

Pérez-Llorca

Revista Jurídica

dic/

/2021

© Pérez-Llorca Abogados, S.L.P.
Paseo de la Castellana, 50.
28046. Madrid
Depósito legal: M-7551-2019
ISSN: 2792-2871

Revista Jurídica Pérez-Llorca

NÚM. 6

DICIEMBRE
MADRID

2021

Revista Jurídica Pérez-Llorca

Consejo Editorial

Pedro Pérez-Llorca Zamora

Francisco José León Sanz

Encarna Cordero Lobato

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Javier García Marrero

Javier Gutiérrez Gilsanz

Consejo de Redacción

Marisa Delgado Arrabal

Sara Bento San Román

Manuel Bernárdez López

María Cabello Ortega

Isabel Iglesias Feal

Ana Parés López de Lemos

Índice/

Artículo 20

España, en búsqueda del consenso: un modelo compartido de prosperidad es urgente y necesario **10**


Estudios

Financiación de proyectos (*project finance*) – Particularidades de la financiación de concesiones de transporte urbano de autobuses **16**

Los estándares de actuación de los administradores de compañías cercanas a la insolvencia **40**

La compraventa de unidades productivas en sede concursal. Algunas cuestiones a resolver sobre sus efectos **56**

Los tratamientos singulares de datos personales por parte de entidades aseguradoras, sus distribuidores y agencias de suscripción **74**



Problemas y cuestiones

La hipoteca y el procedimiento de ejecución ordinaria **102**

Nueva interpretación española de la cláusula anti-abuso
de la directiva matriz filial **112**

Artículo 20

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



España, en búsqueda del consenso: un modelo compartido de prosperidad es urgente y necesario

Desde las instituciones, jurídicas y económicas, tenemos el deber y a su vez la oportunidad de ayudar a generar ideas para un ámbito de consenso. El trabajo conjunto y el acuerdo entre las distintas instituciones y entidades políticas, económicas y sociales son clave para lograr una bonanza económica de y para todos y un entorno de seguridad jurídica.

El *Cercle d'Economia* que tengo el honor de presidir es una entidad nacida en 1957 con ánimo de impulsar el interés general. No somos una patronal ni nuestros socios son únicamente empresarios o ejecutivos de empresa. Desde su fundación, el *Cercle* se ha nutrido de un espectro muy transversal de lo que denominamos sociedad civil. Empresarios, ejecutivos, profesionales, pero también académicos y pensadores. El mundo cultural ha tenido siempre una gran representación, como el jurídico.

El *Cercle* defendió el interés general en 1957 cuando fuimos una de las primeras instituciones que abogaron por la entrada de España en la entonces Comunidad Económica Europea. De esta casa salieron también profesionales y académicos que colaboraron en el Plan Nacional de Estabilización de 59. Defendimos el sistema democrático en épocas mucho menos favorables a las actuales, la Constitución del 78, la autonomía de Cataluña, la mencionada entrada de España en la CEE y la posterior integración en el Euro. Hoy, 64 años después, seguimos defendiendo el interés general en contra de los intereses particulares, sean políticos, económicos, empresariales o corporativos. Así lo hemos manifestado recientemente en una Nota de Opinión recientemente publicada.

Me permito usar algunos apuntes de dicha nota para desarrollar nuestra posición. Y lo haré remontándome a las recientes elecciones alemanas. El socialdemócrata Olaf Scholz y su partido, la SPD, han ganado las elecciones en Alemania. Todavía no sabemos cómo será la futura coalición, pero una cosa es segura: la estabilidad está garantizada y el modelo de prosperidad compartida continuará adelante. Con matices, seguro, pero Alemania continuará gobernada desde la centralidad. Ninguno de los cuatro principales partidos cederá la ansiada centralidad y estabilidad para obtener los votos de

la extrema derecha o izquierda. Todo ello en búsqueda de esta prosperidad compartida, en dos sentidos: compartida por amplias capas de la sociedad, y compartida en el sentido de que llegue a la máxima población posible.

El caso alemán nos tiene que servir de ejemplo. El país tiene un modelo de prosperidad compartida, un modelo pragmático, posibilista, que busca el consenso y resolver problemas, huyendo del frentismo y de posiciones irreconciliables. Quien quiera hacer política desde los extremos, desde cualquiera de los dos, difícilmente podrá gobernar o influir sobre las políticas públicas.

Alemania defiende un modelo productivo basado en la competitividad de su industria exportadora. Todo el modelo fiscal, financiero, regulatorio, laboral, educativo, de formación profesional dual, va dirigido a defender este activo, con sus ventajas e inconvenientes. Hay voces que consideran que esta fijación ha garantizado 20 años de prosperidad, pero que no ha preparado al país para el siglo XXI y sus retos, que no son otros que la competencia con China, la digitalización, la robotización, la inteligencia artificial y la futura electrificación de su principal industria, la del automóvil. Pero el modelo sigue funcionando, y lo hemos visto estos últimos años al autorizar la construcción de la mayor fábrica de Tesla fuera de EE.UU. Situada cerca de Berlín, se trata de un proyecto de 600.000m² que generará 12.000 puestos de trabajo.

Ejemplos de consensos en aras de esta llamada prosperidad compartida los encontramos en muchos países y ciudades. En Alemania, pero también últimamente en Italia y Portugal.

Lamentablemente no parece ser el caso de España, como tampoco es el caso en Cataluña, objeto de la citada Nota de Opinión del *Cercle d'Economía*. Y no es por falta de ideas. Hay innumerables *think tanks*, servicios de estudios y oficinas de prospectiva que evalúan continuamente la situación, aportando propuestas estratégicas muy a menudo acertadas. Por ejemplo, nadie pone en duda que España debe aumentar su productividad, y que una manera para ello es apostar decididamente por la ciencia, el I+D, la innovación, la digitalización, la industria 4.0, la transición energética, por defender, innovando y reformando todo lo que sea necesario, dos industrias esenciales de nuestro país como la turística y la del automóvil, por el talento y el emprendimiento, por el ecosistema de *start-ups*, etc.

Si es así, si hay consenso en la receta, si todos los estudios prospectivos están de acuerdo en el diagnóstico, ¿qué falla en el sistema para ejecutar un modelo consensuado, compartido, de prosperidad? En nuestra opinión, falla la política y los incentivos de los partidos políticos para adoptar medidas consensuadas.

Es evidente que muchas medidas son impopulares y se enfrentan a *stakeholders* que legítimamente están en contra. En una sociedad compleja y madura como la nuestra, toda acción política

tiene detractores y partidarios. Entendemos que todo cambio y reforma comporta potenciales perjudicados que a veces deben de ser compensados adecuadamente, pero no por ello deben ser un obstáculo al progreso general. En este sentido, no es aceptable que el país sea gobernado desde la mirada corta, desde el tacticismo. Y esto, que es aplicable a Cataluña como hemos denunciado, también lo es para España.

Llegados a este punto, y ante los lectores a los que nos dirigimos, nos preguntamos qué puede aportar el mundo jurídico, incluyendo el legislador. La respuesta es que mucho más de lo que pensamos.

Un marco regulador, administrativo, jurídico estable y que se ampare bajo grandes consensos, que ancle las instituciones más allá de alternancias políticas, es imprescindible para la prosperidad de los países. No significa en ningún caso que no haya oposición. Todo lo contrario. Un sistema saludable requiere de alternancia política. Lo estamos viendo en Alemania. Pero los ciclos económicos, las realidades económicas, van mucho más allá de cuatro años. Una inversión en infraestructuras o energía es para 30 o 40 años, por ejemplo. Los ciclos de I+D duran 10 años como mínimo. Un esfuerzo en educación y en, por ejemplo, implementar la formación profesional dual ha de ser continuado en el tiempo ya que puede dar frutos, a veces, al cabo de una generación.

La COVID-19 nos ha ofrecido ejemplos de consensos, de medidas aprobadas en el afán de minimizar o superar el impacto de esta pandemia, como, entre muchas otras, la suspensión del deber de los administradores de sociedades de capital de solicitar el concurso en caso de insolvencia, la inadmisión de solicitudes de concursos necesarios o la posibilidad de renegociar convenios ya aprobados y en fase de cumplimiento hasta el 31 de diciembre de 2021, o medidas que afectan a la clasificación de los créditos hasta el 14 de marzo de 2022 con el objetivo de fomentar financiaciones, ya sean de socios, de partes vinculadas o bancarias. Estas medidas están permitiendo que compañías con periodos transitorios de iliquidez puedan hacer frente a procesos de reestructuración de su deuda y búsqueda de financiación u obtención de ayudas públicas sin responsabilidad de los administradores por incumplir su obligación de solicitar el concurso y con la tranquilidad de que el concurso no va a ser instado por los acreedores, teniendo también la posibilidad de no sufrir las consecuencias del incumplimiento del convenio concursal.

En este sentido, nos atrevemos a sugerir que, pasada la pandemia, se redacte una memoria económica sobre como realmente ha funcionado el texto refundido de la Ley Concursal. Porque sabemos que España está a la cola en empresas concursadas que sobreviven un concurso y sería importante, llegados al fin de la legislación excepcional por pandemia, analizar bajo el prisma de la eficiencia económica, el resultado de los cambios legislativos. España no se puede permitir el lujo de perder musculatura empresarial por problemas de liquidez. Crear una empresa, hacerla crecer, consolidarla, es muchísimo más difícil que salvar una existente.

La legislación de los ERTes y las nuevas fórmulas de financiación como los ICOs son otro ejemplo de cómo la normativa ha ayudado a establecer parámetros, fomentar la negociación y evitar litigios (y la consiguiente mayor saturación de los juzgados) en las bonificaciones, reducciones o aplazamientos temporales de la renta aprobadas en materia de arrendamientos, sujetas al cumplimiento de determinados requisitos de vulnerabilidad o dificultad por parte de los arrendatarios y a la condición de “gran tenedor” de los arrendadores. Este es un ejemplo de cómo algunas propuestas pueden ayudar a mantener el tejido económico del país.

Otro aspecto, poco analizado pero que tiene mucho impacto, es las razones de la baja dimensión empresarial de las pymes españolas. Este asunto, sobre el que el *Cercle* dedicará unas jornadas, es capital para entender la baja productividad de la economía española. A mayor tamaño mayor productividad. Pero ¿por qué las empresas españolas no crecen?; ¿que dificultades les presenta nuestro sistema normativo, fiscal, laboral, concursal que les incentiva a no crecer? Aquí, una buena simbiosis entre el mundo jurídico y el económico ayudarían en gran medida. En muchas ocasiones, con cambios legislativos se puede incentivar el crecimiento de las empresas.

Por último, nos llega una oportunidad única con los fondos Nextgen. No la podemos desaprovechar, sería imperdonable. ¿Está nuestro derecho administrativo, nuestros profesionales y nuestra judicatura preparado para este reto? Probablemente, de la respuesta que la comunidad jurídica otorgue a esta formidable oportunidad dependerá el éxito de la empresa.

En definitiva, desde el Cercle consideramos que España necesita más políticas y menos política. Más *policy* y menos *politics*. Más consensos y más centralidad.

El mundo jurídico y económico tiene en este sentido una gran oportunidad para generar consensos en búsqueda de esta prosperidad compartida a la que apelamos.

Javier Faus

Presidente del Cercle d'Economia

A high-magnification micrograph showing a complex, layered crystalline structure. The image displays a dense array of parallel, slightly curved lamellae or layers, creating a textured, almost fibrous appearance. The color palette is dominated by warm, golden-yellow and light brown tones, with some darker, more shadowed regions. The overall effect is one of intricate, natural-looking complexity.

Estudios



Financiación de proyectos (*project finance*) – Particularidades de la financiación de concesiones de transporte urbano de autobuses

Ander Valverde González-Morejón

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE BANKING AND FINANCE

Gonzalo Ávila Lafuente

Abogado de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE BANKING AND FINANCE

I. Planteamiento de la cuestión	18
II. Concepto y características del <i>project finance</i>	19
III. Partes intervinientes	22
1. El vehículo del proyecto	23
2. La administración concedente	23
3. Los promotores	24
4. Las entidades financiadoras	24
5. Los asesores de los financiadores	26
IV. Principales riesgos en las operaciones de <i>project finance</i>	26
V. La financiación del proyecto – Estructura y contenido de los principales contratos financieros	27
1. Naturaleza jurídica	27
2. Estructura de la financiación – financiación externa y aportación de fondos propios	28
3. El contrato de financiación senior	29
3.1 Principales particularidades	29
3.2 El sistema de cuentas y la cascada de pagos	30
3.3 Las restricciones a las distribuciones a los promotores	32
3.4 Los supuestos de amortización anticipada obligatoria	32
3.5 Ratios financieros	33
4. El acuerdo marco de líneas de financiación bilateral	35
5. Otros contratos de financiación	36
6. Las garantías reales y/o los compromisos de aportaciones económicas	36
6.1 La hipoteca sobre la concesión y pignoración de los derechos de crédito	36
6.2 Garantías reales de los promotores y/o compromisos de aportaciones económicas	37
6.3 Otras garantías	38
VI. Conclusión	38

Índice/



Resumen: El presente artículo pretende abordar las principales notas características de una financiación mediante la modalidad de *project finance*, con especial atención a la financiación de concesiones de transporte urbano, y la necesidad de la participación privada para el desarrollo de este tipo de servicios. Asimismo, se pretende analizar sucintamente los principales actores intervinientes, la estructura habitual para este tipo de operaciones de financiación de proyectos, así como las garantías más habituales.

Abstract: This article addresses the main features of project finance financing, with a special focus on the financing of urban transport concessions, and the need for private investment in the development of these services. It will also briefly analyse the main stakeholders involved, the typical structure for these types of project finance deals, as well as the most frequent guarantees.



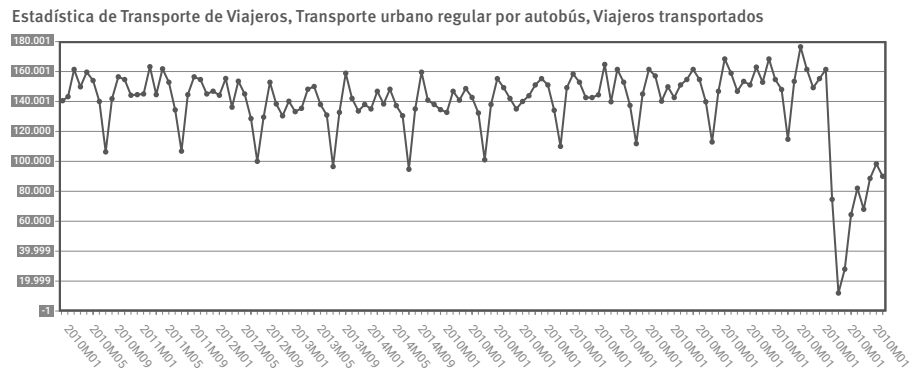
Palabras clave: Financiación de proyectos, concesiones administrativas, financiaciones sindicadas, garantías, Ley de Contratos del Sector Público, financiación de infraestructuras, compromisos financieros.

Keywords: Project finance, administrative concessions, syndicated financing, guarantees, Public Sector Contracts Act, infrastructure financing, financial commitments.

Financiación de proyectos (*project finance*) – Particularidades de la financiación de concesiones de transporte urbano de autobuses

I. Planteamiento de la cuestión

El transporte público de autobuses es uno de los medios de transporte colectivos más utilizados en España. La estadística se puede observar en la gráfica incluida a continuación¹:



El Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (“**MITMA**”), con ocasión de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, presentó en julio de 2020 la consulta pública previa a la elaboración del anteproyecto de ley de movilidad sostenible y financiación del transporte.

Como los propios antecedentes de dicho anteproyecto indican, se pretende “implementar las reformas estructurales necesarias para crear las condiciones que favorezcan una movilidad de personas y mercancías basada en los principios de seguridad, sostenibilidad y digitalización, así como establecer los principios aplicables a la financiación del transporte público”.

No hay que olvidar el impacto que, entre otros sectores, ha tenido la emergencia sanitaria, económica y social provocada por la pandemia COVID-19 en el ámbito del transporte urbano de pasajeros. Particularmente, durante el año 2020 se ha producido un descenso en el uso de este medio de transporte del 46,5% frente al 2019, habiendo sido uno de los sectores más afectados económicamente durante el 2020.

El transporte público urbano es una de las opciones más favorables a los efectos de reducir la congestión de tráfico urbano y reducir el uso de vehículos privados, a fin de desplazarse por la ciudad, siendo necesario, entre otros, la renovación y adquisición de vehículos de transporte urbano (autobuses) sostenibles y eficientes desde un punto de vista medioambiental.

¹ Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Periodo 2010-2020.

La Comisión Europea publicó en 2017 la Comunicación denominada “Europa en movimiento: una agenda para una transición socialmente justa hacia una

movilidad limpia, competitiva y conectada para todos”². Esta Comunicación incluye iniciativas destinadas a modernizar la movilidad y el transporte europeo, así como el denominado como “Pacto Verde Europeo” destinado, entre otros, a favorecer una movilidad urbana más sostenible³.

En el periodo comprendido entre 2014 y 2020 se han destinado aproximadamente 12.800 millones de euros con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos para la financiación de transporte urbano limpio, así como para sistemas de transporte inteligentes, carriles bicicleta y transporte multimodal⁴.

A estos efectos, dada la gran acometida de inversión necesaria para poder alcanzar dichos objetivos y que se lleve a cabo una transformación hacia un sistema de transporte urbano de pasajeros sostenible y medioambientalmente eficiente, es necesario incluir en el proceso, no sólo a las administraciones públicas, sino también al sector privado, y ello mediante la prestación/concesión de servicios a través de la participación público-privada.

En este contexto, una de las modalidades más idóneas para la financiación de la puesta en marcha y explotación de la concesión de transporte público, así como para el mantenimiento y la gestión de líneas de transporte de viajeros, sería mediante la modalidad *project finance*.

El fin del presente artículo es, precisamente, abordar la forma de implementación de la financiación mediante la modalidad de *project finance* y, en particular en el ámbito de desarrollo y explotación de una concesión de transporte terrestre urbano (autobuses), con base en nuestra experiencia profesional.

El presente artículo se basa en lo que constituye, a nuestro juicio, la práctica común en el mercado en relación con la implementación de la financiación mediante la modalidad de *project finance* en el ámbito de desarrollo y explotación de una concesión de transporte terrestre urbano (autobuses).

II. Concepto y características del *project finance*

El término de financiación de proyectos o *project finance* se usa tradicionalmente para referirse a una estructura de financiación en la que se combinan deuda, capital y diversas técnicas de refuerzo del crédito para la puesta en marcha y explotación de un proyecto.

Los proyectos que se financian mediante esta modalidad de financiación exigen una inversión inicial alta, aunque posteriormente los gastos de mantenimiento no sean excesivamente altos –en este tipo de proyectos en particular–. Asimismo, se trata de proyectos que, una vez realizada la inversión inicial necesaria para su construcción y puesta en marcha, son capaces de generar flujos de ingresos de larga duración y razonablemente predecibles.

2 Comunicación COM/2017/0283 final de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Europa en movimiento. Una Agenda para una transición socialmente justa hacia una movilidad limpia, competitiva y conectada para todos.

3 Tribunal de Cuentas Europeo, Informe especial 06/2020: Movilidad urbana sostenible en la UE. No es posible una mejora sustancial sin el compromiso de los Estados miembros 2020/C 81/03.

4 Tribunal de Cuentas Europeo Informe especial 06/2020: Movilidad urbana: No es posible una mejora sustancial sin el compromiso de los Estados miembros 2020/C 81/03.

De la larga duración y naturaleza predecible de los ingresos se deriva una de las principales notas configuradoras de este tipo de financiación, consistente en que la fuente y principal garantía de repago de la misma lo constituye el *cash-flow* generado por el proyecto financiado. En efecto, las entidades financiadoras en este tipo de operaciones no basan su evaluación crediticia en el patrimonio de la financiada o en su solvencia económica y alta calificación crediticia –tal y como ocurre en las financiaciones corporativas tradicionales–, sino que su decisión obedece a la capacidad del proyecto financiado de generar los ingresos necesarios para la amortización de la financiación.

Asimismo, este tipo de financiaciones se encuentran eminentemente en el marco de la financiación de proyectos relacionados con sectores regulados (energía, infraestructuras, telecomunicaciones, transportes, etc.).

Al no financiarse una actividad empresarial ya implantada en el mercado sino un proyecto nuevo del que es titular una sociedad de nueva constitución (que, en ocasiones puede ser una *joint venture* entre promotores de reconocido prestigio en el sector), existe una ausencia de recurso (*non-recourse*) o un recurso limitado (*limited recourse*) a los promotores del proyecto. En consecuencia, el rendimiento y los resultados de explotación del proyecto (tras cubrir las necesidades operativas y financieras), tanto desde un punto de vista técnico como económico, son elementos esenciales para los promotores.

Como consecuencia del impacto de la COVID-19 y del estado de alarma en España, ha quedado demostrado que, sin perjuicio de que se pueda aportar un estudio o caso base que refleje un flujo predecible de ingresos, pueden acontecer eventos impredecibles que tengan un impacto material y negativo en el volumen de viajeros y una consecuente reducción de los ingresos, por lo que las entidades financiadoras, así como la financiada y los promotores, querrán regular dichas eventualidades a fin de evitar que se produzca el impago de la financiación y la resolución anticipada de la financiación.

En particular, en cuanto a los proyectos de transporte urbano (autobuses) público de viajeros, los ingresos de la sociedad adjudicataria (la financiada) provienen de la contraprestación percibida por la financiada de la explotación en exclusiva de una concesión de servicios de transporte de viajeros.

Dicha concesión administrativa, en la actualidad, se regulará, entre otras disposiciones, por lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (“**LCSP**”), por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los pliegos administrativos rectores de la relación contractual que publique la administración concedente, así como en el propio contrato que se formalice con la administración concedente.

Como nota esencial, es necesario tener en cuenta que, además de la prestación de los servicios por parte de la sociedad adjudicataria, al amparo de la concesión administrativa, dicha sociedad asume también el riesgo operacional de dicho servicio, esto es, la administración concedente le transmite el derecho en exclusiva de la explotación de un servicio, y con ello el derecho a la percepción de una contraprestación económica derivada de la explotación. Asimismo, la sociedad adjudicataria asumirá el eventual riesgo de mercado, por ejemplo, el riesgo de que el volumen y frecuencia de pasajeros disminuya o que no sea suficiente para cubrir la inversión realizada por parte de la sociedad adjudicataria.

El propio preámbulo de la LCSP dispone que “[e]n lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva⁵ de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional”.

Según indica la propia jurisprudencia en relación con el riesgo operacional asumido por la sociedad adjudicataria, “[l]a Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión aclara la definición de "concesión" haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. [...]. El derecho de explotación de las obras implica la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la medida que queda expuesto a las incertidumbres del mercado. Con anterioridad a la promulgación de la directiva, el Tribunal de justicia de la Unión europea en la sentencia de 10 de marzo de 2011, en el asunto C-274/09 , señaló respecto al riesgo operacional: "el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser* (TJCE 2009, 260) , antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio"⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, cuestión distinta será el eventual derecho de la sociedad adjudicataria al reequilibrio económico-financiero de la concesión, en los términos y condiciones que, entre otros, se prevé en el artículo 270 de la LCSP.

5 Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

6 Vid., entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana. Roj: STSJ CV 502/2020.

Asimismo, es interesante mencionar que el artículo 2 del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, ha regulado el reequilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general y de competencia estatal para paliar las consecuencias de la COVID-19 para el tramo comprendido entre el 22 de junio de 2020 y el 30 de junio de 2021.

Dicha medida pretende “garantizar la viabilidad de estos servicios esenciales para la movilidad de los ciudadanos y que se han visto alterados sustancialmente durante el estado de alarma, de forma que se alivien las necesidades de liquidez de los operadores y se garantice una red de transporte económico, sostenible, seguro, capilar y socialmente rentable, que facilita la movilidad de los sectores más necesitados de la sociedad.”

Es necesario tener en cuenta lo anterior ya que, a la hora de evaluar y estructurar la potencial financiación por parte de las entidades financiadoras, entre otros, sobre la base de un modelo financiero o caso base (que será facilitado por la financiada), las entidades financiadoras evaluarán: (i) el flujo de caja que vaya a generar la sociedad adjudicataria (que es la fuente principal para el repago de la financiación); y (ii) las garantías de la financiación, incluyendo el eventual importe que pueda percibir la sociedad adjudicataria en caso de rescate/resolución de la concesión y/o el posible reequilibrio económico-financiero de la concesión.

El caso base o modelo financiero prevé, a grandes rasgos, una proyección financiera o análisis de viabilidad del proyecto, en la que se incluyen, entre otros, los costes operativos y el flujo de caja que se espera generar (proyección) con cargo al proyecto, el endeudamiento, así como aquellos otros conceptos que sean relevantes para el proyecto, durante un periodo de tiempo, a los efectos de que se pueda evaluar el riesgo y viabilidad del proyecto, así como para estructurar la financiación (tanto externa como por parte de los promotores) que sea necesaria para dar viabilidad al proyecto.

III. Partes intervinientes

Los principales intervinientes en las operaciones de financiación de proyectos son la sociedad de propósito especial titular del proyecto financiado y de la concesión, licencias, autorizaciones y permisos asociados al mismo (esto es, la sociedad adjudicataria/concesionaria), los promotores del proyecto titulares de las acciones o participaciones de la sociedad vehículo (esto es, los sponsors, o una sociedad participada (*joint venture*) por los sponsors), la administración concedente, la empresa a la que se le encarga la construcción del proyecto –en caso en que se prevea la construcción de, por ejemplo, estructuras de servicio, almacenes, andenes, etc.– y las entidades financiadoras del proyecto.

En este sentido, uno de las cuestiones fundamentales del *project finance* es el reparto de responsabilidades entre las mencionadas partes y los mecanismos de traslación de riesgos que se establecen entre las mismas en relación con el proyecto financiado.

1. El vehículo del proyecto

La entidad prestataria en este tipo de operaciones de financiación es habitualmente una sociedad de propósito especial (*special purpose vehicle*) de nueva creación. La forma jurídica tradicionalmente escogida es la de sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima, la cual evidentemente permite a sus socios promotores –siempre que contractualmente no se establezca un recurso limitado a su patrimonio mediante garantías corporativas o compromisos de aportación de fondos– limitar su responsabilidad única y exclusivamente al capital social aportado.

Los activos de la sociedad de propósito especial lo constituyen el proyecto financiado (esto es, la concesión administrativa adjudicada), los vehículos que se adquieran para realizar la prestación del servicio, los flujos de caja que éste sea capaz de generar y las aportaciones económicas que en su caso sean realizadas por los promotores (bien mediante aportación inicial o mediante aportaciones posteriores).

De esta forma, con carácter adicional, las entidades financiadoras logran aislar el proyecto financiado de cualesquiera otras contingencias de índole legal, regulatoria, económica o financiera ajenas al mismo.

2. La administración concedente

La administración pública concedente de la concesión es aquella administración que licita, mediante el concurso público correspondiente, la gestión y explotación del servicio de transporte de viajeros por carretera en cuestión (en este caso, líneas de autobuses).

La convocatoria de licitación de la concesión, será publicada por la administración concedente. Dicha convocatoria definirá el ámbito y finalidad de la concesión y los requisitos y condiciones que deben cumplir los licitadores. Asimismo, la administración concedente publicará las bases reguladoras de la licitación y de la explotación de la concesión. En concreto, se publicará el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas.

Adicionalmente, una vez celebrado el concurso correspondiente y habiendo recibido la administración concedente las ofertas oportunas por parte de los respectivos licitadores, la adjudicación de la misma se realizará mediante acuerdo de la

administración concedente, todo ello de conformidad con el régimen y procedimiento previsto en la LCSP.

Una vez acordada la adjudicación de dicha concesión, la administración concedente y la sociedad adjudicataria formalizarán el contrato administrativo de, en este caso, la concesión del servicio de transporte de viajeros.

Es necesario tener en cuenta que, normalmente, la administración concedente suele solicitar que la sociedad adjudicataria presente un aval o deposite una fianza determinada, en el momento de la formalización del contrato, en los términos previstos en la LCSP.

3. Los promotores

Los promotores del proyecto financiado y partícipes de la sociedad vehículo titular del mismo suelen ser socios industriales, con sobresaliente experiencia en el sector de que se trate y con un interés estratégico y de negocio en el proyecto. Además de socios industriales, también es frecuente la participación de inversores institucionales sin la capacidad técnica de un socio industrial –pero sí con un enorme *expertise* desde un punto de vista financiero– cuyo interés en el proyecto es puramente económico.

Un elemento común de todo promotor, independientemente de que se trate de un socio industrial o financiero, consiste en su vocación de permanencia en el proyecto.

Este elemento se traduce –en el caso de participar varios socios– en la necesidad de articular acuerdos de colaboración y pactos de socios a nivel de la sociedad vehículo a los efectos de lograr el buen fin de la actividad de la sociedad en general y del proyecto en particular, conseguir y preservar una estructura societaria estable –mediante el establecimiento de períodos de *lock-up* y regímenes limitativos de la transmisión de las participaciones del vehículo– y asegurar el cumplimiento de una política de distribución de dividendos que maximice en la medida de lo posible la inversión de los promotores.

A este respecto, es importante tener en cuenta que, en este tipo de financiaciones, las entidades financiadoras limitarán la distribución de dividendos, reservas u otras aportaciones económicas, únicamente al cumplimiento de una serie de hitos (según se desarrolla más adelante).

Asimismo, uno de los principales objetivos de los promotores será siempre limitar el alcance de su responsabilidad en relación con el proyecto a su aportación al capital social de la sociedad vehículo.

Por lo tanto, el promotor del proyecto buscará estructurar la financiación del proyecto como una operación sin recurso (*non-recourse*), evitando en la medida de lo posible el otorgamiento de garantías personales o reales o la asunción de

compromisos contractuales de aportación de fondos. Si bien las financiaciones sin recurso son comunes en otras jurisdicciones, especialmente en Estados Unidos y en Reino Unido, las operaciones de *project finance* españolas se caracterizan por el establecimiento de un recurso al promotor de alcance (material y temporal) limitado, que se puede articular normalmente mediante aportaciones iniciales de fondos o, aportaciones posteriores para cubrir posibles eventualidades futuras (por ejemplo, riesgo de sobrecoste durante la fase de construcción).

4. Las entidades financiadoras

Las entidades financiadoras son esenciales en toda operación de *project finance*, al ser éstas las que en última instancia –dado el carácter fuertemente apalancado de la operación– aportan a la sociedad vehículo los recursos financieros necesarios para financiar (total o parcialmente) la adquisición de los vehículos necesarios para la prestación del servicio de transporte de viajeros (autobús), la construcción (en caso de ser necesario construir infraestructuras) y la puesta en marcha y explotación del proyecto.

La modalidad de financiación en España generalmente consiste en el otorgamiento de préstamos o créditos bancarios –junto con líneas de *leasing/renting* bilaterales para la adquisición de los vehículos– por parte de entidades de crédito, si bien, en los últimos años y en relación con determinados tipos de infraestructuras, se ha convertido en habitual la financiación mediante la emisión de *project bonds*, coordinados y estructurados, en muchos casos, por inversores institucionales y fondos de deuda.

Para este tipo de operaciones, dependiendo de la envergadura e importe de la financiación, y de la tipología de los productos que sea necesario contratar (esto es, línea de crédito, líneas de *leasing/factoring*, instrumentos de cobertura de tipos de interés, etc.), es habitual que participen varias entidades financiadoras, participando todas, o alguna de ellas, en la totalidad de los instrumentos a formalizar.

Asimismo, en caso de que sean distintas y múltiples las entidades que participan en la financiación, es habitual la designación de un agente de la financiación, quien, en las operaciones de financiación sindicadas de mayor volumen o importe, suele actuar, además, como *mandate lead arranger*.

El *mandate lead arranger* suele ser designado por las financiadas para liderar a las entidades estructuradoras de la financiación (*arrangers*) en el proceso de estructuración y obtención de los compromisos de aportación de fondos necesarios por parte de las entidades financiadoras para la formación de una financiación sindicada⁷.

7 MANZANARES SECADES, A., "Estudios sobre financiaciones sindicadas". Primera edición. Editorial Aranzadi, 2017.

5. Los asesores de los financiadores

Además de los actores principales citados anteriormente, existen otras partes cuya participación es de notable relevancia, especialmente durante la estructuración de la operación. Se trata de los asesores de las entidades financiadoras, entre quienes destacan el asesor técnico, el asesor de seguros, el asesor legal y el asesor financiero.

La finalidad de involucrar a dichos asesores consiste, por un lado, en promover la confianza de las entidades financiadoras y, en su caso, de los inversores institucionales en el proyecto financiado y, por otro lado, en realizar los estudios de viabilidad y contingencias que delimiten los riesgos asumidos por las entidades financiadoras en el proyecto.

Es importante tener en cuenta que, el resultado de los informes de dichos asesores tendrá un impacto directo en la estructuración y diseño de la financiación, siendo un factor determinante a la hora de la aprobación de la operación por parte de los comités de riesgos de las distintas entidades financiadoras.

A modo de ejemplo, el asesor financiero será el encargado de, entre otros, auditar el denominado como “caso base” elaborado por la financiada. Dicho documento reflejará, entre otros muchos aspectos, el modelo financiero del proyecto, su viabilidad, una proyección de los flujos de caja que generará el proyecto a lo largo de la vida de la concesión, gastos operativos, calendario de amortización, etc., siendo uno de los pilares de información fundamental presentados a las entidades financiadoras para justificar la capacidad de la financiada de generar suficientes flujos de caja para hacer frente al servicio de la deuda.

IV. Principales riesgos en las operaciones de *project finance*

La evaluación de los riesgos en una operación de *project finance* durante la fase de revisión legal y financiera resulta fundamental. Dicha evaluación comprende, en general, tres actividades sucesivas: la identificación de cada riesgo, su análisis y su asignación a la parte que se considere esté mejor preparada, desde un punto de vista económico y técnico, para soportarlo. Esta actividad concluye con la emisión de los correspondientes informes técnicos y la denominada “*risk matrix*”.

A continuación, enumeramos brevemente los principales riesgos en las operaciones de *project finance* en relación con las concesiones de transporte urbano (autobuses). En primer lugar, y como preocupación inicial, destaca el riesgo crediticio, presente en toda operación de financiación, que se refiere a la solvencia financiera, económica y técnica de las partes intervinientes en la operación, es decir, los promotores, la financiada (en su condición de prestadora de servicios de transporte) y la calidad de los vehículos adquiridos para la explotación del servicio (fabricante), los cuales deberán reunir una especificaciones técnicas y

medioambientales mínimas (normalmente indicadas en el propio pliego técnico de condiciones de la concesión).

En segundo lugar, y como núcleo esencial del estudio de viabilidad, destaca el denominado riesgo de mercado y operativo, consistente en la existencia de un mercado para el producto generado por el proyecto, la naturaleza predecible del ingreso, la correcta prestación del servicio, el volumen y recurrencia de viajeros y el mantenimiento de los vehículos.

En este sentido, como indicábamos anteriormente, es necesario tener en consideración que, en aquellas concesiones administrativas donde se produce una traslación del riesgo operativo, la sociedad concesionaria/adjudicataria asume el riesgo de que el volumen de viajeros y, por tanto, el retorno de la inversión realizada, no se ajuste a sus predicciones, lo cual puede tener un impacto negativo en la capacidad de la misma de hacer frente al servicio de la deuda y, de los promotores, de recuperar la inversión realizada.

A estos efectos, no es lo mismo que dicha pérdida económica se deba a un descenso de viajeros por causas no imputables a la administración (por ejemplo, que los ciudadanos decidan utilizar otro medio de transporte), que la pérdida económica sufrida por la financiada se pueda imputar a una actuación directa o indirecta de la administración que, de no haberse llevado a cabo (o de haberse remediado), no hubiera tenido un impacto económico negativo en la concesión (por ejemplo, la licitación de una línea de viajeros que compita con la concesión, el corte de la vía pública por obras que impidan el normal desarrollo de la prestación de servicios, restricciones normativas que afecten la movilidad de los ciudadanos, etc.).

En dichos casos, la financiada podrá valorar exigir la responsabilidad patrimonial de la administración o solicitar un reequilibrio económico-financiero de la concesión, circunstancias tales que se deberán evaluar con carácter previo en este tipo de operaciones.

V. La financiación del proyecto – Estructura y contenido de los principales contratos financieros

1. Naturaleza jurídica

En Derecho español, las operaciones de *project finance* se articulan en virtud de una compleja estructura de contratos autónomos que responden a una finalidad económica unitaria, y que sigue ciertos parámetros aceptados en el tráfico mercantil habitual⁸. El contrato más relevante, a estos efectos, es el contrato de financiación *senior*, que posee determinadas particularidades jurídicas que le diferencian de los préstamos y créditos tradicionales. Junto con el contrato de

8 SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A.J., "Project Finance en financiación de infraestructuras mediante colaboración pública-privada". *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, número 165 (julio – septiembre 2014).

financiación *senior* pueden coexistir, en algunos casos subordinados en cuanto a su rango, otros contratos de financiación.

La fuente de repago de todos estos contratos de financiación consiste en el flujo de ingresos del proyecto financiado, sobre el que descansa también la estructura de garantías que aseguran el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los citados contratos.

La implementación técnica de este sistema de garantías se puede llevar a cabo de distintas formas en función del supuesto concreto, entre otras, la pignoración de los derechos de crédito derivados de las cuentas del proyecto, la constitución (o promesa de constitución) de un derecho real de hipoteca sobre la concesión, la pignoración de los derechos de créditos derivados de la concesión o una prenda global de créditos futuros.

2. Estructura de la financiación – financiación externa y aportación de fondos propios

Los costes asociados a la puesta en marcha y explotación del proyecto se financian mediante una combinación de deuda y capital. La duración y el calendario de amortización de la financiación, como indicábamos anteriormente, se expresa en el caso base o modelo financiero del proyecto.

En este tipo de operaciones, las entidades financiadoras requerirán que, en todo caso, la financiación sea amortizada con carácter previo a la finalización de la concesión, dado que la fuente principal de los ingresos proviene de la explotación del servicio de transporte de viajeros.

En cuanto al reparto entre financiación externa y aportación de fondos propios, suele primar el primer elemento, por el carácter fuertemente apalancado de este tipo de operaciones.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la finalidad de las entidades financiadoras no consiste en sustituir totalmente a los promotores del proyecto en la asunción de riesgos, sino facilitarles la realización de la inversión mediante la concesión de crédito.

En consecuencia, las entidades financiadoras persiguen involucrar a los promotores del proyecto en la asunción del riesgo crediticio y del proyecto, lo que se traduce en la aportación de recursos financieros por parte de los promotores a la sociedad vehículo mediante la inyección de *equity* (que suele incluirse como una condición previa de firma), la concesión de préstamos subordinados o participativos para la financiación de gastos operativos y, en algunos casos, mediante la financiación de la adquisición de determinados materiales y equipos necesarios para la construcción y puesta en marcha del proyecto.

3. El contrato de financiación *senior*

3.1 Principales particularidades

El otorgamiento de la financiación por parte de las entidades financiadoras a la sociedad vehículo puede articularse jurídicamente en virtud de, entre otros, un contrato de financiación.

Dicho contrato de financiación se puede configurar tanto como un préstamo o como una línea de crédito, dependiendo de la naturaleza y finalidad a la que deba ser aplicada la financiación; esto es, dada la naturaleza y alcance de la concesión, será necesario acometer obras en instalaciones (almacenes, depósitos, etc.), inversiones en activos, cubrir necesidades generales de circulante, dotar las cuentas de reserva del servicio de la deuda, hacer frente al pago del IVA, etc. Todo ello, normalmente vendrá reflejado y desglosado expresamente en el caso base correspondiente.

En ocasiones el propio contrato de financiación puede prever que existan distintas modalidades de financiación –esto es, préstamo y líneas de crédito (*revolving* o no) – mediante la estructuración de la financiación en distintos tramos, los cuales podrán coexistir, dependiendo de la naturaleza y destino de los fondos.

La financiación podrá disponerse en una o varias disposiciones, sujeto a la acreditación del cumplimiento de determinadas condiciones de disposición. Asimismo, en caso de que se trate de líneas de crédito, la disposición de dicha línea se podrá estructurar de tal modo que, entre otras muchas características y particularidades: (i) sea un importe máximo; (ii) exista un periodo máximo de disposición (tras el cual no sea posible disponer); y/o (iii) se permita la re-disposición de los fondos (en caso de que el crédito tenga naturaleza de *revolving*).

La estructura y clausulado de este contrato es el típico de las financiaciones sindicadas, si bien el mismo contiene determinadas particularidades que se dirigen fundamentalmente a establecer un control de las entidades financiadoras sobre la totalidad de las entradas y salidas de fondos del proyecto –mediante un sistema de cuentas–, restringir las distribuciones en forma de deuda, dividendos o restitución de aportaciones a los promotores y, por último, a ampliar y reforzar los supuestos de amortización anticipada obligatoria.

Normalmente, dado el importe de éste tipo de financiaciones, no es descartable que las entidades financiadoras (originales) que participen en la operación decidan syndicar la financiación, esto es, dar entrada a nuevas entidades financiadoras, todo ello a fin de reducir su exposición o riesgo frente a la financiada (o a un sector determinado), así como para distribuir el importe con el que cada entidad financiadora va a participar en la financiación.

Son especialmente significativas cuestiones tales como el establecimiento de un sistema de condiciones suspensivas de disposición, la regulación de los supuestos de amortizaciones anticipadas obligatorias, las manifestaciones y garantías, y el régimen de las obligaciones de hacer y de no hacer de la sociedad vehículo (*affirmative and negative covenants*), prestando especial atención a las obligaciones financieras (*financial covenants*).

Asimismo, dada la naturaleza y finalidad de la financiación (dado el carácter concesional del proyecto), las entidades financiadoras querrán establecer como causa de vencimiento anticipado de la financiación *senior* la posible resolución de la concesión administrativa por parte de la administración concedente o la demora (dentro de un periodo máximo) en el pago por parte de la administración concedente de aquellos pagos que deba realizar a la financiada, dado que la fuente principal del repago de la financiación proviene de la explotación del servicio de transporte de viajeros (que se presta al amparo de lo previsto en la concesión).

3.2 El sistema de cuentas y la cascada de pagos

El sistema de cuentas y la cascada de pagos persiguen establecer un rígido control de las entidades financiadoras sobre todos los flujos de caja del proyecto, tanto en relación con los ingresos como con los gastos.

Dicho control se traduce, por un lado, en el establecimiento de un sistema de cuentas bancarias que la sociedad vehículo debe tener abiertas con el banco agente de la financiación y, por otro lado, en la prohibición de abrir cuentas adicionales con otras entidades distintas del agente. En este sentido, las principales cuentas son las siguientes:

En primer lugar, la cuenta del proyecto, en la que deben ingresarse todos los importes dispuestos bajo la financiación, la totalidad de los ingresos ordinarios derivados de la explotación del proyecto y, por último, todos los importes amortizados anticipadamente de forma obligatoria –siempre que no corresponda ingresar dichos importes en otra de las cuentas, tales como aquéllos que se correspondan con indemnizaciones de seguros–.

En cuanto a salidas, con carácter general, los importes ingresados en la cuenta del proyecto únicamente pueden destinarse al pago de los gastos de explotación del proyecto, los gastos de personal, los gastos de operación y mantenimiento del proyecto, la dotación de determinadas cuentas de reserva (como mencionaremos más adelante), los gastos financieros de la deuda *senior* –es decir, intereses y comisiones– y pago de principal bajo la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, en ocasiones será posible que coexistan determinadas cuentas de la financiación, por ejemplo, en caso de que exista un tramo destinado a línea de crédito, un tramo destinado al pago del IVA, etc.

En segundo lugar, la cuenta para distribuciones o de disposición restringida, en la que se ingresan de forma temporal todos aquellos fondos inicialmente depositados en la cuenta del proyecto que no pueden ser distribuidos en forma de dividendo a los promotores por no cumplirse con las condiciones exigidas para ello.

En cuanto a pagos, las cantidades transitoriamente retenidas únicamente pueden destinarse a las distribuciones una vez que se cumplan las condiciones exigidas para ello o, en caso de que éstas no se cumplan dentro de un plazo determinado, a la amortización anticipada obligatoria de la financiación *senior*.

En tercer lugar, la cuenta de seguros, indemnizaciones y compensaciones, cuyo objetivo es mantener separados los importes que se ingresen de forma extraordinaria como consecuencia del pago de indemnizaciones por las aseguradoras –en virtud de la producción de siniestros cubiertos por los seguros vinculados al proyecto– o aquellos derivados de la aplicación de penalizaciones al constructor bajo el contrato “llave en mano”. Los importes que se ingresen en esta cuenta únicamente pueden destinarse al pago de la reparación o sustitución del activo afectado por el siniestro o a la amortización anticipada de la financiación *senior*.

En cuarto lugar, la cuenta de reserva de servicio de la deuda, cuya finalidad es dotar al proyecto de un colchón de seguridad que permita a la sociedad vehículo atender el pago de intereses bajo la financiación *senior* en situaciones coyunturales de reducción de ingresos del proyecto.

En este sentido, la cuenta de reserva de servicio de la deuda recibe como entradas, por un lado, las dotaciones iniciales de la sociedad vehículo –generalmente, a cargo de la primera disposición de la financiación– y en algunos casos de los propios promotores y, por otro lado, las dotaciones periódicas con cargo a los ingresos del proyecto, hasta alcanzar un importe mínimo. En cuanto a salidas, y en consonancia con su finalidad, esta cuenta atiende los pagos de intereses de la deuda *senior* en aquellos casos en que no haya fondos suficientes en la cuenta del proyecto.

Finalmente, en ocasiones, el caso base prevé la necesidad de llevar a cabo una serie de inversiones destinadas al mantenimiento de los activos del proyecto (por ejemplo, sustitución de piezas, reparación de vehículos, adaptación de vehículos, renovación de la flota, etc.), por lo que es habitual que se incluya en la estructura de cuentas la cuenta de reserva de mantenimiento, cuya finalidad consiste en mantener unos fondos mínimos para fondear, al menos parcialmente, las inversiones de mantenimiento que las partes son capaces de prever a fecha de firma con base en la evaluación del proyecto plasmada en el caso base.

Dicha cuenta se suele dotar inicialmente con cargo a la financiación o bien mediante la aportación de *equity*. En este sentido, es habitual que se regule: (i) que dicha cuenta deba contar durante toda la vida de la financiación un importe mínimo de fondos; (ii) que la financiada deba dotar dicha cuenta (por el importe

y en los plazos pactados) a fin de cumplir con el importe mínimo establecido; y (iii) que únicamente sea posible destinar los fondos depositados en dicha cuenta para acometer las inversiones destinadas al mantenimiento de los activos del proyecto, debiendo estar dichas inversiones debidamente justificadas previamente mediante la aportación de la documentación justificativa.

3.3 Las restricciones a las distribuciones a los promotores

Uno de las condiciones (*covenants*) de mayor relevancia en una financiación de proyectos, y uno de los evidentemente más intensamente negociados por la financiada y sus promotores, consiste en la restricción a llevar a cabo distribuciones a los promotores –ya consistan éstas en dividendos, restitución de aportaciones, deuda subordinada, etc.– en aquellos casos en que no se cumplan determinadas condiciones.

En esencia, estas condiciones tienen por objetivo garantizar la existencia de los recursos financieros necesarios para atender los gastos de puesta en marcha y explotación del proyecto y la prelación en el cobro de principal e intereses por las entidades financiadoras respecto a los promotores del proyecto.

En este sentido, las condiciones que generalmente deben darse en este tipo de proyectos para que la sociedad vehículo pueda distribuir fondos a sus socios consisten, entre otras, en el cumplimiento de determinados ratios financieros (en particular, el ratio de cobertura de servicio de la deuda y el ratio de apalancamiento), la completa dotación de la cuenta de reserva para el servicio de la deuda, que se haya amortizado al menos la primera cuota de la financiación, que no existan deudas vencidas y liquidas pendientes de amortización y la inexistencia de supuestos que faculden a las entidades financiadoras para vencer anticipadamente la financiación o exigir la amortización anticipada obligatoria (total) de la misma.

3.4 Los supuestos de amortización anticipada obligatoria

Los supuestos de amortización anticipada obligatoria establecen la obligación de la sociedad vehículo de amortizar anticipadamente, total o parcialmente, los importes dispuestos bajo la financiación en caso de que la sociedad vehículo reciba importes extraordinarios (por ejemplo, el cobro de indemnizaciones por siniestros asegurados), liquide activos que no contribuyan a la generación de flujos de caja (por ejemplo, la venta de activos que no estén afectos al proyecto) o en caso de que acaezcan determinadas circunstancias, así como en circunstancias en las que exista un flujo excedentario de tesorería, circunstancia esta última en la que se podrá llevar a cabo un denominado como barrido de caja (*cash sweep*) en circunstancias determinadas, destinando dicha excedente de tesorería a determinadas partidas previstas.

En este sentido, es habitual y común en este tipo de operaciones de financiación la inclusión de un supuesto de amortización anticipada obligatoria total de la financiación en caso de que se produzca un cambio de control (directo o indirecto) de los socios de la sociedad vehículo o de sus promotores.

A este respecto, como indicábamos al comienzo del presente artículo, en este tipo de operaciones es fundamental para las entidades financiadoras saber quiénes son los promotores (socios) y contar con su implicación en el proyecto, dado que: (i) la gestión directa/indirecta, consecución y desarrollo del proyecto recae en ellos (al ser la financiada una sociedad instrumental); (ii) cuentan con experiencia previa en dichos proyectos y una reputación en el mercado; (iii) puede existir una relación de confianza profesional previa con las entidades financiadoras; y (iv) las entidades financiadoras pueden conocer la situación patrimonial de dichos promotores.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible regular una serie de excepciones a la prohibición del cambio de control de la financiada, entre otros, en caso de que el nuevo promotor (o socio de referencia detrás del promotor) sea considerado como aceptable para las entidades financiadoras, principalmente por ser operadores de mercado conocidos y con reputación comercial en la gestión/explotación de proyectos de naturaleza similar, de manera tal, que la sustitución del promotor (o sus socios): (i) no perjudique la gestión/explotación de la concesión; (ii) dicho nuevo promotor (o socio) cumpla con una serie de requisitos mínimos (técnicos y económicos); y (iii) el nuevo promotor (o socio) se subrogue en las mismas obligaciones que aquellas que asumidas por el promotor (socio) saliente, a fin de evitar la pérdida del recurso económico frente a los promotores.

A tal efecto, las partes podrían, entre otros: (i) incluir en el contrato de financiación *senior* un listado de "promotores aceptables" pre-aprobados por las entidades financiadoras (denominada en inglés como *white list*) a los que los promotores (socios) podrían ceder su participación, sujeto al procedimiento establecido en el contrato de financiación; o (ii) incluir una serie de requisitos mínimos, y relativamente objetivos, que deberían cumplir dichos nuevos promotores (o socios), por ejemplo acreditada solvencia técnica en cuanto a la gestión de proyectos de similar naturaleza, solvencia económica y acreditada reputación.

3.5 Ratios financieros

Es habitual que, en este tipo de operaciones, las entidades financiadoras presten especial atención a la obligación de la financiada de cumplir con determinados ratios financieros. Los ratios financieros son esencialmente utilizados por las entidades financiadoras para monitorizar y aportar información sobre la situación financiera de la financiada y del proyecto en cuestión, a efectos de medir y evaluar, entre otros, la situación financiera, la capacidad de producción de flujo de caja y la evolución del proyecto.

La información financiera que aporte la financiada sobre el cumplimiento (o no) de los ratios establecidos permitirá a las entidades financiadoras tomar acciones o anticipar posibles problemas de liquidez o solvencia.

En este tipo de operaciones de *project finance* los ratios que serán más frecuentes encontrar regulados, serán los denominados como "Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda" y el "Ratio de Apalancamiento".

El "Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda" es aquel índice que pretende evaluar la capacidad financiera de la financiada para hacer frente al servicio de la deuda. Se evalúa mediante la diferencia entre el flujo de caja libre y el servicio de la deuda. Normalmente, se pactará que: (i) dicho ratio tendrá que ser superior a "x"; (ii) que, como indicábamos en el apartado de distribuciones, deberá ser igual o superior a "y" para que se pueda llevar a cabo una distribución; y (iii) que si es inferior a "z" supondrá una causa de resolución anticipada de la financiación (sin perjuicio de la posibilidad de los promotores o la financiada de subsanarlo, de conformidad con lo indicado más adelante).

El "Ratio de Apalancamiento" es aquel índice que pretende evaluar el nivel de apalancamiento financiero de la financiada, sobre la base del cálculo de los fondos propios de la financiada entre la deuda total. Normalmente, se pactará que: (i) dicho ratio tendrá que ser igual o inferior a "x"; (ii) que, como indicábamos en el apartado de distribuciones, deberá ser igual o inferior a "y" para que se pueda llevar a cabo una distribución; y (iii) que si es superior a "z" supondrá una causa de resolución anticipada de la financiación.

En relación con lo anterior, es habitual la inclusión del mecanismo denominado como *equity cure*, en caso de incumplimiento de los ratios financieros. A tal efecto, se podrá llevar a cabo la subsanación del ratio incumplido, bien por parte de la financiada, bien directamente por parte de los promotores (mediante aportación de fondos directamente, compensación de créditos, conversión de préstamos de socios en préstamos participativos, etc.).

En todo caso, las entidades financiadoras querrán que dicho derecho (que no obligación) de remediar el incumplimiento de los ratios financieros esté limitada a un número máximo de subsanaciones, tanto en un mismo año como conjuntamente a lo largo de toda la financiación, de forma que esta modalidad de financiación, que descansa sobre la viabilidad económica y técnica del proyecto, no termine siendo una modalidad de financiación corporativa que descansa sobre el balance del promotor y de su capacidad económica de inyectar *equity* en la sociedad adjudicataria.

4. El acuerdo marco de líneas de financiación bilateral

En la medida en que la prestación de servicios bajo la concesión será el transporte de viajeros, la financiada deberá acometer la adquisición de determinados autobuses, en este caso, debiendo dichos vehículos cumplir con una serie de especificaciones técnicas.

Es habitual que la financiada y las entidades financiadoras formalicen una serie de líneas de *leasing/renting* bilaterales, para la adquisición de dichos vehículos a lo largo de la financiación, pero principalmente al comienzo.

En este sentido, dado que dichos contratos de *leasing/renting* bilaterales con la entidad financiadora correspondiente serán habitualmente formalizados en pólizas individuales y sucesivas, y dada la existencia de la financiación *senior*, las entidades financiadoras querrán regular los términos y condiciones de dichos contratos de *leasing/renting* bilaterales, de cara a que estén alineados con el contenido obligacional del contrato de financiación *senior* e incluso se incluyan cláusulas de resolución anticipada cruzada (*cross-default*).

Asimismo, dado que es habitual que la administración concedente solicite que, por parte de la financiada, se otorguen avales o se presten fianzas, la financiada acudiría igualmente a las entidades financiadoras, a los efectos de que la financiada centre su endeudamiento financiero con las mismas entidades financiadoras, generando un perímetro de deuda (y también de garantías) delimitado.

A tal efecto, es frecuente que se formalice un contrato marco entre la financiada y las entidades financiadoras, a fin de regular, entre otros, el contenido, alcance, límites y, términos y condiciones de los contratos bilaterales de *leasing/renting*, así como, en su caso, de la emisión de los avales oportunos.

Dicho contrato marco normalmente contendrá referencias cruzadas al contenido del contrato de financiación *senior*, de cara a simplificar su elaboración y alinear los términos, con especial atención a las obligaciones y las causas de resolución anticipada.

De igual manera, regulará los importes máximos que serán concedidos bajo los contratos de *leasing/renting* bilaterales que se suscriban al amparo del contrato marco, el periodo de disposición máximo, la prevalencia de los términos del contrato marco sobre los contratos de *leasing/renting* (en caso de que existan inconsistencias entre los términos de unos y otro), así como el término y vigencia de los mismos.

Dicho contrato marco, y los contratos de *leasing/renting* bilaterales que se formalicen al amparo del mismo, normalmente podrán contar con las mismas garantías que las otorgadas en garantía del contrato financiación *senior*.

5. Otros contratos de financiación

Las operaciones de financiación de proyectos incluyen, con carácter adicional al contrato de financiación *senior* y el contrato marco, otros contratos de financiación de especial relevancia. Por un lado, pueden coexistir con el contrato de financiación *senior* otros contratos de financiación en virtud de los cuales se financian también los costes asociados a la puesta en marcha y explotación del proyecto. Estos contratos se otorgan por entidades que se subordinan en rango a los acreedores *senior*, ya sea porque como contraprestación a la subordinación y al mayor riesgo asumido obtienen una mayor retribución en forma de intereses y comisiones –como en el caso de los financiadores *mezzanine*–, o porque se trata de acreedores subordinados al resto desde un punto de vista legal –sería el caso de los promotores que realizan sus aportaciones al proyecto mediante la concesión de financiación intra-grupo–.

Las relaciones entre los acreedores *senior*, los potenciales acreedores *mezzanine* y/o los acreedores subordinados se regulan en virtud del denominado contrato entre acreedores o, en su terminología anglosajona, *Intercreditors' Agreement*. Con carácter general, este contrato establece el rango de los créditos ostentados por cada acreedor y determina las reglas de prioridad en los pagos de principal e intereses por parte de la sociedad vehículo a los acreedores.

En este sentido, suele establecerse un sistema en virtud del cual los acreedores *mezzanine* y los acreedores subordinados verán limitada su capacidad de cobro del principal concedido hasta que la totalidad del principal bajo la financiación *senior* haya sido reembolsado. En cuanto al pago de intereses, y aunque la casuística es enormemente amplia y depende del poder de negociación de cada parte, es habitual permitir a los acreedores *mezzanine* y a los acreedores subordinados cobrar intereses durante la vida de la financiación *senior*.

6. Las garantías reales y/o los compromisos de aportaciones económicas

6.1 La hipoteca sobre la concesión y pignoración de los derechos de crédito

La hipoteca sobre la concesión administrativa es una de las principales garantías que se suele solicitar en este tipo de proyectos, estando expresamente prevista y permitida su constitución de conformidad con lo previsto en el artículo 107.6º del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (la "**Ley Hipotecaria**"), sin perjuicio de que se requiera una serie de requisitos específicos y habituales.

Asimismo, el artículo 273.1 y 3 de la LCSP establece cual podrá ser el objeto y alcance de la hipoteca de la concesión y la pignoración de derechos, en virtud del cual "1. Las concesiones de obras con los bienes y derechos que lleven

incorporados serán hipotecables conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, previa autorización del órgano de contratación. No se admitirá la hipoteca de concesiones de obras en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente". "3. Los derechos derivados de la resolución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, a que se refieren los primeros apartados de los artículos 282 y 295, así como los derivados de las aportaciones públicas y de la ejecución de garantías establecidos en los artículos 266 y 268, solo podrán pignorar en garantía de deudas que guarden relación con la concesión o el contrato, previa autorización del órgano de contratación, que deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» o en el correspondiente boletín oficial autonómico o local".

Sobre la base de lo anterior, se infiere que, a los efectos de poder hipotecar la concesión o pignorar los derechos de crédito, será necesario cumplir una serie de requisitos y seguir un procedimiento, destacando: (i) la solicitud de la financiada y autorización previa del órgano de contratación; (ii) solo se podrán constituir en garantía de deudas que guarden relación con la concesión correspondiente; (iii) la LCSP regula (con carácter adicional a lo previsto en la Ley Hipotecaria y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) los derechos del acreedor hipotecario y el procedimiento de la eventual ejecución de la garantía constituida sobre la concesión.

6.2 Las garantías reales de los promotores y/o los compromisos de aportaciones económicas

En este tipo de operaciones, las entidades financiadoras exigirán que los promotores otorguen, al menos: (i) prenda sobre las acciones/participaciones sociales representativas del 100% del capital social de la sociedad vehículo (esto es, la financiada/adjudicataria de la concesión); y (ii) prenda sobre cualesquiera derechos de crédito (presentes o futuros) derivados de préstamos o créditos otorgados por los promotores a la financiada (sin perjuicio de que dicha deuda deba estar subordinada).

Finalmente, no es infrecuente que las entidades financiadoras soliciten compromisos de aportación de fondos, que pueden estar limitados a un importe máximo, por un plazo máximo o pueden simplemente estar regulados como derechos de subsanación, pero no de aportación de fondos adicionales (pudiéndose regular dicho aportación como una compensación de créditos, conversión de préstamos de socios en préstamos participativos, etc.).

Este tipo de obligaciones de aportación de fondos suelen limitarse en cuanto a su alcance material, temporal y cuantitativo, y siempre traen causa de riesgos puntuales identificados como parte del proceso de revisión legal y técnico del proyecto.

6.3 Otras garantías

Como en toda operación tradicional de *project finance*, la fuente de repago consiste en los flujos de caja que sea capaz de generar el proyecto. Esto se traduce, en lo que a la constitución de garantías reales se refiere, en el diseño de un paquete de prendas que se extiende sobre la totalidad de los derechos de crédito, incluyendo los créditos futuros, de los que sea titular la sociedad vehículo (por ejemplo, los derivados de las cuentas bancarias abiertas con el agente de la financiación, los derivados del contrato de construcción y otros contratos del proyecto, los derivados de las indemnizaciones de seguros, etc.).

VI. Conclusión

El empleo de la figura del *project finance* para la financiación proyectos, y en éste caso en concreto, para la puesta en marcha y explotación de un servicio de transporte de viajeros (autobuses), exige la introducción de elementos específicos para esta clase de operaciones. Entre ellos, quizás los más reseñables sean:

- (i) La principal garantía de repago de la financiación la constituye el *cash-flow* generado por el proyecto financiado derivado de la explotación del servicio prestado y éste a su vez descansa, primordialmente, en la concesión administrativa de la que resulta adjudicataria la sociedad financiada.
- (ii) El contrato de concesión es, por tanto, esencial, debiendo atenderse a las circunstancias específicas contenidas en el mismo para la elaboración del caso base y la arquitectura contractual de la financiación.
- (iii) Es esencial la estructuración de un paquete de garantías adecuado a la financiación, siendo una de las principales la hipoteca sobre la concesión o la pignoración de los derechos de créditos derivados de la misma.
- (iv) En la medida en la que en este tipo de financiaciones suelen convivir simultáneamente distintos instrumentos de financiación (por ejemplo, contrato de financiación *senior*, contrato marco de líneas bilaterales de financiación de arrendamientos financieros, pólizas de *leasing/renting*, etc.), será necesario establecer como causa de vencimiento anticipado el *cross default* o incumplimiento de cualquiera de dichos instrumentos.

- (v) En caso en que existan diversas entidades financiadoras, y éstas no participen en todos los instrumentos de financiación, será necesario formalizar un contrato marco que armonice la arquitectura contractual planteada, a los efectos de regular, entre otros, (i) el sistema de distribución de los fondos recibidos por la financiada para el repago de la deuda entre dichas entidades financiadoras; y (ii) el procedimiento y términos para canalizar conjuntamente la eventual ejecución de las garantías y salvaguardar el interés de todas las entidades financiadoras participantes.

Los estándares de actuación de los administradores de compañías cercanas a la insolvencia

Laura Ruiz

Socia de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

I. Planteamiento de la cuestión	42
1. Los deberes del administrador de sociedades en situación de proximidad a la insolvencia: el precedente de la Guía UNCITRAL	43
2. ¿La reorientación de los deberes del administrador en situación de insolvencia inminente? La Directiva	43
2.1 La Directiva y su trasposición	43
2.2 Dificultades propias de la incorporación de las normas previstas en la Directiva: dimensión temporal y material	46
3. Apoyo jurisprudencial del deber de evitar la insolvencia frente al deber de presentar el concurso	50
4. El interés de grupo dentro de la eventual reorientación de la conducta del administrador de empresas del grupo en crisis	52
II. Consideraciones particulares sobre el uso del cash-pooling en situaciones previas al concurso	54
III. Conclusión	55

Índice/



Resumen: Este artículo desgana las reglas de actuación de los administradores de las compañías con tensiones de liquidez, como muchas compañías durante la pandemia. El estudio tiene especial ahora que estamos a la espera de la trasposición de la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que apunta a una aclaración de los deberes de los administradores de compañías en situación de insolvencia inminente. Así, se señala la posibilidad de que los administradores no consideren como único parámetro el del interés social, sino también la incidencia de sus decisiones en otros *stakeholders*, como acreedores y accionistas minoritarios.

Tal planteamiento añade matices a la labor del administrador, que deberá extremar su diligencia y analizar con especial rigor la información con la que cuenta a la hora de decidir en esos contextos.

El mayor nivel de complejidad corresponde a los administradores de compañías pertenecientes a grupos de empresas. Recopilamos la doctrina actual en materia de contratos de *cash-pooling*, operaciones ampliamente empleadas como mecanismos de gestión de tesorería y que se aceptan si se cumplen unos mínimos requisitos de documentación.

Abstract: This article breaks down the rules of conduct for directors of companies facing liquidity stress, as many companies during the pandemic. This analysis has particular significance at a time when we are awaiting the transposition of Directive 2019/1023 of the European Parliament and the Council of 20 June 2019, which aims to clarify the duties of directors of companies in a situation of imminent insolvency. Thus, it highlights the possibility that directors should not consider the company's interests as the only criterion, but should also consider the impact of their decisions on other stakeholders, such as the company's creditors and minority shareholders.

Such an approach adds nuances to the work of directors, who will have to be extremely diligent and analyse with particular care the information available to them when making decisions in these circumstances.

The greatest level of complexity undoubtedly affects the directors of companies belonging to groups of companies. In this respect, we have compiled the current legal doctrine on cash-pooling contracts, transactions that are widely used as cash management mechanisms and which are accepted with few objections as long as certain minimum documentation requirements are met.



Palabras clave: Directiva 2019/1023, *business judgement rule*, insolvencia inminente, probabilidad de insolvencia, grupos de empresa, Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia, interés de grupo, doctrina de las ventajas compensatorias.

Keywords: Directive 2019/1023, *business judgement rule*, imminent insolvency, likelihood of insolvency, groups of companies, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, group interest, doctrine of countervailing benefits.

Los estándares de actuación de los administradores de compañías cercanas a la insolvencia

I. Los administradores y su posición en la situación de insolvencia inminente

Uno de los ángulos que presenta mayor interés en Derecho Mercantil es el estudio de las distintas y complejas relaciones de la sociedad con sus socios, administradores o empresas de grupo. Tal complejidad se multiplica en las situaciones cercanas a la insolvencia porque, junto con los actores habituales, entran en escena otros nuevos: los acreedores, que en los tiempos de bonanza son simples figurantes, pues su interés (temporal) se centra en la satisfacción de sus créditos.

La anterior cuestión cobra especial relevancia en un escenario como el actual, en el que se mantiene la vigencia de la llamada moratoria concursal. Es decir, desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio de 2022, los administradores de las sociedades tienen la facultad, pero no la obligación, de presentar la solicitud de concurso, incluso si ha acaecido la situación de insolvencia actual.

De ahí que la interinidad de la situación de pre-insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual se vaya a alargar mucho más de lo que sería habitual en un escenario de no pandemia. Por ello, es vital que, en todos estos meses, los administradores de las empresas españolas que no opten por acogerse al concurso voluntario tengan en cuenta los parámetros bajo los cuales se va a analizar su conducta, que no son los mismos que operan en una situación en la que la compañía puede cumplir con sus obligaciones de pago.

Analizaremos en primer lugar, los parámetros que establece la Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia (la “**Guía UNCITRAL**”) para adentrarnos después en las previsiones de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (la “**Directiva**”) y su proyectada trasposición a derecho español; terminaremos nuestro análisis con una revisión de las sentencias relevantes que contraponen el deber de evitar la insolvencia con el deber de presentar el concurso y con la siempre interesante problemática de los grupos de sociedades, que añade dificultad al ya de por sí complejo de juego de intereses al que debe atender el administrador a cargo de una compañía en situación cercana a la insolvencia.

1. Los deberes del administrador de sociedades en situación de proximidad a la insolvencia: el precedente de la Guía UNCITRAL

Un precedente digno de mención antes de entrar al análisis de la Directiva es la Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia, que se concibe como "instrumento de referencia al que puedan recurrir las autoridades nacionales y los órganos legislativos al preparar nuevas leyes y reglamentaciones o al plantearse una revisión de las ya existentes".

La Parte Cuarta de la Guía¹, aprobada el 18 de julio de 2013 y revisada en 2020, se dedica en exclusiva al análisis de las obligaciones de los administradores en periodo cercano a la insolvencia.

El punto de partida es la recomendación 255, que señala la necesidad de que los administradores de compañías que se encuentren en situación cercana a la insolvencia (entendida aquella como la situación en la que los mismos saben o deberían saber que la insolvencia es inminente o inevitable) queden obligados a tener en cuenta los intereses de los acreedores de la sociedad y demás interesados y a adoptar medidas razonables para evitar o mitigar la insolvencia.

La recomendación 256 desmenuza en deberes más concretos qué significa tener en cuenta a los acreedores de la sociedad a los efectos de la recomendación precedente. Este catálogo contiene fundamentalmente deberes de auto-información, monitorización de la situación de la compañía y asesoramiento, mientras que la segunda parte de los deberes recogidos en la recomendación se dirige fundamentalmente al fomento de la continuidad de la misma mediante la maximización del valor del negocio en marcha, pero también a evitar operaciones que podrían ser anuladas o rescindidas, así como a iniciar negociaciones con acreedores de forma más o menos oficial.

La Guía Legislativa UNCITRAL contiene también unas interesantísimas reflexiones sobre las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el periodo cercano a la insolvencia. Nos referiremos a ellas cuando abordemos específicamente el contorno de los deberes de los administradores de una sociedad que pertenece a un grupo en situación cercana a la insolvencia.

2. ¿La reorientación de los deberes del administrador en situación de insolvencia inminente? La Directiva

2.1 La Directiva y su trasposición

No sorprende a nadie que la insolvencia o su cercanía puedan modificar radicalmente los incentivos de aquellos agentes más próximos al deudor. Ante tal posibilidad, la Ley Concursal ya ajusta el sistema de incentivos tanto al establecer las presunciones de los actos rescindibles (artículos 227 y 228 del Real Decreto

¹ Disponible en https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law

legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal ("**TRLR**") como de las conductas que pueden llevar a la calificación del concurso como culpable (artículos 443 y 444 TRLR).

Sin embargo, parecía que, más allá de tal ajuste, podía producirse un reconocimiento más palmario de la modificación de ese sistema de incentivos.

La Comisión Europea, en un momento temprano de la tramitación de la Directiva, propuso un listado bastante detallado de los deberes del administrador en fase de probabilidad de insolvencia. Y así era como se consideraban estas actuaciones, verdaderas obligaciones para los administradores: (i) adoptar acciones inmediatas para minimizar las pérdidas para acreedores, empleados, accionistas y otros *stakeholders*; (ii) tomar en consideración los intereses de los acreedores y otros *stakeholders*; (iii) adoptar medidas para evitar la insolvencia; y (iv) evitar conductas dolosas o gravemente negligentes que amenacen la viabilidad del negocio².

Concretamente, la Propuesta de Directiva explicaba en su Exposición de Motivos que el objeto del artículo 18, que trataba la cuestión de los deberes de los administradores, era obligar "a los Estados miembros a establecer obligaciones específicas para los directivos ante la inminencia de una insolvencia que les incentive a proceder a una restructuración temprana cuando el negocio sea viable". La anterior explicación permite comprender que el legislador europeo entendía que, al margen de las previsiones ya vigentes en los Estados Miembros, resultaba necesario el establecimiento de obligaciones más concretas y, sobre todo, que el objeto de dichas obligaciones no debía ser tanto la conservación del activo (lo que equivaldría a un incentivo a no asumir riesgos) sino la adopción de una restructuración temprana (lo que podría llevar a la asunción de riesgos con el objetivo en mente de eliminar, de ser posible, la situación de insolvencia). Como veremos a lo largo del artículo, en su versión final la Directiva no deja tan claro qué es lo que debe hacer un administrador de una sociedad ante la inminencia de la insolvencia, aunque sí se dan pistas sobre las situaciones que deben evitarse.

La Directiva establece en su artículo 19 una lista de intereses que los administradores deben "tomar en cuenta" ante la proximidad de la insolvencia. La literalidad de ese artículo ha descafeinado finalmente el alcance de las obligaciones que hemos mencionado *supra*. Respecto de los intereses a "tomar en cuenta", los mismos pueden encajar, o no, con la defensa del interés social.

Esos intereses que deben tomarse en cuenta son: (i) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; (ii) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia; y (iii) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.

El considerando 71 de la Directiva nos explica con mayor detalle cómo se plasma la anterior disposición: (i) ha de mantenerse y prevalecer la normativa nacional sobre los procesos de toma de decisión de las empresas; (ii) el ámbito natural de la norma

2 SPINDLER, G., "The Restructuring Directive (EU 2019/1023) and the German implementation" en CALENDARIO MACÍAS, M.I. y PACCHI S., "La Directiva de la (UE) 2019/1023 sobre insolvencia (estudios desde diferentes ordenamientos)", Tirant Lo Blanch, 2021.

es el de la responsabilidad concursal; (iii) ha de evitarse toda actuación en beneficio propio que perjudique a los que denomina interesados (tal objetivo ya se persigue con claridad en varios de los incisos de nuestras presunciones de responsabilidad concursal); (iv) ha de evitarse la ejecución de transacciones a pérdida (recomendación que requiere un cuidadoso desarrollo, pues evitar las transacciones en un entorno *distressed* puede conllevar consecuencias negativas para el deudor y sus acreedores); y (v) han de evitarse medidas que beneficien a unos acreedores en beneficio de otros, aunque es tarea del legislador nacional determinar la prelación de los acreedores que pueden ser beneficiados frente a otros.

Y todo ello se une al propósito, confesado en el considerando 70 de la Directiva, de "(...) garantizar que no se disuade a los administradores sociales de tomar decisiones empresariales razonables o asumir riesgos comerciales razonables, sobre todo cuando ello mejoraría las posibilidades de una reestructuración de empresas potencialmente viables". No se puede negar que la ponderación de intereses que se exige a los administradores es de cierta complejidad y alto riesgo.

Pues bien, el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal para la incorporación a la legislación española de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (el "**Anteproyecto**") no introduce ninguna modificación a las normas concursales en la materia. Concretamente, la Exposición de Motivos del Anteproyecto (expositivo VII) señala que "[l]as previsiones de la Directiva respecto de los deberes de los administradores sociales se encuentran implícitos en la normativa vigente, por lo que no se introducen novedades en el régimen actual de la acción social ni en la posible calificación del concurso de acreedores como culpable".

Se asume así la posición de la doctrina³ que ya consideraba antes de la publicación del Anteproyecto que el sistema de calificación concursal cumplía con las exigencias de la Directiva a través, por ejemplo, de la aplicación del tipo general en el marco de la calificación del concurso como culpable (generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave). No obstante, no se descarta por este sector doctrinal la conveniencia de que estas conductas de los administradores se detallen o ilustren por las normas que transpongan la Directiva o por la jurisprudencia que se dicte bajo su amparo.

Lo cierto es que con la regulación española fruto del TRLC, la única vicisitud que produce un cambio de orientación en la actuación del administrador a favor de los acreedores es la declaración de concurso⁴. Con anterioridad a la misma, los administradores están libres de consecuencias negativas si cumplen con el deber de solicitud de concurso y no realizan ninguna actuación que cause o agrave la situación de insolvencia (artículos 442 y ss. TRLC). Junto a ello, el TRLC sanciona a los administradores que, sin causa razonable, se nieguen a proponer la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y, como consecuencia de ello se frustrate la consecución de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos (artículo 700 TRLC).

3 SANCHO GARGALLO. I., "La calificación del concurso de acreedores", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021 página 60. COHEN BENCHETRIT, A., "Exigibilidad de la responsabilidad de los administradores sociales en la proximidad de la insolvencia tras la reforma concursal", *Legal Today*, 5 de octubre de 2021.

4 EMPARANZA SOBEJANO, A., "Los nuevos deberes de los administradores frente a los acreedores en sociedades con dificultades económicas", *Revista Aranzadi Unión Europea* 8/2019.

Ahora bien, esta sanción se impone cuando el deudor ya está inmerso en el proceso de reestructuración: no está claro que se añada ningún incentivo para que los administradores adopten riesgos para la reestructuración de la empresa, como establece el ya mencionado considerando 70.

La norma incentiva más bien a lo contrario: a mantener una actitud conservadora ante el temor de causar o agravar la situación de insolvencia, conducta expresamente tipificada como causa del concurso culpable.

2.2 Dificultades propias de la incorporación de las normas previstas en la Directiva: dimensión temporal y material

Las normas cuya introducción pretende la Directiva se encuentran con dos dificultades fundamentales: (i) una temporal, pues cualquier posible reorientación de la actuación del administrador a favor de los acreedores ha de producirse ante la cercanía de la situación de insolvencia; y (ii) una material, pues la Directiva deja abierto el contenido de esos deberes.

Dimensión temporal: cuándo debe extremar las cautelas el administrador

Respecto del primero de los obstáculos, el temporal, lo cierto es que el artículo 19 de la Directiva establece que la reorientación debe producirse en caso de insolvencia inminente, término que debe interpretarse según la determinación de la normativa nacional. Es decir, estas normas se aplicarían, de conformidad con el artículo 2.2 TRLC, cuando “el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

Ahora bien, en otras versiones de la Directiva no se usa en este artículo el término “insolvencia inminente” sino el de “*likelihood of insolvency*”, “*probabilité d’insolvabilité*”, o el de “*probabilità di insolvenza*”. Por tanto, se plantea la duda de si el punto de partida de la orientación de las obligaciones del administrador se produce en la insolvencia inminente o en un punto anterior, la “probabilidad de insolvencia”.

Tampoco será necesario dar muchas más vueltas a esta cuestión si finalmente se traspone la Directiva en la línea que plantea el Anteproyecto. El Anteproyecto incluye una definición de probabilidad de insolvencia y de insolvencia inminente, como términos diferentes. La probabilidad de insolvencia (conforme el Anteproyecto modificaría el artículo 584 TRLC) se produce cuando sea “objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones a la fecha de sus vencimientos” mientras que la insolvencia inminente se define como el estado en el que “el deudor prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

Las anteriores definiciones revelan que la probabilidad de insolvencia es anterior (o incluso muy anterior) en el tiempo a la insolvencia inminente.

Esta norma anticipa en el tiempo todavía más la previsión de la insolvencia en relación con la línea propuesta por autores⁵ que, entendían, debía establecerse una presunción *iuris tantum* de concurrencia de la situación de insolvencia inminente en los 90 días previos a la declaración de concurso o comunicación de pre-concurso bajo el artículo 583 TRLC.

En todo caso estas obligaciones surgen en un estadio previo al de la insolvencia actual, en el que la empresa aún es viable y puede atender sus obligaciones, pero sin que la insolvencia inminente tenga carácter definitivo⁶. Las anteriores notas no son todavía lo suficientemente concretas como para que los destinatarios de la norma puedan tener claro el estándar aplicable en uno u otro momento, sobre todo teniendo en cuenta que el deterioro de la solvencia es habitualmente un proceso paulatino.

Sin embargo, es posible que se mantenga un cierto descuadre entre el momento en que los administradores deben tener en cuenta los intereses de los acreedores (cuando se prevea que en 90 días no se podrá cumplir) y el hecho de que en la pieza de calificación se puedan ver afectados los administradores que lo fueron en un plazo de dos años antes de la declaración de concurso.

Es decir, no existe ninguna diferencia (en términos abstractos) entre cometer alguno de los actos que pueden dar lugar a la calificación del concurso como culpable dos años o tres meses antes de la declaración de concurso. Por ello, y salvo que esta dimensión temporal se matice también en la futura reforma, en las normas sobre calificación no parece que haya absolutamente ningún incentivo adicional para los administradores de una sociedad en situación de insolvencia inminente. Si acaso, podría considerarse que en realidad esta consideración de los intereses de los otros agentes ha de producirse a partir de la probabilidad de insolvencia, si bien habrá que valorar si parece posible situar la probabilidad de insolvencia en un horizonte temporal tan lejano como los dos años. Es discutible que esa sea la intención del legislador. Por ello, un ajuste de las normas que regulan las presunciones de calificación podría ser conveniente, si es que se interpreta que efectivamente la Directiva tiene como objetivo añadir un incentivo extraordinario para los administradores.

En especial, la introducción de sistemas de alerta temprana

Mención aparte merece el sistema de alerta temprana que la Directiva ordena que se implemente en los Estados Miembros. Estos sistemas ya existían antes de la Directiva en estados como Francia o Italia. La disposición final octava del Anteproyecto se refiere a esta cuestión, aunque no la trata con detalle: se indica que organismos públicos han de desarrollarlo (el Ministerio de Hacienda y de Seguridad Social) y con qué información (la obrante en la Agencia Estatal de

5 GÓMEZ ASENSIO, C. "Los deberes preconcursales de los administradores sociales", *Revista de Derecho Concursal y Preconcursal*, 34, Sección Varia, primer semestre de 2021.

Ibid.

Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social), pero poco más. Queda pendiente regular qué parámetros serán los que se consideren relevantes para activar la alerta. Y, sobre todo, cabe preguntarse de qué información disponen estos organismos que no sea ya conocida por el administrador.

Por ello, al margen de la anterior referencia a los organismos que deben desarrollar este sistema, se introduce una habilitación para que la Ministra de Hacienda regule mediante Orden Ministerial el sistema de alerta temprana con arreglo a “determinados indicadores” que se configurarían como meros indicios de la insolvencia.

Sobre el contenido concreto de tales indicadores, resulta útil la consulta de la Guía de Actuación de la empresa ante la insolvencia⁷ que preparó Refor junto con CEPYME en julio de 2021, y que señala como elementos de alerta los siguientes: (i) descenso significativo en la cifra de negocios o en los márgenes; (ii) necesidad de realizar bienes del activo inmovilizado; (iii) abandono del proyecto empresarial por parte de directivos; (iv) cambios regulatorios en el sector; (v) pérdidas de concesiones administrativas o distribuciones; (vi) retrasos en los pagos a los acreedores o en el cobro de clientes; y (vii) no renovación de pólizas de crédito.

También existen autores entre nuestra doctrina que categorizan los mecanismos de alerta en los siguientes epígrafes: (i) no haber efectuado determinados pagos; (ii) servicios de asesoramiento públicos o privados; y (iii) incentivos para terceros –como contables, de administración tributaria y seguridad social– con el fin de que adviertan al deudor en torno a su evolución negativa⁸.

Finalmente, existen unos elementos de carácter contable, los ratios financieros, que pueden también orientar al deudor sobre el advenimiento de la situación de insolvencia, aunque en la medida en que se calculan sobre elementos de balance, no suelen ser parámetros que ayuden a monitorizar con gran precisión la situación de la compañía *ex ante*. Más bien, son elementos que los administradores concursales pueden valorar *ex post* para reconstruir en el momento en el que se produjo la situación de insolvencia.

Nos referimos a parámetros como el fondo de maniobra, el ratio de solvencia, el ratio de liquidez o el ratio de tesorería⁹.

Junto con lo anterior suele ser un instrumento de gran utilidad la elaboración de *cash flows*, que permiten determinar en qué momento puede llegar a romper la caja. Efectivamente, con un *cash flow* bien elaborado se puede llegar a detectar el estado de probabilidad de la insolvencia o de insolvencia inminente, a los que se refiere el Anteproyecto. El diagnóstico facilitará la adopción temprana de las medidas que correspondan.

7 Disponible en [https://www. cepyme.es/wp-content/ uploads/2021/07/Gu%C3%A- Da-actuaci%C3%B3n-de-la-empre- sa-ante-la-insolvencia.pdf](https://www.cepyme.es/wp-content/uploads/2021/07/Gu%C3%A- Da-actuaci%C3%B3n-de-la-empre- sa-ante-la-insolvencia.pdf)

8 GARBAYO BLANCH, J.P., “La Directiva 2019/1023: marcos de reestructuración preventiva: facilitación y consecuencias” en CALENDARIO MACÍAS, M.I. y PACCHI S., “La Directiva de la (UE) 2019/1023 sobre insolvencia (estudios desde diferentes ordenamientos)”, Tirant Lo Blanch, 2021, página 96.

9 Todos ellos se explican con el debido detalle en MARTÍN MOLINA, P. “La detección por terceros de la situación de insolvencia: prácticas perniciosas contables”, en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. “Tratado judicial de la insolvencia”, Aranzadi 2012.

Dimensión material: ¿se produce algún cambio?

En cuanto al contenido de una posible reorientación de los deberes de los administradores, el Anteproyecto no refleja ninguna modificación material.

En todo caso, y a la espera de que efectivamente se finalice con la tramitación de las normas de trasposición y se discuta esta cuestión con el detalle que merece, nuestros autores ya avanzan en qué deben consistir estos estándares:

- (i) Las necesidades de gestión de empresas en dificultades deben adoptarse con rapidez y agilidad para evitar un deterioro rápido de su situación pero, a la vez, con gran profesionalidad y prudencia¹⁰.
- (ii) Otra autora¹¹ plantea el debate de si la Directiva establece o no un deber de saneamiento por parte de los administradores sociales.
- (iii) Otro autor¹² sintetiza las obligaciones exigibles a los administradores en esta situación en dos: (a) el deber de evitar la insolvencia, aunque no siempre traducido en un deber de reestructurar, pues la reestructuración no es siempre la medida más idónea; y (b) el deber de evitar conductas que pongan en riesgo la viabilidad empresarial.

Se plantea la duda de si ha de seguirse aplicando la *business judgement rule* a los administradores en situaciones previas a la insolvencia, con algunos ajustes a raíz de la Directiva, de modo que los administradores deberían quedar exentos si: (i) actúan de buena fe, valorando la situación de crisis; (ii) con información suficiente; (iii) siguiendo un procedimiento de decisión adecuado; y (iv) (último y más difícil) atendiendo a la confluencia de los intereses en juego, evitando que unos *stakeholders* salgan perjudicados frente a otros.

Una posición en sentido afirmativo se recoge también en la Guía UNCITRAL como norma de protección que mantienen algunos regímenes jurídicos, aunque se resalta la necesidad de que los administradores se informen, adquiriendo y estudiando la información que una persona sensata consideraría conveniente y apoyándose en ella. Esta necesidad hace que la labor de los asesores sea particularmente relevante, en un contexto en el que el administrador puede ser un experto en su negocio, pero no en los signos que revelan la insolvencia o en tomar una decisión ponderando los múltiples intereses en juego.

En todo caso, será necesario esperar a que finalice la trasposición de la Directiva para comprobar si se reorientan de alguna forma los intereses que deben tutelar los administradores. También será interesante comprobar si, ante la postura del Anteproyecto, las modificaciones se operan por la vía jurisprudencial dado que el Anteproyecto entiende que las disposiciones de la Directiva ya se encuentran implícitas en nuestra normativa.

10 EMPARANZA SOBEJANO, A., op.cit.

11 RECAMÁN GRAÑA, E., "Derecho proyectado de reestructuraciones y deberes de los administradores sociales", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 28, Sección Varia, primer semestre de 2018.

12 GÓMEZ ASENSIO, C., op.cit.

Las anteriores pinceladas de la deontología del administrador en situación de insolvencia requieren de un detallado desarrollo para que pueda salvar su compañía cuando ello sea posible, pero, también y, sobre todo, disponer de normas claras (por la vía legal o jurisprudencial) que le permitan salvar su responsabilidad. Así, la situación cercana a la insolvencia va a llevar con toda probabilidad a una priorización de pagos, por lo que siempre habrá acreedores que recibirán un mejor trato que otros. La priorización de pagos se realizará casi siempre respetando dos parámetros: (i) los pagos que permiten el mantenimiento de la actividad (pues sin la actividad ya no habrá salvación para el deudor); y (ii) la propia prelación concursal, con el objeto de evitar potenciales actos susceptibles de rescisión.

Afortunadamente, parece que hay cierto consenso entre nuestra doctrina en una cuestión sustancial: no existe un deber fiduciario de los administradores frente a los acreedores. Por el contrario, los deberes de los administradores en este contexto se condensan en (i) el deber de solicitar el concurso ante la situación de insolvencia actual establecido en el artículo 5 TRLC; y (ii) el deber de conservación de la masa (entendido como una modulación del deber de no dañar a los acreedores)¹³. Más bien, debemos centrarnos en éste pues el primero no es otra cosa más que una modalidad de cumplimiento del segundo, en evitación de una “huida hacia adelante”.

En un reciente trabajo, otro autor señala con acierto las paradojas en las que se pueden encontrar inmersos los administradores. Así, afirma que el interés social se circunscribe al contrato de sociedad pues de buscar en otro sitio el interés social, sería imposible determinar su contenido¹⁴. Y lo que es peor, señala que al margen de las reservas técnicas que pueda presentar la pretensión de que los administradores tomen en cuenta otros intereses sobre los de los socios, tal previsión legal perjudicaría el cumplimiento de sus deberes por los administradores.

Resulta especialmente paradójico que en estos tiempos de pandemia en los que los incentivos para que los administradores hicieran lo posible por conservar la masa y, por tanto, se apresurasen en la presentación de la solicitud de concurso, tendrían que haberse extremado, hemos tenido como protagonista a la “moratoria concursal”. Ello nos hace preguntarnos si verdaderamente el legislador COVID ha primado la conservación de la masa o más bien que los administradores perseveren en los medios de buscar una salida a la insolvencia.

3. Apoyo jurisprudencial del deber de evitar la insolvencia frente al deber de presentar el concurso

No se nos puede escapar que, efectivamente, existe un incentivo implícito a evitar o eliminar la situación de insolvencia, aunque ello sea a costa de incumplir el deber de presentar a tiempo el concurso. Este tipo de conducta ha sido incluso validada en algún caso por los tribunales.

13 RECAMÁN GRAÑA, E. “Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis”, Aranzadi 2016.

14 PÉREZ BENÍTEZ, J., “La responsabilidad de los administradores sociales en el contexto de la reestructuración preventiva”, en *Almacén de Derecho*, 15.05.2021, <https://almacendederecho.org/la-responsabilidad-de-los-administradores-sociales-en-el-contexto-de-la-reestructuracion-preventiva>. En concreto, afirma que “[p]or tanto, ni trabajadores, ni clientes, ni mercado, ni acreedores integran el interés social que ocupa al Derecho de Sociedades, sin perjuicio de que todos estos intereses, si resultaren legítimos, sean objeto de protección por normas o por sectores específicos del ordenamiento.”

En concreto, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) el 29 de abril de 2016 en el caso Spanair [JUR 143385, 2016] consideró que no existía dolo o culpa grave por el hecho de que los administradores apurasen todas las opciones para evitar el concurso, en concreto mediante la búsqueda de un socio industrial, y que, de hecho, lo negligente era “pecar por precipitación” en la presentación del concurso. Ahora bien, hay que considerar que la sentencia en primera instancia fue condenatoria y que la consideración de la Sentencia de la Audiencia Provincial atendía a un breve periodo de incertidumbre (menos de un mes) en el que aún no se habían perdido las esperanzas de cerrar el acuerdo con el socio industrial.

Ha habido alguna otra sentencia posterior (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 25 de abril de 2018), que parece avalar que los administradores no han de precipitarse en la presentación de concurso sin apurar las opciones posibles.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el retraso en la solicitud de concurso es una presunción *iuris tantum* de concurso culpable y que, si los administradores incurren en la misma, solo pueden confiar en la prueba y la valoración que de la misma haga el tribunal para quedar exentos de responsabilidad.

En este sentido, es significativa la reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia de 2 de noviembre de 2021 [JUR 339916, 2021] que resolvió la pieza de calificación del concurso de varias compañías del Grupo Polaris. En ese caso, se parte del hecho de que dichas compañías experimentaban dificultades financieras desde 2012 y de que el concurso no se solicitó hasta octubre de 2016. Evidentemente, uno de los motivos esgrimidos en el informe de calificación fue que el concurso se había presentado con retraso, por haberse incumplido el plazo al que se refiere el artículo 5 TRLC. Pues bien, la sentencia, aun reconociendo los esfuerzos de las compañías de eliminar la situación de insolvencia a través de distintas negociaciones, concluye que “no eximen, si no dan su fruto, de la obligación legal de solicitar la declaración de concurso”.

O, dicho de otra manera, “la sola invocación de una negociación no es excusa para justificar el incumplimiento del deber que impone el artículo 5 LC, debiendo asumir el administrador societario las consecuencias de su actuación”. Ha de valorarse, como indica la sentencia, si, en el momento en que se adoptaron, las medidas eran adecuadas para “evitar, a corto y medio plazo, el impago generalizado”.

Esta reciente sentencia debe servir como advertencia de que el incentivo que se pueda establecer a favor de que los administradores intenten evitar la insolvencia no es ilimitado. Si bien en el caso que se enjuicia no existe el elemento de la moratoria concursal, es cierto que previene frente a conductas de mero voluntarismo e invita a los administradores a evaluar críticamente las alternativas a su disposición.

En todo caso, parece que el legislador COVID adopta la vía Spanair y sigue abogando por evitar que los administradores pequen por precipitación.

Habrá que ver si los Juzgados de lo Mercantil toman buena nota de ello o si tras la avalancha de concursos, se producirá una avalancha en las piezas de calificación. No son pocas las voces en el sector que invitan a la prudencia y a que los administradores de las sociedades no interpreten la moratoria concursal como un periodo de inmunidad total.

4. El interés de grupo dentro de la eventual reorientación de la conducta del administrador de empresas del grupo en crisis

Si la posición del administrador ya es compleja en un contexto en el que se le señala que debe proteger el interés social y tener en cuenta el de los acreedores, la cuestión se complica aún más al introducir la variable del grupo y la de sus acreedores. Incluso, la doctrina¹⁵ señala con insistencia el problema considerable que para el jurista supone el fenómeno del grupo de sociedades.

Ello agudiza las posibles situaciones de intereses en conflicto ante las que el administrador puede enfrentarse. En esta situación es abundante la doctrina que ha analizado el papel del "interés de grupo" a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 [RJ 5440, 2015], verdadero *leading case* en la materia.

La doctrina que emana de dicha sentencia es que los administradores societarios se deben a la defensa de los intereses de la compañía que administran, sin que puedan quedar exentos de responsabilidad por el hecho de que las decisiones perjudiciales hayan sido adoptadas por los administradores de la sociedad dominante. El interés de grupo no justifica un perjuicio a las sociedades filiales (en el caso resuelto por el Tribunal Supremo se produjo el traspaso de la clientela de una filial española a una sociedad francesa de nueva creación). Ahora bien, el elemento que concilia los intereses individuales de las sociedades y el del grupo es la existencia de ventajas compensatorias, que no es más que un balance entre las ventajas que el grupo otorga a la sociedad y viceversa, lo que debe comportar la existencia de un equilibrio razonable entre el interés del grupo y el interés social particular de cada filial.

La mayor complejidad reside en ponderar ese equilibrio. Por un lado, tanto el Tribunal Supremo como nuestra doctrina parten de que la existencia del grupo supone la postergación de intereses sociales particulares; por otro, se exige la atribución de elementos patrimoniales a las filiales, de modo que pueda excluirse el posible daño causado por la persecución del interés de grupo.

Ahora bien, como tiene establecida nuestra doctrina, el elemento caracterizador del grupo de sociedades es el poder de decisión común¹⁶.

15 EMBID, J.M., "Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de diciembre de 2015", *Revista de Derecho Mercantil* 300. PAZ-ARES, C. en AAVV, "Derecho de Sociedades Cuestiones Sobre Órganos Sociales", Tirant lo Blanch, 2019.

16 EMBID, J.M. *op.cit.*

En este equilibrio y en la efectividad del deber de lealtad dentro del grupo abundó la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017 [RJ 5784, 2017]¹⁷. Resolvió sobre un supuesto en el que el socio único y el administrador único de la filial eran coincidentes. A lo largo de la sentencia se comprueba la dificultad de sostener un incumplimiento del deber de lealtad.

Como colofón a este apartado, es obligada la remisión a la Guía UNCITRAL a la que ya nos hemos referido, que parte de la constatación de que los regímenes nacionales no han prestado gran atención ni han desarrollado adecuadamente las obligaciones de los administradores en estas situaciones, y, concretamente, en una situación de grupo. Asumiendo el principio de que cada administrador debe velar por el interés de la compañía que dirige, también reconoce las complejidades propias de la existencia del grupo, e incluso la posibilidad de que las soluciones colectivas de la insolvencia requieran la adopción de medidas que, aunque a primera vista puedan ser perjudiciales para una de las empresas, finalmente no lo sean por haber contribuido al salvamento del grupo, lo que finalmente puede haber redundado en una actuación beneficiosa en última instancia para la compañía en cuestión.

Esta situación es especialmente frecuente en los contextos de grupos con gran integración (una de las empresas es proveedor clave de otra, le proporciona financiación o actúa como garante de la financiación con la que se intenta salvar el grupo). En tales casos, la Guía UNCITRAL reconoce la dificultad de abordar la situación de cada empresa del grupo de manera individualizada, pues la actuación en contra de los intereses de esas compañías del grupo con la que existe una relación tan estrecha puede terminar precipitando la insolvencia de la compañía individual que se rebela contra el grupo. O, a la inversa, una actuación favorable a la compañía individual en el corto plazo precipita la insolvencia del grupo, lo que a la larga lleva a la insolvencia de la compañía rebelde.

La mayor dificultad que probablemente va a existir sobre esta cuestión es el sesgo retrospectivo; de modo que la actuación en inicio perjudicial para una de las compañías no va a tener consecuencia alguna si el grupo, (y la propia compañía) sobrevive. Las consecuencias se producirán solo cuando el grupo (y la empresa) no sobrevivan, pese a que una misma actuación debe recibir idéntico reproche con independencia de su resultado.

Todo lo anterior pone de manifiesto la innegable necesidad de regular con mayor profundidad los estándares de conducta de los administradores en el grupo con dificultades.

17 Comentada por QUIJANO, J., "Los deberes de los administradores sociales y la calificación del concurso (Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017)". *Anuario de Derecho Concursal* 44/2018, parte Jurisprudencia. Comentarios. Editorial Civitas, 2018.

II. Consideraciones particulares sobre el uso del *cash-pooling* en situaciones previas al concurso

Uno de los mecanismos típicamente empleado en grupos, y que puede ayudar a plantear en un plano concreto los anteriores conceptos es el *cash-pooling*.

El *cash-pooling* se define como un sistema de optimización de caja que se emplea ampliamente en grupos de empresas con la finalidad de que la caja sobrante de una de ellas se use para cubrir las necesidades de caja de las otras. La propia naturaleza de este mecanismo lleva a que, cuando las necesidades de liquidez empiezan a manifestarse, el uso del mismo se intensifique.

Pues bien, en palabras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 24 de octubre de 2016, el *cash-pooling* no “determina en modo alguno la confusión que la consolidación de masas implica (...)”, si bien la disociación entre consolidación de masas y *cash-pooling* se condiciona a que los flujos estén adecuadamente documentados¹⁸.

Con rotundidad se ha pronunciado también sobre este sistema la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) en su Sentencia de 19 de enero de 2018 [JUR 50839, 2018] al señalar la licitud del sistema. De ahí que no quepa concluir por su mera existencia que se produzca una salida fraudulenta de bienes.

Debemos partir en este momento de que la doctrina que ha estudiado con profundidad este mecanismo y su incidencia en la calificación del concurso, señala siempre que la responsabilidad de los administradores solo surge cuando se producen manifestaciones patológicas del *cash-pooling*¹⁹. No se trata de un punto de partida de una salida fraudulenta de bienes ni de irregularidades contables²⁰, sino que parece más bien que el punto de vista es el contrario.

Desde un punto de vista puramente societario, el *cash-pooling*, un mecanismo de suma cero para el grupo, siempre va a dar lugar a saldos de diferente signo para distintas sociedades de un mismo grupo, sin que ello tenga que ser como manifestación de principios un incumplimiento de los deberes de los administradores de las sociedades que quedan en negativo. De lo contrario, el *cash-pooling* simplemente no podría existir.

La problemática del *cash-pooling* puede surgir cuando se produce el colapso de todo el grupo con el mantenimiento del *cash-pooling*. En concreto, puede plantearse si la existencia de dicho mecanismo ha contribuido o no a la situación de insolvencia. Ya nos hemos referido *supra* al deber del administrador de evitar la insolvencia, pero incluso ese deber debe evaluarse en un ámbito de grupo. Así, debe valorarse el grado de interdependencia entre las distintas sociedades que componen el grupo. En los supuestos de acusada interdependencia, ya no solo por la existencia de la gestión de caja centralizada, sino por otros factores comerciales u operativos, hay que plantearse que el mantenimiento del *cash-pooling* por

18 También entre nuestra doctrina, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. y FLORES SEGURA, M., “La confusión de patrimonios en los procedimientos de insolvencia: consolidación sustantiva y mecanismos alternativos”. *Anuario de Derecho Concursal* 49/2020, Estudios, Editorial Civitas, 2020.

19 FUENTES NAHARRO, M., “El contrato de cash pooling”. *Revista de Derecho Mercantil* 291, 2014.

20 VALDÉS PONS, S. “El contrato de cash pooling en los grupos de sociedades. Aspectos contractuales, societarios y concursales”. Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

el administrador puede realizarse no solo en el interés del grupo sino también, y, sobre todo, por el interés de la propia sociedad de evitar en la medida de lo posible un colapso del grupo que pueda a su vez dificultar o impedir su viabilidad. Es decir, el administrador realizaría un sacrificio para alcanzar un bien superior, que no solo es la supervivencia del grupo, sino la supervivencia de la filial de la que la primera depende.

Existen pocas sentencias que han declarado la calificación del concurso como culpable en el ámbito de un sistema de gestión centralizada de caja, aunque las mismas revelan una manifestación patológica del *cash pooling* o una ausencia de documentación de la misma. Es el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de 27 de marzo de 2020 [JUR 152645, 2020], que consideró que no se había acreditado la existencia del contrato de *cash-pooling*.

Ahora bien, el *cash-pooling*, en su manifestación más ordenada, tiene una función de compensación de riesgos dentro de las compañías que forman parte del mismo, lo que será la verdadera ventaja compensatoria para dichas compañías.

III. Conclusión

Si las situaciones de tensión de tesorería comportan dificultades inherentes a la supervivencia de la empresa, en contextos muchas veces complejos, los administradores de las compañías (sobre todo si forman parte de grupos) que se encuentran en esa situación también se encuentran muchas veces en encrucijadas complejas. La disparidad de intereses, junto con las posibles impugnaciones de la conducta del administrador, se multiplican.

Desde ese punto de vista, la Directiva plantea una reorientación de la perspectiva del administrador que debe llevarles a considerar los intereses de distintos agentes, ajenos de los socios de la sociedad. Sin embargo, ese mero planteamiento, sin un desarrollo adecuado, puede empeorar el problema y dejar en la indefinición qué debe hacer o no el administrador en estas situaciones.

Es necesario incidir en que los administradores deben recabar la información adecuada y asesorarse en el momento de llevar a cabo las decisiones arriesgadas a las que sin duda se pueden enfrentar en estas situaciones. Sobre dicha cuestión abunda también la Directiva. Lo relevante no debería ser el resultado sino el establecimiento de un proceso de decisión racional que ayude a justificar las distintas decisiones.

En España seguimos a la expectativa sobre la dirección que adoptará la transposición de la Directiva. Esa circunstancia junto con la dilatada moratoria concursal aconseja que los administradores extremen las precauciones y recaben toda la información que pueda ayudar a salvar su compañía, y en última instancia, su propia responsabilidad.

La compraventa de unidades productivas en sede concursal. Algunas cuestiones a resolver sobre sus efectos

Jordi Gras Sagrera
Socio de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE
LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

I.	Introducción	59
II.	Concepto de unidad productiva. ¿Necesidad que incluyan medios humanos? El perímetro: ¿Debe mantenerse la identidad de la unidad productiva transmitida?	61
	1. Medios humanos	61
	2. Identidad de la unidad productiva	63
III.	Efectos de la transmisión	64
	1. Sucesión de empresa. Deuda de la concursada con acreedores distintos a empleados y a seguridad social	64
	2. Sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social	65
	3. Subrogación del adquirente en contratos, contratos administrativos y en licencias o autorizaciones administrativas afectas al mantenimiento de la actividad	68
	4. Competencia del juez del concurso	69
IV.	Conclusiones	72

Índice/



Resumen: La compraventa de unidades productivas en sede concursal ha sido una herramienta frecuentemente utilizada en los últimos diez años, que ha servido a determinados inversores normalmente especializados en este tipo de operaciones para acometer adquisiciones estratégicas, asumiendo no pocos riesgos, a cambio de un precio ventajoso. La experiencia acumulada pone de manifiesto que la compraventa de unidad productiva en sede concursal puede cumplir con los dos objetivos esenciales del ordenamiento concursal: la satisfacción de los acreedores y la continuidad de la actividad empresarial viable, con el consiguiente mantenimiento de puestos de trabajo y de tejido empresarial.

Sin embargo, tampoco debemos obviar que la parca regulación de la venta de unidades productivas en nuestro sistema concursal genera la existencia de demasiadas incertidumbres y una importante inseguridad jurídica para todos los operadores. En ocasiones, también, ha podido dar lugar a situaciones oportunistas o, incluso, fraudulentas, lo que ha provocado un cierto rechazo por parte de los acreedores, particularmente de los acreedores públicos y de las entidades financieras.

En la compraventa de unidades productivas de empresas en concurso de acreedores el inversor asume riesgos e incertidumbres ajenos en las operaciones clásicas de M&A a cambio de un precio más reducido. Por ello, la aproximación a este tipo de operaciones debe ser necesariamente distinta a la que se realizaría en un contexto no concursal, siendo necesario comprender: (i) el régimen propio del concurso de acreedores; (ii) los actores que participan en el proceso; (iii) los riesgos e incertidumbres asumidas, (iv) las limitaciones transaccionales propias del marco concursal y, en fin; (v) el *momentum* dentro del procedimiento concursal en el que se va a efectuar la operación.

La comprensión de todos los elementos anteriores y el diseño de una estrategia *ad hoc* para cada adquisición es decisiva para que el inversor pueda optimizar las ventajas que conlleva la transmisión en el marco de un concurso y minimizar los riesgos inherentes a este tipo de operaciones, en especial el riesgo de sucesión de empresa.



Abstract: The sale and purchase of production units in insolvency proceedings has been a frequently used tool in the last ten years, which has been used by certain investors who specialise in such transactions to make strategic acquisitions. These investors assume a number of risks in exchange for an attractive price. Past experience shows that the sale and purchase of a production unit in insolvency proceedings can fulfil the two essential objectives of the insolvency system: the satisfaction of creditors and the continuity of viable business activity with the consequent preservation of jobs and the business structure.

However, we must not forget that the scant regulation of the sale of production units in the Spanish insolvency system creates too many uncertainties and significant legal uncertainty for all parties. At times, it has also given rise to opportunistic or even fraudulent situations, which has caused a certain degree of reluctance on the part of creditors, particularly public creditors and financial institutions.

In the sale and purchase of production units of companies in insolvency proceedings, in exchange for a lower price, the investor assumes risks and uncertainties that are quite different from those in conventional M&A transactions. Therefore, the approach to this type of transaction must necessarily be different from that of a non-insolvency transaction. It is necessary to understand: (i) the insolvency regime; (ii) the parties involved in the process; (iii) the risks and uncertainties assumed, (iv) the transactional limitations inherent in the insolvency framework and, finally; (v) the momentum within the insolvency proceedings in which the transaction is to be carried out.

Understanding all of the above elements and designing an ad hoc strategy for each acquisition is crucial in order for the investor to optimise the benefits of an insolvency sale and minimise the risks inherent in this type of transaction, in particular the risk of corporate succession.



Palabras clave: Concurso, unidad productiva, *ultra vires*, liquidación de activos, sucesión de empresa, subrogación, empleados, juez del concurso

Keywords: Insolvency, production unit, *ultra vires*, liquidation of assets, corporate succession, subrogation, employees, insolvency judge

La compraventa de unidades productivas en sede concursal.

Algunas cuestiones a resolver sobre sus efectos

I. Introducción

La Ley 22/2003, de 22 de julio, Concursal ("LC") preveía dos soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación. La Exposición de Motivos (apartado VI) establecía que el convenio era la solución normal del concurso¹.

Pronto pudo constatarse que el legislador fue demasiado optimista, ya que alrededor del 95% de los concursos de acreedores finalizan con la venta de activos en fase de liquidación². Las razones que se han esgrimido tradicionalmente para que sea así (y que una suele ser consecuencia de la otra) son dos³: en primer lugar, el deudor suele llegar tarde al concurso de acreedores; en segundo lugar, la aprobación de un convenio supone contar con la confianza de los acreedores (proveedores, entidades financieras, trabajadores, etc.) en que el deudor podrá superar sus problemas económicos y gestionar adecuadamente un plan de viabilidad y un plan de pagos, lo que escasamente ocurre. Cuanto más tarde se llega al concurso, más deteriorada suele ser la situación económica del deudor, más complicada su viabilidad futura y, por tanto, mayor es la dificultad para que los acreedores depositen confianza alguna en su deudor.

Descartado el convenio de acreedores, las operaciones de compraventa de unidades productivas en concurso se convirtieron pronto en la única solución al concurso que permitían mantener la actividad productiva y el empleo en la fase de liquidación⁴. En este sentido, los artículos 416.2 y 422 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal ("TRLR") priorizan la venta de unidades productivas sobre la liquidación individualizada de activos⁵.

Uno de los factores más relevantes para la viabilidad de este tipo de operaciones es el tiempo ya que el transcurso del mismo no hace más que depreciar, sino destruir, el valor de la unidad productiva. Por ello, ha sido práctica habitual que los administradores concursales hayan solicitado autorización de los jueces de lo mercantil para iniciar los procesos de venta de unidades productivas en concurso en fase común, sin necesidad de esperar a que se aprobara el plan de liquidación (artículo 205 TRLC⁶). La posibilidad de realizar propuestas de convenio con proposición de transmisión de unidades productivas (artículo 328 TRLC⁷) es otra vía apenas utilizada por las concursadas debido a la dificultad de encontrar el necesario apoyo de los acreedores que requiere la aprobación de un convenio de este tipo.

El propio legislador ha sido consciente de todo lo anterior y ha ido reformando la LC para procurar la rápida liquidación de los activos del deudor y, por tanto, para agilizar la eventual transmisión de unidades productivas. El Real Decreto-Ley

1 La Exposición de Motivos (apartado VI) LC tiene el siguiente tenor literal: "Las soluciones del concurso previstas en la ley son el convenio y la liquidación para cuya respectiva tramitación se articulan específicas fases en el procedimiento. El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud".

2 En 2020, de 1085 concursos de acreedores sólo 111 alcanzaron la fase de convenio. El resto (un 93,8%) abrieron fase de liquidación (fuente: "Estadística Concursal. Anuario 2020". Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, pág. 30).

3 Vid. ESCOLÀ BESORA, M.E., "La venta de la unidad productiva en sede concursal". Varios autores. Wolters Kluwer, S.A., 2015. Pág. 83.

4 Entre muchas otras, cabe destacar, por ejemplo, las transmisiones de unidades productivas en concurso de acreedores de Cacaolat, Indo, Provenin o Abantia.

5 Los derogados artículos 148 LC y 149.1.1ª LC ya establecían la mencionada preferencia.

6 El art 43.2 LC, derogado por el TRLC, ya establecía la posibilidad de que el administrador concursal solicitara autorización al juez del concurso para transmitir activos de la concursada (entre ellos, la unidad productiva) en fase común.

3/2009 introdujo el artículo 142 bis LC, que permitía anticipar la liquidación de los activos sin necesidad de esperar a que el valor de los activos se deteriorara mientras se tramitaba la fase común. Aunque la liquidación anticipada todavía es posible (artículo 406 TRLC), lo cierto es que en el contexto de la crisis financiera iniciada en 2008 la reforma de 2009 se reveló insuficiente, y el artículo 142 bis LC quedó derogado por la Ley 38/2001, de reforma de la Ley Concursal, que introdujo la posibilidad de tramitar de forma abreviada las solicitudes de concurso de acreedores que adjuntasen a la solicitud una oferta vinculante para la compra de unidad productiva (véanse los derogados artículos 190.3 y 191 ter LC, actualmente artículos 523 y 530 TRLC).

No obstante, la regulación de la venta de unidades productivas en concurso de acreedores padecía de importantes lagunas en cuestiones esenciales, lo que generaba gran inseguridad jurídica y entorpecía el éxito de este tipo de operaciones. En efecto, cuestiones tan relevantes como la sucesión de empresa del adquirente en las deudas a efectos laborales y de la Tesorería General de la Seguridad Social, la subrogación de los contratos esenciales para la continuidad de la actividad la posibilidad de que fuese el propio empresario deudor quien adquiriese la unidad productiva despojada de la deuda concursal encontraban distintas respuestas por parte los distintos Juzgados de lo Mercantil. Algunas de estas cuestiones carentes de regulación fueron abordadas por los acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Catalunya, aprobados en el seminario de 3 julio de 2014. El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal recogió muchas de las reglas establecidas en los mencionados acuerdos que se mantuvieron en la reforma introducida por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Así, una de las novedades más relevantes introducida por la Ley 9/2015 fue la de convertir las reglas legales supletorias al plan de liquidación ex artículo 149 LC en reglas obligatorias. Entre ellas, las reglas de aplicación de levantamiento o subsistencia de garantías reales y las de sucesión de empresa a efectos laborales y de la Tesorería General de la Seguridad Social.

7 Anteriormente, el derogado artículo 100.2.II LC establecía la misma posibilidad de que el plan de viabilidad de una propuesta de convenio contuviera proposiciones de venta de unidad productiva.

8 En el Capítulo III TRLC ("De la conservación y enajenación de la masa activa") del Título IV ("De la masa activa") del Libro I ("Del concurso de acreedores"), la Sección 2.^a ("De la enajenación de bienes y derechos de la masa activa") contiene una Subsección 3.^a que lleva por título "De las especialidades de la enajenación de unidades productivas" integrada por los artículos 215 a 224.

9 Vid. artículo 215 TRLC, que usa la expresión "en cualquier estado del concurso".

Frente al panorama descrito, el TRLC ofrece una regulación más sistemática, completa y uniforme, común a todas las fases del procedimiento concursal integrada por los artículos 215 a 224 TRLC⁸. Dichos preceptos contienen una regulación para las operaciones de transmisión de unidad productiva llamada a resolver (aunque ya asoman algunas sombras) las lagunas existentes y que se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento concursal⁹ en que se plantee la transmisión de la unidad productiva.

II. Concepto de unidad productiva. ¿Necesidad que incluyan medios humanos? El perímetro: ¿Debe mantenerse la identidad de la unidad productiva transmitida?

El artículo 200.2 TRLC establece que “se considera unidad productiva el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria”. Ya con anterioridad a la aprobación del TRLC, el artículo 44.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (“**ET**”) y el derogado artículo 149.4 LC definían a la unidad productiva como una “entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”. Por su parte, el artículo 42.1 letra c) de la Ley General Tributaria define a las unidades productivas como “las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas”.

1. Medios humanos

El artículo 200.2 TRLC no ha aclarado una duda fundamental que existía antes de su aprobación: ¿es necesaria la existencia de trabajadores para poder hablar de “unidad productiva”?

Para resolver dicha duda se ha acudido frecuentemente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”) que, sin embargo, no ha ofrecido una solución unívoca. En algunas ocasiones el TJUE ha definido a la unidad productiva como el “conjunto de medios materiales y humanos que se utilizan para el desarrollo de la actividad que lleva a cabo el concursado”¹⁰.

Sin embargo, en otros asuntos el TJUE se ha inclinado por estimar que la existencia de contratos laborales (medios humanos) no es un requisito indispensable para entender que se transmite una unidad productiva, sino que se trata de otro elemento más a valorar¹¹.

Según la primera tesis, únicamente con la combinación de medios materiales y humanos podría hablarse de unidad productiva (de lo contrario, estaríamos ante una venta en globo de todo el activo). Conforme a la segunda tesis, si la transmisión del conjunto de medios materiales es suficiente para proseguir con la explotación de un negocio, resultaría posible afirmar que lo que se transmite es una unidad productiva, aunque no se transmitan contratos laborales.

La distinción entre venta de unidad productiva y venta en globo de todo el activo no es, en absoluto, una discusión meramente doctrinal. La diferenciación resulta esencial por cuanto tiene implicaciones a efectos administrativos, contractuales o de sucesión empresarial para el adquirente. Si nos acogemos a la segunda tesis (es decir, no es necesario para que exista unidad productiva la existencia

10 Vid. STJUE de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, C-340/01, EU:C:2003:629.

11 Vid. SSTJUE de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565; de 26 de noviembre de 2015, Aira Pascual y otros, C-509/14, EU:C:2015:781, y, de 7 de agosto de 2018, Colino Sigüenza, C-472/16, EU:C:2018:646.

de trabajadores) deben operar los efectos de subrogación en contratos afectos a la actividad, de cesión de los contratos administrativos y de subrogación en las licencias y autorizaciones administrativas afectas a la actividad de la unidad productiva, establecidos en los artículos 222 a 224 TRLC¹² (anteriormente, el derogado artículo 146 bis LC). En cambio, en estos supuestos no deberían operar los efectos de la sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social ex artículo 221 TRLC¹³ (anteriormente contenidos en el derogado artículo 149.4 LC).

En efecto, la regla de la sucesión de empresa a afectos laborales y de la Tesorería General de la Seguridad Social es una regla destinada a proteger a los trabajadores integrados en una unidad productiva. Si la adquirente de la unidad productiva no se subroga en la posición de empleador en ningún contrato laboral no debería haber razón para exigirle las deudas con trabajadores y, mucho menos, las que la concursada pueda tener con la Tesorería General de la Seguridad Social¹⁴.

12 Art. 222. Subrogación del adquirente.

1. En caso de transmisión de una o varias unidades productivas, el adquirente quedará subrogado en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial que se desarrolle en la unidad o unidades productivas objeto de transmisión, sin necesidad de consentimiento de la otra parte.
2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, la cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo establecido en la legislación sobre contratos del sector público.
3. Cuando el adquirente continúe la actividad en las mismas instalaciones, también quedará subrogado en las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional que formen parte de la unidad productiva.

Art. 223. Exclusiones a la subrogación por voluntad del adquirente.

La transmisión de una unidad productiva no implicará la subrogación del cesionario respecto de aquellas licencias, autorizaciones o contratos no laborales en los que el adquirente, al formular la oferta, haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse.

Art. 224. Efectos sobre los créditos pendientes de pago.

1. La transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo en los siguientes supuestos:

- 1.º Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación.
- 2.º Cuando así lo establezca una disposición legal.

3.º Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

2. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado.

13 Art. 221. Sucesión de empresa.

1. En caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa.
2. El juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa.

2. Identidad de la unidad productiva

Como hemos visto el artículo 200.2 TRLC considera unidad productiva al “conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria”. El concepto coincide sustancialmente con la definición establecida a efectos laborales por el artículo 44.2 ET (“conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”) y por la establecida en el artículo 149.4 LC (“entidad económica” que “mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”).

Algunos autores han subrayado que la referencia a la “entidad económica” que “mantenga su identidad”, contenida en el artículo 44.2 ET y en el artículo 149.4 LC, no aparece en el artículo 200.2 TRLC, poniendo de manifiesto una eventual modificación en el concepto de unidad productiva que se habría introducido por el TRLC. Según esta tesis, la redacción del actual artículo 200.2 TRLC no exigiría respetar la configuración o identidad que la unidad productiva tenía antes de su transmisión y en el procedimiento concursal podrá establecerse un nuevo perímetro de la unidad productiva y, por tanto, se pueden variar los elementos integrantes de la unidad productiva objeto de transmisión¹⁵.

A nuestro entender, el TRLC no ha introducido ninguna modificación en el concepto de unidad productiva. La normativa laboral y concursal anterior simplemente hablaban de una “entidad económica” que “mantuviese su identidad”. Dicha identidad se tenía que entender en el sentido de que se tratase de “un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica”. En ningún caso se exigía que se mantuviese la configuración originaria de la unidad productiva, sino que simplemente se establecía que existía esa unidad productiva cuando se estaba ante un conjunto organizado de medios para la realización de una actividad económica. Ese conjunto organizado de medios para la realización de una actividad económica no tenía que coincidir necesariamente con la conformación que tuviese antes de su transmisión. De hecho, venía sucediendo absolutamente lo contrario: el perímetro de la unidad productiva transmitida no solía coincidir con el perímetro que tenía aquella unidad productiva antes de su transmisión. En no pocas ocasiones, el administrador concursal, al solicitar el inicio de un proceso de venta de unidad productiva (ya sea en fase común o en fase de liquidación con el plan de liquidación) desgajaba ese conjunto organizado de medios para la realización de una actividad económica en varias unidades productivas para facilitar la búsqueda de interesados o separaba algunos activos porque ya no se utilizaban la actividad que se transmitía o porque simplemente pensaba que podía obtener mayor líquido a través de una liquidación separada. En otros casos, había empleados que causaban baja durante el propio proceso concursal (por ejemplo, porque no querían unirse al proyecto de la adquirente).

En conclusión, con la normativa laboral y concursal anterior al TRLC ya resultaba perfectamente posible que el perímetro de la unidad productiva objeto de

14 Vid. CÓRDOBA ARDAO, B.M., magistrada especialista mercantil, titular del Juzgado Mercantil n.º 13 de Madrid. “Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal”. *Diario La Ley*, núm. 9617, 21 de abril de 2020, Wolters Kluwer.

15 Vid. Palomo Valda, E., magistrado del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Social, “Ley Concursal y Derecho laboral: principales aspectos”, en Congreso Laboral Lefebvre 2020, 14 de octubre de 2020, pp. 22-24.

transmisión no coincidiese con el perímetro de la unidad productiva finalmente transmitida en sede concursal. El requisito nuclear (con la LC y con el TRLC) es que se trate de un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica. En palabras de la doctrina¹⁶: “aun cuando desaparece la referencia precedente al mantenimiento de la identidad, ello no significa que no deba estar también presente. Sólo se debe a un propósito de simplificación formal y de mayor sencillez del precepto frente a la amplia redacción anterior. El propio concepto de unidad productiva exige la concurrencia de todos los requisitos que están presentes en la definición”.

III. Efectos de la transmisión

Los efectos de la transmisión de la unidad productiva en sede concursal es uno de los asuntos más trascendentes, sino el que más, cuando se plantea la compraventa de una unidad productiva. En efecto, según cuáles sean los efectos de la transmisión de la unidad productiva la unidad productiva va a encontrar mercado o, por el contrario, la transmisión de la misma y la continuidad de la actividad y el mantenimiento del empleo va a resultar inviable. Siendo lo anterior así, lo cierto es que tradicionalmente ha sido uno de los aspectos que mayor incertidumbre e inseguridad jurídica ha producido, razón por la cual se han perjudicado muchas operaciones de este tipo.

Entre otras, dos cuestiones a las que hay que responder en las transmisiones de unidades productivas en sede concursal son si va a existir o no sucesión de empresa y si el adquirente va a subrogarse o no en la deuda laboral y con la Tesorería General de la Seguridad Social de la concursada.

1. Sucesión de empresa. Deuda de la concursada con acreedores distintos a empleados y a seguridad social

Para responder a la primera de las cuestiones planteadas acerca de si existirá o no sucesión de empresa debemos estar a lo que establece el artículo 221 TRLC que, bajo el título de “Sucesión de empresa” establece en su apartado 1 lo siguiente: “en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa”¹⁷.

A sensu contrario, para los efectos que no sean laborales ni de seguridad social parece claro que el legislador excluye el efecto de sucesión de empresa y que, por tanto, el adquirente de la unidad productiva en concurso no va a subrogarse en las deudas que la concursada mantenga (ya sean concursales o contra la masa) con acreedores distintos a empleados y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Debemos destacar, en este sentido, la regla contenida en el artículo 224.1. TRLC por cuanto establece como norma general que “la transmisión de una unidad

16 RUBIO VICENTE, P.J., “Las especialidades de la enajenación de unidades productivas en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal”, en *Revista la Ley Concursal y Paraconcursal*, núm. 33/2020 de 1 de julio de 2020, p. 22.

17 En términos esencialmente coincidentes, vid. el derogado artículo 149.2 LC.

productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa”.

Según el apartado 2 del artículo 224 TRLC, “las previsiones del apartado 1 no serán de aplicación cuando los adquirentes sean personas especialmente relacionadas con el concursado”. Por tanto, seguirá rigiendo la regla de que las personas especialmente relacionadas con el deudor adquirentes de una unidad productiva serán responsables de toda la deuda de la concursada (en estos casos, sí que habrá sucesión de empresa a todos los efectos)¹⁸. Por tanto, se aplicará si ninguna limitación lo establecido con carácter general en el artículo 44 ET y el adquirente se subrogará en todas esas deudas, sin limitación y sin posibilidad de utilizar la facultad de exoneración que se establece en el artículo 224.1.3º TRLC. La medida persigue evitar situaciones fraudulentas y que la venta de unidad productiva en sede concursal sirva para dejar dicha unidad productiva sin deudas, sin que la misma cambie realmente su propiedad y/o control, en claro perjuicio de los acreedores de la concursada¹⁹. Por otro lado, la subrogación del adquirente en todas las deudas de la concursada se aplica también cuando las personas especialmente relacionadas con el deudor utilicen personas interpuestas (físicas o jurídicas) para efectuar la adquisición²⁰.

2. Sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social

Ya hemos visto la previsión del artículo 221 TRLC acerca de la existencia del efecto de sucesión de empresa a efectos laborales y de la seguridad social.

Con la regulación precedente de la LC, la norma de referencia era el artículo 149.4, que establecía que cuando como consecuencia de la enajenación de una unidad productiva “mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa”.

Verificada la sucesión de empresa, se aplicaba el artículo 44.1 ET que dispone que “el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”. En el apartado 2 del mencionado precepto queda establecido que “se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”. El adquirente, además, responde solidariamente con el cedente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a las transmisiones no satisfechas con carácter previo a la transmisión (artículo 44.3 ET).

18 Vid. en este mismo sentido, el derogado artículo 146 bis LC.

19 Vid. RUIZ DE LARA, M., magistrado especialista mercantil, titular del Juzgado Mercantil núm.17 de Madrid, “La venta y la adquisición de unidades productivas en el procedimiento concursal. Problemas básicos en fase común y en fase de liquidación”, Colegio de Economistas de Cataluña, p. 24.

20 Vid. auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 7 de octubre de 2013 (ES:JM-M:2013:52A).

La responsabilidad del adquirente por sucesión de empresa en materia de seguridad social resulta de los artículos 18, 142.1 y 168 del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

El artículo 224.1.3º TRLC establece una importante previsión en relación con las deudas laborales y de la seguridad social que asume el adquirente de la unidad productiva y que debería resolver una de las incertidumbres a las que se enfrentaban todos los operadores: el adquirente asumirá la obligación de pago de las deudas laborales y frente a la Tesorería General de la Seguridad Social “en cuyos contratos quede subrogado el adquirente”.

Antes de la entrada en vigor del TRLC, existía disparidad criterios acerca de si las reglas sobre sucesión de empresa del artículo 44 ET y las correspondientes en materia de seguridad social a la transmisión de unidades productivas en concurso se aplicaban o no a todas las deudas de esta naturaleza del concursado. En particular, se discutía si el adquirente se subrogaba o no en la deuda laboral y de seguridad social correspondientes a relaciones laborales no asociadas a la unidad productiva transmitida. Algunos juzgados optaban por incentivar la venta de unidades productivas por lo que no se exigía al adquirente la subrogación en deudas laborales y de seguridad social correspondientes a relaciones laborales no incluidas en el perímetro de la unidad productiva. Sin embargo, otros juzgados: (i) apreciaban que existía sucesión de empresa con respecto a los trabajadores no asumidos expresamente por el adquirente; e, incluso (ii) extendían dicha sucesión para ex trabajadores con relación laboral extinguida antes de la declaración del concurso²¹.

21 Vid. auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, de 24 de julio de 2015 (ES:JM-B:2015:113A), que resume ambas posiciones.

22 Vid. auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 12 de noviembre de 2015 (JUR 2016\248863); auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Alicante, de 13 marzo 2015 (JUR 2015\96236), y; auto del Juzgado Mercantil núm. 5 de Barcelona, de 13 de abril de 2015 (JUR 2015\137364).

23 Vid. SSTS (Sala Cuarta) 754/2018, de 12 de julio (ES:TS:2018:3199), y; 594/2018, de 5 de junio (ES:TS:2018:2351).

Aunque es cierto que buena parte de la jurisprudencia menor interpretaba que la obligación del adquirente de asumir las obligaciones laborales y de seguridad social quedaba limitada a los trabajadores adscritos a la unidad productiva enajenada y no al conjunto de la plantilla de la mercantil concursada²², lo cierto es que este no fue el entendimiento de Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que entendió que no resultaba posible exonerar al adjudicatario de las deudas laborales derivadas de contratos laborales ya extinguidos a la fecha de transmisión de la unidad productiva²³.

Esta interpretación desincentivó la proliferación de este tipo de operaciones por la indudable carga que suponía para el adquirente que, según esta tesis, se subrogaba en toda la deuda laboral y de seguridad social de la concursada, aunque se tratase de deuda laboral y de seguridad social correspondiente a trabajadores no incluidos (y expresamente excluidos) del perímetro de la unidad productiva adquirida.

El artículo 224.1.3º TRLC supone un giro copernicano. Se introduce una regla especial aplicable a la transmisión de unidades productivas dentro del concurso que supone una excepción a la regla general en materia de sucesión de empresa

a efectos laborales y de seguridad social: la obligación de pago contraída por el adquirente de la unidad productiva queda circunscrita a los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El adquirente no deberá asumir todas las deudas laborales y de seguridad social del concursado, sino únicamente las de los trabajadores de la unidad productiva, en cuyos contratos también quede subrogado el adquirente. Por otro lado, el precepto mantiene la posibilidad que ya recogía la anterior normativa, por la que el juez puede acordar que el adquirente no se subroga en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial según lo previsto en el ET. El juez del concurso dispone de una gran discrecionalidad para determinar esa exención, sólo limitada a los contratos en los que quede subrogado el adquirente. La práctica habitual será que el juez del concurso acuerde dicha exención para tratar de hacer más viable la transmisión de la unidad productiva.

La jurisdicción mercantil parece que ha acogido favorablemente la nueva regulación del TRLC. Por ejemplo, el Juzgado de lo Mercantil núm. 13 de Madrid²⁴ ha establecido lo que “lo que hace el artículo 221 y 224 del TRLC es, nuevamente, poner fin a esa inseguridad jurídica, acogiendo el refundidor, la tesis defendida por la jurisdicción mercantil, y es que la sucesión de empresas a efectos laborales y de la seguridad social sólo se aplica respecto de los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente. Aun cuando ello pudiera parecer una merma de los derechos de los trabajadores, no lo considero así pues justamente, gracias a esa reducción de la deuda laboral, los adquirentes quizás se animen a contratar a más empleados, al reducirse ese coste y ese riesgo sin que decir tiene que habrá más inversores dispuestos a adquirir las unidades productivas y subrogarse en los puestos de trabajo, con el consiguiente beneficio para el concurso y para la economía en general. Por lo expuesto, acuerdo declarar que la sucesión de empresas a efectos laborales y de la seguridad social se rige por lo dispuesto en el artículo 224 TRLC, siendo ésta la norma especial”.

No obstante lo anterior, no es difícil pronosticar que el conflicto jurídico entre jurisdicciones y criterios interpretativos persistirá. Y ello porque, como hemos visto, la nueva regulación del TRLC contradice la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo que venía interpretando el artículo 149.4 de la Ley Concursal. Así, si un tribunal interpreta –como ya ha sucedido– que el nuevo artículo 224 TRLC se ha excedido con respecto a la delegación legislativa realizada al Ejecutivo para refundir la legislación concursal (*ultra vires*), podría inaplicar la disposición que permite limitar la responsabilidad del adquirente por deudas salariales y de seguridad social a los trabajadores adscritos a la unidad productiva transmitida. En este sentido, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Barcelona²⁵ ya ha declarado que: “la atribución de la competencia única que el artículo 221.2 del TRLC aprobado por el RD Legislativo 1/2020 otorga al juez del concurso para declarar la existencia o no de sucesión de empresa en los supuestos de enajenación de una unidad productiva en el marco de un proceso concursal

24 Vid. auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 13 de Madrid, de 23 de noviembre de 2020 (JUR 2021\46524).

25 Vid. auto del Juzgado de lo Social núm. 5 de Barcelona 13/2021, de 29 de enero (JUR 2021\54685).

constituye un exceso de los límites de la delegación legislativa *-ultra vires-* [...]. Consecuentemente con esta consideración [...] no se hace aplicación aquí del referido precepto 221.2 del TRLC, sino que se aplica la regulación que al respecto ya estaba consolidada de forma pacífica antes de la entrada en vigor de este texto refundido, afirmándose así la competencia de este órgano jurisdiccional social”.

Con este panorama, resulta imprescindible que el legislador no malogre la oportunidad de la próxima trasposición de la Directiva Europea 2019/1023 para reformar la legislación concursal en este punto y dotar a todos los operadores de la necesaria seguridad jurídica²⁶. Es necesario que se ratifique lo que ya ha establecido en el artículo 224.1.3ª TRLC en el sentido que el adquirente únicamente va a subrogarse en las deudas laborales y de seguridad social “correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente” y que se dejase fuera de toda duda que las deudas de trabajadores y de seguridad social correspondientes a trabajadores de la concursada que no van a formar parte de la unidad productiva deberán ser asumidas por la concursada. Por el momento, en el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva(UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 no aparece ninguna norma al respecto más que la previsión de que “el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen”²⁷.

26 Vid. en este sentido lo que ya establecía el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, de 5 de febrero de 2015 (ES:JM-B:2015:86A): “conviene alertar que si ya es difícil vender en sede concursal una unidad productiva, tal venta resultaría prácticamente inviable si los jueces y tribunales no dotáramos a la misma de seguridad jurídica. Cualquier interesado en adquirir una unidad productiva en sede concursal, tiene el derecho a saber qué es lo que adquiere y el precio total que va pagar. En caso contrario, esto es, si no eliminamos esa contingencia, las posibilidades reales de venta se reducirán drásticamente con la consiguiente pérdida de empresas y de puestos de trabajo, en contra del espíritu que impera tanto la normativa comunitaria como la propia normativa nacional en materia concursal”.

27 Vid. art. único, modificación 48 del citado Anteproyecto, relativa al nuevo artículo 221 TRLC.

28 Vid. artículo 146 bis LC.

3. Subrogación del adquirente en contratos, contratos administrativos y en licencias o autorizaciones administrativas afectas al mantenimiento de la actividad

Tal y como se establecía anteriormente²⁸, el artículo 222 TRLC sigue manteniendo la norma de que en caso de transmisión de una unidad productiva, el adquirente se subrogará automáticamente en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial que se desarrolle en la unidad o unidades productivas objeto de transmisión, sin necesidad de consentimiento de la otra parte.

Igualmente, se establece que “la cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo establecido en la legislación sobre contratos del sector público” y que “cuando el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones, también quedará subrogado en las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional que formen parte de la unidad productiva”.

Congruente con la regla de que la unidad productiva adquirida no debe guardar necesariamente la misma identidad o perímetro que la unidad productiva originaria, el artículo 223 TRLC establece la posibilidad de que el adquirente excluya del perímetro de lo adquirido algunas licencias, autorizaciones o contratos no laborales.

4. Competencia del juez del concurso

El apartado 2 del artículo 221 TRLC establece una previsión que, aunque parezca meramente procesal de tipo competencial, esconde importantes consecuencias para el devenir de este tipo de operaciones y para otorgar seguridad jurídica a los operadores. Dicho precepto establece que “el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa”. En efecto, la previsión introducida en materia de competencia para determinar la existencia o no de sucesión de empresa en caso de transmisión de unidad productiva en sede concursal es una de las principales novedades introducidas por el TRLC. Precisamente por ello, algunos autores se han planteado la posibilidad de que la inclusión del precepto en el TRLC haya significado una extralimitación del Gobierno respecto de la habilitación conferida para la utilización de la técnica de la refundición normativa, a pesar de los informes favorables del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial²⁹.

En este punto, cabe destacar que, tras no pocos desacuerdos en el ámbito judicial y doctrinal, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había dejado establecido que correspondía a la jurisdicción social la competencia para decidir si hay o no sucesión de empresa en la venta o transmisión de una unidad productiva en sede concursal³⁰.

El Tribunal Supremo entendía que, cuando el juez de lo mercantil se pronunciaba sobre la existencia o inexistencia de sucesión de empresa y su alcance, lo hacía únicamente a efectos prejudiciales y la eficacia de sus pronunciamientos se limitaba al ámbito del procedimiento concursal, no pudiendo afectar a sujetos que no eran parte de dicho procedimiento. Consecuentemente, los jueces y magistrados del orden social no quedaban vinculados por la resolución del juez de lo mercantil estableciendo los efectos de la sucesión de empresa. La jurisdicción social venía entendiendo que el efecto de la sucesión de empresa a efectos laborales incluía a todos los trabajadores con independencia de que los mismos estuviesen o no incluidos en el perímetro de la unidad productiva³¹. Como hemos visto, el TRLC establece justamente lo contrario. Según el tenor del artículo 221.2 TRLC, desde el 1 de septiembre de 2020, la competencia para establecer la sucesión de empresa en caso de transmisión de unidad productiva en sede concursal es exclusiva del juez del concurso. También en relación con este punto, una de las principales cuestiones que ha suscitado el TRLC es la eventual extralimitación en las facultades conferidas al Gobierno en la delegación legislativa (*ultra vires*) al regular el artículo 221.2 TRLC (tal y como habíamos visto también para el artículo 224.1.3º TRLC)³². De nuevo, convendría que el legislador despejase las dudas suscitadas en la próxima trasposición de la Directiva Europea 2019/1023³³.

Cabe destacar lo establecido por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca³⁴. Este Juzgado, aún antes de la entrada en vigor del TRLC, entendió que la normativa anterior debe interpretarse en línea con las previsiones de los artículos 221.2 y 224.1.3º TRLC (aunque, como se ha visto, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se había decantado por sostener una tesis contraria).

29 Vid. informes favorables del Consejo de Estado, de 26 de marzo de 2020, del Consejo General del Poder Judicial, de 27 de septiembre de 2019. Este último con voto particular de Juan Martínez Moya.

30 Vid. las SSTS (Sala Cuarta), de 29 de octubre de 2014 (ES:TS:2014:5228) Roj: STS 5228/2014; 20/2017, de 11 de enero (ES:TS:2017:456) Roj: STS 456/2017; 30/2019, de 17 de enero (ES:TS:2019:367) Roj: STS 367/2019, y; 49/2019, de 23 de enero (ES:TS:2019:418) Roj: STS 418/2019.

31 Vid. AAP Madrid 2228/2017, de 12 de mayo (ECLI:ES:APM:2017:2228A) y Conclusiones de los magistrados especialistas de lo mercantil celebradas en Pamplona del 4 a 6 de noviembre de 2015.

32 RUBIO VICENTE, P.J., op. cit., p. 22.

33 Vid. el mencionado auto del Juzgado de lo Social núm. 5 de Barcelona, 13/2021, de 29 de enero (JUR 2021\54685).

34 Vid. auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, de 15 de mayo de 2020 (ES:JMIB:2020:64A).

Dicho Auto establece que: “si bien, la interpretación jurisprudencial que se ha ido consolidando respecto de la reforma acometida por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, extendiendo en la sucesión empresarial a la asunción de los créditos de seguridad social y, en concreto, toda la deuda y ser la jurisdicción social la competente para determinar la existencia de sucesión empresarial, si bien incluso era discutible según la lectura de la Ley Concursal, no hacía sino propiciar una gran inseguridad jurídica. Y, prácticamente, hacer inoperante la transmisión de unidades productivas en sede concursal. No obstante, los criterios jurisprudenciales a seguir parecían claros. Sin embargo, en este auto no puede desconocerse, que el pasado día 7 de mayo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal”.

Y sigue diciendo: “es cierto que este texto refundido de la Ley Concursal junto con el real decreto legislativo que lo aprueba, según la disposición final segunda, no entrará en vigor hasta el 1 de septiembre de 2020. Sin embargo, por lógica jurídica, teniendo presente que se supera una jurisprudencia que en cierta medida era desconcertante y que en cualquier caso en nuestro Derecho carece de carácter vinculante, en atención a la naturaleza y finalidad de un real decreto legislativo, los preceptos del texto refundido deben ser seguidos como criterio interpretativo de la competencia judicial y el ámbito de la sucesión empresarial que se contempla en el actual artículo 149.5 de la Ley Concursal vigente”.

El Juzgado descarta la posible existencia de un supuesto de *ultra vires*, porque entiende que cuando el legislador establece reglas de competencia y efectos de la venta de unidad productiva en materia de sucesión de empresa, no modifica el régimen anterior, sino que lo aclara (pese a la jurisprudencia sentada por la jurisdicción social). El TRLC, según esta tesis, viene a interpretar la normativa anterior y no a modificar el régimen existente.

El Juzgado “interpreta la actual redacción del artículo 149.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, 11/13 Concursal, conforme a los criterios aclarativos de los artículos 221, 222 y 224.1.3º del Rdl 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal”. Así, se declara competente para pronunciarse sobre la sucesión de empresa y considera que existe “sucesión de empresa, a efectos laborales y de seguridad social, conllevando exclusivamente la obligación de pago de los créditos no satisfechos que se correspondan con los contratos en los que quede subrogado el adquirente”. En este mismo sentido se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña³⁵ y, en sentido contrario (entendiendo que sí existe extralimitación por parte del Gobierno al regular esta cuestión), el Tribunal Superior de Justicia de Madrid³⁶.

35 Vid. auto del Juzgado de lo Mercantil de A Coruña 2839/2021, de 1 de junio (ECLI:ES:JM-C:2021:2839A)

36 Vid. auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 21/2021, de 26 de mayo (Diario La Ley, Nº 9890, Sección Jurisprudencia, 13 de Julio de 2021, Wolters Kluwer).

En cualquier caso, la cuestión en torno a la posible competencia de los juzgados de lo mercantil o de los juzgados de lo social para determinar la sucesión de empresa en las transmisiones de unidades productivas no es baladí. El juez debe determinar una primera cuestión primordial: debe decidir si lo que es objeto de transmisión es o no una unidad productiva. En caso afirmativo, habrá sucesión de empresa a los efectos laborales y de seguridad social. En el supuesto de que lo que se transmita sea un conjunto aislado de elementos patrimoniales no podrá haber sucesión de empresa. En segundo lugar, si el juez considera que lo que se está transmitiendo una unidad productiva, deberá determinar su perímetro. En materia laboral y de seguridad social, el juez deberá fijar las concretas relaciones laborales afectadas por la transmisión de la unidad productiva. En nuestra opinión, el juez que debería fijar tanto si lo que se está vendiendo es una unidad productiva o no y, sobre todo, el perímetro de lo que se transmite es el juez del concurso. Y lo debe hacer en la resolución en virtud de la cual autoriza la venta de esa unidad productiva o, en su caso, de activos aislados del patrimonio del deudor³⁷.

Se ha venido considerando que el juez social será más proclive a considerar la existencia de una unidad productiva y a ampliar su perímetro para provocar el efecto de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social y extender sus efectos al máximo número de empleados acreedores.

En nuestra opinión, y en la del artículo 221.2 TRLC, que atribuye la competencia al juez del concurso, no debería haber razón para dudar de que el juez del concurso tratará de velar por la protección de todos los intereses en juego, incluidos los de los trabajadores del concursado.

Como ya ha quedado dicho, también la atribución de competencia a los jueces de lo mercantil en este punto debería ratificarse con ocasión de la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (la "**Directiva 2019/1023**").

Esta parece ser, en efecto, la intención del legislador que en el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva 2019/1023, establece que el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen. Además, faculta al juez del concurso (pero no le obliga) para recabar un informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativo a las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de Seguridad Social relativas a estos trabajadores, informe que deberá emitirse por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el plazo de diez días³⁸.

37 Vid. en este sentido, ASENCIO PASCUAL, C., "Aspectos de contenido innovador de la venta de la unidad productiva a la luz del nuevo TRLC", en *Diario La Ley*, núm. 9660, 24 de junio de 2020, p. 5.

38 Vid. artículo Único, modificación 48 del citado Anteproyecto relativa al nuevo artículo 221 TRLC.

IV. Conclusiones

La regulación del TRLC sobre la venta de unidades productivas en sede concursal debe valorarse de forma positiva en tanto que pretende aportar claridad y seguridad jurídica. No obstante lo anterior, existe la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria pueda conocer de los eventuales excesos de la delegación legislativa achacables al TRLC (como así ya ha ocurrido). Ello posibilita que el juez ordinario proceda a su inaplicación en aquellos extremos que considere *ultra vires*.

La compraventa de unidades productivas en el procedimiento concursal puede resultar un mecanismo muy útil para preservar tejido empresarial y empleo. Para que ello sea así, es necesario dotar a los eventuales inversores de claridad y seguridad jurídica. El conflicto de jurisdicciones que puede avecinarse no hace más que ahuyentar a eventuales interesados en la medida en que no tienen seguridad jurídica acerca de qué es lo que van a adquirir y qué precio van a tener que pagar por ello.

Como hemos adelantado, es imprescindible que en la próxima modificación del TRLC que se va a producir con ocasión de la trasposición de la Directiva 2019/1023 sobre insolvencia, el legislador ratifique lo apuntado en el TRLC y dote definitivamente de la necesaria seguridad jurídica a todos los operadores intervinientes en operaciones de transmisión de unidades productivas en procedimientos de concurso de acreedores.

Los tratamientos singulares de datos personales por parte de entidades aseguradoras, sus distribuidores y agencias de suscripción

Rafael Fernández

Counsel de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE SEGUROS Y REASEGUROS

Jesús Almarcha

Abogado de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE SEGUROS Y REASEGUROS

Andrea Sánchez

Abogada de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL,
INDUSTRIAL Y TECNOLOGÍA

I.	Introducción	76
II.	La posición de la entidad aseguradora, los mediadores y las agencias de suscripción en el tratamiento de datos personales	76
	1. La entidad aseguradora	77
	2. Los agentes de seguros y los operadores de banca-seguros	79
	3. Los corredores de seguros y los corredores de reaseguros	80
	4. Los colaboradores externos	80
	5. Los mediadores de seguros complementarios	81
	6. Las agencias de suscripción	82
III.	La legitimidad para el tratamiento lícito de datos personales de todas las partes involucradas durante el ciclo de vida de un contrato de seguro	82
IV.	La grabación de llamadas en los centros de atención al cliente (<i>call centers</i> o <i>contact centers</i>) de las entidades aseguradoras	84
V.	Límites y obligaciones para el perfilado de personas (<i>profiling</i>) por las entidades aseguradoras –¿En qué medida es compatible el uso de la analítica de <i>big data</i> para perfilar el riesgo con el GDPR?	86
VI.	Desafíos por la utilización de dispositivos (IoT - Internet of Things) y el tratamiento masivo de datos (<i>big data</i>) por el sector asegurador – No hay uniformidad en el sector asegurador en la aplicación de estas tecnologías	90
VII.	La utilización de sistemas inteligentes (<i>Inteligencia Artificial</i>) para la toma automatizada de decisiones por parte de entidades aseguradoras y de <i>blockchain</i> para la descentralización de la información	93
	1. Inteligencia artificial	93
	2. Tecnología blockchain	95
VIII.	Conclusión	98

Índice/



Resumen: En este trabajo analizamos el tratamiento de datos personales por los distintos sujetos participantes en el sector asegurador, tanto desde un punto de vista técnico como práctico, así como las distintas técnicas y herramientas de las que hacen uso para obtener el mayor valor añadido posible de ese bien tan preciado: el dato.

Abstract: In this paper, we analyse the processing of personal data by the different parties involved in the insurance sector, both from a technical and practical point of view, as well as the different techniques and tools they use to obtain the greatest possible benefit from this valuable asset: the data.



Palabras clave: Datos personales, contrato de seguro, agencia de seguros, corredor de seguros, agencias de suscripción, colaborador externo, distribución de seguros, mediador de seguros complementarios, *call center*, *big data*, internet de las cosas, *blockchain*.

Keywords: Personal data, insurance contract, insurance agency, insurance broker, underwriting agencies, external partner, insurance distribution, supplementary insurance intermediary, call centre, big data, Internet of Things, blockchain.

Los tratamientos singulares de datos personales por parte de entidades aseguradoras, sus distribuidores y agencias de suscripción

I. Introducción

Los datos tienen una importancia crucial para el sector asegurador. En efecto, ya desde el inicio de la negociación de un contrato de seguro los datos del asegurado se tienen en cuenta, no sólo como base de los cálculos actuariales para concretar la cuantía de potenciales coberturas en caso de siniestro, sino también para estimar la probabilidad de que tenga lugar un determinado siniestro y, por tanto, determinar las condiciones y el precio del seguro. Y este traslado o comunicación de datos tiene especial trascendencia precisamente en el marco del deber de declaración del riesgo recogido en el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro.

Igualmente, para la efectiva celebración del contrato de seguro, se ha de tener acceso a los datos personales del potencial cliente y otras categorías especiales de datos (información acerca de su salud, o datos biométricos, por ejemplo) y, una vez celebrado el mismo, estos datos deberán tratarse a lo largo de la vida del contrato. Es más, teniendo en cuenta que una pluralidad de entidades suele intervenir en la actividad aseguradora (mediadores, agencias de suscripción, etc.), una gran cantidad de sujetos tendrán acceso a datos personales durante la vigencia del contrato, no ya solo los relacionados con el cliente, sino incluso los de potenciales beneficiarios en caso de acaecimiento de un siniestro.

Realizamos en este artículo una aproximación a las implicaciones que el tratamiento de datos personales tiene para estos sujetos intervinientes durante la vida del seguro, para, posteriormente, analizar cuáles son los ámbitos en los que mayores desafíos está planteando esta temática.

II. La posición de la entidad aseguradora, los mediadores y las agencias de suscripción en el tratamiento de datos personales

Una de las principales cuestiones a las que tienen que enfrentarse las entidades aseguradoras y demás sujetos intervinientes en la cadena de distribución es la que se refiere a la licitud del tratamiento de datos personales.

1 Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

El actual escenario regulatorio establecido por la normativa de distribución de seguros, cuya base en nuestro ordenamiento jurídico descansa en el Real Decreto ley 3/2020, de 4 de febrero¹ (“**RDL 3/2020**”), tiene un impacto especial en el tratamiento de los datos personales. Si bien los sujetos intervinientes siguen siendo similares a los de la anterior normativa de mediación de seguros, el hecho de introducir a las entidades aseguradoras como distribuidores de seguros permite confeccionar un esquema sobre la posición de cada figura en el marco

del tratamiento de datos personales. En efecto, los artículos 203 y 204 del RDL 3/2020 marcan la pauta a seguir en cuanto a los roles que los distribuidores de seguros y demás partes implicadas tendrán en el tratamiento de los datos personales². Así, el artículo 203 del RDL 3/2020 establece que:

- a) Los agentes de seguros y los operadores de banca-seguros tendrán la condición de encargados del tratamiento de la entidad aseguradora con la que hubieran celebrado el correspondiente contrato de agencia.
- b) Los corredores de seguros y los corredores de reaseguros tendrán la condición de responsables del tratamiento respecto de los datos de las personas que acudan a ellos.
- c) Los colaboradores externos que realicen actividades de distribución por cuenta de los mediadores de seguros tendrán la condición de encargados del tratamiento de los agentes o corredores de seguros con los que hubieran celebrado el correspondiente contrato mercantil.

Conviene igualmente recordar que el artículo 99 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (“**LOSSEAR**”) establece el marco en virtud del cual las entidades aseguradoras podrán tratar los datos de tomadores, asegurados, beneficiarios o terceros perjudicados.

1. La entidad aseguradora

Las entidades aseguradoras tienen la consideración de responsables del tratamiento, esto es, quienes deciden sobre el tratamiento de los datos personales, determinando los fines y los medios de dicho tratamiento, y debiendo aplicar medidas técnicas y organizativas para, en atención al riesgo que implica el tratamiento de los datos personales, cumplir y ser capaz de demostrar el cumplimiento con la normativa de protección de datos.

Por este motivo, entre otras obligaciones, deben mantener un registro de actividades del tratamiento³ en el que se recoja la información prevista en el artículo 30 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (“**RGPD**”). Se trata de un documento de carácter interno que deberá estar a disposición de la Agencia Española de Protección de Datos cuando lo solicite.

En lo que se refiere a la conservación de datos personales, el artículo 203.3 del RDL 3/2020 establece la prohibición para las entidades aseguradoras de conservar los datos que les sean facilitados por los mediadores de seguros que no se deriven de la celebración de un contrato de seguro, salvo que exista una base

2 Vid. sobre las diferentes figuras implicadas en la distribución de seguros, VEIGA COPO, A. B.: “Clases de distribuidores de seguros” en BATALLER GRAU, J. y QUINTÁNS EIRAS, M. R. (dirs.): *La distribución de seguros privados*, Marcial Pons, 2019, pp. 107 a 147, y PEÑAS MOYANO, M. J.: “Los mediadores y sus colaboradores. Las relaciones con la clientela y la entidad aseguradora”, *Revista Española de Seguros*, núm. 185-186, 2021.

3 Este registro debe contener la siguiente información: nombre y datos de contacto del responsable y, en su caso, del corresponsable, del representante del responsable y del delegado de protección de datos; fines del tratamiento; una descripción de las categorías de interesados y de las categorías de datos personales; categorías de destinatarios a quienes se comunicaron o se comunicarán los datos personales, incluidos los que estén en terceros países y las organizaciones internacionales; en su caso, las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, incluida la identificación de dicho tercer país u organización internacional y, en el caso de las transferencias del artículo 49 del RGPD, las garantías adecuadas; cuando sea posible, una descripción general de las medidas técnicas y organizativas de seguridad.

legitimadora conforme al artículo 6 del RGPD y el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“LOPDGDD”). De ello se deduce que la entidad aseguradora sí puede conservar los datos recibidos de un mediador de seguros cuando dichos datos deriven de la celebración de un contrato de seguro. Sin embargo, este derecho de conservación no resulta ilimitado, sino que el artículo 99.9 de la LOSSEAR viene a restringirlo, al establecer que la entidad aseguradora deberá proceder, en el plazo de diez días, a la cancelación de los datos que les hubieran sido facilitados con anterioridad a la celebración de un contrato, si este no llega a celebrarse, salvo que se cuente con el consentimiento específico del interesado, consentimiento que habrá de ser expreso, cuando se refieran a datos sobre su salud.

El referido plazo de diez días no parece acomodarse con el deber de mantener una oferta o proposición de seguro durante un plazo mínimo de quince días, tal como exige el artículo 6 de la Ley de Contrato de Seguro. Así, cabría plantearse hasta qué punto la entidad aseguradora puede compatibilizar dicho deber con el tratamiento de datos personales pasados los diez días iniciales que concede el artículo 99.9 de la LOSSEAR, máxime teniendo en cuenta que la proposición de seguro le vincula y puede ocurrir que el cliente la acepte entre el décimo y el decimoquinto día.

Entendemos que la incoherencia normativa habría que resolverse interpretando que la exégesis de dicho artículo 99.9 de la LOSSEAR es que el tratamiento de datos personales finalice, en todo caso, a los diez días de que se produzca la finalización de cualquier actividad comercial. De este modo, el cómputo del plazo de los diez días no comenzaría el día en que los datos fueron transmitidos por el mediador a la entidad aseguradora, sino el día en que la proposición de seguro (en caso de hacerse) pierde su vigencia o vigor, es decir, desde que deja de ser vinculante para la entidad aseguradora. Ello, a su vez, permitiría plazos superiores a los quince días para la aceptación de estas proposiciones de seguros, que son plenamente válidos por ser más beneficiosos para el asegurado en virtud del artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro.

Si el contrato llega a celebrarse, la entidad aseguradora podrá conservar los datos con base en el interés legítimo que dimana del artículo 99.1 de la LOSSEAR⁴, incluso si no contase con el consentimiento del cliente.

Además, cuando la entidad aseguradora forme parte de un grupo, el artículo 99.3 de la LOSSEAR establece que no será necesario que cuente con el consentimiento del interesado para el tratamiento con fines de cumplimiento de las obligaciones de supervisión de seguros, si bien no podrán tratarse con cualquier otra finalidad sin el consentimiento específico del interesado. Las sociedades del grupo involucradas deberán considerarse en este ámbito y exclusivamente para dicha finalidad supervisora como corresponsables del tratamiento, por lo cual deberán actuar conjuntamente durante el tratamiento de dichos datos.

4 “Las entidades aseguradoras podrán tratar los datos de los tomadores, asegurados, beneficiarios o terceros perjudicados, así como de sus derechohabientes sin necesidad de contar con su consentimiento a los solos efectos de garantizar el pleno desenvolvimiento del contrato de seguro y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo”.

El tratamiento de los datos de las personas antes indicadas para cualquier finalidad distinta de las especificadas en el párrafo anterior deberá contar con el consentimiento específico de los interesados.”

2. Los agentes de seguros y los operadores de banca-seguros

Los agentes de seguros y los operadores de banca-seguros (“**OBS**”) tendrán la consideración de encargados del tratamiento dada su dependencia de las entidades aseguradoras. La principal diferencia con el responsable del tratamiento es que el encargado de tratamiento se limita a tratar los datos personales por cuenta del responsable, sin intervenir en la toma de decisiones sobre el tratamiento de los datos personales, salvo en el caso de que el responsable de tratamiento lo haya delegado por cuestiones meramente técnicas y organizativas.

En este punto, conviene recordar la doble sanción de 50.000 euros impuesta por la Agencia Española de Protección de Datos (“**AEPD**”) a una entidad aseguradora y al OBS en su Resolución de 18 de abril del 2018 (JUR 2018\79262). El supuesto se enmarcaba en la suscripción del seguro de daños sobre el inmueble hipotecado del interesado, obligación que venía impuesta en la escritura de compraventa con subrogación de hipoteca. El OBS comunicó los datos a la entidad aseguradora para la contratación del seguro en nombre del cliente, sin que tuviera su consentimiento, motivo por el que fue sancionado. Además, la entidad aseguradora, como responsable del tratamiento, también fue sancionada por utilizar los datos para la contratación del seguro sin que estuviera legitimada para ello, actuación que fue calificada de no diligente.

Por tanto, las entidades aseguradoras, consideradas responsables del tratamiento, serán las primeras en velar por el correcto tratamiento de los datos personales, estableciendo no sólo cláusulas específicas y precisas en el contrato de agencia, sino asegurándose de contar con legitimación suficiente para efectuar el tratamiento a título personal.

En concreto, el contrato de agencia deberá recoger las precisiones del artículo 28.3 del RGPD⁵, así como si el agente va a celebrar contratos mercantiles con colaboradores externos. En este sentido, el mismo apartado 2 del artículo 28 del RGPD recuerda que el encargado del tratamiento no podrá recurrir a otro encargado sin la autorización escrita del responsable.

⁵ “El tratamiento por el encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable. Dicho contrato o acto jurídico estipulará, en particular, que el encargado:

- a) tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público;
- b) garantizará que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza legal;
- c) tomará todas las medidas necesarias de conformidad con el artículo 32;

3. Los corredores de seguros y los corredores de reaseguros

Conforme al artículo 203.1b del RDL 3/2020, los corredores de seguros y los corredores de reaseguros tendrán la condición de responsables del tratamiento respecto de los datos de las personas que acudan a ellos. El elemento de independencia frente a las entidades aseguradoras es característico y diferenciador del régimen establecido en este ámbito para los agentes, elemento que ha sido trasladado también al ámbito del tratamiento de datos personales. En efecto, la autonomía de la que gozan los corredores de seguros y reaseguros les hace dignos del estatus de responsables, lo cual les convierte indirectamente, en poseedores de una información valiosa desde el punto de vista comercial.

En tales circunstancias, la entidad aseguradora que reciba los datos del corredor de seguros, tendrá la condición de responsable del tratamiento respecto de los datos específicos para prestar los servicios de seguros, mientras que el corredor de seguros será responsable para sus finalidades de gestión propias, produciéndose entre ellos una comunicación de datos que debe ser consentida por el interesado. Dicha comunicación, por lo general, vendrá regulada en las propias cartas de condiciones suscritas entre las entidades aseguradoras y los corredores de seguros, mediante cláusulas específicas que garanticen las condiciones bajo las cuales se permite el tratamiento y transmisión de los datos y, además, protegiéndose en todo caso las posiciones comerciales de ambas partes.

4. Los colaboradores externos

Un colaborador externo es una persona física o jurídica que está vinculada a un mediador de seguros mediante un contrato mercantil, en virtud del cual colabora con este en la distribución de productos de seguros. No estamos, por tanto, ante un mediador de seguros, sino ante quien realiza actividades de distribución de

-
- d) respetará las condiciones indicadas en los apartados 2 y 4 para recurrir a otro encargado del tratamiento;
 - e) asistirá al responsable, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento, a través de medidas técnicas y organizativas apropiadas, siempre que sea posible, para que este pueda cumplir con su obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados establecidos en el capítulo III;
 - f) ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32 a 36, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado;
 - g) a elección del responsable, suprimirá o devolverá todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprimirá las copias existentes a menos que se requiera la conservación de los datos personales en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros;
 - h) pondrá a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable.

En relación con lo dispuesto en la letra h) del párrafo primero, el encargado informará inmediatamente al responsable si, en su opinión, una instrucción infringe el presente Reglamento u otras disposiciones en materia de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros.”

seguros por cuenta de un mediador. En contraposición con la antigua figura de los auxiliares externos, que se encontraba bastante limitada, entendemos que el actual artículo 137 del RDL 3/2020 viene a seguir la línea expansiva de la capacidad de actuación de los colaboradores externos, de manera que su condición de no mediadores no les impedirá que de facto realicen la actividad de distribución en sentido puro, aunque no de forma independiente.

Los colaboradores externos tendrán siempre la condición de encargados del tratamiento de los mediadores de seguros con los que hubieran suscrito el correspondiente contrato mercantil, pues tal es el régimen previsto para ellos por el artículo 203.1c del RDL 3/2020. Sólo podrán tratar los datos para el desarrollo de la actividad de distribución de seguros por cuenta de los mediadores, por lo que cabe aquí recordar que los colaboradores externos, no pueden prestar servicios para las entidades aseguradoras.

Al igual que ocurre entre los agentes y las entidades aseguradoras, los contratos mercantiles entre los colaboradores externos y los mediadores deben recoger los extremos previstos en el artículo 28.3 del RGPD.

5. Los mediadores de seguros complementarios

Los mediadores de seguros complementarios son mediadores de seguros distintos de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión que, a cambio de una remuneración, realizan la actividad de distribución de seguros con carácter complementario, siempre y cuando su actividad profesional principal sea distinta a la distribución de seguros y solo distribuyan determinados productos de seguros que sean complementarios de un bien o servicio. Como regla general, están sometidos al mismo régimen que los mediadores, salvo en determinadas circunstancias establecida en el artículo 130.2 del RDL 3/2020⁶.

Los mediadores de seguros complementarios que se encuentren sujetos al cumplimiento del RDL 3/2020 deberán acogerse a cualquiera de los regímenes previstos para el resto de mediadores de seguros (artículo 134.2 del RDL 3/2020). Por tanto, tendrán la consideración de responsables o encargados del tratamiento en función de si optan por el régimen de los corredores de seguros o el de los agentes. En la práctica, lo más habitual será que tengan la condición de encargados del tratamiento en tanto que preferirán optar por el régimen de agencias de seguro.

Respecto a los mediadores de seguros complementarios exentos del cumplimiento del RDL 3/2020, es decir, a los que se refiere el artículo 130.2 del mismo cuerpo legal, quedarán liberados del régimen recogido en los artículos 203 y 204 del RDL 3/2020, de manera que las prohibiciones o limitaciones en ellos previstos podrán obviarse. No obstante, en la medida en la que estos mediadores acceden y tratan datos personales, quedarán sujetos al régimen general recogido en el RGPD y la LOPDGDD.

6 "El título I no se aplicará a los mediadores de seguros complementarios que ejerzan actividades de distribución de seguros cuando concurren todas las circunstancias siguientes:

a) Que el seguro sea complementario del bien o del servicio suministrado por algún proveedor, cuando dicho seguro cubra:

1.º El riesgo de avería, pérdida o daño del bien o la no utilización del servicio suministrado por dicho proveedor; o

2.º los daños al equipaje o la pérdida de este y demás riesgos relacionados con el viaje contratado con dicho proveedor; y

b) que el prorrateo anual del importe de la prima abonada por el producto de seguro no supere los 600 euros, o que el importe de la prima abonada por persona no supere los 200 euros, cuando la duración del servicio a que se refiere la letra a) sea inferior o igual a tres meses."

6. Las agencias de suscripción

Una agencia de suscripción es una persona jurídica que cuenta con un contrato de apoderamiento con una o varias entidades aseguradoras, y que le faculta para la suscripción de riesgos en nombre y por cuenta de aquella o aquellas. Por tanto, actúa suscribiendo riesgos en representación de una entidad aseguradora o reaseguradora, de modo que no tiene la condición de mediador de seguros y sus operaciones no se consideran como actividades de mediación de seguros.

Al no tener la condición de distribuidores de seguros, las agencias de suscripción no se encuentran sujetas a las normas previstas en el RDL 3/2020. En principio, si bien ostentan la posición de mandatarias de las entidades aseguradoras a las que representan (artículo 60 de la LOSSEAR), pues son prácticamente una extensión de ellas, cabría entender que las agencias de suscripción actúan en calidad de encargados del tratamiento de los datos titularidad de las aseguradoras. Por tanto, en el contrato mercantil deberían también recogerse los extremos del artículo 28.3 del RGPD.

Sin embargo, estas agencias de suscripción también podrían actuar como responsables del tratamiento en función del nivel de autonomía que tengan a la hora de tratar los datos. Así, para el supuesto de que la agencia decida sobre los medios y fines del tratamiento de los datos y este vaya más allá de lo solicitado por parte de la entidad aseguradora, persiguiéndose finalidades propias, podrá considerarse como responsable del tratamiento o, incluso, cabría la posibilidad de que la relación entre la entidad aseguradora y la de la agencia de suscripción sea de co-responsables del tratamiento.

III. La legitimidad para el tratamiento lícito de datos personales de todas las partes involucradas durante el ciclo de vida de un contrato de seguro

La actual normativa de protección de datos, encabezada por el RGPD, recoge como regla general que el tratamiento de los datos personales debe descansar sobre cualquiera de las bases legitimadoras, entre las que se encuentra el consentimiento del interesado, que debe ser expreso e inequívoco, por contraposición con tácito o implícito, tal como ha recogido el artículo 6 de la LOPDGDD. Sin embargo, en el sector asegurador, dada la enorme magnitud del dato personal como pivote de la relación entre el cliente y el resto de partes intervinientes, se han desarrollado normas específicas que vienen a matizar o flexibilizar aquella regla general de la necesidad del consentimiento del interesado, legitimando a los operadores sectoriales a dicho tratamiento sin que el interesado deba pronunciarse.

Tal y como se ha indicado anteriormente, en el caso de las entidades aseguradoras, el artículo 99.1 de la LOSSEAR establece que pueden tratar los datos de los tomadores, asegurados, beneficiarios o terceros perjudicados, así como de sus

derechohabientes, sin necesidad de contar con su consentimiento, todo ello con el objeto de garantizar el desenvolvimiento del contrato de seguro y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicha ley y en las disposiciones de desarrollo. Podemos afirmar que esta fundamentación del tratamiento se encontraría en sintonía con el artículo 6 del RGPD y el artículo 8 de la LOPDGDD.

La Guía para el tratamiento de los datos personales por aseguradoras de la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras⁷ (“UNESPA”) recoge un listado de tipos de tratamientos de datos en este ámbito:

- **“Tratamiento de datos fundado en el contrato de seguro o en la aplicación de medidas contractuales o precontractuales:** no se requiere el consentimiento del interesado al estar sustentado en la ejecución del contrato, en el interés legítimo y en la base legal que le otorga la legislación aseguradora, salvo que se trate de tratamientos de datos de salud que no estén fundados en una habilitación legal.
- **Tratamiento de datos con fines de publicidad y marketing propio a clientes de la entidad sobre productos similares:** no se requiere el consentimiento del interesado al ser una acción sustentada en el interés legítimo de la entidad aseguradora. Son productos similares los productos de seguros de vida o de no vida que se adecúen al perfil del cliente.
- **Tratamiento de datos relacionados con la actividad aseguradora:** no requieren el consentimiento explícito al ser tratamientos fundados en el cumplimiento de obligaciones legales o en habilitaciones legales.”

Si bien la guía constituye autorregulación sectorial, lo cierto es que su contenido es realmente útil por cuanto para su confección se contó con la colaboración de la AEPD, de modo que dicho contenido se encuentra respaldado por esta institución.

A los anteriores supuestos de tratamiento de datos, también podemos añadir el tratamiento de datos para su comunicación a las autoridades judiciales. En este caso, la legitimación vendría dada por el artículo 6.1.c) del RGPD y el artículo 8 de la LOPDGDD. La reciente Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Primera) de 30 de abril del 2021 [JUR 2021\191856] precisamente ha avalado la comunicación hecha por una entidad aseguradora a un juzgado de los datos relativos a una póliza de un ex directivo de una entidad de crédito. La peculiaridad, además, reside en que el juzgado no había requerido la aportación de esos datos, sino que fue la entidad aseguradora la que lo hizo motu proprio al ver una noticia en la prensa.

Sin embargo, una vez finalizado el contrato de seguro, la entidad aseguradora no puede tratar los datos del cliente. En este sentido, la Resolución de la AEPD de

7 UNESPA: “Guía para el tratamiento de los datos personales por las entidades aseguradoras”, de 7 de febrero de 2019.

14 de mayo del 2021 [JUR 2021\273159] impuso una sanción de 30.000 euros a una entidad aseguradora que, debido a un error informático involuntario, pasó el recibo de una póliza a la cuenta bancaria de un antiguo cliente.

Por otro lado, en cuanto a los mediadores de seguros:

- **Los agentes de seguros y OBS:** estos mediadores de seguros, en tanto que ostentan la condición de encargados del tratamiento, deberán tratar los datos conforme se estipule en el contrato de agencia con las entidades aseguradoras. Además, los OBS tienen prohibido utilizar los datos personales para fines propios de su objeto social sin obtener el consentimiento previo del cliente.

Por tanto, el tratamiento durante la vigencia del contrato de seguro dependerá del alcance acordado con la entidad aseguradora en cuestión, si bien lo habitual será que se ciña a lo dispuesto en el artículo 28.3 del RGPD.

- **Los corredores de seguros:** dado que son responsables del tratamiento, están sometidos a un régimen más exigente que los demás mediadores de seguros. En concreto, durante la vida del contrato el corredor de seguros estará legitimado en similares términos que una entidad aseguradora, es decir, deberá basar el tratamiento en alguno de los supuestos del artículo 6.1 del RGPD.

Cuando finalice el contrato de seguro en el que el corredor haya mediado, este deberá cancelar los datos del interesado (salvo que tenga su consentimiento para otros fines o para la celebración de un nuevo contrato de seguro). Hemos de considerar que este escenario también es trasladable al supuesto en el que se insta el cambio de posición mediadora por parte del interesado, pese a que el contrato de seguro mediado por el corredor siga vigente con otro mediador de seguros distinto.

IV. La grabación de llamadas en los centros de atención al cliente (*call centers* o *contact centers*) de las entidades aseguradoras

Una de los escenarios más problemáticos para las entidades aseguradoras es el del tratamiento de datos personales a través de sus *call centers*. Estos centros de atención al cliente, por su configuración, suelen tratarse los datos para multitud de propósitos, tales como la resolución de dudas sobre contratos de seguro ya suscritos, la contratación u oferta de un nuevo seguro, la grabación de llamadas con motivo de calidad, etc. Y, en el caso específico de la grabación de llamadas, el Tribunal Supremo ha establecido que la grabación de la voz asociada a otros datos, o su puesta a disposición de otras personas que pueden identificar a quien pertenece, ha de considerarse un dato de carácter personal sujeto a la normativa de protección de datos⁸.

8 Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) núm.815/2020, de 18 de junio (Rec. 1074/2019) y núms. 839/2020, 840/2020 y 853/2020, de 22 de junio (Recs. 2134/2019, 4958/2019 y 1745/2019)

Partiendo de tal premisa, es importante entender cuál es el propósito de la grabación y, por tanto, del tratamiento de los datos personales. Así, habrá que diferenciar los casos en los que se pretenda gestionar la relación contractual por teléfono (por ejemplo, resolución de dudas relacionadas con el contrato) o si se quiere llevar a cabo un control de calidad por parte de la empresa.

La grabación de la llamada con motivo de calidad no se encuentra amparado por el tratamiento en aras del cumplimiento de una obligación legal recogido en el artículo 8 de la LOPDGDD ni tampoco en el artículo 99.1 de la LOSSEAR, por lo que debería recabarse el consentimiento del cliente o amparar la grabación en algún otro interés legítimo de los previstos en el artículo 6.1 del RGPD.

Respecto a la prestación del consentimiento por el interesado, debe consistir en una conducta activa mediante la que exprese su voluntad de consentir el tratamiento del que se trate. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 11 de noviembre del 2020 (Asunto C-61/19) dictaminó que el consentimiento prestado por el consumidor en el momento de firma de un contrato ha de ser una expresión de voluntad palmaria y plenamente informada, especialmente cuando tal circunstancia se refiere al tratamiento de datos de carácter personal, no reconociéndose como lícita la utilización de casillas previamente marcadas por el responsable del tratamiento. Si bien el supuesto tratado por el TJUE se refiere a casillas pre-marcadas, la interpretación puede trasladarse a otros casos o ámbitos en los que el consentimiento del interesado se obtiene mediante una actitud pasiva.

Así ocurre con la práctica consistente en informar sólo de que "la llamada puede ser grabada...", donde el consentimiento, en caso de estar recabándose, se prestaría de forma tácita y no sería acorde a la actual normativa de protección de datos.

Mismo criterio hemos de mantener respecto a la práctica consistente en la implantación de una locución en la que se indique al interesado que, en caso de que no quiera que se grabe su llamada, pulse un número concreto, pues no se exige una actitud positiva del interesado para prestar su consentimiento, sino que se parte de un consentimiento "pre establecido", tácito, para cuyo consentimiento se exige una actitud activa del interesado marcando el número, lo cual es precisamente contrario a lo que el RGPD pretende.

Con todo, debe destacarse que sólo cuando el interesado no sea un cliente (salvo que sea un tercero perjudicado) será necesario recabar el consentimiento, pues si el interesado ya tiene una vinculación contractual o precontractual con la entidad aseguradora y el tratamiento estuviera relacionado con las obligaciones legales o con la propia gestión del contrato, dicho tratamiento estaría amparado por lo dispuesto en el artículo 99.1 de la LOSSEAR y el artículo 8 de la LOPDGDD. Siempre teniendo en cuenta que la finalidad perseguida con la grabación de las llamadas no exceda el mantenimiento de la relación contractual.

9 Artículo 4.4 RGPD. «elaboración de perfiles»: toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.

10 Artículo 22 RGPD. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. El apartado 1 no se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

11 Directrices sobre las decisiones individuales automatizadas y la elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679.

Una posibilidad práctica para evitar o reducir el riesgo legal en el tratamiento de datos por parte de estos centros podría consistir en preguntar inicialmente a la persona si se encuentra entre los sujetos previstos en el artículo 99.1 de la LOSSEAR (tomador, asegurado, beneficiario, tercero perjudicado o derechohabiente), de modo que, en caso de que no lo sea, se recabe el consentimiento para proceder a grabar la llamada. Acto seguido, y con independencia de que la persona se encuentre entre los sujetos previstos en el artículo 99.1 de la LOSSEAR, se deberá proceder a informar sobre el tratamiento de los datos y demás obligaciones de información de primera capa, así como de la posibilidad de consultar la información adicional de segunda capa en el sitio web de la entidad aseguradora. Adicionalmente, para el caso de que el interesado exija recibir la información adicional de segunda capa también telefónicamente, la entidad deberá desarrollar un mecanismo que garantice su transmisión telefónica complementaria, todo ello tal como prevé la meritada Guía para el tratamiento de los datos personales por aseguradoras de UNESPA.

V. Límites y obligaciones para el perfilado de personas (*profiling*) por las entidades aseguradoras –¿En qué medida es compatible el uso de la analítica de big data para perfilar el riesgo con el GDPR?

Dentro del sector asegurador es frecuente que las aseguradoras lleven a cabo actividades relacionadas con la elaboración de perfiles de sus clientes y potenciales clientes. La principal finalidad que persiguen es analizar a los mismos para realizar una tarificación de las pólizas lo más adecuada posible y también, en una segunda instancia, para diseñar y comercializar otros productos adecuados al perfil de los clientes.

La elaboración de perfiles o *profiling* adquiere por tanto una especial relevancia y el RGPD lo regula de manera expresa tanto en su artículo 4⁹, como en su artículo 22¹⁰. En este sentido, el referido artículo 4 se centra en la elaboración de perfiles clásica o general, cuyos elementos fundamentales son¹¹:

- El tratamiento de los datos debe hacerse primordialmente de manera automatizada, pero debe existir también participación humana;
- Debe llevarse a cabo respecto a datos personales; y
- El objetivo principal es evaluar aspectos personales sobre una persona física. No se trata de recabar información conocida del individuo, sino de evaluar esa información conocida para posteriormente analizarla y hacer predicciones sobre la misma.

Por su parte, el artículo 22 habla exclusivamente de decisiones automatizadas, cuya principal característica es que, en la toma de las mismas, no existe

intervención humana. Los elementos fundamentales de la toma de estas decisiones son los siguientes:

- Pueden basarse en cualquier tipo de información (datos obtenidos directamente por el interesado (por ejemplo, a través de un formulario), datos observados (por ejemplo, a través de cookies o aplicaciones móviles) y datos derivados (por ejemplo, datos obtenidos a través de un perfil pre-existente de dicha persona); y
- No implica necesariamente que se lleven a cabo con elaboración de perfiles.

Antes de llevar a cabo cualquier tratamiento de datos personales, las aseguradoras deben determinar claramente las finalidades que buscan y en función de ello, elegir la base legitimadora adecuada. De todas las bases legitimadoras que ofrece el RGPD¹², para la elaboración de perfiles general pueden tener cabida las siguientes:

- **Consentimiento:** El consentimiento es aquella manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca, por la que el interesado acepta el tratamiento de datos personales que le concierne. Para que el consentimiento sea válido, las aseguradoras deben informar adecuadamente acerca del tratamiento que se va a realizar y deben solicitar el consentimiento de una manera expresa, por ejemplo, a través de una casilla diferenciada del resto de tratamientos que la aseguradora necesita realizar.
- **Contrato:** La necesidad contractual debe interpretarse de una manera estricta y no debe contemplar situaciones en las que el tratamiento no sea realmente necesario para la ejecución del contrato¹³. En el tema específico del *profiling*, se entiende como discutible utilizar esta legitimación, ya que no puede decirse que el *profiling* sea necesario para el correcto desarrollo del contrato de seguros, al existir medios más tradicionales y menos intrusivos.
- **Interés legítimo:** Es conveniente recordar que el interés legítimo no es un concepto nuevo creado a partir de la entrada en vigor del RGPD, puesto que la Directiva 95/46/CE ya lo recogía y el Comité Europeo de Protección de Datos, antiguo Grupo de Trabajo del Artículo 29, (“CEPD”), de hecho, desarrolló un dictamen¹⁴ para intentar aportar cierta claridad sobre el concepto y su utilización. Los responsables del tratamiento tienden a pensar que un interés legítimo puede ser cualquiera, siempre y cuando no contravenga la normativa vigente. Sin embargo, el interés legítimo recogido por el RGPD va más allá y para considerarse válido, además de ser lícito, tiene que estar articulado con claridad suficiente y debe representar un interés real y actual. Una

12 Artículo 6 RGPD: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales.

13 Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE: Además, el hecho de que el tratamiento de algunos datos esté cubierto por un contrato no quiere decir automáticamente que el tratamiento sea necesario para su ejecución. Por ejemplo, el artículo 7, letra b), no es un fundamento jurídico apropiado para elaborar un perfil de los gustos y las opciones de estilo de vida del usuario, basado en su recorrido por un sitio web y en los artículos adquiridos. Ello se debe a que el responsable del tratamiento de los datos no ha sido contratado para elaborar perfiles, sino para entregar bienes y ofrecer servicios concretos, por ejemplo. Incluso si estas actividades de tratamiento se mencionan de manera específica en la letra pequeña del contrato, este hecho por sí solo no las convierte en «necesarias» para la ejecución del contrato.

14 Íbidem.

vez determinado que el interés de las aseguradoras es legítimo según los estándares del RGPD, será necesario llevar a cabo un análisis en profundidad y una ponderación entre el citado interés legítimo del responsable y los intereses, derechos y libertades fundamentales de los interesados (el "**Balancing Test**"). El principal inconveniente de la utilización de esta base legitimadora es que ni el RGPD ni la LOPDGDD desarrollan o establecen los requisitos a tener en cuenta al llevar a cabo el citado *Balancing Test*, ambos textos normativos únicamente recalcan la necesidad de llevar a cabo una evaluación meticulosa, sin más especificación.

Si nos centramos en la toma de decisiones automatizadas, tendrían cabida el consentimiento, la necesidad contractual y el cumplimiento de una obligación legal. El artículo 22 es muy claro y de la lectura del mismo se desprende una prohibición general de llevar a cabo este tipo de tratamientos salvo que la toma de decisiones automatizada (i) sea necesaria para la ejecución de un acuerdo; (ii) esté autorizada expresamente por una ley; y (iii) esté basada en el consentimiento explícito del interesado. Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende que las entidades aseguradoras están facultadas para realizar este tipo de tratamientos. No obstante, como límites a este tratamiento de datos personales de sus clientes y potenciales clientes, las entidades aseguradoras deben llevar a cabo estas actividades teniendo en cuenta los principios rectores del RGPD. Concretamente:

- **Principio de licitud, lealtad y transparencia.** Los datos personales deben tratarse de manera lícita, leal y transparente.

El cumplimiento de este principio implica que antes de llevarse a cabo la elaboración de su perfil, el cliente o potencial cliente debe ser informado explícitamente sobre esta actividad. En el caso de la toma de decisiones automatizadas, además se deberá informar también acerca de la lógica aplicada en la elaboración de las mismas.

- **Principio de limitación de la finalidad.** Los datos personales deben ser recogidos para finalidades determinadas, explícitas y legítimas y no deben ser tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines.

La elaboración de perfiles suele basarse en datos que fueron recabados originalmente para otra finalidad. El cumplimiento de este principio implica analizar las finalidades originales y determinar si esta nueva finalidad es compatible con las primeras, y en caso de no ser así encontrar la base legitimadora adecuada.

- **Principio de minimización del dato.** Los datos personales tratados deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que han sido recabados.

El cumplimiento de este principio implica tratar y conservar únicamente los datos necesarios para realizar la elaboración de perfil deseada, no siendo posible un tratamiento masivo e ilimitado de los datos relativos a la persona en cuestión.

- **Principio de exactitud.** Los datos tratados deben ser exactos y en caso de que estos no lo sean, deberán ser modificados.

El cumplimiento de este principio es de vital importancia en la elaboración de perfiles ya que, si no se recaban datos exactos y veraces, cualquier perfil y/o decisión que se tome posteriormente puede ser inadecuado. Es decir, la empresa aseguradora debe velar, durante todo el proceso de la elaboración de perfiles, de que los datos recabados sean veraces y estén actualizados. Y para ello deberá implementar cualesquiera medidas capaces de garantizar de forma continua la precisión y exactitud de los datos tratados.

- **Principio de limitación del plazo de conservación.** Los datos personales deben ser tratados únicamente durante el periodo de tiempo que sea necesario para poder conseguir los fines del tratamiento para los que fueron recabados. No obstante, estos datos podrán ser tratados durante periodos más largos de tiempo cuando se vayan a tratar con fines de archivo en aras del interés público, fines de investigación científica o histórica y fines estadísticos.

El cumplimiento de este principio implica tratar y almacenar los datos únicamente durante el periodo de tiempo en que sea estrictamente necesario y de forma proporcional a la finalidad del tratamiento.

El cumplimiento de este principio puede suponer un reto para las empresas aseguradoras, ya que con el desarrollo del tratamiento masivo de datos (*big data*) y la Inteligencia Artificial, los algoritmos utilizados en la elaboración de perfiles están diseñados precisamente para procesar grandes cantidades de información, independientemente de si son realmente necesarios para el análisis concreto o no, decisión a la que se llega precisamente durante el procesamiento de los datos.

- **Principio de integridad y confidencialidad.** Los datos personales deben ser tratados de una manera que garantice su seguridad, adoptando las medidas técnicas y organizativas que se adecuen a las categorías de datos personales y el tratamiento que se lleva a cabo.

El cumplimiento de este principio podría resultar sencillo, ya que implica analizar las tecnologías internas utilizadas para la elaboración de los perfiles y los sistemas en los que se almacena la información y establecer las medidas de seguridad técnicas y organizativas adecuadas para los tratamientos que se realizan.

Es fundamental llevar a cabo este tipo de tratamientos de manera adecuada, ya que la elaboración de perfiles puede generar situaciones discriminatorias para el interesado e incluso verse afectados sus derechos, por ejemplo, mediante la denegación de servicios o productos específicos. Para garantizar que se implementan todas las garantías necesarias para eliminar o minimizar las potenciales consecuencias negativas que este tratamiento puede inferir sobre los interesados, se deberá realizar una evaluación de impacto sobre la privacidad de los datos antes de llevarlos a cabo.

Finalmente, huelga decir que el interesado podrá ejercitar los diferentes derechos que le asisten en materia de protección de datos, pudiendo retirar su consentimiento, limitar el tratamiento que se hace de sus datos u oponiéndose al mismo. El derecho a la protección de datos es un derecho fundamental, pero no es un derecho absoluto y no puede ejercitarse como tal.

Si bien el RGPD reconoce en sus artículos 12 a 22 una serie de derechos que cualquier interesado puede ejercitar en relación con el tratamiento que se hace de sus datos, el legislador ha querido también otorgar cierto poder de decisión sobre la ejecución de los mismos a los responsables del tratamiento. Habrá que atenerse a cada situación específica para ver qué prevalece, si el derecho del interesado o el derecho de la aseguradora a seguir llevando a cabo un tratamiento específico.

VI. Desafíos por la utilización de dispositivos (IoT - *Internet of Things*) y el tratamiento masivo de datos (*big data*) por el sector asegurador – No hay uniformidad en el sector asegurador en la aplicación de estas tecnologías

La inteligencia de datos o *big data* implica el tratamiento masivo de información, incluyendo la capacidad de recopilar y almacenar grandes cantidades de datos de diversas fuentes, para obtener una finalidad concreta utilizando la tecnología disponible. Por su parte, el "Internet de las Cosas" o *IoT* supone la conexión de diferentes objetos a Internet para el procesamiento de la información recolectada por dicho dispositivo, para la toma de decisiones de diferente índole.

Las grandes capacidades de computación y de almacenamiento de la información de los últimos años ha hecho que las empresas incrementen su deseo de recabar y tratar información para diferentes fines.

Analizar un mayor volumen de información implica la obtención y comprensión de información que antes no entendíamos ni éramos capaces de observar. Con el *big data* cualquier empresa es capaz de sacar un mayor beneficio de la información a la que acceden ya que a diferencia de lo que ocurre con las herramientas tradicionales, cuánta más información se obtiene, mayores combinaciones de datos se pueden realizar y más información nueva se puede descubrir.

Existen dos categorías de datos que se recogen con el *big data*¹⁵:

- Datos estructurados: constituyen toda aquella información que puede encontrarse de manera ordenada en una base de datos, lo que facilita su tratamiento por todo tipo de herramientas. En otras palabras, es información fácilmente accesible e identificable.
- Datos no estructurados: constituyen toda aquella información que no sigue una estructura clara, un conglomerado masivo y desordenado de datos, que en su conjunto no tiene valor.

La utilización de *big data* en el sector asegurador ofrece ventajas competitivas y supone un beneficio económico para aquellas que la utilizan, pudiendo ser más eficientes al contar con datos fiables y una visión más realista de los riesgos que pretenden cubrir. Concretamente, el desarrollo de la tecnología, y más concretamente la utilización del *big data*, permite a las aseguradoras cambiar su modelo tradicional de protección *ex post facto*, por un modelo de predicción *ex ante*. Obtener mejores modelos predictivos en la práctica puede implicar que una aseguradora sea capaz de seleccionar proactivamente a individuos de bajo riesgo que sus competidores no han sido capaces de identificar¹⁶.

A pesar de que tanto el *IoT* como el *big data* ofrecen numerosas ventajas a las empresas, como las citadas anteriormente o también mejoras en la captación y fidelización de clientes y potenciales clientes, hay que poner de relieve que, con la utilización de ambas, se llevan a cabo tratamientos de datos (esencialmente personales) y, por tanto, hay que atender a la potencial confrontación que surge entre estas tecnologías y la protección de datos personales.

El objetivo de utilizar este tipo de tecnologías es tratar un gran volumen de información obteniendo el mayor beneficio posible. Tal y como se ha expuesto en el apartado IV, cualquier tratamiento de datos personales debe, entre otras muchas cosas, cumplir con los principios rectores del RGPD. Los principales desafíos a los que las entidades aseguradoras se enfrentan son los siguientes:

- **Posible colisión con el principio de minimización de los datos personales.** Si el RGPD obliga a recopilar y tratar únicamente aquellos datos estrictamente necesarios para conseguir la finalidad perseguida, el *big data* supone precisamente todo lo contrario: una recopilación masiva de información, independientemente de que esa información sea relevante o no para la finalidad perseguida.

Para disminuir el riesgo de incumplir este principio, dentro de sus respectivos repositorios masivos de datos (denominados en el sector *data lake*), las entidades aseguradoras deben procurar analizar detenidamente la información y seleccionar sólo aquella que sea relevante para la finalidad perseguida.

15 GIL GONZÁLEZ, E., "Big Data, privacidad y protección de datos. 2016". XIX Edición del Premio Protección de Datos Personales de Investigación de la Agencia Española de Protección de Datos; páginas 21 a 24).

16 McGurk, B., "Data Profiling and insurance law", Hart Publishing 2019.

- **Posible colisión con el principio de exactitud de los datos personales.**

Al obtenerse información de muy diversas fuentes, la utilización del *big data* no permite validar dichas fuentes ni comprobar que la información recabada es veraz, fiable y actualizada.

El principal riesgo que existe para las entidades aseguradoras es utilizar información no contrastada o poco fiable como base para sus estrategias o sus análisis de mercado, ya que un tratamiento descuidado de esta información puede tener implicaciones devastadoras para sus intereses.

- **Posible colisión con el principio de confidencialidad e integridad de la información.** La información que se recaba, comparte y comunica en el *IoT* no está debidamente protegida mediante sistemas de cifrado y por tanto la hace muy vulnerable a sustracciones y accesos no autorizados, definidos como brechas de seguridad por el RGPD.

Para evitar sufrir brechas de seguridad y las consiguientes sanciones administrativas interpuestas por la autoridad de control competente (la AEPD) es cardinal que las entidades aseguradoras implementen aquellas medidas técnicas y organizativas que garanticen la integridad de la información.

Teniendo en cuenta lo anterior, el principal riesgo ante el que nos encontramos es la elevada probabilidad de que los datos utilizados para llevar a cabo la elaboración de perfiles de los individuos sean inexactos y, por tanto, las predicciones y conclusiones sacadas no sean adecuadas, generando un grave perjuicio al interesado afectado. Es importante recordar que las predicciones sobre comportamientos futuros se basan únicamente en cuestiones de probabilidad, que no es una ciencia exacta.

Dado que el análisis predictivo realizado principalmente a través del *big data* se fundamenta únicamente en una correlación entre diferente información recabada y un análisis realizado por algoritmos, existe el riesgo de catalogar a las personas en función de sus propensiones y no de sus acciones, pudiéndose generar así situaciones de discriminación y desigualdad.

Por tanto, si bien la utilización del *IoT* y el *big data* ofrecen ventajas competitivas muy atractivas, las entidades aseguradoras deben implementar protocolos internos que permitan (i) comprobar la veracidad y exactitud de la información; (ii) analizarla para descartar aquella información que no sea necesaria para las finalidades perseguidas; y (iii) asegurarla de potenciales accesos no autorizados.

VII. La utilización de sistemas inteligentes (Inteligencia Artificial) para la toma automatizada de decisiones por parte de entidades aseguradoras y de *blockchain* para la descentralización de la información.

1. Inteligencia artificial

A pesar de los innumerables avances tecnológicos de las últimas tres décadas, pocas tecnologías han levantado tanta expectación y augurios revolucionarios y disruptivos como la inteligencia artificial (“IA”) y la *blockchain* o “cadena de bloques”. Mientras la primera pretende conseguir que un sistema informático reemplace la inteligencia humana a través de la imitación de su razonamiento (incluso, con técnicas de aprendizaje con intervención humana –*machine learning*– o en las que la máquina es capaz de razonar por sí misma –*deep learning*–), la segunda se basa en una cadena de bloques a través de la cual los usuarios realizan transacciones de valor de manera descentralizada, con un mismo libro-registro igualmente distribuido, en donde se registran todas las transacciones y que es utilizado para dotar de confianza a todo el sistema¹⁷.

En relación con la IA y el *machine learning*, en el sector asegurador es importante hablar de dos tipos de aprendizaje: el supervisado y el no supervisado:

- Supervisado: los algoritmos se desarrollan a partir de conjuntos de datos ya etiquetados. Son entrenados para ir avanzando mediante el suministro de datos con valores “correctos” ya asignados.
- No supervisado: los algoritmos no están entrenados y se les deja encontrar regularidades en los datos de entrada sin ninguna instrucción sobre lo que deben buscar.

Lo que hace que el *machine learning* sea potente es la capacidad de los algoritmos de cambiar su resultado en función de la experiencia.

El sector asegurador no ha ignorado estas nuevas tecnologías, con reseñables intentos de implementación dentro de sus procesos productivos, aunque, a pesar de la relativa longevidad de estas tecnologías¹⁸, su actual estado primigenio y relativamente inmaduro, y aún más, como expondremos a continuación, sus desafíos jurídicos, están provocando que su implantación sea, en la actualidad, claramente testimonial.

La inteligencia artificial promete la toma de decisiones relativamente complejas por un sistema cibernético y sin intervención humana. Desde hace décadas existen multitud de sistemas informáticos que toman decisiones con cierto impacto exterior y sobre el ser humano (por ejemplo, un aparato médico que proporciona un medicamento cuando un paciente ha alcanzado un determinado umbral

17 Más información sobre el funcionamiento técnico de la *blockchain*, en Real Instituto Elcano http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ciberseguridad/ari106-2019-alonsolecuitt-seguridad-y-privacidad-del-blockchain-mas-alla-de-tecnologia-y-criptomoneda (última revisión el 11 de octubre de 2021).

18 La Inteligencia Artificial fue formulada por primera vez en 1956 por el ingeniero informático John McCarthy. Por otro lado, los principios de la tecnología *blockchain* fue inicialmente desarrollada por Satoshi Nakamoto en 2008.

medible), si bien, la comunidad científica y los organismos de investigación públicos y privados pretenden una mayor automatización de tareas que, en el sector asegurador, podrían delegar en máquinas importantes procesos, incluyendo de atención al cliente, análisis y procesado de solicitudes o detección del fraude.

La Comisión Europea ha mostrado su preocupación ante la creciente utilización de sistemas basados en inteligencia artificial con gran capacidad de impacto en el ser humano, por ejemplo, por la opacidad de los algoritmos a la hora de tomar decisiones. Por este motivo, en abril de 2021, la Comisión Europea aprobó una propuesta de reglamento en materia de inteligencia artificial¹⁹ (la “**Propuesta**”) centrada en un sistema de gestión de riesgos, la cual establece determinados principios, derechos y límites que será de obligado cumplimiento para todas las empresas e instituciones que desarrollen o exploten sistemas inteligentes, con el objetivo general de alcanzar el respeto de unos estándares éticos y generar confianza en la tecnología.

Por su parte, la AEPD publicó en febrero de 2020 el documento “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción” (el “**Documento de la AEPD**”), en donde aborda las principales dudas que se plantean en el marco de protección de datos de carácter personal, y analiza los aspectos más relevantes en la relación entre Inteligencia Artificial y RGPD que deben ser tenidos en cuenta desde el diseño y en la implementación de tratamientos que incluyan inteligencia artificial. En el documento se presta atención especial, entre otras cuestiones, a la legitimación para el tratamiento, la información y transparencia, el ejercicio de derechos, las decisiones automatizadas, la exactitud, la minimización de datos, la evaluación de impacto y el análisis de la proporcionalidad del tratamiento.

Ambos documentos son una muestra de la preocupación existente por dar una respuesta adecuada a la regulación de los tratamientos de datos que incorporen componentes de inteligencia artificial.

19 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021P-C0206&from=EN> (última revisión el 11 de octubre de 2021).

20 Apartado 5.5.2 de la Exposición de Motivos de la Propuesta.

Así, la Propuesta categoriza a los sistemas con inteligencia artificial según los riesgos que sus usos pudieran ocasionar, calificándolos como (i) riesgo inaceptable; (ii) riesgo alto; y (iii) riesgo bajo o mínimo. Entre los primeros se encuentran los usos descritos en el artículo 5 de la Propuesta, que están directamente prohibidas por tener “gran potencial para manipular a las personas mediante técnicas subliminales que trasciendan su consciencia o que aprovechan las vulnerabilidades de grupos vulnerables concretos, como los menores o las personas con discapacidad, para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que es probable que les provoque perjuicios físicos o psicológicos a ellos o a otras personas²⁰.” Por otro lado, los sistemas de riesgo alto son aquellos que suponen un riesgo para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, los cuales estarán permitidos, si bien el operador de dicho sistema con IA deberá cumplir determinados requisitos obligatorios y realizar una evaluación de la conformidad del sistema con la norma *ex ante*. Finalmente,

sobre los últimos, cuyos usos supone un riesgo bajo para la salud, seguridad o derechos de las personas, la Propuesta no establece medidas específicas, dada su inocuidad.

Por sus propias características, el sector asegurador será uno de los que, potencialmente, se vea más afectado por esta Propuesta si finalmente se aprueba en los términos planteados por la Comisión Europea. La posibilidad de denegar determinadas coberturas médicas con base en decisiones tomadas por un sistema de IA servirá enormemente para agilizar los procesos y optimizar los recursos de las compañías aseguradoras, pero pueden crear situaciones como las enumeradas anteriormente, que obligarán a hacer un análisis de riesgos previa a la utilización de IA y, además, a configurar y a operar ésta según en los términos de la Propuesta. Entre las obligaciones más representativas se encuentra la de informar convenientemente a los usuarios, de manera análoga a en materia de protección de datos personales; diseñar la herramienta con capacidad de registrar eventos automáticamente, para garantizar la trazabilidad de la toma de decisiones; o la preparación de documentación técnica, en donde se describa suficientemente el sistema y se demuestre que cumple con los límites y obligaciones de la Propuesta.

2. Tecnología *blockchain*

La Exposición de Motivos de la Propuesta afirma en varias ocasiones que uno de los objetivos finales de la misma es inspirar confianza en los ciudadanos y otros usuarios para que adopten soluciones basadas en la IA, confianza que es también el leitmotiv de la tecnología *blockchain* que, como adelantamos, no es una herramienta para la toma automatizada de decisiones, sino para el registro descentralizado de información y, cuando se une a un *smart legal contract*²¹, la autoejecución de un contrato. Una cadena de bloques permitiría, en un plano teórico, descentralizar la responsabilidad del registro de información en un solo ente (por ejemplo, una empresa aseguradora) y, además, garantizar la ejecución automática de un contrato o de algún término de él, sin necesidad de intervención de las partes. En el sector asegurador permitiría, por ejemplo, que un asegurado cobrase automáticamente una indemnización contemplada en una póliza de seguros, ante una catástrofe natural como una riada, cuando el sistema, principalmente a través de sensores, registrase la misma. Esta tecnología promete transparencia, agilidad en la cobranza de indemnizaciones y, sobre todo, confianza por no depender todo el sistema de un ente centralizado, aunque plantea no menos retos jurídicos, precisamente de confidencialidad de la información registrada, cumplimiento de las obligaciones en materia de protección de datos personales, excesiva complejidad técnica o la imposibilidad de detener la ejecución de un *smart legal contract*, por existir alguna variable que inicialmente no fue contemplada. De hecho, a pesar de ser una tecnología con más de una década de existencia, su adopción por el sector asegurador es prácticamente testimonial, limitándose a pruebas de concepto que no se han materializado en casos de uso.

21 Un *smart legal contract* es un programa informático, desplegado en una *blockchain*, que permite la ejecución automática y autónoma de un contrato o de partes de este.

Así, la tecnología *blockchain* o “tecnología de contabilidad distribuida” (Distributed Ledger o DLT, por sus siglas en inglés), se popularizó en 2009 ligada a la figura del Bitcoin. Posteriormente, ha despertado gran interés en un buen número de sectores económicos, especialmente en el financiero y relacionados. Su potencial transformador de la figura de los intermediarios en las transacciones, así como la garantía de la exactitud e inalterabilidad de los contenidos de las transacciones o registros, puede llegar a mejorar la eficiencia en los procesos y disminuir los costes de determinadas transacciones para las entidades que adopten este tipo de tecnología.

El *blockchain* se define, a grandes rasgos, como un registro de operaciones único, organizado mediante nodos, que ha sido consensuado por las distintas partes implicadas y que no puede ser modificado salvo si todas ellas se ponen de acuerdo para hacerlo. Así, el nodo reúne copias exactas de diversas transacciones o registros, estando vinculado con el nodo inmediatamente anterior y el nodo siguiente, de manera que forma una cadena en la que el nodo tiene una posición es inamovible y un contenido inalterable. Es precisamente esta inalterabilidad la que tiene un mayor impacto en el mundo empresarial, ya que mejora la transparencia de las transacciones realizadas en la red y minimiza el riesgo de fraude²². En palabras de la doctrina “es una contabilidad pública entre pares que se mantiene mediante una red distribuida de ordenadores y que no requiere ninguna autoridad central ni terceras partes que actúen como intermediarios”²³.

En el marco de los seguros, el *blockchain* presenta quizás su mayor potencial de desarrollo con los *smart legal contracts*, basados en tecnología *blockchain* y que, mediante un código informático, pueden ejecutarse y hacerse cumplir por sí mismo, de manera autónoma y automática, sin que resulte necesaria la intervención de una tercera persona o entidad que vele por su cumplimiento. Además, el contenido del contrato y toda la información que contiene se almacenan en un nodo, cuyos datos no se revelará salvo a las partes que lo firmaron, de no ser necesario.

Como se puede inferir, por tanto, una de las mayores ventajas de este tipo de contratos basados en *blockchain* es la posibilidad de acelerar todos los trámites que tienen lugar en la vida de un contrato de seguro, desde su contratación hasta las gestiones relacionadas con el acaecimiento del siniestro asegurado, lo que incluso puede implicar un beneficio al cliente, derivado de los posibles ahorros que le puedan suponer una reducción de las privas por este menor coste de los procesos internos para la aseguradora.

No obstante, a pesar de los beneficios que, a priori, presenta esta tecnología, se advierten algunos desafíos a los que habrá que hacer frente en relación con el obligado cumplimiento de las normas en materia de protección de datos personales. Así, por ejemplo, entre los aspectos más controvertidos, cabe destacar:

- Teniendo en cuenta que la cadena *blockchain* es una red, por definición, inmutable, se plantean dudas acerca de la posibilidad del ejercicio

22 Vid. “Blockchain (II): Conceptos básicos desde la protección de datos”, publicado por la AEPD el 20 de noviembre de 2020.

23 MENDOZA ENRÍQUEZ, O.A., “Blockchain y protección de datos personales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 2020.

de los derechos de supresión y el de rectificación. Incluso sería conveniente ver hasta qué punto los datos personales incorporados en *blockchain* deberían estar anonimizados.

- Dado que cada uno de los actores de la cadena *blockchain* actúa en plano de igualdad con el resto, es difícil determinar la posición que ocupa cada uno de estos actores, es decir, si son responsables de (tratamiento) y, por tanto, cuáles son las obligaciones derivadas de su posición jurídica en relación con el tratamiento de datos personales que realicen o la base legitimadora en virtud de la cual realicen dicho tratamiento.
- La automatización de decisiones que deriva del uso de *smart contracts* parece entrar en conflicto con las previsiones del artículo 22 RGPD, que establece el derecho de todo interesado a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. Por tanto, habrá que analizar si es posible que la tecnología *blockchain* permita adaptar estos contratos para que cumplan con esta exigencia derivada del RGPD.
- Al tratarse de una tecnología en la que no existen fronteras, los diversos actores implicados pueden estar radicados en diferentes lugares del planeta, lo que podría derivar en una transferencia internacional de datos que debería tener un marco regulatorio apropiado.

También en lo relativo a la protección de datos, la utilización de la tecnología *blockchain* por parte del sector asegurador exigirá, entre otros aspectos, garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el RGPD, incluyendo en materia de confidencialidad de los datos, de limitación del tratamiento o de derechos de los interesados, cuando fuesen exigidos por estos, todo lo cual, *a priori*, entra en conflicto con la propia naturaleza de esta tecnología. Para salvarlo, la compañía de seguros tendrá que acudir al despliegue de redes privadas, dado que las características de estas redes facilitan el cumplimiento con la normativa de protección de datos, ya que, en la medida en que sus propietarios deciden quién puede participar en ella, resulta más fácil identificar el papel de cada sujeto interviniente en el tratamiento de los datos.

Igualmente deberán acudir, sobre todo, a la utilización de técnicas de anonimización, en los términos expuestos por la AEPD en las "Orientaciones y garantías en los procedimientos de anonimización de datos personales"²⁴.

24 Disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/guia-orientaciones-procedimientos-anonimizacion.pdf> (última revisión el 11 de octubre de 2021).

VIII. Conclusión

Tecnologías como la *blockchain*, la inteligencia de datos (*big data*), el *IoT* o la IA ofrecen incontables posibilidades a las empresas para ofrecer sus servicios de manera mucho más eficiente, personalizada y competitiva, si bien supone, en la mayoría de los casos, retos jurídicos en relación al tratamiento de los datos de los asegurados. No obstante, como hemos expuesto en este artículo, tanto la normativa general, desarrollada en el RGPD y en la LOPDGDD, como la especial en esta materia, concentrada en la LOSSEAR, exponen el marco jurídico que deberá respetar una compañía aseguradora cuando realice tratamientos singulares de datos, normativa que, junto con el futuro Reglamento de Inteligencia Artificial y las guías publicadas por la AEPD, ofrecerán directrices suficientes para poder llevar a cabo estos complejos tratamientos de datos personales con garantías y seguridad jurídica.

The image is a high-magnification micrograph of a metal microstructure. It displays a complex arrangement of grains and grain boundaries. The grains vary in size and orientation, with some showing clear slip bands. The overall appearance is that of a polycrystalline material with a heterogeneous microstructure. The colors range from light yellow to dark blue, likely due to the use of a polarizing microscope.

**Problemas y
cuestiones**



La hipoteca y el procedimiento de ejecución ordinaria

Aránzazu Barandiarán
Counsel de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN
E INMOBILIARIO

I. Introducción	104
II. La alternatividad de las acciones ejercitables por el acreedor como punto de partida	105
III. Particularidades procesales a tener en consideración	107
1. La demanda frente a terceros	107
2. La notificación a terceros	108
3. El embargo del bien hipotecado	108
4. La tasación o avalúo del bien hipotecado	109
IV. Conclusiones	110

Índice/



Resumen: Este artículo analiza la ejecución de la hipoteca por la vía del procedimiento de ejecución ordinario como alternativa a la vía especial hipotecaria, sus particularidades procesales y las ventajas e inconvenientes que la misma pueda presentar en la medida en que, en especial, se recurra a dicho mecanismo como una alternativa para poder realizar bienes de terceros (fiadores o avalistas) u obtener una nueva tasación del inmueble hipotecado.

Abstract: This article analyses mortgage foreclosure through the ordinary foreclosure procedure as an alternative to the special mortgage procedure, its specific procedural features and the advantages and disadvantages that it may present insofar as, in particular, this mechanism is used as an alternative to be able to realise third party assets (guarantors or cosigners) or obtain a new valuation of the mortgaged property.



Palabras clave: Procedimiento ordinario de ejecución, ejecución hipotecaria, hipoteca, avalúo, embargo, fiador o avalista.

Keywords: Ordinary foreclosure proceedings, foreclosure, mortgage, appraisal, seizure, guarantor or cosigner.

La hipoteca y el procedimiento de ejecución ordinaria

I. Introducción

El ámbito procesal de la ejecución de los préstamos hipotecarios ha experimentado durante los últimos años una constante evolución, como consecuencia de distintos cambios normativos y jurisprudenciales, y que nos conduce necesariamente hacia una mayor especialización y refinamiento jurídico en la adopción de las estrategias de recuperación de deuda.

Por ello, frente a una gestión procesal estándar se impone el recurso a vías jurídicas más especializadas y que permitan proteger de forma eficaz los intereses de los acreedores que, sin desconocer el incremento de la protección que se otorga a consumidores y usuarios en situación de vulnerabilidad, deben poder permitir acceder de forma eficaz a la ejecución de los bienes o derechos otorgados en garantía.

En este contexto, el recurso al procedimiento de ejecución ordinaria de la hipoteca ha adquirido una notable relevancia como alternativa que permitiría sortear algunos de los obstáculos a los que viene enfrentándose la ejecución del préstamo hipotecario a través del procedimiento especial hipotecario.

La suspensión acordada en su día, por unidad de criterio, de la tramitación de las ejecuciones hipotecarias a la espera de la Sentencia TJUE sobre las cláusulas de vencimiento anticipado, empujó a muchas entidades de crédito a iniciar procedimientos declarativos ordinarios a la espera de una previsible resolución sobre la posible abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado, iniciando a continuación procedimientos de ejecución ordinaria de las sentencias dictadas en dichos procedimientos.

Por otro lado, la caída significativa en la valoración de los inmuebles tasados durante los años de burbuja inmobiliaria y sobreendeudamiento implica tener que atenerse a un valor de adjudicación que, en muchos casos, ni se corresponde con el valor real del inmueble ni cubrirá previsiblemente el importe del crédito garantizado con la hipoteca, lo que hace desaconsejable el recurso a esta vía.

En otros supuestos (no infrecuentes en determinadas operaciones de *project finance* de inmuebles), simplemente se renuncia a realizar la tasación ECO a la que se refiere el artículo 682 LEC, por lo que necesariamente debe recurrirse en caso de ejecución al procedimiento de ejecución ordinaria.

En definitiva, las razones o motivos con base en los cuales se recurre a la vía de la ejecución ordinaria en lugar de al procedimiento de ejecución hipotecaria pueden

ser muy variados, pero lo cierto es que si la misma es una vía que permite mejorar las perspectivas de recuperación del acreedor respecto del procedimiento especial hipotecario es una cuestión que plantea más problemas de los que a simple vista se aprecian.

II. La alternatividad de las acciones ejercitables por el acreedor como punto de partida

Ante el incumplimiento del deudor, partiendo de que se aplique la responsabilidad patrimonial universal del deudor *ex* artículo 1.911 del Código Civil y se hayan otorgado garantías personales o reales, la ley concede al acreedor la facultad de acudir a distintos tipos de procedimiento para la satisfacción de su crédito en función de que se cumplan los requisitos establecidos para cada uno de ellos.

El procedimiento de juicio ordinario, a través del cual se puede solicitar se declare el incumplimiento y el vencimiento de la obligación del deudor, pasando a continuación a ejecutar frente a la totalidad de su patrimonio o únicamente los bienes dados en garantía de sus obligaciones (de forma simultánea o no); el procedimiento de ejecución de la garantía real hipotecaria o prendaria; el procedimiento de ejecución ordinaria; o, en el caso de haberse pactado expresamente, el procedimiento de ejecución extrajudicial.

Es bastante frecuente que las propias escrituras de préstamo hipotecario contemplan, en un primer lugar, la facultad de la entidad prestamista de reclamar a través de cualesquiera acciones judiciales que le correspondan, pero las mismas suelen regular en exclusiva de forma específica, a continuación, la acción hipotecaria, entendida como vía, en principio, preferible a la acción ejecutiva ordinaria.

¿No tendría sentido alegar, en ese caso, que la constitución de la hipoteca genera una expectativa legítima de que la misma será ejecutada a través del procedimiento especial previsto en el artículo 682 LEC y siguientes?

En este sentido, son ya varias resoluciones judiciales que han apuntado a dicha posibilidad en los supuestos en los que la hipoteca objeto de una ejecución ordinaria es la vivienda habitual del deudor, considerando que la entidad prestamista debe optar preferentemente por la vía de la ejecución hipotecaria¹ puesto que, de lo contrario, se priva al ejecutado de los mecanismos específicos de protección a los que sí podría recurrir en el marco de dicho procedimiento.

Partiendo de que no hay razón legal para considerar que tal doctrina deba limitarse a la residencia habitual del deudor o a supuestos específicos de consumidores o usuarios, lo cierto es que los derechos o prerrogativas del deudor en esos casos se han visto especialmente reforzadas en el marco del procedimiento de ejecución especial, por lo que es posible sostener con mayor fuerza la existencia de un abuso de derecho en el supuesto de optarse por la vía ordinaria de ejecución.

1 Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de mayo de 2015 (LA LEY 245121/2015), Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid en Autos núm. 138/2016, y 139/16, de 6 de junio y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 19 de mayo de 2020 (LA LEY 73583/2020) en algunos otros casos, ha extendido dicha consideración a otros supuestos en los que era objeto de ejecución la vivienda titularidad del administrador-fidador de la sociedad prestataria o una segunda residencia. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de nov. 2013 (LA LEY 271789/2013) y Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de dic, 2013 (LA LEY 271789/2013)

Ahora bien, en los restantes supuestos, para construir la noción de un “abuso de derecho de opción” procesal y poder ir más allá de la mera afirmación de que la parte ejecutante ha hecho uso de un mecanismo amparado en Derecho para la ejecución de su derecho de crédito, será necesario acreditar qué circunstancias concretas hacen cuestionable el recurso a esa opción procesal prevista, en principio, en la norma.

Así, partimos de que toda obligación contractual libremente pactada tiene como límites la moral, las leyes y el orden público (artículo 1255 del Código Civil) y cualquier actuación procesal debe ajustarse a las reglas de la buena fe (artículo 247.1 LEC y 7.2 del Código Civil) debiendo rechazar los tribunales cualquier petición que se formule con manifiesto abuso de derecho o que entrañe un fraude de ley o procesal.

Por tanto, es preciso determinar cómo el recurso al procedimiento ordinario persigue el fin de incrementar injustificadamente la onerosidad de la ejecución para el deudor².

Sin embargo, dicho planteamiento (o cualquier otro que se sostenga sobre la voluntad de la entidad prestamista de evitar el valor de tasación pactado a efectos de ejecución), de conformidad con alguna resolución judicial ya dictada, pasa por anticipar que el resultado de la subasta será necesariamente el de la adjudicación del inmueble hipotecado y, por tanto, basar la existencia de un supuesto fraude de ley en un perjuicio que no se ha materializado en la fase de oposición a la ejecución³.

2 Compartimos la reflexión realizada por CARRASCO PERERA, A.F., (*Capítulo III. Eficacia general de las normas jurídicas. Comentario de los arts 6 y 7*, en Comentarios al Código Civil, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 141-180), al señalar que: “Muchísimas veces los tribunales desestiman la excepción de abuso mediante la aplicación de una sedicente regla: no hay abuso de derecho, porque no abusa del derecho quien se limita a ejercitar las prerrogativas que le concede la norma. Es evidente que esta sedicente regla es una perogrullada sin sentido, pues es una pura descripción tautológica. Si fuera cierta, nunca habría abuso. (...) Para dar un sentido aparente a esta afirmación hay que convertirla en esta otra: como regla, no abusa de su derecho quien lo ejercita, y el que pretende la aplicación del art. 7 CC ha de probar la concurrencia de especiales circunstancias concurrentes que hacen reprochable la conducta objetivamente adecuada a la norma.”

3 Auto nº 149/2020 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 de noviembre de 2020, “Que la entidad ejecutante trata a través de un procedimiento de ejecución ordinario evitar el valor de tasación fijado por la propia entidad”. Parece ser un juicio de intenciones, dando por supuesto que el único bien realizable es la finca gravada con la hipoteca, lo que no parece ser el caso. En todo caso, la hipoteca subsistirá en tanto no se ejecute.[...] Aun ejecutándose a través del procedimiento especial de ejecución la adjudicación del bien hipotecado al ejecutante no es sino una facultad – “podrá”- prevista en el art. 671 de la LEC. Si no se produce, la hipoteca se cancelará, pero subsistirá la acción fundada en la responsabilidad personal y, por tanto, podrá de nuevo gravarse el bien –que era el que en primer lugar debía embargarse con arreglo a lo pactado-, tasarse con arreglo a su valor de mercado, art. 639 LEC, y ejecutarse mediante subasta.”

III. Particularidades procesales a tener en consideración

1. La demanda frente a terceros

La parte ejecutante formula a través de su demanda de ejecución ordinaria dos pretensiones principales que se ejercitan de forma acumulada: una hipotecaria, cuyo título ejecutivo es la escritura en la que se ha constituido la hipoteca a favor del deudor (artículo 517.2.4º LEC), y una personal, cuyo título ejecutivo es el contrato de préstamo (artículo 517.2 LEC), en la medida en que se solicite el embargo de otros bienes del deudor y de la finca hipotecada en la parte de su valor que exceda de la cuantía asegurada con la hipoteca⁴.

En el supuesto de que el bien hipotecado pertenezca a un tercero, se ejercitará frente al mismo la pretensión hipotecaria (salvo que se desampare el bien, en cuyo caso la ejecución se seguirá sólo frente al deudor) con el límite de los importes cubiertos por la responsabilidad hipotecaria, por lo que se entenderán con el mismo las diligencias relativas al embargo y subasta del bien hipotecado (127 LH). La pretensión personal se ejercitará frente al deudor, frente a todos sus bienes y por la totalidad de la deuda.

Si concurren, además, fiadores solidarios o avalistas, existirá la acumulación de una tercera acción personal frente al mismo⁵, frente a todos sus bienes y con los límites impuestos, en su caso, por la fianza o aval constituidos.

4 El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid nº 2252/13, Sección 14.ª, de fecha 30/07/13, señala que: "El acreedor dispone de dos títulos ejecutivos: la escritura pública que documenta el derecho de 13/06/2018 11 / 39 crédito —préstamo— y la escritura pública que constituye la hipoteca, siempre que la misma esté inscrita en el Registro de la Propiedad; el hecho de que ambos negocios jurídicos aparezcan en una sola escritura pública, de préstamo hipotecario, no supone la existencia de un solo título ejecutivo; el acreedor dispone, vencido el préstamo, del título ejecutivo constitutivo de la hipoteca con el que puede ejercitar la acción real hipotecaria contra el bien o los bienes hipotecados, en cuyo caso se estará a las particularidades que, en orden a la ejecución sobre bienes hipotecados, se recogen en el capítulo V, arts. 681 y siguientes, de la Ley de Enjuiciamiento civil, y del título ejecutivo con el que puede instar la acción personal por la vía de la ejecución ordinaria respecto de todos los bienes del deudor. En definitiva, el acreedor con garantía hipotecaria puede optar por ejercitar la acción real contra el bien hipotecado, la personal declarativa o la ejecutiva frente a los obligados por el préstamo escriturado (en este caso, deudor y fiadores solidarios)."

5 En los supuestos en los que se haya pactado la previa renuncia al beneficio de excusión, división y orden que, en todo caso, suelen ser prácticamente estándar en las fianzas o avales de los préstamos hipotecarios.

2. La notificación a terceros

Una vez se ha acordado el despacho de ejecución, y salvo en aquellos supuestos en los que se acompañe a la demanda un acta notarial de previo requerimiento de pago (artículo 581 LEC), el Juzgado requerirá el pago a la parte ejecutada para que pague o formule oposición, tras lo cual, y en el supuesto de que no se verifique ninguna de las anteriores opciones, se practicarán los embargos solicitados.

Ahora bien, si se pretende la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca y anteriores a la anotación de embargo, es necesario que los titulares tengan conocimiento del procedimiento de ejecución así como de que la misma afecta a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos, a los efectos de preservar la debida transparencia respecto de la posición jurídica que los mismos ocuparán en el procedimiento y su intervención en el avalúo y otras actuaciones procesales que les afecten (artículo 659.2 LEC).

Asimismo, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 659.3 LEC, de forma que dichos titulares de cargas hipotecarias tendrán la facultad, con anterioridad a la aprobación del remate, de abonar el importe reclamado en concepto de principal, intereses y costas, dentro de los límites de responsabilidad hipotecaria inscritos en el Registro de la Propiedad, subrogándose hasta dicho importe en los derechos del acreedor ejecutante.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria⁶.

3. El embargo del bien hipotecado

El criterio general seguido por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública es el de avalar el principio de alternatividad de vías de ejecución (artículos 126 y 127 LH), poniendo de manifiesto⁷ una de las particularidades más reseñadas en cuanto al uso de la vía de ejecución ordinaria de la hipoteca: la necesidad de solicitar el embargo del bien hipotecado.

Tal embargo se considera necesario para convertir un derecho real de garantía en una "afección real" que adscribe dicho bien al procedimiento de ejecución y la exigencia del mismo se mantiene, pese a la reforma, en el artículo 127.6 LH⁸.

Por otro lado, señala dicha Dirección, es imprescindible a los efectos de poder expedir una certificación de cargas, hacer constar dicha circunstancia al margen de dicha anotación preventiva (artículo 656) y también al margen de la hipoteca, con arreglo al artículo 659 LEC, a los efectos de que quede debidamente reflejada la necesaria conexión que existe entre el embargo acordado y la hipoteca. El

6 Resolución de 29 de noviembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2020, A-2020-254).

7 Entre otras, cabe destacar por su claridad la Resolución de 23 de mayo de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 12 de junio de 2018).

8 García Vila, J.A., "La ejecución parcial del préstamo hipotecario", *Notarios y Registradores* 02/07/2019.

9 El Grupo de Trabajo Conjunto de Letrados de la Administración de Justicia y Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana compartió dicha duda en su publicación "Alternativas en orden a la ejecución de la garantía hipotecaria. Problemas prácticos y dudas jurídicas", *Diario La Ley* nº 9217, Sección Tribuna, 13 de junio de 2018 Ed. Wolters Kluwer.

Registrador realizará la necesaria notificación a los titulares de cargas posteriores a la hipoteca, a los que habrá que comunicar, como se ha señalado anteriormente, que se ha iniciado un procedimiento de ejecución y en el mismo se está haciendo valer la hipoteca preferente a sus derechos.

En el correspondiente edicto y anuncio de subasta se hará constar asimismo que se está ejecutando la correspondiente hipoteca, a fin de que los eventuales postores no descuenten de sus pujas el importe de las cargas intermedias, al estar éstas destinadas a ser canceladas.

4. La tasación o avalúo del bien hipotecado

Asimismo, es reseñable que una de las circunstancias que, generalmente, se da por aceptada en el marco del procedimiento de ejecución es que debe procederse a realizar una nueva tasación del bien, que servirá de tipo para la subasta a realizar.

Sin embargo, cabría cuestionarse al respecto⁹, si en los supuestos en los que las partes pactaron un tipo de subasta a efectos de ejecución en la escritura de préstamo hipotecario (normalmente coincidente con el valor de tasación que sirvió para conceder el mismo), no será necesario atenerse al mismo por tener la consideración de "acuerdo" en los términos de lo dispuesto en el artículo 637 LEC, que señala que una nueva valoración será necesaria en aquellos supuestos en los ejecutantes y ejecutado no se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución¹⁰.

En este supuesto, no será necesario practicar ninguna liquidación de cargas conforme al artículo 666 LEC, lo que ha sido puesto de manifiesto en distintas resoluciones judiciales como uno de los obstáculos que determinarían la inviabilidad de la ejecución de la hipoteca a través del procedimiento ordinario, pero representa sin duda un inconveniente grave en aquellos casos en los que se haya acudido a dicho procedimiento porque el *Loan to Value* sea bajo, dado que implicaría atenerse al valor de tasación del préstamo.

Asimismo, el deudor perdería en ese caso la garantía de una tasación mínima a efectos de subasta que le ampara en el procedimiento de ejecución hipotecaria y que, en el caso del artículo 682.2.1ª LEC, no podrá ser inferior al 75% del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Finalmente, cabe preguntarse si, siendo necesaria una nueva valoración judicial conforme dispone el artículo 637 y siguientes de la LEC, con deducción de las cargas previas y preferentes en la forma indicada por el artículo 666 LEC, el propio importe de las cargas hipotecarias tendría que deducirse de la nueva valoración para obtener el tipo de subasta (dando lugar a un valor neto negativo en los supuestos en los que el valor del bien hipotecado se ha reducido drásticamente)¹¹.

10 Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 4548/17 de 29 de junio de 2017 señala: "En el presente supuesto la parte recurrente interpuso demanda de ejecución de título no judicial respecto a préstamo hipotecario, solicitando embargo, entre otros, de la finca ofrecida en garantía hipotecaria. [...] La parte ejecutante optó por no acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria e instar la ejecución por la vía de la ejecución de título no judicial, y solicitó la tasación de la finca, lo que así fue acordado nombrándose perito judicial que tasó la finca en 75.578'64 euros. No obstante, no se tuvo presente que el art. 637 LEC dispone que "Si los bienes embargados no fueren de aquéllos a que se refieren los arts. 634 y 635, se procederá a su avalúo, a no ser que ejecutante y ejecutado se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución". Al acordarse la tasación por perito judicial se obvió que las partes ya se habían puesto de acuerdo sobre el valor del bien previamente a la ejecución, fijándose en la escritura de préstamo hipotecario un valor de tasación que debía respetarse para el supuesto de la ejecución, tanto judicial como extrajudicial."

11 Auto nº 277/2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de noviembre 2013 (LA LEY 271778/2013). De ello se sigue no ya que los inmuebles saldrían a subasta por un valor inicial muy inferior al que correspondería de promoverse la realización del bien en atención precisamente a la tercera hipoteca (uno de los rasgos distintivos de la ejecución hipotecaria es precisamente la carencia de fase de avalúo, como resulta del art. 682.2, 1.º LEC), con grave detrimento de la posición del deudor y por extensión del hipotecante, sino directamente la inviabilidad de esa vía de apremio, como determina el art. 666.2 LEC, ya que los inmuebles tendrían un valor neto negativo (el importe de las preferentes cargas hipotecarias prácticamente agota el valor asignado en la tasación de noviembre de 2009)."

Ahora bien, y con relación a este último extremo, parece cuanto menos cuestionable que al valor del bien a subastar haya de restársele el de la propia carga que fundamenta la ejecución, dado que si admitimos que la hipoteca puede ejecutarse por vías alternativas y el embargo que se ordena asegura que el rango de la misma se mantiene respecto de otras cargas posteriores que hayan podido ser anotadas sobre el bien, necesariamente debe excluirse la posibilidad de tal deducción.

IV. Conclusiones

El procedimiento ordinario de ejecución viene perfilándose, en los últimos tiempos, como una alternativa atractiva para la realización de las hipotecas respecto del procedimiento especial previsto en la LEC, especialmente en aquellos supuestos en los que permita incrementar las posibilidades de recuperación por la existencia de solvencias adicionales o exista un valor de tasación en la escritura de préstamo alejado de la realidad del mercado.

Es cierto que cabe inferir del procedimiento de ejecución ordinaria, la ventaja de la posibilidad de dirigirse frente a otros bienes del deudor con las limitaciones impuestas en el artículo 592.1 LEC¹², así como los del fiador o avalista del préstamo, si existieren, dentro de un único procedimiento y manteniendo, respecto de la hipoteca otorgada en garantía, el mismo rango de privilegio respecto de posibles cargas posteriores sobre el activo.

Asimismo, y en materia de costas, la entidad prestamista (salvo en supuestos de ejecución de la vivienda habitual) no se verá tampoco limitada por la posibilidad recuperar únicamente el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda.

Pero más allá de un hipotético incremento de las posibilidades de recuperación, el argumento clave de la posibilidad (o necesidad) de una nueva valoración o tasación del bien inmueble hipotecado como elemento verdaderamente diferenciador del procedimiento especial hipotecario sería cuestionable si, conforme al artículo 637 LEC, el deudor mantiene que ya hubo acuerdo entre las partes al suscribirse el préstamo hipotecario en caso de ejecución.

Habrà que estar al tenor literal del referido préstamo respecto de si dicha valoración se pactó únicamente para los supuestos del recurso a la vía especial hipotecaria y, en todo caso, a un mayor desarrollo jurisprudencial respecto de la necesidad o no de una nueva tasación, pero dicha cuestión es, sin duda, uno de los puntos clave para optar por la vía ordinaria como un procedimiento eficaz de recuperación para el acreedor.

12 El Letrado de la Administración de Justicia tendrá que tener en cuenta, en todo caso, a la hora de acordar el embargo de los bienes del ejecutado, (i) la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado, así como (ii) el criterio de suficiencia del artículo 584 LEC, de forma que, en caso de si se estimara que con el embargo del bien hipotecado se podrá hacer frente a la deuda, el resto de su patrimonio deberá quedar libre.

Nueva interpretación española de la cláusula anti-abuso de la directiva matriz filial

José Azqueta
Socio de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE FISCAL

Ignacio Pascual
Abogado de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE FISCAL

I.	Introducción	114
II.	Evolución de la interpretación de la cláusula anti-abuso	115
	1. Casos IFF de 22 de enero de 2009 y 16 de junio de 2008	115
	2. Casos RHI y Embridge Capital de fechas 25 de noviembre de 2010 y 3 de junio de 2012, respectivamente	116
	3. Otras sentencias	117
III.	Derecho europeo en la interpretación de la cláusula anti-abuso	117
	1. C-6/16, Equiom, de 7 de septiembre de 2017	118
	2. C-504/16, Deister Holding AG; y C-613/16, Juhler Holding A/S de 20 de diciembre de 2017	119
	3. C-116/16 y C-117/16, T Danmark e Y Denmark Aps	119
IV.	Superación de la jurisprudencia y aplicación del derecho europeo en las sentencias de mayo de 2021	120
V.	Relevancia de las sentencias	121

Índice/



Resumen: Las sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2021 y 31 de mayo de 2021 relativas a la interpretación de la cláusula anti-abuso incorporada en la implementación en la norma española de la Directiva 2011/96/UE (Matriz-Filial) han supuesto la superación de la doctrina emitida en la materia: los tribunales españoles asumen y aplican sin reservas la doctrina emanada de las sentencias del TJUE, lo que se traduce en una mayor seguridad jurídica; además, la sentencia de 31 de mayo aporta además importantes apreciaciones sobre el concepto abstracto de “motivo económico válido”.

Abstract: The judgments of the National Court of Spain of 21 May 2021 and 31 May 2021 regarding the interpretation of the anti-abuse clause included in Spain’s implementation of Directive 2011/96/EU (Parent-Subsidiary) have resulted in the improvement of the case law issued on the matter: Spanish courts assume and apply the legal principles emanating from the judgments of the CJEU without reservation, which translates into greater legal certainty; in addition, the judgment of 31 May also provides important insights into the abstract concept of “valid economic reasons”.



Palabras clave: Directiva Matriz Filial, carga de la prueba, cláusula anti-abuso, motivos económicos válidos.

Keywords: Parent-Subsidiary Directive, burden of proof, anti-abuse clause, valid economic reasons.

Nueva interpretación española de la cláusula anti-abuso de la directiva matriz filial

I. Introducción

La existencia de un mercado único europeo exige la adopción de normas que garanticen la neutralidad fiscal en el movimiento de capitales. Una de estas disposiciones es la conocida como Directiva Matriz-Filial,¹ (la “**Directiva**”) que la normativa española incorpora en el artículo 14.1.h) del TRLIRNR.

Entre otras medidas, dicha disposición establece la ausencia de tributación (en forma de retención) sobre los dividendos pagados a entidades matrices residentes en la Unión Europea, sujeto al cumplimiento de determinados requisitos. A su vez, el precepto incorpora de forma expresa una cláusula anti-abuso para evitar que terceros ajenos al mercado europeo pudieran beneficiarse de la exención. Así, la exención tributaria puede ser denegada cuando la matriz es controlada, directa o indirectamente, por personas o entidades de terceros países. Esta presunción general de abuso tenía, en su redacción anterior a 2015, unas cláusulas de salida que consistían, básicamente, en que la matriz: (i) realizara una actividad empresarial relacionada con la filial pagadora del dividendo; o (ii) que la matriz, dotada de la sustancia necesaria, tuviera por objeto la dirección o gestión de la filial; o (iii) que concurren para su constitución motivos económicos válidos distintos de los fiscales.

La economía española está conformada, entre otros operadores, por grupos empresariales suprarregionales cuya estructura de tenencia de sociedades hace que en múltiples casos sea necesario invocar la exención doméstica que prevé la Directiva en la repatriación de beneficios a sus socios últimos. Y, en esa medida, las condiciones (formales y materiales) de aplicación de la exención y su concomitancia con el derecho europeo del que dimana han sido objeto de debate jurídico constante.

Las sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:2467) y 31 de mayo de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:3097), han traído sosiego a dicho debate en beneficio del contribuyente. En estas sentencias, la Audiencia Nacional enjuicia el cumplimiento de un contribuyente de las cláusulas de salida de la presunción general de abuso, a la luz de la jurisprudencia del TJUE. La relevancia del fallo contenido en estas sentencias es capital por cuanto la convergencia de la posición jurisprudencial española con la jurisprudencia europea supone la superación de la doctrina emitida hasta la fecha en la materia.

La jurisprudencia europea relativa a la interpretación de las normas anti-abuso incorporadas por los Estados Miembros que prevengan el acceso a la Directiva² determina, fundamentalmente, que para denegar el derecho de la exención, es necesario que la Administración acredite en primer lugar la existencia de indicios de abuso en la utilización de la estructura societaria concreta de que se trate y,

1 Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (90 /435 /CEE). Actualmente, Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011]. Actual: Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

2 Casos C-6/16, Egiorm; C-504/16 y C-613-16, Deister & Juhler Holding; y C-116/16, T-Danmark.

solo en ese caso, será el contribuyente quien tenga que desvirtuar la alegación de la Administración.

Adicionalmente, la sentencia de 31 de mayo incluye relevantes apreciaciones sobre la concreción del concepto de “motivo económico válido” tras la constitución de la estructura de que se trate. En este sentido, la Audiencia considera que la creación de una plataforma con vocación de permanencia (en este caso en Luxemburgo) desde donde controlar y gestionar activamente las participaciones en la región europea, cumple tal requisito.

Si bien estos fallos recaen sobre una redacción anterior a 2015 de la norma española, los principios recogidos en estas sentencias deberían ser de aplicación a la redacción vigente en tanto que incluyen principios de jurisprudencia de la Unión y, además, el test de “motivos económicos válidos” se incluye en la redacción anterior y actual de la cláusula.

II. Evolución de la interpretación de la cláusula anti-abuso

El contenido de las sentencias de mayo de 2021 objeto de este análisis es el resultado de la evolución de los tribunales en términos de convergencia con la jurisprudencia europea.

Desde esta perspectiva evolutiva, en el *íter* de pronunciamientos sobre la materia pueden destacarse dos estadios previos: el inicial, en el que los órganos judiciales españoles resuelven con base en argumentos netamente de derecho nacional y en el que se incardinan las sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de junio de 2008 y 22 de enero de 2009 (casos IFF); y el intermedio, en el que el juzgador es permeable a la jurisprudencia europea y donde se identifican las sentencias de 25 de noviembre de 2010 (RHI) y de 3 de junio de 2015 (Embridge Capital).

1. Casos IFF de 22 de enero de 2009 y 16 de junio de 2008

En las Sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2009 (ECLI:ES:AN:2009:147) y de 16 de junio de 2008 (ECLI:ES:AN:2008:2414), que recaen sobre el mismo contribuyente, IFF Benicarló, S.A., se encuentran los dos temas principales de las sentencias de mayo de 2021: (i) la atribución de la carga de la prueba al contribuyente, a pesar de la inexistencia de indicios de fraude; y (ii) la apreciación de la inexistencia de motivos económicos válidos en el grupo societario cuando se presumían o identificaban concurrentes motivos de eficiencia fiscal.

IFF Benicarló era la filial de una entidad matriz residente en Países Bajos, propiedad directa de otra entidad matriz residente también en dicho territorio, que era a su vez filial de la entidad última del grupo residente en Estados Unidos. IFF

Benicarló repartió dividendos en los ejercicios objeto de comprobación a su matriz holandesa, aplicando los beneficios en la Directiva Matriz-Filial.

La Inspección deniega la aplicación de la exención alegando simulación en la estructura societaria.

La Audiencia Nacional valida la actuación de la Inspección al entender que corresponde al obligado tributario la prueba de la inexistencia de abuso en la operativa descrita, al amparo de lo dispuesto en el artículo 114 LGT de la Ley 230/1963 que establecía que “quien haga valer su derecho, debería probar los hechos normalmente constitutivos del mismo,³ y ello aun cuando el obligado había aportado certificaciones emitidas por la entidad holandesa, entre muchos otros datos”⁴.

En relación con apreciación de la existencia de motivos económicos válidos, la sentencia de 16 de junio de 2008 se limita a considerar que el establecimiento en Países Bajos por sí misma solo puede responder a motivos fiscales, sin mayor argumentación⁵. Esta falta de motivación por parte de la Administración, además, es reiterada en idénticos términos en la sentencia de de fecha 22 de enero de 2009.

2. Casos RHI y Embridge Capital de fechas 25 de noviembre de 2010 y 3 de junio de 2012, respectivamente

La sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:AN:2010:5276) es representativa de la evolución de los tribunales, en cuanto resuelve sobre la aplicación de la exención con base en principios de jurisprudencia de la Unión y pone coto a la interpretación expansiva que venía haciendo la Administración respecto de la aplicación de la cláusula anti-abuso actuación que alcanza, en nuestra opinión, su mayor exponente en la actuación que motiva este caso. Esta sentencia de 2010 es una antesala de la que justifica estas líneas.

3 FJ 5º

4 FJ 4º

5 Se constituyó en 1977 en Irlanda, cuando tenía su residencia en Bermuda, en el año 1995 adquirió el 100% de IFF Benicarló y trasladó su residencia a Países Bajos. Y alega la actora que ese cambio de residencia no tenía a beneficiarse de ningún régimen fiscal, sin embargo, no existen motivos económicos válidos que determinen ese traslado si no es el de obtener una exención en materia fiscal).

La española RHI repartió dividendos a su matriz residente en Países Bajos, entidad controlada por una entidad austriaca. Esta entidad pertenecía a la alemana E.ON en un 10,54% y el capital restante cotizaba en las bolsas de Viena y Frankfurt. La Administración denegó la aplicación de la exención sobre la base de que el contribuyente español no acreditó que la mayoría de los socios últimos del grupo, o sea, los titulares de las acciones cotizadas, fueran residentes en la Unión Europea.

La construcción de la sentencia enumera unas razones para decidir novedosas:

La sentencia reconoce que la interpretación de la cláusula anti-abuso incorporada en la norma doméstica debe someterse al tamiz del Derecho de la Unión Europea y, en esa inteligencia, acoge los postulados de la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 (C-487/08) y la aplica al caso enjuiciado: exigir la identificación de los

titulares últimos para aplicar la exención del IRNR supone una discriminación injustificada, ya que tal identificación previa no se exige para entidades residentes.

Si en las sentencias citadas anteriormente (casos IFF) la Inspección entendía que el cauce para regularizar en el sentido que lo hizo era el artículo 114 de la LGT, esta resolución rechaza de plano esta posibilidad negando la mayor: la exención en el pago de dividendos a matrices de la Unión Europea no es un beneficio fiscal sino un derecho del contribuyente de la Unión para evitar la doble imposición, cuya restricción debe ser excepcional.⁶

Una vez situado el debate en territorio de la Unión Europea, la sentencia entiende que la Administración realiza una incorrecta aplicación de la cláusula anti-abuso ya que invierte la carga de la prueba, al instrumentarla como una suerte de "presunción de fraude" sobre hechos inexistentes o endeble. En este sentido, el tribunal afea que en ningún momento la Administración haya razonado la eventual conducta fraudulenta o abusiva de la entidad perceptora del dividendo⁷.

La Audiencia Nacional entiende, por tanto, que solo la prueba de existencia de indicios claros de abuso por parte de la Administración debe justificar la inversión de la carga de la prueba en la aplicación de la exención, que en todo caso debe someterse a la interpretación y principios de la Unión Europea.

Los principios recogidos en esta sentencia son aplicados cinco años más tarde en *Embridge Capital APS*⁸ si bien, en este caso, el contribuyente no pudo desvirtuar las argumentaciones de la Inspección, que demostró el carácter abusivo de la estructura de tenencia y que consistía en la interposición de una entidad danesa entre la pagadora española y la matriz última canadiense.

3. Otras sentencias

La sentencia de 21 de mayo que concita este artículo, expresamente señala que la resolución tiene como consecuencia "la superación de la doctrina que sobre la cuestión estableció tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional (SAN 31.5.2012, recurso 344/2009, 8.10.2015, recurso 475/2012, 3.6.2015, recurso 264/2012, [Enbridge Capital ya citada] y las del TS de 21 y 22.3.2012, recursos 5228/2008 y 1260/2009) [confirmatoria de IFF Benicarló]".

6 FJ 7º.

III. Derecho europeo en la interpretación de la cláusula anti-abuso

La doctrina que cristaliza en las sentencias de la Audiencia Nacional de mayo de 2021 tiene como causa primera el reconocimiento y la aplicación de jurisprudencia de la Unión Europea recaída en los asuntos C-6/16, *Equiom*; asunto C-504/16, *Deister Holding* y C-613/16, *Juhler Holding*; y C-16/16 y C-117/16, *T Danmark e Y Denmark Aps*.

7 FJ 5º.

8 Sentencia de la Audiencia Nacional, de 3 de junio de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:2235).

Como paso previo al análisis de la evolución de la jurisprudencia de la Unión Europea en la interpretación del concepto de abuso en la utilización de la Directiva Matriz Filial es necesario detenerse en lo que, en esta opinión, justifica la razón de la evolución en la convergencia de los tribunales españoles con derecho europeo.

La redacción original de la Directiva Matriz-Filial incluía en su artículo 1.2 una habilitación a los Estados Miembros para combatir las situaciones de abuso en la utilización de la directiva con apoyo de las normas anti-abuso domésticas, por cuanto no existía ni un mecanismo anti-fraude ni tampoco una definición de abuso en derecho de la UE; no obstante, la progresiva formación de un acervo relativo a la interdicción del abuso en la aplicación del derecho europeo⁹, se proyecta en la interpretación de las normas domésticas que implementan aquéllas por los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros.

1. C-6/16, Equiom, de 7 de septiembre de 2017

La ley fiscal francesa incluía una provisión por la que no aplicaba la exención si la matriz estaba controlada por personas o entidades de terceros países salvo que la pagadora del dividendo acreditase que “la cadena de participaciones no tiene por objetivo principal o uno de los objetivos principales acogerse a la exención”. La cuestión planteada en el recurso es la adecuación a los principios de la Unión de una norma que establece una presunción general de fraude.

Como se puede comprobar, el supuesto de hecho que describe la norma francesa guarda una amplia analogía con la redacción de la cláusula anti-abuso española anterior a 2015 sobre la que se pronuncian las sentencias de mayo de 2021.

El TJUE resuelve, citando jurisprudencia previa, que el ejercicio del derecho a la exención no puede ser conculcado de forma unilateral por los Estados Miembros¹⁰ y que, en todo caso, dichas medidas y su interpretación tienen que ser acordes con el principio general de prohibición de abuso de derecho¹¹. Como resultado, dispone que todas las medidas nacionales adoptadas en un ámbito que haya sido armonizado con carácter exhaustivo por la Unión Europea debe apreciarse a la luz de las disposiciones de la medida de armonización y no de las del Derecho nacional.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal declara no admisibles las presunciones generales de fraude generales de las operaciones, sino que es necesario un examen individual del caso. Por ello, es necesario que la Administración tributaria aporte, al menos, un principio de prueba o indicio de abuso¹².

Una vez citada la jurisprudencia previa, el TJUE concluye que no es admisible que el contribuyente tenga que acreditar la ausencia de abuso sin que la Administración haya aportado, al menos, un indicio de fraude o abuso.

9 C-196/04, Cadbury y C-255/02, Halifax.

10 KBC Bank y Beleggen, Risicokapitaal, Beheer, C-439/07 y C-499/07.

11 Océ van der Grinten, C-58/01

12 Euro Park Service, C-14/16, EU:C:2017:177

2. C-504/16, Deister Holding AG; y C-613/16, Juhler Holding A/S de 20 de diciembre de 2017

Este pronunciamiento analiza la adecuación a Derecho de la Unión Europea de la norma alemana, que deniega el derecho a la exención en el pago de dividendos a sociedades matrices residentes en la Unión Europea cuando se verifique que:

- no existan razones sólidas, ya sea económicas o de otro tipo, que justifiquen la interposición de la sociedad no residente, o
- la sociedad no residente no obtenga de su propia actividad económica más del 10 % de sus ingresos brutos totales en el ejercicio de que se trate, o
- la sociedad no residente no participe en el tráfico económico general con un establecimiento adecuado para su propio objeto social.

La norma alemana, a diferencia de la francesa, incluye no solo un test de motivo económico válido (vr. gr. la justificación económica o de otro tipo para la interposición de la sociedad) sino también requisitos concretos de actividad (vr. gr. test de ingresos) y de sustancia (vr. gr. características del establecimiento) respecto de la matriz.

Esta redacción de la norma permite que el TJUE se pronuncie no solo sobre la configuración del principio general de abuso de derecho de la Unión, sino sobre la aplicación de este principio a las características de las entidades *holding*.

En relación con el principio general de abuso de derecho, esta sentencia ahonda en la senda señalada previamente por Equiom: los Estados no pueden establecer medidas restrictivas para acogerse a la exención y, en ningún caso, puede justificarse su aplicación en una presunción general de fraude, sino que para ello la Administración debe aportar un indicio de fraude o abuso.

Y, más relevante, en relación con los requisitos de sustancia, esta jurisprudencia entiende que los requisitos establecidos en la norma alemana (*ius et de iure*) conculcan la libertad de establecimiento y que, en todo caso, para determinar la existencia de abuso debe atenderse a la realidad económica y de negocio del grupo. Por ello, no es admisible establecer un test mínimo de sustancia para las sociedades holding.

3. C-116/16 y C-117/16, T Danmark e Y Denmark Aps

Estos asuntos acumulados tratan diversas cuestiones que confirman jurisprudencia previa pero, en lo que aquí interesa, destacamos como novedoso el análisis que hace el Tribunal respecto de la apreciación de una situación objetiva de abuso de derecho en relación con una estructura y el beneficio efectivo de las rentas,

a los efectos de aplicar el beneficio de la exención en el pago de dividendos a matrices de la UE.

Así, el tribunal recuerda que para probar la existencia de abuso es necesario la concurrencia de circunstancias objetivas de las que resulte que, pese a que se cumplan las condiciones formales, la estructura tiene como resultado que de forma material se contraviene el objetivo perseguido por la norma. Y, además, una intencionalidad (elemento subjetivo) de obtener un beneficio mediante un artificio.¹³

Tales “indicios de un escenario artificial” serían:

- La percepción de los dividendos y la transferencia de estos al beneficiario efectivo o a otras sociedades instrumentales con carácter subsiguiente en el tiempo a su obtención;
- En el sentido anterior, la imposibilidad de las sociedades receptoras de disponer para sí de dichas rentas;
- Existencia de contratos entre sociedades del grupo que den lugar a flujos intragrupo;
- Inexistencia de actividad económica real distinta al cobro del dividendo. Para evaluar dicha existencia será necesario evaluar la estructura de gestión de la sociedad perceptora del dividendo, composición de su balance y estructura de coste efectivamente soportados, empleados, instalaciones y equipos.

Como cierre, el tribunal destaca que la Administración no está obligada a identificar el beneficiario efectivo de los dividendos, pero sí probar la existencia de abuso.

IV. Superación de la jurisprudencia y aplicación del derecho europeo en las sentencias de mayo de 2021

La sentencia de 21 de mayo de 2021 que aquí se comenta presenta a un fondo de pensiones canadiense que invertía en España a través de dos entidades intermedias luxemburguesas. En los pagos de dividendos a la entidad luxemburguesa de primer nivel no aplicó retención, respaldado por la emisión de un certificado de residencia fiscal de la matriz que afirmaba era la beneficiaria efectiva de la renta.

La Inspección denegó la aplicación de la exención mediante un análisis de las tres cláusulas alternativas de salida:

¹³ Emsland-Stärke, C-110/99, O. y B., C-456/12.

- Que la matriz realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad desarrollada por la sociedad filial, circunstancia que entendió no concurría en este caso por cuanto la filial española no realizaba una actividad económica ni aceptó que realización de inversiones empresariales con gestores cualificados lo sean.
- O tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales. En este punto, la sentencia resalta que no es suficiente para desarrollar una actividad empresarial la existencia de una directiva y una oficina, no bastando la existencia de dos consejeros en Luxemburgo.
- O pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en la letra h del artículo 14.1 TRLIRNR. Es aquí donde el contribuyente tuerce la mano a la Administración ya que, a juicio del tribunal, no considera que la Inspección haya probado de forma suficiente la inexistencia de motivos económicos válidos. Así, el argumento de la Inspección de que el carácter de socio último de un fondo de pensiones cuya práctica de mercado es maximizar la inversión y por tanto busca en todo caso un ahorro fiscal no es un argumento que pruebe la inexistencia de tales motivos sino una presunción de fraude que no puede ser admitida bajo derecho europeo por cuanto, además, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba.
- Desde el punto de vista práctico, la sentencia de 31 de mayo incluye una lista de hechos y circunstancias apreciadas por el tribunal que lleva a concluir la existencia de tal motivación y es, en definitiva, la existencia en Luxemburgo de una auténtica plataforma de inversión para la región europea, con vocación de permanencia e independencia en la gestión de la matriz. No obstante, esto no operaría como una presunción a favor del contribuyente, sino que tiene que verificarse caso por caso.

V. Relevancia de las sentencias

Aunque ya en la sentencia RHI el juzgador español fue permeable a la interpretación del concepto de abuso de derecho en la norma europea con base en la jurisprudencia de la Unión Europea, estas sentencias son de gran relevancia por cuanto el juzgador recepciona sin ambages la jurisprudencia europea en materia de abuso.

La asunción del acervo europeo supone un incremento de la seguridad jurídica para el contribuyente en tanto que:

- la apreciación de abuso debe descansar en una intensa actividad probatoria previa de la Administración. Y solo en ese caso, el contribuyente tendrá que alegar de contrario la existencia de motivación económica válida.
- la aplicación por la matriz de un régimen fiscal beneficioso en comparación no empece la concurrencia de motivación válida en la estructura.

Aunque la redacción de la norma anti-abuso de la Directiva se modificó a partir de 2015, la aproximación del juzgador trasciende a la redacción doméstica y consideramos que las conclusiones deben ser también aplicables a la redacción actual.

Se espera que el Tribunal Supremo no altere el contenido de estos pronunciamientos.

