso el coste de dicha financiación podría incluirse como parte de las costas⁵⁹. Las solicitudes de *security for costs* deben resolverse aplicando el test pertinente sin atender, en principio, a la mera existencia de financiación⁶⁰, pero las condiciones del acuerdo de financiación pueden ser relevantes si demuestran que el demandante puede hacer frente a una condena en costas en su contra. Las Directrices del CI Arb coinciden en que estar financiado no basta por sí solo para inferir falta de solvencia ni para prejuzgar el fondo⁶¹. Por su parte, los Principios ELI recomiendan, como buena práctica, que el acuerdo de financiación prevea la responsabilidad del financiador en caso de acordarse una *security for costs*⁶².

iii) La TPLF en los precedentes de arbitraje de inversión

En lo que respecta a la aplicación práctica de las anteriores normas de los reglamentos arbitrales y recomendaciones de los instrumentos de *soft law*, pueden citarse diversos arbitrajes de inversión (cuyos laudos son públicos, a diferencia de lo que ocurre en los arbitrajes

53 Punto 4 del Código de Conducta de ELFA.

54 Principio 9(2) de los Principios ELI.

55 Punto 5 del Código de Conducta de ELFA.

56 Principio 6 de los Principios ELI.

57 Punto 6 del Código de Conducta de ELFA.

58 Punto 9.4 del Código de Conducta de ALF.

59 Principios C.1 a C.4 de los Principios ICCA-Queen Mary.

60 Principios D.1 a D.3 de los Principios ICCA-Queen Mary.

61 Directriz 15 de las Directrices del CI Arb.

62 Página 65 de los Principios ELI.

comerciales) en los que tribunales se han pronunciado sobre la TPLF. A continuación, citamos solo algunos de los casos más relevantes:

- En RSM Production Corporation c. Santa Lucía (ICSID ARB/12/10), la mayoría del tribunal consideró que la mera existencia de un contrato de TPLF no permite, por sí sola, presumir que el financiado no podrá hacer frente a las costas. No obstante, se acordó la *security for costs*, aunque no únicamente por la existencia de financiación, sino por el historial de impagos de costas del demandante en arbitrajes anteriores.
- En South American Silver Limited c. Bolivia (PCA 2013-15), el tribunal obligó a la parte financiada a revelar la existencia e identidad del financiador, pero rechazó expresamente que el contenido del contrato entre la demandante y su financiador fuese relevante para el pleito. Asimismo, descartó la solicitud de *security for costs* formulada por la parte demandada argumentando que no concurrían las razones de especial urgencia y necesidad propias de dicha medida cautelar.
- En García Armas y otros c. Venezuela (PCA 2016-08), el tribunal, tras revisar una versión editada del contrato de financiación, concluyó que la existencia de TPLF no constituye *per se* prueba de insolvencia, pero constató que el acuerdo de financiación no incluía la cobertura de una eventual condena en costas ni de los costos asociados a una garantía, de modo que ese riesgo recaía exclusivamente sobre los demandantes.
- En Muhammet Çap & Sehil c. Turkmenistán (ICSID ARB/12/6), el tribunal ordenó a la demandante revelar el contenido de su contrato con el financiador antes incluso de que la demandada solicitase la *security for costs*, por razones de eficiencia procesal y para evaluar conflictos de interés y riesgos de impago de costas.
- En Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH c. Turkmenistán (ICSID ARB/18/35), el tribunal concluyó igualmente que la existencia de un contrato TPLF no es *per se* determinante para acordar una *security for costs*.
- En Tennant Energy, LLC c. Canadá (PCA 2018-54), el tribunal ordenó revelar la identidad del financiador y las cláusulas del acuerdo relativas a costas adversas, pero rechazó la *security for costs* al no concurrir circunstancias excepcionales.
- En Amir Masood Taheri c. Emiratos Árabes Unidos (ICSID ARB/21/19), el tribunal rechazó la solicitud de información detallada sobre el financiador, pero sí ordenó revelar las cláusulas específicas del acuerdo relativas a la cobertura de costas adversas y su cuantía.
- En G.I.H.G. Limited, Natland Group Limited, Natland Investment Group NV, and Radiance Energy Holding S.A.R.L. c. República Checa (PCA 2013-35), el tribunal permitió a la demandada revisar confidencialmente el acuerdo de financiación, pero denegó su exhibición formal y la presentación de escritos adicionales sobre su contenido.
- En Ángel Samuel Seda y otros c. Colombia (ICSID ARB/19/6), el tribunal ordenó revelar la existencia e identidad del financiador, pero denegó la exhibición del acuerdo de financiación y sus condiciones.

- En Petaquilla Minerals Ltd. c. Panamá (ICSID ARB/24/12), el tribunal confirmó el cumplimiento de la obligación de revelar la identidad del financiador, pero rechazó ordenar la exhibición de extractos del acuerdo relativos al control procesal y a la terminación.
- En Lynton Trading Ltd. c. Ecuador (PCA 2023-20), el tribunal ordenó revelar la identidad del financiador, pero rechazó la exhibición del acuerdo de financiación por su carácter confidencial, al no haberse acreditado circunstancias excepcionales que la justificasen.

V. Conclusiones

La TPLF constituye un sector de creciente relevancia en Europa continental y, particularmente, en España, donde su implantación es todavía menor que en los países anglosajones, pero crece de forma constante. Este crecimiento hace necesario que los operadores jurídicos conozcan sus implicaciones legales, operacionales y procedimentales.

Desde el punto de vista regulatorio, España carece de normativa específica sobre TPLF, por lo que su licitud descansa en la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del CC) y se encuadra como contrato atípico asimilable al contrato de cuentas en participación (arts. 239 y ss. del Código de Comercio). En el ámbito europeo, la Comisión ha descartado la necesidad de aprobar una directiva específica sobre TPLF, y la única norma de derecho de la Unión Europea existente en la actualidad es la Directiva (UE) 2020/1828, circunscrita a las acciones de representación de consumidores, cuya transposición en España —que prevé la obligación de revelar la financiación en la demanda y la facultad del tribunal de rechazarla ante conflictos de interés— se encuentra en tramitación parlamentaria.

Desde el punto de vista operacional, una operación de TPLF se articula en tres fases —solicitud de financiación, *due diligence* y negociación del acuerdo—, y son especialmente relevantes la cobertura o no de la eventual condena en costas, la configuración del retorno del financiador, la cascada de pagos, el control sobre el procedimiento y las causas de terminación.

Desde el punto de vista procedimental, la jurisprudencia española sobre TPLF es todavía escasa y no ha abordado de forma sistemática las cuestiones que su existencia plantea en el proceso. En cambio, la práctica arbitral confirma de forma consistente dos conclusiones: primera, que los tribunales suelen ordenar la revelación de la existencia e identidad del financiador, pero son reacios a exigir la exhibición del contenido del acuerdo, salvo circunstancias excepcionales; y, segunda, que la mera existencia de un acuerdo de TPLF no constituye, *per se*, fundamento suficiente para acordar una *security for costs*, ya que hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso.

En definitiva, la TPLF es una realidad consolidada y en expansión cuya adecuada comprensión resulta imprescindible para los profesionales del derecho, tanto en la estructuración de las operaciones como en la gestión de sus implicaciones procedimentales.

NÚM. 15

Problemas y Cuestiones

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2026

Los "Problemas y Cuestiones" son notas breves que pretenden ser herramientas útiles y accesibles para la comunidad jurídica. En ellas, nuestros profesionales abordan temas legales actuales o de relevancia práctica, siempre desde una perspectiva orientada a la aplicación real en el ámbito profesional.

Derechos intangibles en frontera y mecanismos de protección frente a mercancías infractoras en las aduanas mexicanas

Alberto Pliego

Socio de Pérez-Llorca

PROPIEDAD INTELECTUAL

CIUDAD DE MÉXICO

Rodrigo Guerrero

Abogado de Pérez-Llorca

PROPIEDAD INTELECTUAL

CIUDAD DE MÉXICO

I. Introducción	66
II. La piratería como fenómeno estructural y su impacto en el comercio internacional	67
1. Dimensión económica y social de la piratería en México	67
2. Naturaleza sistémica y transversal del fenómeno	68
3. La dimensión internacional: importación, tránsito y cadenas globales	68
III. La frontera como punto crítico de control: protección de derechos intangibles en aduanas	69
1. La función de las aduanas en la protección de la propiedad intelectual	69
2. Derechos intangibles en juego en el control aduanero	69
3. Marco general de protección en frontera en México	70
IV. Mecanismos jurídicos disponibles: medidas en frontera	71
1. Naturaleza y finalidad de las medidas en frontera	71
2. Procedimiento para su solicitud e implementación	71
3. Interacción institucional	72
V. Reflexiones prácticas sobre la eficacia del sistema	73
VI. Conclusiones	74



Fecha de recepción
20 de abril de 2026



Fecha de aceptación
4 de mayo de 2026



Resumen: El presente artículo analiza, desde una perspectiva práctica, los mecanismos jurídicos disponibles en México para la protección de derechos de propiedad intelectual frente a la importación de mercancía infractora a través de las aduanas. Partiendo del fenómeno de la piratería como un problema estructural vinculado al comercio internacional, se examina el papel de la frontera como punto crítico de intervención y la relevancia de las medidas en frontera como herramientas de contención temprana.

En particular, se estudia la medida provisional consistente en la suspensión de la libre circulación de mercancía de procedencia extranjera, así como los requisitos y condiciones para su implementación efectiva. Asimismo, se aborda la interacción entre las vías administrativa y penal, destacando sus diferencias en términos de carga operativa, control del procedimiento y alcance material, así como su uso estratégico en la práctica.

El artículo pone énfasis en los retos procesales y operativos que enfrentan los titulares de derechos, incluyendo la necesidad de contar con información logística precisa, la limitada actuación oficiosa de las autoridades y la importancia de la coordinación institucional. En este contexto, se concluye que la eficacia del sistema no depende únicamente de su diseño normativo, sino de la capacidad de los titulares para activar y sostener los mecanismos disponibles de manera oportuna y estratégica.

Abstract: This article analyzes, from a practical perspective, the legal mechanisms available in Mexico for the protection of intellectual property rights against the importation of infringing goods through customs. Starting from the phenomenon of piracy as a structural problem linked to international trade, it examines the role of the border as a critical point of intervention and the importance of border measures as tools for early containment.

In particular, it examines the provisional measure consisting of the suspension of the free circulation of foreign goods, as well as the requirements and conditions for its effective implementation. It also addresses the interaction between administrative and criminal proceedings, highlighting their differences in terms of operational burden, procedural control, and material scope, as well as their strategic use in practice.

The article emphasizes the procedural and operational challenges faced by rights holders, including the need for accurate logistical information, the limited ex officio action by authorities, and the importance of institutional coordination. In this context, it concludes that the system's effectiveness depends not only on its regulatory design but also on the ability of rights holders to activate and sustain the available mechanisms in a timely and strategic manner.



Palabras clave: Propiedad Intelectual, medidas en frontera, control aduanero, mercancía infractora, falsificación, piratería, importación de productos, comercio internacional, coordinación entre autoridades.

Key words: Intellectual Property, border measures, customs control, infringing goods, counterfeiting, piracy, product importation, international trade, inter-agency coordination.

Derechos intangibles en frontera y mecanismos de protección frente a mercancías infractoras en las aduanas mexicanas

I. Introducción

La circulación de mercancías infractoras, comúnmente asociada al fenómeno de la “piratería”, constituye en México un problema estructural que trasciende sectores económicos y categorías tradicionales de propiedad intelectual. Lejos de tratarse de una práctica marginal, consiste en un sistema paralelo con presencia transversal en múltiples industrias, que opera con altos niveles de sofisticación logística y una capacidad de adaptación que frecuentemente supera la respuesta institucional.

La magnitud del fenómeno se refleja tanto en su impacto económico, como en su alcance operativo. Se estima que el consumo de productos “pirata” en México asciende a más de 60.000 millones de pesos anuales, con afectaciones relevantes al empleo formal y a la competitividad de las empresas que operan dentro de la legalidad¹. Asimismo, diversos estudios evidencian que la “piratería” se presenta de manera simultánea en múltiples líneas de negocio y sectores, incluyendo industrias altamente reguladas, como la farmacéutica, la alimentaria, la del tabaco, la de bebidas o la de dispositivos médicos, lo que amplía significativamente sus riesgos más allá de la esfera patrimonial.

En este contexto, el fenómeno se sostiene no solo por su rentabilidad económica, sino también por factores estructurales que favorecen su persistencia. Entre ellos destaca el diferencial de precios entre productos originales y apócrifos, que en muchos casos supera el 50%, así como una elevada tolerancia social y una limitada capacidad del consumidor para distinguir entre ambos. A ello se suma la complejidad de las cadenas de suministro contemporáneas, en las que confluyen producción nacional, ensamblaje local e importaciones provenientes principalmente de mercados asiáticos, lo que inserta a México en una dinámica internacional tanto como país de destino como de tránsito de mercancía infractora.

Esta dimensión internacional resulta particularmente relevante para el análisis jurídico, en la medida en que una proporción significativa de los productos apócrifos que circulan en el país tiene origen en operaciones de comercio exterior². En consecuencia, la frontera y, en específico,

1 El Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (“CIDAC”) y el Comité de Propiedad Intelectual de AmCham estimaron que el consumo de productos pirata en México ascendió a más de 43.404 millones de pesos en 2014, considerando únicamente seis categorías de productos (vestido, calzado y accesorios; productos farmacéuticos; cosméticos; enseres de limpieza; bebidas alcohólicas y tabaco; y libros, audiocasetes y discos), por lo que los propios autores reconocen que la cifra está subestimada. Dicho monto equivalía a una pérdida recaudatoria de poco más de 6.000 millones de pesos por concepto de IVA. La cifra referida en el texto, la cual es superior a los 60.000 millones de pesos, corresponde a la actualización de esa estimación base al año 2025, conforme a los datos presentados por CONCANACO SERVYTUR en su comunicado de prensa de 2025. Cfr. CIDAC/AmCham, *Piratería: Entendiendo el mercado “sombra” en México*, 5.ª ed., México, 2015.

2 Conforme al *Sondeo de Piratería 2025*, elaborado por AmCham México y Lexia Consultores, el 67% de la mercancía apócrifa identificada por las empresas encuestadas tiene origen en importaciones, frente a un 44% de producción nacional y un 26% de ensamblaje local con insumos importados. Dado que las categorías no son excluyentes, los porcentajes reflejan la presencia simultánea de múltiples orígenes dentro del mismo sector. Cfr. AmCham México/Lexia Consultores, *Sondeo de Piratería 2025*, México, 2025.

las aduanas se configuran como el primer punto de control efectivo para prevenir la introducción de mercancía que vulnera derechos de propiedad intelectual antes de su dispersión en el mercado interno.

No obstante, si bien el ordenamiento jurídico mexicano contempla mecanismos para la protección de derechos intangibles en frontera, particularmente a través de medidas provisionales, su implementación práctica enfrenta una serie de retos que limitan su eficacia. La detección oportuna de mercancía infractora, la coordinación entre autoridades, las limitaciones operativas en aduanas y las cargas procesales que recaen en los titulares de derechos son algunos de los factores que inciden directamente en el funcionamiento real de estos mecanismos.

En este sentido, el presente artículo tiene por objeto analizar, desde una perspectiva práctica, los mecanismos jurídicos disponibles en el sistema mexicano para la protección de derechos de propiedad intelectual frente a la importación de mercancía infractora, con especial atención al uso de medidas provisionales en frontera. Asimismo, se examinan los principales retos procesales y operativos que enfrentan los titulares de derechos al intentar activar dichos mecanismos ante las autoridades competentes, con el fin de aportar elementos útiles para la práctica profesional en un contexto donde la eficacia del sistema depende, en gran medida, de su correcta implementación.

II. La piratería como fenómeno estructural y su impacto en el comercio internacional

1. Dimensión económica y social de la piratería en México

Más allá de su dimensión cuantitativa, la piratería en México plantea distorsiones relevantes en el funcionamiento del mercado que inciden directamente en la práctica jurídica. En particular, la competencia desleal generada por la comercialización de mercancía infractora afecta no solo a los titulares de derechos, sino también a los canales formales de distribución, alterando las condiciones bajo las cuales se desarrollan las actividades económicas.

Desde la perspectiva empresarial, los costos asociados al fenómeno no se limitan solo a la pérdida directa de ventas, sino que incluyen la necesidad de implementar mecanismos adicionales de protección, monitorización y litigio, lo que incrementa el costo de operar dentro de la legalidad. Este efecto resulta especialmente relevante en sectores en los que el valor del activo intangible, como las marcas, constituye el principal elemento diferenciador.

En el plano social, la persistencia del fenómeno introduce una variable adicional para el análisis jurídico: la coexistencia de distintos tipos de consumo de mercancía infractora. Por un lado, existen mercados en los que el consumidor actúa con conocimiento de la infracción, incentivado principalmente por el precio; por otro, subsisten espacios en los que la adquisición se realiza bajo condiciones de incertidumbre respecto de la autenticidad del producto.

Esta dualidad tiene implicaciones prácticas relevantes, en la medida en que dificulta la identificación del daño y condiciona la efectividad de las estrategias de “*enforcement*”, particularmente cuando la percepción social del ilícito no se corresponde con su calificación jurídica.

2. Naturaleza sistémica y transversal del fenómeno

El análisis del fenómeno desde la práctica evidencia que la piratería no opera como una conducta aislada, sino como una actividad integrada en distintas etapas de la cadena comercial. Esta integración se manifiesta en la participación de múltiples actores, desde productores y distribuidores hasta intermediarios y puntos de venta, cuya intervención dificulta la trazabilidad de la mercancía infractora y fragmenta las posibilidades de actuación jurídica.

Una característica particularmente relevante es que la identificación de productos apócrifos suele producirse en etapas avanzadas de comercialización, cuando la mercancía ya se ha introducido y distribuido en el mercado. En términos prácticos, esto implica que las acciones legales tienden a ser reactivas, lo que limita su eficacia frente a estructuras de distribución que operan con mayor rapidez y flexibilidad, lo que se suma al volumen de los productos apócrifos que se van a comercializar, cuya identificación, una vez introducidos en el mercado, resulta ser sumamente complicada.

Asimismo, la coexistencia de canales formales e informales, así como la incorporación de plataformas digitales en la comercialización de mercancía infractora, amplía significativamente los espacios de intervención y exige una aproximación que trascienda los mecanismos tradicionales de control.

En este contexto, el carácter sistémico del fenómeno no radica únicamente en su extensión, sino en su capacidad de integrarse a las dinámicas del mercado y de adaptarse a las limitaciones operativas de las autoridades, lo que plantea desafíos específicos para la aplicación efectiva de los instrumentos jurídicos disponibles.

3. La dimensión internacional: importación, tránsito y cadenas globales

Desde la óptica del comercio internacional, uno de los elementos más relevantes para el análisis jurídico es la forma en que la mercancía infractora se inserta en cadenas de suministro globales. Una proporción significativa de estos productos tiene origen en operaciones de importación, lo que implica que su circulación en el mercado interno depende, en gran medida, de su ingreso al territorio nacional.

La combinación de importaciones, producción local y procesos de ensamblaje con insumos extranjeros genera estructuras híbridas que dificultan la identificación del origen de la mercancía y complican su seguimiento a lo largo de la cadena comercial. Esta situación se ve acentuada por la eficiencia de los sistemas logísticos contemporáneos, que permiten una rápida movilización de productos a través de múltiples jurisdicciones.

Adicionalmente, la función de México como punto de tránsito hacia otros mercados introduce un elemento adicional de complejidad, en la medida en que las operaciones de comercio exterior pueden involucrar mercancías cuyo destino final no es el mercado interno, pero que igualmente transitan por territorio nacional³.

3 El 6.º *Diagnóstico de Piratería* elaborado por AmCham México y CIDAC identifica a México como país de tránsito de mercancía apócrifa, señalando que una parte importante de los productos que circulan en el mercado nacional proviene de economías asiáticas, principalmente China, Hong Kong, Vietnam e India, y que el territorio nacional se utiliza como corredor hacia Estados Unidos, Centroamérica y Sudamérica. Cfr. AmCham México/CIDAC, *Piratería en México: Diagnóstico de la oferta y de las acciones institucionales*, 6.ª ed., México, 2020.

Desde una perspectiva práctica, estas características desplazan el punto de intervención más eficaz hacia las etapas iniciales de la cadena, particularmente en los puntos de entrada al país. En efecto, una vez que la mercancía infractora supera los controles en frontera, su dispersión posterior reduce significativamente las posibilidades de detección y aseguramiento.

Este escenario explica por qué los mecanismos de protección en frontera adquieren un papel central en la estrategia de defensa de los derechos de propiedad intelectual, al constituir el espacio en el que es posible actuar de manera preventiva antes de que el daño se consolide en el mercado.

III. La frontera como punto crítico de control: protección de derechos intangibles en aduanas

1. La función de las aduanas en la protección de la propiedad intelectual

En el contexto del comercio internacional, las aduanas desempeñan un papel central no solo como puntos de control fiscal y administrativo, sino también como espacios de intervención preventiva en la protección de derechos de propiedad intelectual. Su función no se limita a verificar el cumplimiento de regulaciones arancelarias o sanitarias, sino que se extiende a la identificación de mercancías que, desde su ingreso al territorio nacional, pueden implicar una vulneración de derechos intangibles.

A diferencia de otros mecanismos de protección que suelen activarse una vez que la mercancía ya se encuentra en circulación, la intervención en frontera permite actuar en una etapa previa a la distribución, lo que incrementa significativamente la posibilidad de evitar la materialización del daño. Desde esta perspectiva, la aduana se configura como un punto estratégico en el que convergen intereses comerciales, regulatorios y de protección de derechos.

No obstante, esta función preventiva se encuentra condicionada por las facultades de la autoridad aduanera, así como por la capacidad de identificar, en tiempo real, mercancía potencialmente infractora dentro de volúmenes elevados de operaciones de comercio exterior. Esta tensión entre volumen operativo y control efectivo constituye uno de los elementos centrales para entender las limitaciones prácticas del sistema.

2. Derechos intangibles en juego en el control aduanero

La intervención en frontera en materia de propiedad intelectual se caracteriza por la protección de derechos cuya naturaleza es, esencialmente, intangible. Entre ellos destacan, principalmente, los derechos de marca y los derechos de autor, aunque en determinados supuestos también se ven involucrados derechos de propiedad industrial, como los diseños industriales, dependiendo de la naturaleza de la mercancía.

En el caso de las marcas, la infracción suele manifestarse a través de la importación de productos que reproducen signos distintivos sin autorización, generando confusión en el consumidor y afectando al valor comercial del activo protegido. Por su parte, en materia de derechos de autor, la vulneración puede derivar de la reproducción o distribución no autorizada de contenidos protegidos incorporados en soportes físicos o dispositivos electrónicos. En cuanto a los diseños industriales, la infracción se presenta, en términos generales, cuando la apariencia de

un producto ya sea en su forma, configuración o elementos ornamentales, se reproduce sin autorización, lo que resulta particularmente relevante en sectores como el de los juguetes, el del calzado, el de los productos de consumo y el de ciertos bienes manufacturados.

Desde la perspectiva aduanera, la protección de estos derechos presenta una complejidad particular, ya que la identificación de la infracción no siempre es evidente a partir de la simple inspección física de la mercancía, sino que puede requerir conocimientos técnicos, acceso a bases de datos especializadas o incluso la intervención del titular del derecho para confirmar la autenticidad del producto o la existencia de similitudes sustanciales en el caso de diseños industriales.

Esta característica introduce un elemento relevante para el análisis práctico, pues la efectividad del control en frontera depende, en gran medida, de la información disponible para la autoridad y de la colaboración activa de los titulares de derechos.

3. Marco general de protección en frontera en México

El sistema jurídico mexicano contempla diversos mecanismos orientados a la protección de derechos de propiedad intelectual en el ámbito aduanero, los cuales se articulan a partir de la interacción entre distintas autoridades, principalmente las que tienen competencias en materia aduanera y de propiedad industrial.

Dentro de este esquema, las medidas en frontera se configuran como el principal instrumento para prevenir la introducción de mercancía infractora. En particular, desde una perspectiva práctica, el mecanismo central se materializa a través de la medida provisional consistente en la suspensión de la libre circulación de mercancía de procedencia extranjera, la cual puede derivar, en su caso, en el aseguramiento de los bienes cuando existan indicios de vulneración a derechos protegidos.

Esta medida tiene una naturaleza eminentemente preventiva, en tanto permite intervenir en una etapa previa a la incorporación de la mercancía al mercado interno, evitando que esta se distribuya o comercialice mientras se determina la existencia de una posible infracción o delito. En este sentido, más que un mecanismo sancionador, se trata de una herramienta de contención que busca preservar la eficacia de los derechos intangibles frente a dinámicas de comercio internacional caracterizadas por su rapidez y volumen.

No obstante, su implementación no opera de manera automática ni oficiosa. En la práctica, la activación de esta medida depende, en gran medida, de la iniciativa del titular del derecho, quien debe proporcionar información suficiente para la identificación de la mercancía, así como cumplir con determinados requisitos y plazos procesales ante las autoridades competentes.

A ello se suma la necesidad de coordinación entre las distintas instancias involucradas, lo que introduce complejidades adicionales en la operación del sistema. La fragmentación de competencias, la diversidad de criterios y las limitaciones operativas de las autoridades inciden directamente en la eficacia de la suspensión de la libre circulación como mecanismo de protección en frontera.

En este contexto, si bien el marco normativo prevé herramientas relevantes para la protección de derechos intangibles en frontera, su funcionamiento real se encuentra condicionado por factores que trascienden la regulación formal y que responden, en buena medida, a dinámicas

operativas y prácticas institucionales. Este aspecto resulta fundamental para comprender el alcance efectivo de dichos mecanismos, así como los retos asociados a su aplicación, que serán objeto de análisis en los apartados siguientes.

IV. Mecanismos jurídicos disponibles: medidas en frontera

1. Naturaleza y finalidad de las medidas en frontera

Las medidas en frontera en materia de propiedad intelectual responden a una lógica preventiva orientada a impedir que mercancía infractora ingrese al mercado nacional a través de operaciones de comercio exterior. En este sentido, la frontera se configura como un punto de control estratégico, en el que es posible contener el riesgo antes de que los productos se incorporen a los canales de distribución.

No obstante, a diferencia de otros sistemas, la intervención estatal en México no opera de manera plenamente oficiosa. La autoridad aduanera, por sí misma, no cuenta con facultades para detener mercancía por posibles infracciones a derechos de propiedad intelectual sin la existencia de una instrucción formal emitida por la autoridad competente. Esto implica que la activación del sistema depende, en gran medida, de la reacción del titular del derecho.

En este contexto, cobra especial relevancia el registro previo de marcas y otros derechos en las bases de datos de la autoridad aduanera. Si bien dicho registro no constituye un requisito obligatorio, en la práctica funciona como un mecanismo que facilita la identificación de posibles infracciones. A través de esta información, la autoridad puede vincular mercancías sospechosas con titulares específicos y, en su caso, establecer contacto directo con ellos o sus representantes para informarles sobre operaciones que podrían involucrar productos apócrifos.

Esta interacción temprana resulta determinante, ya que permite al titular del derecho actuar dentro de una ventana temporal limitada. En ausencia de una respuesta oportuna, la mercancía puede liberarse y posteriormente comercializarse en el mercado interno, lo que reduce significativamente la efectividad de cualquier acción posterior.

En la práctica, este modelo genera una dinámica particular, pues la protección en frontera no es automática, sino reactiva. Si bien la autoridad aduanera puede identificar mercancía sospechosa y notificarlo al titular del derecho, especialmente cuando este ha proporcionado información previa mediante registros en bases de datos administrativas, la continuidad de la acción depende de que dicho titular promueva las acciones legales correspondientes dentro de un plazo limitado.

Así, la finalidad de las medidas en frontera no solo radica en la contención de mercancía infractora, sino también en habilitar un mecanismo que permita al titular del derecho intervenir oportunamente en el flujo del comercio internacional, asumiendo un papel activo en la protección de sus activos intangibles.

2. Procedimiento para su solicitud e implementación

Desde una perspectiva práctica, los titulares de derechos cuentan con dos vías principales para reaccionar frente a la introducción de mercancía infractora, la vía administrativa y la vía penal.

Sin embargo, la elección entre una y otra no suele responder a una valoración abstracta sobre la gravedad de la conducta, sino a consideraciones operativas, económicas y estratégicas.

La vía administrativa permite solicitar la suspensión de la libre circulación de la mercancía, pero implica que el titular del derecho asuma una carga significativa en el impulso del procedimiento. En la práctica, esto se traduce en la necesidad de proporcionar información detallada sobre la operación de importación, ofrecer y desahogar pruebas, gestionar visitas de inspección, cubrir costos asociados a dichas diligencias y, en general, dar seguimiento constante al expediente para asegurar que la medida se ejecute y se mantenga, con el objetivo final de destruir la mercancía apócrifa una vez finalizado el procedimiento administrativo.

Este modelo convierte al titular del derecho en el principal motor del procedimiento. La autoridad actúa, pero lo hace en función de la información y los recursos que aquel aporta. En consecuencia, la eficacia de la medida depende directamente de la capacidad del titular para reaccionar con rapidez y para sostener el procedimiento en términos operativos.

Por el contrario, la vía penal responde a una lógica distinta. Una vez presentada la querrela, el control del asunto recae en la autoridad ministerial, que asume la conducción de la investigación. A partir de ese momento, corresponde al Ministerio Público integrar la carpeta, ordenar diligencias, coordinar la intervención de servicios periciales y apoyarse en cuerpos de investigación para el desarrollo del caso.

Esta diferencia es particularmente relevante desde una perspectiva práctica. Mientras que en la vía administrativa el titular del derecho asume una carga económica y operativa considerable, en la vía penal dicha carga se traslada en gran medida al Estado. Esto no implica que la participación del titular desaparezca, pero sí que su papel se transforma de impulsor del procedimiento a coadyuvante dentro de una investigación dirigida por la autoridad.

No obstante, la vía penal presenta también una limitación estructural importante. Su ámbito de aplicación se concentra, en términos generales, en conductas relacionadas con la falsificación de signos distintivos y, en ciertos supuestos, en la reproducción o utilización no autorizada de obras protegidas por derechos de autor. Esto implica que otras formas de infracción, como las vinculadas a diseños industriales, quedan fuera de su alcance.

En estos casos, la vía administrativa se convierte en la única alternativa disponible para la protección en frontera, lo que refuerza su papel como mecanismo principal dentro del sistema mexicano de tutela de derechos de propiedad intelectual en el comercio exterior.

En la práctica, esta combinación de factores (carga operativa, costos, control del procedimiento y alcance material) es la que determina la elección entre una u otra vía.

3. Interacción institucional

El funcionamiento del sistema de medidas en frontera descansa en una interacción compleja entre distintas autoridades, cuya coordinación resulta determinante para su eficacia.

Por un lado, la autoridad aduanera desempeña un papel fundamental en la detección de mercancía sospechosa. A través de sus facultades de inspección, puede identificar productos que potencialmente infringen derechos de propiedad intelectual y, en su caso, notificar al titular correspondiente. Este mecanismo de alerta temprana cobra especial relevancia cuando el titular

ha proporcionado previamente información sobre sus derechos, lo que permite a la autoridad actuar con mayor rapidez y precisión.

Sin embargo, esta intervención inicial no es suficiente por sí misma. La continuación del proceso depende de que el titular del derecho active alguna de las vías disponibles. A partir de ese momento, el sistema se bifurca.

Si se opta por la vía administrativa, la autoridad en materia de propiedad intelectual asume el análisis de la solicitud y, en su caso, ordena la medida correspondiente, cuya ejecución recae nuevamente en la autoridad aduanera. Este esquema requiere una coordinación estrecha, ya que cualquier deficiencia en la comunicación o en la información proporcionada puede impedir la ejecución efectiva de la medida.

Por otro lado, si se activa la vía penal, la intervención se traslada al ámbito ministerial. En este escenario, la mercancía detectada en aduana puede convertirse en objeto de investigación, y las diligencias necesarias para su aseguramiento y análisis se realizan bajo la conducción del Ministerio Público, con el apoyo de peritos y autoridades de investigación.

En muchos casos, ambas vías convergen sobre un mismo hecho, es decir, la introducción de mercancía presuntamente infractora al país. Esta convergencia no solo es posible, sino que, en la práctica, resulta frecuente, especialmente cuando el titular del derecho busca, por un lado, contener de manera inmediata la mercancía y, por otro, generar consecuencias jurídicas más amplias para el infractor.

En este contexto, la protección efectiva de derechos en frontera no depende únicamente de la existencia de mecanismos legales, sino de la capacidad de los titulares para entender su funcionamiento, evaluar sus implicaciones prácticas y articular una estrategia adecuada en función de los recursos disponibles y de la naturaleza de la infracción.

V. Reflexiones prácticas sobre la eficacia del sistema

El sistema mexicano de protección de derechos de propiedad intelectual en frontera cuenta con herramientas jurídicas suficientes para contener la introducción de mercancía infractora; sin embargo, su eficacia práctica depende menos de su diseño normativo y más de su implementación operativa.

En particular, se trata de un modelo que exige una participación activa del titular del derecho, quien no solo debe identificar oportunamente las operaciones de riesgo, sino también proporcionar información precisa, asumir costos y dar seguimiento constante a los procedimientos. Esta carga contrasta con la ausencia de facultades oficiosas amplias por parte de la autoridad aduanera, lo que refuerza el carácter reactivo del sistema.

Asimismo, la coexistencia de la vía administrativa y penal introduce una dimensión estratégica en la protección de derechos. Mientras que la primera permite una contención inmediata de la mercancía, la segunda traslada la carga de la investigación al Estado, aunque con un ámbito de aplicación más limitado. La elección entre ambas responde, en la práctica, a consideraciones económicas y operativas, y al tipo de derecho afectado.

Finalmente, factores como la necesidad de contar con información logística detallada, la brevedad de los plazos de actuación y la coordinación entre autoridades inciden directamente en el resultado de los procedimientos. En este contexto, la eficacia del sistema no depende únicamente de la existencia de mecanismos legales, sino de la capacidad de los titulares para utilizarlos de manera oportuna y estratégica.

VI. Conclusiones

La protección de derechos intangibles en frontera en México se articula a través de un sistema funcional, pero altamente dependiente de la actuación del titular del derecho. Las medidas en frontera, en particular la suspensión de la libre circulación de mercancía, constituyen una herramienta eficaz para prevenir la introducción de productos infractores, siempre que se activen de manera oportuna y con información suficiente.

No obstante, la práctica demuestra que la verdadera efectividad del sistema radica en la adecuada articulación entre las distintas vías disponibles. La vía administrativa y la penal no deben entenderse como alternativas excluyentes, sino como mecanismos complementarios, que, utilizados estratégicamente, permiten no solo contener la mercancía, sino también generar consecuencias jurídicas más amplias frente a las conductas infractoras.

En este sentido, la protección en frontera no es únicamente un problema jurídico, sino también operativo. Su éxito depende de la preparación previa del titular, incluyendo el registro de sus derechos ante las autoridades correspondientes, de su capacidad de reacción y de la coordinación efectiva con las autoridades involucradas.

Así, en un entorno en el que la "piratería" opera mediante cadenas de suministro complejas y dinámicas, la defensa efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el comercio internacional exige no solo el conocimiento del marco jurídico aplicable, sino también la experiencia práctica para activarlo de manera oportuna, sostenerlo operativamente y articularlo estratégicamente frente a escenarios cada vez más sofisticados.

Migración de permisos de producción independiente de energía eléctrica: riesgos estructurales para el financiamiento y la adquisición de proyectos legados en México

Jerónimo Ramos Arozarena

Socio de Pérez-Llorca

PROYECTOS, ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA

CIUDAD DE MÉXICO

I.	Introducción	78
II.	Activos diseñados para otra lógica	78
III.	Marco normativo de la migración	79
	1. LSE, Reglamento de la LSE y DACG Permisos	79
	2. Los Lineamientos PIE y el Anteproyecto General de Migración	80
	3. Los Lineamientos PIE, sus tres modalidades de migración e implicaciones	80
IV.	Conversión de activo contractual a activo de mercado	82
V.	Financiamiento	83
	1. Modelos financieros	83
	2. <i>Covenants</i>	83
	3. Documentación financiera	83
	4. Modernización y rehabilitación	84
	5. Interacción con el CENACE	84
VI.	M&A	85
	1. <i>Due diligence</i>	85
	2. Valuación y estructura	85
	3. Cesiones bajo las DACG Permisos	85
VII.	Consideraciones finales	86



Fecha de recepción
19 de abril de 2026



Fecha de aceptación
4 de mayo de 2026



Resumen: La migración de permisos de producción independiente de energía eléctrica hacia las figuras previstas en la Ley del Sector Eléctrico suele analizarse como un trámite regulatorio. En la práctica, su impacto es más profundo, ya que transforma la naturaleza económica de los activos, tensiona estructuras de financiamiento diseñadas para otra realidad y complica su transmisión en operaciones de fusiones y adquisiciones (“M&A”).

Este artículo analiza esos efectos a la luz de los Lineamientos para la Migración Voluntaria de Permisos de Producción Independiente de Energía Eléctrica, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 16 de abril de 2026, así como de las demás disposiciones que conforman el nuevo marco regulatorio del sector eléctrico mexicano. El artículo examina las tres modalidades de migración previstas en los Lineamientos, su interacción con los contratos de crédito y la documentación financiera de los proyectos, el requisito de modernización y rehabilitación como condición para el otorgamiento del nuevo permiso, y las implicaciones que todo ello tiene para la valuación y estructuración de operaciones de adquisición de proyectos legados.

Abstract: The migration of independent power producer permits to the figures recognized under Mexico’s Electricity Sector Law is typically viewed as a regulatory formality. In practice, its implications run deeper, as it transforms the economic nature of the assets, strains financing structures designed for a different reality, and complicates asset transfers in M&A transactions.

This article examines these effects in light of the Guidelines for the Voluntary Migration of Independent Power Producer Permits, published in the Official Gazette on April 16, 2026, together with the broader regulatory framework governing Mexico’s electricity sector. The article reviews the three migration modalities set forth in the Guidelines, their interaction with credit agreements and project finance documentation, the modernization and refurbishment requirement as a condition for obtaining the new permit, and the implications of the foregoing for the valuation and structuring of legacy project acquisitions.



Palabras clave: migración, permisos legados, producción independiente de energía, Ley del Sector Eléctrico, Lineamientos PIE, DACG Permisos, *project finance*, M&A, Mercado Eléctrico Mayorista, CENACE, modernización, riesgo regulatorio.

Key words: migration, legacy permits, independent power production, Electricity Sector Law, IPP Guidelines, DACG Permits, project finance, M&A, Wholesale Electricity Market, CENACE, modernization, regulatory risk.

Migración de permisos de producción independiente de energía eléctrica: riesgos estructurales para el financiamiento y la adquisición de proyectos legados en México

I. Introducción

El sector eléctrico mexicano atraviesa actualmente una reconfiguración sin precedentes desde la reforma de 2013-2014. La publicación de la Ley del Sector Eléctrico ("**LSE**") el 18 de marzo de 2025 en el Diario Oficial de la Federación ("**DOF**")¹, su Reglamento en octubre del mismo año² y las Disposiciones administrativas de carácter general en materia de permisos de generación y almacenamiento ("**DACG Permisos**") emitidas por la Comisión Nacional de Energía ("**CNE**")³ han configurado, en menos de un año, el grueso del nuevo marco regulatorio. A ese marco se han sumado los Lineamientos para la Migración Voluntaria de Permisos de Producción Independiente de Energía Eléctrica ("**Lineamientos PIE**"; ya publicados en el DOF) y un anteproyecto general de migración publicado por la Secretaría de Energía ("**SENER**") ante la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, aún en consulta pública. El primero es un anteproyecto de alcance general que cubre las tres figuras legadas (autoabastecimiento, cogeneración y producción independiente) ("**Anteproyecto General de Migración**")⁴, publicado en el portal de la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria ("**CONAMER**") y que a la fecha de este artículo sigue en consulta pública. El segundo son los Lineamientos PIE, publicados en el DOF el pasado 16 de abril de 2026 y en vigor desde el 17 de abril de 2026.

Dado que una porción significativa de los proyectos eléctricos legados corresponde a centrales bajo permisos de producción independiente de energía ("**PIE**") con contratos de largo plazo con la Comisión Federal de Electricidad ("**CFE**") próximos a vencer, los Lineamientos PIE merecen atención particular.

II. Activos diseñados para otra lógica

En los esquemas de PIE, regulados originalmente bajo la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica ("**LSPEE**")⁵, el contrato con la CFE concentraba prácticamente todo el riesgo

1 Publicada en el DOF el 18 de marzo de 2025. La LSE abroga la Ley de la Industria Eléctrica.

2 Reglamento de la LSE, publicado en el DOF el 3 de octubre de 2025 ("**Reglamento de la LSE**"). Su art. transitorio décimo noveno mandata a la SENER a emitir los lineamientos para el procedimiento de migración de permisos LSPEE a figuras de la LSE.

3 Disposiciones administrativas de carácter general que establecen los términos legales, técnicos y financieros para solicitar el otorgamiento y la modificación de permisos de generación y almacenamiento de energía eléctrica, así como su vigencia, publicadas por la CNE en el DOF el 23 de octubre de 2025, en vigor desde el 24 de octubre de 2025.

4 Anteproyecto de Lineamientos para la Migración Voluntaria y Expedita de Autoabastecimiento, Cogeneración y Producción Independiente a las Figuras previstas en la Ley del Sector Eléctrico, publicado por la SENER en el portal de la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria el 5 de diciembre de 2025.

5 Los esquemas de producción independiente de energía se regularon originalmente bajo la LSPEE, abrogada el 11 de agosto de 2014 en el marco de la reforma energética de 2013-2014.

comercial. Definía ingresos, contraparte, duración y, en buena medida, el perfil de crédito del proyecto. El autoabastecimiento respondía a una arquitectura distinta, pero el resultado económico era comparable, pues ofrecía un universo cerrado de consumidores y una exposición limitada al mercado abierto.

Sobre esa base, el financiamiento podía descansar en contratos y no en mercado. Los modelos financieros partían de flujos contractuales predecibles, los *covenants* se calibraban sobre esa previsibilidad y el análisis de crédito se centraba en la contraparte más que en la volatilidad del precio de la energía.

III. Marco normativo de la migración

1. LSE, Reglamento de la LSE y DACG Permisos

El régimen de migración descansa hoy, en términos de derecho, sobre tres instrumentos ya vigentes. El primero son los arts. transitorios de la LSE, particularmente los transitorios quinto, sexto y séptimo. El quinto establece que los permisos legados continúan vigentes hasta su término original, sin posibilidad de prórroga⁶. El sexto encomienda a la SENER la tarea de promover la migración expedita de los permisos otorgados al amparo de la LSPEE⁷. El séptimo, por su parte, habilita a los integrantes de sociedades de autoabastecimiento a solicitar directamente su exclusión del esquema legado⁸.

Adicionalmente, el Reglamento de la LSE instrumenta la ley y, en lo que aquí interesa, mandata a la SENER a emitir los lineamientos que regulen el procedimiento de migración conforme a su art. transitorio décimo noveno.

Finalmente, las DACG Permisos, publicadas por la CNE el 23 de octubre de 2025, definen los procedimientos, requisitos y criterios aplicables al otorgamiento, modificación, cesión y migración de permisos bajo la LSE, la Ley de la Industria Eléctrica y la LSPEE, y sustituyen el régimen previamente emitido por la extinta Comisión Reguladora de Energía. Su relevancia es alta, entre otras razones porque refuerzan los requisitos de acreditación de capacidad técnica y financiera. Por ejemplo, ahora se exigen estados financieros auditados de al menos dos ejercicios, cuando antes bastaban cartas de intención⁹, y establecen las vigencias máximas diferenciadas para cada tipo de migración¹⁰.

6 Art. transitorio quinto de la LSE. Los permisos otorgados al amparo de la LSPEE continúan vigentes hasta la conclusión de su vigencia original y se rigen conforme a los términos en los que fueron otorgados, sin posibilidad de prórroga.

7 Art. transitorio sexto de la LSE. La SENER debe promover que las personas titulares de los permisos otorgados al amparo de la LSPEE, así como de los contratos y convenios vinculados a ellos, puedan solicitar la migración a las figuras de la LSE de manera expedita, a través de estrategias o programas que comprendan simplificación administrativa y agilidad técnica.

8 Art. transitorio séptimo de la LSE. Los integrantes de una sociedad de autoabastecimiento o de los establecimientos asociados a la cogeneración pueden solicitar directamente la exclusión del esquema legado.

9 DACG Permisos, capítulo 2, sección de capacidad legal, técnica y financiera. Las solicitudes de permisos requieren acreditar experiencia técnica comprobable y capacidad financiera mediante, entre otros, estados financieros auditados de al menos los dos últimos ejercicios, así como cartas de crédito o intención. Bajo el régimen previo, bastaba con las cartas de intención.

10 DACG Permisos, tabla de vigencias máximas. La vigencia máxima aplicable a la migración a autoconsumo o al MEM de permisos de la LSPEE o Ley de la Industria Eléctrica en operación es de 15 años, más la vigencia remanente del permiso original, sin exceder 30 años; para permisos sin operar, 20 años bajo autoconsumo o 25 años bajo el MEM.

2. Los Lineamientos PIE y el Anteproyecto General de Migración

Sobre los tres pilares vigentes se han ido superponiendo dos instrumentos de la SENER que desarrollan la mecánica del procedimiento de migración. Los Lineamientos PIE han sido publicados en su versión definitiva en el DOF el 16 de abril de 2026 y se encuentran en vigor. El Anteproyecto General de Migración sigue en consulta pública en el portal de la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria desde el 5 de diciembre de 2025 y puede sufrir modificaciones antes de su publicación definitiva.

El Anteproyecto General de Migración regula la migración de las tres figuras legadas (autoabastecimiento, cogeneración y producción independiente) a las modalidades previstas en la LSE y permanece pendiente de publicación definitiva. Los Lineamientos PIE se concentran de manera exclusiva en la migración voluntaria de permisos de producción independiente y ya constituyen Derecho vigente. La relación entre ambos instrumentos no es del todo nítida, porque ambos abarcan a los PIE, y su articulación final dependerá del texto definitivo del Anteproyecto General de Migración cuando este se publique.

3. Los Lineamientos PIE, sus tres modalidades de migración e implicaciones

Los Lineamientos PIE estructuran la migración de permisos de producción independiente en torno a varios ejes que conviene señalar. El primer eje es temporal. El art. 5, fracción I, de los Lineamientos PIE exige que la solicitud de migración se presente antes del inicio del último año de vigencia del permiso legado y contempla un año adicional como plazo máximo para el otorgamiento del permiso bajo la LSE¹¹. La ventana es estrecha, y para proyectos cuyos permisos PIE vencen en los próximos dos o tres años ya se ha cerrado en la práctica.

El segundo eje es la vigencia del nuevo permiso. Conforme al art. 5, fracciones III y VI, de los mismos Lineamientos PIE, esa vigencia no puede exceder 15 años, queda sujeta al programa de modernización y, en su caso, rehabilitación aprobado por la CNE, y no admite prórroga¹². Se trata de un régimen más restrictivo que el que las DACG Permisos prevén para la migración de permisos en operación (15 años más remanente, sin exceder de 30 años). La diferencia versa sobre el análisis de valuación y sobre el dimensionamiento del tenor de una eventual deuda.

El tercer eje es más complejo. El art. 5, fracción II, de los Lineamientos PIE condiciona el otorgamiento del permiso migrado a la acreditación de acciones de modernización y, en su caso, rehabilitación de la central¹³. Por primera vez, el propio acto de migrar incorpora una obligación de capital.

El cuarto eje va en dirección contraria y aligera la carga del permisionario. El art. 5, fracciones IV y V, de los Lineamientos PIE excluye expresamente la aplicación de los criterios de planeación

11 Art. 5, fracción I, de los Lineamientos PIE. La solicitud de migración puede presentarse en cualquier momento previo al término de la vigencia del permiso de producción independiente de energía eléctrica, siempre que sea antes del inicio del último año de vigencia del permiso de la figura legada, y se debe considerar un año como plazo máximo para el otorgamiento del permiso bajo la LSE.

12 Art. 5, fracciones III y VI, de los Lineamientos PIE. La vigencia del permiso de generación otorgado a partir del procedimiento de migración puede ser hasta por 15 años, de acuerdo con el programa de modernización y, en su caso, rehabilitación aprobado por la CNE, y dichos permisos no pueden ser prorrogados.

13 Art. 5, fracción II, de los Lineamientos PIE. Para el otorgamiento del permiso de generación de energía eléctrica se deben acreditar las acciones de modernización y, en su caso, rehabilitación realizadas o comprometidas que garanticen la operación confiable de la central eléctrica.

vinculante en generación y releva al permisionario migrante de presentar estudios de interconexión adicionales o de ejecutar obras de refuerzo¹⁴.

El quinto eje es el de fondo. El art. 6 de los Lineamientos PIE articula tres modalidades de migración, cada una con un perfil económico propio que conviene distinguir con precisión¹⁵:

- La modalidad A, prevista en el art. 6, fracción I, es la migración a generación para el Mercado Eléctrico Mayorista (“MEM”) vinculada a uno o más contratos de cobertura eléctrica con la CFE al menos por el 30% de la producción total de la central. El remanente queda a disposición del permisionario para comercialización libre. Es un esquema híbrido, que conserva un piso contractual y expone la diferencia al mercado.
- La modalidad B, prevista en el art. 6, fracción II, es la migración al esquema de producción de largo plazo al que se refiere el art. 38, fracción I, de la LSE, con producción exclusiva para la CFE, sin aportación de capital del Estado y sin transferencia de activos al término del contrato¹⁶. En el fondo, esta modalidad conserva la lógica del PIE original, que descansaba sobre un contrato único con la CFE por el total de la producción.

La modalidad C, prevista en el art. 6, fracción III, es la migración a generación para el MEM sin contrato con la CFE. El permisionario queda enteramente expuesto al mercado y asume la gestión de su propia ruta comercial en los términos de los arts. 35 y 37 de la LSE.

La modalidad elegida debe señalarse expresamente en la solicitud y, una vez elegida, no puede modificarse durante la vigencia del permiso. Esta irrevocabilidad es una restricción de fondo, porque constriñe al permisionario a la arquitectura comercial seleccionada en el momento de presentar la solicitud, sin posibilidad de transitar, por ejemplo, de un esquema con cobertura parcial de la CFE a uno de exposición total al mercado.

El sexto eje es procedimental. El art. 13 de los Lineamientos PIE organiza la migración para las modalidades A y B en cinco etapas. La más crítica es la segunda, que consiste en la negociación y firma del acuerdo de condiciones de migración con la CFE, coordinada por la SENER, y que debe incluir, entre otros elementos, vigencia, volumen, precio, divisa, garantías y puntos de interconexión. Tiene un plazo de tres meses, prorrogable una sola vez por la mitad¹⁷. De no haber acuerdo, el procedimiento se tiene por concluido y la figura legada continúa hasta su vencimiento.

14 Art. 5, fracciones IV y V, de los Lineamientos PIE. No son aplicables los criterios previstos en el art. 4 de las disposiciones administrativas de carácter general para la planeación vinculante en la actividad de generación de energía eléctrica, y para la suscripción de los contratos de interconexión correspondientes no se requieren estudios adicionales, incluidos los de interconexión, obras de refuerzo adicionales o pagos asociados a dichas obras.

15 Art. 6 de los Lineamientos PIE. Las tres modalidades son: (i) modalidad A, migración a generación para el MEM vinculada a uno o más contratos de cobertura eléctrica con la CFE al menos por el 30% de la producción total de la central; (ii) modalidad B, migración al esquema de producción de largo plazo al que se refiere el art. 38, fracción I, de la LSE, con producción exclusiva para la CFE, y (iii) modalidad C, migración a generación para el MEM que permite al permisionario participar en el MEM en términos de los arts. 35 y 37 de la LSE.

16 Art. 6, fracción II, de los Lineamientos PIE. Bajo la modalidad B, la CFE no ejerce la transferencia de activos a que se refiere el art. 79 del Reglamento de la LSE, toda vez que la central eléctrica se desarrolló bajo las condiciones estipuladas en la figura legada, sin perjuicio de que las partes tengan un acuerdo distinto al respecto.

17 Art. 13, fracción II, de los Lineamientos PIE. Las mesas de trabajo y la firma del acuerdo de condiciones de migración deben llevarse a cabo en un plazo no mayor a tres meses calendario contados a partir de que la CNE notifique el calendario correspondiente. Dicho plazo puede prorrogarse por una sola vez hasta por la mitad del plazo otorgado.

Existe, además, una figura intermedia que es importante tener en cuenta. Cuando la vigencia del permiso PIE y la del contrato de compraventa de energía eléctrica asociado no coinciden, el art. 8 de los Lineamientos PIE faculta a la CNE a otorgar un permiso de generación cuya vigencia concluya al término del contrato, sin que ese otorgamiento constituya migración en sentido estricto¹⁸.

Finalmente, el art. 13, fracción V, de los Lineamientos PIE admite que la habilitación en el MEM se otorgue antes del cumplimiento del diagnóstico de sistemas de medición y de las pruebas de operación comercial (“POC”) reducidas¹⁹, siempre que el permisionario acredite dicho cumplimiento dentro de los 24 meses siguientes a la solicitud²⁰. La medida preserva la continuidad operativa mientras concluyen las validaciones técnicas, al costo de trasladar al permisionario un riesgo de ejecución que debe considerarse en los escenarios financieros.

Los Lineamientos PIE incluyen, además, dos disposiciones transitorias con implicaciones prácticas inmediatas. La transitoria tercera permite que quienes hayan solicitado previamente la migración de permisos PIE (ya sea bajo la Ley de la Industria Eléctrica o bajo la LSE) ingresen una nueva solicitud bajo los Lineamientos PIE, previa ratificación ante la CNE. La transitoria cuarta va más allá y permite que quienes ya hayan migrado a un permiso de generación bajo la LSE antes de la entrada en vigor de los Lineamientos PIE participen, por única ocasión, en el nuevo procedimiento de migración, presentando su solicitud dentro de los 20 días hábiles siguientes a la entrada en vigor de los Lineamientos PIE. Ambas disposiciones amplían el universo de permisionarios que pueden acogerse al nuevo procedimiento y son relevantes para operaciones de M&A o refinanciamientos que se encuentren en curso.

IV. Conversión de activo contractual a activo de mercado

El cambio más relevante de la migración ocurre en el tipo de activo que resulta, más que en el permiso mismo. Un proyecto legado es, en esencia, un activo contractual. Sus ingresos están definidos por un contrato de largo plazo con una contraparte estatal, con precios, volúmenes y duración conocidos. El proyecto migrado, en cambio, es un activo expuesto a mercado en mayor o menor medida. El grado exacto de esa exposición depende de la modalidad elegida. Alcanza su máximo bajo la modalidad C, se mantiene intermedio bajo la modalidad A y se reduce al mínimo bajo la modalidad B, si bien en esta última el permisionario pasa a depender por completo de una única contraparte, la CFE, lo que trae sus propios riesgos desde una perspectiva de *project finance*.

18 Art. 8 de los Lineamientos PIE. Cuando exista diferencia entre las vigencias del permiso de producción independiente de energía eléctrica y el contrato de compraventa de energía eléctrica asociado a él, la CNE puede otorgar un permiso de generación con una vigencia que concluya al término del contrato respectivo, sin que dicho otorgamiento se considere migración.

19 Art. 3, fracción XII, de los Lineamientos PIE. Pruebas mínimas de operación que el CENACE debe realizar a las centrales eléctricas, correspondientes a las siguientes: (i) rango de tensión en el punto de interconexión; (ii) capacidad de potencia reactiva; (iii) limitador V/Hz; (iv) capacidad de potencia reactiva debajo de la potencia máxima; (v) rango de frecuencia; (vi) control primario de frecuencia, y (vii) requerimientos de calidad de la potencia.

20 Art. 13, fracción V, de los Lineamientos PIE. La habilitación en el MEM y el inicio de operación comercial pueden otorgarse previo al cumplimiento del diagnóstico de los sistemas de medición y las POC reducidas, siempre que el permisionario acredite su cumplimiento dentro de un plazo no mayor a 24 meses, contado a partir de la solicitud.

Nada de esto significa que los contratos desaparezcan. El MEM²¹ permite, y de hecho incentiva, la celebración de contratos bilaterales y contratos de cobertura eléctrica²². Salvo en la modalidad B, esos contratos ya no desempeñan el mismo papel estructural que antes. El ingreso del proyecto pasa a construirse a partir de una combinación de contratos de cobertura eléctrica (usualmente de menor plazo o con mayor rotación de contrapartes), exposición parcial al mercado de corto plazo operado por el Centro Nacional de Control de Energía ("**CENACE**"), e ingresos por productos asociados cuya estabilidad depende de factores regulatorios y de mercado. A todo ello se suma el riesgo económico asociado a la congestión nodal, identificado por la propia industria como un desincentivo relevante para la migración²³.

V. Financiamiento

1. Modelos financieros

Antes, el flujo estaba anclado en contratos. Ahora depende de variables que, aun siendo razonables, ya no admiten el mismo grado de control, como precios de mercado, capacidad de contratación, comportamiento de contrapartes en el MEM y exposición a congestión nodal.

El caso de los PIE que opten por la modalidad A de los Lineamientos PIE es particularmente ilustrativo. El 30% mínimo bajo contrato de cobertura con la CFE ofrece un piso contractual, mientras que el 70% restante queda sujeto a comercialización discrecional por el permisionario. Para la modelación financiera, esa división obliga a segmentar el flujo en dos componentes con perfiles de riesgo muy distintos y a trabajar escenarios de comercialización para el remanente que antes sencillamente no existían.

2. Covenants

Los *covenants*, como la *Debt Service Coverage Ratio*²⁴, que en estructuras legadas operaban con márgenes relativamente amplios, empiezan a mostrar mayor sensibilidad frente a cambios en precios o volúmenes. No es raro que el proyecto siga cumpliendo con menos holgura. La consecuencia natural son ajustes que, aunque previsibles, no son menores, como refuerzo de cuentas de reserva, recalibración de escenarios base y mayor uso de pruebas de estrés. Si bien hay ocasiones en las cuales esos ajustes bastan, hay también casos en los cuales abren la puerta a renegociaciones más profundas del paquete de financiamiento.

3. Documentación financiera

La migración interactúa de manera directa con disposiciones estándar de los contratos de crédito. Cambios en la estructura del negocio, modificación o terminación de contratos materiales,

21 El MEM mantiene su estructura y principios operativos bajo la LSE. Véanse arts. 35 y siguientes de la LSE y las reglas del mercado vigentes.

22 Los contratos de cobertura eléctrica están previstos en la LSE.

23 La exposición a congestión nodal fue identificada como un desincentivo relevante para la migración en los comentarios de la Asociación Mexicana de Energía al Anteproyecto General de Migración, que propuso un periodo transitorio de costos de 24 meses.

24 La *Debt Service Coverage Ratio* mide la capacidad de un proyecto para cubrir su servicio de deuda con los flujos operativos disponibles. En estructuras de *project finance*, una *Debt Service Coverage Ratio* inferior a 1,20× suele activar restricciones contractuales.

o incluso la migración misma, pueden activar restricciones a cambios materiales en la operación, requerimientos de consentimiento de acreedores o eventos de incumplimiento técnico. En financiamientos sindicados, la complejidad crece, porque ya no basta con interpretar el contrato de crédito, sino que hay que alinear posiciones entre múltiples acreedores frente a un cambio estructural en el activo subyacente.

Es importante destacar que las DACG Permisos consideran como cambio sustantivo no susceptible de simple modificación el cambio de modalidad de generación, de entidad federativa, municipio o nodo de interconexión, o de tecnología, o el incremento de capacidad en permisos legados²⁵. Cuando la migración implica alguno de esos cambios, ya no alcanza con una modificación, sino que debe terminarse el permiso existente y obtener uno nuevo. Para un financiamiento estructurado sobre el permiso vigente, la distinción está lejos de ser menor.

4. Modernización y rehabilitación

El art. 5, fracción II, de los Lineamientos PIE condiciona el otorgamiento del nuevo permiso a la acreditación de acciones de modernización y, en su caso, rehabilitación de la central. A su vez, el art. 15, fracción VI, del mismo instrumento exige que el plan de negocios que acompaña a la solicitud contenga expresamente el programa de modernización, las acciones y erogaciones previstas, y el retorno de la inversión.

En la práctica, el permisionario tendrá que comprometer capital, propio o financiado, como condición para obtener el nuevo permiso. Para proyectos con financiamiento vigente, eso abre dos preguntas que corren en paralelo. La primera es si el programa de modernización encaja en los *permitted investments* o catálogos de inversiones autorizadas del contrato de crédito. La segunda es si el perfil de retorno bajo el nuevo permiso (con vigencia máxima de 15 años y, en su caso, con exposición a mercado) justifica esa inversión adicional. Esto implica que el acto de migrar incorpora una decisión de inversión.

5. Interacción con el CENACE

Otro elemento que aparece una y otra vez en la práctica es la interacción con el CENACE. Las DACG Permisos reafirman la necesidad de contar con el estudio de impacto elaborado por el CENACE para proyectos que pretendan interconectarse, y los aplazamientos mayores a seis meses en programas de obras requieren oficio del CENACE con la validación o con nuevos resultados de estudios de interconexión.

Para los PIE, el art. 5, fracción V, de los Lineamientos PIE introduce un alivio relevante, al eximir al permisionario migrante de presentar estudios adicionales de interconexión o ejecutar obras de refuerzo para la suscripción del contrato de interconexión. El CENACE conserva, no obstante, un papel determinante en la etapa final del procedimiento, que incluye la actualización del registro de activos, la habilitación en el MEM y la realización de las POC reducidas, con un plazo de 24 meses posteriores a la solicitud para su cumplimiento.

La fricción no surge del requisito mismo, sino de la falta de alineación entre los tiempos del CENACE, los calendarios de financiamiento (en los que las condiciones precedentes tienen

²⁵ DACG Permisos, sección de modificaciones. Cualquier cambio sustantivo (como modalidad de generación, cambio de entidad federativa, municipio o nodo de interconexión, tecnología de los equipos o incremento de capacidad en permisos legados) no es modificable y requiere la terminación del permiso existente y la solicitud de uno nuevo.

fechas límite) y las necesidades comerciales del proyecto. Cuando esos tiempos no coinciden, la solución suele ser económica, vía reservas adicionales, condiciones precedentes más flexibles o ajustes en cronogramas. El riesgo de ejecución, aun así, permanece.

VI. M&A

1. *Due diligence*

Vistos en papel, muchos proyectos legados siguen “en orden”, con permisos vigentes, contratos ejecutables y operación estable. Ese retrato, sin embargo, describe el presente y no el futuro. La pregunta relevante en una *due diligence* ya no se limita a si el proyecto cumple con su regulación actual, sino que se extiende a qué ocurrirá cuando tenga que migrar (porque, en muchos casos, no es opcional en términos económicos), a qué modalidad podrá migrar realmente, cómo cambiarán su perfil de ingresos y su vigencia al hacerlo, y qué inversiones de modernización o rehabilitación le serán exigidas para obtener el nuevo permiso

2. **Valuación y estructura**

Las diferencias entre comprador y vendedor suelen concentrarse en un número reducido de variables, como cuándo ocurre la migración, en qué modalidad, qué vigencia tendrá el nuevo permiso, qué programa de modernización requerirá y qué nivel de exposición a mercado resulta. Ajustes en esas variables pueden traducirse en impactos significativos de valuación. Ante esa dificultad, las estructuras de las operaciones han empezado a reflejar la realidad del activo, con pagos diferidos, componentes contingentes y ajustes de precio ligados a hitos regulatorios, entre ellos la obtención del nuevo permiso bajo la LSE, la firma del acuerdo de condiciones de migración o la habilitación en el MEM.

3. **Cesiones bajo las DACG Permisos**

Las DACG Permisos añaden una capa de complejidad específica a las operaciones de M&A que involucran transmisión de permisos. La cesión exige una solicitud conjunta de cedente y cesionario ante la CNE, acompañada de un contrato de cesión de derechos del permiso y enajenación de instalaciones, formalizado ante notario público o corredor, y sujeto a condición suspensiva hasta la obtención de la autorización del regulador²⁶. El cesionario, por su parte, debe acreditar, entre otros requisitos, su situación fiscal, estructura de capital social, declaraciones de integridad, y experiencia técnica y financiera.

Cuando la transmisión del permiso es un elemento central del cierre de una operación de M&A, el calendario regulatorio de la CNE pasa a ser una variable de ejecución en toda regla, con sus 60 días hábiles de plazo máximo conforme al art. 25 del Reglamento de la LSE²⁷, sus prevenciones y sus suspensiones, y debe integrarse desde el diseño mismo de la operación.

26 DACG Permisos, sección de cesiones. El cedente y el cesionario deben estar registrados en la oficialía de partes electrónica de la CNE y solicitar la cesión conjuntamente, acompañando un contrato de cesión de derechos del permiso y enajenación de instalaciones sujeto a condición suspensiva, consistente en la obtención de la autorización de la CNE, formalizado ante notario público o corredor. Se precisan, entre otros requisitos, la constancia de la situación fiscal y la estructura de capital social del cesionario.

27 Art. 25 del Reglamento de la LSE y DACG Permisos. La CNE tiene un plazo máximo de 60 días hábiles, contado a partir de la recepción, para resolver las solicitudes de otorgamiento, modificación, cesión, fusión, escisión y migración de permisos.

VII. Consideraciones finales

Durante más de dos décadas, los permisos PIE funcionaron como activos predecibles. El contrato con la CFE absorbía el riesgo comercial, el financiamiento se estructuraba sobre esa certeza y las adquisiciones se resolvían con base en flujos contractuales conocidos. Con la publicación de los Lineamientos PIE en el DOF el 16 de abril de 2026, el procedimiento de migración de estos permisos ha dejado de ser una discusión de política regulatoria para convertirse en un proceso con plazos, requisitos y consecuencias concretas.

El marco ya está completo en lo que respecta a los PIE. La LSE define las figuras de destino, el Reglamento fija los mandatos institucionales, las DACG Permisos regulan los procedimientos de otorgamiento y cesión ante la CNE, y los Lineamientos PIE establecen las tres modalidades de migración, los plazos del procedimiento, la obligación de modernización y las condiciones de operación en el MEM. El Anteproyecto General de Migración, que abarca también autoabastecimiento y cogeneración, sigue pendiente de publicación definitiva, pero para los 34 permisos PIE históricos la ruta ya está trazada.

Lo que este artículo ha intentado mostrar es que esa ruta tiene costos que no se ven en el texto de los Lineamientos. La modalidad A obliga a segmentar flujos entre un piso contractual con la CFE y un remanente comercializable, lo que fractura la lógica unitaria sobre la que se construyeron los financiamientos originales. La modalidad B preserva esa lógica, pero amarra al permisionario a condiciones económicas que dependen de lo que se negocie en el acuerdo de condiciones de migración, un instrumento cuyo contenido no está predeterminado y cuya negociación tiene un plazo de tres meses, que, de agotarse sin acuerdo, cierra el procedimiento. La modalidad C expone al permisionario al MEM sin red. A eso se suma, en las tres modalidades, la obligación de acreditar un programa de modernización como condición para obtener el nuevo permiso, con una vigencia máxima de 15 años no prorrogable, lo que introduce una decisión de inversión en el acto mismo de migrar.

Para quien financia estos proyectos, la migración interactúa con cláusulas que antes eran inertes en los contratos de crédito. Restricciones a cambios materiales, condiciones de consentimiento, definiciones de eventos de incumplimiento, todo eso cobra vida cuando el activo subyacente cambia de naturaleza regulatoria. La modernización obligatoria abre una segunda línea de tensión con el contrato de crédito, porque la pregunta de si esa inversión cabe dentro de los catálogos de inversiones autorizadas rara vez tiene respuesta automática. Para quien adquiere estos activos, la valuación deja de ser un ejercicio sobre un flujo contractual y pasa a depender de la combinación entre modalidad elegida, vigencia obtenida, condiciones negociadas con la CFE y grado de exposición resultante al mercado. Las estructuras de compraventa que hemos visto en los últimos meses reflejan esa incertidumbre con componentes contingentes, ajustes de precio diferidos e hitos regulatorios como condiciones de cierre.

Para quienes estamos activamente involucrados en estas operaciones, la publicación de los Lineamientos PIE marca un antes y un después. La migración ya tiene reglas, plazos y consecuencias. Lo que exige ahora es un trabajo de integración desde el inicio del mandato, que combine el análisis regulatorio con la revisión del financiamiento existente, la evaluación del programa de modernización, la negociación del acuerdo de condiciones de migración y el diseño de la estructura transaccional. Cada una de esas piezas tiene implicaciones prácticas directas en la documentación, y ninguna puede trabajarse de manera aislada.

Los retos de la compensación laboral en un ambiente de control normativo en Colombia

Mauricio Montealegre León

Socio de Pérez-Llorca

LABORAL

BOGOTÁ

I. Introducción	90
II. El salario en el contrato de trabajo	90
1. Definición legal y desarrollo jurisprudencial del concepto del salario	90
2. El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales	92
3. Definición legal de los pagos que no constituyen salario	92
4. Efectos y consideraciones legales de los pagos no salariales	94
III. Los retos de la compensación en el mundo del trabajo	95
1. Mecanismos de vigilancia administrativa	95
2. La esencia competitiva de los pagos no salariales	95
IV. Conclusión	96



Fecha de recepción
20 de abril de 2026



Fecha de aceptación
12 de mayo de 2026



Resumen: El presente artículo examina los principales desafíos que enfrenta la estructuración de esquemas de compensación laboral en Colombia, en un contexto marcado por un creciente control normativo, administrativo y judicial. A partir del análisis de la definición legal y jurisprudencial del salario, del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades y de la regulación de los pagos no constitutivos de salario, se evidencia la tensión estructural entre la flexibilidad que la legislación colombiana reconoce formalmente para pactar componentes salariales y no salariales, y la interpretación restrictiva que las autoridades administrativas y los órganos judiciales aplican al evaluar dichos esquemas. El estudio aborda, asimismo, los mecanismos de vigilancia administrativa —en particular, las facultades de fiscalización de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales y las inspecciones del Ministerio del Trabajo— y la línea jurisprudencial consolidada por la Corte Suprema de Justicia, que reconduce el análisis de la naturaleza de los pagos al criterio de la finalidad retributiva del servicio. Finalmente, se reflexiona sobre la viabilidad jurídica de los modelos modernos de compensación —incluidos beneficios extralegales, esquemas de bienestar y mecanismos de largo plazo— y se concluye que el reto central para las empresas consiste en innovar dentro de los límites del ordenamiento jurídico, armonizando la competitividad del mercado laboral con el cumplimiento de las exigencias legales vigentes.

Abstract: This article examines the main challenges involved in structuring labor compensation schemes in Colombia within a context of increasing regulatory, administrative, and judicial oversight. Drawing on the legal and case-law definition of salary, the constitutional principle of primacy of reality over formalities, and the regulation of non-salary payments, the study highlights the structural tension between the flexibility formally recognized by Colombian legislation for agreeing upon salary and non-salary components, and the restrictive interpretation applied by administrative authorities and courts when assessing such schemes. The article further addresses administrative oversight mechanisms —particularly the audit powers of the Pension and Parafiscal Management Unit (UGPP) and the inspections conducted by the Ministry of Labor— as well as the consolidated case law of the Supreme Court of Justice, which centers the analysis of the nature of payments on the criterion of the remunerative purpose of the service rendered. Finally, the study reflects on the legal viability of modern compensation models —including non-statutory benefits, well-being schemes, and long-term incentive mechanisms— and concludes that the central challenge for employers lies in innovating within the boundaries of the legal framework, reconciling labor market competitiveness with compliance with current legal requirements.



Palabras clave: Compensación laboral, salario, pagos no constitutivos de salario, primacía de la realidad, derecho laboral colombiano, seguridad social, control normativo, esquemas de remuneración.

Key words: Labor compensation, salary, non-salary payments, primacy of reality, Colombian labor law, social security, regulatory oversight, compensation schemes.

Los retos de la compensación laboral en un ambiente de control normativo en Colombia

I. Introducción

El diseño de los esquemas de compensación laboral constituye uno de los principales retos dentro del derecho del trabajo contemporáneo. En Colombia, esta materia adquiere una relevancia particular, debido a las facultades legales que habilitan a las partes de una relación laboral a pactar pagos de naturaleza salarial y no salarial, aplicando los criterios legales para dicha distinción. No obstante, existe una tensión estructural inherente en los esquemas de compensación, derivada de un creciente control normativo, administrativo y judicial que busca examinar con detalle la forma en la que se estructuran los pagos a los trabajadores para reducir la evasión de cargas prestacionales, por un lado, y una realidad empresarial que demanda esquemas de remuneración cada vez más flexibles y competitivos, por el otro. El presente artículo se propone examinar, desde una perspectiva teórica y práctica, los principales desafíos que enfrenta la compensación laboral en Colombia bajo las coordenadas de un sistema que, si bien reconoce formalmente espacios de flexibilidad contractual, opera en la práctica bajo parámetros marcadamente restrictivos. Para ello, se analizan los tres planos de control que configuran el entorno regulatorio actual —legal, administrativo y judicial— y se evalúa su incidencia sobre la viabilidad jurídica de los esquemas modernos de compensación.

II. El salario en el contrato de trabajo

El salario es uno de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el art. 23 del Código Sustantivo del Trabajo (“CST”), que lo limita a la “[...] retribución del servicio”, que es viable asumir como el que es prestado por el trabajador. Los otros elementos esenciales del contrato de trabajo son “La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo”, y “La continuada subordinación o dependencia del trabajador o trabajadora respecto del empleador [...]”.

Con base en esta descripción inicial, es viable concluir que el salario se enmarca en una relación laboral subordinada, que es la retribución por el servicio prestado. Con esta premisa, se crea el contexto práctico que sustenta la definición del salario y que nos da pie a desarrollar el ámbito teórico-práctico en el que se crean los esquemas de compensación.

1. Definición legal y desarrollo jurisprudencial del concepto del salario

Complementando la anterior premisa, el art. 127 del CST, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, reguló los elementos que integran el salario, y con ello se obtuvo una definición más acotada. Dicho artículo estableció que el salario es “[...] todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte [...]”.

De lo anterior se desprende que el salario en Colombia será, en primer lugar, la retribución del servicio, como lo menciona el art. 23 del CST, pero también cualquier pago que surja del rendimiento individual del trabajador, pues dichos emolumentos forman parte de lo que a nivel normativo se entiende como contraprestación. Esta evaluación se configura como el primer filtro práctico legal para identificar los pagos que son salario, pues no importa el nombre que se les dé a estos ni los documentos que sirvan de sustento, los pagos que sean un efecto del servicio deben ser pagos salariales.

Este criterio normativo ha sido reforzado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha consolidado una posición unificada para determinar qué pagos constituyen salario, fundamentada en la finalidad del emolumento. En efecto, la Corte ha reiterado de manera consistente que constituye salario toda ventaja patrimonial que el trabajador recibe como contraprestación directa por su servicio, con independencia de la forma o denominación que las partes le hayan atribuido.

Este análisis se articula a través de lo que la jurisprudencia ha denominado el “criterio conclusivo o de cierre”, el cual consiste en determinar si la causa del pago es el trabajo prestado u ofrecido; esto es, si la ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. En este sentido, la Corte ha insistido en que el salario se define por su destino, de modo que cualquier pago cuyo propósito sea remunerar la labor del empleado tendrá carácter salarial, sin que resulte relevante la denominación que se le otorgue¹.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que, si bien la jurisprudencia ha acudido en determinadas ocasiones a criterios auxiliares —como la habitualidad del pago o su proporcionalidad respecto del ingreso total del trabajador—, dichos parámetros no constituyen elementos autónomos ni determinantes para calificar la naturaleza de un pago laboral. Por el contrario, se trata de herramientas instrumentales que han sido empleadas para desentrañar si, en el caso concreto, el pago analizado encubre o no una finalidad retributiva del servicio.

Lo anterior conduce a una conclusión con implicaciones prácticas significativas. La ocasionalidad de un pago no basta, por sí sola, para excluirlo del concepto de salario, toda vez que un emolumento ocasional que en realidad retribuya el servicio prestado conservará su naturaleza salarial. Igual ocurre con un pago que represente un porcentaje menor frente al ingreso total del trabajador, pues si su causa es la contraprestación del trabajo, no podrá sustraerse su naturaleza salarial. En últimas, el análisis sobre la naturaleza de cualquier pago debe reconducirse siempre al criterio de cierre, esto es, a la finalidad retributiva del servicio, que se impone como eje rector sobre cualquier consideración formal, cuantitativa o temporal que las partes pretendan invocar para desvirtuar la verdadera calificación jurídica del pago. Adicionalmente, el art. 127 del CST establece unos ejemplos de lo que podría ser salario, creando una presunción de que retribuye el servicio, al ser parte de la definición de los elementos integrantes:

Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales,

1 Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL 5159 de 2018, radicación 68303, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Reiterada en sentencias SL2228-2023, SL817-2024, SL1989-2024, SL2340-2024, SL2397-2024, entre otras.

valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

2. El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales

En este punto es fundamental traer a colación el que es, tal vez, el principio constitucional de mayor importancia en el derecho del trabajo colombiano. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, se establece como el criterio principal para identificar los derechos y efectos propios de una relación laboral, pues supone que los hechos priman sobre las formas. Es decir, lo que ocurre en la práctica, en la realidad de una relación de trabajo, es lo que prevalece para definir la norma y el derecho aplicable, y se impone sobre la forma jurídica o los documentos que las partes hayan adoptado para caracterizar dicha relación.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la calificación jurídica de un pago no depende de la denominación que las partes le otorguen ni de los acuerdos documentales que suscriban, sino de la realidad material del vínculo y de la finalidad efectiva del emolumento, de suerte que cuando un pago retribuye directamente el servicio prestado, su naturaleza salarial se impone por mandato del principio de primacía de la realidad, sin que resulten oponibles las estipulaciones contractuales en contrario. En términos concretos, para el análisis de la definición del salario, con independencia de lo que se incluya en el contrato de trabajo, otrosíes, adendas y demás documentos, si el pago que se realiza a un empleado surge de la evaluación del rendimiento individual, deberá considerarse salarial para todos los efectos legales².

3. Definición legal de los pagos que no constituyen salario

En contraposición, es posible que el empleador reconozca a sus trabajadores beneficios, auxilios, primas o pagos cuya naturaleza no sea salarial, por el solo hecho de que estos no retribuyen en forma directa (individual) el servicio para el cual se ha contratado.

El CST regula en su art. 128, modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, los pagos que no constituyen salario; así:

No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL 3065 de 2023. Rad 97094. MP. Ana María Muñoz Segura.

Así las cosas, un empleador puede reconocer a sus trabajadores los siguientes pagos no salariales:

- i) **Beneficios, auxilios o primas extralegales:** estos beneficios o auxilios extralegales son los que se reconocen para generar un mayor beneficio en los trabajadores, pero deben reconocerse solo por el hecho de tener un vínculo laboral con la empresa y no para premiar en ellos o remunerar su trabajo individual. Ejemplo de estos beneficios o auxilios son: beneficio de medicina prepagada, auxilio de alimentación, auxilio de vivienda, beneficio de gimnasio y similares.

Estos beneficios o auxilios pueden entregarse en forma ocasional o habitual, según lo considere el empleador, y son las partes las que definen la naturaleza salarial o no salarial del pago por medio de un acuerdo expreso³.

En este mismo grupo, la ley laboral colombiana incluyó el pago de primas extralegales, haciendo mención de ellas como “[...] de vacaciones, de servicios o de navidad [...]”, con el objetivo de crear la posibilidad de que el empleador reconozca pagos habituales con intención de satisfacer necesidades económicas puntuales que puedan tener los trabajadores, como las vacaciones y la navidad, pues son estos momentos en los cuales es usual una necesidad de dinero distinta del ingreso salarial, sin que por ello tengan la misma naturaleza salarial.

A estos pagos se sumaron las primas de servicio, las cuales parecería que tienen como propósito complementar la prima legal de servicios que se entrega en el mes de junio y que forma parte de las prestaciones sociales obligatorias (que tampoco son salario). Esta prima también se utiliza para premiar el rendimiento global de las empresas por períodos previamente determinados, que pueden ser, por ejemplo, períodos trimestrales, semestrales o anuales, e incluir también, y como ejemplo, a grupos de trabajadores de algún área determinada; incluso puede utilizarse simplemente para crear un elemento de motivación en los trabajadores a nivel grupal y colectivo⁴.

- ii) **Pago de bonificaciones o gratificaciones:** estos pagos extralegales pueden reconocerse como no salariales siempre que se entreguen de manera ocasional, y no pueden ser habituales ni tener una periodicidad definida, por ejemplo, y en contraste con el punto anterior, los períodos anuales, semestrales y trimestrales, y siempre que no retribuyan o premien el rendimiento individual del trabajador. Si el pago de la bonificación tiene una habitualidad, es decir, si se paga de forma mensual, trimestral, semestral o incluso anual, podrá concluirse que existe un componente de habitualidad y, por lo tanto, el pago correrá el riesgo de entenderse como salarial, en virtud del principio de primacía de la realidad, con todas las consecuencias económicas y jurídicas que esto supone para el empleador⁵.

En este mismo grupo se incluye la participación de utilidades, pagos que pueden ser no salariales, pero que deben estar ligados a los estados financieros y a la autorización respectiva de los socios para que de las utilidades efectivas que reciba la compañía se reparta un porcentaje o un monto determinado. Es esencial que exista una correlación

3 Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL 3471 de 2024. Rad. 98479. MP. Iván Mauricio Lenis Gómez.

4 Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL1402 de 2024. Rad 93870. MP. Rirraquel Rodelo Navarro.

5 Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL 991 de 2023. Rad 93113. MP. Olga Yineth Merchán Calderón.

real entre las utilidades y lo que se pretende entregar por este concepto, so pena de que se entienda que existe un escenario de simulación legal y económico para crear un pago no salarial⁶.

- iii) Gastos o pagos de trabajo: este tipo de pagos se incluye en la definición como no salarial y es el reconocimiento que menos controversia genera, pues se pagan para el cabal desempeño de las funciones por las cuales se contrata a un trabajador. Estos son los gastos de representación, los medios de transporte y los elementos de trabajo⁷.

Es decir, si la empresa paga los almuerzos de trabajo de sus empleados con labores comerciales, estos pagos no serán salariales, pues estarán ligados a una función previamente asignada, y no tendrán una incidencia en el patrimonio del trabajador ni lo enriquecerán. Siendo fieles al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, suele ser necesario crear el vínculo entre la actividad desempeñada y el gasto en que se incurre.

4. Efectos y consideraciones legales de los pagos no salariales

El principal efecto legal y económico de los pagos no salariales es que estos no forman parte de la base de los aportes legales al Sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales; también, los pagos no salariales no se consideran para construir el ingreso base de liquidación para el cálculo de las prestaciones sociales (cesantías, intereses sobre cesantías y prima de servicios), las vacaciones y las eventuales indemnizaciones a que tenga derecho un trabajador, pues esto solo corresponde a los pagos salariales.

No obstante, a través del art. 30 de la Ley 1393 de 2010 se creó un límite a los pagos no salariales, el cual debe contemplar el ingreso total del trabajador (ingresos salariales y no salariales). Dicho límite tiene efectos, únicamente, para los aportes al Sistema de Seguridad Social, sin incluir los parafiscales ni las acreencias laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones y vacaciones). El art. 30 de la Ley 1393 de 2010 establece:

Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los arts. 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.

Los arts. 18 y 204 de la Ley 100 de 1993 hacen referencia al ingreso base de liquidación que se utiliza para realizar los aportes a los subsistemas de Salud y Pensiones. Como se puede observar, los pagos extralegales y no salariales contemplan un límite del 40%, el cual debe calcularse con base en la totalidad del ingreso del trabajador, es decir, con base en: (i) los pagos de naturaleza salarial, y (ii) los pagos no salariales. Los valores pagados como no salariales que excedan el 40% del total del ingreso/remuneración del trabajador deberán formar base para realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social, sin que por ello se modifique la naturaleza del pago, es decir, sin que por ello el pago pase de ser no salarial a ser salarial, por lo que nunca hará base de cálculo de parafiscales, prestaciones sociales, vacaciones y eventuales indemnizaciones.

6 Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL 2175 de 2024. Rad 100419. MP.Santander Rafael Brito Cuadrado.

7 Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL 2449 de 2024. Rad 101224. MP. Luis Benedicto Herrera Díaz. Reiterado en sentencias SL 3471 de 2024, SL 3073 de 2023, SL 1402 de 2024, entre otras.

Desde la esfera legal, la Ley 1393 de 2010 introdujo mecanismos orientados a prevenir la evasión y elusión de aportes al Sistema de Seguridad Social, estableciendo un techo del 40% para los pagos no constitutivos de salario respecto del total de la remuneración, que son utilizados por las autoridades administrativas y judiciales para plantear los cuestionamientos de legalidad de los esquemas de compensación.

III. Los retos de la compensación en el mundo del trabajo

El contexto normativo y práctico de la remuneración crea la tensión estructural para la implementación de los esquemas de compensación, debido a la discusión que existe sobre el creciente control normativo y judicial que afronta Colombia, y la flexibilidad que ofrece la legislación del país para crear todo lo que sirva para cumplir los objetivos de las partes de una relación de trabajo. En este escenario conceptual se sitúa la evaluación de la realidad empresarial, que demanda esquemas de compensación cada vez más flexibles y competitivos.

1. Mecanismos de vigilancia administrativa

El sistema colombiano ha intensificado los mecanismos de vigilancia sobre la remuneración laboral. En el plano administrativo, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, entidad encargada de la fiscalización y control del adecuado pago de aportes al Sistema de Seguridad Social y parafiscales, ha ampliado de manera significativa sus facultades de revisión sobre los esquemas de compensación, con un enfoque particularmente estricto frente a los pagos no salariales. A esto se suma un incremento en las inspecciones que realiza el Ministerio del Trabajo a las empresas para evaluar el cumplimiento de las normas, enfatizando en la manera en que se realizan los pagos a los trabajadores.

Finalmente, en el ámbito judicial, la jurisprudencia laboral ha consolidado una línea interpretativa rigurosa, basada en el principio de primacía de la realidad, que tiende a recalificar como salario los pagos que, en la práctica, retribuyen el servicio. En conjunto, estas vertientes han configurado un entorno de control intensivo y de interpretación restrictiva frente a las nuevas formas de compensación que exige el mercado laboral, y que supone el verdadero reto empresarial para identificar la eficacia de los esquemas de remuneración.

2. La esencia competitiva de los pagos no salariales

El reto que estamos analizando se alimenta con la dinámica tradicional del mercado laboral, a la que se suma la expectativa del trabajador por recibir una remuneración que no se limite al salario y que abre el espacio a la competencia del mercado. Los esquemas de compensación los conforman usualmente beneficios extralegales, incentivos de largo plazo y componentes asociados al bienestar o “salario emocional”. Ahora bien, esta evolución no responde únicamente a nuevas demandas del talento, sino también a la necesidad de los empleadores de optimizar sus estructuras de costos en un entorno de creciente presión regulatoria, marcado —entre otros factores— por el incremento en los costos laborales, por ejemplo, el incremento de los recargos por trabajo dominical y nocturno, la reducción progresiva de la jornada laboral que impacta el valor de la hora de trabajo y la necesidad de asumir pagos de trabajo suplementario. En este contexto, los esquemas de compensación no salarial han adquirido un papel estratégico como mecanismo de gestión eficiente del alto costo laboral en Colombia.

En la práctica, los esquemas de compensación se han diversificado; sin embargo, su evaluación normativa y jurisprudencial continúa centrada en el criterio de la contraprestación directa del servicio. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia —máximo tribunal y órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en Colombia— ha sostenido de manera consistente que cualquier pago que tenga finalidad retributiva constituye salario, con independencia de su denominación o de lo pactado por las partes. Este contraste se asume siempre como el mayor desafío legal práctico, y es el sustento de la constante sofisticación en los modelos de compensación y el marco contractual que los regula.

En este contexto, el desafío central consiste en determinar, hasta qué punto es jurídicamente viable estructurar esquemas modernos de compensación, sin que sus componentes sean recalificados como salario bajo los criterios normativos y jurisprudenciales vigentes.

Comprender esta tensión exige examinar en detalle los objetivos a los que se apunta con la estructura de pagos, para lograr crear realidades de negocio que obedezcan a incentivos individuales salariales, asegurando que, a su vez, los beneficios que se ofrezcan como parte del esquema no salarial surjan del trabajo grupal y del beneficio emocional o de la vida personal que se pretende motivar.

En la práctica, se ha evidenciado que la compensación ha evolucionado hacia modelos integrales que incorporan beneficios extralegales, esquemas de bienestar y mecanismos para crear fidelidad e identidad corporativa a largo plazo, como *stock options* o *phantom shares*, los cuales se han consolidado como herramientas clave para la atracción, retención y alineación del talento. Sin embargo, esta sofisticación en los esquemas de compensación profundiza la tensión descrita, en la medida en que introduce componentes cuya naturaleza jurídica no siempre encaja de manera clara en las categorías tradicionales del derecho laboral colombiano. Así, mientras la práctica empresarial avanza hacia estructuras más complejas y estratégicas, el marco normativo y jurisprudencial continúa evaluando estos instrumentos bajo criterios centrados en la finalidad retributiva inmediata, lo que incrementa la incertidumbre sobre su tratamiento y limita su implementación efectiva sin implicar contingencias laborales para los empleadores.

IV. Conclusión

La dinámica propia del mercado laboral está guiando a las empresas a la implementación de modelos integrales de compensación que incorporen beneficios extralegales, esquemas de bienestar, “salario emocional” y mecanismos de pagos para fomentar la identidad corporativa. La sofisticación exige que los empleadores adopten un enfoque preventivo y estructurado, que se sustente en un análisis jurídico que sea riguroso y evalúe todos los componentes del esquema de compensación, bajo la óptica de revisión de los criterios legales, administrativos y jurisprudenciales vigentes.

El verdadero reto de la compensación laboral en Colombia no consiste en eludir el marco normativo, sino en innovar dentro de sus límites. Las empresas que logren construir esquemas de remuneración que armonicen la competitividad del mercado con el cumplimiento legal, estarán mejor posicionadas para atraer y retener talento. El equilibrio entre flexibilidad e innovación, por un lado, y seguridad jurídica y cumplimiento normativo, por otro, constituye el desafío central que define el presente y el futuro de la gestión de la compensación laboral en el país.

El alcance de la protección de la marca renombrada en la Unión Europea ante la sátira y la parodia política: las conclusiones del abogado general en el asunto IKEA (C-298/23)

Anna Figuerola

Abogada de Pérez-Llorca

PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

BARCELONA

I.	Introducción	100
II.	Marco normativo: la protección de la marca renombrada en la Unión Europea	101
	1. Directiva 2015/2436 y Reglamento 2017/1001	101
	2. La protección reforzada de la marca renombrada y la “justa causa”	101
III.	El asunto IKEA (C-298/23): hechos y cuestiones prejudiciales	103
IV.	El concepto de “justa causa” en la jurisprudencia del TJUE	104
V.	Las conclusiones del abogado general	105
	1. Cuestión previa: el uso “en el tráfico económico” y “en relación con productos o servicios”	105
	2. La libertad de expresión como “justa causa” en el ámbito del derecho de marcas	106
	3. Criterios para apreciar la existencia de “justa causa”	107
	4. El concepto de parodia política	108
VI.	Conclusiones	109

**Fecha de recepción**

20 de abril de 2026

**Fecha de aceptación**

4 de mayo de 2026



Resumen: La parodia y la sátira no figuran recogidas en el derecho de marcas de la Unión Europea como excepciones al derecho de uso exclusivo que ostenta el titular de una marca registrada. A través del asunto *Inter IKEA Systems BV c. Algemeen Vlaams Belang* (C-298/23), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la relación entre la protección de las marcas renombradas y la libertad de expresión, en particular en su dimensión política.

De esta manera, las conclusiones del abogado general presentadas el 13 de noviembre de 2025¹ arrojan luz sobre la función del concepto de “justa causa” como mecanismo de equilibrio entre el derecho de propiedad del titular de la marca y el derecho fundamental de terceros a la libertad de expresión.

Abstract: Parody and satire are not expressly recognised under European Union trade mark law as exceptions to the exclusive right of use conferred on the proprietor of a registered trade mark. In Case *Inter IKEA Systems BV v. Vlaams Belang* (C-298/23), the Court of Justice of the European Union is afforded the opportunity to address the relationship between the protection of reputed trade marks and freedom of expression, particularly in its political dimension.



Palabras clave: Marcas renombradas; libertad de expresión; justa causa; parodia y sátira; TJUE.

Key words: Reputed trade marks; freedom of expression; due cause; parody and satire; CJEU.

¹ Conclusiones del abogado general Sr. Maciej Szpunar presentadas el 13 de noviembre de 2025, asunto C-298/23, *Inter IKEA Systems BV c. Algemeen Vlaams Belang VZW y otros*, ECLI:EU:C:2025:886.

El alcance de la protección de la marca renombrada en la Unión Europea ante la sátira y la parodia política: las conclusiones del abogado general en el asunto IKEA (C-298/23)

I. Introducción

El derecho de marcas de la Unión Europea ha experimentado una evolución significativa en las últimas décadas, consolidando un sistema de protección que, en el caso de las marcas renombradas, va más allá de la tutela frente al riesgo de confusión para extenderse a supuestos de aprovechamiento desleal del renombre, dilución y deterioro de la imagen de marca. Sin embargo, este robusto sistema de protección no opera en el vacío: convive con otros derechos e intereses igualmente reconocidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, entre los que destaca la libertad de expresión consagrada en el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La tensión entre ambos planos no es nueva, pero hasta la fecha el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”) no había tenido ocasión de pronunciarse con carácter vinculante sobre el modo en que debe articularse dicha tensión en el ámbito específico de la protección ampliada de las marcas renombradas.

El asunto *Inter IKEA Systems BV c. Algemeen Vlaams Belang* (C-298/23) ofrece precisamente esa oportunidad, y lo hace a través de una pregunta jurídicamente relevante y de enorme interés práctico para los titulares de marcas con renombre: ¿puede el ejercicio de la libertad de expresión —en particular en su dimensión política— constituir una “justa causa” en el sentido del art. 9.2.c) del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (“**Reglamento 2017/1001**”) y del art. 10.2.c) de la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (“**Directiva 2015/2436**”), que legitime el uso de un signo idéntico o similar a una marca renombrada sin el consentimiento de su titular?

La respuesta a esta pregunta tiene implicaciones directas y prácticas para los titulares de marcas de renombre, que ven cómo sus signos son utilizados por terceros —ya sean empresas competidoras, artistas, activistas o, como en el presente asunto, partidos políticos— al amparo de una pretendida libertad de expresión, aprovechándose del *goodwill* y del reconocimiento que el titular ha construido a través de años de esfuerzo e inversión. Es precisamente en este contexto en el que el concepto de “justa causa” adquiere una relevancia capital: su interpretación determinará en qué medida las marcas renombradas quedan expuestas a usos no consentidos bajo el paraguas de la libertad de expresión.

El presente artículo analiza las conclusiones del abogado general Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 13 de noviembre de 2025 (en adelante, las “**Conclusiones**”), a partir del marco normativo aplicable y de la doctrina más relevante, con el objetivo de valorar el impacto que tendrá la

futura sentencia del TJUE en el sistema de protección de las marcas renombradas en la Unión Europea.

Aunque el eje central del análisis es el concepto de “justa causa”, las Conclusiones abordan igualmente una cuestión previa de notable interés práctico: si el uso de una marca por una entidad que actúa en nombre y por cuenta de un partido político, en el marco de una campaña política, cumple los requisitos de uso “en el tráfico económico” y “en relación con productos o servicios” que condicionan la propia aplicabilidad de los artículos 9.2 del Reglamento 2017/1001 y 10.2 de la Directiva 2015/2436.

II. Marco normativo: la protección de la marca renombrada en la Unión Europea

1. Directiva 2015/2436 y Reglamento 2017/1001

El art. 10 de la Directiva 2015/2436, titulado “Derechos conferidos por la marca”, dispone que el registro de una marca conferirá a su titular un derecho exclusivo sobre esta, y que, sin perjuicio de los derechos adquiridos por los titulares antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro, el titular de dicha marca registrada estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo en relación con productos o servicios en determinados supuestos.

En lo que respecta específicamente a las marcas renombradas, el art. 10.2.c) de la Directiva dispone que el titular de una marca renombrada puede oponerse al uso de un signo idéntico o similar a la marca, independientemente de si se utiliza para productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los que esté registrada la marca, cuando esta goce de renombre en el Estado miembro y, con el uso del signo realizado sin justa causa, se pretenda obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca, o dicho uso sea perjudicial para dicho carácter distintivo o dicho renombre.

En términos prácticamente idénticos, el art. 9 del Reglamento 2017/1001, titulado “Derechos conferidos por la marca de la Unión”, establece que el titular de la marca de la Unión estará facultado para prohibir a cualquier tercero, sin su consentimiento, el uso en el tráfico económico de cualquier signo cuando el signo sea idéntico o similar a la marca de la Unión, independientemente de si se utiliza en relación con productos o servicios idénticos o similares, si esta goza de renombre en la Unión y si con el uso sin justa causa del signo se obtiene una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca de la Unión, o es perjudicial para dicho carácter distintivo o dicho renombre.

2. La protección reforzada de la marca renombrada y la “justa causa”

El derecho exclusivo permite al titular de la marca proteger sus intereses específicos como titular de esta, es decir, garantizar que la marca pueda cumplir sus funciones propias, entre las que figuran la función esencial de garantizar a los consumidores el origen del producto o del servicio de que se trate, así como las funciones de garantizar la calidad de dicho producto o servicio, o las funciones de comunicación, inversión o publicidad.

En el sistema del derecho de marcas nacionales y de la Unión, las marcas de renombre gozan de una protección reforzada respecto de las ordinarias. Conforme al artículo 10.2.c) de la Directiva 2015/2436 y al artículo 9.2.c) del Reglamento 2017/1001, su titular puede oponerse al uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares, aunque sea para productos y servicios distintos a los protegidos por la marca renombrada y no haya riesgo de confusión, cuando dicho uso suponga un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o del renombre de la marca (parasitismo) o cause perjuicio a estos, ya sea por dilución de su carácter distintivo o por deterioro de su renombre, siendo suficiente a estos efectos la existencia de un vínculo entre el signo y la marca de renombre.

Los intereses de un tercero en utilizar, en el tráfico económico, un signo similar a una marca de renombre se tienen en cuenta a través de la posibilidad de que el usuario de dicho signo invoque una "justa causa". Cuando el titular de una marca renombrada demuestra la existencia de uno de los menoscabos previstos en las disposiciones citadas, corresponde al tercero que haya utilizado un signo semejante a la marca renombrada probar que el uso de tal signo tiene una justa causa en el sentido de las citadas disposiciones.

Cabe destacar, asimismo, que, durante los trabajos preparatorios de la Directiva 2015/2436 y del Reglamento 2017/1001, se propuso completar la lista de limitaciones de los efectos de la marca estableciendo una limitación a favor de determinadas formas de ejercicio de la libertad de expresión, pero esta proposición no fue aprobada². Así pues, a diferencia del derecho de autor, ámbito en el que el art. 5.3.k) de la Directiva 2001/29/CE³ prevé una excepción al principio de protección de la obra cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche, en el estado actual del derecho de la Unión, el régimen jurídico aplicable a las marcas no contiene ninguna disposición similar.

En efecto, la Asociación Internacional de Marcas ("**INTA**") se opuso vigorosamente durante el proceso legislativo de la reforma del derecho de marcas de la Unión a las propuestas del Parlamento Europeo de incluir entre las excepciones al derecho de uso una disposición que permitiera el uso de la marca protegida a efectos de parodia, expresión artística, crítica o comentario, por considerar que ello abriría la puerta al uso perjudicial de marcas famosas incluso cuando el demandado alegara que se trata de una "broma"⁴.

2 Conclusiones del abogado general Sr. Maciej Szpunar presentadas el 13 de noviembre de 2025, asunto C-298/23, *Inter IKEA Systems BV c. Algemeen Vlaams Belang VZW y otros*, ECLI:EU:C:2025:886, apartados 96 y 172. En concreto, el Parlamento Europeo, en su Resolución legislativa de 25 de febrero de 2014 sobre la propuesta de Directiva relativa a las marcas (DO 2017, C 285, p. 262), había propuesto modificar el art. 14, titulado "Limitación de los efectos de la marca", con el fin de incluir, entre las excepciones al derecho exclusivo del titular de la marca, su uso por un tercero con "fines de parodia, expresión artística, crítica o comentario". Esta propuesta no fue aprobada.

3 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 (DO 2001, L 167, p. 10, art. 5.3.k).

4 *INTA (International Trademark Association), Amicus Submission – Inter IKEA Systems BV v. Algemeen Vlaams Belang VZW*, asunto C-298/23, 5 de septiembre de 2023, apartados 17 y 38. En él, la INTA subraya que "the reference to 'parody' and 'comments' would have permitted such uses in the course of trade. It would have opened the way even for use of famous trademarks for goods in a manner which could have been detrimental to the reputation of a trademark. Such uses should continue to constitute a trademark infringement, even if the defendant claims this to be a 'joke'". Gründig-Schnelle, "EU Trademark Law Reform Series: New Fair Use Provisions", *INTA Bulletin*, 15 de diciembre de 2015.

III. El asunto IKEA (C-298/23): hechos y cuestiones prejudiciales

Inter IKEA Systems BV (“IKEA”), conocida por el público en general por sus muebles para montar uno mismo que se entregan en kit con las instrucciones, es titular de tres marcas IKEA del Benelux y de una marca IKEA de la Unión, registradas para diversas clases de productos y servicios.

El 14 de noviembre de 2022, el partido político Vlaams Belang (Interés Flamenco) presentó públicamente, en una rueda de prensa, su programa para reformar la política de asilo e inmigración en Bélgica, titulado “*IKEA-PLAN - Immigratie Kan Echt Anders*” (“Plan IKEA: la inmigración puede ser realmente diferente”), que incluía 15 propuestas políticas descritas como “listas para montar”. Las ilustraciones que acompañaban a esta presentación incluían marcas de las que IKEA era titular, así como personajes similares a los que aparecen en las instrucciones de montaje de los productos de esta empresa.

El 22 de noviembre de 2022, IKEA interpuso ante el *Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Brussel* (Tribunal de Empresas Neerlandófono de Bruselas, Bélgica, en adelante el “**Tribunal Belga**”) una demanda por violación del derecho de marca contra el *Vrijheidsfonds VZW*, asociación sin ánimo de lucro cuyo objeto estatutario consiste en apoyar financiera y materialmente al Vlaams Belang, y el *Algemeen Vlaams Belang VZW*, entidad jurídica formal vinculada al partido, así como contra las personas físicas que representan a este último, dado que el Vlaams Belang constituye una asociación de hecho carente de personalidad jurídica. El Tribunal Belga acordó la admisión de la demanda únicamente en lo que respecta al *Vrijheidsfonds*, que fue quien llevó a cabo la campaña en nombre y por cuenta del partido político.

El Tribunal Belga expone que el *Vrijheidsfonds* reconoció haber utilizado las marcas titularidad de IKEA sin el consentimiento de esta y se comprometió a dejar de utilizarlas, señalando que afirmó haber utilizado el renombre de estas marcas para reforzar su mensaje y aumentar su difusión, lo que constituiría, a su juicio, una “justa causa” en el sentido del art. 9.2.c) del Reglamento 2017/1001, y de los arts. 10.2.c) y 10.6 de la Directiva 2015/2436.

El Tribunal Belga considera que, si bien el derecho exclusivo del titular de una marca es un derecho de propiedad garantizado por el art. 17.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no es, sin embargo, absoluto. Asimismo, señala que el concepto de “justa causa” es objeto de interpretaciones diferentes en los Países Bajos y en Bélgica, y que los órganos jurisdiccionales belgas interpretan este concepto de manera muy restrictiva.

En estas circunstancias, el Tribunal Belga planteó al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: ¿puede la libertad de expresión, incluida la libertad de expresar opiniones políticas y la parodia política, garantizada por el art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, constituir una “justa causa” del uso de un signo idéntico o similar a una marca renombrada? Y, en caso de respuesta afirmativa, ¿cuáles son los criterios que deberá tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional para apreciar el equilibrio entre esos derechos fundamentales?

Entre los criterios concretos enumerados por el tribunal remitente figuran: la medida en que la expresión tiene carácter o finalidad comercial; la medida en que existe una relación de competencia entre las partes; la medida en que la expresión reviste un interés general o suscita un

debate; la relación entre dichos criterios; el grado de renombre de la marca invocada; el alcance del uso infractor y su proporcionalidad; la medida en que la expresión menoscaba el renombre, el carácter distintivo y la imagen de las marcas, y la medida en que la expresión presenta una contribución original propia y si se intentó evitar la confusión o asociación con las marcas.

IV. El concepto de “justa causa” en la jurisprudencia del TJUE

Las normas del derecho de la Unión en materia de marcas no definen el concepto de “justa causa”⁵. El TJUE ha considerado que el referido concepto constituye una manifestación del objetivo general de la legislación en materia de marcas, consistente en conciliar, por una parte, los intereses del titular de una marca en proteger la función esencial de esta y, por otra, los intereses de un tercero en emplear, en el tráfico económico, tal signo para designar los productos y los servicios que comercializa⁶. Por consiguiente, dicho concepto no solo puede englobar razones objetivamente imperiosas, sino que puede, asimismo, referirse a los intereses subjetivos de un tercero.

La primera sentencia relevante del TJUE en este ámbito fue la dictada en el asunto *Interflora e Interflora British Unit* (C-323/09)⁷. En ella, el TJUE consideró que, cuando la publicidad que aparezca en Internet a partir de una palabra clave correspondiente a una marca de renombre proponga una alternativa frente a los productos o a los servicios del titular de esa marca sin ofrecer una simple imitación, y sin menoscabar por lo demás las funciones de la mencionada marca, este uso constituye, en principio, una competencia sana y leal en el sector de los productos o de los servicios de que se trate y, por lo tanto, se realiza con “justa causa”.

Posteriormente, en la sentencia *Leidseplein Beheer y de Vries* (C-65/12)⁸, el TJUE subrayó que para determinar si un uso anterior a la presentación de la solicitud de registro de una marca renombrada por un tercero de un signo semejante a esa marca puede calificarse de “justa causa”, es necesario tener en cuenta, en particular, la intención de quien utiliza dicho signo y determinar si el signo se ha utilizado de buena fe. Esta sentencia supuso un giro relevante, al abandonar la interpretación restrictiva del concepto e incorporar el análisis de los intereses subjetivos del tercero como elemento pertinente.

Pese a estos pronunciamientos, el TJUE no ha proporcionado todavía orientación suficiente sobre la interpretación del concepto indefinido de “justa causa”, lo que dificulta la armonización de su aplicación e interpretación en los Estados miembros⁹. El asunto *IKEA* constituye, en este contexto, una oportunidad irrepetible para el TJUE.

5 Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 2014, *Leidseplein Beheer y de Vries*, C-65/12, EU:C:2014:49, apartado 28. Véase también Todorski, T., *The concept of ‘due cause’ and its role in safeguarding fundamental rights under EU trade mark law: how should the CJEU rule in IKEA*, C 298/23, p. 812.

6 Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2018, *Tsujimoto/EUIPO*, C-85/16 P y C-86/16 P, EU:C:2018:349, apartado 90. Véase asimismo la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 2014, *Leidseplein Beheer y de Vries*, C-65/12, EU:C:2014:49, apartado 45.

7 Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 2011, *Interflora e Interflora British Unit*, C-323/09, EU:C:2011:604, apartado 91.

8 Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 2014, *Leidseplein Beheer y de Vries*, C-65/12, EU:C:2014:49, apartados 45, 53 a 56 y 60.

9 Todorski, T. *The concept of ‘due cause’ and its role in safeguarding fundamental rights under EU trade mark law: how should the CJEU rule in IKEA*, C-298/23?; p. 812. En idéntico sentido: Kur, A., y Senftleben, M., *European Trade Mark Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 363.

V. Las conclusiones del abogado general

1. Cuestión previa: el uso “en el tráfico económico” y “en relación con productos o servicios”

Con carácter previo al análisis de la “justa causa”, el abogado general examina si el uso de un signo idéntico o similar a una marca en el marco de una campaña política, por parte de una asociación sin ánimo de lucro que actúa en nombre y por cuenta de un partido político, cumple los dos requisitos generales de aplicación del artículo 9.2 del Reglamento 2017/1001 y del art. 10.2 de la Directiva 2015/2436: que el uso se realice “en el tráfico económico” y que se lleve a cabo “en relación con productos o servicios”.

La pertinencia de este examen resulta fundamental, puesto que, de no cumplirse tales requisitos, la demanda no debería enjuiciarse a la luz del artículo 10.2.c) de la Directiva 2015/2436, sino de las disposiciones nacionales relativas al uso con fines diversos de los de distinguir productos o servicios (art. 10.6 de la Directiva 2015/2436), cuyo régimen no está armonizado por el derecho de la Unión.

a) Uso “en el tráfico económico”

Conforme a la jurisprudencia del TJUE, un signo se utiliza “en el tráfico económico” cuando el uso se produce en el contexto de una actividad comercial con ánimo de lucro y no en la esfera privada¹⁰. El abogado general constata que una campaña política presentada en rueda de prensa y difundida en línea trasciende con claridad el ámbito de lo privado. La cuestión radica, sin embargo, en si una actividad de naturaleza política presenta el componente económico necesario.

A este respecto, el abogado general se apoya en la sentencia *Verein Radetzky-Orden* (C-442/07)¹¹ para concluir que la ausencia de ánimo de lucro no es determinante. En dicha sentencia, el TJUE declaró que una asociación sin ánimo de lucro hace un uso efectivo de su marca cuando la utiliza en sus relaciones con el público para anunciar sus actividades y en su material publicitario, pudiendo tener el objetivo de crear y conservar un mercado para sus productos o servicios. En consecuencia, si una entidad sin ánimo de lucro puede invocar su propio uso para mantener su derecho exclusivo, el titular de una marca debe poder igualmente oponerse al uso sin ánimo de lucro que un tercero haga de su marca para identificar o promover productos o servicios propios. Además, en el caso de autos, el Parlamento belga concede a los partidos políticos una dotación en función de su éxito electoral, por lo que existe una relación indirecta, pero identificable, entre la campaña política y los fondos que recibe el partido, lo que refuerza la asimilación del uso al tráfico económico.

Por otra parte, el abogado general precisa que es irrelevante que el *Vrijheidsfonds* actuase en interés de un tercero —el *Vlaams Belang*— y no en interés propio. El TJUE ha declarado que, para apreciar un uso en el tráfico económico, es irrelevante la propiedad de los productos que

10 Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2015, *TOP Logistics y otros* (C-379/14, EU:C:2015:497), apartado 43.

11 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de diciembre de 2008, *Verein Radetzky-Orden* (C-442/07, EU:C:2008:696).

llevan la marca¹², y este mismo razonamiento se extiende al requisito de que el uso se realice “en relación con productos o servicios”.

b) Uso “en relación con productos o servicios”

El uso al que el titular puede oponerse en virtud del derecho de marcas debe realizarse no solo en el tráfico económico, sino también “en relación con productos o servicios”.

En el caso de autos, el abogado general señala que un programa político no es en sí mismo ni un producto ni un servicio: desempeña una función informativa, exponiendo los objetivos y el plan de acción de la entidad que lo ha elaborado, y el hecho de que el signo con el que se divulga pueda asociarse a dicha entidad no implica que se use “en relación con productos o servicios”. Por el contrario, cuando el signo se utiliza en circunstancias que determinan una relación con los productos o servicios de dicha entidad, sí debe calificarse como uso “en relación con productos o servicios”. A modo de ejemplo, un uso para productos puede consistir en colocar el signo en objetos distribuidos a los seguidores de un partido político; la organización de un evento bajo ese mismo signo puede constituir un uso para servicios. Utilizar un signo en la publicidad realizada por o para una entidad que distribuye esos objetos u organiza tales eventos también constituye, a juicio del abogado general, un uso “en relación con productos o servicios”.

El abogado general concluye que corresponde al tribunal remitente verificar si en el caso concreto se cumplen ambos requisitos. En caso afirmativo, el art. 10.2.c) de la Directiva 2015/2436 y el art. 9.2.c) del Reglamento 2017/1001 serían, en principio, aplicables. En caso negativo, la demanda debería enjuiciarse a la luz de la disposición del Convenio del Benelux relativa al art. 10.6 de la Directiva ¿2015/2436?. En todo caso, con independencia de la conclusión sobre este punto, la interpretación del concepto de “justa causa” resulta útil para la resolución del litigio, puesto que dicho concepto se emplea en todas las disposiciones en juego.

2. La libertad de expresión como “justa causa” en el ámbito del derecho de marcas

Las conclusiones del abogado general Szpunar abordan, en primer lugar, la cuestión de si la libertad de expresión puede articularse, en el ámbito del derecho de marcas de la Unión, a través del concepto de “justa causa”.

El abogado general parte de la constatación de que el derecho de marcas no prevé expresamente la posibilidad de limitar los derechos conferidos por una marca en interés de terceros que deseen ejercer su libertad de expresión. No obstante, señala que el concepto de “justa causa” permite responder a los intereses subjetivos de terceros, caso por caso, lo que refuerza aún más su función de proteger los derechos fundamentales.

El abogado general señala, asimismo, que la Directiva 2015/2436 y el Reglamento 2017/1001 reconocen la necesidad de sopesar, en su aplicación, los derechos conferidos por la marca con los derechos y libertades fundamentales, y en particular la libertad de expresión¹³, y el TJUE ha rechazado expresamente la idea de que, en el ámbito del arte, de la cultura y de la literatura

12 Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2020, (Violación de marca mediante importación de rodamientos) (C-772/18, EU:C:2020:341), apartado 27.

13 Véanse el considerando 21 del Reglamento (UE) 2017/1001 y el considerando 27 de la Directiva (UE) 2015/2436

exista una preocupación constante por preservar la libertad de expresión que no existe en el ámbito de las marcas¹⁴.

El abogado general concluye que, en relación con los comportamientos consistentes en el uso de un signo exclusivamente en relación con productos o servicios de un tercero, la ausencia de una disposición que limite los derechos conferidos por una marca para garantizar el respeto de la libertad de expresión no parece plantear dudas particulares cuando se trata de marcas ordinarias, ya que los requisitos de doble identidad o riesgo de confusión dejan un margen de maniobra suficiente para conciliar los derechos en conflicto. Sin embargo, dichos requisitos carecen de relevancia en lo que respecta a la protección reforzada de las marcas de renombre. Por lo tanto, descartar la interpretación según la cual los argumentos basados en el ejercicio de la libertad de expresión pueden constituir una “justa causa” eliminaría toda posibilidad de sopesar dicha libertad y los derechos de los titulares de marcas de renombre.

De este modo, a falta de otras disposiciones que permitan conciliar los derechos conferidos por una marca de renombre (o renombrada) con la libertad de expresión cuando la marca no se utiliza para designar productos o servicios de su titular, la posibilidad de invocar el concepto de “justa causa” puede servir de mecanismo para satisfacer los requisitos de protección de los derechos fundamentales en juego.

Sin embargo, el abogado general establece una matización fundamental: el ejercicio de la libertad de expresión no constituye en sí mismo una “justa causa”. Lo que sí puede constituir una “justa causa” son las mismas razones que, en la ponderación entre derechos fundamentales, llevan a dar prioridad a la protección de la libertad de expresión frente a los derechos de terceros. En otras palabras, la invocación genérica de la libertad de expresión no permite, por sí sola, justificar el uso de un signo idéntico o similar a una marca de renombre; es necesario identificar las razones concretas que, en el caso particular, conduzcan a que dicha libertad prevalezca.

3. Criterios para apreciar la existencia de “justa causa”

Las Conclusiones abordan a continuación los criterios que, a juicio del abogado general resultan más pertinentes para guiar la ponderación entre la libertad de expresión y los derechos del titular de la marca renombrada.

En primer lugar, el abogado general precisa que la intención de un tercero de obtener una ventaja desleal del carácter distintivo de la marca o de su renombre o de causarles un perjuicio no puede constituir una “justa causa”, ya que la constatación de que se produce uno de estos perjuicios condiciona la aplicabilidad de dichas disposiciones y, por lo tanto, no puede permitir a un tercero eludir la protección que estas prevén. Así, el uso de un signo con la intención de aprovecharse de la fama de una marca no puede, sin otra justificación válida, constituir una justa causa.

En segundo lugar, puede admitirse que existe justificación válida, en particular, cuando el uso de un signo se impone por razones objetivamente imperiosas o por intereses subjetivos de un tercero, incluida la pertinencia económica y comercial de dicho uso. Sin embargo, no es preciso que se trate de una necesidad absoluta, sino de una razón que, frente al interés del titular y teniendo en cuenta los estándares de comportamiento comúnmente aceptados en el sector en

14 Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2020, *Constantin Film Produktion/EUIPO*, C-240/18 P, EU:C:2020:118, apartado 56.

el que opera el tercero, justifique obligar al titular a tolerar el uso de un signo idéntico o similar a su marca.

En cuanto al criterio central de la contribución al debate de interés general, el abogado general, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”)¹⁵, señala que un criterio particularmente pertinente es determinar si la expresión en cuestión contribuye a un debate de interés general y, en caso afirmativo, en qué medida. En su jurisprudencia relativa al ámbito del discurso y del debate políticos, el TEDH también presta atención a la forma de la expresión y a su posible carácter satírico.

Aplicando estos criterios al caso concreto, el abogado general considera, sin perjuicio de las comprobaciones que deba realizar el órgano jurisdiccional remitente, que el uso de las marcas de las que es titular IKEA no estaba justificado por su contribución a un debate de interés general. En efecto, el debate sobre la política de asilo e inmigración no afecta en modo alguno a las marcas en cuestión, a su titular ni a sus productos. Además, corresponde al tercero que pretende invocar una “justa causa” demostrar que la expresión basada en el uso de un signo en el ámbito del discurso y el debate políticos se refiere a la marca, al titular o a sus productos o servicios, o que el propio titular, por su comportamiento anterior, ha participado en el debate de interés general en cuestión.

En cuanto al renombre de la marca, el abogado general rebate el argumento del Vrijheidsfonds de que las grandes empresas deben tolerar una crítica más amplia. Si bien reconoce que las grandes empresas se exponen inevitablemente a un escrutinio más riguroso, el TEDH también reconoce la existencia de un interés concurrente en proteger el éxito comercial y la viabilidad de las empresas en beneficio de las personas y del bien económico en sentido amplio, por lo que el renombre de una marca que es resultado del esfuerzo comercial realizado por su titular no puede utilizarse como argumento para debilitar la protección concedida a dicha marca¹⁶.

Desde una perspectiva complementaria, la INTA señala que el criterio para distinguir el parasitismo de la crítica es determinar si el uso guarda relación con el tema abordado por el usuario o si la marca específica fue elegida de forma arbitraria con el único fin de crear mayor atractivo y atención del público que de otro modo no se produciría¹⁷. En el caso del asunto IKEA, el título “*Immigratie Kan Echt Anders*” parece innecesario, ya que un título diferente para el programa de Vlaams Belang habría servido igualmente al propósito sin necesidad de hacer referencia a la marca IKEA.

4. El concepto de parodia política

El abogado general aborda también el concepto de “parodia política” y su relevancia jurídica específica en el ámbito de las marcas.

El abogado general precisa que el concepto de “parodia política” tiene carácter descriptivo y no un sentido jurídico propio, refiriéndose al uso de un signo en forma de parodia y en el contexto de un debate político. A este respecto, de la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad de

15 Véase TEDH, sentencia de 10 de enero de 2013, *Ashby Donald y otros c. Francia*, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, §§ 39 a 42. Véase también TEDH, sentencia de 19 de febrero de 2013, *Neij y Sunde Kolmisoppi c. Suecia*, CE:ECHR:2013:0219DEC004039712.

16 Véase TEDH, sentencia de 15 de febrero de 2005, *Steel y Morris c. Reino Unido*, CE:ECHR:2005:0215JUD006841601, § 94.

17 INTA, *Amicus Submission – Inter IKEA Systems BV v. Algemeen Vlaams Belang VZW*, asunto C-298/23, 5 de septiembre de 2023, apartados 51 y 123 a 124.

expresión¹⁸ y de la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos de autor¹⁹ se desprende que una parodia presenta dos características esenciales: por un lado, evoca una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de esta; y, por otro, plasma una manifestación humorística o burlesca.

El abogado general precisa que el criterio del carácter potencialmente satírico del uso de un signo es subsidiario del criterio relativo a la contribución al debate de interés público: la forma de parodia de la expresión basada en el uso de un signo que contribuye al debate puede legitimar cierta exageración en la expresión.

En cuanto a la aplicación de los criterios propios de la parodia en el derecho de autor al derecho de marcas, la INTA señala que, en el derecho de marcas, la parodia puede producirse sin ninguna razón o vínculo específico con la marca afectada, por lo que, para que pueda calificarse de uso no infractor, la parodia en el derecho de marcas debería servir para transmitir un mensaje o expresar una opinión que, con carácter general, se encuentre bajo la protección de la libertad de expresión. En cualquier caso, la transposición de los criterios de la sentencia *Deckmyn* daría lugar a tres elementos: primero, que la parodia evoque una marca protegida; segundo, que sea notablemente diferente de ella, y tercero, que constituya una expresión de humor o burla²⁰.

En el caso de autos, mientras que la primera condición parece cumplida, la segunda resulta dudosa, dado que una parte relevante del público que advirtiera la similitud podría concluir erróneamente que IKEA coopera con Vlaams Belang y respalda sus objetivos políticos. En cuanto a la tercera condición, aunque la presentación del programa político en formato de manual de instrucciones puede suscitar cierto humor, esto no se extiende directamente al uso de las marcas como tal. En consecuencia, incluso si se aplicaran los criterios *Deckmyn* al derecho de marcas, la excepción de parodia no podría prosperar en este caso.

La propuesta final del abogado general es contundente: el titular de una marca de renombre no puede verse obligado, en virtud de una “justa causa”, a tolerar, a falta de otra justificación válida, el uso por un tercero de un signo idéntico o similar a su marca cuando la posible contribución de la marca al debate de interés público no prevalece sobre el hecho de que dicho uso debe entenderse como un intento de aprovecharse del renombre de la marca para difundir y promover un programa político. Tal es el caso cuando ese programa no evoca cuestiones relativas a la marca, a su titular o a los productos o servicios de este.

VI. Conclusiones

El asunto IKEA (C-298/23) constituye una oportunidad significativa en la evolución del derecho de marcas de la Unión Europea. La futura sentencia del TJUE deberá resolver la cuestión de si

18 Véase TEDH, sentencia de 14 de marzo de 2013, *Eon c. Francia*, CE:ECHR:2013:0314JUD002611810, §§ 58 a 60. TEDH, sentencia de 22 de noviembre de 2016, *Grebneva y Alisimchik c. Rusia*, CE:ECHR:2016:1122JUD000891805, § 64.

19 Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2014, *Deckmyn y Vrijheidsfonds, C-201/13*, EU:C:2014:2132, apartado 20. Véase también TEDH, sentencia de 3 de diciembre de 2024, *Yevstifeyev c. Rusia*, CE:ECHR:2024:1203JUD0000226189, §§ 55 y 56.

20 *INTA, Amicus Submission – Inter IKEA Systems BV v. Algemeen Vlaams Belang VZW*, asunto C-298/23, 5 de septiembre de 2023, apartados 52 y 53.

la libertad de expresión —en particular en su dimensión política— puede articularse como “justa causa” en el sistema de protección de las marcas renombradas y en qué condiciones.

Como cuestión previa, las conclusiones del abogado general ponen de relieve que la propia aplicabilidad de las disposiciones sobre marcas de renombre al uso realizado en el contexto de una campaña política no está exenta de dificultades. La exigencia de que el uso se realice “en el tráfico económico” y “en relación con productos o servicios” opera como un primer filtro que puede excluir del ámbito del derecho de marcas determinadas formas de uso político de un signo. Aunque la ausencia de ánimo de lucro no es por sí sola determinante, la distinción entre la mera difusión de un programa político —que no constituye en sí mismo ni un producto ni un servicio— y su vinculación con productos o servicios concretos del tercero exigirá un análisis casuístico por parte de los tribunales nacionales.

En cuanto al fondo, la tesis del abogado general Szpunar merece una valoración matizada. Si bien es cierto que, a falta de otras disposiciones que permitan conciliar los derechos conferidos por una marca de renombre con la libertad de expresión de terceros, el concepto de “justa causa” podría servir de mecanismo de articulación entre ambos derechos, su reconocimiento debe estar sujeto a condiciones sumamente restrictivas. Bajo ningún concepto puede traducirse en una cláusula general de exoneración ni operar como una puerta abierta que permita a cualquier tercero aprovecharse del esfuerzo ajeno. El ejercicio de la libertad de expresión no constituye en sí mismo una “justa causa”: admitir lo contrario supondría vaciar de contenido efectivo la protección cualificada que el legislador de la Unión ha dispensado deliberadamente a las marcas de renombre, erosionando gravemente el *goodwill*, la reputación y la inversión que su titular ha construido a lo largo del tiempo. La protección reforzada de las marcas renombradas no es una concesión graciosa del legislador, sino el reconocimiento del valor económico y jurídico intrínseco de estos activos, y cualquier excepción a dicha protección debe interpretarse de manera estricta y tasada.

