



Pérez-Llorca

Núm. 10  
DIC 2023

Revista  
Jurídica

## Pérez-Llorca

© Pérez-Llorca Abogados, S.L.P.

Paseo de la Castellana, 50. | 28046. Madrid

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

OBRA DE PORTADA CEDIDA POR:

**Koi Samsa © 2023**

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

## **CONSEJO EDITORIAL**

Pedro Pérez-Llorca Zamora

Francisco José León Sanz

Encarna Cordero Lobato

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Javier García Marrero

Javier Gutiérrez Gilsanz

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

Marisa Delgado Arrabal

Sara Bento San Román

Alba Díaz Suárez

Isabel Iglesias Feal

Mariana Muñoz Ceschini

---

NÚM.10

# Índice

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Diciembre 2023

---

## ARTÍCULO 20

Ramón Rodríguez Arribas: *in memoriam* 8

## ESTUDIOS

A propósito de la protección de los secretos empresariales en la Ley 1/2019, de 20 de febrero: aspectos sustantivos y procesales 12

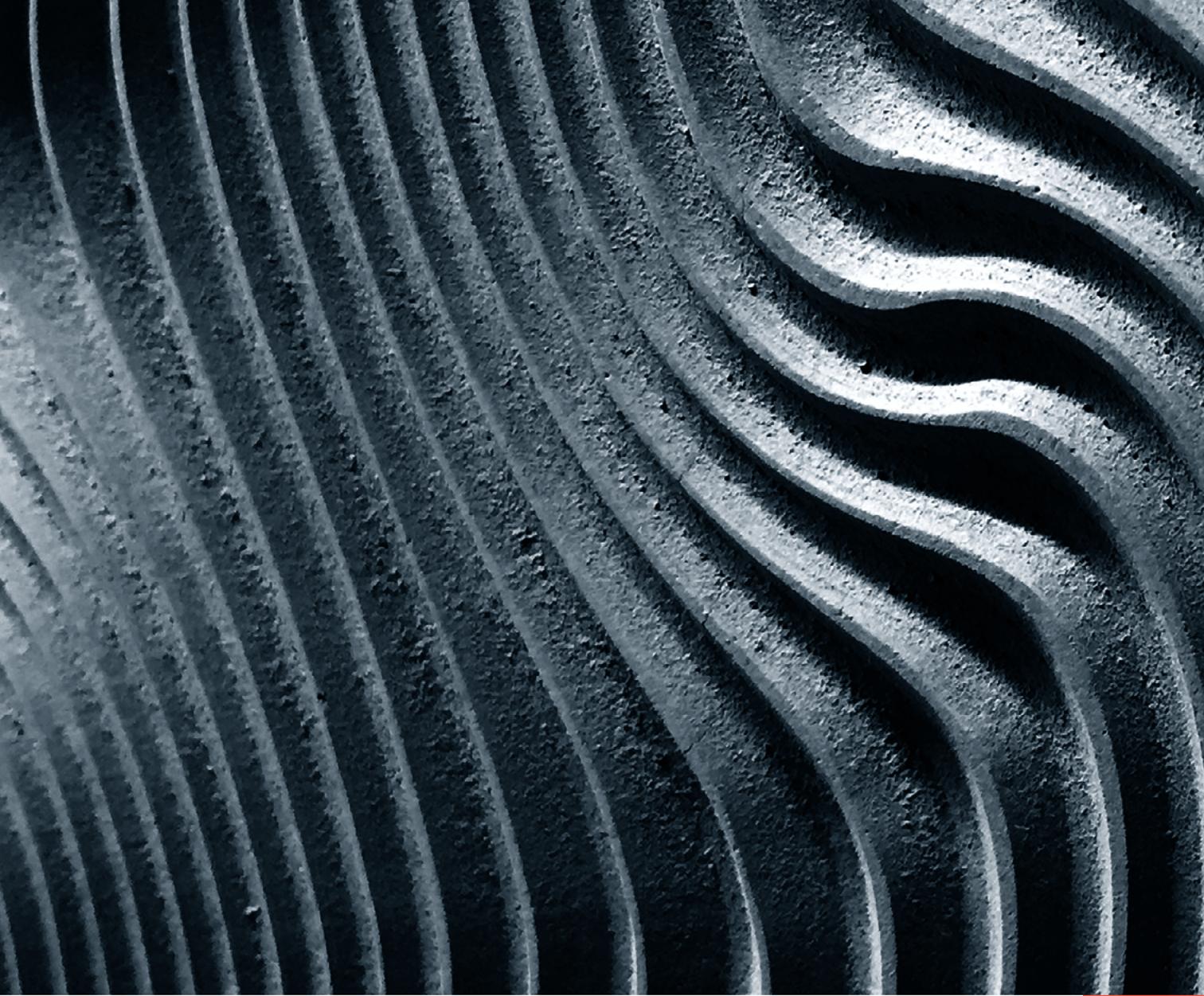
La financiación inmobiliaria alternativa en España 48

## PROBLEMAS Y CUESTIONES

Más allá de la Ley de Responsabilidad Medioambiental: acción de indemnización de daños y perjuicios por daños o amenazas medioambientales 108

Normativa europea y nacional, vigente y en desarrollo, sobre las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*: una breve aproximación 124

Sobre la tramitación de los instrumentos de planeamiento – Novedades en la Comunidad de Madrid 142

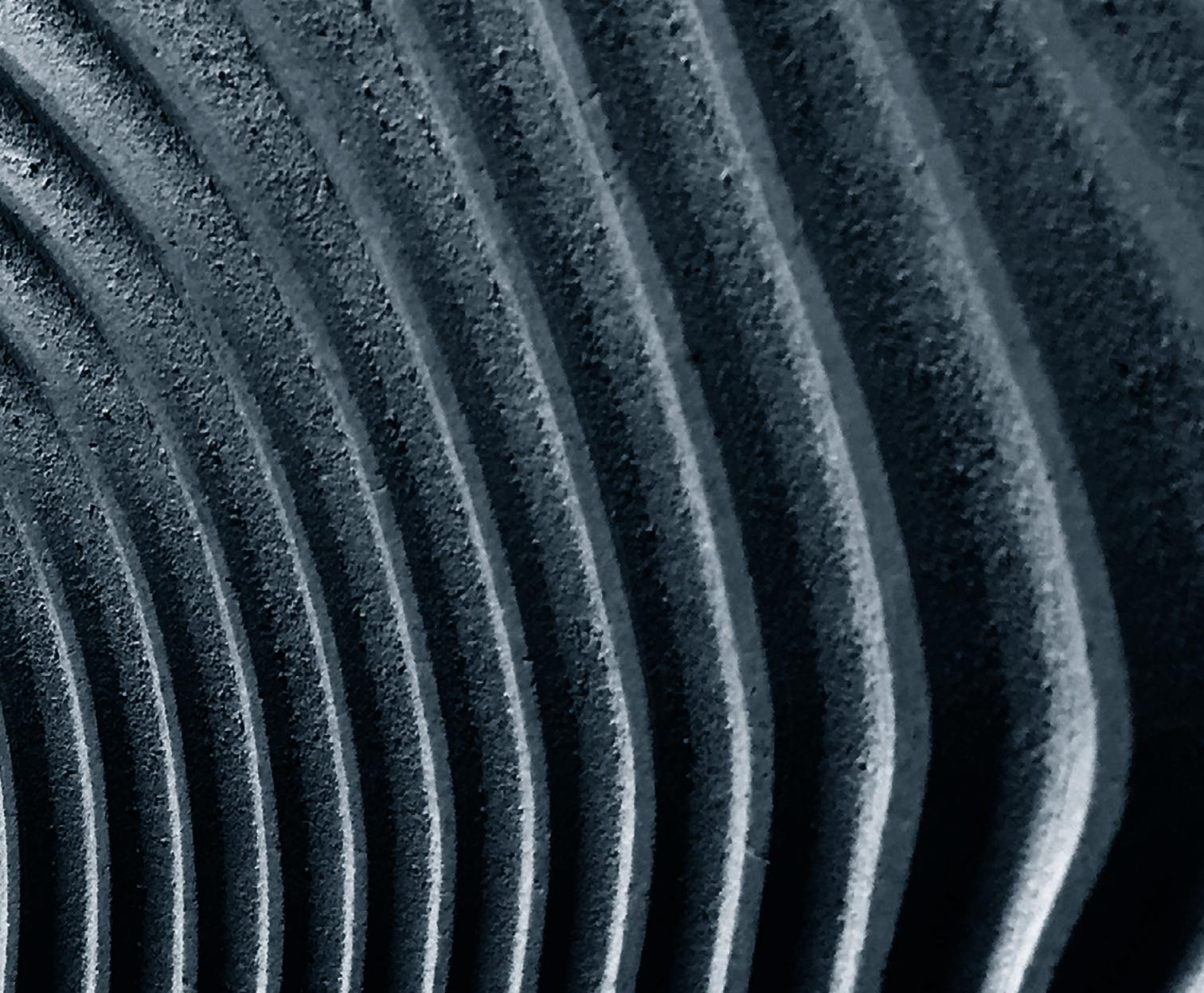


NÚM.10

# Artículo 20

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Diciembre 2023



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.

## Ramón Rodríguez Arribas: *in memoriam*

La edición número 10 de la Revista Jurídica Pérez-Llorca tenía previsto contar entre sus páginas con la participación de don Ramón Rodríguez Arribas, vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional y uno de los juristas más prestigiosos y respetados de España. En su artículo, que se iba a incardinar dentro de nuestra sección "Artículo 20", Ramón tenía previsto hablar del valor de nuestra Constitución Española, en una fecha cercana a la celebración de su 45 aniversario. Sin embargo, su repentino fallecimiento el pasado 29 de octubre ha impedido que podamos disfrutar de su tribuna. En respuesta a esta triste pérdida para el mundo del Derecho y la democracia, la Revista Jurídica Pérez-Llorca ha optado por rendir tributo a su memoria y su contribución al derecho mediante la publicación de este artículo *in memoriam*.

Rodríguez Arribas nació en Madrid en 1934 y se licenció en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, obteniendo el premio de la Fundación García Iguren por su excelente expediente académico. Ingresó en la carrera judicial en 1960, siendo el tercero de su promoción, y desde entonces desempeñó diversos cargos en distintos órganos judiciales, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso-administrativa. En concreto, comenzó su andadura profesional como Juez de 1ª Instancia e Instrucción en las provincias de Segovia y Toledo, para ocupar luego los puestos de Magistrado Juez de Instrucción en Las Palmas, Decano de Ciudad Real, Magistrado Juez de 1ª Instancia de Madrid, Magistrado Presidente de la Sección 4ª de la Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

También fue uno de los fundadores de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM), de la que fue presidente honorario, y presidente emérito de la Unión Internacional de Magistrados (UIM), órgano consultivo de las Naciones Unidas que agrupa a más de 70 asociaciones de jueces, siendo el primer español que ostentó tal honor. Asimismo, fue presidente honorario de la Fundación Justicia en el Mundo de la UIM y presidente de la Fundación para la Magistratura.

Ya en 1978 fue nombrado magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, donde intervino en más de 6.000 sentencias, 1.300 como ponente. En 2004 fue elegido magistrado del Tribunal Constitucional, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, y entre 2012 y 2013 ejerció como vicepresidente del mismo. En este órgano constitucional participó en la deliberación y fallo de 2.691 sentencias constitucionales, 180 como ponente, y contribuyó a consolidar la doctrina constitucional en materias tan relevantes como los derechos fundamentales, el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, la reforma estatutaria, el recurso de amparo, el control de constitucionalidad de las leyes o la garantía del principio de legalidad.

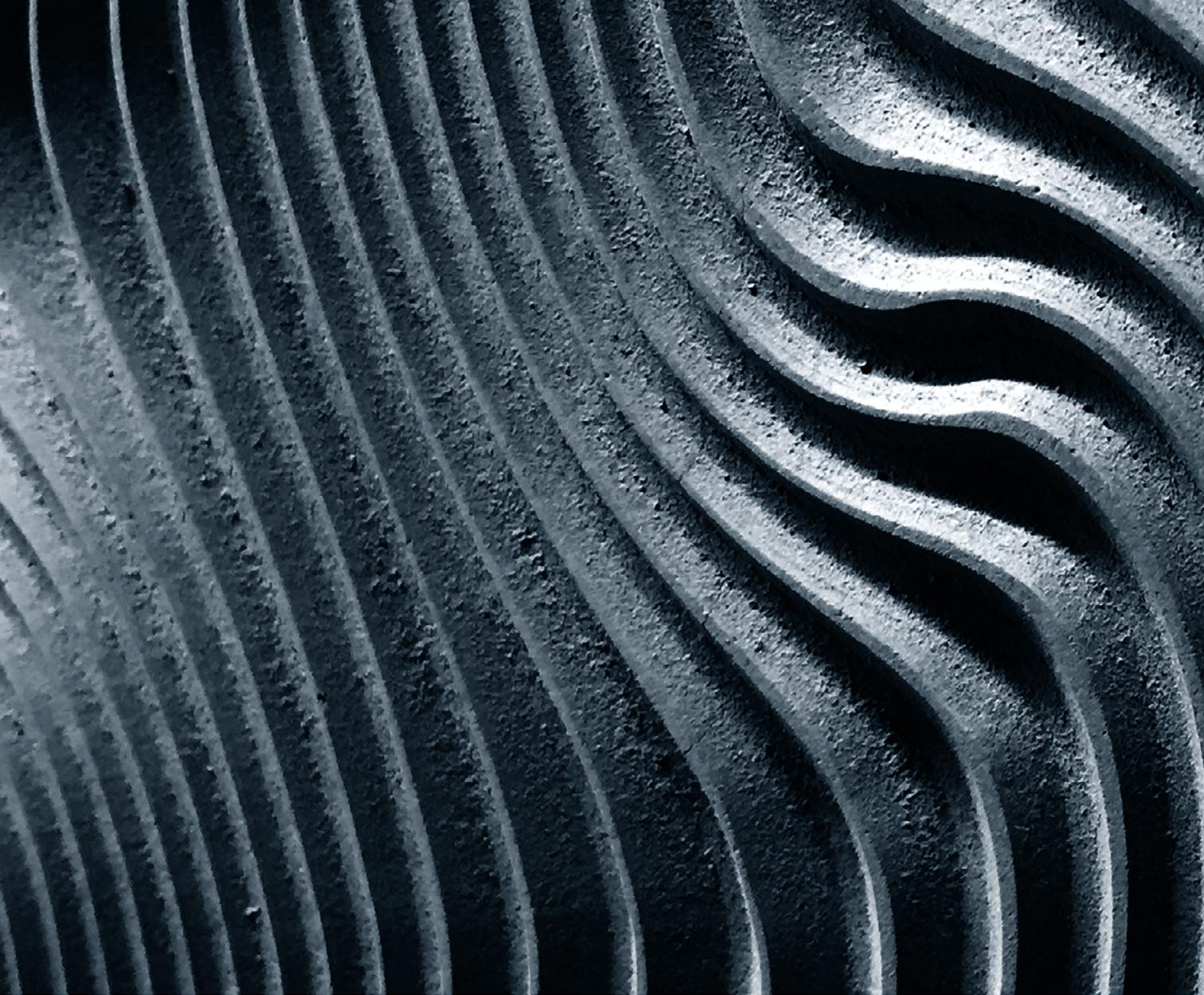
Después de su etapa en el Tribunal Constitucional, Arribas no se retiró a una vida tranquila; siguió activo, al frente de su bufete y comprometido con la divulgación del sistema de garantías de España. Además, fue autor de numerosos artículos de opinión en diversos medios de comunicación, donde defendió con rigor y solvencia los valores democráticos y constitucionales.

Rodríguez Arribas fue un jurista ejemplar, que se caracterizó por su independencia, su integridad, su lealtad, su sentido común y su compromiso inquebrantable con la Constitución y con España. Su obra jurídica es una referencia obligada para todos los estudiosos del derecho constitucional y para todos los que creen en el Estado de Derecho como garantía de la convivencia democrática.

Su fallecimiento se produce a pocos días de celebrarse el 45 aniversario de la Constitución española de 1978, en cuya redacción participó nuestro socio fundador, José Pedro Pérez-Llorca y Rodrigo, quien formó parte de una generación de ciudadanos que dio a España décadas de libertad, convivencia y prosperidad. Una Constitución que “se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas” (art. 2 CE). Una Constitución que proclama como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 CE), y que regula los diferentes poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial. Una Constitución que establece una monarquía parlamentaria como forma política del Estado (art. 1.3 CE) y que consagra un amplio catálogo de derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos, así como avanzados principios rectores de la política social y económica, que vinculan a los poderes del Estado (Título I CE). Una Constitución que, en definitiva, ha permitido el mayor período de estabilidad, progreso y bienestar de la historia de España.

Conviene recordar y honrar la figura de Ramón Rodríguez Arribas, un hombre que dedicó su vida al servicio de la justicia y de la Constitución, y que nos legó una obra jurídica de gran valor y actualidad. Su ejemplo debe servirnos de inspiración y de estímulo para seguir defendiendo y protegiendo nuestra Carta Magna, que es el fundamento de nuestra convivencia y de nuestra democracia.

## **Consejo Editorial**

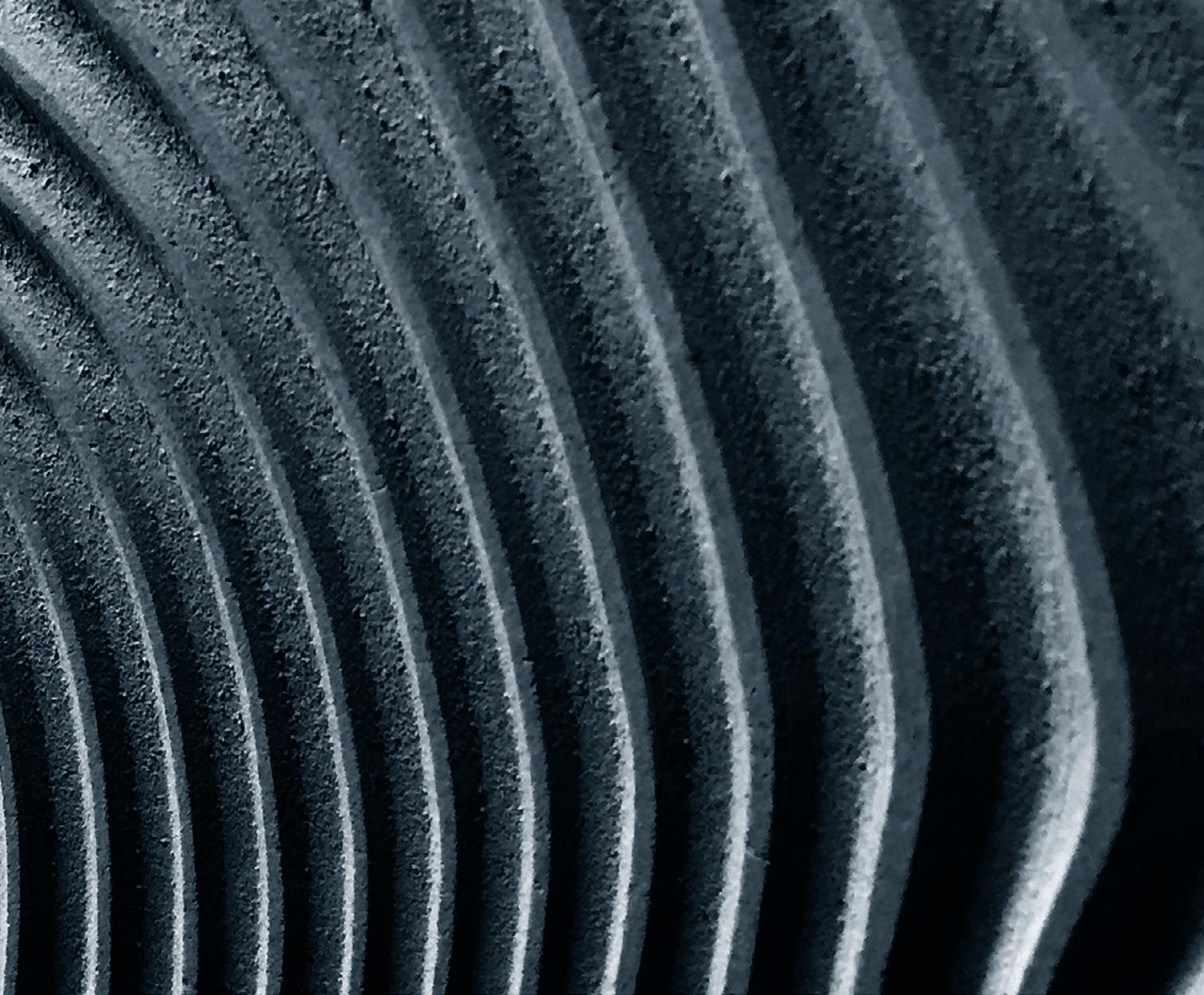


NÚM.10

# Estudios

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Diciembre 2023



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

# A propósito de la protección de los secretos empresariales en la Ley 1/2019, de 20 de febrero: aspectos sustantivos y procesales



**Antoni Frigola**  
Of Counsel de Pérez-Llorca  
COMPETENCIA



**Ana Parés**  
Asociada de Pérez-Llorca  
COMPETENCIA

<b>I.</b>	<b>Cuestiones sustantivas de la protección de los secretos empresariales</b>	<b>14</b>
1.	Definición de secretos empresariales	14
2.	Delimitación de la actuación infractora en la Ley 1/2019: La infracción directa	20
3.	La infracción indirecta	32
<b>II.</b>	<b>Cuestiones procesales</b>	<b>34</b>
1.	Jurisdicción competente	34
2.	Acumulación con otras acciones: competencia objetiva de los Juzgados de 1ª Instancia	36
3.	Cuestiones de derecho transitorio	37
4.	Diligencias de comprobación de hechos	37
5.	Procedimiento	40
6.	Regulación sobre protección de los secretos empresariales durante el procedimiento	40
<b>III.</b>	<b>Bases para la cuantificación de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la vulneración de secretos empresariales</b>	<b>43</b>
<b>IV.</b>	<b>Breves conclusiones</b>	<b>46</b>



**Fecha de recepción**  
25 de octubre de 2023



**Fecha de aceptación**  
2 de noviembre de 2023



**Resumen:** Los secretos empresariales suponen un instrumento con valor comercial que posee una ventaja competitiva para quien lo posee. En el ámbito civil, su protección se materializa actualmente a través de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales promulgada para la trasposición de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016. Con anterioridad, no existía una definición legal del concepto de secreto empresarial y la regulación a nivel europeo tampoco estaba armonizada. La normativa promulgada ofrece una regulación completa desde un punto de vista sustantivo y procesal de los secretos empresariales. Las acciones en defensa del secreto empresarial que haya sido vulnerado así como la determinación y cuantificación de la eventual indemnización de los daños y perjuicios se ventilarán ante los Juzgados de lo Mercantil.

**Abstract:** Trade secrets represent commercially valuable assets that provide a competitive advantage to those who possess them. In the civil sphere, they are currently protected by Law 1/2019, of 20 February, on Trade Secrets, enacted to transpose Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016. In the past, there was no legal definition of the concept of trade secrets and their regulation at European level was not harmonised either. The enacted legislation regulates trade secrets comprehensively from the point of view of substantive law and litigation. Measures in defence of the breach of a trade secret, as well as the determination and quantification of the possible compensation for loss and damage, shall be brought before the Commercial Courts.



**Palabras clave:** Derecho Mercantil; Derecho Procesal; secreto empresarial; confidencialidad; indemnización; daño; competencia desleal.

**Key words:** Commercial Law; Litigation; trade secret; confidentiality; compensation; damage; unfair competition.

## A propósito de la protección de los secretos empresariales en la Ley 1/2019, de 20 de febrero: aspectos sustantivos y procesales

### I. Cuestiones sustantivas de la protección de los secretos empresariales

#### 1. Definición de secretos empresariales

La información sensible y secreta de los operadores del mercado constituye una pieza clave para preservar la competitividad en el tráfico económico comercial y propiciar el desarrollo social y la innovación<sup>1</sup>.

Los secretos empresariales suponen un instrumento con valor comercial que otorgan una ventaja competitiva para quien lo posee. En el ámbito civil, su protección se materializa actualmente a través de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (“LSE” o “Ley 1/2019”), promulgada para la trasposición de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícita (“Directiva 2016/943”), a la que se remite la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“LCD”).

Los secretos empresariales son un bien inmaterial<sup>2</sup> cuya definición en España ha venido siendo fijada por la jurisprudencia y doctrina con anterioridad a la aprobación de la LSE.

Así las cosas, la protección de los secretos empresariales, con anterioridad a la LSE, se abordaba a través de un conjunto heterogéneo de normas, como son, la Ley de Competencia Desleal<sup>3</sup>, el Estatuto de los Trabajadores<sup>4</sup>, la Ley de Patentes<sup>5</sup>, el Código

---

1 Wesley M. Cohen, Richard R. Nelson and John P. Wals, *Protecting their intellectual assets: appropriability conditions and why U.S. manufacturing firms patent (or not)*, Working Paper 7552, National Bureau of economic research, February 2000, (<http://www.nber.org/papers/w7552>).

2 Los secretos empresariales son un bien inmaterial en el sentido de que su naturaleza puede ser heterogénea. No obstante, no siempre será el secreto empresarial un bien inmaterial, si éste se entiende por contraposición a los bienes corporales, puesto que puede existir información secreta que constituya un secreto empresarial y no tenga por qué calificarse como un bien inmaterial en puridad, por ejemplo, la contabilidad de una empresa en soporte de papel. Ahora bien, esta matización proviene de una concepción más tradicional del bien inmaterial, pues actualmente toda la información puede -salvo excepciones- recogerse en un soporte electrónico o digital y almacenarse de muchas formas. *Vid.* Bercovitz, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 19 ed., 2018, pp. 158 y 159.

3 Artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, según la redacción original y derogada de 31 de enero 1991.

4 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, artículos 5 y 20.

5 Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, artículo 84.

Penal<sup>6</sup>, la Ley de Defensa de la Competencia<sup>7</sup> o el Real Decreto por el que se regula la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores<sup>8</sup>.

No existía una definición unánime del concepto de secreto empresarial y la regulación a nivel europeo tampoco estaba armonizada. La jurisprudencia entendió que en el perímetro de los secretos empresariales podían incluirse: (i) los conocimientos técnicos; (ii) la información empresarial; y (iii) la información tecnológica.

Los secretos empresariales se concebían con vocación atemporal bajo las siguientes premisas<sup>9</sup>:

- a) la información debía ser secreta;
- b) la información debía tener un valor comercial y empresarial;
- c) debían existir medidas razonables para su protección frente a terceros.

La primera premisa exigía que la información fuera secreta. La información secreta y relativa a la empresa podía referirse a la esfera técnico-productiva o a la esfera comercial, organizativa o financiera.

La condición secreta de la información se concretaba como aquella información que cuidadosamente se tenía reservada y oculta<sup>10</sup>, es decir, que no era de público conocimiento. Esta información constituía el conocimiento que poseía el titular sobre una cosa o procedimiento útil en el ámbito empresarial.

Sin embargo, debían excluirse aquellas cualidades y habilidades de un trabajador en la medida que no fueran transmisibles, pues en ese caso no tendrían la consideración de información secreta y no podrían ser objeto de la protección propia de un secreto empresarial<sup>11</sup>.

La segunda premisa se asentaba sobre el término “comercial” o “empresarial”, puesto que el secreto debía circunscribirse a ese ámbito para ser objeto de protección legal. La información debía poseer utilidad práctica y representar una ventaja competitiva<sup>12</sup>. La naturaleza de la información podía ser ilimitada, pero era necesario que resultase útil en la

---

6 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículos 278 al 280.

7 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

8 Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, artículo 2 y 3.

9 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el “**Acuerdo sobre los ADPIC**”), contenido en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio de 15 de abril de 1994, que entró en vigor el 1º de enero de 1995, artículo 39.

10 Definición de secreto proveído por la Real Academia Española, (<https://dle.rae.es/secreto>, 16/03/2023).

11 Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 19 de diciembre de 2000 [ES: APGI:2000:2066].

12 El artículo 39.2 ADPIC no exige el criterio de que la información sea empresarial o relativa a la empresa, aunque alude a usos comerciales honestos. Del mismo modo, el artículo 1.1 Ley de Secretos Empresariales al exigir el valor empresarial da a entender la necesidad de que la información se traduzca en una utilidad empresarial para su titular.

actividad empresarial y tuviese valor en el mercado, excluyéndose el valor teórico y puramente intelectual de determinados conocimientos<sup>13</sup>.

Por último, la tercera premisa, relativa a las medidas razonables para su protección, se identificaba con el propósito de evitar el acceso público al secreto empresarial. Para que fuera protegible, el titular del secreto debía probar que existían medidas de protección de la información reservada tanto con efectos frente a terceros como con efectos dentro de la empresa<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, a fin de comprender el origen de la actual definición legal del secreto empresarial, debemos contextualizar primero las consideraciones jurisprudenciales y doctrinales anteriores a la LSE para luego analizar la definición de secreto empresarial conforme a dicha norma.

### 1.1. El concepto de secretos empresariales antes de la Ley de Secretos Empresariales

Antes de la vigente Ley, el secreto empresarial fue conceptualizado por la doctrina más tradicional como todo conocimiento reservado de ideas, productos o procedimientos industriales o comerciales que el empresario por su valor competitivo para la empresa, deseaba mantener oculto<sup>15</sup>. Asimismo, la jurisprudencia, de forma pacífica, estableció que por secreto empresarial debía entenderse aquellas informaciones, conocimientos, técnicas, organización o estrategias que no fueran conocidos fuera del ámbito del empresario y sobre los que existiese valor competitivo y voluntad de no revelarlos<sup>16</sup>.

Los secretos empresariales se dividieron en dos categorías que en ocasiones no ofrecían mucha distinción, el secreto industrial y el secreto comercial.

En lo que concierne al secreto industrial, bastaba indicar para su definición, la vinculación al sector técnico-industrial de una empresa. Ello suponía que el secreto industrial abarcaba las ideas, productos o procedimientos industriales con valor competitivo. Esta explicación, en ocasiones, coincidía con la materia de los derechos de propiedad industrial. De ahí que los secretos industriales comprendiesen los descubrimientos científicos, las invenciones, los modelos de utilidad, los dibujos y modelos industriales, las prácticas manuales y las aplicaciones industriales. A ello se suman, los ensayos, investigaciones y los programas de ordenador, siempre y cuando no fueran protegibles conforme a los derechos de propiedad intelectual.

Frente a lo anterior, el secreto comercial se relacionaba con la organización interna y con las relaciones de empresa. A la postre se trataba de un concepto

---

13 STEVENSON, G. R., *Trade Secrets: The Secret to protecting Indigenous Ethnobiological (Medicinal) Knowledge*, N. Y. U. J. Internat'l L. & P., vol. 32, 2000, p. 1158.

14 Sentencia 13/2009 de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 13 de enero de 2009; [ES: APB:2009:239]

15 GÓMEZ SEGADE, J.A. *El Secreto industrial (Know-How): concepto y protección*, Ed. Tecnos, 1974, pp. 51 y ss. y también GÓMEZ SEGADE, 1981, pp. 208 y ss.

16 Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2000; y entre otras, Sentencia nº 306/2017 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 2017, Sentencia 209/2014 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2014 [ECLI:ES: APB:2014:5957].

omnicomprensivo y residual en el que se incluía cualquier información reservada del ámbito comercial, organizativo y financiero que no constituyese un secreto industrial.

La jurisprudencia entendió que los secretos comerciales abarcaban todos los secretos referentes a la organización interna y a las relaciones de la empresa. Por un lado, incluían las ideas comerciales y todos los aspectos relativos al marketing, programas, ideas sobre campañas publicitarias o previsión de contratación de personal especializado. Por otro lado, comprendían las compilaciones de datos relativos a la organización interna de la empresa (administración) como, por ejemplo, datos sobre la situación contable y financiera; datos que versan sobre la relación con clientes (distribución), listas de clientes, precios o volumen de producción, márgenes de beneficio; y datos referentes a la relación con proveedores (suministro)<sup>17</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de las categorías anteriores, no existían clases concretas de informaciones que constituyesen per se materia propia de un secreto de empresa, sino que dependía de las circunstancias de la empresa y del sector de actividad en el que operase, por ejemplo, tal como señaló la jurisprudencia, la protección de las listas de clientes de las empresas. Es cierto que, comúnmente, las listas de clientes habían sido consideradas objetos idóneos para integrar el secreto de empresa, pero no siempre fue así, puesto que se rechazó tal calificación si, por ejemplo, no incluían datos confidenciales de la empresa o si la empresa no se dirigió a los clientes con carácter exclusivo<sup>18</sup>.

En lo que respecta a la regulación anterior a la LSE, debemos señalar que el artículo 13 LCD consideraba desleal la divulgación o explotación (sin autorización de su titular) de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se hubiera tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o se hubiera tenido acceso ilegítimamente a consecuencia de un acto de espionaje, un procedimiento análogo o mediante la inducción a la infracción contractual.

En términos casi absolutos, ante la falta de una definición multidisciplinar de los secretos empresariales, se caracterizaban como el conjunto de informaciones o conocimientos que no formaban parte del dominio público y que eran útiles para la fabricación o comercialización de un producto, así como para la producción, prestación de un servicio o bien para la organización y financiación de una empresa<sup>19</sup>.

La ausencia de un concepto legal provocó que se acudiese al artículo 39.2. a) y b) del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados

---

17 Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3ª) de 3 de diciembre de 1999 [ECLI:ES:APZ:1999:2969]; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª) de 14 de julio de 2003 [ECLI:ES:APO:2003:2820]; Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª) de 4 de abril de 2003 [ECLI:ES:APT:2003:623]; Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 12 de marzo de 2007 [ECLI:ES:APCO:2007:689].

18 Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª) de 19 de octubre de 2007, [ECLI:ES:APSE:2007:3352]; Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3ª) 19 de febrero de 2007 [ECLI:ES:APSS:2007:129]; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7ª) de 18 de enero de 2001 [ECLI:ES:APB:2001:507].

19 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de octubre de 2010 [ECLI:ES:APM:2010:16794].

con el Comercio (“**ADPIC**”). De ahí que los requisitos para la protección de los secretos empresariales pasaran por los requisitos establecidos por dicho Acuerdo:

- a) que la información fuera secreta, en el sentido de que no fuera conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utilizase el tipo de información en cuestión;
- b) que tuviese un valor comercial por ser secreta; y
- c) que hubiera sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controlase.

Desde una vertiente negativa, se descartó que las habilidades, capacidades y experiencia profesional de carácter general de un sujeto o el conocimiento y relaciones que pudiera tener un trabajador de la empresa con la clientela, pudieran ser consideradas como un secreto empresarial. Y todo ello, aun cuando dichas habilidades o capacidades se hubiesen adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unas concretas funciones desarrolladas para una determinada empresa<sup>20</sup>.

## 1.2. La Directiva 2016/943

La Directiva 2016/943 persigue armonizar lo que su Considerando 6 califica como “notables diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en lo que respecta a la protección de los secretos comerciales contra su obtención, utilización o revelación ilícitas por otras personas”. Y ello porque dentro de las bases del progreso económico de las sociedades se encuentra la necesidad de proteger las inversiones que realizan las empresas para su competitividad y su rendimiento asociado a la innovación en el mercado.

Dentro de tales inversiones están las tendentes al “acceso a los conocimientos que son valiosos para la entidad y que no son ampliamente conocidos, y explotarlos”<sup>21</sup>. Y entre tales conocimientos se hallan los que la Directiva califica como “secretos comerciales” y la Ley 1/2019, “secretos empresariales”.

De entre las distintas opciones que se presentaron al legislador español para trasponer la Directiva 2016/943, eligió la de promulgar una normativa integral para la protección del secreto empresarial, atribuyendo a la LCD la condición de “ley general” respecto de la que aquella sería “ley especial”<sup>22</sup>. Lo hizo a través de la LSE.

---

20 Por todas, Sentencia 1169/2006 del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2006 [ECLI:ES:TS:2006:7599], o Sentencia 290/2011 de la Audiencia Provincial de 7 de octubre de 2011 [ECLI:ES:APM:2011:13457].

21 Considerando 1 de la Directiva 2016/943.

22 “En la parte final destaca la modificación del artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para, manteniendo la atribución del carácter de competencia desleal a la violación de secretos empresariales, precisar que ésta se regirá por lo dispuesto en la presente norma, que actuará como ley especial frente a las previsiones de aquella disposición, susceptible, como ley general y en cuanto no se oponga a la especial, de ser utilizada para la integración de lagunas. De esta forma se perfila el encaje de la nueva ley dentro del marco de protección que nuestro ordenamiento jurídico proporciona frente a la violación de los secretos empresariales, sin perjuicio de las consecuencias que, para los casos más graves que vulneren el bien jurídico protegido y reúnan los elementos típicos de la norma penal, resulta de la aplicación de los tipos delictivos contemplados en los artículos 278 y 279 del Código Penal”.

La atribución del carácter de general a la LSE frente al general que se asigna a la LCD, tiene relevancia.

Por un lado, porque no deberá acudir-se a la LCD para todo aquello que se encuentre previsto en la LSE, puesto que el criterio de especialidad implica que en cualquier conflicto que se pudiera plantear entre las dos normas debe prevalecer la LSE. A esta conclusión ayuda el que el tenor del artículo 13 LCD, tras la reforma operada por la LSE, remita, para lo relativo a la protección de tal clase de secretos, a esta última. Al mismo tiempo, la condición de regulación general que el legislador atribuye a la LCD determina que, en todo lo que no contemple la LSE, deberá acudir-se a aquella que actuará como norma supletoria.

Por otro lado, el que se haya configurado la LSE como especial respecto de la LCD, en contraposición, v.gr. con la Ley de Patentes, refuerza la concepción que excluye al “secreto empresarial” de la concepción y configuración propia de los derechos de exclusiva. En tal sentido, una parte de la doctrina<sup>23</sup> indica que “el secreto empresarial no es un derecho sino el objeto de un derecho, una posición jurídica que no está protegida por un derecho de exclusiva”.

Algunos autores han alabado la elección del legislador de optar por promulgar una ley especial tanto por el número de cuestiones que debían ser objeto de regulación sobre la base de la Directiva como por el difícil encaje que ello representaba para la LCD<sup>24</sup>.

En todo caso, la regulación de la Ley 1/2019, no agota la normativa promulgada en la protección de los secretos empresariales, ya que éstos también encuentran amparo en otros ámbitos como en la normativa penal, administrativa o laboral.

### 1.3. Definición de “secreto empresarial” en la Ley de Secretos Empresariales

Como hemos visto, hasta la aprobación de la LSE no existía en España una ley concreta que regulase -de forma expresa y en una ley específica- la definición de los secretos empresariales. Es más, podríamos afirmar que la definición de los secretos empresariales con anterioridad a la LSE se estableció por la jurisprudencia del orden civil-mercantil, y dicha delimitación fue la que de forma fragmentaria se utilizó en el ámbito penal y laboral para calificar el objeto material de los distintos ilícitos.

Los matices entre los secretos comerciales e industriales a los que apuntaba la doctrina y jurisprudencia anterior a la LSE se difuminan a los efectos de su protección, puesto que, si bien la Directiva 2016/943 se refiere a secretos comerciales, la LSE la unifica bajo la mención de secretos empresariales. Sin embargo, la

---

23 GÓMEZ SEGADE, J.A.; *La nueva Ley de Secretos Empresariales*; ADI 40 (2019-2020); pág. 148.

24 MASSAGUER, J.; *De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales. A propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales*; Actualidad jurídica Uría Menéndez, ISSN 1578-956X, N° 51 (2019); pág. 48.

enunciación es la misma para uno y otro supuesto a los efectos de la definición y protección.

En consecuencia, el secreto empresarial constituye cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero<sup>25</sup>, que reúna las siguientes condiciones, conforme reza el contenido del artículo 1 de la LSE:

- a) ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas;
- b) pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellos (en especial, sus competidores);
- c) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto; y
- d) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

Sin embargo, dentro de la definición de secreto empresarial debe excluirse la “experiencia y competencias adquiridas por los trabajadores durante el normal transcurso de su carrera profesional”<sup>26</sup>. La protección de los secretos empresariales no puede provocar una restricción la movilidad de los trabajadores o la imposición limitaciones al uso de su experiencia profesional y sus competencias.

En definitiva, la protección jurídica de los secretos empresariales se extiende a la información que es propiedad de la empresa, mientras que la experiencia y las capacidades de los trabajadores, aunque hayan sido adquiridas gracias a los recursos de la empresa, pertenecen a los trabajadores. No obstante, no siempre resulta sencillo definir cuándo la información o secreto utilizado y revelado es parte de la experiencia profesional adquirida por el trabajador una vez ha finalizado su contrato laboral, y cuando dicha información de carácter secreto tiene valor empresarial.

## **2. Delimitación de la actuación infractora en la Ley 1/2019: La infracción directa**

Traspuesta la Directiva 2016/943 a nuestro ordenamiento jurídico mediante la LSE, se aprecia que la definición de la acción infractora en su artículo 3, es más detallada y tiene ciertos matices que la diferencian del texto previo del artículo 13 LCD.

---

25 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 15ª) de 12 marzo 2021 [ECLI: ES:APB:2021:2749]; y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 30 julio de 2021 [ECLI: ES:APB:2021:10117].

26 Preámbulo de la Ley de Secretos Empresariales.

En tal sentido, cabe destacar que:

- a) El artículo 3 de la LSE recoge de manera expresa que la acción infractora requiere que se realice “sin consentimiento de su titular”.
- b) Regula de manera diferente la obtención directa de la obtención indirecta en el modo de infringir el secreto empresarial, caracterizándolas de forma distinta.
- c) En la obtención directa, se objetiviza la conducta infractora al desaparecer cualquier alusión al elemento subjetivo, a diferencia de lo que ocurría en el artículo 13.3 LCD, que para considerar la existencia de violación del secreto exigía “ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto”<sup>27</sup>. Sin embargo, en la obtención indirecta, se conserva la presencia del elemento subjetivo, como resulta de artículo 3.3 que requiere que quien obtiene, utiliza o revela un secreto empresarial “sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que obtenía el secreto empresarial directa o indirectamente de quien lo utilizaba o revelaba de forma ilícita según lo dispuesto en el apartado anterior”<sup>28</sup>.

Además, la LSE contempla expresamente la infracción de los secretos empresariales cuando se produce mediante la “producción, oferta o comercialización” de mercancías que incorporan ilícitamente un secreto empresarial, o mediante su “importación, exportación o almacenamiento”<sup>29</sup>.

Hemos visto que una de las características de la nueva LSE es que sistematiza el catálogo de conductas infractoras en aquellas que derivan de la obtención del secreto empresarial directamente de quien es su titular (infracción directa), de aquellas otras en las que el secreto se obtiene a través de un tercero (infracción indirecta). En ambos casos, las tres conductas potencialmente infractoras se describen de la siguiente manera: (a) obtención de secretos empresariales; (b) utilización y revelación de secretos empresariales. Siguiendo la sistemática de la norma, abordaremos, en primer lugar, la infracción directa, que consiste en la obtención, la utilización y la revelación ilícita de un secreto empresarial cuando éste procede directamente de su titular.

---

27 MASSAGUER; ob. cit.; pág. 66 “entre las circunstancias que entraña el reproche jurídico no se cuenta, al menos con carácter general, un determinado estado subjetivo. En efecto, la ilicitud de la obtención, utilización y revelación de secretos empresariales ajenos no se condiciona, en principio y a diferencia de lo que sucedía en la redacción original del art. 13 de la LCD, a la presencia del ánimo de obtener u provecho propio o de causar un perjuicio al titular del secretos. Y tampoco se somete a que la conducta relevante se realice ‘de forma deliberada o con negligencia grave’ [como contemplaba el art. 3.3 de la Propuesta de Directiva [Doc. COM (2013) 813 final 2013/04023 (COD)]]”.

28 Para MASSAGUER, en ob. cit.; pág. 66, esto no significa que en el caso de la obtención directa quede eliminado por completo la necesidad de que concurra un elemento subjetivo. “que la norma guarde silencio al respecto no quiere decir que las circunstancias que determinan la ilicitud de la utilización o revelación del secreto empresarial no lleven implícito el conocimiento de que lo utilizado o revelado es un secreto ajeno y que lo hecho carece o excede del consentimiento de su titular, aunque la norma calle, es evidente que ese conocimiento es una consecuencia inherente a la misma forma en que se accede a la información o conocimiento en cuestión (al menos si el titular adopta medidas dirigidas a preservar el carácter de secreto, de lo que depende como se ha visto la propia protección del secreto empresarial). De ahí que a mi juicio, la obtención involuntaria o por error de un secreto empresarial ajeno no pueda reputarse ilícita por sí, del mismo modo que la utilización o revelación del secreto empresarial así adquirido tampoco pueda serlo, salvo que se haya desvanecido el estado de ignorancia o error, por ejemplo, mediante un requerimiento de ceso o una demanda”.

29 BUSTILLO SAIZ, M<sup>a</sup> del MAR; Protección del secreto empresarial en la Directiva (UE) 2016/943 y en la Ley 1/2019; Marcial Pons; Madrid (2020); pág. 139.

## 2.1. La obtención de un secreto empresarial

### 2.1.1. La ausencia de consentimiento de su titular

La mera obtención de un secreto empresarial no constituye per se una infracción. No lo es en la nueva Ley, ni tampoco lo era en el derogado artículo 13 LCD. Se requiere que el acceso no haya sido consentido y sea contrario a la voluntad del titular del secreto empresarial. En particular, el artículo 3.1 LSE hace mención expresa a la “ausencia del consentimiento de su titular” como nota esencial definitoria de la infracción.

Se trata de una caracterización coherente con la propia definición de secreto empresarial que estaba ya presente en el artículo 13 LCD, puesto que tomaba como punto de partida que se hubiera accedido al secreto empresarial sin el consentimiento de su titular. En efecto, como de forma acertada es apuntada<sup>30</sup>, “el carácter secreto desaparece cuando se produce una divulgación de forma lícita o ilícita”. De ahí que, tanto en la actual redacción del artículo 3.1 LSE, como en la derogada redacción del artículo 13 LCD, la ausencia del consentimiento del titular del secreto empresarial fuera esencial en la configuración de la conducta infractora. En la anterior redacción del artículo 13 LCD, este requisito no se mencionaba expresamente, pero se desprendía de la exigencia de que el acceso al secreto empresarial se hubiera producido “por medio de espionaje o procedimiento análogo”.

### 2.1.2. El modo de cometer la infracción

El artículo 3 LSE, siguiendo el artículo 4 de la Directiva, describe dos vías alternativas a través de las cuales la obtención de un secreto empresarial será considerada una infracción: (i) a través del “acceso, apropiación o copia no autorizadas de documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos u otros soportes, que contengan el secreto empresarial o a partir de los cuales se pueda deducir”; o (ii) mediante “cualquier otra actuación que, en las circunstancias del caso, se considere contraria a las prácticas comerciales leales”.

Dentro del primer apartado, se incluye una enumeración de actos que el legislador ha considerado aptos para obtener ilícitamente un secreto empresarial a través de su aprehensión material (acceso, apropiación o copia no autorizadas); en el segundo, a modo de cláusula de cierre, con una redacción mucho más abierta e indeterminada, se pretende incluir cualquier otro acto distinto de los enumerados –incluyendo, por tanto, cualquier tipo de aprehensión ideal- que pueda considerarse contraria a las prácticas comerciales leales. Con tal redacción se persigue enervar el riesgo que encierran las cláusulas que describen una infracción mediante una relación de diferentes conductas,

---

30 GÓMEZ SEGAGE, J.A.; ob. cit.; pág. 152.

eliminando la posibilidad de que la enumeración sea considerada *numerus clausus*.

Es imprescindible que las conductas referidas en ambos apartados recaigan sobre soportes que contengan el secreto empresarial o a partir de los cuales se pueda deducir (“documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos u otros soportes”).

Acceso, apropiación o copia no autorizadas de documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos u otros soportes, que contengan el secreto empresarial o a partir de los cuales se pueda deducir.

En primer lugar, el artículo 3.1 letra a) LSE enumera tres acciones a través de las que cabe acceder ilícitamente al conocimiento de un secreto empresarial: el acceso, la apropiación o la copia. Aunque el significado de cada una de las tres acciones descritas varía, lo realmente relevante es que en todas ellas es necesario que (i) no hayan sido autorizadas por su titular; y (ii) que el objeto de la conducta lo sean los soportes (a los que se accede, apropia o copia) que contengan secretos empresariales o a partir de los cuales sea posible deducirlos. En los tres casos se debe acceder al conocimiento del secreto empresarial, ya apropiándose de él o, sin necesidad de desposeer del mismo al titular, haciendo una copia de su contenido. Lo verdaderamente relevante es la aprehensión del secreto empresarial.

En cuanto a los soportes que pueden contener los secretos empresariales, el artículo 3.2 LSE, trata de evitar riesgos al relacionarlos de manera abierta, evitando que una involuntaria omisión o que la propia evolución de las cosas pudieran dejar impune una actuación vulneradora de secretos empresariales. De esta manera, el precepto citado se refiere a “documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos u otros soportes”. Esta alusión a “otros soportes” nos indica que la descripción constituye un *numerus apertus*.

Es importante tener en cuenta que la Ley no exige necesariamente que el soporte contenga un secreto empresarial. Para la infracción basta con que contenga información suficiente como para acceder al secreto empresarial.

Cualquier otra actuación que, en las circunstancias del caso, se considere contraria a las prácticas comerciales leales.

El segundo supuesto, incluido a modo de cierre<sup>31</sup>, tipifica como ilícita la obtención de un secreto empresarial mediante “cualquier otra actuación que, en las circunstancias del caso, se considere contraria a las prácticas comerciales leales”. Como ya hemos visto, la derogada redacción del artículo 13 LCD

---

31 BUSTILLO SAIZ, M<sup>a</sup> del MAR; *ob. cit.*; pág. 153; dice que “esta cláusula general aporta un criterio para valorar la ilicitud de los medios de obtención del secreto empresarial, más allá de los estrictos límites que ofrecen las tipificaciones concretas de casos previstos por el derecho positivo”.

también contenía una fórmula de cierre al aludir al “espionaje o procedimiento análogo”. Parte de la doctrina ha valorado que la locución “espionaje o procedimiento análogo” incorporaba un sentido bastante amplio, consistente en:

Todo acto de apropiación indebida de los secretos empresariales ajenos, tanto de los soportes que los incorporan (documentos, discos o cintas electromagnéticas...) como en su caso la propia información mediante los medios técnicos apropiados (fotografía, fotocopia, filmación, acceso a través de ordenadores...) o sin ellos (memorización)<sup>32</sup>.

La alusión al espionaje fue criticada por parte de la doctrina por la indefinición que suponía diferenciar el “procedimiento análogo” en relación con el “espionaje”. Un sector de la doctrina ha indicado que se trataba de una descripción que “causaba cierta extrañeza” ya que se trataba de una definición no usada en nuestro ordenamiento jurídico y que no permitía una diferenciación clara del “espionaje”<sup>33</sup>.

Frente a ello, la nueva LSE incluye, como cláusula de cierre, la mención a “cualquier otro comportamiento que, en las circunstancias del caso, se considere contrario a unas prácticas comerciales leales”, que reproduce el artículo 4.2 b) de la Directiva. Esta nueva descripción también ha recibido críticas de la doctrina por incluir como parámetro de la infracción, un concepto jurídico indeterminado como lo es la contravención “a las prácticas comerciales leales”. No obstante, algunos autores han considerado que se trata de una mención acertada ya que permite incluir todas aquellas actuaciones que sean contrarias a la idea de eficiencia y mérito propio<sup>34</sup>.

Sea como fuere, no parece que le quedara mucho margen al legislador si pretendía incorporar a la Ley una fórmula definitoria de la acción que fuera omnicompreensiva, resistente al paso del tiempo y que permitiera al intérprete incorporar aquellas conductas cuyo objetivo fuera obtener información secreta más allá de los cauces de la competencia por méritos y eficiencia.

Como corolario, se interpreta que dentro de la expresión “cualquier otra actuación que, en las circunstancias del caso, se considere contraria a las prácticas comerciales leales” deberá entenderse incluido:

---

32 MASSAGUER, J.; *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*; Civitas; Madrid (1999); pág. 401

33 SUÑOL LUCEA, A.; *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*; Civitas; Madrid (2009); pág. 330; “la noción de procedimiento análogo al margen de carecer de una definición legal más allá de haber quedado definida por referencia la espionaje, es absolutamente desconocida en nuestro ordenamiento y en el panorama comparado. También porque a primera vista no parece, desde luego, sencillo diferenciar entre el espionaje como forma ilícita de adquirir secretos empresariales y lo que nuestra LCD ha venido a denominar ‘procedimiento análogo’”.

34 En dicho sentido, BUSTILLO SAIZ, M<sup>a</sup> del MAR; *ob. cit.*; pág. 157; considera que las críticas recibidas por el legislador solo estarían justificadas si “se identificara su contenido meramente con la ilegalidad de cada comportamiento de obtención del secreto que en las circunstancias del caso ‘no sea compatible con una praxis negocial acreditada (Kalbfus)’”. Sin embargo, en su opinión, la referida expresión debe conducir “a valorar como ilícito cualquier medio de acceder a secretos ajenos que, sin una justificación concurrencial objetiva, tenga el efecto o el riesgo de inhibir directa o indirectamente la creación de información valiosa y la puesta en circulación de la misma(‘...’)”.

cualquier medio de acceder a secretos ajenos que, sin una ‘justificación concurrencial objetiva, tenga el efecto o el riesgo de inhibir directa o indirectamente la creación de información valiosa y la puesta en circulación de la misma’ lo que en efecto sucede (como aclara expresamente en parte la Ley de Secretos Empresariales) en relación con cualquier medio de acceso al secreto empresarial distinto al de su creación independiente o de su obtención a través de la ingeniería inversa o cualquier otro método de análisis, ya que fuera de estos supuestos la obtención del secreto empresarial “no es consecuencia del mayor mérito o esfuerzo de las propias prestaciones y, por tanto, del sistema de libre competencia”<sup>35</sup>.

## 2.2. La utilización y la revelación de un secreto empresarial

El apartado 2 del artículo 3 LSE, se destina a caracterizar la infracción consistente en el uso o revelación de secretos empresariales. Dispone el artículo 3.2 LSE que:

la utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial.

En cuanto a la acción (“utilización y revelación”), el legislador sigue la dicción de la Directiva (vid. artículo 4) y, como veremos, no parece que haya una diferencia esencial entre la nueva redacción y la anterior del artículo 13 LCD, que se refería a la misma realidad con expresiones equivalentes como “divulgación o explotación”.

Por tanto, la utilización o revelación de secretos empresariales será ilícita si son llevadas a cabo por: (i) quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita; (ii) quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial; o (iii) quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial.

Como se puede comprobar, el artículo 3.2 LSE contempla, además de aquellos supuestos en los que quien utiliza o revela el secreto empresarial es quien lo ha obtenido previamente de manera ilícita –según lo visto al analizar el artículo 3.1 LSE– aquellos otros en que, a pesar de que el acceso al secreto empresarial inicialmente ha podido ser legítimo, la concurrencia de determinadas circunstancias hace que su utilización o revelación se tornen ilícitas. Se trata de aquellos casos en que: (i) quien utilice o revele el secreto empresarial haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial;

---

35 BUSTILLO SAIZ, M<sup>a</sup> del MAR; *ob. cit.*; págs. 157-158.

o (ii) quien utilice o revele el secreto empresarial haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite su utilización.

### 2.2.1. La utilización y la revelación de un secreto empresarial

“Utilizar”, según la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española, significa “hacer que algo sirva para un fin”<sup>36</sup>. Aunque sobre este concepto cabría apreciar matices entre la redacción del artículo 3.2 LSE y la derogada redacción del artículo 13 LCD que aludía a “explotar”, no parece que la intención del legislador haya sido modificar el alcance de la acción tipificada. Si bien, según la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia Española, “explotar” significa “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”<sup>37</sup>, creemos que el término “utilización” al que se refiere el artículo 3.2 LSE implica sacar el provecho propio del secreto empresarial.

La obtención del provecho no exige necesariamente compartir el secreto empresarial con un tercero. Basta con intentar obtener provecho de la información calificada como secreta.

Para que en la práctica el titular del secreto empresarial pueda ser resarcido de la infracción consistente en la utilización de este, es muy importante que sea extremadamente cuidadoso en identificar, con la máxima claridad, cuál ha sido el secreto industrial infringido y el tipo de uso que se atribuye al infractor, puesto que en caso contrario se pueden presentar serias dificultades probatorias que frustren la reparación de la infracción.

Esta clase de conflictos suelen presentarse comúnmente en el caso de empresas y extrabajadores. Una buena muestra de los cánones probatorios mínimos exigibles, la podemos encontrar en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid de fecha de 11 de febrero de 2021<sup>38</sup>, en la que se exige una clara identificación del uso del secreto empresarial que se atribuye a los presuntos infractores cuya indeterminación impide obtener la protección judicial del secreto<sup>39</sup>.

---

36 Ver más en: <https://dle.rae.es/utilizar>

37 Ver más en: <https://dle.rae.es/explotar#HKDxVB1>

38 Sentencia Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 3) de 11 de febrero de 2021 [ECLI:ES:JMM:2021:510].

39 La referida Sentencia hace una incisiva crítica a la ausencia de identificación del uso del secreto empresarial que se atribuye a la parte demandada: “qué uso habrían realizado las demandadas de la información relativa al fabricante de los productos comercializados por la demandante, pues el mismo se centra en los clientes a los que se dirigen aquellos, pero no en el proceso de fabricación del producto. En realidad, lo relativo a esto último se aduce en relación con la segunda conducta desleal imputada, la del art. 6 LCD, pero no en relación a la violación de secretos. Respecto de ésta, lo único que se aduce es que los demandados han ofertado a sus clientes “los mismos productos” (pg. 7), pero sin aclarar si se trata de los mismos productos elaborados por el mismo fabricante y en las mismas condiciones en que éste los fabrica para la actora. Se dice a continuación que se ha utilizado por los demandados, entre otras informaciones, la de “fabricante del producto”, pero no se ofrece ninguna otra concreción, ni se aporta o anuncia prueba alguna sobre la fabricación del producto por el mismo fabricante como consecuencia de la utilización de aquella información. Por tanto, no describiéndose en la demanda siquiera el uso dado, en su caso, por las demandadas de las informaciones que constituyen secreto empresarial, no cabe tener por cometida la revelación de secretos, tanto la imputada al Sr. Ovidio, como la imputada a la Sra. Claudia y a BEISK ELECTRÓNICA S.L.” [Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid de 11 de febrero de 2021 [ECLI:ES:JMM:2021:510].

En todo caso, la utilización denunciada debe ser real y efectiva. El mero acceso al secreto empresarial, si ha sido legítimo, no permite presumir que se haya producido una utilización ilícita.

La “revelación” se tipifica como infracción autónoma y se caracteriza porque, incluso sin necesidad de que el infractor haya intentado sacar provecho directamente del secreto empresarial, descubre o pone de manifiesto a terceros su contenido. Para entender concurrente la infracción, debería bastar con la publicitación del secreto empresarial, sin que sea preciso que el infractor haya obtenido ningún provecho ni del secreto ni de la revelación.

Según el artículo 3.2 LSE, el sujeto activo de la infracción puede ser cualquiera que haya “obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial”. A estos efectos, en relación con las cuestiones que se pueden plantear sobre cuándo la obtención de quien utiliza o revela el secreto empresarial es ilícita nos remitimos a lo dicho en el apartado 2.1.2.

En la práctica, pueden acarrear mayores controversias los supuestos en que la utilización o la revelación es debida a la infracción de un pacto de confidencialidad o de cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial. En estos casos, se pueden presentar numerosas dudas sobre el alcance y encaje legal del pacto de confidencialidad o de la obligación de no revelar el secreto empresarial.

Muy probablemente, tales dudas quedarían disipadas si los referidos pactos y obligaciones identificaran de manera clara los secretos empresariales a los que se refieren y se definiera nítidamente el perímetro de la confidencialidad o del pacto de no revelar. Sin embargo, en la práctica, las cláusulas de confidencialidad o las obligaciones contractuales de guardar un secreto suelen ser extremadamente genéricas, innecesariamente amplias y frecuentemente indeterminadas, ello con el propósito de intentar abarcar cualquier conocimiento con el que haya podido estar en contacto el potencial infractor. Además, con el propósito de obtener una mayor protección, suele ser habitual que se pretenda caracterizar el deber de confidencialidad como indefinido en el tiempo.

Esta clase de cláusulas de voluntad omnicomprendiva y de duración indefinida generan no pocas dificultades de interpretación a los tribunales, que se ven obligados a integrarlas con la información que realmente merezca la calificación de secreto empresarial, a fin de verificar si se ha producido realmente una infracción. Las primeras resoluciones que se han dictado en relación con esta problemática se hacen eco de estas cuestiones. El Juzgado

de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, en la Sentencia de 12 de enero de 2022<sup>40</sup> hace una crítica a la ausencia de suficiente concreción del secreto empresarial presuntamente infringido -que ni se identificó en el pacto ni se aportó en el procedimiento- así como a la perniciosa estandarización de las cláusulas de confidencialidad que, al final, son de escasa utilidad<sup>41</sup>. De manera parecida se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) de 18 de enero de 2022<sup>42</sup>.

---

40 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (Sección 7ª) de 12 de enero de 2022 [ECLI:ES:JMB:2022:350].

41 "Es cierto, por otro lado, que el Acuerdo de Confidencialidad aportado como documento 32 por la parte demandante, que consta firmado por el Sr. Luis María, en nombre del Grupo ONA según reconoció en el acto de juicio, establece claramente que se entrega a Grupo ONA información confidencial sobre la llamada oportunidad de referencia, que es el negocio hotelero indicado. También es cierto que el ilícito que sanciona el art. 3 de la LSE es la utilización de un secreto empresarial cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad. De modo que, a priori, el mero hecho de incumplir un acuerdo de confidencialidad, como es en este caso, podría constituir un elemento objetivo del ilícito analizado. Y ello con independencia de que, como alega la parte demandada, la actora hubiera o no desarrollado o podido desarrollar el indicado negocio hotelero, lo que es irrelevante a los fines de dicho elemento objetivo del ilícito.

Pero también es cierto que la esencia de dicha conducta ilícita de violación de un secreto empresarial se encuentra en su utilización por quien sin consentimiento de su titular incumplió un acuerdo de confidencialidad, y no solo por el incumplimiento. Y a estos efectos, para valorar su concurrencia en el presente caso nos encontramos de nuevo huérfanos de elementos valorativos si no tenemos como medio de prueba el secreto empresarial mismo, el documento de "plan de negocio" que habría elaborado CBRE para la actora y entregado a la demandada. Dicho documento habría permitido valorar, no sólo si estamos ante un verdadero secreto empresarial, sino también si la demandada lo utilizó.

Con ese medio de prueba que se indica, se podría haber valorado si la información proporcionado por CBRE a la demandada era o no en su totalidad de fácil acceso, si tenía un valor empresarial y si resultaba o no útil o necesario para Grupo Ona a la hora de adquirir por sí misma el negocio o bien la demandada podía obtener esa información fácilmente por sus propios medios. Aunque la firma del acuerdo de confidencialidad sea un importante indicio de la existencia de un secreto empresarial, no podemos presumir su existencia, dado que, por un lado, la prueba de su existencia corresponde por reglas generales de la carga de la prueba a la parte actora y, por otro lado, porque no se puede equiparar sin más información confidencial referida en un acuerdo de confidencialidad, con secreto empresarial a los efectos del art. 1 de la LSE.

A mayor abundamiento es preciso añadir que el propio responsable de CBRE expuso en juicio argumentos favorables a la tesis de la demandada al indicar que dicho acuerdo de confidencialidad era un "contrato estándar" que habitualmente se entrega por CBRE. La lectura de su contenido así lo ratifica, dado que en el mismo tampoco se describe o especifica en qué consiste la información confidencial que se transmite, tal y como se ha indicado.

Todas las anteriores incertezas deben llevar a la desestimación de la demanda". Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 12 de enero de 2022 [ECLI:ES:JMB:2022:350].

42 Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) de 18 de enero de 2022 [ECLI:ES:APBI:2022:240] "Por tanto, un secreto empresarial es una "información" que tiene que cumplir tres requisitos: ser secreta, tener un valor económico por sí misma y respecto de la cual se hayan adoptado medidas razonables para mantener su confidencialidad. Por lo tanto, corresponde a la parte que alega la violación de sus secretos explicar cuál ha sido la concreta información obtenida, divulgada o utilizada.

No basta con hacer una genérica referencia al know how de la mercantil BIO NC o en la mera alegación de que se ha hecho una revelación ilícita del Sr. Bernabe cuando se presenta la solicitud del MU'044, posteriormente reivindicado, por el Sr. Benigno, figurando como inventor el propio Sr. Bernabe y luego transmitida su titularidad a Teknimak, sino que es preciso concretar dicha información, para que pueda el Tribunal valorar si reúne los requisitos exigidos por la ley (secreta, valiosa y protegida) y si ha sido o no divulgada o explotada.

*La demandante BIO NC se limita a afirmar que si existe un modelo de utilidad es que existe un secreto empresarial previo a la solicitud del MU'044. Pero una cosa es que un determinada solución técnica o invención cumpla con el requisito de la novedad para ser protegible por medio del derecho de propiedad industrial (modelo de utilidad), y otra distinta, es que la parte que alega un incumplimiento contractual por relevación de una cláusula de confidencialidad que protege un secreto empresarial se vea dispensada de la obligación de acreditar la existencia del secreto, su valor comercial, por afirmar sin más la correspondencia entre el secreto empresarial y el derecho de propiedad industrial cuya titularidad reclama.*

*En el supuesto examinado, además de la falta de los datos referidos a la concreta información secreta, cuya descripción y contenido ha quedado huérfano de prueba, tampoco se ha acreditado la divulgación o explotación del secreto empresarial para que se acoja la pretensión revocatoria de BIO NC.*

*La solicitud del MU'044 ante la OEPM lo ha sido a través del agente de propiedad industrial en representación del Sr. Benigno, quien presenta dicha solicitud de registro de propiedad industrial en el lugar del inventor Sr. Bernabe, lo que no constituye una divulgación ilícita, ya que su finalidad no es divulgar a terceros la información sobre el prototipo de la máquina de fabricación de nanocelulosa, sino únicamente obtener el registro del MU'044 obviando los acuerdos suscritos en el ámbito de la actividad empresarial de BIO NC el 3 de julio de 2015 y el 13 de marzo de 2018. Téngase en consideración que no se ha acreditado qué documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos u otros soportes contenían el secreto empresarial. Únicamente, en el actuar de los demandados en connivencia se constata la figura de un testaferro del inventor para acceder a la titularidad del MU'044, titularidad de la propiedad industrial que es objeto de esta litis al existir controversia sobre ello. Tampoco se ha demostrado ninguna utilización o explotación por los codemandados de los alegados secretos empresariales". Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) de 18 de enero de 2022 [ECLI:ES:APBI:2022:240].*

A diferencia de lo que acabamos de analizar -más referido a la revelación indebida de un secreto empresarial- el artículo 3.2 LSE contiene una previsión limitativa del uso del secreto empresarial en el caso -como el anterior- en que quien ha accedido al mismo lo ha hecho de manera legítima pero con un pacto limitativo de la extensión de su uso. En tal caso, el precepto considera infractor al que ha incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole, que limite la utilización del secreto empresarial. El destinatario prototípico de este precepto es aquel a quien el titular del secreto empresarial le revela su contenido con prohibición de su utilización, a pesar de lo cual, infringe tal prohibición mediante su uso.

### 2.2.2. La utilización y la revelación de un secreto empresarial por un extrabajador

Las dificultades que hemos mencionado más arriba pueden ser aún mayores cuando la obligación de confidencialidad o de no revelar un secreto afectan a un trabajador involucrado en el desarrollo de la actividad protegida por el secreto empresarial. En dicho ámbito, no parece que sea tutelable el propósito de proteger cualquier conocimiento aprehendido por el trabajador como consecuencia del desarrollo de su función. Y ello porque tal extensión podría entrar en conflicto con los derechos de los trabajadores, en concreto, con el derecho a la libre movilidad en el mercado laboral. En este concreto ámbito, la indeterminación y generalidad que, en la práctica, caracteriza las cláusulas de confidencialidad, es todavía más criticable. Pretender un alcance omnicompreensivo a través de una redacción del deber de confidencialidad demasiado abierta e indeterminada, puede resultar contraria a la jurisprudencia que ya venía dictándose incluso antes de la promulgación de la Ley 1/2019.

En todo caso, bajo la vigencia de la Ley 1/2019, el contenido de tal clase de cláusulas debería intentar ajustarse a las exigencias del artículo 1.3 LSE, según el cual la protección de los secretos empresariales:

[...] tampoco podrá restringir la movilidad de los trabajadores; en particular, no podrá servir de base para justificar limitaciones del uso por parte de estos de experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional o de información que no reúna todos los requisitos del secreto empresarial.

El artículo 1.3 LSE impide que la protección de los secretos empresariales se utilice “para imponer en los contratos de trabajo restricciones no previstas legalmente”. Tal previsión legal no ha supuesto, realmente, una innovación en nuestro ordenamiento jurídico. La jurisprudencia anterior a la Ley 1/2019, ya venía protegiendo el libre y legítimo uso que los trabajadores podían hacer de las capacidades y experiencia adquiridas en las empresas en las que hubieran estado sirviendo a lo largo de su vida laboral. En efecto, la jurisprudencia había consolidado una posición consistente en que el uso de las capacidades adquiridas por los trabajadores en su historial laboral en las empresas en las que hubieran estado trabajando no podía ser calificado como *know-how*

reservado ni como secreto empresarial y, por tanto, no podía ser limitado su uso para el desarrollo de su actividad profesional durante el resto de su vida, puesto que ello supondría coartar su movilidad laboral. En tal sentido se pronunciaba la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de fecha 21 de febrero de 2012<sup>43</sup> o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 24 de junio de 2015<sup>44</sup>.

Ello obliga a buscar un equilibrio entre el interés del empresario en proteger sus secretos empresariales y que ello no suponga un obstáculo infranqueable para que el trabajador pueda desempeñar sus capacidades en otras empresas. De este modo, no podrá considerarse legítimo intentar coartar el uso de los conocimientos y experiencia que ex empleados hayan adquirido fruto de su trabajo y ocupaciones en una empresa anterior. La más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 4 de febrero de 2021<sup>45</sup> confirma esta línea jurisprudencial, al establecer que:

[...] es constante la jurisprudencia sobre esta materia, se ha señalado en diversas resoluciones que no pueden ser objeto de secreto empresarial aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aun cuando dichas habilidades o capacidades se hayan adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unas concretas funciones desarrolladas para un determinado empleador (STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 262)<sup>46</sup>.

La Directiva 2016/943, se enfrentó a dicho problema. El Considerando 13 mantiene el mismo criterio de la línea jurisprudencial que imperaba en España y que acabamos de mencionar. En tal sentido, dispone que “la presente Directiva no debe entenderse en el sentido de que restrinja la libertad de establecimiento, la libre circulación de los trabajadores o la movilidad de estos previstas en el Derecho de la Unión”. Insiste el Considerando 14 que “se excluye de la definición de secreto comercial [...] la experiencia y las competencias adquiridas por los trabajadores durante el normal transcurso de su carrera

---

43 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de fecha 21 de febrero de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:1324] “...claro está que la experiencia profesional del empleado no puede considerarse un secreto empresarial de la empresa empleadora ni, desde luego, es exigible que quien deja una empresa para trabajar en otra dedicada a la misma actividad prescinda absolutamente, como parece pretenderse en este fundamento del recuso, de todo lo aprendido en la primera, ya que esto equivaldría a la eliminación del propio concepto de experiencia profesional como factor relevante de todo currículum orientado a obtener un puesto de trabajo”.

44 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 24 de junio de 2015 [ECLI:ES:APM:2015:10854] “...considera que “desde un punto de vista negativo, no constituyen secreto aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencias profesionales de carácter general de un sujeto ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aun cuando dichas habilidades, capacidades y experiencias o dicho conocimiento y relaciones se hayan adquirido precisamente en el desempeño de determinadas funciones para un cierto empleador”.

45 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 4 de febrero de 2021 [ECLI:ES:APB:2021:400].

46 En la misma dirección se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 11 de octubre de 1999 [ECLI:ES:TS:1999:6268]; de 1 de abril de 2002 [ECLI:ES:TS:2002:2302]; de 28 de septiembre de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:5606]; de 24 de noviembre de 2006 [ECLI:ES:TS:2006:7599]; de 14 de marzo de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:1614]; de 25 de febrero de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:880]; o de 26 de febrero de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:1110]; entre muchas otras.

profesional". Esta voluntad del legislador comunitario ha quedado plasmada en el artículo 1.3 LSE, tal como hemos visto más arriba.

La doctrina indica que:

[...] debe repararse en que, en todo caso, al empleador corresponde probar este extremo, es decir, que lo utilizado por el trabajador es un secreto empresarial que le pertenece, y no experiencia o competencias propias (SAP Valencia (Secc. 9ª) núm. 523/2017 de 16 de octubre)<sup>47</sup>.

La lógica nos lleva a esta misma conclusión. El tenor de la Ley, en su artículo 1.3 LSE, conlleva que corresponda a quien pretende la tutela del secreto empresarial identificar de manera clara, inteligible y concreta, el secreto empresarial violado que permita contraponerlo con la "experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional" que, conforme el artículo 1.3 LSE, carecen de la protección propia de los secretos empresariales.

Bajo el imperio de la nueva Ley, no existe todavía una línea jurisprudencial que permita valorar si hay algún impacto de la Ley 1/2019 sobre el discernimiento legal entre "secreto empresarial" y "experiencia y competencia adquiridas honestamente por el trabajador". Eso sí, bajo la nueva Ley, en un caso en que, al parecer, la cláusula de confidencialidad no ofrecía dudas y el secreto empresarial infringido quedó plenamente identificado en el procedimiento, a la Audiencia Provincial de Barcelona le bastó con contraponer la información secreta protegida con la cláusula de confidencialidad suscrita para considerar que se había producido infracción<sup>48</sup>.

### 3. La infracción indirecta

La Ley destina el apartado 3 del artículo 3 a definir lo que hemos denominado la "infracción indirecta". Se trata de una ilicitud que se caracteriza porque el acceso al secreto empresarial no se produce directamente de su titular sino, indirectamente, a través de un tercero -que es quien lo utiliza o lo revela ilícitamente-. Una exigencia fundamental de esta infracción es que el acceso originario al secreto empresarial haya sido ilícito. De esta manera, el artículo 3.3 LSE dispone que:

La obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran asimismo ilícitas cuando la persona que las realice, en el momento de hacerlo, sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que obtenía el secreto empresarial directa o indirectamente de quien lo utilizaba o revelaba de forma ilícita según lo dispuesto en el apartado anterior.

---

47 ECLI: ES:APV:2017:4608 y MASSAGUER, J; *ob. cit.*; página 62.

48 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª) de 20 de mayo de 2022 [ECLI:ES:APB:2022:3317] "Así pues, la ley actual considera una violación de secretos empresariales la utilización de dichas informaciones secretas, cuando se haya hecho con infracción de lo establecido, como en este caso, un pacto de confidencialidad. Este tipo de infracción puede encuadrarse en la explotación de secretos a los que se refería el art. 13 LCD citado".

En consecuencia, para que este supuesto constituya una infracción es preciso que concurren los siguientes requisitos: (i) que el tercero no sea el titular del secreto; (ii) que el tercero estuviera utilizando o revelando el secreto de forma ilícita; y (iii) que el infractor supiera o debiera haber sabido que el tercero estaba utilizando o revelando el secreto de forma ilícita.

Un elemento característico de la infracción es que el tercero debe utilizar o revelar el secreto empresarial de forma ilícita. Ello implica que dicho tercero lo haya obtenido de manera ilícita, ya sea directamente de su titular o de una cadena de infractores que hayan actuado de manera ilícita. Sin embargo, no existirá infracción para el caso en que quien obtenga, utilice o revele el secreto empresarial lo haga de buena fe, esto es, en la creencia de que el contenido al que accede no es un secreto empresarial o que procede legítimamente de una fuente lícita.

En efecto, la Ley excusa al tercero que no realiza la aprehensión del secreto empresarial directamente de su titular, si al obtenerlo, utilizarlo o revelarlo, no supiera, o por las circunstancias del caso no debiera haber sabido, que quien le traslada el conocimiento del secreto empresarial lo estaba utilizando o revelando de manera ilícita en los términos del apartado 2 del artículo 3 LSE.

A diferencia de la obtención directa, que el legislador caracteriza de manera objetiva, en el caso de la infracción indirecta es preciso que quien accede al secreto empresarial a través de un tercero, se hubiera percatado, de haber actuado diligentemente, de que la posesión del secreto empresarial por parte del tercero era antijurídica. Por tanto, la cuestión será cómo determinar si aquel que ha obtenido el secreto empresarial del tercero sabía o debía haber sabido de la actuación antijurídica del tercero.

El canon de conducta consistente en “saber o deber haber sabido” como medida de la diligencia de un individuo, ha sido frecuentemente utilizado en otros ámbitos del Derecho y en especial en el entorno del Derecho Europeo.

En materia de defensa de la competencia, para atribuir a un empresario la condición de cartelista, es preciso demostrar que con su comportamiento sabía o debía haber sabido por su evidencia, que con dicha conducta se estaba integrando en un cártel [STGUE (Sala Tercera) de 9 de septiembre de 2015 (Caso Toshiba Corp. contra Comisión Europea) (TJCE\2015\355)].

Igualmente, en el ámbito fiscal, se puede considerar partícipe en un fraude a quien sabía o debía haber sabido que participaba en una infracción:

Tomando como punto de partida que, en fraudes carrusel, se puede denegar el derecho a la deducción no solo cuando el propio sujeto pasivo haya cometido el fraude, sino también cuando sabía o debería haber sabido que, mediante la adquisición de los bienes o servicios, participaba en una operación que formaba parte del fraude, se establecen en esta sentencia algunas reglas sobre a quién corresponde la carga de la prueba en aplicación de la Directiva 2006/112/CE, interpretada a la luz de los principios de proporcionalidad y neutralidad fiscal, así como el derecho a

un proceso equitativo (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2022, asunto C-512/21, Aquila Part Prod Com SA).

Otro tanto ocurre también en el ámbito societario en el que la Sentencia del Tribunal Regional I de Munich (5 HK O 1387/10) de 10 de diciembre de 2013, condena al Director Financiero de una sociedad alemana por el hecho de que no observó un “estándar objetivo de diligencia exigible” que le hubiera permitido “haber sabido” la insuficiencia de unas medidas de compliance<sup>49</sup>.

Por tanto, debe entenderse que este “deber saber” hace referencia a un nivel de diligencia razonable como para que, una persona suficientemente atenta y perspicaz, hubiera podido tener sospechas del proceder ilícito del tercero. En definitiva, que quien ha obtenido el secreto conocía la actuación antijurídica del tercero será una cuestión de prueba.

Otra dificultad residirá en determinar cuándo “según las circunstancias del caso”, quien obtuvo el secreto debía haber sabido del proceder ilícito del tercero que poseía el secreto empresarial. La alusión a “las circunstancias del caso” se debe querer referir a los elementos concurrentes que configuran el contexto en el que se ha producido la infracción indirecta. Se trata de un elemento que debe permitir a los Tribunales aquilatar el nivel de diligencia exigible a quien obtiene el secreto del tercero.

El momento relevante para valorar si quien ha obtenido el secreto empresarial del tercero ha actuado o no antijurídicamente es el de la obtención, el de la utilización o el de la revelación. En cualquiera de estos tres momentos, si quien obtuvo el secreto ya sabía -o debía haber sabido, según lo indicado- que quien lo utilizaba o revelaba había actuado ilícitamente, estaría cometiendo una infracción. De este modo, es indiferente si en el momento de obtener el secreto empresarial el infractor no tenía por qué conocer su procedencia ilícita. Basta con que en el momento de usarlo o revelarlo lo supiera -o debiera haberlo sabido-.

## II. Cuestiones procesales

### 1. Jurisdicción competente

La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“**LOPJ**”) llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, creó, dentro de la jurisdicción civil, los Juzgados de lo Mercantil. Su artículo segundo, modificó el artículo 26 LOPJ, incluyendo dentro del organigrama de Juzgados y Tribunales existentes, los Juzgados de lo Mercantil. Como se desprende del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, los

---

49 El demandado incumplió culpablemente sus obligaciones, por lo que la negligencia leve también es suficiente en el ámbito de aplicación del § 93 (2) AktG, ya que esta norma no contiene ninguna restricción del estándar de responsabilidad establecido en el § 276 BGB. El demandado no pudo exonerarse. No es reconocible que hubiera observado la diligencia exigible en el tráfico a la hora de instalar y controlar la eficacia del sistema de cumplimiento. Con el estándar objetivo de diligencia que debe aplicarse, podría haber sabido que las medidas adoptadas eran insuficientes para garantizar la eficacia del sistema de cumplimiento en la demandante” (Sentencia del Tribunal Regional I de Munich (5 HK O 1387/10) de 10 de diciembre de 2013) (traducción libre).

Juzgados de lo Mercantil se encuentran incluidos dentro del orden jurisdiccional civil, y la competencia objetiva de dichos Juzgados vino determinada en su redacción inicial por la relación de asuntos que se recogían en el artículo 86 ter LOPJ, actualmente artículos 86 bis y 86 ter LOPJ.

La pertenencia de los Juzgados de lo Mercantil al orden jurisdiccional civil nos indica que la delimitación de su competencia objetiva se llevó a cabo por medio de una redistribución de las materias que, dentro de tal orden jurisdiccional, estaban asignadas hasta tal fecha, al conocimiento de los Juzgados de Primera Instancia, en virtud de la competencia residual prevista en el artículo 85.1 LOPJ.

Como hemos visto, el artículo 86 ter LOPJ fue el que, después de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2003, estableció cuáles eran las materias cuyo conocimiento correspondía a los Juzgados de lo Mercantil. Dentro de las materias que se atribuyeron al ámbito objetivo de conocimiento de los Juzgados de lo Mercantil, el artículo 86 ter punto 2 letra a) LOPJ, incluyó “las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal [...]”. De esta manera indirecta, y habida cuenta de que la regulación civil sobre protección de secretos empresariales se encontraba integrada, de manera principal, en la LCD<sup>50</sup>, los Juzgados de lo Mercantil pasaron a tener la competencia objetiva para conocer de la protección civil de los secretos empresariales cuando su violación supusiera un acto de competencia desleal. Esta atribución ha quedado confirmada mediante la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil, cuyo artículo único modifica el artículo 86 bis LOPJ en el sentido de atribuir a los Juzgados de lo Mercantil “cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil en materia de [...] competencia desleal y publicidad [...]”.

Como hemos visto, la Ley 1/2019 constituye una regulación integral de la protección civil de los secretos empresariales. Sin embargo, no determina a qué órganos judiciales se atribuye la competencia objetiva para conocer de las demandas civiles por violación de secretos empresariales. La explicación se encuentra en que, por un lado, se trata de una norma que carece de la naturaleza de Ley Orgánica, lo que le impide la atribución del conocimiento de materias a los diferentes órganos judiciales por tratarse de una cuestión regulada por una Ley Orgánica. Y, por otro, porque desde la perspectiva civil, la violación de secretos empresariales continúa teniendo el tratamiento propio de un acto

---

50 Massaguer; *Comentarios...*; págs. 384-385: “La tipificación de la violación de secretos entre los actos de competencia desleal constituye una novedad en el Derecho español, que con anterioridad a la Ley de Competencia Desleal sólo conoció normas efectivamente aplicables para su protección en el ámbito jurídico penal (vid. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, p. 359 ss.) (...) La inclusión de la violación de secretos empresariales en el catálogo de actos de competencia desleal no es sino una pieza en el entero sistema de protección jurídica de los secretos empresariales. Dicha protección jurídica se organiza, en efecto, a través de diversas normas jurídico-civiles, entre las que se cuenta el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal, y jurídico-penales. Entre las primeras deben mencionarse, incluyendo algunos preceptos que sólo inciden en este ámbito de forma indirecta y para particulares supuestos de hecho, las normas relativas al derecho a la patente [arts. 7.a), 10.1, 11, 12, 112.1.d) y 113 .1 LP] y al derecho de explotación anterior o de preuso (art. 54 LP), al derecho de autor [arts. 1, 2 y 10.1.a), f) y g) LPI], al sistema de registro de topografías de productos semiconductores (art. 4.2 LTPS), a las prohibiciones legales de competencia (arts. 136 a 138, 148 II y 288 CCom, art. 65 LSRL, art. 132.2 LSA), al deber de secreto que pesa sobre los administradores de sociedades de capitales (art. 132.2 LSA, art. 15 LSRL) y sobre los trabajadores, sea en general [arts. 5.a), 20.2 y 54.2.b) ET] o en el marco de invenciones laborales (art. 18 LP), a las que pueden sumarse los principios generales sobre responsabilidad por culpa in contrahendo. Entre la protección jurídico-penal de los secretos empresariales destacan la tipificación de los diversos delitos de violación de secretos (arts. 278 a 280 CP).

de competencia desleal. El artículo 13 LCD es el precepto que sigue contemplando la violación de secretos empresariales como acto de competencia desleal, remitiéndose, por lo demás, a la Ley 1/2019.

Siendo así, una atribución de competencia objetiva a favor de los Juzgados de lo Mercantil en la Ley 1/2019, hubiera resultado, además de improcedente, completamente superflua, puesto que, como hemos visto, el artículo 86 bis punto 1 LOPJ, ya establece que “cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil en materia de [...] competencia desleal y publicidad [...]” serán conocidas por los Juzgados de lo Mercantil.

El mantenimiento de esta atribución a pesar de que la protección de los secretos empresariales haya pasado a ser regulada por una ley especial, queda confirmado no solo por las menciones que la propia Ley hace a dicha clase de órganos judiciales -como veremos más adelante- sino también por la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales del Ministerio de Justicia, de 20 de mayo de 2018, que afirma que “tratándose de actos de competencia desleal, la competencia objetiva respecto de las acciones de defensa previstas en esta Ley corresponde a los Juzgados de lo Mercantil”. Además, cuando la Ley 1/2019 regula los fueros territoriales, incorpora una previsión específica en la que hace mención a los Juzgados de lo Mercantil, asumiendo la premisa de que son los órganos judiciales competentes objetivamente.

El tratamiento de la competencia territorial que hace la LSE difiere poco de la que se establece en el artículo 52.1.12º LEC para los asuntos de competencia desleal. En efecto, el citado artículo 52.1.12º LEC, atribuye el conocimiento de las demandas de competencia desleal al:

Tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el Tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante.

Mientras que el artículo 14 LSE alude al “Juzgado de lo Mercantil correspondiente al domicilio del demandado o, a elección del demandante, el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde se hubiera realizado la infracción o se hubieran producido sus efectos”.

## **2. Acumulación con otras acciones: competencia objetiva de los Juzgados de 1ª Instancia**

La creación y entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil y la atribución de la competencia objetiva inicialmente prevista en el artículo 86 ter LOPJ –procedente de las competencias que habían correspondido hasta aquella fecha a los Juzgados de 1ª Instancia- suscitó diferentes controversias. Entre ellas las relativas a acumulación de acciones.

La combinación de dos hechos, el nuevo reparto de competencias y la exigencia legal de que, para la acumulación de acciones, el Juez tuviera competencia objetiva para conocer de ambas (artículo 73.1.1º LEC), suscitaron no pocas polémicas.

Inicialmente, la controversia se centró en materia societaria, planteándose si era posible acumular ante un Juzgado de lo Mercantil la acción de reclamación de cantidad contra una sociedad –materia contractual– con la acción de responsabilidad contra los administradores –acción societaria–, constituyéndose la primera en prejudicial de la segunda. La discusión fue resuelta por varias Sentencias del Tribunal Supremo<sup>51</sup> que terminaron por establecer que:

La acción de reclamación de cantidad frente a una entidad mercantil y la acción de responsabilidad de los administradores por las deudas de la entidad mercantil pueden ser acumuladas para su tramitación y decisión en un mismo proceso, y que la competencia para conocer de las acciones acumuladas corresponde en estos casos a los Juzgados de lo Mercantil.

Esta misma situación puede reproducirse en el ámbito de la violación de secretos empresariales. Piénsese en el artículo 3.2 LSE que contempla la posibilidad de que la infracción se produzca por incumplimiento de un acuerdo de confidencialidad o de cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o por incumplimiento de una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial. Esta polémica ha sido finalmente abordada por el legislador mediante la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil. Su Disposición Final Primera modifica los artículos 73 y 406 LEC, añadiendo nuevas previsiones. De este modo, como consecuencia de la mencionada reforma:

- a)** Los Juzgados de lo Mercantil conocerán de acciones conexas cuyo conocimiento venga atribuido a Tribunales con diferente competencia objetiva, siempre que resultasen competentes para conocer de la principal y las demás fueren conexas o prejudiciales a ella.
- b)** En cambio, cuando la acción principal debe ser conocida por los Juzgados de Primera Instancia, no se permite la misma acumulación ante estos, cuando se trate de varias acciones conexas cuyo conocimiento se atribuya a Tribunales con diferente competencia objetiva.
- c)** Será posible formular reconvencción en un litigio que se esté tramitando ante un Juzgado de Primera Instancia, aunque la acción ejercitada mediante reconvencción sea competencia de los Juzgados de lo Mercantil, si tiene conexión con la acción principal. En tal caso, el Juzgado de Primera Instancia deberá inhibirse del conocimiento del asunto a favor del Juzgado de lo Mercantil que resulte competente, previa audiencia del actor y demás partes personadas.

---

<sup>51</sup> A título de ejemplo citamos la Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 10 de septiembre de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:7528] y la de 23 de mayo de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:2742].

### 3. Cuestiones de derecho transitorio

El apartado 1 de la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2019, establece que “la presente ley será de aplicación para la protección de cualesquiera secretos empresariales, con independencia de la fecha en que se hubiere adquirido legítimamente la titularidad sobre ellos”. En su virtud, cualquier secreto empresarial, incluidos aquellos que merecieron tal consideración con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2019, deben gozar de la protección de la nueva norma. Sin embargo, no queda claro cuál será la normativa aplicable cuando la infracción se haya cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2019.

Según hemos visto, la transcrita Disposición Transitoria dispone que la protección de la LSE abarca todos los secretos de esta índole con independencia de la fecha de su adquisición. Ello no debe llevar a la conclusión de que la Ley 1/2019 es aplicable en cualquier litigio por infracción desde el momento de su entrada en vigor. En efecto, al no incluir ninguna otra mención, la violación de un secreto empresarial solo gozará de la protección de la LSE cuando la infracción se haya cometido con posterioridad a su entrada en vigor.

Así lo confirma la jurisprudencia. A título enunciativo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª) de 17 de diciembre de 2019<sup>52</sup>, aborda esta cuestión de la siguiente manera: “Es obvio que la Ley no puede aplicarse de manera retroactiva a situaciones anteriores si con ello perjudicamos los derechos de las partes implicadas, tal y como prevé la DT 1 del Código Civil”.

### 4. Diligencias de comprobación de hechos

El artículo 17 LSE dispone que:

Quien vaya a ejercitar una acción civil de defensa de secretos empresariales podrá solicitar del Juzgado de lo Mercantil que haya de entender de ella la práctica de diligencias de comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte indispensable para preparar la correspondiente demanda. Estas diligencias de comprobación se regirán por lo previsto en el Capítulo II del Título XII de la Ley de Patentes.

Se trata de un precepto equivalente al artículo 36.2 LCD, según el cual “tales diligencias se sustanciarán de acuerdo con lo previsto en los arts. 129 a 132 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, y podrán extenderse a todo el ámbito interno de la empresa”.

La Exposición de Motivos de la LCD nos descubre y aclara las razones que justifican una regulación específica de las “diligencias preliminares” –más propiamente calificadas por la Ley 1/2019 y por la Ley de Patentes como “de comprobación de hechos”– en materia de competencia desleal, cuyas necesidades se ven desbordadas por la regulación clásica de las “Diligencias preliminares” de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

52 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 17 de diciembre de 2019 [ECLI:ES:APB:2019:15599].

Ya la estricta regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil tuvo que ser ampliada en materia de propiedad industrial e intelectual –mediante Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios; y Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil– con la finalidad de adecuarla a las peculiaridades propias de estas materias tan específicas. No así en materia de competencia desleal, al preexistir una regulación propia en el artículo 24 LCD –actual artículo 36–.

En el apartado III de la Exposición de Motivos de la LCD se indica que:

El cap. IV alberga algunas especialidades procesales que se ha creído oportuno introducir al objeto de conseguir, sin merma de las debidas garantías, un mayor rigor, y una mayor eficacia y celeridad en las causas de competencia desleal. Desde esta perspectiva resultan particularmente elocuentes los arts. 24 y 25. El primero de ellos prevé un generoso catálogo de diligencias preliminares encaminado a facilitar al posible demandante la obtención de la información necesaria para preparar el juicio. La experiencia demuestra que sin instrumentos de este tipo, a través de los cuales se asegure el acceso al ámbito interno de la empresa que presumiblemente ha cometido una práctica desleal, las acciones de competencia desleal se hallan, con frecuencia, condenadas al fracaso.

Siguiendo la idiosincrasia trasladada por la Exposición de Motivos de la LCD, el mantenimiento de un mercado altamente transparente y competitivo exige:

- i)** que el perjudicado por la infracción tenga la posibilidad de superar las lógicas barreras para penetrar en el ámbito interno de una empresa potencial infractora;
- ii)** que la finalidad perseguida sea exclusivamente desvelar las potenciales infracciones que puedan estarse cometiendo;
- iii)** que sea preciso para evitar que una futura demanda se vea abocada al fracaso; y
- iv)** que siempre se realice con la salvaguarda de las garantías judiciales.

La doctrina indica en este sentido que: “la diligencia de comprobación de hechos parece que se refiere exclusivamente a la concreción de los elementos fácticos en que consiste la infracción que se denuncia y los medios empleados para la realización de la misma”<sup>53</sup>. Se trata de que al perjudicado, con el fin de preparar la oportuna demanda, le resulte necesario comprobar la veracidad de determinados hechos -a la que no puede acceder fácilmente por otro camino-, así como determinar el alcance de los mismos e identificar qué concretas acciones pueden interponerse. En los términos empleados por la Audiencia

---

53 SÁNCHEZ BARRIOS; M<sup>a</sup>. I. (DIR. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO); *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*; Thomson Reuters Aranzadi; Cizur Menor (2011); pág. 100.

Provincial de Zaragoza en su Sentencia de 12 de marzo de 2008<sup>54</sup>, el objetivo primordial de la solicitud de diligencias de comprobación de hechos debe ser “preparar debidamente el contenido de la demanda (art. 256 LECiv)”.

De ahí que las diligencias de comprobación de hechos deban estar perfectamente justificadas, por cuanto deben tener por finalidad la obtención de información imprescindible sobre la posible infracción de cara a la elaboración de una eventual demanda. Así lo confirma el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de diciembre de 2010<sup>55</sup>.

La remisión que, en esta materia, hace el artículo 14 LSE a la Ley de Patentes, obliga a analizar la regulación de esta última a propósito de las diligencias de comprobación de hechos. Dice el artículo 123.1 de la Ley de Patentes<sup>56</sup> (“LP”) que “La persona legitimada para ejercitar las acciones derivadas de la patente podrá pedir al Juez que con carácter urgente acuerde la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que pueden constituir violación del derecho exclusivo otorgado por la patente, sin perjuicio de las que puedan solicitarse al amparo del artículo 256.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”. Y el apartado 3 del mismo precepto, que: “solamente podrá acordarse la práctica de las diligencias cuando, dadas las circunstancias del caso, sea presumible la infracción de la patente y no sea posible comprobar la realidad de la misma sin recurrir a las diligencias solicitadas”.

La jurisprudencia, siguiendo tanto el derogado artículo 129 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, como los números 1 y 3 del vigente artículo 123 LP, ha establecido cuáles son los requisitos que deben concurrir para que sea procedente acordar la práctica de diligencias de comprobación de hechos. En esta dirección, diversas Audiencias Provinciales, de las que citamos a título de ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 18 de enero de 2008<sup>57</sup> y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 19 de julio de 2007<sup>58</sup> han identificado y relacionado los requisitos que deben concurrir para que pueda acordarse la práctica de diligencias de comprobación de hechos:

- i) “que sea solicitada por quien está legitimado para ejercitar las acciones derivadas de la patente”;
- ii) “que por las circunstancias del caso sea presumible la violación de la patente, esto es, que existan indicios de la infracción alegada. La norma excluya el automatismo de la medida (art. 129.4 LP) imponiendo el previo control judicial en orden a

---

54 Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza en su Sentencia de 12 de marzo de 2008 [ECLI:ES:APZ:2008:579].

55 Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de diciembre de 2010 [ECLI:ES:APM:2010:19519A] “(...)las diligencias preliminares tienen como finalidad proporcionar información al futuro actor para la configuración de una demanda de competencia desleal, que se refiere a la realidad y circunstancias de un determinado hecho que pueda ser constitutivo de ilícito concursal. Sin embargo, su alcance está limitado a criterios de proporcionalidad y de estricta necesidad, sin que en ningún caso pueda convertirse en una especie de la denominada fishing expedition. (...) quien pretenda ejercitar una acción de competencia desleal podrá solicitar del juez la práctica de diligencias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio”.

56 Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

57 Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 18 de enero de 2008 (ECLI:ES:APM:2008:8975A).

58 Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 19 de julio de 2007 (ECLI:ES:APB:2007:7187A).

verificar la justa causa del recurso a este instrumento, lo que determina que el solicitante deba aportar los datos precisos para presumir la realidad de la infracción en grado de probabilidad, según juicio circunstancial (“dadas las circunstancias del caso”); y

- iii) “que no sea posible comprobar la realidad del comportamiento ilícito sin recurrir a las diligencias interesadas”<sup>59</sup>.

Según la jurisprudencia citada más arriba, se exige del solicitante que aporte los datos precisos para presumir la realidad de la infracción en grado de probabilidad, según un juicio circunstancial.

La obligada adaptación de la redacción del precepto a los casos de infracción de secretos empresariales, exige entender que la legitimación para solicitar la práctica de diligencias de comprobación de hechos en el ámbito de la LSE, la tiene “el titular del secreto empresarial y quienes acrediten haber obtenido una licencia exclusiva o no exclusiva para su explotación que les autorice expresamente dicho ejercicio” (vid. artículo 13.1 LSE).

## 5. Procedimiento

El procedimiento a través del que se debe encauzar cualquiera de las acciones contempladas en el artículo 9 LSE, es el ordinario. Las mismas razones expuestas en el apartado de competencia objetiva dan lugar a que sea de aplicación el artículo 249.1.4º LEC, según el cual “se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: [...] Las demandas en materia de competencia desleal [...]”.

## 6. Regulación sobre protección de los secretos empresariales durante el procedimiento

Hasta la promulgación de la LSE, la normativa para obtener protección en el proceso de información confidencial podría calificarse de insuficiente y para casos muy puntuales y extraordinarios.

Eran pocos los preceptos que se detenían en esta cuestión. El artículo 232.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“**LOPJ**”) establecía que “excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”.

Específicamente, en la normativa procesal civil, eran los artículos 138 y 140 LEC los que, de alguna manera se ocupaban de esta delicada cuestión. El último de los preceptos citados regulaba la publicidad de las actuaciones procesales civiles<sup>60</sup>, y en su apartado 3 disponía que:

---

59 Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª) de 19 de julio de 2007 [ECLI:ES:APB:2007:7187ª].

60 “(...) Los Letrados de la Administración de Justicia y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a cualesquiera personas que acrediten un interés legítimo y directo cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas reservadas conforme a la ley. También podrán pedir aquéllas, a su costa, la obtención de copias simples de escritos y documentos que consten en los autos, no

No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales por medio de auto podrán atribuir carácter reservado a la totalidad o a parte de los autos cuando tal medida resulte justificada en atención a las circunstancias expresadas por el apartado 2 del artículo 138. . Las actuaciones de carácter reservado sólo podrán ser conocidas por las partes y por sus representantes y defensores, sin perjuicio de lo previsto respecto de hechos y datos con relevancia penal, tributaria o de otra índole.

El artículo 138.2 LEC, en relación a la publicidad de las actuaciones orales, dispone que:

Podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

Sin embargo, como se adivina, eran muy excepcionales los supuestos en los que se podía obtener la protección de la confidencialidad de determinada información que accedía a un procedimiento durante el curso de este. Se trataba de que concurrieran especiales circunstancias que hicieran que la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia, afectar al orden público, a la seguridad nacional, a los intereses de menores, o a la vida privada u otros derechos fundamentales de las partes dignos de protección. No se consideraba, con carácter general, objeto de protección, los particulares intereses económicos de una de las partes en el procedimiento.

Un paso adelante en la protección de la información confidencial empresarial, lo representó la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, y su trasposición a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo.

En el ámbito procesal, una de las novedades derivadas de la trasposición de la mencionada Directiva vino representada por la incorporación de la regulación sobre el acceso a fuentes de prueba (Sección Primera Bis del Capítulo Primero del Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil "Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia").

El artículo 283 bis letra b) LEC -integrado en la aludida Sección- está dedicado, precisamente, a dotar a las partes de medios suficientes para proteger la información confidencial que accede, como prueba, a un procedimiento judicial. Entre otras medidas, contempla la posibilidad de que el tribunal:

- i)** Dé pleno efecto a las reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, así como a las reglas sobre deber de guardar secreto;
- ii)** Disocie pasajes sensibles en documentos o en otros soportes;
- iii)** Realice audiencias a puerta cerrada o restringir el acceso a las mismas;
- iv)** Limite las personas a las que se permite examinar las pruebas;
- v)** Encargue a peritos la elaboración de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial;
- vi)** Redacte una versión no confidencial de una resolución judicial en la que se hayan suprimido pasajes que contengan datos confidenciales;
- vii)** Limite el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a obligación de confidencialidad.

La Ley 1/2019, con mayor motivo si cabe, contempla también un régimen para asegurar la protección de secretos empresariales que, en virtud del derecho de defensa, deban tener acceso al procedimiento:

- i)** Se impone a las partes, a sus abogados y a sus procuradores, al personal de la Administración de Justicia, a los testigos, a los peritos y a cualesquiera otras personas que intervengan en un procedimiento relativo a la violación de un secreto empresarial, o que tengan acceso a documentos obrantes en dicho procedimiento por razón de su cargo o de la función que desempeñan, la prohibición de utilizar o revelar aquella información que pueda constituir secreto empresarial y que los Jueces o Tribunales, de oficio o a petición debidamente motivada de cualquiera de las partes, hayan declarado confidencial y del que hayan tenido conocimiento a raíz de dicha intervención o de dicho acceso.
- ii)** Se faculta a los Jueces y Tribunales para que, de oficio o previa solicitud motivada de una de las partes, adopten las medidas concretas necesarias para preservar la confidencialidad de la información que pueda constituir secreto empresarial y haya sido aportada a un procedimiento relativo a la violación de secretos empresariales o a un procedimiento de otra clase en el que sea necesaria su consideración para resolver sobre el fondo.
- iii)** Dentro del catálogo –abierto– de medidas de protección de los secretos empresariales que hayan sido incorporados a un procedimiento judicial, se relacionan las siguientes:
  - restringir a un número limitado de personas el acceso a cualquier documento, objeto, material, sustancia, fichero electrónico u otro soporte que contenga información que pueda constituir en todo o en parte secreto empresarial;

- restringir a un número limitado de personas el acceso a las vistas, cuando en ellas pueda revelarse información que pueda constituir en todo o en parte secreto empresarial, así como el acceso a las grabaciones o transcripciones de estas vistas;
- poner a disposición de toda persona que no esté incluida entre el limitado número de personas al que se hace referencia en las letras a) y b) una versión no confidencial de la resolución judicial que se dicte, de la que se hayan eliminado o en la que se hayan ocultado los pasajes que contengan información que pueda constituir secreto empresarial.

### III. Bases para la cuantificación de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la vulneración de secretos empresariales

El resarcimiento y la compensación de los derechos inmateriales, como es el caso de los secretos empresariales, resulta difícil de valorar y cuantificar<sup>61</sup>. La indemnización de daños y perjuicios derivada de la violación de un secreto empresarial debe abarcar todos los factores concurrentes del perjuicio irrogado al titular, es decir, los perjuicios económicos, lucro cesante, enriquecimiento injusto del infractor, incluso el daño moral o los gastos de investigación incurridos para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción<sup>62</sup>.

En este sentido, la Directiva 2016/943 en el artículo 14<sup>63</sup> tiene por objetivo unificar a nivel europeo los criterios para la determinación de los daños y perjuicios derivados de la infracción de secretos empresariales, de manera similar a como lo abordó para los derechos de propiedad intelectual e industrial la Directiva 2004/48/CE<sup>64</sup>, la cual fue traspuesta mediante la Ley 19/2006, de 5 de junio<sup>65</sup>.

61 BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual*, ADC, 1997, pág. 1270.

62 CAMPUZANO, A.B., PALOMAR OLMEDA, A., SANJUÁN Y MUÑOZ, E., MOLINA HERNÁNDEZ, C., *ob. cit.*

63 El artículo 14 de la Directiva 2016/943 establece que "1. Los Estados miembros garantizarán que las autoridades judiciales competentes, a instancia de la parte perjudicada, ordenen al infractor que supiera o debiera haber sabido que se estaba involucrando en la obtención, utilización o revelación ilícitas de un secreto comercial que pague al poseedor del secreto comercial una indemnización por daños y perjuicios adecuada respecto del perjuicio realmente sufrido como consecuencia de la obtención, utilización o revelación ilícitas del secreto comercial. Los Estados miembros podrán limitar la responsabilidad por daños y perjuicios de los trabajadores frente a sus empresarios en relación con la obtención, utilización o revelación de un secreto comercial, cuando aquellos no hayan actuado de forma intencionada". En el segundo apartado del precepto, el legislador comunitario obliga a tener en cuenta determinados factores que influirán en la forma de valorar el quantum indemnizatorio "2. Al fijar la indemnización por daños y perjuicios a la que se refiere el apartado 1, las autoridades judiciales competentes tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, como los perjuicios económicos, incluido el lucro cesante, que haya sufrido la parte perjudicada, el enriquecimiento injusto obtenido por el infractor y, cuando proceda, otros elementos que no sean de orden económico, como el perjuicio moral causado al poseedor del secreto comercial por la obtención, utilización o revelación ilícitas del secreto comercial. Con carácter alternativo, las autoridades judiciales competentes podrán fijar, según los casos, una cantidad a tanto alzado en concepto de indemnización por daños y perjuicios, atendiendo a elementos entre los que se incluirán, al menos, el importe de los cánones o derechos que se habrían adeudado si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el secreto comercial en cuestión".

64 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

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

La acción de daños y perjuicios, en la Directiva 2016/943 y en la LSE, se configura con caracteres propios, sin perjuicio de las similitudes que existen respecto de la acción de indemnización de daños y perjuicios en materia de derechos de propiedad intelectual e industrial.

Según establece el artículo 9.1.g) de la LSE “la indemnización de los daños y perjuicios, si ha intervenido dolo o culpa del infractor, [...] será adecuada respecto de la lesión realmente sufrida como consecuencia de la violación del secreto empresarial”. Es evidente pues, que lo que se persigue es resarcir económicamente al perjudicado por la infracción del daño y el perjuicio sufrido, pretendiendo la íntegra satisfacción del titular perjudicado de manera que le sitúe en la posición que hubiera tenido si la infracción no se hubiera cometido.

En línea con la Directiva 2016/943, la LSE establece un modelo del daño indemnizable y de cuantificación. De este modo, el daño irrogado y la indemnización que de ello derive, deberá englobar todos los perjuicios económicos -lucro cesante y enriquecimiento injusto- así como también todos los perjuicios no económicos, como es el daño moral.

Frente a este sistema (*Differenztheorie*), la LSE regula con carácter alternativo el que se ha dado en llamar daño normativo<sup>66</sup>, que consiste en fijar una cantidad sobre la base de los criterios establecidos por una norma. Según la Ley, el quantum del daño normativo se fijaría atendiendo, al menos y entre otros aspectos, al importe que la parte demandada habría tenido que pagar al titular del secreto empresarial por la concesión de una licencia que le hubiera permitido utilizarlo durante el período en el que su utilización podría haberse prohibido. De este modo, la indemnización de daños y perjuicios se calcularía, entre otros factores, teniendo en cuenta el valor de una regalía hipotética<sup>67</sup>. Este sistema de cálculo del daño normativo guarda una clara analogía con las previsiones de la LP. De hecho, el artículo 10 LSE se remite, para su cálculo al artículo 73 LP.

Como corolario, nos referiremos a los distintos factores que deben ser tomados en consideración a fin de determinar cuál es la indemnización de los daños y perjuicios que procede reclamar, según establece el artículo 10.1 LSE:

- i)** los perjuicios económicos, incluido el lucro cesante que haya sufrido el titular del secreto empresarial;
- ii)** el enriquecimiento injusto obtenido por el infractor;
- iii)** cuando proceda, otros elementos que no sean de orden económico, como el perjuicio moral causado al titular del secreto empresarial por su obtención, utilización o revelación ilícitas;

---

66 MASSAGUER FUENTES, J., *Acciones y procesos*, pág. 55.

67 GIRONA DOMINGO, R.D., *Las acciones civiles en defensa del secreto empresarial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022. p.395.

- iv) los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial, y;
- v) el precio que tendría la concesión de una licencia de uso por el titular del secreto empresarial al demandado.

Como se puede ver, estos criterios se basan en la *Differenztheorie* para la cual se acude a un conjunto heterogéneo de criterios que permiten valorar el daño efectivo causado al perjudicado y el enriquecimiento injusto del infractor, así como cualquier otro daño vinculado a la violación del secreto empresarial<sup>68</sup>.

El artículo 10.1. LSE indica que:

[...] con carácter alternativo, se podrá fijar, según los casos, una cantidad a tanto alzado en concepto de indemnización de daños y perjuicios, atendiendo, al menos y entre otros aspectos, al importe que la parte demandada habría tenido que pagar al titular del secreto empresarial por la concesión de una licencia que le hubiera permitido utilizarlo durante el período en el que su utilización podría haberse prohibido.

La alternativa de cálculo puede referirse a las consecuencias negativas de la infracción, tal como se define por la LP o a la regalía hipotética y es en este supuesto en el que la fijación a tanto alzado no tendrá en cuenta un desglose conceptual del daño, sino que el cálculo se centrará en lo que hubiera correspondido por la concesión de la licencia durante el periodo en el que su utilización podría haberse prohibido.

El cálculo a tanto alzado ha sido aplicado, entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 2021<sup>69</sup>. En este caso, se descartó el cálculo propuesto por la parte perjudicada que se fundaba en que la parte demandada se podía haber visto beneficiada de forma ilegítima de medios humanos y materiales a los que no habría podido acceder de forma legítima si no hubiera sido por la utilización del secreto empresarial de su competidor. La difícil prueba de esta circunstancia movió al Tribunal a aplicar el cálculo de la indemnización sobre la base de un tanto alzado en los términos previstos legalmente:

[...] Para tales casos, en los que a pesar de la gran dificultad probatoria haya existido un razonable esfuerzo argumentativo y probatorio, creemos que está admitido que pueda acudir a un criterio estimativo que faculte al tribunal a cuantificar en un importe alzado que estime adecuado, consideradas todas las circunstancias del caso [...].

A tales efectos, el perjudicado tiene la posibilidad de exigir, al amparo del artículo 73 LP, que se exhiban los documentos del infractor que sean necesarios para el cálculo de los daños y perjuicios. No obstante, hay que tener en cuenta que esta posibilidad no exige al

---

68 MARTIN MOLINA, P.B., *Análisis de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales*, Diario LA LEY, nº 9641, de 27 de mayo de 2020.

69 Sentencia 1671/2021 de la Audiencia Provincial Barcelona de 30 de julio de 2021 ([ECLI:ES:APB:2021:10117]).

demandante de su obligación de sentar las bases para una correcta determinación y liquidación posterior de la indemnización, so pena de generar indefensión a la parte demandada e infractora si se pretendiese definir las bases conceptuales para el cálculo y la suma concreta a partir del resultado de la exhibición documental.

En ambos supuestos del apartado 1 y 2 del artículo 10 LSE, se contempla la posibilidad de reclamar el daño moral. El daño moral es difícilmente cuantificable, máxime si se trata de personas jurídicas. Obviamente, la indemnización de daños morales para una persona jurídica debe estudiarse desde un punto de vista básicamente reputacional, es decir, debe ponerse en relación con la afección negativa al honor y a la reputación que ha sufrido el titular del secreto empresarial vulnerado<sup>70</sup>.

#### IV. Breves conclusiones

La LSE es la *lex specialis* que -en materia de protección de secretos empresariales- venía siendo reclamada, no sólo por los compromisos internacionales, en particular, por la Directiva 2016/943, sino también por nuestra jurisprudencia y doctrina.

Como consecuencia de su promulgación, tenemos actualmente una regulación mucho más completa desde un punto de vista sustantivo y procesal respecto de los secretos empresariales. Buena prueba de su necesidad es que la LSE ha sido aplicada de manera inmediata por los operadores jurídicos, según lo demuestra la casuística jurisprudencial desde que fue aprobada.

En todo caso, será la aplicación práctica de la LSE, la que nos podrá enseñar su efectividad, puesto que una falta de protección inmediata y efectiva de los secretos empresariales puede hacer ilusoria su salvaguarda, así como consolidar las ventajas competitivas ilícitamente adquiridas y las dificultades de prueba del daño pueden impedir la obtención de una justa reparación.

---

<sup>70</sup> Sentencia 801/2006 del Tribunal Supremo de 27 de julio, *Vid.* también MORENO MARTÍN, M<sup>a</sup>. D., *El daño moral causado a las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2019, pág. 309.



# La financiación inmobiliaria alternativa en España



**Jesús Varela Fernández**

Socio de Pérez-Llorca

INMOBILIARIO

<b>I. Negocio inmobiliario, prestamistas no bancarios y financiación alternativa</b>	<b>50</b>
1. Negocio inmobiliario y financiación "directa" (apalancamiento)	50
2. Prestamistas no bancarios	52
3. Financiación alternativa ¿a qué?	52
<b>II. El marco regulatorio de la financiación alternativa en España</b>	<b>59</b>
1. El préstamo (o crédito) como negocio no regulado	59
2. Prestamista profesional en forma societaria, entidad de crédito, entidad financiera, entidad supervisada	60
3. Financiación hipotecaria a particulares	68
4. Los financiadores alternativos como titulares de hipotecas	69
5. Implicaciones fiscales	71
6. La frontera del <i>loan sharking</i>	72
<b>III. Las modalidades de la financiación alternativa</b>	<b>76</b>
1. Financiación puente	76
2. <i>Mezzanine</i>	76
3. Super senior	77
4. Financiación para comprar o refinanciar deuda existente	78
5. Financiación para la adquisición de acciones o participaciones sociales ( <i>share deals</i> )	78
6. Otras modalidades de la financiación alternativa	79
<b>IV. El contrato de financiación</b>	<b>80</b>
1. Ley aplicable, formato y otras implicaciones	80
2. Cláusulas específicas de los contratos de financiación alternativa	82
<b>V. Las garantías y otras soluciones</b>	<b>84</b>
1. Con o sin hipoteca	84
2. La apropiación ( <i>by way of appropriation</i> )	90



**Fecha de recepción**  
25 de octubre de 2023



**Fecha de aceptación**  
2 de noviembre de 2023

---



**Resumen:** En este artículo se analiza el fenómeno del *alternative* o *direct lending* en el sector inmobiliario español, a sus protagonistas (los prestamistas no bancarios), sus modalidades o productos, su marco regulatorio y sus novedades e innovaciones en el ámbito de las garantías.

**Abstract:** This article analyses the phenomenon of alternative or direct lending in the Spanish real estate sector, the main players (non-bank lenders), its characteristics and products, its regulatory framework and its new features and innovations in the area of guarantees.



**Palabras clave:** Financiación alternativa; prestamistas no bancarios; marco regulatorio; ejecución mediante apropiación; Real Decreto 5/2005; *double LuxCo*; alternativas a la hipoteca; LMA Standard; *equity-like*; financiación puente para suelo; *mezzanine*; super senior.

**Key words:** Alternative financing; non-bank lenders; regulatory framework; execution by appropriation; Royal Decree 5/2005; double LuxCo; alternatives to mortgages; LMA Standard; equity-like; bridge financing for land; mezzanine; super senior.

## La financiación inmobiliaria alternativa en España

### I. Negocio inmobiliario, prestamistas no bancarios y financiación alternativa

*"There has never been a better time to be a lender."*

Daniel Pietrzak, KKR Private Credit, LinkedIn, mayo de 2023

*"We are content in debt and not willing to move further up in the capital stack"*

Un participante anónimo en PERE Europe Forum, Londres, mayo de 2023

#### 1. Negocio inmobiliario y financiación "directa" (apalancamiento)

En España, invertir en la propiedad de un inmueble ha tenido tradicionalmente un claro aspecto aspiracional. Convertirse en el propietario de una primera vivienda, y luego quizás de una segunda (y más allá) ha sido el objetivo de ahorro e inversión de individuos y familias durante generaciones. El ordenamiento jurídico ha generalizado el pleno dominio sobre los inmuebles<sup>1</sup>, mientras que su arrendamiento ha sido accesorio, más bien complementario, y ha tenido que ser fomentado por el legislador<sup>2</sup>. Culturalmente, "el inmobiliario" ha constituido un activo accesible para la inversión de los particulares, un depósito de valor, y la más recurrente fórmula de ahorro familiar<sup>3</sup>.

Los bancos y cajas facilitaban el acceso a la propiedad a través de la hipoteca como producto financiero estrella. Las promociones residenciales se financiaban sobre la base de que los compradores finales de las viviendas se subrogarían en el préstamo concedido al promotor mediante hipotecas *retail* a largo plazo. Así conseguían los bancos y cajas fidelizar a su clientela y, al mismo tiempo, financiar la oferta de viviendas. De modo que el sector inmobiliario español ha estado tradicionalmente basado en el acceso a la propiedad a través de la financiación hipotecaria y la promoción inmobiliaria financiada (también con hipoteca) por los bancos<sup>4</sup>.

---

1 **Un ordenamiento que ha favorecido el pleno dominio (¿hasta ahora?).** Nuestro ordenamiento jurídico, por su origen romano-germánico y su tradición europea continental, consagra la primacía del pleno dominio sobre bienes inmuebles. En otros sistemas, el inglés, por ejemplo, se mantiene la distinción altomedieval entre el dominio directo o *freehold* y el dominio útil o *leasehold*. Invertir en un inmueble en Londres, por ejemplo, implica adquirir un *leasehold* o arrendamiento a largo plazo en la mayoría de los casos (el régimen de *freehold* y la posibilidad de adquirirlo es residual allí). Con esto quiero decir que la aspiración tradicional española por adquirir la propiedad, el pleno dominio sobre un inmueble está histórica y jurídicamente justificada; en otros sistemas, no podría adquirirse ese pleno dominio, aunque se quisiera.

2 **La Ley de Vivienda y el acceso a la vivienda en alquiler.** La nueva y controvertida Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, no es ni mucho menos una iniciativa aislada ni una novedad en cuanto al fomento público del acceso a la vivienda en régimen de alquiler. Lleva décadas intentándose, con el propósito de generar un mercado tanto privado como institucional de arrendamiento residencial, equiparable al de otros países (culturalmente distantes en este aspecto).

3 **Comprar en vez de alquilar.** La inclinación tradicional que se ha venido dando en ciertos mercados (entre ellos, el español) por comprar inmuebles (residenciales o no) en propiedad en lugar de alquilarlos no está exenta de críticas, y se ha utilizado para explicar algunas crisis, entre ellas el llamado credit crunch de 2008: *"the [ ] and [ ] economies turned their populations into highly leveraged speculators in a fixed asset that dominates most portfolios and impairs personal mobility"* Martin Wolf, Fixing Global Finance, John Hopkins University Press (2008).

4 **Los bancos (y cajas) como market makers del sector inmobiliario.** Es necesario apuntar el papel determinante de las

El acceso a la financiación es un factor determinante de cualquier mercado inmobiliario. Y la disponibilidad de financiación bancaria ha sido un factor determinante del mercado inmobiliario español durante décadas. Para el comprador de vivienda, el acceso a financiación hipotecaria *retail* a largo plazo convierte su inversión en un producto financiero que le permite ahorrar, bajo la premisa incuestionada de que el valor de su inversión nunca baja a largo plazo. Al promotor le permite diversificar y multiplicar el producto que ofrece (residencial o terciario); con los mismos fondos propios, un promotor inmobiliario con acceso a financiación puede incrementar su oferta en un múltiplo suficiente para crear la economía de escala que le permite crecer (todos los promotores aspiran a crecer). Al inversor más institucional, la financiación le permite mejorar el retorno de su inversión por el efecto del apalancamiento financiero sobre los fondos propios invertidos; pero al mismo tiempo, ese apalancamiento financiero aumenta su exposición al riesgo de insolvencia (en la medida en que los ingresos que genere su inversión inmobiliaria no sean suficientes para cubrir el servicio de la deuda).

Sin acceso a la financiación no hay mercado inmobiliario. Si no existe un acceso generalizado (a partir de un nivel de ingresos estándar) a la hipoteca *retail*, por los motivos que sean (demográficos, regulatorios, de pérdida de poder adquisitivo de la población, etc.) no existe un mercado de vivienda en propiedad. Si los promotores inmobiliarios no tienen acceso a financiación, se encoge la producción y la oferta y se estresa la demanda. Si los inversores inmobiliarios no pueden apalancarse, se frena la inversión. Equiparar el mercado inmobiliario y sus vicisitudes a las condiciones de acceso a la financiación no parece una mala simplificación.

La ruptura de los mercados financieros en 2008 tuvo un determinante origen inmobiliario (las llamadas hipotecas *subprime*) y su rebrote de 2012 en forma de crisis europea de deuda puso de manifiesto los riesgos adquiridos por los bancos y cajas españoles por su sobreexposición al inmobiliario. A partir de entonces, se inicia una reforma sucesiva y no siempre coherente del sistema bancario español y de sus normas de contabilidad específicas<sup>5</sup>. Esa reforma culmina con un mal menor, el exigente mandato que impone el Memorando de Entendimiento (*MoU*) de 20 de julio de 2012 en contrapartida a la liquidez que reciben los bancos y cajas supervivientes de la llamada “*troika*” (la UE, el BCE y el FMI actuando como prestamistas de último recurso o *lenders of last resort*); ese Memorando ordena y activa la limpieza de balance y la venta ordenada de activos por parte de nuestras entidades rescatadas<sup>6</sup>.

---

entidades bancarias (concepto que incluye a las desaparecidas cajas de ahorro) en la formación del mercado inmobiliario español, que ha sido prácticamente equivalente al mercado hipotecario *retail* y casi exclusivamente financiado por bancos y cajas durante generaciones. Pero además, por continuar con el apunte (que alguien debería desarrollar suficientemente, quizás a través de una tesis doctoral), antes de la formación del mercado actual de *build-to-rent*, que ha puesto en manos de fondos y aseguradoras un importante porcentaje de la vivienda nueva en alquiler de este país, los bancos han sido los primeros (y únicos) grandes arrendadores institucionales de vivienda en España durante décadas y terminaron convirtiéndose, a su pesar, en sus principales propietarios institucionales a través de las viviendas adjudicadas tras la crisis de 2008/2012.

5 **Contabilidad del Banco de España.** Me refiero en particular a los dos Reales Decretos-ley llamados “Guindos 1” y “Guindos 2” que reformaron radicalmente la Circular de Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, que gobernaba hasta entonces, muy amablemente, las provisiones específicas que aplicaban a los bancos y cajas de ahorros españoles. Se trata, más exactamente, del Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, y del Real Decreto-Ley, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (este último Real Decreto-Ley se consolida posteriormente mediante la Ley 8/2012, de 30 de octubre, del mismo título).

6 **NPLs en España.** En el prólogo de una obra colectiva que tuve la suerte de dirigir y coordinar, el Manual de Compra de Deuda en España (Aranzadi Thomson Reuters, Segunda edición 2019), intento explicar el proceso de desvinculación de los activos inmobiliarios que se impone a los bancos y cajas rescatadas. La obra continúa explicando el nuevo mercado de

Ahí comienza un lento y contablemente doloroso proceso de desapalancamiento (*deleveraging*) y desafectación del negocio inmobiliario por parte de los bancos españoles. Ese proceso se completa con otro simultáneo de presión regulatoria en el sector bancario; como entidades sospechosas a las que se atribuye la crisis precedente, se redoblan los esfuerzos regulatorios y el rigor en la supervisión de la actividad de los bancos desde todas las instancias posibles (desde el Banco Central Europeo como última instancia supervisora, el Banco de España como responsable local, y todos los demás organismos legisladores y reguladores, con competencias o hasta sin ellas). Los bancos, *market makers* por antonomasia del sector inmobiliario, contraen su actividad prestamista y evitan la exposición a su activo favorito hasta ese momento: el ladrillo. El mercado inmobiliario español solo puede interpretarse, de 2012 en adelante, en clave de retirada de los bancos.

## 2. Prestamistas no bancarios

En 2013 escribí un artículo para el diario económico Expansión, que fue en cierto modo pionero, tratando de describir a los prestamistas alternativos a los bancos que nos miraban desde el barrio londinense de Mayfair<sup>7</sup>. Me refería a una comunidad de financiadores internacionales que empezaban a reemplazar a los bancos en su función (esencial) de proporcionar apalancamiento a los agentes del mercado inmobiliario. Se trataba de prestamistas que no son bancos, conocidos como “financiadores alternativos”. Son fondos, compañías aseguradoras y firmas de capital riesgo que empezaban a ocupar un sector del mercado (el inmobiliario) desalojado por los bancos, los prestamistas tradicionales del sector, y que terminarían siendo conocidos como “sector bancario en la sombra”. Empezaba entonces la tendencia global que se conoce como *direct lending* y también como *alternative lending* y aquí optaré por la denominación “financiación alternativa”, porque entiendo que explica mucho mejor de qué se trata, por lo menos en su versión española. Como abogado, voy a intentar resumir los principales productos y figuras legales que se utilizan en “financiación alternativa” en nuestro mercado inmobiliario. Voy a comenzar explicando por qué prefiero optar por la denominación de “financiación alternativa” (aunque el contenido de este artículo se refiere en realidad a la financiación alternativa y también “directa”, en el sentido de que voy a hablar siempre de prestamistas y prestatarios<sup>8</sup>) para luego referirme a sus principales características, figuras e instituciones legales.

## 3. Financiación alternativa ¿a qué?

¿Esta financiación a los agentes del mercado inmobiliario sería “alternativa” a qué, exactamente?

---

compraventa de préstamos fallidos (*NPLs*) y activos adjudicados que se abre a continuación y que perdura hasta ahora, con los bancos y su participada SAREB como vendedores y una comunidad variopinta de fondos y otros inversores (incluidos bancos) como compradores.

<sup>7</sup> **Mayfair Lenders.** <https://www.expansion.com/2013/08/28/juridico/1377712206.html>

<sup>8</sup> **Financiación alternativa y directa entre profesionales del sector inmobiliario.** Refiriéndome a financiación “alternativa” y “directa” excluyo otras fórmulas y productos de financiación como las plataformas de *crowdfunding*, determinadas iniciativas de *fintech* y ciertas modalidades de aportación de fondos a través de cuentas en participación, etc. De modo que me estoy ocupando de prestamistas profesionales que no son bancos y que estructuran sus financiaciones como préstamos o créditos garantizados a favor de prestatarios también profesionales del sector inmobiliario.

### 3.1. A la financiación bancaria

Los financiadores alternativos compiten con los bancos y seguirán haciéndolo, pero no necesariamente en todo el espacio que ocupaban bancos y cajas en el mercado inmobiliario español. Los alternativos huyen de la regulación, en general, y no existe (por el momento) una alternativa suficiente a los bancos en torno a la financiación hipotecaria a los compradores (individuos y familias) de vivienda. Esos clientes son consumidores financieros y están protegidos por la Ley de Crédito Inmobiliario y demás normativa protectora (de la que me ocuparé más adelante). Actualmente, son muy pocos los fondos que financian a consumidores financieros en España, y menos aún en el sector inmobiliario y en el segmento de la financiación hipotecaria para la compra de primera vivienda (o de vivienda en general). A medio y largo plazo, es previsible que los fondos de deuda alternativa se retiren aún más del mercado de crédito al consumo: el Consejo de la Unión Europea acaba de aprobar (con fecha 9 de octubre de 2023) la nueva Directiva (UE) 2023/2225, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la anterior Directiva 2008/48/CE. Esta norma establece una nueva regulación para negocio de crédito a consumidores financieros, relativamente más estricta que la derogada, en materia de publicidad e información precontractual, y se remite a las legislaciones nacionales para que sean los Estados miembros quienes regulen los requisitos de autorización o registro (o las exenciones a estos requisitos) que estimen convenientes para ejercer la actividad. Se generaliza así la reserva de actividad para el crédito al consumo que ya existe en otros países de la Unión Europea (como Italia, Portugal, Alemania, Francia, Polonia, Bélgica y Reino Unido)<sup>9</sup>.

La competencia entre bancos y financiadores alternativos se produce en los segmentos “desregulados” de la financiación inmobiliaria en España. En la medida en que los bancos han ido retirándose del inmobiliario terciario (oficinas, comercial, logístico, etc.) y han limitado su exposición al negocio inmobiliario, los prestamistas alternativos han ido ocupando ese espacio.

La “financiación alternativa” no bancaria se centra por lo tanto en productos del mercado inmobiliario<sup>10</sup> que los bancos no financian en la actualidad, o que los comités de riesgos de los bancos no aprueban, generalmente. Y en este momento de mercado, tras años de limpieza de balance, los bancos españoles e internacionales siguen teniendo aversión al “ladrillo” y no financian salvo que ese “ladrillo” esté arrendado y generando rentas o pre-vendido (y, en ambos casos, hasta niveles

---

9 **Nueva Directiva sobre el Crédito al Consumo.** Mis compañeros de Pérez-Llorca Josefina García Pedroviejo y Enrique Hernández han publicado una Nota Jurídica extraordinariamente didáctica sobre el contenido de esta Directiva y sus efectos inmediatos. Está disponible en la página web del despacho y en LinkedIn.

10 **Direct Lending en general.** En este trabajo me referiré siempre, por defecto, a la financiación alternativa en nuestro sector inmobiliario. Es importante indicarlo porque el *direct lending* o *alternative lending* no tiene, en general, un exclusivo enfoque inmobiliario, sino que intenta aprovechar las ineficiencias del mercado bancario para ofrecer financiaciones a empresas (o sea, el *direct lending* como concepto es un tipo de financiación corporativa, una alternativa al capital social o *equity*). Véase como referencia bibliográfica uno de los pocos manuales publicados (de hecho, el único que yo conozco y manejo) sobre la materia, “Private Debt, Opportunities in Corporate Direct Lending” de Stephen L. Nesbitt, publicado en 2019 por Wile Finance Series. Esta obra resume los temas fundamentales, tanto financieros como estructurales y legales, de la financiación alternativa como fórmula corporativa, casi exclusivamente, y no contempla su evidente ramificación inmobiliaria; con esto quiero decir que, académicamente, la financiación alternativa y directa en el sector inmobiliario sigue siendo un terreno ampliamente inexplorado.

máximos del 50% o el 60% de su valor de mercado o adquisición, lo que se conoce como *loan to value* o *loan to cost*). Más allá de esos criterios tan estrictos (que claramente he simplificado), los bancos no financian, y eso abre una ventana de oportunidad para que los financiadores alternativos financien compras de suelo, promociones en un estadio previo a las pre-ventas, compras de inmuebles, o apalancamientos sobre los mismos, por encima del 50% o 60% de *loan to value* o *loan to cost*. Además de estos ejemplos básicos, los prestamistas alternativos pueden financiar la compra de acciones de una sociedad inmobiliaria (*share deals*), la compra de otros préstamos o instrumentos de deuda (*loan-on-loan*) y ofrecer otros productos creativos y, normalmente, de mucho mayor riesgo y remuneración que los que ofrecen los bancos a los actores en el mercado inmobiliario; también me referiré más tarde a estas modalidades más características de la financiación alternativa inmobiliaria.

Sería correcto afirmar que existe una financiación no bancaria alternativa a la bancaria en el segmento terciario del mercado inmobiliario español (esta afirmación define, además, el alcance de este trabajo) pero no sería completo, sin decir además, que los bancos también se dedican a la financiación alternativa, de alguna manera.

Existen unidades de negocio en los bancos (sobre todo en los internacionales), los llamados equipos de *special situations*, que financian en condiciones comparables a las de los auténticos prestamistas alternativos: son empleados del banco, integrados en la organización, pero menos regulados, con procesos de aprobación alternativos al de los comités de riesgos convencionales y con canales para la toma de decisiones también distintos de los del negocio bancario convencional. Estos equipos de *special situations* están más pendientes de la normativa internacional que limita o condiciona el negocio que los bancos pueden o no hacer desde su balance<sup>11</sup> que de las normas y criterios internos que regulan las financiaciones que el banco puede o quiere hacer en cada momento; de hecho, ha podido darse el caso, no sé hasta qué punto excepcional, de que un equipo de *special situations* lleve a cabo una financiación, en condiciones "alternativas" (en cuanto a remuneración en función del riesgo) que el comité de riesgos de ese mismo banco había rechazado anteriormente.

También se está produciendo un fenómeno más evidente de huida de la regulación por parte de los bancos para competir con los financiadores alternativos con sus mismas armas: recientemente, algunos bancos españoles han constituido sus propias gestoras de productos alternativos y ofrecen financiaciones inmobiliarias alternativas desde fuera de su balance. Aprovechando la experiencia y el conocimiento de mercado de sus equipos de financiación inmobiliaria (generalmente

---

<sup>11</sup> La prohibición del *proprietary trading*. La Volcker Rule (la interpretación por parte de la Reserva Federal de los Estados Unidos de América de la llamada Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act de 2010 que aplica directamente a los bancos estadounidenses) limita el negocio de *special situations* de los bancos internacionales (en la medida en que todos ellos tienen matrices o filiales en los Estados Unidos) al prohibir el uso de los fondos propios del banco, para invertir en productos especulativos o de alto riesgo (el llamado *proprietary trading*) que no beneficiarían, de acuerdo con esa interpretación, a los clientes del banco.

integrados en los departamentos llamados de “financiaciones estructuradas”) algunos bancos están constituyendo gestoras de fondos de deuda para financiar operaciones inmobiliarias que el propio banco no aprobaría. Esos fondos de deuda, o “fondos de fondos”, captan capital de un público limitado, normalmente a través de los equipos de banca privada o *private wealth management*, o levantan capital institucional en los mercados de capitales, para constituir vehículos dedicados a la financiación inmobiliaria que no consolidan ni contable ni regulatoriamente con el banco, pero se gestionan desde el propio banco a cambio de interesantes honorarios (más interesantes que los propios del negocio bancario convencional, quiero decir)<sup>12</sup>.

### 3.2. A la inversión en capital

Estos prestamistas que no son bancos tienen un marcado rasgo común, que es su necesidad de invertir y recibir una alta rentabilidad por su inversión. A lo primero se refieren como *equity deployment*, y resume esa necesidad de desplegar, invertir el capital que sus inversores finales les han confiado. A lo segundo, como *cost of capital*, que se traduce en el coste del capital que tienen que invertir, que es muy alto, más alto por supuesto que el de cualquier banco<sup>13</sup>, porque sus inversores finales les exigen una muy alta rentabilidad por ese capital que aportan. Pues bien, aunque se dediquen a ofrecer crédito, analizan, estructuran y conceden muchas de estas financiaciones como inversiones en capital (para ellos, sus préstamos a los agentes del mercado inmobiliario en España son o deberían ser “*equity-like*”, esto es, similares en rentabilidad a la inversión de los socios capitalistas que comprometen recursos en una compañía, en busca de una rentabilidad mayor que la perseguida por un financiador “normal”). En el fondo, se trata de un capital que se pone a funcionar y del que se espera una remuneración acorde con las altas expectativas de los inversores finales, pero que quiere estructurarse con las cautelas, protecciones y garantías que normalmente caracterizan a un financiador estándar<sup>14</sup>.

---

12 **Financiación alternativa gestionada por bancos.** Un par de ejemplos recientes, públicos y fácilmente accesibles sobre el negocio “alternativo” de algunos bancos, que incluye por supuesto la financiación inmobiliaria.

Ver: Santander Asset Management lanza su nueva gestora de fondos de inversión alternativos.

Ver: Bankinter Investment lanza el primer fondo de gestión delegada sobre activos alternativos para importes a partir de 10.000 euros.

13 **Coste de capital.** De acuerdo con el balance clásico de los bancos (aunque esto seguramente esté cambiando o haya cambiado ya, tras la derogación en 2017 de la famosa Circular 4/2004, del Banco de España y, en general, dada la complejidad de la regulación bancaria), un banco se financia fundamentalmente con el dinero de sus clientes depositantes (que, como bien sabemos dichos depositantes, tiene como remuneración un “coste de capital” muy bajo), a través del mercado interbancario (lo que la gente en España equipara, creo que instintiva pero correctamente, con el Euríbor) y, en tercera instancia, con el capital que aportan sus accionistas. De modo que, en este esquema clásico, el llamado “coste de capital” de un banco es muy inferior al de cualquier fondo o firma de capital riesgo (los financiadores alternativos que nos ocupan).

14 **Equity-like.** Muchos de los fondos internacionales que invierten en el mercado inmobiliario español estructuran su inversión como financiación directa (y no como inversión directa en el capital de sus potenciales clientes), en torno a esta idea de que sus financiaciones son *equity-like*. La expresión, la idea, da cabida a todo tipo de estructuras (por eso son tan entretenidas estas operaciones para los abogados). La idea es bastante básica: el fondo necesita retornos de doble dígito que solo se obtienen con cargo al beneficio del negocio de promoción (o venta); el promotor local necesita los fondos, pero no quiere diluirse ni ser rehén de unos desconocidos que lo aparten de la dirección de su negocio de toda la vida. El fondo renuncia entonces a la estructura clásica de invertir en el capital y hacerse con el control, y estructura su inversión como una financiación, pero esperan rentabilidades de *equity*. A partir de ese híbrido, las estructuras son de lo más variado, pero todas comparten ideas comunes:

(i) **La remuneración variable.** El *equity-like* parte de la base de que una remuneración fija no es suficiente, ni siquiera una remuneración variable al uso. El fondo se ha conformado con quedarse como prestamista porque el promotor español no lo tolera como socio, pero busca una remuneración de socio. O el mejor de los dos mundos: una parte fija, protegida por la documentación del préstamo y unas garantías sólidas sobre el colateral inmobiliario, y otra variable que le permita

Entre los promotores españoles que necesitan fondos para crecer, pero quieren mantener su estructura (muchas veces de negocio familiar) también se ha asumido la financiación alternativa (y su alto coste) como una alternativa no sólo a los bancos, sino también a la de integrar a un socio en su capital y compartir con él la toma de decisiones, con el nivel de injerencia y escrutinio que puede esperarse de un socio capitalista. De modo que, también estos potenciales clientes de los financiadores alternativos, los prefieren como prestamistas, aunque caros, que como socios con quienes hay que consultar y compartir decisiones.

### 3.3. A la financiación hipotecaria

En el sector inmobiliario, la financiación ha sido tradicional y generalmente hipotecaria. De hecho, ambos términos (financiación inmobiliaria y financiación hipotecaria) han venido a ser intercambiables. Cualquiera que haga negocios en este sector relaciona inmediatamente la existencia de una financiación con su correspondiente hipoteca. La actividad de estos prestamistas alternativos ha propiciado que ese reflejo, ese automatismo, necesite una revisión permanente. No todas las financiaciones inmobiliarias son hipotecarias, y eso es un cambio muy relevante, muy radical, al que el mercado tiene que adaptarse. En España no existe una figura o institución legal que garantice como una hipoteca la deuda de un tercero contra un activo, reservando el valor del activo para repagar la deuda y asegurando que esa reserva de valor “viaje con el activo” cuando éste pase a manos de un tercero. Pero en España (y me consta que en otras jurisdicciones no es así) la constitución de una hipoteca resulta cara, y ese coste frustra en ocasiones la rentabilidad que los prestamistas alternativos esperan obtener. De modo que se renuncia a la hipoteca y se opta por otras garantías, de menor coste sin duda, y casi seguramente de menor eficacia jurídica (ya adelanto ahora que ninguna garantía o figura equivalente consigue la protección legal que la hipoteca asegura a su beneficiario). Me referiré

---

beneficiarse del éxito del negocio. Y en torno a esta idea básica, se ve de todo: desde la simplicidad de un préstamo participativo (no hace falta ser socio o accionista para prestar bajo la fórmula del préstamo participativo) hasta financiaciones estructuradas en varios tramos y precios (*senior, mezzanine, junior*), pero todos tienen ese elemento de remuneración variable (*profit sharing, equity kicker*).

- (ii) **La conversión.** Estas financiaciones también tienen un elemento importante de *PIK (payment in kind)* o *Pay-if-you-can*, que va un poco más allá de los más convencionales préstamos *bullet* (en los que no se paga principal hasta el final) o *balloon* (en los que la mayor parte del principal se repaga al final). Aquí se incluye la posibilidad de canjear deuda por capital como forma de repago, la amortización de deuda mediante daciones en pago o entregas de activos, etc. Este elemento de conversión, la posibilidad de que el prestamista cobre con algo que no sea dinero en efectivo también es característico del *equity-like*.
- (iii) **El colateral (o la falta de él).** En este tipo de estructuras *equity-like* el gran problema siempre es el de encontrar una garantía, un colateral, suficiente. En algunos casos, el tramo senior de una financiación *equity-like* puede llevar una segunda o tercera hipoteca sobre algún activo que ya estará hipotecado a favor de un banco, o de un socio. Pero la financiación *equity-like* asume muchas veces la necesidad de aceptar un colateral corporativo (prendas sobre el capital del propio prestatario, etc) o más bien teórico (prendas sobre el beneficio futuro del prestatario...)
- (iv) **El control.** El prestamista *equity-like* también aspira a un cierto nivel de control sobre la sociedad a la que está prestando. A veces se consigue de forma dominical (el prestamista se queda con un porcentaje mínimo del capital, para no incurrir en *equitable subordination*, que le da derecho a un consejero y a cierto control político a través del voto). Otras veces, se usan figuras como la del “observador en el consejo”, el “monitor”, el “asesor independiente”, etc.
- (v) **La liquidez.** Los que se dedican a prestar en el sector inmobiliario desde un fondo saben perfectamente que se están dedicando a *illiquid credit*, y así se refieren a su negocio. Financian contra un activo ilíquido, “el” activo ilíquido por excelencia, y su riesgo está concentrado en el valor de ese inmueble ilíquido. Pero el sistema legal no les garantiza siquiera el acceso inmediato a ese activo, la posibilidad de controlar ese activo para gestionarlo o venderlo y generar esa liquidez. El riesgo del prestamista alternativo se traduce en eso, en iliquidez, lo que explica su interés en generar soluciones que le permitan convertir su préstamo impagado en un activo inmobiliario a la venta o en las acciones o participaciones sociales de la sociedad propietaria de ese activo.

más adelante a esas garantías complementarias o alternativas, y de otras protecciones a favor del prestamista que no son garantías sino prohibiciones y limitaciones, los llamados *negative pledges*, y otros mecanismos que funcionan en muchos aspectos como “pseudo garantías”, sin llegar a sustituir ni equivaler a la hipoteca inmobiliaria.

### 3.4. A la financiación en el mercado de capitales (*bond financing*)

Desde la reforma de 2015 de la Ley de Sociedades de Capital<sup>15</sup>, todas las sociedades de capital pueden emitir instrumentos de deuda para financiarse. Sin embargo, el acceso al mercado de capitales sigue estando muy intermediado y los costes transaccionales de emitir deuda son muy altos, de modo que en España sólo algunas de las inmobiliarias cotizadas se financian mediante el *bond financing*. Para todas las demás, que son la mayoría, sólo está razonablemente disponible el *loan financing*. En este sentido, la financiación “directa y alternativa” es la única opción para la mayoría de los promotores e inversores inmobiliarios profesionales si los bancos no están dispuestos a financiar.

En el marco de las posibilidades de financiación en el mercado de capitales, aparte de la emisión de deuda (*bond financing*), las compañías inmobiliarias españolas que se dedican fundamentalmente a la explotación de inmuebles urbanos en arrendamiento pueden acogerse al régimen especialísimo de la Ley SOCIMIs. Este régimen, comparable al de las sociedades cotizadas inmobiliarias de otras jurisdicciones (los *real estate investment trusts* o *REITs*), favorece la salida a cotización de estas sociedades (necesariamente anónimas), ya sea en el mercado continuo español (o en cualquier mercado bursátil de la Unión Europea, como Euronext) o en sistemas multilaterales de negociación (como BME Growth, el antiguo Mercado Alternativo Bursátil), y así conseguir financiación a través de la colocación de sus acciones (idealmente, a inversores particulares, para crear un cierto “capitalismo popular” en el sector inmobiliario español) y beneficiarse de un régimen fiscal especial y privilegiado. Este régimen fiscal, y no tanto la posibilidad de financiar su crecimiento a través de la salida a cotización, es el que explica en buena parte la existencia de las SOCIMIs en España; muchas de ellas son vehículos de inversión de fondos y otros inversores, nacionales e internacionales, que se benefician de una tributación muy favorable en España si esos vehículos cumplen con los requisitos del régimen de SOCIMI (y uno de esos requisitos es cotizar). Pero podríamos afirmar que, en general, la mayoría de las sociedades que cotizan bajo el régimen de la Ley SOCIMIs no buscan financiarse a través de la cotización, sino más bien beneficiarse de esa tributación favorable.

---

<sup>15</sup> El *bond financing* es accesible a todas las sociedades de capital. La Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial derogó el artículo 402 de la Ley de Sociedades de Capital (que prohibía a la sociedad de responsabilidad limitada acordar o garantizar la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones) y reformó el artículo 401, para permitir que todas las sociedades de capital (anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada) puedan emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda.

### 3.5. A la financiación indirecta (sobrevenida)

La financiación alternativa también es una alternativa a la financiación existente, particularmente en un contexto de mercado en el que abunda la financiación indirecta (y sobrevenida) como consecuencia del ya largo proceso de limpieza de balance o *deleveraging* por parte de los bancos españoles y de su filial SAREB.

Me refiero a las operaciones de compraventa de carteras de préstamos fallidos o *NPLs* (*non performing loans*) que han tenido lugar en los últimos años, casi siempre con un fondo oportunista especialista en este tipo de *debt trades* en el lado comprador. A través de estas operaciones, estos fondos se han convertido, indirectamente, en prestamistas sobrevenidos de numerosas, diría que casi todas, las compañías inmobiliarias y promotoras de este país, reemplazando a los bancos como prestamistas originales (y originadores) de los que esas inmobiliarias y promotoras habían sido “clientes” y prestatarios. La Directiva NPLs establece el marco legal y regulatorio de estos prestamistas sobrevenidos y de sus gestores o *servicers* (administradores de créditos, en la terminología de la Directiva NPLs), caracterizándolos como prestamistas profesionales y estableciendo una mínima regulación habilitadora (que no podría considerarse ni reserva de actividad ni auténtica supervisión).

Muchos de esos fondos compradores de NPLs también son financiadores alternativos. Pero ese fenómeno de las compraventas de carteras de préstamos fallidos<sup>16</sup> ha dado lugar a financiaciones que han protagonizado en gran medida otros fondos equivalentes (o los mismos, en relación con las carteras de las que son titulares otros). Esas financiaciones para comprar carteras de deuda fallida se denominan *loan-on-loan financings* y están protagonizadas, de una u otra manera, por financiadores alternativos.

Los prestatarios agrupados en esas carteras, a su pesar, se encuentran ahora con un prestamista sobrevenido (el comprador de la cartera) cuyo plan de negocio no es el del banco prestamista original, sino que tiene una estrategia decidida de maximizar su inversión recobrando el préstamo o adjudicándose el inmueble a corto plazo (estamos en el sector inmobiliario y esos préstamos están garantizados contra un inmueble). En esa tesitura, el prestatario puede intentar refinanciar su deuda fallida con un tercero (otro financiador alternativo), negociar idealmente un descuento con el nuevo titular del préstamo, o sustituirlo por un prestamista que ha financiado un DPO (*debt purchase opportunity*).

---

<sup>16</sup> *Debt Portfolio Trades como compraventas (¿?) de créditos*. En rigor, no debería referirme a compraventas sino a cesiones de posición contractual a título oneroso, pero intento hacerme entender y el término compraventa no es tan ajeno y me ayudará a lograrlo.

## II. El marco regulatorio de la financiación alternativa en España

*“What we call “regulatory arbitrage” \_ namely, the attempt by financial practitioners to evade regulation \_ turns out to be as old as the law itself”*

Edward Chancellor “The Price of Time. The Real Story of Interest”

Atlantic Monthly Press, New York 2002, página 9

### 1. El préstamo (o crédito) como negocio no regulado

Prestar dinero no es, en sí misma, una actividad regulada en España. El préstamo es, desde un punto de vista legal, un negocio jurídico regulado someramente en el Código Civil<sup>17</sup> y, por lo tanto, privado y civil en su origen. Históricamente el negocio de prestar se ha dado entre particulares, y ha sido privado y no regulado<sup>18</sup>. Todos podemos ser prestamistas al amparo del Código Civil; si alguna vez prestamos dinero a alguien y esperamos una remuneración y la devolución del capital prestado, ya somos prestamistas, siquiera privados. Todavía existen prestamistas individuales, personas físicas que prestan profesionalmente; se hacía tradicionalmente y se sigue haciendo en la actualidad (no sabría decir en qué medida)<sup>19</sup>. A fecha de hoy, para prestar sigue sin ser necesaria una licencia bancaria (sólo se requiere licencia bancaria para captar depósitos del público). Ese parece ser también el caso en otros países, y esto explica (junto con el exceso de liquidez del que disponen los inversores) el auge de la financiación alternativa en casi todas partes. ¿Cuáles son entonces las limitaciones legales, y también prácticas, con las que se encuentra un inversor que quiera invertir su dinero prestando en el sector inmobiliario español? Estas limitaciones legales, en su acepción de marco regulatorio para la actividad de préstamo inmobiliario, determinan el espacio que pueden ocupar estos prestamistas en el mercado.

---

<sup>17</sup> **El préstamo en el Código Civil.** Los artículos del Código Civil que regulan el contrato de préstamo se encuentran en su Título X, son pocos (literalmente, el 1.740 que funciona como disposición general para el préstamo y el comodato y, a continuación, y en relación con el préstamo exclusivamente, los artículos 1.753, 1.754, 1.755, 1.756, y 1.757). No han cambiado desde 1889.

<sup>18</sup> **El prestamista privado.** Tradicionalmente, en España y otros países, la figura del prestamista privado, del individuo que presta a sus vecinos del pueblo o el barrio, ha sido habitual y conocida. Como personaje, abunda en la literatura, e internacionalmente también ha sido así; los prestamistas de los folletines dickensianos son el estereotipo, pero dentro de mi limitada cultura literaria creo que nadie ha dibujado al personaje como Frank McCourt con su Mrs Brigid Finucane en su novela “Angela’s Ashes”, de 1998. Incluso a fecha de hoy, no es insólita la figura del prestamista privado. Conocidos empresarios, presidentes de clubes de fútbol y otros personajes socialmente relevantes se han dedicado a prestar dinero y continúan haciéndolo en España en la actualidad. Personas físicas menos populares siguen prestando y el nivel de sofisticación, en términos de márketing, etc. es notable y puede comprobarse en los cientos de anuncios publicados en internet por distintos prestamistas que se promocionan como “privados” y, a partir de esa premisa, de muchas otras maneras (algunos dicen estar “supervisados y regulados por el Banco de España”). Su importancia puede ser muy reducida o relativa en la actualidad, pero sus competidores (los bancos) se los toman muy en serio, y ofrecen servicios de financiación *retail* a particulares en clara competencia con esos prestamistas privados, de quienes dicen precisamente que “no están supervisados ni regulados por el Banco de España”.

<sup>19</sup> **Prestamistas privados en España.** No me consta que existan estadísticas oficiales, ni oficiosas, sobre la cuota de mercado de los prestamistas particulares, las personas físicas que pueden dedicarse a prestar profesionalmente en España. Seguramente, será un porcentaje reducido, quizás anecdótico o residual. Pero no está medido. En otros países, esa actividad prestamista entre particulares (o de particulares a empresas) parece ser o haber sido muy relevante. El 22 de mayo de 2008, The Economist publicaba “*Lenders of First Resort: Japan’s moneylenders offer banks a lesson in risk management*” un artículo sobre la importancia de la deuda originada por prestamistas particulares en Japón (los llamados *sarakin*), que sumaba entonces más de cien mil millones de yenes; según el artículo, en torno a su fecha de publicación, más de 14 millones de japoneses eran deudores de un prestamista privado o *sarakin*.

## **2. Prestamista profesional en forma societaria, entidad de crédito, entidad financiera, entidad supervisada**

### **2.1. Son prestamistas profesionales en forma societaria que prestan a profesionales**

Hemos hablado del préstamo como negocio privado y rememorado la figura del prestamista privado, que aún existe y en muchos casos sigue presente en el sector inmobiliario. Pero el prestamista profesional alternativo a los bancos que nos interesa está organizado en forma societaria, es una sociedad. Por varios motivos, pero muy decisivamente por un motivo fiscal al que nos referiremos en el próximo apartado 2.5, esa sociedad, cuyo objeto social y negocio es el de prestar, puede estar constituida y domiciliada fuera de España (general, pero no necesariamente, en algún otro Estado de la Unión Europea). De modo que la desregulación que interesa a los prestamistas alternativos va a venir dada por esa deslocalización, por el hecho de tratarse de sociedades extranjeras, a las que aplicaría la legislación sectorial de la Unión Europea, la legislación del Estado en que están domiciliadas y sólo parcialmente la legislación española (en lo que se refiere al negocio jurídico de prestar y a las garantías constituidas sobre activos en España).

Y así podría terminar, elegantemente, este ejercicio de clasificación, diríamos que entomológico, de los prestamistas alternativos. Diciendo que se trata de prestamistas profesionales, que se dirigen a prestatarios también profesionales, organizados (salvo casos residuales y ya pintorescos) como sociedades prestamistas constituidas y domiciliadas en alguna jurisdicción extranjera, y a quienes aplica su legislación de origen en cuanto a autorización y supervisión (atención a estos dos conceptos, que volverán) y la legislación española en cuanto a su actividad prestamista en España y las garantías constituidas a su favor en el contexto de esa actividad sobre activos españoles, actividad para la que, en España, no necesitan licencia bancaria. Y con esto, habré cumplido con los dos o tres miembros de mi familia que puedan estar leyéndome, y en particular con aquellas más directas en línea ascendente que siempre me han recomendado no meterme en líos.

Pero creo que necesito precisar alguna simplificación y adelantarme a una problemática, de modo que voy a profundizar en el análisis.

### **2.2. No son entidades de crédito**

Decir que no se necesita una licencia bancaria para prestar profesionalmente en España es otra simplificación. Los prestamistas alternativos que nos ocupan no son bancos (son una alternativa, "la alternativa", a los bancos); pero eso no es muy preciso, tendríamos que decir que el prestamista alternativo que estamos diseccionando no es una entidad de crédito (ellos dirían, muy aliviados, que no necesitan serlo). El concepto de entidad de crédito está definido en el artículo 4.1.1 del Reglamento CRR como "una empresa cuya actividad consista en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables, y en conceder créditos por cuenta

propia<sup>20</sup>. Los prestamistas alternativos no reciben depósitos del público; generalmente gestionan capital aportado por inversores institucionales. El artículo 1 de la LOSSEC<sup>21</sup> confirma la definición del Reglamento CRR, con una adición inquietante y un *numerus clausus* quizás no muy acertado<sup>22</sup>. Pero el concepto de entidad de crédito es lo suficientemente claro y unívoco para asegurar que eso es, precisamente, lo que los prestamistas alternativos no son (ni ganas).

### 2.3. ¿Son entidades financieras?

A partir de este principio (los prestamistas alternativos no son entidades de crédito), el mercado en general se conforma con considerarlos “entidades financieras”. Un concepto sin duda más amplio, que englobaría al prestamista profesional sin titubeos: todos los prestamistas profesionales (por lo menos los organizados en forma societaria) serían “entidad financiera”<sup>23</sup>. Aunque la idea resulta tranquilizadora, lo cierto es que el ordenamiento resulta ser mucho más complejo en cuanto a lo que es o no una “entidad financiera”.

En mi práctica profesional, me han interesado dos definiciones legales de “entidad financiera”. Ahora que estoy haciendo este esfuerzo académico que espero que alguien valore, tengo que distanciarme de ambas, elevarme sobre ellas y buscar un concepto canónico, pero no es fácil dar con él. Mis dos definiciones de referencia son las del RDL 5/2005, una norma muy relevante porque sigue regulando el acceso a las garantías financieras en España, y las menciones, más que verdadera definición, que se encuentran en la Ley Concursal. Voy a partir de cada una de ellas y veremos a dónde llego.

El artículo 4.1 del RDL 5/2005<sup>24</sup> determina su alcance subjetivo (a quién es aplicable) y termina refiriéndose a “otras entidades financieras” según se definen en el

---

20 **Definición de Entidad de Crédito en el Reglamento CRR.** Artículo 4.1.1 (Definiciones), Apartado 1, subapartado 1; “Entidad de crédito: una empresa cuya actividad consista en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder préstamos por cuenta propia”.

21 **Definición de Entidad de Crédito en LOSSEC.** Artículo 1 (Entidades de Crédito):

1. “Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos y otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.
2. Tienen la consideración de entidades de crédito:
  - (a) Los bancos;
  - (b) Las cajas de ahorro;
  - (c) Las cooperativas de crédito;
  - (d) El Instituto de Crédito Oficial.”

22 **Diferencias entre Reglamento CRR y LOSSEC (“autorizadas” y el ICO).** Respecto de su normativa matriz, el Reglamento CRR, la LOSSEC introduce (en su apartado 1) el adjetivo “autorizadas” en la definición genérica de entidades de crédito y una lista de “empresas” (en su apartado 2) que se consideran entidades de crédito y constituye un, quizás innecesario, *numerus clausus* por el empeño del legislador español en incluir al ICO.

23 **Entidades financieras NO prestamistas.** Existirían “entidades financieras” que no serían prestamistas. Por ejemplo, las sociedades de garantía recíproca, que son entidades financieras por su ley de creación (la Ley 1/1994) pero tienen prohibido prestar, sin perjuicio de que puedan llegar a tener posiciones acreedoras porque un tercero ejecute la garantía que prestan a sus socios.

24 **“Otras entidades financieras” según el Artículo 4.1 RDL 5/2005.** 1. Este capítulo será aplicable a los acuerdos de compensación contractual financieros y a los acuerdos de garantías financieras cuando las partes intervinientes estén incluidas en una de las categorías siguientes:

- a) Entidades públicas.

apartado 5 del artículo 4 de la Directiva 2006/48, que dice (decía) lo siguiente: “empresa distinta de una entidad de crédito cuya actividad principal sea una o varias de las que se enumeran en los puntos 2 a 12 del Anexo 1”<sup>25</sup>. Aunque sea por remisión a esa Directiva, y que la Directiva se remita a su vez a un anexo, la definición de “entidad financiera” que encontramos en el RDL 5/2005 es satisfactoria en la medida en que (i) se limita a empresas (es decir, sobreentendiéndose la forma societaria), (ii) se refiere a las entidades de crédito como una clase, entre otras, de entidades financieras<sup>26</sup>, y (iii) a través de la referencia a las actividades de ese Anexo 1, incluye a las que se dedican a prestar. Pero esa Directiva está derogada. La sustituyeron en 2013 la Directiva CRD y su Reglamento CRR, con un enfoque distinto en cuanto al concepto de “entidad financiera”.

La Directiva CRD se remite al Reglamento CRR a efectos de esta definición; las actividades del Anexo 1 de la derogada Directiva 2006/48 se mantienen en el casi idéntico Anexo 1 de la nueva Directiva CRD. El Reglamento CRR, que se refiere a “entidad financiera” como una “empresa, distinta de una entidad<sup>27</sup>, cuya actividad principal consista [...] en ejercer una o varias actividades de las que se recogen en el anexo I, puntos 2 a 12 y punto 15, de la Directiva 2013/36/UE”. Pero la definición de “entidad financiera” del Reglamento CRR va más allá de ese listado de actividades<sup>28</sup> y apunta hacia un concepto de entidad financiera distinto de las entidades de crédito (esta no es gran novedad) pero también de las empresas de inversión, porque tanto el Reglamento CRR como su Directiva CRD anuncian ocuparse de

- 
- b) El Banco Central Europeo, el Banco de España, los bancos centrales de los Estados miembros de la Unión Europea, los bancos centrales de terceros Estados, el Banco de Pagos Internacionales, los bancos multilaterales de desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Europeo de Inversiones.
- c) Las entidades de crédito; las empresas de servicios de inversión; las entidades aseguradoras; las instituciones de inversión colectiva en valores mobiliarios y sus sociedades gestoras; los fondos de titulización hipotecaria, los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización; los fondos de pensiones, y otras entidades financieras, según se definen en el apartado 5 del artículo 4 de la Directiva 2006/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.
- d) Los organismos rectores de los mercados secundarios oficiales o de los sistemas multilaterales de negociación y las sociedades que gestionan sistemas de compensación, liquidación y registro de valores e instrumentos financieros, así como a las entidades de contrapartida central, agentes de liquidación o cámaras de compensación a que se refiere la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, y las entidades similares que actúen en los mercados de opciones, futuros y derivados, así como los miembros y entidades participantes de todas las anteriores infraestructuras cuando actúen en su condición de tales.

**25 Anexo 1 a la Directiva 2006/48 (DEROGADA).** El punto 2 de ese Anexo 1 se refiere a préstamos, incluidos, en particular, el crédito al consumo, el crédito hipotecario, el factoring con o sin recurso y la financiación de transacciones comerciales (incluido el forfaiting).

**26 Entidades financieras vs entidades de crédito.** El artículo 4.1 de RDL 5/2005, en su apartado b), cita a las entidades de crédito en primer lugar, continúa con otras empresas y entidades y termina refiriéndose a otras entidades financieras, de modo que implica que todas las anteriormente citadas (incluyendo a las entidades de crédito) ya son entidades financieras, aunque haya otras (las entidades de crédito serían una clase de las entidades financieras). Sin embargo, la Directiva 2006/48 considera a las entidades financieras como algo distinto de las entidades de crédito (empresa distinta de una entidad de crédito) de modo que las entidades de crédito no serían entidades financieras, lo cual no parece tener mucho sentido).

**27 El concepto de Entidad en el Reglamento CRR.** Artículo 4.1. 3) "Entidad": una entidad de crédito o una empresa de inversión.

**28 El concepto de Entidad Financiera en el Reglamento CRR.** La definición completa de entidad financiera en el Reglamento CRR sería la siguiente: “una empresa, distinta de una entidad [de crédito], cuya actividad principal consista en adquirir participaciones o en ejercer una o varias actividades de las que se recogen en el anexo I, puntos 2 a 12 y punto 15, de la Directiva 2013/36/UE, incluyendo las sociedades financieras de cartera, sociedades financieras mixtas de cartera, entidades de pago en el sentido de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior y sociedades de gestión de activos, pero excluyendo las sociedades de cartera de seguros y las sociedades mixtas de cartera de seguros tal como se definen en el artículo 212, apartado 1, letra g), de la Directiva 2009/138/CE”

“las entidades de crédito y las empresas de inversión<sup>29</sup>”, como “entidades”. Las “entidades financieras” no serían “entidades” a los efectos de la Directiva CRD y del Reglamento CRD, sino una subcategoría de un nuevo concepto, el de “ente financiero”, que incluye a las “entidades” (entidades de crédito y empresas de inversión) y separadamente a las entidades financieras, entre otras<sup>30</sup>.

El legislador español ha seguido esta tendencia de diferenciar perfectamente a las entidades de crédito, a todos los efectos, y referirse a las entidades financieras como una clase o tipología de ente paralelo a aquéllas. En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva CRD y su Reglamento CRR consagraron la idea del “ente financiero” que incluye tanto a las entidades de crédito y a las empresas de inversión (las “entidades”), como a las entidades financieras (entre otras), que ya no serían “entidades” pero sí “entes financieros”; la intención parece ser la de embridar (“prudencialmente”) a las dos primeras (las entidades de crédito y empresas de inversión; ambas, las “entidades”). En Derecho español, esa intención ha sido parecida, y tiene que ver con el mismo interés legislativo (primero en Derecho europeo, luego en lo que ha resultado de su transposición) por el capital riesgo y los fondos en general.

---

**29 El Concepto de empresa de inversión.** Efectivamente, tanto la Directiva CRV como el Reglamento CRR tienen por objeto las entidades de crédito y las empresas de inversión, definidas estas últimas en la Directiva 2004/39 (derogada). La Directiva 2004/39 (de nuevo, derogada) definía “empresa de inversión” en su Artículo 4.1.1 como sigue:

Empresa de inversión: toda persona jurídica cuya profesión o actividad habituales consisten en prestar uno o más servicios de inversión o en realizar una o más actividades de inversión con carácter profesional a terceros.

Los Estados miembros podrán incluir en la definición de empresa de inversión a empresas que no sean personas jurídicas, siempre que:

- a) su estatuto jurídico garantice a los intereses de terceros un nivel de protección equivalente al que ofrecen las personas jurídicas, y
- b) sean objeto de una supervisión prudencial equivalente y adaptada a su forma jurídica.

No obstante, cuando una persona física preste servicios que impliquen la tenencia de fondos o valores negociables pertenecientes a terceros, sólo podrá considerarse empresa de inversión con arreglo a la presente Directiva si, sin perjuicio de las demás exigencias de la presente Directiva y de la Directiva 93/6/CEE, reúne las condiciones siguientes:

- a) que estén protegidos los derechos de propiedad de terceros sobre sus instrumentos y fondos, en particular en caso de insolvencia de la empresa o de sus propietarios, embargo, compensación o cualquier otra acción emprendida por acreedores de la empresa o de sus propietarios;
- b) que la empresa de inversión esté sujeta a normas que tengan por objeto supervisar su solvencia y la de sus propietarios;
- c) que las cuentas anuales de la empresa estén auditadas por una o varias personas facultadas para auditar cuentas con arreglo a la legislación nacional;
- d) cuando una empresa tenga un solo propietario, que éste adopte medidas para la protección de los inversores en caso de cese de las actividades de la empresa por causa de fallecimiento, incapacidad o circunstancias similares.

**30 El Concepto de Ente Financiero en el Reglamento CRR.** Artículo 4.1. 27) “Ente del sector financiero”:

- a) una entidad [es decir, una entidad de crédito o una empresa de inversión];
- b) una entidad financiera;
- c) una empresa de servicios auxiliares incluida en la situación financiera consolidada de una entidad;
- d) una empresa de seguros;
- e) una empresa de seguros de un tercer país;
- f) una empresa de reaseguros;
- g) una empresa de reaseguros de un tercer país;
- h) una sociedad de cartera de seguros;
- i) una sociedad mixta de cartera;
- j) una sociedad mixta de cartera de seguros tal como se define en el artículo 212, apartado 1, letra g), de la Directiva 2009/138/CE;
- k) una empresa excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/138/CE, de acuerdo con el artículo 4 de esa Directiva;
- l) una empresa de un tercer país cuya actividad principal sea equiparable a la de cualquiera de las entidades enumeradas en las letras a) a k).

El artículo 7 de la vigente Ley de Capital Riesgo<sup>31</sup> contiene la definición canónica, digamos, de entidades financieras en Derecho español, con el propósito fundamental de distinguir a las entidades financieras de las “empresas no financieras”. Este artículo 7 no hace ninguna referencia expresa a que las empresas o entidades que se dediquen a prestar sean “entidades financieras”; la lista contenida en este artículo combina conceptos consolidados (el de entidad de crédito, por ejemplo), formas societarias de ciertas sociedades gestoras (SGIIC, SCR, SICC y SGEIC) y determinados negocios, entre los que no está, por lo menos explícitamente, el de prestar. Pero esta lista no satisface al entomólogo, en la medida en que no define como “entidad financiera” a aquella empresa que se dedique a prestar profesionalmente en algún sector o en el mercado en general. Sí considera entidades financieras a las que “de acuerdo con la normativa que les resulte aplicable, ejerzan las actividades típicas de las anteriores” (lo cual está muy bien, porque nuestro objeto de análisis suele ser una sociedad que presta desde el extranjero, pero de nuevo, las actividades “anteriores” no incluyen la de prestar, o por lo menos no claramente).

El concepto de entidad financiera también me ha parecido relevante a los efectos de nuestra Ley Concursal. Antes de su reforma mediante la Ley 38/2011, uno de sus aspectos más controvertidos tenía que ver, precisamente, con el concepto de entidades financieras como sujetos a quienes se aplicaban las mayorías de arrastre (*cram down*) bajo las homologaciones judiciales. Voy a explicarlo de otra manera: antes de esa reforma, la posibilidad de imponer un acuerdo de reestructuración y homologarlo judicialmente aplicaba a esas “entidades financieras”, que eran por lo tanto vulnerables a determinados acuerdos y mayorías cualificadas bajo lo que se dio en llamar el “*Spanish scheme*”. Antes de la reforma de la Ley 38/2011, no estaba claro del todo si se trataba de “entidades de crédito” o de cualquier otra entidad financiera<sup>32</sup>. Desde la Ley 38/2011, y más todavía desde la reforma posterior

---

**31 El concepto de Entidades Financieras en la Ley de Capital Riesgo.** Artículo 7 de la Ley de Capital Riesgo:

1. A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de entidades financieras aquellas que estén incluidas en alguna de las siguientes categorías:
  - (a) Entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito.
  - (b) Las empresas a las que se refiere el artículo 1.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.
  - (c) Empresas de servicios de inversión.
  - (d) Entidades aseguradoras y reaseguradoras.
  - (e) Sociedades de inversión colectiva, financieras o no financieras.
  - (f) SGIIC y sociedades gestoras de fondos de pensiones o de fondos de titulización.
  - (g) SCR, SICC y SGEIC.
  - (h) Entidades cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones, emitidas por entidades financieras, tal y como se definen en este apartado.
  - (i) Las sociedades de garantía recíproca.
  - (j) Las entidades de dinero electrónico.
  - (k) Las entidades de pago.
  - (l) Los FCR, los FICC, los fondos de inversión de tipo abierto, los fondos de pensiones y los fondos de titulización.
  - (m) Las entidades extranjeras, cualquiera que sea su denominación o estatuto, que, de acuerdo con la normativa que les resulte aplicable, ejerzan las actividades típicas de las anteriores.
2. A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de empresas no financieras, además de aquellas que no queden incluidas en las categorías previstas en el apartado anterior, las entidades cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones emitidas por empresas pertenecientes a sectores no financieros.

32 **Spanish Scheme (antes de la reforma de 2011).** El despacho Uría Menéndez resuelve esta indeterminación con mucha

operada por la Ley 16/2022, parece claro que el concepto de “entidad financiera” aplica a todos los prestamistas profesionales a (casi todos) los efectos previstos en la norma. La Ley Concursal considera “créditos financieros” aquellos que sean titularidad de entidades financieras<sup>33</sup> o los que tengan naturaleza financiera con independencia de quienes sean sus titulares<sup>34</sup>. Cosa distinta, y mucho más relevante, es si esas entidades financieras equiparables a los prestamistas profesionales, pueden o no ser titulares de verdaderas garantías financieras bajo la Ley Concursal, un extremo interesantísimo sobre el que la Ley Concursal no se pronuncia, asumiendo que de eso se ocupa otra legislación específica<sup>35</sup>.

He intentado clasificar a los prestamistas profesionales como entidades financieras desde dos puntos de vista personalísimos: si lo son a los efectos de las garantías financieras que (en España) gobierna el RDL 5/2005 y si lo son a los efectos de las importantes implicaciones que asigna a las entidades financieras, como clase acreedora, la Ley Concursal. De momento me conformo con una definición propia, seguramente inexacta, pero útil para avanzar: si un prestamista alternativo es o no entidad financiera, lo determinará la definición del Reglamento CRR y de las distintas leyes y normas sectoriales que regulen su objeto y actividad en su jurisdicción de origen (en España, la Ley de Capital Riesgo, y a sus efectos la Ley Concursal como hemos visto, pero también, por ejemplo, la Ley 1/1994 que regula las sociedades de garantía recíproca como “entidades financieras”, y así algunas otras). En definitiva, “entidad financiera” en Derecho español lo sería aquella que encaje en la definición del Reglamento CRR (y un prestamista profesional español sí encajaría) y cualquier otra entidad definida como tal en la legislación sectorial española.

## 2.4. ¿Autorizadas o supervisadas?

Si he comenzado este capítulo diciendo que el prestamista alternativo huye de la regulación, quizás merezca la pena terminar refiriéndome al concepto de entidad

---

claridad en su trabajo colectivo de divulgación de la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre (un trabajo publicado en su página web y muy fácilmente accesible y recomendable). “*Only financial entities were affected by the mechanism* [se refieren a la homologación judicial previa a la reforma de 2011] *and [...] it was unclear whether professional lenders (e.g. funds) other than credit institutions fell into this category.*” “*Under the former Insolvency Law* [se refieren a la Ley Concursal previa a la reforma de 2011] *homologación judicial applied to any creditor holding a financial claim (irrespective of whether the creditor was a regulated entity).*”

**33 Concepto de Crédito Financiero en la Ley Concursal (1).** Artículo 623. Criterios generales de formación de clases [...] 4. Se consideran créditos financieros: [...] 2 Los que sean titularidad de entidades financieras, estén o no sujetas a supervisión prudencial, y con independencia de cuál sea el origen del crédito. [...]”

**34 Concepto de Crédito Financiero en la Ley Concursal (2).** Artículo 287. Subclasificación de los créditos privilegiados [...] 3. *Los créditos financieros. Se consideran créditos financieros los procedentes de cualquier endeudamiento financiero [...] con independencia de que los titulares de esos créditos estén o no sometidos a supervisión financiera.*”

**35 Garantías Financieras en la Ley Concursal.** No me refiero a los productos derivados (*hedging instruments*) que protagonizaron un debate muy extenso antes de las reformas de la Ley Concursal de 2011 y 2022, sino a las garantías financieras (que en España están reguladas, principalmente, en el RDL 5/2005) y su virtualidad bajo la Ley Concursal vigente. Sus titulares son inmunes a la negociación y efectos de los planes de reestructuración y a los *freeze periods* que afectan a otras garantías. La pregunta sigue siendo: ¿nuestros prestamistas profesionales pueden ser titulares de esas garantías financieras?

Art. 603. De la ejecución de garantías reales [...] 2. La comunicación [de apertura de negociaciones con los acreedores] no impedirá la ejecución de la garantía financiera sujeta al Real Decreto-Ley 5/2005 [...] ni afectará a la facultad de vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas, por la parte cubierta por la garantía.

Art. 619. Especialidades para determinados acuerdos de compensación contractual [...] 1. Lo previsto en el artículo anterior [que recoge el principio general de vigencia de los contratos] no será aplicable a los acuerdos de compensación contractual sujetos al Real Decreto-Ley 5/2005 [...] 2. En ningún caso quedará afectada por un plan de reestructuración la garantía financiera sujeta al Real Decreto-Ley 5/2005.

supervisada. ¿Son los prestamistas alternativos entidades supervisadas, o necesitan serlo?

La Directiva CRD tiene como objeto la “supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión”, y su Reglamento CRD se ocupa de los “requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión”. Siguiendo nuestra lógica argumental (si la hubiere), en la medida en que alguno de nuestros prestamistas profesionales tuviese la consideración de entidad de crédito (negamos rotundamente la mayor) o de empresa de inversión, estaría sujeto a esas y otras normas de supervisión prudencial o a esos requisitos prudenciales. Si se tratase, en cambio, de un prestamista profesional de otra naturaleza, calificado de refilón como entidad financiera por razón de su actividad prestamista (incluida en el Anexo 1 del Reglamento CRR), y a lo sumo como “ente financiero”, pero no como “entidad”, no parece nada evidente que su actividad y negocio vaya a estar sujeto a ninguna supervisión, prudencial o no.

Existen muchas otras referencias a esa supervisión en el ámbito del negocio financiero y de inversión. Mis dos referencias normativas del apartado anterior (el RDL 5/2005 y la Ley Concursal) contienen alguna de esas menciones. En el caso del RDL 5/2005, su exposición de motivos contiene una referencia fatídica a que “una de las partes (la beneficiaria de las garantías financieras objeto de esa norma, presumiblemente) ha de ser una entidad financiera, sujeta a autorización y supervisión pública”. Es una referencia puntual, porque no vuelve a hacerse ninguna referencia a tales “autorización y supervisión pública” en ningún otro lugar del RDL 5/2005, pero tiene una trascendencia definitiva, como intentaré explicar más adelante. En el caso de la Ley Concursal, la “supervisión” en lo que se refiere a las entidades financieras no tiene trascendencia alguna, el esforzado legislador español ha terminado por quitarse el problema de encima; en su artículo 623.4.2, la Ley Concursal considera créditos financieros (entre otros) aquellos “que sean titularidad de entidades financieras, estén o no sujetas a supervisión prudencial...”. Y esa solución la confirma el artículo 287.3. cuando define como créditos financieros a “los precedentes de cualquier endeudamiento financiero [...] con independencia de que los titulares de esos créditos estén o no sometidos a supervisión financiera”. Sin perjuicio de que, en España, las “empresas de inversión” sujetas a supervisión prudencial o a requisitos prudenciales de acuerdo con el Derecho europeo aplicable (principalmente, la Directiva CRD y el Reglamento CRR) tengan un régimen propio de regulación y supervisión, como entidades financieras definidas por la Ley de Capital Riesgo, y sometidas a sus propios *watchdogs*, a sus propios organismos de supervisión.

La conclusión sería que un prestamista profesional en España sólo estaría supervisado (prudencial, pública o financieramente) si se considera una “entidad” a los efectos del Derecho Europeo directamente aplicable, una “entidad financiera” bajo la Ley de Capital Riesgo española o, separadamente, una entidad sujeta a supervisión de acuerdo con su legislación de origen. Una definición aproximada podría ser la siguiente:

Una entidad supervisada, es aquella que, de conformidad con su legislación sectorial, está sujeta a la supervisión de (i) Banco de España-Eurosistema, (ii) la Comisión Nacional del Mercado de Valores o (iii) la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o de supervisores equivalentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, o de la propia Unión Europea o de terceros Estados, pero excluyendo a aquellas entidades que no sean entidades financieras de las anteriormente descritas, aunque sus títulos (u otros valores emitidos por las mismas) estuvieran admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, en un sistema multilateral de negociación o en un sistema organizado de contratación.

En este intento de definición me refiero sólo a entidades financieras (aunque no estoy seguro de que ayude en todos los casos, por mi desconfianza hacia las definiciones normativas de entidad financiera en relación con mis prestamistas profesionales); pero intento dejar de lado a otras entidades que pudieran estar sujetas a la supervisión de la CNMV. Tampoco quiero incluir en mi definición, que es interesada, a las entidades (financieras) que pueden estar muy especialmente supervisadas por la UE y otros terceros Estados (como las entidades de crédito sistémicas). Ni tampoco a entidades cotizadas (no financieras) que pueden estar sujetas a supervisión relativa, sin duda, pero que quiero excluir a mis efectos<sup>36</sup>.

A continuación, me referiré a determinadas obligaciones de registro y otras formalidades, sobre todo para aquellos prestamistas cuyos clientes sean consumidores financieros; muchos de ellos se anuncian (pomposa, pero creo que falazmente)

---

**36 La supervisión financiera o bancaria en la actualidad.** La crisis de deuda (*credit crunch*) de 2008 y su corolario en la Unión Europea (en forma de crisis monetaria y bancaria durante 2011 y 2012) exacerbó el celo regulatorio, y fueron ímprobos los esfuerzos por regular, autorizar y supervisar. Los años posteriores, con su abundancia de capital privado provocada (en muy buena parte) por el *quantitative easing* de los mismos reguladores, los tipos de interés reducidos o negativos, y la relativa estabilidad en la zona Euro, enfocaron el esfuerzo regulatorio en los bancos, establecimientos financieros de crédito (estos últimos, sólo en España) y empresas de inversión reguladas (fondos captadores de capital a través de *public placements*) y relajaron la tensión reguladora sobre otras entidades, entre ellas nuestros prestamistas profesionales. La supervisión recae actualmente sobre las entidades de crédito y asimiladas (las "empresas de inversión" del Reglamento RCD). El concepto de "supervisión prudencial", que sigue presente en importantes normas en vigor, parece superado en la práctica a favor de los de "supervisión directa", de la que es responsable el Banco Central Europeo / Mecanismo Único de Supervisión, y la "supervisión indirecta", responsabilidad de los bancos centrales de los Estados miembros. La lista de entidades supervisadas por BCE / MUS vigente en la actualidad (publicada el 1 de mayo de 2003 en [bankingsupervision.europa.eu](http://bankingsupervision.europa.eu)) recoge una relación de *credit institutions* (bancos), *financial holdings* (bancos y algunas aseguradoras) y *branches* (todas ellas bancarias) y, en relación con España, solo bancos y cajas de ahorros. El BCE/MUS es responsable de la supervisión directa de los primeros y el Banco de España sólo de la supervisión indirecta de los segundos. Más concretamente, Banco de España, según su normativa rectora, tiene facultades supervisoras sobre las siguientes entidades:

- (a) Entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito);
- (b) Entidades de dinero electrónico (reguladas en la Ley 21/2011, de 21 de julio);
- (c) Entidades de pago (reguladas en la Directiva (UE) 2015/2366, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, cuya trasposición no se ha completado, el Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, y el Real Decreto 736/2019, de 28 de mayo);
- (d) Establecimientos financieros de crédito (regulados en la Ley 5/2015, de 27 de abril);
- (e) Los establecimientos de venta y compra de moneda extranjera (regulados en el Real Decreto 2660 /1998, de 14 de diciembre);
- (f) Las Sucursales de Entidades Extranjeras;
- (g) Las entidades que se dediquen a la intermediación financiera en el mercado de crédito (a las que se refiere la Ley 5/2019, que regula los contratos de crédito inmobiliario);
- (h) Entidades prestadoras de servicios y de información de cuentas (conforme al artículo 15 del Real Decreto-Ley 19/2018); y
- (i) Las Sociedades de Tasación Homologadas (reguladas en el Real Decreto 775/1997), las Sociedades de Garantía Recíproca y Afianzamiento (reguladas en la Ley 1/1994) y las oficinas de representación de entidades de crédito extranjeras no autorizadas en Estados miembros de la UE (ex Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero).

como “supervisados por Banco de España”. El tipo de prestamista profesional del que querría ocuparme no financia a personas físicas (el paradigma del consumidor financiero bajo nuestra normativa actual), pero puede necesitar cumplir con alguna obligación de registro para ser titular de hipotecas, por ejemplo. Eso no parece convertirlos en una “entidad supervisada”.

En resumen: nos ocupamos de prestamistas profesionales sofisticados, mayoritariamente sociedades extranjeras, que no son entidades de crédito, que parece razonable que sean entidades financieras según su legislación de origen y que tienen que cumplir con unas limitadas obligaciones de registro y formalidades administrativas en España, sin que éstas parezcan implicar ninguna supervisión financiera.

### 3. Financiación hipotecaria a particulares

Los prestamistas alternativos que protagonizan este trabajo son inversores profesionales, que se dirigen a promotores e inversores inmobiliarios que también lo son. La financiación alternativa rehúye la regulación, y el préstamo a particulares está regulado por la abundante legislación en materia de protección a los consumidores financieros<sup>37</sup> y por la normativa específica de protección en materia de crédito hipotecario, cuyo último hito legislativo es la vigente Ley de Crédito Inmobiliario, que impone un procedimiento previo a la contratación del préstamo (e.g. firma de la FEIN y demás documentación por el cliente), así como notables limitaciones a la facultad del acreedor de vencer el préstamo anticipadamente por impago del deudor<sup>38</sup>.

La Ley de Crédito Inmobiliario aplica a los prestamistas profesionales, efectivamente, pero siempre que el prestatario, o al menos uno de los garantes de la financiación, sea una persona física y, además, se cumpla una de las dos circunstancias siguientes:

- a) que el préstamo esté garantizado con una hipoteca o garantía real similar sobre una propiedad inmobiliaria de uso residencial (los trasteros y las plazas de aparcamiento se consideran inmuebles de uso residencial a estos efectos); o
- b) que la finalidad del préstamo sea adquirir o mantener la propiedad sobre terrenos u otros activos inmobiliarios (construidos o en construcción) y el prestatario o su garante puedan considerarse consumidores (de acuerdo con la propia Ley de Crédito Inmobiliario o cualquier otra normativa en materia de protección a los consumidores financieros).

---

**37 Normativa protectora de los consumidores financieros.** En el ámbito de la financiación inmobiliaria, la normativa española en materia de protección a los consumidores financieros se concentra básicamente en tres normas:

- (a) Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito;
- (b) el Real Decreto 106/2011, de 28 de enero, por el que se crea y regula el Registro estatal de empresas previsto en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y se fija el importe mínimo del seguro de responsabilidad o aval bancario para el ejercicio de estas actividades; y
- (c) Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

**38 Vencimiento por impago.** Cfr. artículo 24 de la Ley de Crédito Inmobiliario, que establece unos umbrales mínimos de impago por el prestatario para que el prestamista pueda declarar vencido el préstamo (3% del capital o 12 cuotas mensuales, en la primera mitad de duración del préstamo y 7% o 15 cuotas mensuales, en la segunda mitad de duración del préstamo).

## 4. Los financiadores alternativos como titulares de hipotecas

Desde un punto de vista más administrativo que regulatorio, los prestamistas alternativos pueden encontrarse con dos limitaciones relevantes como acreedores hipotecarios, una derivada de la aplicación más o menos extensiva de la normativa protectora a los consumidores y otra que prohíbe el acceso de estos prestamistas no bancarios a la hipoteca “flotante” (que simplifica las financiaciones estructuradas).

### 4.1. Registro

La Ley de Contratación con Consumidores Financieros de 2009 exigía a los prestamistas no bancarios que contratasen con consumidores el alta obligatoria en un registro especial, dependiente de AECOSAN (una agencia del actual Ministerio de Consumo). Ese registro y sus condiciones de acceso se regularon posteriormente mediante Real Decreto<sup>39</sup>. Además de este registro nacional o estatal, cada comunidad autónoma podía establecer su propio órgano regulador o registro equivalente, para el alta y supervisión de los prestamistas que se propusieran actuar únicamente en esa comunidad autónoma.

Posteriormente, la Ley de Crédito Inmobiliario estableció la obligatoriedad de inscribirse en un registro gestionado por el Banco de España<sup>40</sup> para los prestamistas sujetos a dicha ley que operen en todo el ámbito nacional, o en el ámbito territorial de más de una Comunidad Autónoma. Aquellos otros prestamistas alternativos que circunscriban su actividad a una única Comunidad Autónoma deberán inscribirse en el registro específico que dicha Comunidad Autónoma habilite para tal fin (en mi experiencia, los fondos de deuda que conceden préstamos sujetos a la Ley de Crédito Inmobiliario se inscriben en el registro del Banco de España).

---

**39 Registro de prestamistas no bancarios.** La Ley de Contratación con Consumidores Financieros de 2009 reguló por primera vez los préstamos hipotecarios al consumo, y establece una serie de requisitos para que las entidades no bancarias puedan otorgar préstamos hipotecarios a los consumidores. En resumen, estas entidades quedan obligadas a:

- (a) Solicitar el alta en un registro especial de prestamistas no bancarios. El organismo encargado de este registro (ante el cual se debe presentar la solicitud) es una agencia llamada “Aecosan”, que depende del Ministerio de Consumo. Además, cada Comunidad Autónoma tiene derecho a tener su propio órgano regulador, en el que podían registrarse los prestamistas que se propongan actuar únicamente en esa región; y
- (b) Contratar un seguro de responsabilidad civil o, alternativamente, un aval bancario para cubrir la responsabilidad en que pueda incurrir el prestamista frente a los consumidores por incumplimiento de contrato o incumplimiento de la normativa aplicable. El importe mínimo de la póliza de seguro o del aval bancario será:
  - a. de al menos 300.000 euros en el primer año de actividad. Esta cantidad deberá multiplicarse por el número de establecimientos desde los que la empresa desarrolla su actividad si éstos fueran superiores a uno; y
  - b. en los años siguientes, el importe total será el mayor de (i) el importe establecido en a) anterior, actualizado por CPI o (ii) el 30% de la facturación total de la empresa que esté directamente relacionada con la concesión de préstamos a los consumidores.

La Ley 2/2009 y su reglamento (Real Decreto 106/2011) prevén que el incumplimiento por parte de los prestamistas en cualquier momento de las disposiciones contenidas en la misma estará sujeto al régimen general sancionador previsto en la Ley de Consumo (con carácter general, multas que se moderarán en función de la materialidad del incumplimiento).

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (la antigua Dirección General de los Registros y el Notariado) señaló en varias resoluciones (la primera de ellas, de 7 de julio de 2016) que los requisitos de la Ley 2/2009 también se aplicaban a los cesionarios de préstamos hipotecarios garantizados contra consumidores.

**40 Registro del Banco de España.** Puede consultarse toda la información en el siguiente enlace: Registro de intermediarios de crédito inmobiliario y prestamistas inmobiliarios.

Una duda frecuente en este punto es cuál debe ser la delimitación entre el ámbito de la Ley de Contratación con Consumidores Financieros de 2009 y el de la Ley de Crédito Inmobiliario de 2019. La relación es de especialidad: los contratos regulados por la segunda quedan excluidos del ámbito de aplicación de la primera. Es decir, las normas de la Ley de Contratación con Consumidores Financieros (y, por tanto, la obligación de inscribirse en el registro de AECOSAN) aplican únicamente a aquellos prestamistas que concedan créditos a consumidores que:

- i) no lleven aparejada garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial; y que
- ii) no tengan por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o para construir.

En otras palabras, y aun a riesgo de incurrir en una excesiva simplificación, podemos afirmar que a los prestamistas alternativos que prestan a consumidores sin garantía hipotecaria les es aplicable la Ley de Contratación con Consumidores Financieros de 2009. Por el contrario, aquellos que prestan a consumidores con garantía hipotecaria quedan sujetos a la Ley de Crédito Inmobiliario de 2019, y deben inscribirse en el registro previsto por esta última.

Estas obligaciones de registro aplican a cualquier prestamista no bancario que ofrezca financiación hipotecaria a consumidores financieros (y también a los intermediarios que actúen en la comercialización de este tipo de financiaciones)<sup>41</sup>. También aplican a cualquier cesionario posterior de préstamos sujetos a la Ley de Contratación con Consumidores Financieros y a la Ley de Crédito Inmobiliario<sup>42</sup>.

En el caso de financiaciones alternativas hipotecarias a consumidores financieros, los Registradores de la Propiedad no deben inscribir las hipotecas a menos que el prestamista acredite estar debidamente inscrito en el registro de Banco de España. Por lo tanto, si un préstamo hipotecario alternativo estuviera sujeto a la Ley de Crédito Inmobiliario y el prestamista no acreditara su registro en la escritura de constitución, la hipoteca no se consideraría válidamente constituida y el Registrador de la Propiedad debería rechazar su inscripción.

A pesar de que se trata de un requisito que aplica a la contratación de hipotecas con consumidores financieros, cada vez son más los Registros de la Propiedad que cuestionan la naturaleza “empresarial” de los empresarios y promotores inmobiliarios pequeños y medianos que configuran la clientela local de los prestamistas alternativos, y aplican por analogía la normativa de protección a la hora de autorizar la inscripción de hipotecas, lo cual confirma lo difuso de la línea que separa al pequeño empresario del consumidor financiero. Algunos Registros de la Propiedad

---

<sup>41</sup> **Concepto de intermediario.** Este concepto administrativo o regulatorio de intermediario se correspondería con cualquiera de las agencias de comercialización de créditos al consumo o, en el mercado de prestamistas y prestatarios profesionales, a la figura del asesor financiero (*debt adviser*) o del originador colocador financiero (*debt arranger*).

<sup>42</sup> **Cesionario de préstamos.** Esto ha sido confirmado por el propio Banco de España mediante varios documentos de *Frequently Asked Questions (“FAQ”)* publicados en los meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley de Crédito Inmobiliario.

exigen acreditar que el prestamista está dado de alta en los registros como condición para inscribir la hipoteca a su favor, incluso en casos en los que el prestatario podría considerarse una pequeña y mediana empresa (pero empresa, al fin y al cabo) y no un consumidor financiero.

#### 4.2. Hipotecas “flotantes”

El artículo 153 (bis) de la Ley Hipotecaria regula una modalidad de hipoteca equivalente a la “*floating charge*” que existe en otras jurisdicciones, y que permite garantizar con esa única hipoteca más de una obligación garantizada (más de un préstamo u obligación financiera) frente a uno o varios deudores. Los prestamistas alternativos no pueden utilizar esta modalidad de hipoteca en España, porque la Ley Hipotecaria limita el uso de esta hipoteca “flotante” a determinadas entidades enumeradas con *numerus clausus* en la ya derogada Ley del Mercado Hipotecario (básicamente, bancos, las antiguas Cajas de Ahorros y organismos públicos). Parece incontrovertido que la limitación existe, y los Registros de la Propiedad actúan en consecuencia negándose a inscribir hipotecas de este tipo a favor de entidades distintas de las de la lista cerrada de la (ya derogada) Ley del Mercado Hipotecario. Además, los Registros de la Propiedad han adoptado como criterio general que cualquier cesionario de estas hipotecas (y no solo el originador de la financiación y acreedor hipotecario original) también debe estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley del Mercado Hipotecario<sup>43</sup>.

### 5. Implicaciones fiscales

Prestar alternativamente en España tiene implicaciones fiscales específicas. Por un lado, financiar desde una sociedad de capital española no bancaria a una prestataria en España genera una retención a cuenta del impuesto de sociedades un tanto desventajosa comercialmente (no es el caso si el prestamista es una persona física, que ya he dicho que los hay). Por otro lado, el prestamista alternativo tiene que gestionar (en este caso sí, como si fuese un banco) la imputación del llamado impuesto AJD a su cliente prestatario, a sabiendas de que el sujeto pasivo del impuesto es, desde 2018, el prestamista beneficiario de la hipoteca que devenga ese AJD.

#### 5.1. Retención a cuenta del Impuesto de Sociedades

Los prestamistas alternativos no operan desde España, y no por ningún motivo legal o regulatorio. Simplemente, una sociedad de capital española no bancaria (al contrario que un o una prestamista persona física) que preste a otra sociedad española está sujeta a una retención del 19% sobre los pagos que reciba con cargo al préstamo. Esta retención fiscal a cuenta del Impuesto de Sociedades de la prestataria española, explica en buena parte, que los prestamistas alternativos operen desde sociedades luxemburguesas o irlandesas (o estadounidenses, domiciliadas

---

<sup>43</sup> **Cesionario de hipotecas.** Este criterio, no obstante, resulta discutible, dado que el artículo 153 (bis) de la Ley Hipotecaria únicamente habla de la “constitución” de la hipoteca a favor de las entidades financieras y administraciones públicas, pero no prohíbe expresamente su cesión a otro tipo de entidades.

en Delaware) para evitar esta contingencia fiscal, que ellos llamarían *leakage* (filtración) en su retorno y resulta, por otra parte, una desventaja competitiva respecto de los bancos, que no están sujetos a esa retención.

## 5.2. Sujeto pasivo de AJD

Los prestamistas alternativos practican, como los bancos o incluso mejor, el *pass through*, el traslado a sus clientes (prestatarias y acreditadas) de todos los gastos y costes relacionados con su financiación; eso incluye los honorarios de los abogados que asesoran al prestamista en la operación, el coste de la tasación, los honorarios de notario y gastos de Registro, y cualquier otro coste, gasto o impuesto. Cuando el prestamista es además acreedor hipotecario, el impuesto más relevante es el AJD, que se devenga como consecuencia de la constitución de la hipoteca ya que se trata de un acto formalizado en escritura pública que (a) tiene un contenido económico; y (b) es inscribible en un registro público (el Registro de la Propiedad). Desde 2018, los prestamistas titulares o beneficiarios de la hipoteca son indubitablemente el sujeto pasivo del AJD. Sin embargo, la práctica en el negocio bancario y financiero es la de trasladar también el coste del AJD al prestatario; este es un factor determinante, que a veces explica por qué algunas financiaciones alternativas e inmobiliarias no lo son también hipotecarias, por qué en algunos casos puede llegarse a financiarse sin hipoteca: el coste de este impuesto es alto (varía, dependiendo de la Comunidad Autónoma donde se encuentra el inmueble hipotecado, entre el 0,5% y el 2% del importe garantizado por la hipoteca) y encarece la operación, aunque se traslade al prestatario. El pacto *pass through* es válido, el acuerdo que traslada el coste de AJD al prestatario es admisible salvo en el ámbito de aplicación de la Ley de Crédito Inmobiliario, con lo que nos encontramos con otra limitación regulatoria impuesta por la normativa protectora de los consumidores financieros.

## 6. La frontera del *loan sharking*

Anthony "Tony" Soprano, Jr:  
*"Sil, break it down for 'em. What two businesses have traditionally been recession-proof since time immemorial?"*

Silvio Dante:  
*"Certain aspects of the entertainment business and ... our thing."*  
The Sopranos

El alto coste de capital de los fondos prestamistas se traslada a las condiciones de las financiaciones que ofrecen. En particular, al tipo de interés (ordinario y de demora), pero también a otras cláusulas que podrían entenderse como abusivas en algunas jurisdicciones. En España, los fondos de deuda son conscientes de su reputación de "fondos buitres" y también de la alerta que generan (aquí y en todas partes) determinadas cláusulas que ellos mismos denominan *predatory* y que pueden encontrarse en la frontera de lo reputacionalmente tolerable o de lo legalmente permitido.

## 6.1. Cláusulas abusivas

Ya hemos adelantado cómo la financiación alternativa es, por su propia naturaleza, más arriesgada que la financiación bancaria convencional, pues los prestamistas alternativos llegan donde los bancos no quieren (o no pueden) llegar. En aplicación de la máxima “a mayor riesgo, mayor rentabilidad”, esto se traduce en tipos de interés más elevados, y condiciones más onerosas para el prestatario.

Durante los últimos años se ha construido en nuestro país todo un *corpus* doctrinal (y, sobre todo, jurisprudencial) en torno a la abusividad de determinadas cláusulas que hasta tiempos recientes eran comunes en los contratos de préstamo hipotecario. La jurisprudencia reciente, tanto la europea como la local, consolida una doctrina favorable a los consumidores de productos financieros en cuestiones como las cláusulas suelo, los gastos de constitución de hipotecas o los tipos de interés abusivos en las que los Juzgados y Tribunales parecen favorecer claramente a esos consumidores.

A esto debemos sumar la reforma, en el año 2013, del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para incluir como cuarta causa de oposición a la ejecución de hipotecas o prendas “el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”. Esta nueva causa de oposición, ha conllevado un notable incremento de la duración media de las ejecuciones en España, dado el uso abusivo (permítase la ironía) que han hecho los ejecutados (tanto consumidores como no consumidores) de este motivo de oposición a la demanda.

A efectos de este trabajo, baste señalar que la abusividad es un concepto exclusivo de la normativa de consumo. Por lo tanto, las empresas que actúan dentro del ámbito de su objeto social (y que, por tanto, no son consumidores) no deberían poder impugnar la validez de determinadas cláusulas (por ejemplo, las cláusulas suelo) por abusivas<sup>44</sup>, tal y como han establecido a lo largo de estos últimos años numerosas resoluciones de la jurisprudencia menor (si bien sigue siendo inevitable, en la mayoría de los casos, la fijación de una vista de oposición, con el consiguiente retraso en la tramitación del procedimiento).

Por estas razones (además de las que se han expuesto antes con base en la Ley de Crédito Inmobiliario), los prestamistas alternativos procuran relacionarse con empresarios y profesionales que actúan dentro de su ámbito de actividad para evitar la aplicación de esta normativa y jurisprudencia adversa. En general, el cliente típico del prestamista alternativo es la pequeña y mediana empresa promotora (o inversora; el *family office* o empresa inmobiliaria familiar). Esa tipología de cliente (la PYME inmobiliaria, conocida por los prestamistas internacionales con las siglas

---

<sup>44</sup> **Ámbito de la abusividad.** El párrafo segundo del artículo 3 del TRLGDCU establece que “son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Los únicos casos en los que se podría reconocer a entes distintos de personas físicas como consumidores son aquellos en los que el ámbito objetivo del negocio jurídico sea ajeno a la actividad empresarial de dichos entes (cfr. STS 367/2016, de 3 de junio).

*SME*, en inglés) aísla al prestamista de cualquier riesgo de resultar sujeto a la normativa y jurisprudencia que protegen, cada vez más, al consumidor financiero.

## 6.2. Intereses usurarios

*"Usury today is a dead issue."*

Page 1, Introduction / The Scholastic Analysis of Usury / John T. Noonan, Jr.  
Harvard University Press / Cambridge, Massachusetts, 1957

La ley española mantiene la prohibición de la usura, consagrada en la Ley de Usura (comúnmente conocida como Ley Azcárate)<sup>45</sup>. Se trata de una norma muy breve, que declara que cualquier acuerdo (ya sea un préstamo o un instrumento similar a un préstamo) es nulo y sin efecto si establece un tipo de interés notablemente superior al tipo de interés normal y manifiestamente desproporcionado. Esta prohibición de la usura es general; no se deriva de la doctrina sobre cláusulas abusivas. Por lo tanto, este principio aplica a todos los contratos, no sólo a aquellos celebrados con consumidores.

Aunque España tiene un sistema de Derecho civil (por oposición a los sistemas de *common law*), la definición de lo que constituye usura ha sido elaborada a lo largo de los años por la jurisprudencia (ya que la Ley de 1908 es especialmente genérica). El Tribunal Supremo ha aclarado que la consideración de usura depende de las circunstancias del caso concreto, como por ejemplo, que el tipo de interés sea sustancialmente superior al habitual en el contexto (económico y temporal) en que se celebró el contrato, o que el deudor se encuentre en una situación desesperada. Si un tribunal declara que se ha producido usura, el contrato se considerará nulo y sin efecto. Los efectos de dicha declaración son los siguientes:

- i) el deudor solo debe devolver el principal (sin ningún interés) y tiene derecho a recuperar todos los intereses pagados al prestamista;
- ii) el principal no tiene que ser pagado inmediatamente (como si el préstamo hubiera sido vencido anticipadamente) y se pagará en las fechas de reembolso acordadas; y
- iii) la garantía tomada por el prestamista se considera nula.

El criterio más relevante es, por lo tanto, el del Tribunal Supremo, ya que establece los criterios que son seguidos *de facto* por los tribunales inferiores para realizar la llamada prueba de la usura. En los últimos años, el Tribunal Supremo ha emitido tres decisiones históricas sobre usura, las tres en el contexto de las tarjetas de crédito *revolving* (ya que este es el producto que ha sido impugnado con mayor frecuencia por los denunciantes de usura, dadas las altas tasas de interés asociadas a ellas):

---

45 **Prohibición de la usura en otros lares...** Inglaterra legalizó el préstamo con interés en 1527, durante el reinado de Isabel I, seguramente para homogeneizar su normativa con la legislación pionera de Holanda, su principal competidor financiero de la época. La legislación sobre usura se abolió en Inglaterra en 1854.

- i) Sentencia nº 149/2020 del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020; rec. núm 4813/2019 [ECLI:ES:TS:2020:600]. Esta decisión se conoce como la “*Sentencia Wizink*”, ya que el demandado era Wizink Bank, S.A., una antigua filial de Banco Popular, que concentraba la mayoría de las demandas iniciadas por los deudores. El Tribunal Supremo desestimó la apelación de Wizink y dictaminó que un interés del 27,24% debía considerarse usurario para un préstamo otorgado en 2011. Sin embargo, el Tribunal Supremo no especificó un umbral exacto para la usura (solo declaró que la tasa de interés “normal” debe valorarse en el momento en que se originó el préstamo).
- ii) Sentencia nº 367/2022 del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2022; rec.núm 812/2019 [ECLI:ES:TS:2022:1763]. Esta decisión se refiere a un contrato de tarjeta de crédito *revolving* firmado en el año 2006 (cuando el interés medio para este tipo de productos era del 20%). El Tribunal Supremo dictaminó, que un interés del 24,50% (es decir, una desviación de 4,50 puntos porcentuales del promedio) no puede considerarse usurario. Según esta sentencia, las tasas que oscilaban entre el 23% y el 26% eran comunes entre los años 1999 y 2009.
- iii) Sentencia nº 258/2023 del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2023; rec. núm 5790/2019 [ECLI:ES:TS:2023:442]. El Tribunal Supremo ha dictaminado recientemente que el interés de una tarjeta *revolving* puede considerarse usurario si supera en más de 6 puntos porcentuales el tipo medio de mercado para ese tipo de producto en el momento de la originación. Se refería a tarjetas *revolving* con un interés del 23,9 por ciento, originadas por Barclays en 2004 y posteriormente cedidas a Estrella Receivable, que había reclamado al deudor el importe total adeudado.

Muchos tribunales inferiores (incluidas algunas audiencias provinciales) no han implementado la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo de 2022, ya que continúan siguiendo la doctrina del caso *Wizink* (en resumen, las tasas de interés superiores al 20% son usurarias *per se*).

Sin embargo, parece que en los últimos meses la tendencia empieza a revertirse a favor del criterio más reciente del Tribunal Supremo. A modo de ejemplo, podemos citar:

- i) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Don Benito (27 de febrero de 2023). Se refiere a un préstamo firmado el 18 de junio de 2020, con un TAE del 23,75%. El Tribunal afirma que la tasa promedio para este tipo de productos fue del 18,06% en el año 2020. Considera que el interés efectivo no supera el promedio en más de 6 puntos y por lo tanto no es usurario según los criterios del Tribunal Supremo para las tarjetas *revolving*, por lo que la demanda fue desestimada; y
- ii) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de San Cristóbal de la Laguna (14 de noviembre de 2022). Se refiere a un préstamo

firmado el 8 de octubre de 2021, con un TAE del 23,75%. El Juzgado considera que la tasa promedio para este tipo de productos fue del 18,51% en el año 2021 y concluye que el interés efectivo no supera el promedio en más de 6 puntos y por lo tanto no es usurario según los criterios del Tribunal Supremo para las tarjetas *revolving*, por lo que la demanda fue desestimada.

### III. Las modalidades de la financiación alternativa

Estos prestamistas alternativos, ¿qué ofrecen en el mercado inmobiliario español y a quién? Pues bien, básicamente ocupan los espacios y nichos de mercado en los que los bancos no están activos. Y se dirigen a los clientes de esos bancos que no reciben atención por parte de sus financiadores tradicionales.

#### 1. Financiación puente

Concretamente, el producto más característico es la financiación para comprar suelo (*land acquisition financing* o *bridge financing*, denominación esta última que refleja muy bien su naturaleza provisional, de “puente” entre el capital del promotor y el préstamo para la promoción mucho más asequible que se espera que termine ofreciendo algún banco). Este *bridge financing* se explica fácilmente; un promotor inmobiliario identifica un suelo, pero su banco de confianza no le financia la compra porque los bancos esperan un nivel mínimo de preventas (hablamos casi siempre de residencial) y a que se haya disipado el riesgo de planeamiento, es decir, a que el suelo o la promoción sobre el suelo cuente con todas las licencias necesarias para desarrollar una promoción. Hasta que eso llegue a ocurrir, los prestamistas alternativos ofrecen financiación “puente” para que el promotor pueda comprar el suelo, y ambos confían que esa financiación sea, efectivamente, “puente” y a corto plazo: el promotor, porque se trata de una financiación cara que necesita repagar lo antes posible, idealmente con cargo al préstamo promotor que le ofrecerá el banco cuando su promoción esté más madura; el prestamista alternativo, porque está asumiendo un riesgo muy alto de planeamiento (está financiando la compra de un suelo muy poco maduro urbanísticamente) y de comercialización (no se han iniciado las preventas, en la mayor parte de los casos). Ese corto plazo característico del *bridge financing* explica que los prestamistas quieran protegerse financieramente de esa amortización temprana, que perjudica su rentabilidad, y que los promotores (prestatarios) quieran evitar costes (incluyendo el de constituir una hipoteca).

#### 2. Mezzanine

Antes me refería a la prudencia de los bancos (o a lo disuasorias que resultan sus normas de contabilidad, provisiones y dotaciones de capital) a la hora de financiar un activo inmobiliario por encima de un determinado porcentaje de su valor o precio de compra. Ese porcentaje de apalancamiento, expresado como *loan to value* o *loan to cost* no suele superar en la actualidad el 50% o 60%. Pues bien, por encima de ese porcentaje cabe la financiación extra de un prestamista alternativo, en su modalidad mezzanine, porque como indica

esta palabra inglesa, esa financiación sirve de entreplanta entre la financiación senior del banco y el dinero que ha puesto el promotor o inversor (el *equity*).

La financiación *mezzanine* es menos común en nuestro sector inmobiliario que el *bridge financing* al que me he referido antes. Pero existe un mercado de *mezzanine* porque el apalancamiento es fundamental para conseguir rentabilidades en este sector, y el que ofrecen los bancos no es suficiente para los retornos que esperan obtener algunos inversores. La financiación *mezzanine* es en realidad un producto propio de la financiación corporativa (sin garantías hipotecarias), pero se ha trasladado al sector inmobiliario como una fórmula de apalancamiento adicional con garantías reales (el llamado *second-lien mezzanine*) o simplemente sin garantías, o sin garantías reales. Volveré sobre este tema cuando me refiera más tarde a la hipoteca (o a la ausencia de ella).

Desde un punto de vista registral, las hipotecas en garantía de deuda *mezzanine* no son sino hipotecas de rango posterior a una hipoteca de primer rango. Los pactos de ejecución incluidos en los *intercreditor agreements* tienen eficacia obligacional y no impiden la facultad del acreedor de primer rango de ejecutar su hipoteca, con consabido efecto de la purga de las cargas inferiores (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Del mismo modo, el acreedor de segundo rango que ejecute su hipoteca y se adjudique el bien adquiere éste gravado con las hipotecas de rango preferente.

A esta falta de eficacia tabular de lo pactado en los *intercreditor agreements*, hemos de sumar la reticencia de los bancos españoles titulares de hipotecas de primer rango sobre bienes inmuebles a tolerar nuevos gravámenes sobre dichos bienes. Esta negativa (a mi juicio poco justificada) supone un impedimento para el desarrollo en España de un mercado de deuda *mezzanine* (a pesar de que sí existen fondos dispuestos a prestar con hipotecas de segundo rango sobre activos con suficiente valor para “acomodar” a más de un acreedor hipotecario).

### 3. Super senior

Desde el punto de vista de la posición que ocupa el prestamista en el *capital stack* de un proyecto inmobiliario, la financiación super senior sería la interesante contrapartida al *mezzanine* o *second lien*. En España son pocas las oportunidades que tiene un prestamista para financiar en una posición mejor que la que ya tiene, o puede llegar a tener, un prestamista senior convencional. Esas oportunidades de ser *super senior* se reducen básicamente a dos:

#### 3.1. Low LTV/LTC

No abundan, pero tampoco son extraordinarias, las ocasiones en que un prestamista financia hasta niveles de un 20% o 30% contra el valor (acreditado mediante tasación o valoración) de un inmueble o el coste de su construcción. Se trata de escenarios de *low LTV* o de *low LTC* que sitúan al prestamista en una privilegiada posición en cuanto a capturar valor (el activo tendría que dejar de valer ese 20% o 30% de su valor original para que el prestamista estuviese financieramente

expuesto o *out of the money*) y en cuanto a rango de prelación de sus garantías y preferencia a efectos de su ejecución.

### 3.2. Financiación a una sociedad en pre-concurso (*interim financing*) o en concurso

La Ley Concursal favorece y privilegia en cuanto a rango de prelación a los financiadores sobrevenidos que prestan a la sociedad concursada o en pre-concurso. De este modo, a raíz de su reforma de 2022 (en virtud de la Ley 16/2022 de Reforma Concursal), la Ley Concursal acoge las figuras anglosajonas del *interim money* y *new money*, asegurando a los prestamistas que financien a la sociedad sujeta a un plan de reestructuración previo al concurso, o a la sociedad ya concursada, una protección especialísima frente al riesgo de rescisión (*claw back*), y un trato preferente a la hora de la amortización de este tipo de financiaciones (que podrían tener la consideración de crédito contra la masa hasta un 50% de su deuda pendiente y de crédito con privilegio general en cuanto al 50% restante). Esto genera una oportunidad de negocio para aquellos prestamistas que acepten el riesgo del concurso a cambio de una remuneración y una posición acreedora privilegiadas. Esta sería la segunda modalidad del *super senior* en España.

## 4. Financiación para comprar o refinanciar deuda existente

El mercado ofrece deuda inmobiliaria fallida o *distressed* desde hace años. Son precisamente los bancos (y la SAREB, participada por muchos de ellos) los oferentes de este producto de inversión. Del lado de la demanda, se encuentran muchos inversores oportunistas especializados en este tipo de producto (los *non-performing loans* o *NPLs* que en España han salido del balance de los bancos, y de la SAREB, mayoritariamente en forma de voluminosas carteras). La financiación alternativa ofrece modalidades de apalancamiento (*loan-on-loan*) para comprar esta deuda, y es el recurso más inmediato para aquellos prestatarios que quieren refinanciarse (a este recurso de acudir a un prestamista alternativo para refinanciar la deuda más o menos histórica que un prestatario le debe a un banco, o a la SAREB, se le llama un *DPO* o *debt purchase opportunity*, y se trata sin duda de oportunidades más que frecuentes).

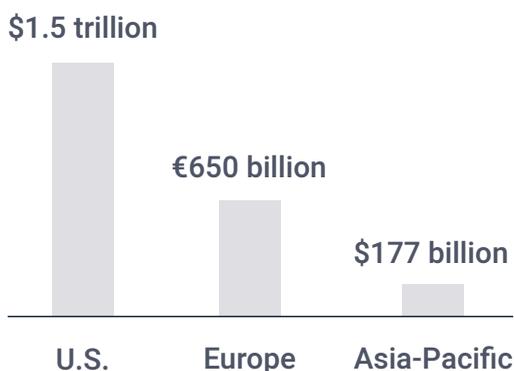
## 5. Financiación para la adquisición de acciones o participaciones sociales (*share deals*)

Otro producto bastante típico de la financiación alternativa es la deuda para la compra de las acciones (o casi siempre, participaciones sociales) de una sociedad propietaria o promotora de activos inmobiliarios. Esta modalidad de financiación para comprar tiene dificultades técnicas y riesgos legales (entre otros, el de la asistencia financiera que impide que el préstamo se garantice con activos de la sociedad cuyas acciones o participaciones se adquieren). Estos inconvenientes desalientan a menudo a los equipos de estructuración de los bancos (por lo menos, de los españoles). De modo que, quien quiera comprar una sociedad inmobiliaria, puede acudir a la banca internacional o a algún prestamista alternativo ágil y sofisticado que entienda y asuma esa modalidad de financiación y sus riesgos.

## 6. Otras modalidades de la financiación alternativa

Los ejemplos anteriores no abarcan toda la casuística de productos que ofrecen los prestamistas alternativos en el mercado inmobiliario español, pero en realidad todo termina siendo una variación o una desviación en la curva de riesgo de alguna de las modalidades anteriores. Quiero decir que algunos prestamistas se distinguen por ofrecer *bridge financing* para la compra de suelo, pero aceptan asumir el riesgo de promoción inicial y permanecer en el proyecto hasta que ya está muy avanzado y un banco acepta entrar con su financiación de promoción cuando todo está prácticamente vendido porque le interesa un último tramo que le permita ofrecer sus hipotecas *retail* a los compradores finales. También se han visto financiaciones *mezzanine* en el contexto de una financiación para la compra de acciones, en combinación con una financiación senior, ambas por parte de prestamistas alternativos. Pensemos en cualquier producto o nicho en el sector inmobiliario que el comité de riesgos de un banco descarte a la primera, y tendremos una aproximación bastante acertada de cuál es el mercado que cubren en la actualidad los prestamistas inmobiliarios alternativos<sup>46</sup>.

### We foresee a tsunami of real estate loans maturing through 2025:



Data compiled by PIMCO Real Estate Forum, June 2023. For illustrative purpose only.

<sup>46</sup> El tsunami de vencimientos de deuda bancaria no refinanciable. En la actualidad (octubre de 2023), la banca convencional empieza a cerrar el grifo a las refinanciaciones inmobiliarias (a la posibilidad de extender la vigencia de financiaciones sobre activos inmobiliarios, a cambio del pago de ciertas comisiones y de la modificación de ciertas condiciones a favor del banco). Esto empieza a ser muy evidente en relación con dos tipos de activos terciarios, los centros comerciales y las oficinas, considerados activos de riesgo (o, directamente, tóxicos) por buena parte del sector. Esta política tan restrictiva por parte de los bancos a la hora de refinanciar su propia deuda inmobiliaria abre una cuota de mercado interesantísima a la entrada de otros prestamistas sin tantos prejuicios. PIMCO publicaba en las redes sociales su propia estimación de la magnitud de esa deuda bancaria en el sector inmobiliario mundial que llega a su vencimiento en el corto/medio plazo.

## IV. El contrato de financiación

### 1. Ley aplicable, formato y otras implicaciones

#### 1.1. Contratos sujetos a Derecho inglés. El *LMA Standard*

Empiezo por ocuparme de la ley aplicable al contrato y por el formato de este. No es infrecuente que los prestamistas alternativos internacionales (es decir, la mayor parte de ellos) utilicen, o lo intenten, el Derecho inglés como ley aplicable al contrato de financiación y un formato llamado *LMA standard*. Las siglas "LMA" designan a la *Loan Market Association*, una institución con sede en Londres que, entre otros fines, se ocupa de homogeneizar los contratos de financiación más habituales, utilizando para ello medios propios y la ayuda de firmas de abogados que los preparan y actualizan con un marcado carácter pro-prestamista (porque tanto la propia *Loan Market Association* como sus abogados colaboradores trabajan para prestamistas). Estos contratos *LMA standard* y sujetos a Derecho inglés no son una novedad de la financiación alternativa, porque se utilizaban habitualmente para documentar grandes préstamos sindicados (y se siguen utilizando, en la medida en que el mercado de sindicaciones se cerró con la crisis de crédito de 2008 y está tardando en abrirse de nuevo). El idioma inglés puede ser un obstáculo, aunque existen versiones en español de alguno de los contratos *LMA standard*. Pero los usuarios de ese *LMA standard* de Derecho inglés en una sindicación eran o son distintos: hablamos de grandes bancos y aseguradoras internacionales prestando cantidades multimillonarias a corporaciones sofisticadas y empresas cotizadas. En el mercado inmobiliario español actual, el uso de material *LMA standard* y Derecho inglés no encuentra un acomodo tan fácil, porque las operaciones suelen ser de menos volumen, los prestatarios promotores inmobiliarios locales, y las condiciones de la financiación más sencillas que las que contiene, en páginas y más páginas de *covenants, undertakings and representations and warranties*, un contrato *LMA standard*. Desde un punto de vista legal, y más allá de la necesidad (y el coste de honorarios, para ambas partes) de involucrar abogados de Derecho inglés para negociar y documentar una financiación, es perfectamente legítimo sujetar un préstamo en España a Derecho inglés cuando se cumplen las condiciones de ley aplicable y ejecutabilidad que exige la normativa internacional (en concreto, el Reglamento Roma I). También es perfectamente posible, desde un punto de vista estrictamente legal, utilizar el formato que las partes consideren oportuno (con independencia de que ese formato sea más o menos manejable que otros y que recoja con mayor o menor fortuna los términos y condiciones de una operación concreta). De modo que se trata de un tema comercial: el prestamista tiene que convencer o imponerse al prestatario para utilizar ese Derecho extranjero y ese formato londinense, y también eso está amparado por el principio de libertad de las partes para contratar de esa forma.

Existen sin embargo implicaciones legales derivadas del uso del Derecho inglés, en combinación (siempre) con el *LMA standard*. No me extenderé sobre ellas, pero advierto simplemente de las más evidentes:

## 1.2. Agente, agente de garantías y *parallel debt*

La figura del agente de garantías (*security agent*), la llamada *parallel debt* y otras fórmulas fiduciarias son, hoy por hoy, incompatibles con la regulación de las garantías en Derecho español, pues el principio de accesoriedad impone que el beneficiario de la garantía haya de ser necesariamente el prestamista (o de uno de ellos) y no un tercero (el susodicho agente de garantías)<sup>47</sup>.

Con arreglo a la legislación española, la garantía es inseparable de la obligación garantizada (es decir, las hipotecas o las garantías son siempre accesorias al préstamo garantizado). A diferencia de otros sistemas jurídicos, en España no se reconocen las estructuras de “deuda paralela”. Por ejemplo: un agente de garantías en virtud de un acuerdo de financiación sindicada no puede constituir una garantía en nombre de los prestamistas, ya que el Registro de la Propiedad no puede inscribir una hipoteca a nombre de ninguna otra parte distinta del prestamista (o prestamistas) garantizados en virtud de los documentos de la financiación.

No obstante, los agentes de garantías (o *debt servicers* contratados por los prestamistas) sí pueden estar facultados por los prestamistas para iniciar ejecuciones hipotecarias en su nombre (o en nombre del sindicato de prestamistas), en virtud de los poderes especiales oportunos.

Por lo tanto, el vehículo utilizado como entidad prestamista tendría que tomar directamente toda la garantía que garantice los préstamos concedidos a entidades españolas (es decir, tendría que ser el beneficiario de toda la garantía). Si los préstamos se cedieran a un nuevo prestamista, la garantía tendría que cederse también (si la entidad originaria siguiese siendo titular registral de la garantía cedida, ello podría plantear problemas a la hora de ejecutar la hipoteca, salvo que la cesión se haya instrumentado como una titulización<sup>48</sup>). Téngase en cuenta que la cesión de una hipoteca devenga AJD (pagadero por el cesionario).

## 1.3. Acceso del contrato al Registro de la Propiedad

Durante los últimos años, varios Registros de la Propiedad han comenzado a exigir una versión íntegra (en español) del documento que recoge las obligaciones garantizadas por la hipoteca. Eso significa que el resumen del contrato de financiación que normalmente preparamos los abogados, con sus términos y condiciones más elementales a efectos de la inscripción de la garantía, ha dejado de ser una práctica generalmente aceptada por los Registros (aunque no por todos). Esto es algo a tener en cuenta en cualquier financiación (en función del criterio del Registro competente, deberá traducirse al español el contrato *LMA standard* en su integridad).

---

<sup>47</sup> **Sobre la prohibición del *parallel debt*.** Antonio García, “Los problemas del *law shopping* en las operaciones de financiación”. Diario La Ley, nº 9127, 26 de enero de 2018. Editorial Wolters Kluwer.

<sup>48</sup> **Ejecución de deuda hipotecaria titulizada.** Cfr. artículo 30 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. Este artículo concede expresamente acción ejecutiva al titular de la participación hipotecaria (además de a la entidad emisora, que permanece como titular registral).

## 1.4. Ejecutabilidad de ciertas cláusulas

Pueden darse algunos conflictos o problemas de adecuación a normas españolas o internacionales en los contratos de financiación, como los conflictos de jurisdicción en caso de elevación a público (el contrato suele estar sujeto a la jurisdicción de los Tribunales de Londres, pero la ejecución de su garantía hipotecaria corresponde al Juzgado del lugar donde se encuentra la finca hipotecada). Las expectativas del prestamista en Derecho inglés en cuanto a la ejecutabilidad en España de determinadas cláusulas del *LMA standard* pueden verse frustradas porque los procedimientos de ejecución sumaria de las garantías no pueden incoarse sobre la base de determinados incumplimientos de compromisos financieros (los *covenant breaches*) que son fundamentales en esos contratos; y la legislación y jurisprudencia españolas no admiten determinados efectos que estos contratos sí despliegan en Derecho inglés<sup>49</sup> (por ejemplo, la declaración de concurso del prestatario como supuesto de vencimiento anticipado, contraria al artículo 156 (antiguo 61.3º) de la Ley Concursal, o la aplicación de medidas frente a terceros, como la muy común sustitución de un contratista o proveedor de servicios a favor del prestamista mediante el *step-in right* de Derecho inglés, sin parangón en Derecho español).

Hay que tener en cuenta que la ejecución hipotecaria en España es un procedimiento eminentemente tabular (esto es, basado en cláusulas inscritas en el Registro de la Propiedad), dado que las posibilidades de defensa del ejecutado son limitadas y están tasadas en la ley (si bien esto es discutible hoy en día, dada la amplitud de la causa de oposición basada en cláusulas abusivas que hemos comentado anteriormente). La DGSJ y FP (antes DGRyN) ha declarado en varias ocasiones que muchos de los *covenant breaches* previstos en este tipo de contratos no resultan inscribibles como causas de vencimiento anticipados por carecer de trascendencia real conforme al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, salvo alguna excepción, como el incumplimiento de la ratio *loan to value*, bajo determinadas condiciones (por analogía con la pérdida del beneficio del plazo para el deudor en caso de deterioro de las garantías establecido en el artículo 1129.3º del Código Civil).

## 2. Cláusulas específicas de los contratos de financiación alternativa

La casuística no es tan variada como para no poder apuntar ahora determinadas cláusulas típicas en los contratos de financiación alternativa, como las cuatro siguientes:

### 2.1. Cálculo, devengo y pago de intereses

La financiación alternativa es cara, porque responde a un nivel de riesgo alto. Los intereses de un préstamo o crédito alternativo son la base sobre la que se calcula y devenga la rentabilidad que recibe el prestamista. El tipo de interés en sí puede

---

<sup>49</sup> **Covenants sin trascendencia real y, por lo tanto, no inscribibles.** De hecho, alguno de los covenants, como el llamado *ICR* (*interest coverage ratio*) están encaminados a asegurar que la actividad del deudor –o del inmueble subyacente– genera unos ingresos periódicos que no descienden de un determinado múltiplo de los intereses a abonar durante el mismo periodo. El incumplimiento de un covenant como este, por ejemplo, no resultaría inscribible como causa de vencimiento anticipado, por carecer de trascendencia real.

ser fijo (el más común) o variable (el menos común, porque el capital con el que prestan estos prestamistas no tiene un elemento variable como los fondos con los que prestan los bancos, provenientes del mercado interbancario). Junto con este tipo de interés devengado y pagadero a lo largo del plazo del préstamo, los prestamistas aplican a menudo fórmulas alternativas, como el PIK (*payment in kind*) que en realidad refleja una remuneración más alta, fija o variable, que se devenga a lo largo del plazo del préstamo, pero se capitaliza y se paga al final, en la fecha de vencimiento acordada.

## 2.2. Las fórmulas típicas de amortización (*bullet y balloon*)

No son comunes los calendarios de amortización, sobre todo cuando el producto financiado (un suelo, una promoción en curso) no devenga ingresos para hacer frente a estas amortizaciones periódicas. El pago del principal (y del bastante común interés *PIK*) tiene lugar en la fecha de vencimiento. Ese pago total del principal (junto con sus intereses) al final del préstamo se denomina comúnmente *bullet repayment* y es sin duda el más típico. A veces existen pagos a cuenta, conforme a un calendario de amortización que asegura un repago mínimo del principal, de modo que la mayor parte queda pendiente a la fecha de vencimiento, en la que se amortiza entonces todo lo pendiente mediante un *balloon repayment*.

## 2.3. *Make whole*

El capital que despliegan los prestamistas alternativos (acudo de nuevo al concepto de *equity deployment*) requiere una rentabilidad de múltiplo junto con la que resulta de aplicar un interés determinado (fijo o variable, PIK o no). No voy a saber explicarlo en términos financieros, pero digamos que el interés proporciona una rentabilidad, pero no consigue el múltiplo del capital si se produce una amortización a corto plazo (y ya he intentado explicar que los clientes del prestamista alternativo intentan repagar lo antes posible, en cuanto consiguen financiación más barata). Así que en el contrato de financiación se intenta garantizar un múltiplo (el *equity multiple*) obligando al prestatario a reembolsar al prestamista la misma cantidad de dinero que se hubiese devengado si el préstamo se hubiese amortizado más tarde, a su vencimiento. El término importado es el de *make whole*, y en los contratos se instrumenta como una comisión de salida (*exit fee*), costes de ruptura (*break costs*) o concepto similar.

## 2.4. *Equity-like*

Es precisamente ese tipo de capital, poco conformista, el que espera en lo posible una remuneración variable relacionada con el éxito del proyecto financiado. Esta es, en buena medida, la gran paradoja de la financiación alternativa: se estructura y documenta como una financiación, para beneficiarse de la certidumbre y seguridad de un contrato de préstamo y sus garantías, pero en realidad tiene una vocación distinta, la de capital de alto coste que rehúye la incertidumbre de ser *equity* en un proyecto y estar sometido a su riesgo y ventura, pero aspira a la misma rentabilidad que el *equity*. En los contratos de financiación alternativa es frecuente por lo tanto

que se acuerde una remuneración extraordinaria, como interés variable (adicional al interés, fijo o variable, del que ya he hablado) o como alguna otra figura equivalente al *equity kicker* o el *profit sharing* de otros mercados. Estas tres denominaciones se refieren a formas de remuneración extraordinarias, no del todo idénticas, mediante las que un prestamista recibe su parte de los beneficios del proyecto que financia, como si contribuyese al capital social o a los fondos propios de la sociedad-vehículo que desarrolla el proyecto (*equity-like*).

## V. Las garantías y otras soluciones

*“Lending against long-dated and illiquid collateral was not a suitable business [...]”*

Edward Chancellor “The Price of Time. The Real Story of Interest”  
Atlantic Monthly Press, New York 2002, página 74

Las financiaciones alternativas inmobiliarias se estructuran sobre la base de un activo inmobiliario, productivo o no, cuyo valor garantiza la remuneración que el prestamista espera recibir. Ese activo ofrecido en garantía es el colateral, *the collateral*, la base de cualquier financiación inmobiliaria (bancaria o alternativa). Al prestamista le interesa garantizar su financiación con un conjunto de garantías que, solas o combinadas, le aseguren un acceso prioritario, exclusivo e idealmente ágil, al activo ofrecido en garantía. El paquete estándar de garantías (*standard security package*) se compone, esencialmente, de hipoteca inmobiliaria y prendas.

Pero la industria de la financiación alternativa no cesa en su búsqueda de alternativas a la hipoteca, ni de fórmulas de acceso a garantías financieras y pactos de atribución de liquidez, que superen los procedimientos de ejecución de las garantías estándar y permitan el acceso al activo en garantía a la mayor brevedad posible.

Sobre las garantías estándar (hipoteca y prendas) no diré más que algunos lugares comunes, porque existe doctrina de altísimo nivel que las explica<sup>50</sup>, aunque sí intentaré detenerme más en aquellas garantías que no son estándar o que ni siquiera son garantías, pero a las que acude la financiación alternativa para resolver sus problemas idiosincráticos en relación con las garantías, a saber: el coste de la hipoteca en España en proporción con el corto plazo de la financiación y la falta de acceso a una ejecución mediante adjudicación directa o apropiación del colateral.

### 1. Con o sin hipoteca

La financiación inmobiliaria (bancaria o alternativa) es fundamentalmente hipotecaria. La hipoteca es la gran garantía real. Sin embargo, en ocasiones los prestamistas alternativos renuncian a esta garantía por su alto coste impositivo o por otros motivos.

---

<sup>50</sup> **La doctrina sobre las garantías estándar.** Doctrina que, en algunos casos, es además extraordinariamente didáctica. Véase el *Tratado de las Garantías*, por Ángela Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato y Manuel Jesús Marín. Editorial Aranzadi, cuarta edición, 2022.

## 1.1. ¿Por qué la hipoteca?

Antes me he referido a alternativas a la hipoteca y lo cierto es que, como garantía real, no las hay. La hipoteca inmobiliaria combina dos efectos fundamentales: por un lado, el de gravar el inmueble frente a terceros con independencia de sus transmisiones y vicisitudes (*a mortgage travels with the property*, se dice coloquialmente en inglés); por otro lado, la hipoteca crea una reserva de valor a favor de su titular, por el importe de la responsabilidad hipotecaria (ese valor queda asegurado a favor del acreedor hipotecario, y nadie más puede acceder al valor de ese inmueble hasta que el titular de la hipoteca vea satisfecha su deuda hasta el máximo del importe garantizado por la hipoteca). Esas dos características convierten a la hipoteca en una garantía insustituible.

## 1.2. ¿Por qué sin hipoteca?

La financiación alternativa inmobiliaria es hipotecaria. Pero a veces se renuncia a la hipoteca. ¿Por qué motivos?

- i) Porque constituir una hipoteca en España implica honorarios de notario y Registro de la Propiedad y, mucho más relevante, el pago de un impuesto no financiable y no recuperable<sup>51</sup>, el llamado AJD. Dejando de lado el tema de a quién le corresponde el pago de este impuesto (desde 2018, el obligado legal es el prestamista), digamos que encarece la operación para ambas partes y, con las exigencias de rentabilidad del prestamista alternativo, puede hacerla inviable;
- ii) Porque a veces la financiación alternativa lo es a tan corto plazo que, para prestatario y prestamista, “no merece la pena”. Si estamos hablando de un préstamo puente o *bridge financing* para comprar un suelo e iniciar una promoción inmobiliaria que previsiblemente va a refinanciar un banco en cuestión de semanas o meses, ¿para qué la hipoteca? Por esta y otras razones de oportunidad, un prestamista puede aceptar momentos o “ventanas” temporales en las que su financiación inmobiliaria no tiene hipoteca (en su lenguaje cotidiano el prestamista se preocupará por los momentos en los que “esta” o “se queda” *unsecured* esto es, sin garantía);
- iii) Porque a veces sucede todo lo contrario y el coste total de la financiación alternativa puede dispararse hasta niveles que la hipoteca no puede garantizar. Un préstamo alternativo a medio o largo plazo puede acumular un saldo vivo, sobre todo si los intereses son *PIK* o *pay-when-you-can*, si se capitalizan o si empiezan a devengarse intereses de demora, que la responsabilidad hipotecaria predeterminada cuando se concedió la financiación se ve pronto superada por los intereses devengados, de modo que la garantía hipotecaria

---

<sup>51</sup> **Impuestos no recuperables.** El IVA, figura impositiva característica de muchas operaciones inmobiliarias, es financiable y recuperable. Los bancos (y algunos prestamistas alternativos) financian el IVA devengado por una operación y es un impuesto compensable (contra el IVA repercutible) y recuperable de la administración tributaria en la mayor parte de los casos. El AJD no es financiable ni recuperable.

no es suficiente para cubrir toda la deuda pendiente en un momento dado. La deuda alternativa a coste de doble dígito puede superar la responsabilidad cubierta por la hipoteca muy pronto (sobre todo si empiezan a devengarse intereses de demora) y termina “comiéndose” el valor del activo, algo que históricamente ha pasado en períodos de tipos de interés muy altos, como ya se lamentaba Francis Bacon en 1612<sup>52</sup>;

- iv) Porque a veces la financiación bancaria que viene a repagar el préstamo puente del prestamista alternativo no lo amortiza íntegramente, sino que se queda una parte sin pagar (porque la disposición que el banco entrante autoriza para amortizar ese préstamo puente puede no ser suficiente, o por otros motivos). En estos casos en que al prestamista alternativo con hipoteca no se le repaga íntegramente, el banco refinanciador va a pedir igualmente la cancelación total de esa hipoteca previa, de modo que el prestamista alternativo va a tener que conformarse con que parte de su deuda quede pendiente de pago sin garantía hipotecaria, es decir, *unsecured*;
- v) Porque en supuestos de deuda *mezzanine* existe un banco acreedor hipotecario de primer rango que no tolera la existencia de una hipoteca de segundo rango a favor de un prestamista alternativo con fama de “fondo buitres”, como poco. Eso en buena parte implica que no se puede dar por hecha la inmediata transposición al mercado inmobiliario e hipotecario español del llamado *second-lien mezzanine*. Cuando se trata de hipotecas, el banco hipotecario de primer rango que ha llegado antes simplemente no tolera el *second lien*, aun que se trate de una garantía de rango inferior<sup>53</sup>; o
- vi) Porque podría suponer asistencia financiera<sup>54</sup>, en los supuestos en los que el prestamista alternativo está financiando la adquisición de acciones o participaciones sociales de una sociedad propietaria del inmueble en cuestión.

### 1.3. Alternativas a la hipoteca

La financiación inmobiliaria bancaria es esencialmente hipotecaria. En el ámbito de la financiación alternativa, por los motivos apuntados, se plantea muy abiertamente la posibilidad de financiar operaciones inmobiliarias sin hipoteca. En la práctica se han utilizado otros derechos reales inscribibles funcionando como garantías<sup>55</sup>

---

52 **Los intereses excesivos ya se “comían” el valor del activo en tiempos de Francis Bacon.** “[high] interest ate up old estates with mortgage payments” Francis Bacon, “On Usury” (1612)

53 **Second liens.** En otras jurisdicciones son comunes los contratos *intercreditor* que regulan las relaciones entre los titulares de deuda garantizada de distinto rango. En España también lo son, pero en el contexto de financiaciones estructuradas, y no tanto en préstamos hipotecarios más sencillos. Esos contratos *intercreditor* servirían para regular las consecuencias de un impago de la deuda subordinada (la del prestamista alternativo titular de la segunda hipoteca) y los derechos del prestamista hipotecario de primer rango a los efectos de subsanar ese incumplimiento para evitar la ejecución de la segunda hipoteca, etc. En general, los bancos que financian con primera hipoteca rechazan este tipo de acuerdos con terceros prestamistas de segundo o posterior rango hipotecario.

54 **Asistencia financiera.** La prohibición de asistencia financiera es una característica de las operaciones de *leverage* en España y en otras jurisdicciones. Un tema que la doctrina ha tratado abundantísimamente y en el que no voy a profundizar en este trabajo.

55 **Alternativas a la hipoteca.** Muchos de los abogados que hemos trabajado más de un cuarto de hora en un despacho inglés nos referimos a esto, de forma harto incorrecta, como quasi-security, un concepto del Derecho inglés que en realidad

para conseguir al menos uno de los efectos de la hipoteca (viajar con el inmueble y ser, por lo tanto, oponible a terceros). También se ha intentado hacer uso del concepto (prácticamente inviable en sede de Derecho registral) de la prohibición o limitación de disponer.

**i) Otros derechos reales inscribibles**

Los derechos reales inscritos son oponibles a terceros. Esta perogrullada tiene efectos importantes para los prestamistas alternativos porque plantea una opción a la hipoteca. Una opción fallida o incompleta, porque solo la hipoteca reserva el valor del activo (hipotecado) a favor del acreedor (hipotecario); pero un derecho real inscrito con causa tiene el efecto de un *lien*, de una carga que es oponible a terceros y viaja con el activo. Esto tiene mucha importancia, porque ese derecho real inscrito (a bajo coste) puede impedir que, en la práctica, el activo contra cuyo valor ha prestado el financiador alternativo se venda a un tercero sin que el prestatario repague la deuda a su financiador. Dos ejemplos reales para ilustrar este potencial efecto de los derechos reales inscritos:

- a)** Un promotor adquiere un edificio residencial para su rehabilitación, y financia la compra con un prestamista alternativo; por razones de coste y duración del préstamo, el prestamista acepta financiar sin hipoteca, pero exige que se constituya a su favor una servidumbre personal de acceso y paso por el inmueble; la causa, el fundamento de ese derecho real es el de facilitar el acceso de los técnicos designados por el prestamista para comprobar que las obras objeto de la financiación están siendo ejecutadas conforme a lo previsto; el prestatario tiene derecho a instar la cancelación de la servidumbre una vez repagado el préstamo.
- b)** Un gestor hotelero firma un contrato de gestión en relación con un hotel en concreto; el gestor recibe unos honorarios, pero tiene que realizar una inversión inicial para adecuar el hotel a los estándares de calidad de su gestión. Para asegurarse de que el propietario del hotel respeta el contrato de gestión en toda su duración (y así el gestor puede recuperar su inversión a través de los honorarios que va a recibir), el gestor inscribe a su favor una servidumbre de paso sobre la finca registral ocupada por el *lobby*, la recepción del hotel.

¿Cuál es la virtualidad de esas servidumbres de paso, o de acceso y paso? Que sus titulares se aseguran, mediante la inscripción de un derecho real instrumental, que el propietario del inmueble no puede venderlo sin repagar

---

equivaldría a nuestras garantías personales. A *"quasi-security"* provides certain protection to the Lender but it does not actually create any interest in any asset. It is only contractual in nature. The following are the common types of quasi-security: Guarantee – A third party (the guarantor) agrees to repay the Lender if the Borrower fails to repay, negative pledges, finance leasing, sale and leaseback, hire purchase, conditional sale agreements, factoring, set-off and retention of title. Si lo característico de la quasi security es *"not actually create any interest in any asset"*, el tipo de carga que estudiamos aquí busca precisamente todo lo contrario, que es crear sobre el activo una carga que implica una limitación a favor del *"Lender"*.

su préstamo (o compensar al gestor hotelero por su inversión). El comprador que adquiere un inmueble gravado con servidumbres ligadas a la existencia de un contrato de financiación (que prevé, aunque sea con efectos obligacionales, una prohibición de disponer) no debería poder considerarse un tercero de buena fe a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. ¿Son esas servidumbres auténticas garantías? No, no lo son, pero ¿quién querría comprar un activo con una servidumbre inscrita a favor de un prestamista, a riesgo de no ser considerado un tercero de buena fe? De este modo, por un coste razonablemente bajo, el acreedor se asegura de que, si el propietario del inmueble quiere venderlo (o gravarlo, en muchos casos) tiene que contar con él, liquidar su deuda y cancelar el derecho real inscrito (la servidumbre).

## ii) Prohibiciones de disponer en el Registro de la Propiedad

Si se trata de limitar la capacidad del prestatario para disponer del activo financiado (el activo donde se encuentra el valor que justifica la financiación), ¿por qué no inscribir en el Registro de la Propiedad esa limitación, o mejor aún, una prohibición de disponer del inmueble sin el previo consentimiento del prestamista? La respuesta es inmediata: esa prohibición no es inscribible de acuerdo con nuestra legislación registral (artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria). Pero no es una respuesta completa. En realidad, la prohibición de disponer sin ese consentimiento del prestamista que espera, entre otras cosas, que se le repague con cargo al precio de una compraventa que necesita controlar, es común y tiene eficacia *inter partes*; pero su inscripción está rotundamente prohibida en Derecho civil común.

La primera excepción la plantea el Derecho Foral Navarro. En la Ley 482 de la Compilación Navarra se regula y permite la prohibición de disponer sobre bienes inmuebles oponible a terceros con una eficacia limitada a 4 años desde la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>56</sup>. También sería una excepción la posibilidad (en Derecho Civil común) de inscribir aquellas prohibiciones o limitaciones que, en aplicación de las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado, se impongan por razón de la ley personal del titular del inmueble. Esta interpretación de la Ley Hipotecaria ha dado lugar a la práctica consolidada que permite inscribir en los Registros de la Propiedad la limitación a la facultad de disponer sobre inmuebles titularidad de los fondos inmobiliarios alemanes en España a favor de su banco depositario o custodio, impuesta por la ley alemana de inversión (*Kapitalanlagegesetzbuch*)<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> **Excepción del Derecho Foral Navarro.** Además, la eficacia obligacional (*inter partes*) bajo Derecho navarro está limitada a 10 años.

<sup>57</sup> **Limitación a la facultad de disposición.** Los artículos 84.1.3 y 4, 234.3, 246.1 y 260.3 de la Ley alemana de Inversiones de Capital (*Kapitalanlagegesetzbuch*) establecen que los fondos titulares de inmuebles (en Alemania o en el extranjero) no pueden disponer de ellos ni gravarlos sin la previa autorización formal del banco depositario que tutela al fondo en cuestión (*Depotbank*). Esta referencia se incluye como práctica estándar de mercado en todas las escrituras de compraventa en las que el comprador es un fondo alemán (a través de su sociedad gestora o KAG), solicitando al Registro de la Propiedad correspondiente la inscripción de esta limitación para su oportuna oponibilidad a terceros, Los Registros de la Propiedad inscriben pacíficamente esta limitación.

Pero esta posibilidad excepcional de inscribir una limitación de disponer a su favor no está al alcance de los prestamistas alternativos (salvo que financien un activo en la Comunidad Foral de Navarra...).

### iii) Prohibiciones de disponer en los estatutos sociales

Con esa misma intención de limitar la capacidad del prestatario de transmitir el activo financiado, los prestamistas alternativos han explorado la posibilidad de incluir esa limitación en los propios estatutos sociales de la sociedad prestataria. Son palabras mayores, se trata de limitar estatutariamente la facultad del órgano de administración (en el ámbito del objeto social de la entidad de que se trate), algo que la doctrina rechaza con aspavientos prácticamente unánimes pero que no parece escandalizar tanto al legislador. Intentaré explicarme mejor.

En el mundo inmobiliario se ha aceptado con mucha naturalidad la limitación para la disposición (compra, venta o aportación) de activos esenciales que impone a los administradores el artículo 160 F) de la Ley de Sociedades de Capital, y que exige un acuerdo de junta previo a tal disposición. Pero es clara y contundente la doctrina recogida sobre este asunto por las resoluciones de la DGSJ y FP (antes DGRN)<sup>58</sup> el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, que niega la oponibilidad frente a terceros de tales limitaciones, pero no que puedan incorporarse a los estatutos, ni inscribirse en el Registro Mercantil. Lo reproduzco a continuación: “Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros”.

La subordinada “aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil” presupone que la inscripción es posible. Su no oponibilidad a terceros no es óbice para que, si existen (inscritas o no) y se incumplen, se pueda exigir responsabilidad a los administradores.

Esa acción frente a los administradores que han incumplido una limitación de disponer que sí les aplica puede no satisfacer al prestamista alternativo. Pero se trata de un elemento adicional de protección, que no viene nunca mal sobre todo sí, como puede ser el caso (excepcional), ha financiado “inmobiliariamente” sin hipoteca.

Sí son válidas e inscribibles las menciones estatutarias a la existencia de una financiación referida a un activo inmobiliario de la sociedad y a las expectativas del financiador de que se le repague con cargo a los beneficios (*net proceeds*) de su venta. Estas menciones no suponen nada más que una luz roja para el caso, no sé si muy probable, de que el notario que autorice la

---

<sup>58</sup> **Limitación a la disposición de activos esenciales.** Las resoluciones de la DGSJ y FP (antes DGRN) de 26 de julio de 2006, 10 de febrero de 2021, 17 de septiembre de 2015 y 4 de abril de 2015 se oponen a las limitaciones a las facultades de los órganos de administración de las sociedades de capital, con posturas que van desde negar su validez hasta negar su inscripción.

venta lea en los estatutos de la sociedad vendedora que hay un prestamista pendiente de pago y advierta que no ha aparecido por la notaría el día de la firma, o que quizás sean los diligentes abogados del comprador quienes lo lean. Dejo al mejor criterio de mis lectores la valoración de estas menciones y de sus efectos si llegan a los ojos o los oídos de alguien, pero son inscribibles y se han usado en la práctica.

## 2. La apropiación (*by way of appropriation*)

El concepto clave es el de apropiación, la ejecución por apropiación. Con o sin un paquete de garantías estándar, el prestamista alternativo persigue el acceso al activo financiado de forma rápida y eficiente (con el menor coste posible). Consciente de que financia un activo ilíquido y de que su propio préstamo también lo es, buscará procedimientos alternativos al de las ejecuciones (judiciales o extrajudiciales) de las garantías convencionales, porque su retorno no resiste los plazos de esos procedimientos estándar. Prestamista a su pesar, en muchas ocasiones, porque su ADN *equity like* le pide ser dueño del inmueble, gestionarlo directamente, y disponer de él llegado el caso, el financiador alternativo explora sin cesar fórmulas de acceso al inmueble *by way of appropriation*. Una vez apropiado, deja de ser un prestamista inmobiliario alternativo y se convierte en propietario y gestor de un activo inmobiliario, que es lo que quizás tenía que haber sido desde el principio<sup>59</sup>.

### 2.1. Prohibición del pacto comisorio

El Derecho español no permite la ejecución de una garantía real mediante la apropiación del bien objeto de esa garantía (un bien inmueble, o las participaciones sociales o acciones de una sociedad inmobiliaria). La prohibición del pacto comisorio está consagrada en los artículos 1858, 1859 y 1884 del Código Civil y la doctrina la formula así:

[...] el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca; el acreedor no adquiere la propiedad [del inmueble] por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido; en caso de que venza la obligación garantizada, los bienes objeto de la garantía han de ser enajenados para pagar al acreedor<sup>60</sup>.

Pero la contundencia de la prohibición parece ceder ante la complejidad del asunto ("la cuestión es mucho más compleja"<sup>61</sup>) y aparecen los llamados pactos comiso-

---

59 El "miedo a la adjudicación". En esto, quizás, también se distingan los prestamistas alternativos de los bancos. Las entidades de crédito siempre han tenido limitaciones a la tenencia de activos inmobiliarios en su balance. Esas limitaciones contables, pero también de dotación de capital, se exacerbaron a raíz de la crisis de deuda de 2008. En la actualidad, más que nunca, como consecuencia de cualquier adjudicación o adquisición de un activo inmobiliario, un banco tiene que adoptar medidas contables (provisiones) y dotaciones de capital que afectan, respectivamente, a su cuenta de resultados y a su balance. Algunos expertos se refieren al *repossession risk* o *repossession fear* como consecuencia de que un banco financie una operación inmobiliaria. Los prestamistas alternativos, cuya vocación podía muy bien ser la de ser los dueños del activo que financian, optan por una adjudicación del activo rápida y efectiva, porque no están sujetos a las medidas que sí sufren los bancos.

60 Prohibición del pacto comisorio. "El pacto comisorio, hoy: análisis crítico de la figura, a la luz de la más reciente jurisprudencia, y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública". ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN Universidad Carlos III de Madrid Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 794, págs. 3287 a 3313. Año 2022".

61 Pacto comisorio. *Ibid*, página 3288, tercer párrafo.

rios permitidos, a saber, el pacto marciano y el *pacto ex intervallo*. La jurisprudencia y la doctrina de la DGSJ y FP (antes DGRyN)<sup>62</sup> validan la posibilidad de acordar la ejecución de una garantía mediante la apropiación del bien gravado y contra el pago de su justo precio; dicho más finamente, se admite el pacto comisorio, en su modalidad de pacto marciano, si hay “valoración subjetiva y restitución del *superfluum* al deudor”. El pacto *ex intervallo*, segunda modalidad de pacto comisorio permitido, se distingue del marciano en que “la consecuencia comisorio o apropiatoria se ha pactado después de contraída la deuda”. Ambas son formas de apropiación en ejecución de una deuda pendiente de pago, y se admiten en la medida en que no se produzca el enriquecimiento injusto del acreedor como consecuencia de una apropiación directa del activo ofrecido en garantía, sino que el deudor tenga asegurada la diferencia entre el valor de ese activo (determinado por un tercero o de otro modo razonable) y la deuda pendiente.

## 2.2. Mandato de venta

El pacto marciano (y su pariente, el pacto *ex intervallo*) pueden exigir un desembolso, un *cash-out* por parte del prestamista y a favor del prestatario, por el importe de ese *superfluum*, de la diferencia entre el valor del activo (determinado de una manera previamente acordada) y el importe de la deuda pendiente. La idea desalienta a los prestamistas alternativos porque, en esas circunstancias de impago o *distress* del préstamo en cuestión, un desembolso adicional puede ser muy difícil de explicar a los inversores que tienen que desembolsarlo. Nadie quiere *throw good money after bad money* y ese es un lugar tan común que propicia la preferencia de los prestamistas a usar el llamado mandato de venta como fórmula de salida o *exit* para que sea un tercero quien realice el desembolso que repague la deuda pendiente y, quizás, alguna diferencia positiva al prestatario incumplidor.

Antes o después de contraída la deuda, incluso después de que se produzca el impago, prestamista y prestatario pueden acordar poner a la venta el activo para repagar la deuda con cargo al precio que se obtenga. La clave es que se trate de un acuerdo y no de un derecho unilateral del prestamista. La venta se produce en condiciones de mercado (es un *open market sale*, a terceros no vinculados y con la intervención de un mediador inmobiliario o *broker* cuyos servicios tendrían que ayudar a obtener el precio más alto posible). Ese precio, neto de gastos e impuestos, se destina a repagar la deuda pendiente y el sobrante se lo queda el prestatario.

## 2.3. La opción de compra en garantía

En esa línea de ejecución mediante apropiación se encontraría también la figura de la “opción de compra por un euro”, que es la voz común en el mercado para referirse a esta versión idiosincrática del *penny warrant* de los ingleses. Se trataría de una opción de compra otorgada por un precio simbólico (el *penny*) que permitiría al

---

62 **Doctrina y jurisprudencia sobre el pacto comisorio.** Las resoluciones de la DGSJ y FP (antes DGRN) de 15 de noviembre de 2021 y 10 de marzo de 2022 son muy ilustrativas. También lo son las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de febrero de 2019 (número 12/2019) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 2020.

prestamista adquirir el inmueble mediante apropiación, al margen una vez más de los procedimientos de ejecución convencionales. El precio simbólico podría serlo menos si se fija de antemano un precio de mercado y se acepta que la deuda pendiente en el momento de ejercicio de la opción pueda descontarse del precio (eso permite al prestamista *credit bid*, comprar con su deuda). Si la opción de compra se inscribe en el Registro de la Propiedad, se obtendría un efecto adicional de protección frente a una venta o transmisión no consentida (la opción funciona como una carga o gravamen, ese efecto que hemos explicado en relación con la hipoteca); pero la cercanía de esta figura con el pacto comisorio, generalmente prohibido, como hemos anticipado, en Derecho español común, la convierte en una figura de dudosa validez (aun así, es voz común en el mercado la “opción de compra por un euro”).

Sin embargo, en los últimos tiempos, la DGSJ y FP ha adoptado una línea más flexible sobre la opción de compra en garantía, de modo que ésta se admite siempre y cuando se prevean las cautelas adecuadas para que no se considere un pacto comisorio prohibido. Destaca la Resolución de 15 de marzo de 2021<sup>63</sup>, que valida la opción de compra en garantía cuando la apropiación del inmueble se lleva a cabo previa valoración objetiva (es decir, no puede pactarse de antemano que la opción se ejercite “por un euro”), y no comporte un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. En el caso concreto, se permite la inscripción de una opción para cuyo ejercicio debía seguirse un procedimiento ante notario, que incluía el avalúo de la finca por un arquitecto elegido por sorteo en la notaría, entre los colegiados en el lugar en que radicaba la finca hipotecada.

#### 2.4. Los poderes irrevocables

El pacto marciano, el pacto *ex intervallo*, el mandato de venta y la opción de compra en garantía necesitan la colaboración del prestatario. No sólo su consentimiento a la hora de acordar cualquiera de estos mecanismos de apropiación, sino su colaboración activa para transmitir el activo, llegado el caso. El prestamista tiene que confiar en la buena disposición del prestatario para firmar contratos, realizar gestiones e ir finalmente a un notario para formalizar la venta y transmisión del activo; lo normal es que un prestamista profesional no sea tan confiado.

A partir de un antepasado lejano (los ya míticos poderes irrevocables que un prestatario otorgaba a favor de su prestamista para constituir hipoteca bajo la fórmula de la promesa de hipoteca), los asesores de los prestamistas alternativos, que nos formamos todos trabajando para bancos internacionales importadores de soluciones creativas, solemos recomendar que la voluntad del prestatario y su colaboración se sustituyan por poderes “irrevocables” otorgados a priori por el prestatario a favor del prestamista para que éste, sin necesidad de perseguir al prestatario, pueda reemplazarlo y llevar a cabo las actuaciones y formalidades necesarias para

---

63 Resolución de 15 de marzo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad interina de Celanova a inscribir la opción de compra pactada en una escritura de constitución de hipoteca.

vender el activo. En Derecho español los poderes son revocables por naturaleza. Sin embargo, tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General se han pronunciado a favor de la validez de la irrevocabilidad de los poderes cuando éstos están vinculados a otro negocio jurídico celebrado entre las partes para cuyo correcto desarrollo se precisa la vigencia del poder (por ejemplo, para asegurar la eficacia de las garantías de un contrato de préstamo)<sup>64</sup>.

## 2.5. Prendas sobre el capital social y los préstamos de socio

El paquete de garantías estándar incluye una prenda sobre el capital del prestatario, que suele estar representado mediante participaciones sociales (el prestatario típico es una SL). Esta garantía real es indispensable y refuerza (con el propio capital social del prestatario como *collateral*) la hipoteca sobre el activo inmobiliario que es el objeto de la financiación.

Esta pignoración del *equity* resulta incompleta en muchos casos si se refiere sólo al capital social de la sociedad prestataria (a las acciones o participaciones sociales, casi siempre lo último). Los titulares finales del *equity* lo aportan no sólo como capital social (o *hard equity*, por seguir empleando la terminología en inglés en la que se expresan quienes participan en esta industria). Es probable que esa aportación incluya préstamos de socio (participativos o no), cuentas en participación y/o contribuciones equivalentes. Todo ello tiene que ser objeto de la pignoración, para lograr una garantía real sobre toda la aportación de capital de los socios, sociedades del grupo, cuenta partícipes, etc. Por seguir con la jerga con la que se explica este negocio, la pignoración que necesita el prestamista alternativo tiene que alcanzar el capital social o *hard-equity* y cualquier otro concepto asimilable (*equity-like*).

---

**64 Irrevocabilidad de poderes de representación.** A modo de ejemplo, destacan las SSTS de 31 de octubre de 1987 y de 11 de mayo de 1993: “la irrevocabilidad del mandato deviene no sólo cuando exista pacto expreso que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme a su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino también cuando el mandato no es simple expresión de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas; es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal en relación jurídica bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige y aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno sólo de los interesados», doctrina que se reproduce en la Sentencia de 26 de noviembre de 1991”.

Por su parte, la STS de 26 de octubre de 1991 señala: “el poder de representación se otorgó con mero carácter instrumental, para reconocer el Sr. R.G.S. que la Farmacia no le pertenecía, sino que era propiedad de los actores y para que éstos pudieran actuar como tales, [...]. lo que no podía conseguirse de ser susceptible de revocación el poder, por lo que, efectivamente, ha de tenerse en cuenta la doctrina de esta Sala establecedora de la irrevocabilidad cuando los poderes no se otorgan como negocio jurídico autónomo, sino que obedecen a causa distinta, como cuando se confieren en cumplimiento o como complemento de otro contrato o en interés del representante o de terceras personas (ver, por ejemplo, SS. de 4 de mayo de 1973 y 20 de abril de 1981)”.

Finalmente, la resolución de la (entonces) DGRN de 29 de octubre de 1987 establece: “El poder irrevocable pese a implicar en su ámbito una pérdida para el concedente de la exclusividad en la dirección de sus intereses patrimoniales (tanto más grave cuanto mayor es el ámbito de aquél), es admitido, si hay justa causa, en nuestro Ordenamiento, tanto en el plano legal (arts. 1692 del Código Civil, 52 de la Compilación de Navarra, 132 del Código de Comercio y 234, 1.º del Reglamento Hipotecario), como en el jurisprudencial. Para su concesión con este carácter no basta el mero acuerdo de poderdante y apoderado, sino que como en toda constitución o transferencia de derechos, ha de existir una causa verdadera y lícita que la justifique”.

## 2.6. La prenda sobre el *equity* como garantía financiera: el RDL 5/2005

Los inversores y financiadores en general tienden a sobrevalorar las prendas sobre acciones o participaciones sociales (obviando que, casi siempre, los socios aportan una buena parte de su *equity* mediante otros instrumentos como préstamos, etc., y no necesariamente en forma de capital social). Quizás se deba a la popularidad de las prendas sobre acciones en Luxemburgo y su legendaria ejecución *overnight*. Por eso se buscan mecanismos de ejecución mediante apropiación, para evitar los procedimientos convencionales (judiciales y extrajudiciales) para la ejecución de prendas sobre acciones y participaciones sociales en España, procedimientos garantistas y anti-comisorios que implican y exigen la venta de esas acciones o participaciones mediante subasta. Lo mismo que con el inmueble subyacente, se buscan constantemente fórmulas para adjudicarse el *equity* (entendido como capital social, sin más). La opción más inmediata sería una prenda bajo el régimen de garantías financieras gobernado por el RDL 5/2005. Las prendas sobre acciones sujetas al RDL 5/2005 pueden ejecutarse mediante adjudicación directa (igual que una prenda sobre acciones en Luxemburgo)<sup>65</sup>.

Habría que resolver dos cuestiones: si los prestamistas profesionales no bancarios son elegibles como titulares (acreedores pignoratícios) de prendas constituidas bajo el régimen del RDL 5/2005 y si las acciones no cotizadas pueden ser el objeto de una prenda sobre acciones del RDL 5/2005.

El artículo 4 del RDL 5/2005 se refiere a los bancos y fondos de titulización como beneficiarios inmediatos de la "garantía financiera" objeto del Real Decreto Legislativo, junto con "otras entidades financieras" tal como se definían en la Directiva 2006/48 de la UE (derogada y sustituida en 2013 por la Directiva CRD y el Reglamento CRR). La definición de "otras entidades financieras" en esta legislación de Derecho europeo incluía y sigue incluyendo a "empresas distintas de los bancos cuyas actividades se enumeran en los puntos 2 a 12 del Anexo I"; el punto 2 del anexo se refiere a "los préstamos, incluidos, entre otros: los créditos al consumo, los contratos de crédito relativos a bienes inmuebles, el *factoring*, con o sin recurso, la financiación de transacciones comerciales (incluido el cobro)". Por lo tanto, el Derecho europeo al que se remite el RDL 5/2005 parece incluir en su catálogo de "otras entidades financieras" a los prestamistas profesionales inmobiliarios. Este podría ser un buen argumento para sostener que prestamistas no bancarios deberían ser elegibles como beneficiarios de las prendas de acciones del RDL 5/2005. No obstante, la mayoría de los autores (y despachos de abogados) proponen una interpretación restrictiva<sup>66</sup> de la definición de "otras entidades financieras"

---

<sup>65</sup> **Las garantías financieras y su ejecución mediante apropiación en Derecho europeo.** El RDL 5/2005 transpuso la Directiva Europea 2002/47/CE, de 6 de junio, sobre acuerdos de garantía financiera, cuyo artículo 4 obligaba a los Estados miembros a asegurarse de que su legislación interna, en caso de un evento de ejecución en un acuerdo financiero, los prestamistas tuvieran derecho a realizar su garantía mediante una venta pública o mediante apropiación, compensando el valor de la garantía con la deuda del prestatario.

<sup>66</sup> **"Entidad financiera sujeta a autorización y supervisión pública".** En los primeros años de aplicación del RDL 5/2005 no fue necesario ningún esfuerzo interpretativo a propósito de qué entidades podían beneficiarse de sus garantías financieras. Era un mercado exclusivamente bancario, de modo que el lugar común era que "los bancos" eran sus únicos beneficiarios. A partir de la crisis de deuda de 2008 se inicia el debate y desde su creación se incluye sin problemas a SAREB (filial de un organismo público y de entidades bancarias). En 2013, Ángel Carrasco y Karolina Lyczkowska argumentaron que, además de los bancos,

contenida en el RDL 5/2005 para que sólo tengan cabida en esa definición las entidades financieras supervisadas<sup>67</sup>. Por otro lado, podría interpretarse que el RDL 5/2005 no prevé tales restricciones: la única condición en virtud del RDL 5/2005 y de las Directivas de la UE para que los prestamistas sean elegibles es que su negocio esté contenido en el Anexo, y no se requeriría una interpretación restrictiva cuando el texto legislativo en cuestión no lo exige (*in claris non fit interpretatio*). Nos hemos pronunciado ligeramente a favor de esta segunda postura en un trabajo reciente<sup>68</sup>, en el que, sin embargo, advertimos que esta no es la opinión predominante en la doctrina, por lo que (como abogados) no podemos recomendar esta opción al cliente sin advertir de los riesgos que podría comportar (dada además la falta de precedentes jurisprudenciales en los que los beneficiarios no sean entidades de crédito). Cuando la doctrina más autorizada ha tratado este tema, ante la dificultad de excluir de este régimen de garantías financieras a entidades que lo son (financieras), fundamentándolo en una referencia a la necesidad de autorización y supervisión pública en la parte expositiva del RDL 5/2005, esa misma doctrina termina afirmando que las garantías constituidas por una entidad que no puede beneficiarse de las garantías financieras del RDL 5/2005 “no estarían inválidamente constituidas”, admitiendo que puede acordarse el mismo método de ejecución mediante apropiación por la autonomía de la voluntad de las partes<sup>69</sup>.

En cuanto a la segunda cuestión (el objeto de la prenda), la postura más común entre los abogados y académicos es considerar cualquier acción en una SA

---

sólo las entidades sujetas a los reglamentos OICVM o AIFMD pueden considerarse entidades financieras beneficiarias de las garantías financieras del RDL 5/2005 (Ángel Carrasco y Karolina Lyczkowska, Diario La Ley, nº 8168, 11 de octubre de 2013). A partir de ahí, existe cierta unanimidad a la hora de cerrar la puerta a entidades financieras (incluso a las definidas en el Derecho europeo al que se remite el RDL 5/2005) que no estén sujetas a supervisión. No está clara de qué supervisión estaríamos hablando, pero muchos opinan que se trataría de supervisión “prudencial” (a la que, de acuerdo con el Derecho europeo aplicable, sólo estarían sujetas las entidades de crédito y no nuestros prestamistas profesionales). El argumento para excluir a las entidades financieras que se dedican a prestar estaría en una mención (y sólo una) en el RDL/2005, que reproduzco a continuación (se encuentra en la sección segunda de su presentación o Exposición de Motivos).

“En segundo lugar, en el capítulo II del título I se traspone la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, al ordenamiento jurídico español. Con la aprobación de esta directiva se persigue conseguir una amplia armonización comunitaria para todas las garantías financieras que formalicen las partes autorizadas, estableciendo ciertas limitaciones al determinarse que, por un lado, una de las partes ha de ser una entidad financiera, sujeta a autorización y supervisión pública, y, por otro lado, se determina su aplicación, con carácter general, para las personas jurídicas.

Por otra parte, se pretende ordenar y sistematizar la normativa vigente aplicable a los acuerdos de compensación contractual y a las garantías de carácter financiero. Se establecen, además, los efectos derivados de las disposiciones de insolvencia sobre dichos acuerdos y garantías. Asimismo, se establece la posibilidad de disponer del objeto de la garantía (dinero, valores e instrumentos financieros) y la ejecución directa de las garantías cuando se produzca incumplimiento, sin intervención de ningún tipo de fedatario o de autoridad pública, e incluso la apropiación directa del bien aportado en garantía por el propio acreedor.”

**67 Entidades financieras supervisadas.** Por ejemplo, Ángel Carrasco propone que, aparte de los bancos, sólo las entidades sujetas a los reglamentos OICVM o AIFMD puedan acogerse a la definición (Ángel Carrasco y Karolina Lyczkowska, Diario La Ley, nº 8168, 11 de octubre de 2013).

**68 Sobre la elegibilidad de los prestamistas profesionales ex RDL 5/2005.** VARELA FERNÁNDEZ, J. y GARCÍA GARCÍA, A. (2023): Asistencia financiera en las operaciones de «Management Buyout»: un caso práctico. Diario La Ley, nº 10347, 13 de septiembre de 2023.

**69 Prendas sobre acciones en las que se pacta la ejecución por apropiación.** De nuevo, Ángel Carrasco, quizás ante la dificultad de precisar qué entidades no bancarias podrían acogerse al régimen del RDL 5/2005 (o de argumentar porqué las entidades financieras distintas de las entidades de crédito no podrían), argumenta que una garantía que convencionalmente regule la ejecución por apropiación, en los términos admitidos de un pacto comisorio no prohibido, sería perfectamente válida. En otras palabras, según el profesor Carrasco y su coautora la profesora Lyczkowska afirmaban en 2013 que un acreedor no elegible bajo el RDL 5/2005 podía acordar con su deudor una prenda equiparable, sin beneficiarse quizás de otras prerrogativas que concede a sus beneficiarios el RDL 5/2005, como el de la sustitución de las acciones objeto de la pignoración y otros (Ángel Carrasco y Karolina Lyczkowska, Diario La Ley, nº 8168, 11 de octubre de 2013).

española (cotizada o no) como elegible también para la prenda sobre acciones del RDL 5/2005. Como también hemos escrito<sup>70</sup>, el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores reputa valores negociables las acciones de sociedades anónimas en general, por ser éstas “susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero”, pero sin exigir que sean efectivamente objeto de dicho tráfico, por lo que, técnicamente, las acciones objeto de garantía financiera conforme al RDL 5/2005 no necesitan estar cotizadas en un mercado o sistema multilateral de negociación. Sin embargo, para las acciones no cotizadas surge el interrogante de si pueden entenderse “desplazadas” a efectos del traslado posesorio en virtud de los artículos 8 del RDL 5/2005 y 1863 del Código Civil español, es decir, que el prestamista (o su agente de garantías) pueda considerarse en posesión de las acciones, ya sea porque éstas están en manos de un banco depositario o porque están representadas por acciones al portador (algo que a día de hoy resulta inverosímil, dadas las dificultades que plantea desde la óptica de la normativa de prevención de blanqueo de capitales).

Si la sociedad prestataria es una SA (o una SL que acepta la exigencia de su prestamista de transformarse en SA) y sus acciones se encuentran representadas mediante anotaciones en cuenta, se podría formalizar la pignoración bajo el régimen del RDL 5/2005 sin necesidad de que se trate de acciones sujetas a cotización. Sería preciso modificar los estatutos de la sociedad para que sus acciones queden representadas mediante anotaciones en cuenta, designando a Iberclear<sup>71</sup> como entidad responsable de su registro contable. Las acciones se darían de alta en el sistema de un banco depositario (mediante la apertura de tantas cuentas como accionistas tenga la sociedad en cuestión). Cualquier entidad comprendida en el ámbito de aplicación del Real Decreto sobre Servicios de Inversión estaría autorizada para actuar como tenedor de libros o depositario de las acciones anotadas en cuenta de la SA “desmaterializada”<sup>72</sup>.

Una vez concluido este proceso, las acciones deberían poder pignorarse como garantía financiera conforme al RDL 5/2005.

La prenda podría ejecutarse mediante una notificación de incumplimiento dirigida al depositario, como establece el propio RDL 5/2005. Recibida dicha notificación, el depositario transferiría la posesión de las acciones al acreedor (o a la entidad designada por éste), mediante su depósito en una cuenta abierta a nombre del acreedor (o de la entidad que este designe), y la anotación de las acciones a su nombre en el registro contable. Este procedimiento puede completarse en un plazo muy breve de tiempo, a diferencia de las ejecuciones de prendas de acciones a través de cualquiera de los procedimientos ordinarios de ejecución. El único requisito es que un tasador independiente debe valorar las acciones y determinar, en su caso, la diferencia positiva entre el valor de las acciones y la deuda pendiente, pagadera al prestatario. El procedimiento para la valoración de las acciones debe

---

<sup>70</sup> **Acciones no cotizadas y RDL 5/2005.** *Ibidem* (p. 8).

<sup>71</sup> **Iberclear** es el depositario central de valores español y una de las sociedades que convorman BME, el operador de todos los mercados de valores y sistemas financieros de España.

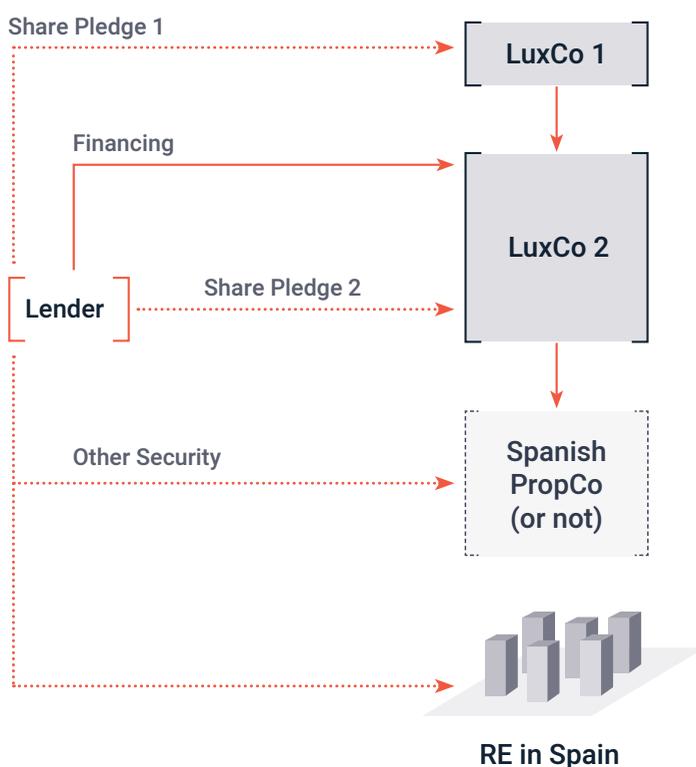
<sup>72</sup> **Bookholder.** Lo que significa que, para las acciones anotadas en cuenta de una SA no cotizada, cualquier banco o entidad financiera (entidad de crédito) que esté autorizada a prestar servicios de inversión calificaría como *bookholder*.

estar regulado en el acuerdo de prenda (como en cualquiera de los acuerdos para regular un pacto comisorio permitido, como hemos visto antes).

Más allá de los argumentos legales, yo personalmente he mantenido conversaciones con algunas de las entidades de servicios financieros más conocidas, y todas han confirmado su disposición a actuar como depositarias contables de acciones representadas como anotaciones en cuenta a efectos de la prenda del RDL 5/2005 a favor de acreedores no bancarios y en relación con acciones no cotizadas. En algunos *Term Sheets* recientes he visto recogida la obligación del llamado *sponsor* (el empresario promotor) de convertir su sociedad limitada prestataria en una sociedad anónima para poder sujetar la prenda al régimen del RDL 5/2005. Desconozco si en alguna financiación esta idea ha prosperado y se han constituido prendas de esta naturaleza. Parece que los despachos de abogados mantenemos una opinión mayoritaria y contraria al acceso de los prestamistas profesionales que no están supervisados prudencialmente. Esa opinión contraria (aunque no unánime) nos aleja de España y nos conduce, casi irremediabilmente, a utilizar una estructura *double LuxCo* para pignorar el *equity* y ejecutar esa prenda mediante apropiación.

## 2.7. La prenda sobre el *equity* y la estructura *double LuxCo*

### Double LuxCo Security Structure



La legislación del Gran Ducado de Luxemburgo permite la ejecución de prendas sobre las acciones (o títulos equivalentes) de sociedades domiciliadas en su jurisdicción mediante apropiación o adjudicación directa. Esa ventaja respecto de la

aparentemente frustrante ejecución de ese tipo de garantía en España despertó un enorme interés, a partir de la crisis de deuda de 2008 y el mercado *distressed* que esa crisis originó. Algunos fondos o gestores de fondos muy conocidos implementaron esta figura en esos años inmediatamente posteriores al *credit crunch* y la industria de los fondos de inversión y capital riesgo, en su modalidad de prestamistas alternativos, la acogió con entusiasmo. La estructura consiste en dos sociedades luxemburguesas, (la *TopCo*, como socia única de la segunda que recibe el nombre de *HoldCo*, a la que se concede el préstamo). Ambas sirven de cabecera a un negocio subyacente, domiciliado en España. El prestamista es beneficiario de dos prendas luxemburguesas, sobre las acciones de *TopCo* y sobre las acciones de *HoldCo*. En caso de impago, la ejecución de esas prendas se produce mediante adjudicación directa (*by way of appropriation*<sup>73</sup>) y los asesores luxemburgueses que se ocupan de implementar la estructura garantizan una ejecución inmediata, overnight. La adjudicación por parte del prestamista de las acciones de *HoldCo* le permitía controlar y adjudicarse el negocio subyacente de su prestatario de forma inmediata (el inmueble o la promoción inmobiliaria subyacentes en España, o la sociedad española filial de ambas luxemburguesas propietaria de ese inmueble o promoción). La adjudicación simultánea de las acciones de *TopCo* conseguiría un efecto muy caro a los prestamistas en un mercado *distressed*, que no es otro que el *insolvency remoteness* (me disculpo por la cursiva y mi pedantería en el uso del inglés); controlar *TopCo* permitiría al prestamista evitar que su cliente solicitase el concurso de *TopCo* (socia única de *HoldCo*, a quien se ha declarado el vencimiento anticipado del préstamo y contra quién se ha ejecutado la prenda), impidiendo los efectos negativos de esa declaración de concurso por parte del cliente final (entre ellos, la interrupción de ese expeditivo procedimiento de ejecución, a petición de *TopCo*, y como consecuencia de su declaración de concurso).

## 2.8. La estructura de *double LuxCo* y el concurso del cliente en España

Las estructuras de *double LuxCo* han sido un tema recurrente de debate en el sector, aunque han sido mucho menos habituales en la práctica. Pero sí se han utilizado y siguen utilizándose, pese a la reticencia creciente del cliente español, que normalmente no tiene de inicio ninguna estructura de este tipo en Luxemburgo y a quien se le pide implementarla a los solos efectos de una financiación en concreto. Los asesores fiscales (tanto españoles como luxemburgueses) que han intervenido en estas estructuras se han asegurado del cumplimiento de la normativa y han confirmado que no son atacables por razón de fraude de ley fiscal, bajo el argumento genérico, que yo simplifico ahora como he hecho con tantos otros, de que

---

<sup>73</sup> **Ejecución de *share pledges* en Luxemburgo (venta o apropiación).** En realidad, la apropiación es una de las dos formas en que el prestamista puede hacer cumplir una prenda de acciones en Luxemburgo. Una forma sería mediante una venta pública (una venta de las acciones al mejor postor en el contexto de una subasta), y la otra sería mediante la apropiación tras una valoración de las acciones por un tercero predeterminado. Esta ejecución por apropiación equivaldría a una dación para pago por la cual, una vez valoradas las acciones, se entregarían al acreedor para el pago de su deuda pendiente; si el valor de las acciones fuera inferior a la deuda, el acreedor mantendría una reclamación de deficiencia contra el prestatario. Por el contrario, si el valor de las acciones fuera superior a la deuda, la diferencia tendría que ser reembolsada al prestatario (o al propietario de las acciones, más precisamente). Por un lado, la intervención en el proceso de un tasador tercero separa la apropiación de una adjudicación directa (que, según la legislación española, estaría prohibida como pacto comisorio); por otro lado, el RDL 5/2005, ofrece el mismo método y proceso para la ejecución mediante apropiación de acciones anotadas en cuenta en España.

el empresario español que constituye esta estructura para recibir una financiación que necesita no obtiene de la estructura absolutamente ningún beneficio fiscal en España. Los méritos legales de la *double LuxCo* en cuanto a ejecución inmediata y sin oposición también están probados; efectivamente, la ejecución funciona así de bien y es así de rápida, y se han producido ejecuciones de prendas en Luxemburgo en respuesta al incumplimiento de una financiación inmobiliaria en España, o relativa a un inmueble situado en España. La figura remite en el mercado, eso sí (cada vez se usan menos las *double LuxCo*) a pesar de sus méritos, por razones comerciales (solo “compensa”, se suele decir, en financiaciones de mucho volumen que justifican el coste y la operativa). Como todo lo creativo y alternativo, las *double LuxCo* generan dudas legales en algunos aspectos más allá de su probada eficacia en materia de ejecución (dudas en relación con temas de jurisdicción y competencia de los Tribunales, compatibilidad con la ejecución de otras garantías, etc.). Pero creo que puedo concluir diciendo que su reciente pérdida de popularidad obedece a razones comerciales y operativas (como el costo de establecer y mantener una estructura *double LuxCo* cuando no existía ya una en su lugar). Las *double LuxCo* se utilizan en financiaciones originadas fuera de España entre prestamistas y prestatarios internacionales e institucionales que cuentan ya con estructuras luxemburguesas; el cliente español *sponsorless* no tiene acceso a la financiación alternativa, en muchos casos, porque no puede justificar, ni entender, ni costear, una estructura *double LuxCo*.

## 2.9. Deconstruyendo la *double LuxCo*: Prenda sobre *actions dématérialisées*

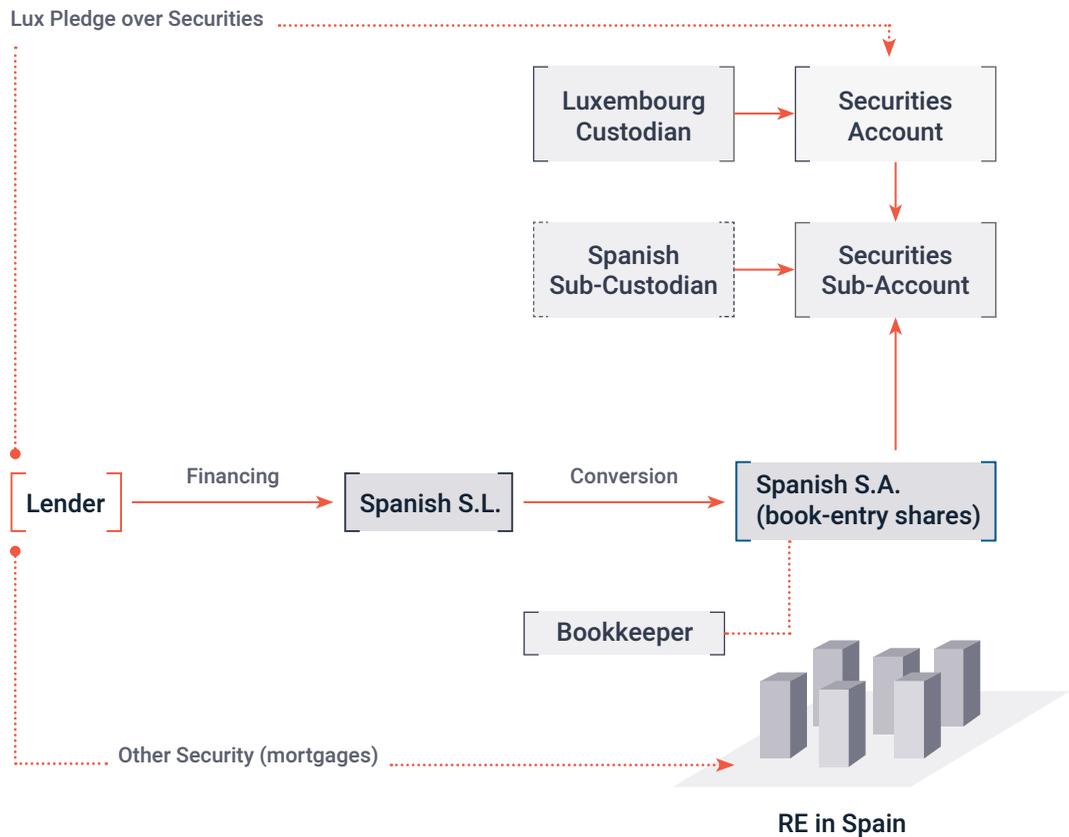
Acabo de expresar una opinión personalísima: se necesita una alternativa a las estructuras *double LuxCo* porque esta es una barrera de acceso al mercado de la financiación alternativa para una mayoría de potenciales prestatarios profesionales (los *sponsorless* que, en expresión afortunadísima de un alto directivo inmobiliario español, “no pueden permitirse ese estaríbel”). El mercado necesita esa alternativa y, de momento, seguimos en Luxemburgo, pero esta vez mediante desmaterialización (o *dématérialisation*). La idea, no muy osada, es continuar creando la garantía en una jurisdicción testada y amable, pero aplicando la fórmula de pignoración del RDL 5/2005 sobre acciones representadas mediante anotaciones en cuenta. Es un compromiso prudente que se ha convertido en novedad, y pronto será tendencia, porque combina Luxemburgo con el método de pignoración y ejecución propio de las garantías financieras al que no tendríamos acceso en España (porque nadie se atreve a revisar su opinión sobre el ámbito subjetivo de aplicación del RDL 5/2005).

La idea es crear acciones que puedan depositarse en una cuenta y pignorar esa cuenta de una manera o lugar que haga que dicha prenda sea fácil de ejecutar (sin oposición, ni motivos de impugnación) y las acciones se recuperen rápidamente por medio de la apropiación. El camino parece ser a través de la desmaterialización de esas acciones (en los términos que hemos expuesto antes) y el lugar para pignorarlas, de nuevo, Luxemburgo.

Una vez desmaterializadas, las acciones anotadas en cuenta de la SA se abonarían en una cuenta de valores abierta en una entidad luxemburguesa (un banco) que actuaría como custodio o depositario, y la cuenta se pignoraría a favor del prestamista con arreglo a la legislación luxemburguesa, lo que hace posible su ejecución mediante apropiación. El elemento luxemburgués introduce un doble nivel de depositarios: uno principal en Luxemburgo y un segundo, un subdepositario en España. Esto no es ideal ni rentable y, por lo tanto, el objetivo sería utilizar solo el custodio luxemburgués o la misma entidad (un banco con oficinas en ambas jurisdicciones) como custodio en Luxemburgo y subcustodio en España. Los motivos de este doble nivel de depósito/custodia están relacionados con ciertas intrincadas regulaciones de la UE y españolas sobre el comercio de valores negociables.

Bajo esta estructura pionera, un prestamista se beneficiaría de una prenda sobre una cuenta de valores donde se depositarían las acciones de su prestatario. La jurisdicción de elección es, una vez más, Luxemburgo, lo que garantizaría una ejecución rápida y expeditiva, mediante apropiación.

### Lux Share Pledge over Actions Dématérialisees



## 2.10. Un remedio local: la prenda catalana

Como alternativa a las estructuras de desmaterialización (con el marchamo de su elemento luxemburgués), hemos abordado en un artículo reciente<sup>74</sup> la posibilidad de acudir a la prenda sobre acciones o participaciones sociales bajo Derecho catalán. Y es que la modalidad de pacto marciano prevista en el artículo 569-20.3 del CCCat es relativamente similar al procedimiento del RDL 5/2005, con la ventaja añadida de que también resulta aplicable a las participaciones sociales de sociedades limitadas (por lo que no sería necesario transformar la SL en sociedad anónima).

Como inconveniente frente a las alternativas antes expuestas, la prenda catalana carece del beneficio del *insolvency remoteness*, pues no garantiza el beneficio de separación ni la protección frente a la rescisión en escenarios concursales o pre-concursales. Además, sólo es aplicable a sociedades domiciliadas en Cataluña, por lo que, si la sociedad cuyas acciones o participaciones se pignoran no cumple este requisito, sería preciso trasladar su domicilio social antes de constituir la garantía.

## Conclusiones

Existe una comunidad creciente de prestamistas profesionales en el sector inmobiliario que se presentan como una alternativa a los bancos. Se trata de firmas de capital riesgo, fondos de deuda y compañías aseguradoras que invierten capital en formato préstamo o crédito para financiar proyectos inmobiliarios. Ese capital, generalmente de alto coste, exige una remuneración también alta y un tipo particular de proyecto, que normalmente los bancos no financian. Por motivos fiscales y también logísticos, prestan a través de sociedades extranjeras, domiciliadas casi siempre en la Unión Europea (Luxemburgo o Irlanda).

Estos prestamistas alternativos se caracterizan fácilmente como entidades financieras (por aplicación de la remisión a su ley extranjera que hace nuestra Ley de Capital Riesgo), entes financieros (por aplicación de la Directiva CRD y su Reglamento CRC) o como prestamistas profesionales, en todo caso. No son entidades de crédito (sino su alternativa directa) ni entidades sometidas a la supervisión prudencial del Reglamento CRC. Tampoco están sometidas a supervisión directa, ni a la supervisión indirecta de Banco de España. En España, su actividad no está reservada ni exige licencia bancaria, aunque como titulares de hipotecas puedan tener que cumplir alguna formalidad u obligación de registro o similar. Rehúyen de la regulación que protege a los consumidores financieros y se dirigen a profesionales excluidos del ámbito de aplicación de esta regulación, aunque son conscientes de la *vis atractiva* de esta normativa protectora y de la interpretación extensiva que se hace en España por parte de Juzgados, Tribunales y doctrina en general. Las condiciones en que financian están, en este sentido, fuera del concepto jurisprudencial

---

<sup>74</sup> **La prenda catalana como remedio local.** VARELA FERNÁNDEZ, J. y GARCÍA GARCÍA, A. (2023): Asistencia financiera en las operaciones de «Management Buyout»: (*op. cit.*, p. 9).

de abusividad (que requiere a un consumidor financiero como contraparte) aunque los intereses que estos prestamistas exigen generan dudas sobre si procede volver a aplicar nuestra histórica Ley de Usura.

Este modesto trabajo se publica en un momento en que la financiación no bancaria tendría que estar inundando el mercado, verdaderamente. Pero no es así. Los pequeños y medianos promotores inmobiliarios, las empresas hoteleras familiares, los *family offices* inmobiliarios y el mercado en general necesitan financiación y, con sus prestamistas tradicionales (los bancos) refugiados en una zona de confort de activos estabilizados y bajos niveles de apalancamiento, esa financiación tendría que venir de los fondos de deuda y demás prestamistas alternativos.

Los prestamistas no bancarios se están desplegando, pero no al ritmo y a los volúmenes previstos o deseables. Claramente existen barreras para la entrada de ese capital en nuestro mercado. El coste de capital de estos prestamistas es alto, pero no siempre se traduce en tipos de interés de doble dígito (*double digit coupon*), es decir, de por encima del 10%; muchos prestamistas están dispuestos a financiar a un solo dígito (*single digit coupon*), algo que hace bastante competitivo el precio de estas financiaciones en el contexto actual de tipos de interés altos; de modo que su coste no sería actualmente un problema, no sería una de esas barreras de entrada. La falta de familiaridad de los potenciales prestatarios españoles con las condiciones esenciales de este tipo de financiaciones sí lo es, de modo que los asesores de deuda o *debt advisors* siguen teniendo mucho trabajo que hacer. En algunos casos, la falta de inteligencia comercial está en el lado del prestamista; a menudo, los *Term Sheets* se producen en *ivory towers in the city of London* (le he copiado a alguien esta expresión tan descriptiva) y son inescrutables para los clientes locales. La exigencia generalizada de documentar con base en el *LMA standard*, con sujeción a la ley inglesa y a los tribunales de Londres no ayuda demasiado, salvo cuando se trata de financiaciones originadas y formalizadas en Londres, entre un financiador internacional y su cliente, también internacional, aunque en relación con un proyecto financiable en España. Pero estas exigencias, y la de la inefable *double LuxCo*, excluyen del acceso a la financiación alternativa a un segmento mayoritario del mercado, el del profesional inmobiliario español sin estructura internacional. Ese es, precisamente, el llamado segmento *sponsorless* (nacional y mayoritario) que no accede a la financiación directa o alternativa internacional.

El mercado se abriría, en mi opinión, facilitando a los prestamistas profesionales el acceso a fórmulas de ejecución mediante apropiación. La interpretación restrictiva del RDL 5/2005 les impide, en general, el acceso a las garantías financieras en España. Y las demás fórmulas de solución por apropiación son demasiado precarias o incipientes como para generar un mercado. Por ese motivo (y esta es mi tesis y mi opinión, personalísima), los potenciales prestatarios que no puedan ofrecer y costear estructuras en Luxemburgo, o huyan abiertamente ante la idea de convertir su negocio familiar en una SA “desmaterializada” y consignada en un frío custodio centroeuropeo (los *sponsorless*, en definitiva) seguirán sin acceso a la financiación alternativa.

Los abogados tenemos un importante papel que jugar, desarrollando ideas y estructuras que faciliten el acceso al crédito alternativo. Este es uno de los sectores en los que,

claramente, se nos impone una función creativa e innovadora, de auténticos *market makers*. Ese es el desafío, disponible para todos quienes quieran medirse con él.

## Términos definidos

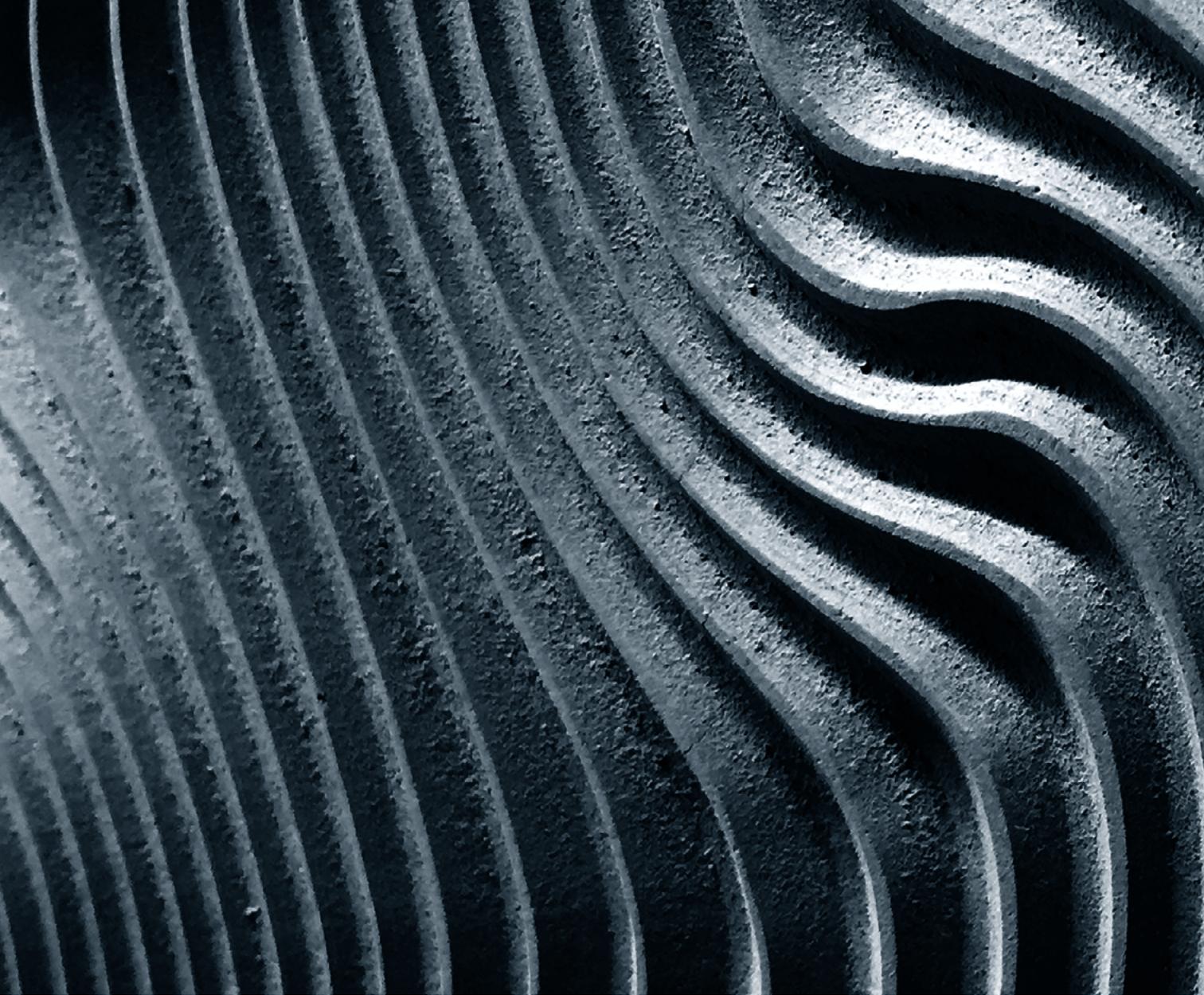
---

<b>AJD</b>	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (modalidad Actos Jurídicos Documentados)
<b>CCCat</b>	Código Civil de Cataluña
<b>Código Civil</b>	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil
<b>Compilación Navarra</b>	Ley Foral 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra
<b>DGSJ y FP (antes DGRN)</b>	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes, Dirección General de los Registros y del Notariado)
<b>Directiva CRD IV</b>	Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE
<b>Directiva 2004 / 39</b>	Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo
<b>Directiva 2006 / 48</b>	Directiva 2006 / 48 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio ( <b>DEROGADA</b> )
<b>Directiva 2008 / 48 / CE</b>	Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo
<b>Directiva NPLs</b>	Directiva (UE) 2021/2167 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2021 sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE
<b>Impuesto de Sociedades</b>	Regulado en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades

---

<b>Ley de Crédito Inmobiliario</b>	Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario
<b>Ley de Contratación con Consumidores Financieros</b>	Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito
<b>Ley del Capital Riesgo</b>	Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las sociedades de capital riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva
<b>Ley Concursal</b>	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
<b>Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios</b>	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre
<b>Ley de Enjuiciamiento Civil</b>	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
<b>Ley de los Establecimientos Financieros de Crédito</b>	Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial
<b>Ley Hipotecaria</b>	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
<b>Ley del Mercado Hipotecario</b>	Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario <b>(DEROGADA)</b>
<b>Ley del Mercado de Valores</b>	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
<b>LOSSEC</b>	Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito
<b>Ley de Prevención del Blanqueo</b>	Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo
<b>Ley 38/2011 de Reforma Concursal</b>	Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

<b>Ley 16/2022 de Reforma Concursal</b>	Ley 16/2022, de 5 de septiembre, 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, 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)
<b>Ley de Sociedades de Capital</b>	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
<b>Ley SOCIMIs</b>	Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario, modificada por la Ley 6/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica
<b>Ley de Usura</b>	Ley de 23 de julio de 1908, sobre la nulidad de los contratos de préstamo usurarios
<b>Ley de Vivienda</b>	Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda
<b>RD sobre el Registro de Prestamistas e Intermediarios</b>	Real Decreto 106/2011, de 28 de enero, por el que se crea y regula el registro estatal de empresas previsto en la ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y se fija el importe mínimo del seguro de responsabilidad o aval bancario para el ejercicio de esas actividades
<b>RDL 5/2005</b>	Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública
<b>Real Decreto sobre Servicios de Inversión</b>	Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre
<b>Reglamento CRR</b>	Reglamento (UE) número 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) número 648/2012 (conocido informalmente como "CRR" o "Reglamento CRR")
<b>Reglamento Roma I</b>	Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

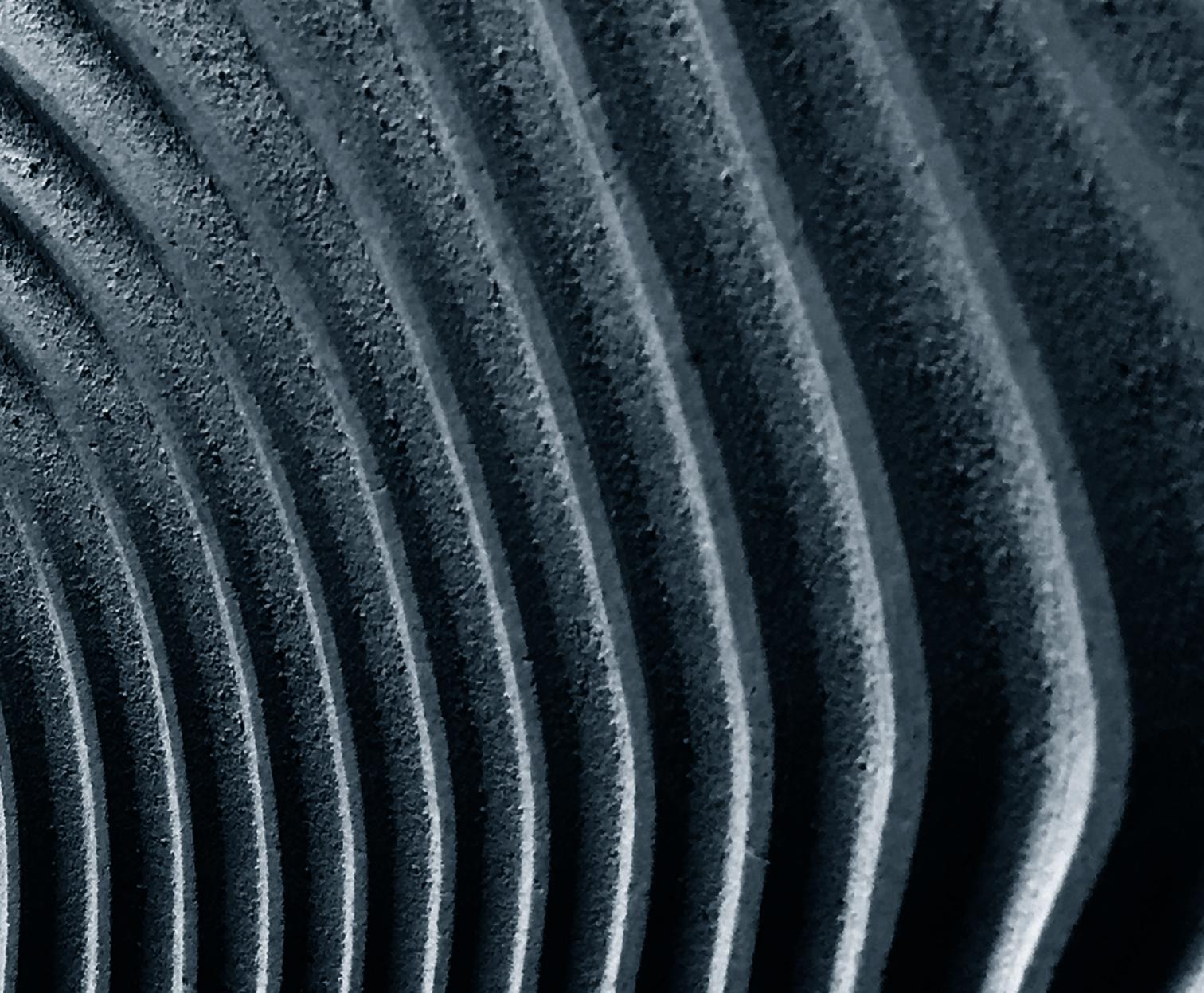


NÚM.10

# Problemas y cuestiones

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Diciembre 2023



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

# Más allá de la Ley de Responsabilidad Medioambiental: acción de indemnización de daños y perjuicios por daños o amenazas medioambientales



**José del Saz-Orozco Monsalve**

Asociado de Pérez-Llorca

MEDIO AMBIENTE

I. Introducción	110
II. Antecedentes y legislación aplicable	110
III. Requisitos y límites de construcción jurisprudencial	111
IV. Elementos fundamentales para el ejercicio de la acción	116
V. Problemática relevante ante los tribunales	118
VI. Tendencia jurisprudencial más reciente	119
VII. Conclusiones	121



**Fecha de recepción**  
25 de octubre de 2023



**Fecha de aceptación**  
2 de noviembre de 2023



**Resumen:** Actualmente, el foco normativo y doctrinal se está poniendo en la prevención y la mitigación de daños medioambientales –principalmente por iniciativas supranacionales como el Pacto Verde Europeo o la Directiva relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD)–. Pese a ello, no debe perderse de vista la necesidad de articular unos mecanismos jurídicos necesarios para lograr una adecuada remediación de los daños medioambientales que no hayan podido evitarse.

En España, el principal mecanismo de remediación ambiental viene constituido por la Ley 26/2007, de 23 de octubre Responsabilidad Medioambiental y las normas de los diferentes vectores ambientales que la completan. Sin embargo, no debe perderse de vista que existen también instrumentos de Derecho Privado que permiten que cualquier tercero perjudicado pueda resarcirse del daño medioambiental que se le ha causado, todo ello de forma independientemente de la acción de responsabilidad en el ámbito de Derecho Administrativo.

**Abstract:** The current regulatory and jurisprudential focus is being placed on the prevention and mitigation of environmental damage, mainly through supranational initiatives such as the European Green Deal or the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD). However, we must not lose sight of the need to develop the legal tools necessary to adequately remediate unavoidable environmental damage.

In Spain, the main environmental remediation tool is provided by Law 26/2007, of 23 October, on Environmental Liability (the Environmental Liability Law) and the regulations of the different environmental areas that complement it. However, we must bear in mind that there are also Private Law instruments that allow any third party that has suffered loss and damage to seek compensation for the environmental damage caused to them, independently of the liability action in the field of Administrative Law.



**Palabras clave:** indemnización; daños y perjuicios; medio ambiente; requisitos; interpretación jurisprudencial; responsabilidad objetiva; sujeto contaminante; nexo causal; presunción de culpabilidad; legitimación; prescripción; jurisdicción; competencia.

**Key words:** compensation; loss and damage; environment; requirements; interpretation of case law; strict liability; polluter; causal link; presumption of guilt; standing; limitation period; jurisdiction; competence.

## Más allá de la Ley de Responsabilidad Medioambiental: acción de indemnización de daños y perjuicios por daños o amenazas medioambientales

### I. Introducción

En el presente artículo se aborda el análisis de la acción de indemnización de daños y perjuicios por daños o amenazas medioambientales, cuya aplicación práctica ha sido objeto de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y reflexiones doctrinales.

En particular, tal y como se desarrollará más adelante, la acción de indemnización de daños y perjuicios por daños o amenazas medioambientales se define como una acción de naturaleza extracontractual –responsabilidad aquiliana– por medio de la cual quien se vea afectado por daños a la persona o a la propiedad tiene el derecho a ser resarcido por haber sufrido los mismos, constituyendo una acción clásica de nuestro Derecho Civil.

En cualquier caso, es importante diferenciar esta acción de las derivadas del ámbito del Derecho Administrativo –donde destaca por su relevancia la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental–, por cuanto estas últimas tienen como principal objetivo asegurar que aquellas personas físicas o jurídicas que generen –o potencialmente puedan generar– cualquier daño al Medio Ambiente, asuman los costes de prevención, evitación y remediación del mismo, sin que tenga que concurrir de manera particular la existencia de un tercero perjudicado, en tanto que el derecho a disfrutar del Medio Ambiente por la ciudadanía es un principio rector de la política económica y social recogido en el artículo 45 de la Constitución Española y que encuentra protección también en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –artículo 191.2, que establece el principio de “quien contamina paga”, conocido como “*PPP – Polluter Pays Principle*”–.

Expuesto lo anterior, a continuación, se realiza una breve referencia a los antecedentes y la evolución histórica de esta acción civil, así como a la normativa aplicable que configura la misma y los requisitos y límites que ha venido configurando la jurisprudencia para su ejercicio.

### II. Antecedentes y legislación aplicable

Aunque pudiera considerarse que la normativa en materia medioambiental tiene un origen relativamente reciente, cobrando especial relevancia desde la década de los 80, podemos encontrar los primeros antecedentes de la acción de indemnización de daños

medioambientales en el Derecho Romano, pues ya en el Digesto<sup>1</sup> se preveía el resarcimiento de los perjuicios derivados de humos, vertidos y vapores para evitar conflictos de vecindad.

Siguiendo esta línea, con posterioridad, ya en el siglo XIII, las Siete Partidas de Alfonso X<sup>2</sup> (*vid. Partida Tercera, Título 32, Ley 7*), incluirían una regulación similar, haciendo especial mención a las molestias generadas por la producción de emisiones, residuos y vertidos durante la limpieza de las viviendas, cauces y acequias.

Es más, también la Novísima Recopilación de 1805<sup>3</sup> (*vid. Reglas sobre la policía de la salud pública, que se han de observar por la suprema Junta de Gobierno de Medicina*) sentó ciertas normas relativas a las emisiones y efluvios, si bien, la materia se abordó en esta ocasión desde el punto de vista de la protección de la salud e higiene públicas.

Adentrándonos en la regulación civil española, en cuanto a los antecedentes más recientes, debe resaltarse que el texto original del Código Civil publicado en el año 1889 ya recogía de manera específica esta acción de indemnización por daños en materia de Medio Ambiente, que no ha sufrido ninguna modificación respecto a su redacción original, conservándose sin modificaciones hasta nuestros días.

A este respecto, la acción de indemnización por daños medioambientales se rige, de forma genérica, por el artículo 1.902 del Código Civil –que regula la responsabilidad aquiliana–, si bien debemos acudir al artículo 1.908 para encontrar una regulación más específica de dicha acción, pues introduce ciertas particularidades en lo que se refiere a daños de naturaleza medioambiental.

Se trata por tanto de una acción que ha mantenido estable su regulación desde su codificación en 1889, si bien su aplicación práctica ha sido objeto de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales que han venido modulado de forma casuística su interpretación. Asimismo, también existe abundante doctrina que ha desarrollado las cuestiones menos claras de esta acción, labor esta que completa y clarifica la definición, límites y requisitos de la acción de indemnización de daños y perjuicios por daños o amenazas medioambientales tal y como la conocemos actualmente.

### III. Requisitos y límites de construcción jurisprudencial

La regulación de esta acción contenida en el artículo 1.908 del Código Civil es ciertamente somera, incluyendo únicamente cuatro supuestos concretos en los que cabe indemnización por daños medioambientales: (i) explosión de máquinas y sustancias explosivas;

---

1 *Vid.* Libro 8º, Título 5º, Artículo 8, Secciones 5 a 7.

2 *Vid.* Partida Tercera, Título 32, Ley 7

3 *Vid.* Reglas sobre la policía de la salud pública, que se han de observar por la suprema Junta de Gobierno de Medicina

(ii) humos nocivos; (iii) caída de árboles; y (iv) emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes.

Debe tenerse en cuenta que el legislador de 1889 solo incluyó en este artículo los accidentes medioambientales que eran más habituales en ese momento, si bien, tal y como ha afirmado de forma unánime la doctrina, y en una interpretación sistemática con el artículo 1.902, la enumeración realizada tiene naturaleza de *numerus apertus*, cabiendo otros supuestos de daños medioambientales resarcibles.

Así, tal y como señalan algunos autores<sup>4</sup>, también son resarcibles por esta vía los daños generados por emisiones, vertidos, depósitos de sustancias, ruidos, olores, vibraciones, ondas, radiaciones, irradiaciones o modificaciones de temperaturas que degradan o contaminan el ambiente.

A este respecto, debe resaltarse que la jurisprudencia ha sido especialmente prolífica al aplicar el artículo 1.908 del Código Civil en lo que se refiere a los daños generados por ruidos y vibraciones, tendencia esta que, tal y como afirma parte de la doctrina<sup>5</sup>, encuentra sus primeros precedentes en la Sentencia, de 3 de diciembre de 1987, del Tribunal Supremo<sup>6</sup>.

Teniendo en cuenta la escasa regulación ofrecida en el Código Civil, nuestros Juzgados y Tribunales han realizado una labor de construcción jurisprudencial de los requisitos que deben concurrir para apreciar indemnización por daños medioambientales. A este respecto, los requisitos enunciados por la jurisprudencia son los siguientes:

- a) Existencia de una acción u omisión generadora de un daño medioambiental.
- b) Mensurabilidad y concreción del daño generado.
- c) Identificación del sujeto contaminante.
- d) Concurrencia de culpa o negligencia (si bien la jurisprudencia ha evolucionado respecto a este concreto requisito).
- e) Existencia de un nexo causal entre la acción u omisión del sujeto contaminante y el daño medioambiental.

A la luz de la jurisprudencia y la doctrina que han venido configurando estos cinco elementos como requisitos principales para el ejercicio satisfactorio de la acción de indemnización por daños medioambientales, queda claro que las cuestiones que más problemática suscitan son las tres que se han mencionado en último lugar.

---

4 LOZANO CUTANDA, B., "La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE" en *Medio Ambiente & Derecho, revista electrónica de derecho ambiental*, n.º. 95, 2009, pgs. 54-57.

5 CONDE-PUMPIDO TOURON, C., "Protección civil del medio ambiente" en *Jueces para la democracia*, n.º. 8, 1998, pgs.30-35.

6 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9176].

Con respecto a la identificación del sujeto contaminante, debe señalarse que no cabe acudir al mecanismo recogido en el artículo 1.908 del Código Civil en los casos de “contaminación difusa”, esto es, los casos en los que no es posible individualizar ni concretar los sujetos responsables, sino que los perjuicios causados derivan de la concurrencia de una multiplicidad de actuaciones u omisiones.

Estamos hablando, por ejemplo, de la contaminación atmosférica provocada por el tráfico rodado en las áreas urbanas, caso en el que al existir una multiplicidad de focos contaminantes no es posible establecer un nexo causal exacto entre la acción u omisión y el daño provocado.

Sobre esta cuestión, algunos autores<sup>7</sup> entienden que resulta difícil acudir a esta institución resarcitoria cuando los daños se generan por una colectividad no identificable o cuando afectan a bienes o derechos de uso común –e.g. atmósfera, espacios y paisajes protegidos–, es decir, en el caso de los denominados “daños difusos”.

Por otra parte, en relación con el requisito de la concurrencia de culpa o negligencia, parte de la doctrina<sup>8</sup> determina acertadamente que aunque en los supuestos 1º y 4º enumerados en el artículo 1.908 del Código Civil (explosión de máquinas o sustancias explosivas y emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, respectivamente) se vinculan a la existencia de una falta de diligencia; en el número 3º (caída de árboles) se establece que el causante será responsable en todo caso, salvo que el daño se haya producido por causa de fuerza mayor. Por su parte, el número 2º (humos nocivos) no hace referencia al concepto de diligencia, si bien vincula la responsabilidad a la existencia de humos “excesivos”.

Es decir, que de los cuatro supuestos enumerados en el artículo 1.908 del Código Civil, el 1º y el 4º pueden ser incluidos en la categoría de responsabilidad subjetiva, mientras que en el 2º y el 3º puede entenderse que el sistema de responsabilidad es puramente objetivo.

Así lo entienden numerosas sentencias del Tribunal Supremo (*vid. inter alia* Sentencia de 28 de junio de 1979, Sentencia de 14 de mayo de 1963, Sentencia de 30 de octubre de 1963, Sentencia de 24 de mayo de 1993 o la Sentencia de 12 de diciembre de 1980)<sup>9</sup>.

En este sentido, aparte de los cuatro supuestos específicos enumerados en el artículo 1.908 del Código Civil, el Tribunal Supremo ha venido configurando la acción de indemnización por otro tipo de daños y perjuicios medioambientales (distintos a los enumerados en dicho artículo) como una institución de responsabilidad objetiva o de “responsabilidad

---

7 LOZANO CUTANDA, B., “La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE” en *Medio Ambiente & Derecho, revista electrónica de derecho ambiental*, n.º. 95, 2009, pgs. 54-57.

8 DE MIGUEL PERALES, C., *La Responsabilidad Civil por daños al Medio Ambiente*, Civitas, Madrid, 1994.

9 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1979; rec. núm 264 [TOL1.740.877]; Sentencia n.º 153/1963 del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1963[ECLI:ES:TS:1963:153]; Sentencia n.º 2672/1963 del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1963 [ECLI:ES:TS:1963:2672]; Sentencia n.º 497/1993 del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1993; rec.núm. 3096/1990 [TOL1.655.589]; y Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1980; rec.núm 390 [TOL1.740.427].

por riesgo”, todo ello en línea con la construcción a nivel europeo del principio de quien contamina paga, y su paralela introducción en el ordenamiento jurídico español.

A este respecto, debe prestarse especial atención a la evolución jurisprudencial que esta cuestión ha tenido a lo largo de los años, pues –partiendo de la base de que el régimen general de responsabilidad civil es subjetivo– podría hablarse<sup>10</sup> de cierta tendencia de parte de la doctrina y de la jurisprudencia hacia la objetivación de la responsabilidad medioambiental<sup>11</sup>.

Cabe mencionar a los autores<sup>12</sup> que, en lo que se refiere a esta cuestión, y en una labor de síntesis de la amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo, establecen de forma clara las tres reglas inspiradoras de este sistema de responsabilidad:

- i) Inversión de la carga de la prueba: la Sentencia, de 10 de julio de 1943, del Tribunal Supremo<sup>13</sup>, sentó las bases de este sistema de responsabilidad, estableciendo una presunción de culpabilidad del titular de las instalaciones productoras del daño medioambiental.
- ii) El cumplimiento de los estándares habituales y el comportamiento diligente no eximen de responsabilidad: a partir de las Sentencias, de 25 de marzo de 1954 y de 5 de abril de 1963<sup>14</sup>, el Tribunal Supremo ha determinado que si en el ejercicio de una actividad potencialmente contaminante se produce un daño medioambiental aun habiéndose cumplido con los requisitos establecidos en la normativa de aplicación y el título habilitante a nivel medioambiental (e.g. Licencia de Actividad, Licencia Ambiental, Autorización Ambiental Integrada, etc.), el causante de dicho daño medioambiental deberá resarcir al afectado.
- iii) Principio “pro perjudicado”: en caso de duda respecto a la exactitud de la causa del daño, deberá prevalecer la protección y el resarcimiento del sujeto que ha sufrido el daño medioambiental (regla que comienza su andadura con la Sentencia, de 30 de junio de 1959, del Tribunal Supremo<sup>15</sup>) frente a las posibles dudas que puedan existir entorno a la generación del daño por parte del causante.

De esta forma, nuestros Tribunales han configurado la responsabilidad civil por daños y perjuicios a la persona o a la propiedad por amenazas medioambientales estableciendo una presunción de actuación negligente, en la medida en la que la producción de un daño se debe a que no se actuó de forma diligente para eliminar o minorar el riesgo, de tal manera que parte de la doctrina lo interpreta como cierta objetivación de la responsabilidad.

---

10 LOZANO CUTANDA, B., “La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE”. *Op. Cit.*

11 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1993 [RJ 1993\3727].

12 CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *Op. Cit.*

13 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1943 [RJ 1943\856].

14 Sentencia nº 335 del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1963 [ECLI:ES:TS:1963:2361]

15 Sentencia nº458 del Tribunal Supremo del 30 de junio de 1959 [ECLI:ES:TS:1959:1395]

Es importante resaltar, en línea con lo señalado por una parte de la doctrina<sup>16</sup>, que esta responsabilidad tiene dos importantes límites:

- i) Solo será de aplicación a aquellos casos que no pueden ser encuadrados en los supuestos enumerados en el artículo 1.908 del Código Civil, en los que, en su caso, se aplicarán los requisitos de negligencia y culpabilidad recogidos en dicho artículo.
- ii) Solo será de aplicación a las actividades potencialmente contaminantes, no siendo aplicable a todas las esferas de la vida. Esto es, tal y como determinó el Tribunal Supremo<sup>17</sup>, que solo será aplicable a las actividades que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios (e.g. actividades económicas sujetas a título ambiental, pero no las actividades “privadas” que puedan desarrollar los particulares)<sup>18</sup>.

En este sentido se pronuncian también las Sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2002<sup>19</sup>, de 20 de marzo de 1996, de 8 de abril de 1996, de 13 de julio de 1999, de 14 de febrero de 1985 y de 8 de junio de 1992.

Adicionalmente, tal y como se ha afirmado por una parte de la doctrina<sup>20</sup>, la responsabilidad civil por daños medioambientales debe respetar ciertos límites, pues la “presunción de culpabilidad” puede ser superada por el sujeto causante del daño medioambiental si es capaz de acreditar que adoptó todas las medidas al alcance de su mano encaminadas a la evitación del daño (prueba del “agotamiento de la diligencia”). Así lo establecen las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2002, de 20 de marzo de 1996, de 8 de abril de 1996 y de 13 de julio de 1999).

Expuesto lo anterior, procede realizar una breve mención a la casuística generada en relación con el último requisito de construcción jurisprudencial –i.e. la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión del sujeto contaminante y el daño medioambiental– por cuanto la demostración de la concurrencia del nexo causal es especialmente dificultosa en el ejercicio de esta acción, y todo ello porque los daños medioambientales suelen revestir la naturaleza de daños continuados (pensemos en vertidos a cauces de aguas, emisiones a la atmósfera, etc.), no existiendo un hito claro y definido en el que se concreta dicho daño. Adicionalmente, tal y como se ha señalado, en ocasiones, los daños medioambientales pueden ser generados por una colectividad no definida, los denominados “daños difusos”, casos en los que al no poder individualizarse la generación del daño tampoco es posible establecer el nexo causal.

---

16 GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente” en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº. XLV, 2012, pgs. 177-192.

17 Sentencia nº 470/1999 del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1999; rec.núm.2962/1994 [RJ 1994\4382].

18 A este respecto, también cabe resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de mayo de 1986, en la que se establece que el titular de las actividades potencialmente contaminantes, al desarrollar las mismas asume los potenciales riesgos intrínsecos a estas actividades, asumiendo también la responsabilidad en el caso de eventuales daños medioambientales.

19 Sentencia nº 1538/2022 del Tribunal Supremo de 24 de septiembre del 2002; rec.núm 554/2001 [ECLI:ES:TS:2002:6134]

20 LOZANO CUTANDA, B., “La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE”. *Op. Cit.*

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la demostración y cuantificación de los daños medioambientales requiere una sólida base técnica, por lo que resulta necesario aportar datos técnicos e informes periciales que, desde un punto de vista fáctico, acrediten la concurrencia del daño.

Por ello, tal y como se ha señalado por la doctrina<sup>21</sup>, a la vista de la dificultad de demostrar la existencia del vínculo de causalidad, la jurisprudencia ha relajado las exigencias relativas a su acreditación, interpretación esta que se ha realizado de forma paralela a la cierta “objetivación” del sistema de responsabilidad.

Así, la jurisprudencia mayoritaria ha adoptado la “teoría de la causalidad adecuada”<sup>22</sup>, esto es, que el actor de la acción debe acreditar que el daño medioambiental es causa probable de la acción u omisión del sujeto al que se reclama la responsabilidad. Es decir, que será suficiente que, de forma razonable o probable, la acción u omisión pueda haber provocado el daño medioambiental.

Sin embargo, otros autores<sup>23</sup> apuntan que esta causalidad adecuada debe demostrarse desde un doble punto de vista: (i) que la acción u omisión es probablemente la causa del daño; y (ii) que no existen otras circunstancias que hayan concurrido en la generación del daño, si bien este último punto no es cuestión pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia.

A este respecto, se ha afirmado por parte de la doctrina<sup>24</sup> que en los casos en los que opere la “teoría de la causalidad adecuada”, el alcance de la remediación del daño o indemnización correspondiente deberá ajustarse proporcionalmente a las probabilidades de que la acción u omisión hayan sido causa del daño.

Por tanto, el análisis de la concurrencia del nexo causal y de la cuantificación y concreción de la reparación deben analizarse casuísticamente, debiendo el órgano jurisdiccional analizar de manera pormenorizada las probabilidades de que la acción u omisión sean causa del daño medioambiental, ajustando asimismo el alcance de la indemnización o reparación que se exija al causante (*vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1988).

#### **IV. Elementos fundamentales para el ejercicio de la acción**

Expuesto lo anterior, resulta relevante entrar a conocer las principales cuestiones que, según la doctrina y la jurisprudencia, deben tenerse en cuenta de cara a poner en práctica

---

21 MARTÍNEZ GALLEGU, E. M., “Del daño ecológico a la defensa del medio ambiente” en *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº. 76, 2009, pgs. 6-31.

22 ROGEL VIDE, C., “La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español”, en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 30, nº. 3, 1977, pgs. 658-660.

23 MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del Medio Ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. Universidad de Granada (Granada), 1990.

24 DE MIGUEL PERALES, C., *Op. Cit.*

el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios por daños o amenazas medioambientales ante los Juzgados y Tribunales:

**a)** Legitimación activa:

En línea con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, estará legitimado para ejercitar la acción el sujeto que haya visto lesionados sus derechos personales o patrimoniales a causa de un daño de naturaleza medioambiental.

Sin embargo, debe advertirse cierta tendencia hacia la colectivización de la acción, pues no son pocas las ocasiones en las que asociaciones medioambientales o colectividades afectadas por daños de esta naturaleza acuden a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para fundamentar su legitimación activa para el ejercicio de la acción.

**b)** Legitimación pasiva:

No cabe duda de que ostentará legitimación pasiva el causante del daño medioambiental. Adicionalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.903 del Código Civil, serán también responsables los titulares de las instalaciones donde se generó el daño, además de, en su caso, las entidades aseguradoras que hayan suscrito pólizas que cubran este tipo de daños medioambientales<sup>25</sup>.

Merecen por otra parte especial mención los casos en los que se produce una concurrencia de acciones u omisiones que derivan en el daño medioambiental. A este respecto, parte de la doctrina<sup>26</sup> recuerda que el artículo 1.137 del Código Civil determina las reglas de la mancomunidad, según las cuales cada sujeto causante responderá en proporción a su contribución en la generación del daño. No obstante, otros autores<sup>27</sup> matizan que la jurisprudencia mayoritaria se inclina por aplicar la regla de la solidaridad, dado que en la mayoría de los casos es imposible concretar el grado de intervención de los distintos sujetos causantes del daño.

**c)** Plazo:

Según lo dispuesto en el artículo 1.968, apartado 2, del Código Civil, el plazo para ejercitar esta acción será de un año (plazo de prescripción) a contar desde que el afectado tuvo conocimiento del daño medioambiental sufrido.

No obstante, la jurisprudencia y la doctrina es unánime al afirmar que en el caso de daños medioambientales continuados, el plazo solo comenzará a contar (*dies a quo*) en el momento en el que cese el origen del daño.

---

25 CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *Op. Cit.*

26 MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *Op. Cit.*

27 DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La responsabilidad ambiental: penal, civil y administrativa*, Ecoiuris (Las Rozas, Madrid), 2003.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1989<sup>28</sup>, se determina que si existe una sucesión de actos que provocan el daño (e.g. el ejercicio de actividades mineras, que de forma continuada y sucesiva generan un daño medioambiental), mientras no cese la consecución de estos actos no empezará a computarse el plazo de un año para la prescripción de la acción.

**d)** Jurisdicción y competencia:

Serán competentes para enjuiciar la procedencia de esta acción los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción Civil. Debe tenerse en cuenta que se trata de una acción que persigue únicamente la salvaguarda de derechos individuales (e.g. salud, patrimonio, etc.), diferenciándose así de los mecanismos de Derecho Administrativo que van encaminados a proteger el Medio Ambiente como bien colectivo de toda la sociedad<sup>29</sup>.

## V. Problemática relevante ante los tribunales

Una vez analizada de forma detallada la naturaleza, requisitos y límites de esta acción, así como la principal jurisprudencia y doctrina que se pronuncian al respecto, procede analizar las principales cuestiones que se vienen suscitando ante los tribunales en el ejercicio práctico de esta acción:

**a)** Resarcimiento:

Tras demostrarse la generación del daño y la procedencia de que el sujeto dañado sea resarcido, debe determinarse el modo en que debe concretarse este resarcimiento.

A este respecto, los tribunales han señalado que tiene en todo caso prioridad la restitución del bien jurídico afectado al estado que presentaba con anterioridad a la producción del daño..

Únicamente se adoptará la solución indemnizatoria en los casos en los que no sea materialmente posible la restauración material (e.g. irreversibilidad del daño) o cuando esta sea desproporcionada y excesiva<sup>30</sup>. En definitiva, los titulares del derecho a esta reparación no pueden elegir entre reparación *in natura* o indemnización, ya que la primera deberá siempre prevalecer.

---

28 Destacan también las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997, de 12 de diciembre de 1980, de 12 de febrero de 1981, de 19 de septiembre de 1986, de 25 de junio de 1990, de 15 de marzo de 1993, de 20 de marzo de 1993 y de 24 de mayo de 1993.

29 Esta diferenciación entre los ámbitos civil y administrativo queda claramente plasmada en el artículo 5 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

30 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 1988.

Por otra parte, tal y como se ha señalado<sup>31</sup>, la jurisprudencia ha determinado que el resarcimiento de los perjuicios medioambientales debe incluir tanto la reparación de los daños ya causados como la adopción de los instrumentos preventivos encaminados a evitar una repetición de los daños.

**b)** Coordinación con los mecanismos de Derecho Administrativo:

Otra de las cuestiones suscitadas es la relación existente entre esta acción de carácter civil con las acciones existentes en Derecho Administrativo (e.g. régimen de responsabilidad de acuerdo con la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental) y, en concreto, si ambas pueden ejercitarse y en su caso prosperar de manera simultánea.

A este respecto, ciertos juristas<sup>32</sup> son claros al afirmar la plena compatibilidad entre ambas acciones, pues la propia Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental despeja las dudas al respecto al diferenciar de forma clara los daños que deben enjuiciarse en sede administrativa (i.e. daños estrictamente medioambientales, tal y como se definen en el artículo 2 de dicha Ley) de aquellos que son objeto del ámbito civil (i.e. pérdidas económicas y daños patrimoniales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental).

## VI. Tendencia jurisprudencial más reciente

A continuación, destacamos las novedades jurisprudenciales más recientes en relación con la responsabilidad civil derivada de daños o amenazas medioambientales, en particular:

- i)** Sentencia, de 14 de febrero de 2022, de la Audiencia Provincial de Huesca<sup>33</sup>, que estima el recurso de apelación interpuesto sobre las injerencias sonoras de un restaurante, en las inmediaciones de la vivienda de la demandante. En este sentido, conforme a la Jurisprudencia, establece que para que una actividad pueda ser calificada como molesta, tiene que cumplir, entre otros, con los siguientes requisitos:
- La actividad ha de exceder y perturbar el régimen o estado de hecho usual y corriente en las relaciones sociales, de manera notoria (**evidencia, habitualidad y permanencia** en la incomodidad).

---

31 CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi (Pamplona), 1996.

32 MARTÍN DIZ, F., "Responsabilidad por daños medioambientales: novedades legales y cuestiones procesales" en *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad y Seguros*, n.º. 61, 2008, pgs. 5-40.

33 Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de febrero de 2022 [EDJ 2022/569263].

- Quedan comprendidas dentro de las actividades molestas todas **aquellas que disminuyen el uso normal y el disfrute** de sus respectivos elementos a los demás condueños, los actos de emulación y las inmisiones
  - Se requiere una prueba **concluyente, plena y convincente**. [La negrita y el subrayado es nuestro]
- ii) Sentencia, de 15 de marzo de 2021, del Tribunal Supremo<sup>34</sup>, que estima la indemnización derivada de las enfermedades que ha provocado la inhalación de amianto que mantenían las ropas de trabajo contaminadas. En este sentido, la misma recuerda lo concluido por el Tribunal Provincial:
- [...] pese a conocer el peligro que conllevaba la inhalación de las fibras de amianto, **no actuó con la diligencia exigible**, al emitir sin control adecuado dichas fibras al ambiente exterior, por lo que **incurrió en responsabilidad extracontractual**. [La negrita y el subrayado es nuestro]
- iii) Sentencia, de 1 de julio de 2021, de la Audiencia Provincial de Salamanca<sup>35</sup>, que estima el recurso de apelación en relación con los humos y malos olores procedentes de un restaurante contiguo al del demandante.

Además, en aplicación del artículo 1.902 en materia de daños medioambientales y 1.908 en base a su naturaleza, entra a valorar el tratamiento de los daños medioambientales desde una responsabilidad civil subjetiva, manifestando que: “el no empleo de los procedimientos adecuados para **evitar sus consecuencias** da lugar a que se produzcan perjuicios”.

En este sentido, y en relación con la sentencia anterior, es determinante:

[...] la **omisión de la diligencia** exigible en el agente el daño causado como elemento indispensable para que surja la obligación de resarcir. **La previsibilidad** del daño es imprescindible para que exista la culpa, ya que, si aquel no es previsible, no existe ésta ni tampoco responsabilidad. Éste es un elemento esencial para poder distinguir la culpa del caso fortuito: En la **culpa el daño pudo ser previsto y evitado** y, si no lo es, se debe a la **negligencia en que incurre el responsable**; mientras que en el caso fortuito no existe esa previsibilidad. Por tanto, no puede declararse **culpable a quien no pudo prever los resultados de su actuación**, la previsibilidad del resultado debe ser apreciada de acuerdo con las circunstancias del dañador, siendo necesario para el juicio de previsibilidad atender a las circunstancias que concurren en el sujeto eventualmente responsable. [La negrita y el subrayado es nuestro]

---

34 Sentencia nº 141/2021 del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2021; rec.núm 1235/2018 [ECLI: ES:TS:2021:807].

35 Sentencia nº 455/2021 de la Audiencia Provincial de Salamanca de 1 de julio de 2021; rec.núm 112/2021 [ECLI:ES:APSA:2021:567].

- iv) Sentencia, de 8 de febrero de 2019, de la Audiencia Provincial de Asturias<sup>36</sup>, que establece que:

[...] la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, en doctrina que, entre otras, recogen sus sentencias de 12 de diciembre de 1980 , 24 de mayo de 1993 , 7 de abril de 1997 , 28 de enero de 2004 y 31 de mayo de 2007 , ha establecido que la respuesta judicial a los molestias y daños causados a particulares por lo que ha venido dominándose **“inmisiones medioambientales”** se encauza a través, bien del art. 590 del Código Civil (LEG 1889, 27) (que establece la prohibición de realizar actividades peligrosas o nocivas, **sin adoptar medidas que eviten daño** a los vecinos), bien del art. 1.908 del mismo texto legal (**indemnización de los daños** ocasionados por humos excesivos , que sean nocivos a las personas o propiedades), bien de su art. 7 (prohibición del abuso de derecho o ejercicio antisocial del de propiedad), reconociendo que el segundo de los preceptos citados, el art. 1.908 “configura un supuesto de responsabilidad , de claro matiz objetivo, **por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados** por los “humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. [La negrita y el subrayado es nuestro]

En vista de lo anterior y una vez expuesta la corriente jurisprudencial, a continuación, se exponen unas breves conclusiones sobre estas acciones de indemnización, relativas a la contaminación medioambiental.

## VII. Conclusiones

En definitiva, la acción de indemnización de daños y perjuicios por daños o amenazas medioambientales se configura como una acción civil, de naturaleza extracontractual y cuya escasa regulación ha hecho necesaria una extensa interpretación jurisprudencial.

Como se ha visto, esta acción es totalmente independiente (y se fundamenta sobre principios distintos) de las acciones de responsabilidad medioambiental en el ámbito del Derecho Administrativo, si bien comparten elementos comunes como la presunción de que una actividad es la causante del daño medioambiental si potencialmente puede serlo.

Por otra parte, tal y como ocurre con otras acciones similares, para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios por daños o amenazas medioambientales deben cumplirse todos los requisitos legales y jurisprudenciales identificados.

---

<sup>36</sup> Sentencia nº 49/2019 de la Audiencia Provincial de Asturias de 8 de febrero de 2019; rec.núm 574/2018 [ECLI:ES:APO:2019:326].

Precisamente, la interpretación de estos elementos (que no cuentan con base normativa) ha sido el reto principal de nuestros Tribunales y de la doctrina, quienes han puesto de manifiesto la absoluta necesidad de realizar un análisis de las concretas circunstancias de cada caso para identificar la concurrencia (o no) de dichos elementos y de contar con una base técnica y probatoria suficiente para dar soporte a la acción ejercitada.

Estos rasgos de la acción de indemnización de daños y perjuicios medioambientales son causa (y muestra) de la complejidad de la misma y de la necesidad de realizar un exhaustivo análisis de los factores contextuales de cada caso para su correcto su ejercicio.



# Normativa europea y nacional, vigente y en desarrollo, sobre las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*: una breve aproximación



**Natalia Olmos**

Socia de Pérez-Llorca

DERECHO PÚBLICO Y LITIGACIÓN



**Miguel Ángel Fernández**

Asociado de Pérez-Llorca

DERECHO PÚBLICO Y LITIGACIÓN

<b>I.</b>	<b>Introducción</b>	<b>126</b>
<b>II.</b>	<b>Antecedentes y situación actual</b>	<b>126</b>
<b>III.</b>	<b>Breve mención a las iniciativas de la Unión Europea en relación con el blanqueo ecológico o <i>greenwashing</i></b>	<b>128</b>
	1. Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica. Estado de tramitación	128
	2. Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales. Estado de tramitación	129
<b>IV.</b>	<b>Alternativas que brinda la legislación nacional vigente frente al blanqueo ecológico o <i>greenwashing</i></b>	<b>133</b>
<b>V.</b>	<b>Pronunciamientos relevantes en Reino Unido</b>	<b>138</b>
	1. Shell UK	138
	2. Repsol S.A.	139
	3. Petronas	139
<b>VI.</b>	<b>Conclusión</b>	<b>140</b>



**Fecha de recepción**  
25 de octubre de 2023



**Fecha de aceptación**  
2 de noviembre de 2023

---



**Resumen:** En este artículo se realiza un breve repaso de la normativa europea y nacional, vigente y en desarrollo, sobre las prácticas de blanqueo ecológico o greenwashing, para conocer el estado actual de la regulación existente, así como la dirección que se está siguiendo en esta materia.

**Abstract:** This article provides a brief overview of the current and developing European and national regulations on greenwashing practices, in order to understand the current state of existing regulations, as well as the trend that is being followed in this area.



**Palabras clave:** blanqueo ecológico, publicidad engañosa, competencia desleal, transición ecológica, declaraciones medioambientales.

**Key words:** greenwashing, misleading advertising, unfair competition, green transition, environmental claims.

## Normativa europea y nacional, vigente y en desarrollo, sobre las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*: una breve aproximación

### I. Introducción

La evolución de la conciencia ecológica a raíz de desastres ambientales ocurridos en las últimas décadas, ha llevado a numerosas empresas a intentar dotarse de una imagen de mayor compromiso con el medioambiente y, a tal efecto, han venido implementando distintas estrategias de marketing verde que no siempre son congruentes con el desempeño medioambiental real de las compañías.

Es en este contexto en el que nace el término “*greenwashing*” o “ecoblanqueamiento”, para tratar de sancionar este tipo de conductas y demostrar que, en efecto, existe un importante desfase entre discursos y prácticas ambientales.

En el presente artículo realizaremos un breve repaso de la normativa europea y nacional, vigente y en desarrollo, sobre las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*, para conocer el estado actual de la regulación existente, así como la dirección que se está siguiendo en esta materia.

Dado que en España los reguladores competentes no han procedido todavía a sancionar conductas de ecoblanqueamiento, realizaremos también un breve análisis de algunos casos de *greenwashing* sancionados por el regulador independiente de la publicidad en el Reino Unido, la *Advertising Standards Authority* (ASA), lo que nos permitirá conocer cómo se están combatiendo estas prácticas en otros países.

### II. Antecedentes y situación actual

En el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 ya definió el blanqueo ecológico (o *greenwashing*) como “la práctica de obtener una ventaja competitiva desleal comercializando un producto financiero como respetuoso con el medio ambiente cuando, en realidad, no cumple los requisitos medioambientales básicos”. Como puede comprobarse, dicho Reglamento se centra en el blanqueo ecológico en productos financieros. Merece la pena destacar, igualmente, la aprobación de la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva

2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. La norma, entre otras cuestiones, tiene como objetivo mejorar el marco de presentación y verificación de la información sobre sostenibilidad, definiendo las relacionadas con la sostenibilidad y estableciendo pautas para la presentación de dicha información por parte de las empresas.

A raíz de lo anterior, la Comisión Europea presentó el 30 de marzo de 2022 una propuesta de Directiva que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información (la **“Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica”**). Dicha Propuesta de Directiva tiene por objeto mejorar los derechos de los consumidores mediante la modificación de dos directivas que protegen los intereses de los consumidores a escala de la Unión: la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales y la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores.

Del mismo modo, la Comisión Europea presentó el 22 de marzo de 2023 su propuesta de Directiva sobre alegaciones medioambientales (la **“Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales”**), que pretende (i) regular más específicamente el blanqueo ecológico, (ii) impedir que se formulen declaraciones medioambientales engañosas y (iii) atajar la proliferación de etiquetas públicas y privadas que crean confusión en los consumidores y que también pueden aportar información engañosa sobre el carácter ecológico de productos o servicios.

También la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA, por sus siglas en inglés), publicó el 31 de mayo de 2023 un informe en el que se evalúa el riesgo de que se produzcan por parte de las empresas declaraciones engañosas sobre sostenibilidad que induzcan a error a los inversores en sus decisiones, en toda la cadena de valor de la inversión sostenible. La identificación de los tres roles principales que pueden desempeñar los participantes en el mercado en relación con el *greenwashing*-desencadenante, difusor y receptor de una comunicación engañosa- ayudó a la ESMA a comprender mejor las interrelaciones en toda la cadena de valor y señaló la importancia de las responsabilidades de diligencia debida de cada participante en el mercado. La evaluación confirmó que las declaraciones engañosas pueden referirse a todos los aspectos clave del perfil de sostenibilidad de un producto o una entidad. La selección, la omisión, la ambigüedad, las afirmaciones vacías (incluida la exageración), así como el uso engañoso de la terminología ESG (*Environmental, Social and Governance*), se consideran las cualidades engañosas más extendidas<sup>1</sup>.

Por su parte, en el ámbito nacional, la CNMV ha dado sus primeros pasos en relación con la materia:

Por un lado, se hizo eco de la convocatoria de datos (*call of evidence*) de las Autoridades Europeas de Supervisión sobre blanqueo ecológico (*greenwashing*)<sup>2</sup>, con la que dichas

---

1 ESMA30-1668416927-2498 Progress Report on Greenwashing (europa.eu)

2 <https://www.cnmv.es/DocPortal/DocFaseConsulta/CESR/GW.pdf>

autoridades buscaron información sobre posibles prácticas de *greenwashing* en todo el sector financiero de la UE, incluidos el sector bancario, de seguros y los mercados financieros.

Incluyó en su plan de actividades de 2023, el refuerzo de “la supervisión ante los riesgos del contexto actual y define como prioridad la identificación del blanqueo ecológico o *greenwashing*”.

Asimismo, también se está incorporando paulatinamente esta problemática a la legislación autonómica. Buena prueba de ello es la Ley 6/2022, de 5 de diciembre, del Cambio Climático y la Transición Ecológica de la Comunitat Valenciana, que en su artículo 147 (Promoción de técnicas y tecnologías para la reducción de emisiones) establece que “Se promoverá así mismo la elaboración de un catálogo de técnicas y tecnologías para la reducción de emisiones sobre la base a la taxonomía europea para evitar el ecoblanqueamiento o blanqueo ecológico”. La celebración de elecciones generales el pasado mes de julio ha provocado que otras iniciativas normativas se encuentren paralizadas.

### **III. Breve mención a las iniciativas de la Unión Europea en relación con el blanqueo ecológico o *greenwashing***

#### **1. Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica. Estado de tramitación**

La Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica introduce, entre otras, las siguientes modificaciones relevantes de la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales:

- i)** Se modifica la lista de características del producto respecto de las cuales una empresa no debe engañar a un consumidor, para incluir el “impacto medioambiental o social”.
- ii)** También se incluyen dos nuevas prácticas comerciales en la lista de acciones que deben considerarse engañosas si hacen, o es probable que hagan, que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. La más relevante es hacer una alegación medioambiental relacionada con el comportamiento medioambiental futuro sin compromisos y metas claros, objetivos y verificables y un sistema de supervisión independiente.
- iii)** Se añade un nuevo elemento a la lista de información que debe considerarse fundamental en el caso de prácticas comerciales específicas, cuya omisión puede hacer que la práctica comercial de que se trate se considere engañosa. En particular, cuando una empresa preste un servicio que compare productos, incluso a través de una herramienta de información sobre la sostenibilidad, se considerarán fundamentales la información sobre el método de comparación, los productos objeto de

---

3 <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t=%7B1307810f-3152-411e-9bcd-38c2f5db28f9%7D>

la comparación y los proveedores de dichos productos, así como las medidas para mantener la información actualizada.

- iv)** Además, la lista de prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia se amplía a las prácticas asociadas a la obsolescencia temprana de los productos y al blanqueo ecológico. En particular, las prácticas comerciales adicionales más relevantes añadidas al anexo I de la Directiva 2005/29/CE que deben considerarse desleales en cualquier circunstancia son las siguientes:
  - a)** Exhibir una etiqueta de sostenibilidad que no se base en un sistema de certificación o no esté establecida por autoridades públicas.
  - b)** Hacer una alegación medioambiental genérica con respecto a la cual la empresa no pueda demostrar un comportamiento medioambiental excelente reconocido pertinente para la alegación.
  - c)** Hacer una alegación medioambiental sobre todo el producto, cuando en realidad solo se refiera a determinado aspecto de él.

La Directiva aún no ha sido aprobada, aunque el 19 de septiembre de 2023, el Consejo de la Unión Europea y el Parlamento alcanzaron un acuerdo político provisional con respecto a la Propuesta de Directiva. Conforme a la información disponible del Consejo Europeo, dicho acuerdo, si bien mantiene los objetivos de la Propuesta, introduce algunas mejoras, como:

- i)** la inclusión de alegaciones injustas basadas en la compensación de las emisiones de gases de efecto invernadero en la lista de prácticas prohibidas;
- ii)** medidas más estrictas contra la obsolescencia prematura de productos;
- iii)** la aclaración de la responsabilidad de los comerciantes en determinados casos;
- iv)** la introducción de una etiqueta armonizada con información sobre la garantía comercial de durabilidad; y
- v)** mejoras en el aviso armonizado sobre la garantía legal de conformidad.

En todo caso, como decimos, la versión final de la Directiva aún está pendiente de ser adoptada formalmente por ambas instituciones.

## **2. Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales. Estado de tramitación**

Un estudio de la Comisión Europea publicado en marzo de 2020 concluyó que el 53,3% de las afirmaciones ambientales examinadas en la UE resultaron vagas, engañosas o infundadas y el 40% no estaban fundamentadas. Para la Comisión Europea, "la ausencia de normas comunes para las empresas que hacen declaraciones verdes voluntarias conduce

a un “lavado verde” y crea un campo de juego desigual en el mercado de la UE, en desventaja para las empresas genuinamente sostenibles”<sup>4</sup>.

Para atajar esta situación, la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales tiene como objetivo abordar la creciente preocupación sobre el uso de afirmaciones engañosas o falsas en relación con aspectos medioambientales en la comercialización de productos y servicios, estableciendo un marco normativo para garantizar que las alegaciones medioambientales sean veraces y respaldadas por las correspondientes evaluaciones.

El ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales comprende aquellas alegaciones medioambientales explícitas y voluntarias, realizadas por empresas que ejercen sus actividades en la Unión Europea, sobre productos u otras empresas en sus prácticas comerciales con consumidores. A este respecto, cabe destacar que únicamente afecta a las declaraciones que no se encuentren reguladas en otras normas de la Unión Europea.

En este sentido, por alegaciones o declaraciones medioambientales ha de entenderse como todo mensaje o representación, incluida la representación textual, pictórica, gráfica o simbólica, en cualquier forma (incluidas las etiquetas), en el contexto de una comunicación comercial, que indique o implique que un producto o una empresa tiene un impacto positivo o nulo en el medio ambiente, es menos perjudicial para el medio ambiente que otros productos o empresas, respectivamente, o ha mejorado su impacto medioambiental a lo largo del tiempo.

Como principal medida, esta Propuesta de Directiva obliga a las empresas a llevar a cabo una evaluación para justificar las alegaciones medioambientales explícitas, la cual deberá, entre otras cuestiones: (i) especificar si la alegación está relacionada con la totalidad, parte o determinados aspectos de un producto, empresa o actividad, (ii) basarse en pruebas científicas reconocidas, y (iii) mostrar que los impactos medioambientales son significativos y relevantes para el producto o servicio en cuestión.

Así, la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales obliga a que alegaciones medioambientales explícitas, como “envases fabricados con un 30% de plástico reciclado”, “zumo respetuoso con las abejas”, “viaje con compensación de carbono” o “compromiso de reducir en un 50% las emisiones de CO<sub>2</sub> vinculadas a la producción de este producto”, deberán ser fundamentadas y dicha fundamentación deberá ser verificada *ex ante*.

Del mismo modo, siempre que se afirme que un producto o empresa tiene menos impactos medioambientales o un mejor comportamiento medioambiental que otros productos o empresas, deberá hacerse de una manera justa y basarse en información y datos reales y acreditados.

---

4 [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0085](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0085)

Además, se establece la obligación de cumplir con reglas específicas para la correcta comunicación de las alegaciones medioambientales: por ejemplo, se hace obligatorio proporcionar información adicional al consumidor en relación con la respectiva alegación medioambiental, que facilite la comprensión del alcance e impacto de aquello que se alega.

La Propuesta de Directiva también aborda los sistemas de etiquetado ambiental, frenando la proliferación de etiquetas públicas y privadas y garantizando la transparencia y solidez de los sistemas de etiquetado. Así, solo las etiquetas medioambientales concedidas en el marco de sistemas de etiquetado medioambiental establecidos en virtud del Derecho de la Unión podrán presentar una calificación o puntuación de un producto o empresa sobre la base de un indicador agregado de los impactos medioambientales de dicho producto o empresa.

Estos sistemas de etiquetado medioambiental deberán reunir ciertos requisitos relacionados con la transparencia y accesibilidad de la información. Adicionalmente, deberán contar con un mecanismo de reclamación y resolución de litigios, así como establecer procedimientos para hacer frente a su revisión periódica, incumplimiento de requisitos y retirada o suspensión de la etiqueta medioambiental.

Por lo que se refiere a los mecanismos de control para comprobar el cumplimiento de estas nuevas obligaciones, la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales prevé lo siguiente:

- i)** Los Estados miembros deberán establecer procedimientos para verificar la justificación y la comunicación de alegaciones medioambientales explícitas, así como la conformidad de los sistemas de etiqueta medioambiental. Dicha verificación deberá ser realizada por un verificador acreditado antes de que se haga pública la alegación medioambiental o de que la empresa exhiba la etiqueta medioambiental. Una vez finalizada la verificación, el verificador elaborará, cuando proceda, un certificado de conformidad que acredite que la alegación medioambiental explícita o la etiqueta medioambiental cumplen los requisitos establecidos.
- ii)** Además, las autoridades competentes efectuarán controles periódicos de las alegaciones medioambientales explícitas y de los sistemas de etiquetado medioambiental aplicados en el mercado de la Unión. Cuando detecten un incumplimiento de una de las obligaciones establecidas en la Directiva, llevarán a cabo una evaluación que abarque todos los requisitos pertinentes establecidos.
- iii)** Cuando tras la evaluación, las autoridades competentes constaten que la justificación y la comunicación de la alegación medioambiental explícita o del sistema de etiquetado medioambiental no cumplen los requisitos establecidos, notificarán el incumplimiento a la empresa que efectúe la alegación y le exigirán que adopte todas las medidas correctoras adecuadas, a fin de adaptar la alegación medioambiental explícita o el sistema de etiquetado medioambiental a lo dispuesto en la Directiva o de dejar de utilizar la alegación medioambiental explícita no conforme y de hacer referencia a esta.

Por otro lado, es particularmente relevante destacar que la Propuesta de Directiva establece un procedimiento para la tramitación de reclamaciones y acceso a la justicia, así como un procedimiento sancionador ante potenciales incumplimientos, de acuerdo con el cual:

- i)** Las personas físicas o jurídicas u organizaciones que tengan un interés legítimo tendrán derecho a presentar reclamaciones fundadas ante las autoridades competentes cuando consideren que una empresa no cumple las disposiciones de la Directiva. En este sentido, se considerará que tienen un interés suficiente las organizaciones o entidades no gubernamentales que promuevan la salud humana, el medio ambiente o la protección de los consumidores y que cumplan los requisitos establecidos en la legislación nacional.
- ii)** Las autoridades competentes evaluarán la reclamación y, en caso necesario, adoptarán las medidas oportunas, incluidas inspecciones y audiencias de la persona u organización, con el fin de verificar dichas reclamaciones. En caso de confirmarse, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para hacer cumplir la normativa.
- iii)** Los Estados miembros deberán velar por que se puedan presentar recursos ante un tribunal o cualquier otro órgano público independiente e imparcial relativos a la legalidad, procedimental y sustantiva, de las decisiones, actos u omisiones de la autoridad competente que resolverá las referidas reclamaciones. Ello, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho nacional que exijan que se agoten los procedimientos administrativos de recurso antes de recurrir a procedimientos judiciales.
- iv)** Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de la Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Las sanciones y medidas aplicables en caso de infracción de la Directiva incluirán: (a) multas que priven efectivamente a los responsables de los beneficios económicos derivados de sus infracciones, aumentándose el nivel de dichas multas en caso de reincidencia; (b) la confiscación de los ingresos obtenidos por la empresa de una transacción con los productos pertinentes de que se trate; (c) la exclusión temporal, por un período máximo de doce meses, de los procesos de contratación pública y del acceso a la financiación pública, y en particular de los procedimientos de licitación, las subvenciones y las concesiones.

Esta Directiva aún está siendo objeto de debate por los colegisladores europeos, por lo que su fecha de aprobación dependerá de las negociaciones y posteriores modificaciones o enmiendas sugeridas por el Parlamento y/o el Consejo a la Propuesta de la Comisión.

#### IV. Alternativas que brinda la legislación nacional vigente frente al blanqueo ecológico o *greenwashing*

Como hemos anticipado, ni la Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica, ni la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales, han sido aprobadas a la fecha del presente artículo, de manera que podría parecer que, en la actualidad, las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing* no están siendo perseguidas o sancionadas a nivel nacional. Sin embargo, sin perjuicio de su adaptación una vez aprobadas las referidas Directivas, la legislación nacional vigente ya ofrece una serie de herramientas que permiten combatir estas prácticas.

En este sentido, este tipo de conductas podrían incardinarse en los artículos 5 (Actos de engaño) y 7 (Omisiones engañosas) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“LCD”).

El artículo 5 (Actos de engaño) de dicha norma establece lo siguiente:

1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: [...]

b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio. [...]

d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta. [...]

g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido. [...]

2. Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de

distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios. [El subrayado es nuestro]

Por su parte, el artículo 7 (Omisiones engañosas) de la LCD establece lo siguiente:

1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. [El subrayado es nuestro]

En la misma línea, el artículo 3.e) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad determina que la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, son consideradas como publicidad ilícita y además tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la LCD.

Como puede comprobarse, la falsedad o incongruencia en las declaraciones medioambientales sobre un producto o servicio que realice una empresa podría sancionarse conforme a los citados preceptos, máxime teniendo en cuenta el desarrollo normativo europeo analizado anteriormente que, aunque no esté aún en vigor, puede ser tenido en cuenta, aun con carácter orientador, por los tribunales a los que se someta un litigio por esta cuestión.

Conforme a lo anterior, al amparo de la LCD, frente a conductas de *greenwashing* podrían plantearse alguna o varias de las siguientes acciones:

- i)** acción declarativa de deslealtad;
- ii)** acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura;
- iii)** acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal;
- iv)** acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- v)** acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente; y
- vi)** acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Como ejemplo del tratamiento de esta cuestión por nuestros tribunales, puede citarse al Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 11 de julio de 2018<sup>5</sup> analiza un supuesto de hecho en el que una empresa se publicita como la primera empresa en el sector en obtener una certificación especial (“*Q de oro*”) y es demandada por un competidor al considerar que se trata de publicidad engañosa y, por tanto, constituye competencia desleal:

Para calificar la información difundida por Bellota en su nota de prensa, de la que se hicieron eco algunos medios de comunicación, es preciso que se cumplan dos requisitos: en primer lugar, que la información suministrada sea apta para inducir a error a sus destinatarios; y, en segundo lugar, que sea idónea para incidir en su comportamiento económico. Conforme a lo declarado probado en la instancia, la información suministrada podría considerarse formalmente veraz, si atendemos a que Bellota es fabricante de herramienta de mano y Egamaster, si bien monta y comercializa este tipo de herramienta con su propia marca, no lleva a cabo su entera fabricación. Pero el tipo desleal incluye también aquella información que, siendo formalmente veraz, induce a error a sus destinatarios, que es lo que ocurre en este caso.

Egamaster había obtenido con anterioridad la “Q de oro” y realiza trabajos de montaje y ensamblaje de piezas prefabricadas por otro, y pone su marca en los productos terminados, de tal forma que de cara al público y a sus clientes figura como fabricante. Por eso, la afirmación contenida en el comunicado de prensa de que Bellota es la primera empresa del sector en obtener la “Q de oro” induce a error, en cuanto que el público consumidor de esos productos puede entender que el sector incluye también a empresas como Egamaster, pues a fin de cuentas se comercializan herramientas de mano con su marca. Es por ello que, en contra de lo apreciado por la sentencia recurrida, en este caso la información suministrada por Bellota era apta para inducir a error a sus destinatarios, con lo que se cumple el primero de los requisitos exigidos para calificar el comportamiento de la demandada de «actos de engaño» del art. 5.1 LCD.

El segundo requisito exige la aptitud de esta información engañosa para incidir en el comportamiento económico de los destinatarios. Para precisar qué debemos entender por “comportamiento económico del consumidor o usuario”, hemos de acudir al art. 4.1. LCD, donde se encuentra una descripción aplicable a toda la Ley y no solo a las conductas tipificadas en dicho precepto:

Toda decisión por la que éste -consumidor o usuario- opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: a) La selección de una oferta u oferente; b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo; c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago; d) La conservación del bien o servicio; e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

---

5 Sentencia nº 435/2018 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 11 de julio de 2018 [ES:TS:2018:2742].

Para juzgarlo hay que acudir al parámetro del destinatario medio -normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz-, dentro del círculo de los destinatarios de la información. En este caso son los adquirentes y usuarios de este tipo de herramienta, principalmente en el País Vasco.

En cualquier caso, la distorsión del comportamiento debería ser significativa. Esta exigencia si bien no se encuentra en la dicción del art. 5 LCD, es razonable y se extrae del párrafo segundo del art. 4.1 LCD.

La doctrina entiende, con buen criterio, que la relevancia de la conducta viene en parte dada por la propia tipificación en el art. 5.1 LCD. En esos casos, hay que partir de qué es relevante, sin perjuicio de que pueda acreditarse o ponerse en evidencia lo contrario, a la vista del propio contenido de la noticia, de su escasa o nula difusión, y de las circunstancias concurrentes.

De este modo, en nuestro caso, en principio, la información engañosa sobre los premios de excelencia puede tener una relevancia a la hora de incidir en el comportamiento económico de los usuarios.

Cuando Bellota informa que es fabricante de herramienta manual y recambio agrícola, y la primera empresa de ese sector en recibir el galardón de la «Q de oro», está negando que otra empresa del sector, Egamaster, hubiera alcanzado antes este reconocimiento. Lo que equivale a negarle este reconocimiento público de calidad empresarial.

De tal forma que esta publicidad no sólo es apta para generar error en sus destinatarios acerca de la calidad empresarial de la demandante, sino que además es idónea para influir en el comportamiento económico de sus destinatarios, pues transmite una información, por comparación, peyorativa de la demandante en relación con la demandada (no tiene el reconocimiento de calidad empresarial que tiene esta última).

También, en el ámbito concreto de las alegaciones medioambientales, puede citarse la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, de 1 de abril de 2014<sup>6</sup>, que califica de engañosa una campaña de publicidad que pretendía crear en el consumidor una impresión errónea respecto a una supuesta mayor protección del medio ambiente, que no aparecía avalada por ninguna base objetiva:

No obstante lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, respecto a determinados parámetros del agua filtrada y a la veracidad o inveracidad de los mismos, a partir de un análisis global de la publicidad realizada por Brita S.A en relación a los filtros “Maxtra Marella” y “on tap”, puede estimarse según las reglas de la sana crítica que la publicidad de Brita S.A. incurre en engaño al inducir a error a los consumidores, equiparando el agua mineral embotellada y el agua filtrada, pese a sus notables diferencias. Todo ello conforme a las siguientes razones:

---

6 Sentencia nº 63/2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, de 1 de abril de 2014 [ES:JMB:2014:216]

Respecto a las alusiones al medio ambiente y a una mayor protección que supuestamente se consigue con el agua filtrada, también debe calificarse como una información engañosa que pretende crear en el consumidor la impresión de que con el consumo de agua filtrada en lugar del agua embotellada, se protege el medio ambiente. No obstante tal afirmación carece de cualquier tipo de base objetiva. No se apoya o realiza estudio alguno sobre el impacto medio ambiental de la fabricación de los filtros de Brita.

Así mismo se realizan tales afirmaciones sin hacer referencia alguna a la política medio ambiental de los productores de agua embotellada. Tal omisión tiene particular importancia y vicia de manera clara la comparativa realizada respecto al medio ambiente. Y ello porque a partir de la documental número 12 acompañada al escrito de demanda se colige que Aneabe, asociación que engloba a las empresas de agua de bebidas envasadas se dedica también al desarrollo de sistemas encaminados al reciclaje y reutilización de envases de agua, con objeto de contribuir a la protección del medio ambiente.

De dichas consideraciones y circunstancias prescinde de modo integral, la publicidad y comparación realizada respecto a las ventajas en torno al medio ambiente. Se trata pues de una información engañosa que pretende crear en el consumidor una impresión errónea respecto a una supuesta mayor protección del medio ambiente, que por otro lado no aparece avalada por ninguna base objetiva.

En definitiva publicidad realizada por Brita en torno a sus filtros debe reputarse engañosa dado que induce a error a los consumidores. Creándoles (a partir de la forma de presentación de la información y de la comparativa y referencias al agua embotellada) la incorrecta impresión de que gracias al filtro el agua del grifo se convierte en algo distinto, equiparándose al agua mineral embotellada. Y que además el agua filtrada presenta frente al agua embotellada ventajas de ahorro económico y protección del medio ambiente.

La publicidad realizada al contener informaciones sobre el medio ambiente, omitiendo cualquier referencia a la política medio ambiental de las entidades representadas por la parte actora, transmiten una imagen o información apta para menoscabar el crédito de las entidades comercializadoras de agua embotellada en el mercado, no habiéndose probado por la demandada que las manifestaciones realizadas en torno al medio ambiente sean exactas, verdaderas y pertinentes. Debiendo reputarse desleal por tanto al amparo del artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal. [El subrayado es nuestro]

Como puede observarse, aunque todavía no se hayan aprobado las Directivas analizadas, los tribunales nacionales ya están sancionando estas prácticas al amparo de la normativa de competencia desleal vigente. No cabe duda de que el contenido de las Propuestas de Directiva analizadas puede ayudar a impulsar este tipo de procedimientos y a orientar su resolución.

## V. Pronunciamientos relevantes en Reino Unido

Como hemos anticipado, si bien los tribunales españoles han venido sancionando prácticas de ecoblanqueamiento conforme a la normativa de competencia desleal vigente, los organismos reguladores competentes en la materia no han procedido todavía a sancionar este tipo de conductas<sup>7</sup>.

Por ello, es oportuno destacar algunos pronunciamientos recientes de la Advertising Standards Authority (ASA), el regulador independiente de la publicidad en el Reino Unido, para situar la aplicación de la normativa de *greenwashing* en dicho país, lo que pueden darnos algunas pistas acerca de potenciales acciones futuras en España en la materia.

### 1. Shell UK<sup>8</sup>

**Descripción del anuncio:** Un póster, un anuncio de televisión y un video de YouTube que contenían afirmaciones engañosas y declaraciones ambientales, tales como “Bristol está listo para una energía más limpia. En el suroeste, 78,000 hogares usan electricidad 100% renovable de Shell Energy” sobre un texto más pequeño que decía: “La electricidad renovable de Shell Energy es suministrada por National Grid y certificada por Renewable Energy Guarantees of Origin, igualando la electricidad comprada con la cantidad equivalente de fuentes 100% renovables”. Y “El Reino Unido está listo para una energía más limpia” e incluía texto en su título que decía: “Desde la carga de vehículos eléctricos hasta la electricidad renovable para su hogar, Shell está brindando a los clientes más opciones bajas en carbono y ayudando a impulsar la transición energética del Reino Unido. El Reino Unido está listo para una energía más limpia”.

**Decisión:** La ASA reconoció que era probable que los anuncios indujeran a error a los consumidores puesto que tergiversaban la contribución real de Shell a las iniciativas con bajas emisiones de carbono, como parte del equilibrio general de las actividades de la empresa. La impresión general del anuncio era que los productos energéticos bajos en carbono comprendían una proporción significativa de los productos energéticos en los que Shell invirtió en 2022 (y no es así).

Según el Informe de sostenibilidad 2021 de Shell, las operaciones de Shell dieron lugar a emisiones de gases de efecto invernadero en 2021 que se estimaron en equivalentes a 1375 millones de toneladas de dióxido de carbono. La inversión y extracción de petróleo y gas a gran escala comprendía la gran mayoría del modelo de negocio de la compañía en 2022 y continuaría haciéndolo en el futuro cercano.

**Consecuencia:** Se le comunicó a Shell que los anuncios no debían volver a aparecer en esos términos, además se les requirió que se asegurara de que sus futuros anuncios con declaraciones ambientales no indujeran a error exagerando u omitiendo información

---

<sup>7</sup> Determinadas actuaciones de publicidad engañosa en el ámbito de la comunicación audiovisual también pueden ser denunciadas y sancionadas por la CNMC al amparo de lo previsto en la Ley General de Comunicación Audiovisual.

<sup>8</sup> Shell UK Ltd - ASA | CAP.

material sobre la proporción de sus actividades comerciales que consistían en actividades con menos emisiones de carbono.

## 2. Repsol S.A.<sup>9</sup>

**Descripción del anuncio:** Un anuncio online que decía: “En Repsol, estamos desarrollando biocombustibles y combustibles sintéticos para lograr emisiones netas cero”. Después de lo cual se mostraba un automóvil estacionado en una zona boscosa, rodeado de hojas, con un texto que decía: “Combustibles renovables para una movilidad más sostenible”.

**Decisión:** Los consumidores podían interpretar la afirmación anterior, además de la imagen de la naturaleza y el entorno natural, en el sentido de que el desarrollo de biocombustibles y combustibles sintéticos de Repsol constituía un elemento significativo de sus actividades actuales, hecho que hoy no representa la realidad.

**Consecuencia:** Se le comunicó a Repsol que el anuncio no debía volver a aparecer en esos términos. La base de las declaraciones ambientales en futuras comunicaciones de marketing debe ser clara, y garantizar que las comunicaciones de marketing no omitan engañosamente información material, por ejemplo, cómo y cuándo Repsol lograría emisiones netas cero, y el papel que desempeñaría el desarrollo de biocombustibles en ese plan.

## 3. Petronas<sup>10</sup>

**Descripción del anuncio:** Un anuncio de televisión que decía “Nuestra historia comenzó con un sueño, para ver si podíamos enfrentarnos a una industria. No fue fácil, pero poco a poco, el bien comenzó a suceder”. Se mostraron escenas de tráfico en movimiento, un puerto lleno de contenedores de envío, hielo roto flotando en el mar, basura en un río y un incendio forestal. La voz en off continuó: “Pero a medida que el mundo producía más energía, se convirtió en un problema de la naturaleza, y nosotros éramos parte de ello. Se necesitaba una respuesta, así que comenzamos a conectar los puntos, para convertirnos en un socio progresivo de energía y soluciones, enriqueciendo vidas para un futuro sostenible”. Se mostraron paneles solares, niños en las aulas, un pozo construido y reciclaje en una fábrica. La voz en off decía: “Para reducir las emisiones, aumentar la energía renovable, llevar la educación a más, defender el impacto social y promover una economía circular, así como lograr emisiones netas de carbono cero para 2050” y el texto que decía “Net Zero 2050”. La voz en off continuó: “Conectemos los puntos y creemos un futuro más sostenible para todos para que nuestra próxima generación siempre tenga algo que esperar” y se mostró a un niño mirando a lo lejos.

**Decisión:** La ASA consideró que los consumidores entenderían este anuncio como que Petronas ya era una empresa de energía que estaba contribuyendo a un futuro sostenible al avanzar hacia la reducción de emisiones y aumentar el uso de energía renovable, así como tener un plan en marcha que resultaría en que alcanzara estos objetivos y cero neto para 2050. Los consumidores no entenderían el alcance de la contribución real de

---

9 Repsol SA - ASA | GORRO.

10 Petroliam Nasional Berhad - ASA | CAP.

Petronas a las emisiones de gases de efecto invernadero dada la presentación y las afirmaciones en el anuncio.

**Consecuencia:** Se le comunicó a Petronas que el anuncio no debe volver a emitirse en su forma actual. Se le requirió para que se asegurara de que sus futuras campañas de marketing no omitieran información material de manera engañosa.

## VI. Conclusión

Las prácticas de *greenwashing* o ecoblanquamiento –aparentar ser ‘verde’ sin serlo realmente–, preocupan cada vez más a consumidores y empresas, tanto a nivel europeo como nacional, por lo que desde la Unión Europea y, de momento, a nivel autonómico en España, se están adoptando una serie de medidas para tratar de combatirlas.

En este contexto, en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información, la Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica tiene por objeto mejorar los derechos de los consumidores mediante la modificación de dos directivas que protegen los intereses de los consumidores a escala de la Unión: la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales y la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores.

Del mismo modo, la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales pretende regular más específicamente el blanqueo ecológico, impedir que se formulen declaraciones medioambientales engañosas y atajar la proliferación de etiquetas públicas y privadas que crean confusión en los consumidores y que también pueden aportar información engañosa sobre el carácter ecológico de productos o servicios.

Si bien estas Directivas todavía no han sido aprobadas, las prácticas de publicidad engañosa, incluidas las declaraciones medioambientales falsas, ambiguas o incongruentes, están siendo denunciadas y sancionadas en España desde hace varios años ante los tribunales nacionales por prácticas de competencia desleal conforme a la normativa vigente. Sin embargo, los reguladores españoles competentes no han comenzado a sancionar prácticas de *greenwashing*, a diferencia de lo que ocurre en otros países como Reino Unido, en donde el regulador independiente de la publicidad ha sancionado a varias empresas por conductas o declaraciones medioambientales que inducen a error a los consumidores. Entendemos que esta situación en España cambiará una vez aprobadas las referidas Directivas y transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico.



# Sobre la tramitación de los instrumentos de planeamiento – Novedades en la Comunidad de Madrid



**Beatriz Álvarez Mallo**  
Asociada de Pérez-Llorca  
URBANISMO



**Eduardo Castilla**  
Asesor jurídico de Pérez-Llorca  
URBANISMO

<b>I. Introducción</b>	<b>144</b>
<b>II. Clases de planes y normas urbanísticas</b>	<b>144</b>
1. Planeamiento supramunicipal	144
2. Planes generales de ordenación urbana	146
3. Normas subsidiarias y complementarias	147
4. Programas de actuación urbanística	148
5. Planes parciales	149
6. Planes especiales	149
7. Estudios de detalle	151
<b>III. Procedimiento de aprobación del planeamiento</b>	<b>152</b>
1. Consideraciones preliminares	152
2. Suspensión del otorgamiento de licencias: tipos	153
3. Extensión y efectos de la suspensión	156
4. <i>Vacatio legis</i>	157
5. Defecto de publicación	157
6. Vigencia del planeamiento	158
7. Modificación ordinaria	159
<b>IV. Otras novedades introducidas por la Ley Ómnibus</b>	<b>161</b>
<b>V. Conclusiones</b>	<b>161</b>



**Fecha de recepción**  
23 de noviembre de 2023



**Fecha de aceptación**  
27 de noviembre de 2023

---



**Resumen:** El presente artículo expone el contenido y alcance de los principales instrumentos de planeamiento, así como las novedades introducidas en la Comunidad de Madrid mediante la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid (la “Ley Ómnibus”).

**Abstract:** This article sets out the content and scope of the main planning instruments as well as the main provisions introduced in the Community of Madrid by the Law of Urgent Measures for the Promotion of the Economic Activity of the Community of the Community of Madrid.



**Palabras clave:** urbanismo, instrumentos de planeamiento, Comunidad de Madrid

**Key words:** planning, land planning instruments, Community of Madrid

## Sobre la tramitación de los instrumentos de planeamiento – Novedades en la Comunidad de Madrid

### I. Introducción

El urbanismo es uno de los campos del Derecho más relevantes para permitir y posibilitar el desarrollo de las ciudades en nuestro país, estableciendo las pautas espaciales para el asentamiento de las actividades en consonancia con las diferentes políticas sociales, económicas y culturales emanadas de nuestro Poder Legislativo. Uno de los principales objetivos de esta rama del Derecho es la búsqueda de la optimización del uso del espacio y los recursos para poder crear comunidades cada vez más sostenibles, aumentando la calidad de vida de la población.

Para lograr todos estos objetivos, es preciso tener en cuenta la relevancia de lo que conocemos como instrumentos de planeamiento, que pueden ser definidos como aquellos que permiten mantener el orden dentro de los espacios de la ciudad. En este sentido, el presente artículo aborda en primer lugar las clases de planes, normas e instrumentos urbanísticos y en segundo lugar, el alcance de las novedades introducidas últimamente en la Comunidad de Madrid sobre estos.

En relación con ello, la Ley Ómnibus, aprobada en diciembre de 2022, busca adaptar la normativa sobre urbanismo y medio ambiente a las nuevas realidades económicas que se están viviendo en la Comunidad de Madrid, como consecuencia de los importantes cambios que estos dos ámbitos están experimentando en los últimos años. Por ello, consideramos interesante realizar un análisis sobre las principales novedades que esta Ley introduce en el panorama urbanístico y medioambiental dentro de su ámbito territorial

### II. Clases de planes y normas urbanísticas

En términos generales, entre las distintas clases de instrumentos de planeamiento y normas urbanísticas, se encuentran los siguientes:

#### 1. Planeamiento supramunicipal

Se entienden por Planes de Ordenación Supramunicipal (los “**POS**”) todos aquellos instrumentos urbanísticos cuyo ámbito de actuación abarca un territorio superior al propio ámbito del municipio. Esta definición puede parecer, a primera vista, contradictoria con el apartado 2.a) del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de

Régimen Local (la “**LBRL**”), que atribuye de forma plena a los entes municipales las competencias en materia urbanística<sup>1</sup>.

No obstante, la formulación de los POS encuentra su fundamento legal en las atribuciones urbanísticas que atribuye la Constitución Española de 1978 (la “**CE**”), en su artículo 148.1.3<sup>2</sup>, a las Comunidades Autónomas (las “**CCAA**”) para que estas puedan conocer de determinados asuntos relacionados con la ordenación del territorio, siendo por ello también competentes en lo que respecta al desarrollo normativo y al planeamiento urbanístico.

De este modo, si la planificación y ordenación del territorio escapa de los límites municipales, su definición; aprobación y ejecución será, entonces, competencia autonómica. Sin embargo, estos planes no serán admisibles en aquellas CCAA cuya normativa urbanística no los contemple. Este es el caso, por ejemplo, de la Comunidad de Madrid, cuyas disposiciones legales (i.e. Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, la “**LSCM**”) no los regula expresamente aunque, por otra parte, reconoce la competencia autonómica para desarrollar instrumentos urbanísticos que afecten a varios municipios<sup>3</sup>.

En línea con lo anterior, y a modo ilustrativo, pero no exhaustivo, las CCAA en cuyo ordenamiento existen y se recogen alguna de las clases de POS son las siguientes:

- Andalucía: Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía (artículo 34 de la LISTA) y los Planes de Ordenación Intermunicipal (artículo 64 de la LISTA).
- Asturias: Planes Generales de Ordenación Intermunicipales (Art. 85, Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril).
- Castilla y León: Planeamiento supramunicipal (Art. 55 bis, Ley 5/1999, de 8 de abril).
- Cataluña: Planes directores urbanísticos (Art. 56, Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto) y Planeamiento urbanístico plurimunicipal (art. 77).
- Galicia: Plan Básico autonómico (Art. 49-50 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero).
- Valencia: Estrategia Territorial de la Comunitat Valenciana, Planes de acción territorial y Planes generales estructurales mancomunados (Art. 14 de Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje).

---

1 Artículo 25.2.a) LBRL: “El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación”.

2 Artículo 148.1. CE: “1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 3.A Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”.

3 Artículo 61.6 LSCM: “6. Corresponderá al órgano competente de la Comunidad de Madrid la tramitación y aprobación de los instrumentos de planeamiento que afecten a más de un término municipal”.

En la práctica, podemos dividir los POS en dos grandes bloques: (i) aquellos con ámbito autonómico; y (ii) aquellos con ámbito menor al de la totalidad de la CCAA (e.g. provincial, comarcal, insular, etc.). Adicionalmente, deben tenerse en cuenta, aunque no son estrictamente instrumentos de ordenación, los Proyectos de Alcance Regional (los “**PAR**”), ordenadores de actuaciones con incidencia territorial en la totalidad o en gran parte de la Comunidad de Madrid y cuyo régimen de elaboración y ejecución ha sido flexibilizado y simplificado con la aprobación de la Ley Ómnibus.

En este sentido, entre las novedades introducidas por la Ley Ómnibus, cabe destacar que:

- Se elimina la referencia a las “razones de urgencia o excepcional interés público”, de modo que será posible aprobar los PAR siempre y cuando concurra alguno de los supuestos recogidos en el art. 33 de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Ordenación del Territorio, Suelo y Urbanismo de Madrid.
- Las personas privadas, físicas o jurídicas, que los tramiten, tendrán que obtener, con carácter previo a su aprobación, una declaración de interés regional emitida por la Consejería competente.
- Se elimina la restricción de que los PAR no pudiesen afectar a suelo no urbanizable de protección.

## 2. Planes generales de ordenación urbana

El plan general de ordenación urbana (el “**PGOU**”) es un instrumento urbanístico de ordenación integral que abarca uno o varios municipios completos, si bien el territorio comprendido será considerado como una unidad indivisible (i.e. un PGOU no puede afectar sólo a una parte del término municipal).

En cuanto a su rango y jerarquía normativa, los PGOU tienen carácter reglamentario, por lo que sus determinaciones no pueden ir en contra de la legislación urbanística estatal ni autonómica, tal y como ha venido siendo reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, cabe destacar, por su especial relevancia, la Sentencia nº 569/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 27 de mayo; rec. núm. 6731/2018 donde se recoge que:

Conforme a lo expuesto, debemos señalar que, si hemos concluido que los planes de urbanismo son reglamentos, y es ese axioma incuestionable (además de las sentencias antes reseñadas, las más antiguas de 7 de febrero de 1987 (RJ 1987, 2750), 17 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7848), 9 de mayo de 1989 (RJ 1989, 4114), 6 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8803), 22 de mayo de 1991, citadas en la de 9 de julio de 1991 (RJ 1991, 5737), dictada en el recurso de apelación 478/1989), a su régimen jurídico hemos de estar y no someterlo, por sus peculiaridades, a un régimen que tome normas del régimen de la actividad administrativa más allá de lo que el propio Legislador autorice[...].

No obstante, no es necesario que cada término municipal apruebe su propio PGOU y es muy habitual en la práctica que multitud de ellos se rijan por normas subsidiarias de planeamiento general, las cuales vienen a suplir las determinaciones del PGOU.

En lo que respecta a su contenido, de conformidad con el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (el "RD 2159/1978"), el PGOU ha de contener, como mínimo, determinaciones respecto de las siguientes cuestiones:

- La clasificación del suelo (i.e. urbano, urbanizable y rústico/no urbanizable).
- La estructura general y orgánica del territorio (e.g. asignación de usos globales, definición del sistema general de comunicaciones, espacios libres y zonas verdes, etc.).
- Su programación de desarrollo.
- Medidas para la protección del Medio Ambiente.
- Previsiones de revisión del propio Plan General.
- El régimen jurídico anteriormente aplicable al planeamiento vigente y a la edificación existente, de manera que se establezca un régimen transitorio en el que se especifique qué aspectos del planeamiento precedente subsisten; si bien, la jurisprudencia ha avalado que su inobservancia no implica que sea una causa determinante para su invalidez<sup>4</sup>.

Además de este contenido mínimo, en la práctica es habitual que estas determinaciones se vean ampliadas por la normativa autonómica aplicable en materia de urbanismo y ordenación del territorio.

### 3. Normas subsidiarias y complementarias

Las normas subsidiarias y complementarias tienen finalidad supletoria al planeamiento general, y vienen a definir la ordenación detallada de aquellos municipios que no disponen de dicho planeamiento. Así son consideradas por el Tribunal Supremo:

[...] los demás instrumentos de planeamiento urbanístico son disposiciones de carácter general, siendo inequívoco su carácter normativo; y en el caso que examinamos se trata de Normas Subsidiarias que cumplen la función de un Plan General y por ello deben incorporar un estudio económico y financiero que justifique la

---

4 Sentencia nº 733/1993 del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1993; rec. núm. 792/88 [ECLI:ES:TS:1993:1138]: "en lo que atañe a la falta de un régimen transitorio en el Plan, incumpléndose de esa forma lo establecido en el art. 19.3 del Reglamento de Planeamiento, aun siendo cierto, su omisión no puede erigirse en motivo de anulación del Plan que se examina, por cuanto a esta prescripción meramente reglamentaria, no legal, no cabe reputarla en ningún caso como requisito esencial de un Plan General de Ordenación, sino tan sólo accidental, a introducir cuando las circunstancias lo demanden o lo hagan aconsejable, quedando sin el mismo el planeamiento anterior y la edificación existente sometido a las prevenciones generales de la Ley".

racional posibilidad de implantar en la práctica las previsiones que se establecen [...] <sup>5</sup>.

La principal diferencia entre estos dos tipos de normas radica en que las complementarias regulan o desarrollan cuestiones no previstas en el PGOU, al que no pueden contradecir, mientras que, las subsidiarias, tienen como función principal suplir la ausencia del PGOU y determinar la ordenación en aquellos municipios que no posean dicho instrumento de planeamiento.

Merece la pena destacar que, pese a que conforme al artículo 160 del Real Decreto 2159/1978 las normas complementarias y subsidiarias deben tener carácter indefinido, en la práctica suelen verse desplazadas por la aprobación del correspondiente PGOU municipal.

En línea con lo anterior, conviene tener en cuenta que, en virtud del artículo 51 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (la "LRSOU") <sup>6</sup>, las normas subsidiarias serán de aplicación directa: (i) cuando los municipios carezcan de cualquier tipo de planeamiento; (ii) en los municipios cuyo único instrumento de ordenación aprobado sea un proyecto de delimitación de suelo urbano o equivalente; y (iii) en los municipios con planeamiento general suspendido, entre tanto no se apruebe el plan municipal.

#### 4. Programas de actuación urbanística

Los programas de actuación urbanística (los "PAU") pueden definirse como instrumentos de desarrollo del planeamiento destinados, únicamente, al suelo clasificado como "urbanizable no programado" (i.e. no delimitado). Tienen como finalidad la concreción de la ordenación establecida por los PGOU para, posteriormente, aprobar un plan parcial que especifique el régimen concreto del suelo en cuestión.

Además, estos programas se encuentran subordinados a los instrumentos de planeamiento general y, por lo tanto, se han de ajustar y adaptar a las determinaciones ya establecidas. Estos programas se dividen en tres clases, en función de quien se encarga de su elaboración y ejecución,

- i) Los PAU cuya elaboración y ejecución sean adjudicadas por concurso.
- ii) Los PAU elaborados por la Administración en ejercicio de la iniciativa urbanística (de oficio o a instancia de un tercero), cuya ejecución sea realizada por esa misma Administración.
- iii) Los PAU elaborados por la Administración, cuya ejecución dependa de su adjudicación mediante concurso.

---

5 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012; rec.núm 4314/2009 [ECLI:ES:TS:2012:5144].

6 Es conveniente destacar que, aunque la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, deroga esta Ley, la Sentencia del TC 61/1997, de 20 de marzo, declara inconstitucional el apartado primero de dicha disposición, por lo que debe entenderse que esta norma permanece vigente.

En línea con lo anterior, conviene resaltar que los PAU deben tener como ámbito de actuación una unidad urbanística integrada, que deberá contar con la dotación y servicios de equipamiento necesarios para poder cubrir las necesidades poblacionales, incluyendo las obras necesarias que correspondan en la estructura general del planeamiento.

## 5. Planes parciales

Los planes parciales son instrumentos cuya finalidad es ampliar las determinaciones del PGOU, pudiendo desarrollar determinaciones de ordenación pormenorizada previstas en el planeamiento general siempre y cuando tales modificaciones estén expresa y suficientemente justificadas.

Para que sean viables, deberán seguir el esquema básico contenido en el PGOU (o su equivalente, que deberá haber sido aprobado con carácter previo o simultáneo). Además, la jurisprudencia también ha venido admitiendo la posibilidad de que los planes parciales puedan introducir modificaciones sobre determinaciones pormenorizadas al PGOU que desarrollan. En este sentido, resaltar la Sentencia nº 1327/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de septiembre de 2008; rec. núm. 643/2006 [ECLI:ES:TSJM:2008:15941], la cual establece que:

[...] las determinaciones del Plan General alteradas por el Plan Parcial lo son de ordenación pormenorizada, estándose en el caso de que podían ser modificadas para su mejora por el Plan Parcial de autos, según lo dispuesto en los artículos 47.3, 61.4 y 69.2 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, siempre que expresamente se justifique que las modificaciones tienen por objeto el incremento de la calidad ambiental de los espacios urbanos de uso colectivo o la mejora de las dotaciones públicas, sea mediante la ampliación de éstas o de la capacidad de servicio y funcionalidad de las ya previstas, y que son congruentes con la ordenación estructurante del Plan General [...].

En este sentido, el ámbito espacial que integre del plan parcial ha de ser inferior al municipio, por lo que, en principio, el conjunto de territorios que lo integren deberá encontrarse dentro del mismo. No obstante, en relación con el ámbito territorial, no existe disposición normativa que obligue a que el plan parcial se desarrolle en un mismo término municipal.

Como novedad en la Comunidad de Madrid, hay que destacar que la Ley Ómnibus ha modificado la redacción del artículo 47 de la LSCM "Función de los planes parciales" permitiendo que éstos puedan modificar los límites de los ámbitos o sectores hasta un 5 por ciento de la superficie total del ámbito o sector, siempre que se justifique y motive a través de un estudio topográfico y cartográfico, indicando asimismo los errores del planeamiento superior.

## 6. Planes especiales

El plan especial es un instrumento que depende jerárquicamente del PGOU y cuya finalidad principal es el desarrollo de un sector determinado y una actividad concreta (e.g. operación de reforma interior, protección y conservación del patrimonio, protección de los recursos naturales, etc.).

Entre las situaciones para las que se necesita la aprobación de un plan especial están las siguientes:

- Para llevar a cabo medidas de protección en determinadas zonas, en los supuestos en que no exista plan territorial autonómico y/o PGOU. También es posible la aprobación de un plan especial aun existiendo PGOU, en el caso de que sus determinaciones y previsiones no sean lo suficientemente precisas.
- Desarrollo de planeamiento territorial (e.g. planes directores territoriales u otros instrumentos de las CCAA).
- Para cumplir la normativa sectorial con incidencia territorial.
- Desarrollo de las previsiones de PGOU o de normas subsidiarias o complementarias, sin necesidad de que se apruebe ningún plan parcial previamente.

En cuanto a su contenido, engloba tanto determinaciones comunes como determinaciones específicas. Dentro de las primeras se han de incluir todas aquellas que sean necesarias para el desarrollo del plan territorial y/o del PGOU y, en caso de que no desarrollen ningún instrumento urbanístico superior, deberán también incluir aquellas cuestiones relativas a su finalidad, naturaleza y justificaciones (e.g. efectos producidos con el establecimiento del plan especial, justificación de la protección, límites, etc.).

En este sentido, hay que destacar que la Ley Ómnibus ha reformulado completamente el régimen del plan especial contenido en la LSCM, redefiniendo las funciones que puede realizar este tipo de instrumento de planeamiento (ex artículo 50 LSCM). Así, entre las principales novedades, está la modificación de determinaciones estructurantes, cuando el ámbito de referencia haya sido ordenado mediante un instrumento de planeamiento aprobado con base en la LSCM y/o adaptado a la LSCM (actualmente habría 22 municipios de la Comunidad de Madrid adaptados), sin perjuicio de mayor concreción mediante desarrollo reglamentario a futuro, con las siguientes particularidades:

- a)** Cambio del uso característico de una o varias parcelas lucrativas de suelo urbano consolidado, siempre que la variación de aprovechamiento urbanístico no varíe en más de 15 %.
- b)** Incrementos de edificabilidad de una o varias parcelas en suelo urbano consolidado, con un máximo de un 15 % de incremento sobre la superficie edificable establecida en el plan general.
- c)** En aquellos casos en los que la densidad o número de viviendas sea una determinación estructurante, la intensificación de usos en parcela o parcelas privadas de suelo urbano consolidado que incrementen la densidad de población o usuarios, con un máximo de un 15 % sobre la densidad existente o prevista en el plan general.

- d) Determinaciones sobre condiciones higiénicas, estéticas, de edificación, o de la urbanización que no sean coherentes o impidan la adaptación de los edificios a la legislación ambiental, de la edificación, de eficiencia energética.
- e) Determinaciones estructurantes que contradigan, no sean coherentes o impidan la adaptación del régimen de usos autorizables en el suelo no urbanizable de protección.

A mayor abundamiento, en aquellos casos en que un plan especial altere determinaciones estructurantes, será necesario: (i) que incluya suficiente justificación del interés general; y (ii) obtener informe preceptivo y vinculante de la Comisión de Urbanismo con carácter previo a su aprobación.

## 7. Estudios de detalle

Los Estudios de detalle (los “**ED**”) son instrumentos urbanísticos de desarrollo con carácter potestativo y una finalidad general pero delimitada, ya que no pueden aprobarse si no existe un planeamiento previo superior.

La característica esencial de los ED es la limitación de su cometido, pues estos se circunscriben al desarrollo de las determinaciones del planeamiento superior. En consecuencia, salvo que la legislación aplicable lo permita, será nulo todo ED que contradiga o se aparte del planeamiento superior.

En este sentido, los ED únicamente pueden formularse con los siguientes fines:

- Establecer alineaciones y rasantes, completando las que ya estuviesen señaladas en el suelo urbano por el PGOU, normas subsidiarias y complementarias de planeamiento o proyecto de delimitación del suelo urbano, en las condiciones ya fijadas por estos instrumentos.
- Reajustar y adaptar dichas alineaciones y rasantes, de conformidad con el contenido del planeamiento superior.
- Completar la red de comunicaciones definida en los instrumentos superiores con aquellas vías interiores que resulten necesarias para proporcionar acceso a los edificios cuya ordenación concreta se establezca en el propio ED.
- Ordenar volúmenes de acuerdo con el PGOU, las normas subsidiarias y complementarias de planeamiento y los planes parciales, respetando siempre sus determinaciones.

Se trata, en definitiva, de un instrumento de naturaleza derivada y complementaria, cuya función es la de adaptar el planeamiento previamente aprobado. En este sentido, conviene traer a colación lo establecido por el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 12 de abril de 2012; rec. núm. 7004/2009 [ECLI:ES:TS: 2012:2693], en la que se menciona lo siguiente:

los Estudios de Detalle carecen de carácter innovador, en forma tal que ni siquiera en supuestos de alineaciones y rasantes y ordenación de volúmenes conforme a las especificaciones del Plan, pueden dejar de cumplir el Plan al que sirven de especificación o detalle; su finalidad es subordinada y complementaria sin que puedan intentar colmar un vacío de ordenación urbanística adoptando determinaciones originarias que son propias de los Planes [...]”. [El subrayado es nuestro].

Además, los ED tendrán una vigencia indefinida salvo que planeamiento jerárquicamente superior y la normativa técnica de aplicación con la que fueron aprobados cambie, por lo que, en cualquier momento podría iniciarse la tramitación de la correspondiente declaración responsable o licencia urbanística que los desarrolle.

Para finalizar, ya en el ámbito de las novedades introducidas por la Ley Ómnibus, se modifica la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, al objeto de excluir de la necesidad de realizar una evaluación ambiental a los ED y a los planes parciales que, en suelo urbano, se circunscriban para un caso concreto a la aplicación del régimen de usos ya admitidos por un planeamiento superior, sin incrementar la edificabilidad ni el número de viviendas.

Esta exclusión es consecuencia directa de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio, núm. 86/2019, que declara conforme a la Constitución el artículo 150.4 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias por el que se permite la exclusión de evaluación ambiental estratégica de los ED por su “escaso alcance, entidad y capacidad innovadora desde el punto de la ordenación urbanística”.

### **III. Procedimiento de aprobación del planeamiento**

#### **1. Consideraciones preliminares**

Antes de comenzar el estudio de este apartado, es importante destacar que los actos preparatorios en el procedimiento de tramitación y aprobación de los instrumentos urbanísticos y territoriales son, principalmente, la suspensión facultativa de licencias y los avances de planeamiento. No obstante, también es importante tener en cuenta lo que podemos denominar “efectos secundarios del planeamiento” (i.e. la suspensión automática de licencias y la suspensión de planeamiento).

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que podemos encontrarnos ante procedimientos monofásicos o bifásicos, en función de si en su tramitación se puede distinguir o no entre las dos fases señaladas. Así, los instrumentos de planeamiento urbanístico general suelen tener carácter bifásico, mientras que los de desarrollo, monofásico, tal y como se refleja en la Sentencia nº 1375/2020 del Tribunal Supremo de 21 de octubre del 2020; rec. núm. 6895/2018 [ECLI:ES:TS:2020:3319] en la que se menciona que:

Debemos ratificar, desde nuestra perspectiva, la citada potestad de planeamiento de las administraciones locales y autonómica ---a través del clásico procedimiento

bifásico-- para ordenar las ciudades, pero también para proceder a la modificación de la ordenación establecida en un determinado momento.

Del mismo modo, en los procedimientos bifásicos, podemos distinguir entre dos etapas claramente diferenciadas: la primera, ante la Administración local, que comprende los actos preparatorios, la aprobación inicial y la aprobación provisional; y la segunda, ante el órgano autonómico competente, que está formada por la fase de aprobación definitiva y la publicación.

En los instrumentos de ordenación del territorio, la división anterior no está tan presente, sin perjuicio de que se reconozca participación e iniciativa a las corporaciones locales.

En los instrumentos de ordenación regional, la dualidad de fases se produce en diversos supuestos. En estos casos, en los que el instrumento se aprueba como ley, se suceden una fase de procedimiento administrativo y una fase de procedimiento legislativo.

Asimismo, en la normativa reguladora de los procedimientos de aprobación de los planes se fijan plazos agrupables en dos categorías: (i) por una parte, los plazos cuya función de garantía está en su duración mínima, al permitir el conocimiento general del instrumento, la formulación de alegaciones y fase de audiencias; y (ii) por otra, los plazos cuya función de garantía consiste en su duración máxima, de modo que, una vez vencidos, permiten operar el mecanismo de la primera Administración actuante.

En la aprobación de cada tipo de plan debe respetarse el cauce procedimental específicamente establecido. De esta forma, si para la aprobación de un instrumento se ha seguido un procedimiento diferente al que le corresponde, este puede ser declarado radicalmente nulo a menos que los trámites sean coincidentes. Del mismo modo, el instrumento cuya denominación sea ajena a su contenido, será considerado también nulo por no respetar el procedimiento legalmente establecido salvo que, como en el caso anterior, los trámites sean coincidentes.

Además, fruto de la implicación del principio de seguridad jurídica, si se produjese la declaración de inconstitucionalidad de preceptos legales atributivos de competencia para la tramitación, aprobación y alteración de planes, esta solo afectará a los ya aprobados definitivamente en la fecha de publicación de la sentencia de la siguiente manera:

- las aprobaciones o alteraciones cuyos acuerdos de aprobación definitiva puedan ser impugnados indirectamente; y
- los que hayan sido impugnados, estando pendiente la resolución de dicha impugnación, siempre que se haya hecho valer el defecto competencial.

## **2. Suspensión del otorgamiento de licencias: tipos**

Como se ha adelantado, en los procedimientos mencionados para la aprobación de los instrumentos urbanísticos el órgano competente podrá acordar en determinados casos la suspensión del otorgamiento de licencias municipales urbanísticas, fundamentada en la

conveniencia de estudiar el nuevo planeamiento o reforma, o bien, la aprobación determinará dicha suspensión por sí sola. En este sentido, se detallan las dos clases de suspensión a continuación: la suspensión facultativa y la suspensión automática. En todo caso, las finalidades de la suspensión de licencias son las siguientes:

- Permitir la aplicación no gravosa del planeamiento futuro, asegurando su efectividad, ya que el efecto general de la suspensión es la no tramitación ni resolución de cualquier solicitud de licencia mientras subsista la medida cautelar.
- Evitar conductas especulativas durante la etapa anterior a la aprobación de la nueva ordenación urbanística.
- Garantizar la renovación del planeamiento y su adecuación a la realidad económica.
- Evitar edificaciones inicialmente afectadas por la situación de fuera de ordenación.

Detallamos a continuación estos tipos de suspensión y las consecuencias que conllevan.

## 2.1. Suspensión facultativa

Los órganos competentes para la aprobación inicial y provisional de los PGOU, planes parciales, planes especiales, estudios de detalle y normas complementarias y subsidiarias pueden acordar, de forma previa al inicio del procedimiento de elaboración, modificación o reforma del planeamiento, la suspensión del otorgamiento de licencias de edificación, demolición y parcelación de terrenos, con el fin de estudiar la formación o reforma de estos instrumentos.

Sin embargo, tal y como afirma el Tribunal Supremo, esta suspensión solo podrá incluir aquellas actividades que sean claramente contradictorias con el instrumento en cuestión. En este sentido, conviene destacar la Sentencia nº 932/1989 del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1989; rec. núm. 458/1986 [ECLI:ES:TS:1989:15230], en la que se indica que:

[...] la suspensión, lógicamente puede y debe abarcar a actividades que estén en abierta contradicción con el Plan en tramitación, evitándose con ello situaciones que, en algunas sentencias –19 de octubre de 1982 y 8 de abril de 1988– se han calificado de aberrantes, aunque referidas a licencias de edificación [...].

Además, la extensión temporal máxima de esta suspensión se limitará al plazo: (i) de un año, contado desde la publicación del acuerdo de suspensión, aunque ese plazo puede ser reducido por el órgano competente; y (ii) de dos años, contados de la misma forma que el plazo anterior, para los casos en los que sea necesario estudiar o reformar el planeamiento. En todo caso, para que opere el plazo de dos años es preciso que, antes de que transcurra un año desde el acuerdo de suspensión, se haya iniciado el procedimiento de elaboración del instrumento y haya recaído el

acuerdo de aprobación inicial. En este supuesto, sus efectos solo se mantendrán durante dos años para aquellas áreas cuya ordenación o situación urbanística vaya a resultar modificada por las determinaciones del nuevo planeamiento.

En cuanto a su extensión territorial, la medida puede abarcar todo o solo parte del territorio objeto de estudio a efecto de elaboración del planeamiento.

## 2.2. Suspensión automática

El mero acuerdo de aprobación inicial de los instrumentos que hemos venido analizando produce, sin necesidad de un acto declaratorio expreso, la suspensión de las licencias urbanísticas concedidas en aquellas zonas del territorio objeto de planeamiento cuyas nuevas determinaciones supongan una modificación del régimen urbanístico vigente en ese momento.

Además, tal y como se recalca en numerosas sentencias, entre las que podemos destacar la Sentencia núm. 1328/2000 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 10 de julio del 2000, rec. Núm. 599/1996 [ECLI:ES:TSJCL:2000:3774], las áreas afectadas deberán ser expresamente señaladas en el acuerdo por el que se somete a información pública la aprobación inicial ya que, de lo contrario, la suspensión no es eficaz ni ejecutiva.

En concreto, la Sentencia establece que:

[...] el Acuerdo de aprobación inicial, sometido a información pública, expresará necesariamente las zonas del territorio objeto del planeamiento afectadas por la suspensión del otorgamiento de licencias, estando acreditada la no existencia en el presente supuesto del Acuerdo de suspensión de licencias ni, por tanto, de la delimitación las zonas afectadas por él en el Acuerdo de aprobación inicial de la Modificación puntual del Plan General, siendo legalmente necesaria su expresión y publicación para la efectiva ejecutividad de la suspensión del otorgamiento de licencias.

La extensión temporal de esta suspensión es variable:

- Como regla general, esta se extinguirá con la aprobación definitiva y publicación del instrumento de planeamiento de que se trate.
- En caso de que, con anterioridad a la suspensión automática, no se hubiera acordado la suspensión potestativa, el plazo máximo de vigencia de la será de dos años computados desde la aprobación inicial del instrumento.
- En caso de que se hubiera adoptado la suspensión potestativa de licencias y hubiese vencido el plazo de un año sin haberse alcanzado la aprobación inicial del plan, la suspensión automática derivada de la aprobación inicial adoptada una vez vencido el plazo de un año, tendrá también una duración máxima de un año, contado desde la aprobación inicial repetida.

En este punto conviene destacar que, aunque se produzca una suspensión automática, esto no es óbice para que se otorguen licencias basadas en el régimen urbanístico vigente, siempre que se respeten las determinaciones del nuevo planeamiento.

### **3. Extensión y efectos de la suspensión**

#### **3.1. Extensión superficial**

El efecto suspensivo debe producirse en sectores comprendidos en una zona determinada. Además, la jurisprudencia exige delimitar totalmente los linderos de los terrenos afectados por la suspensión para no afectar a las licencias que se otorguen en terrenos situados fuera de dicha zona.

La medida de suspensión operará desde el momento en que esta se acuerde y publique, tanto para las licencias que se soliciten a futuro, como para las ya solicitadas. De este modo, una vez se acuerde la suspensión facultativa o se apruebe inicialmente el instrumento que comporte una suspensión automática, el órgano municipal competente ordenará la paralización del procedimiento de otorgamiento de licencia.

Igualmente, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, los peticionarios de las licencias, antes de la publicación del acuerdo de suspensión facultativo o antes del trámite de información pública del instrumento cuya aprobación inicial producirá el efecto suspensivo, tendrán derecho tanto a la devolución de las tasas satisfechas como a ser indemnizados por los gastos en los que hayan podido incurrir.

El motivo de esta indemnización radica en la imposibilidad de obtener la licencia por una modificación del planeamiento con posterioridad a la solicitud. En este sentido, podemos mencionar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1996; rec. Núm. 7607/1991 [ECLI:ES:TS:1996:3304] en la que se estipula que:

[...] los peticionarios de licencias solicitadas con anterioridad a la publicación del acuerdo de suspensión o de sumisión al trámite de información pública de un Plan que lleva consigo efectos suspensivos del otorgamiento de licencias tendrán derecho a ser indemnizados del coste oficial de los proyectos y a la devolución, en su caso, de las tasas municipales. Este es el caso que nos ocupa, y por ello daremos lugar a la indemnización, dado que consta en autos que, como dice el núm. 4 del mismo precepto, la III Modificación de las Normas Subsidiarias se ha aprobado definitivamente y el proyecto presentado por el actor es contrario a sus determinaciones.

No obstante, no podrá otorgarse la indemnización si habiéndose producido el trámite de propuesta de resolución de la solicitud de licencia en el momento en el que se publique el acuerdo de suspensión, esta sea considerada como manifiestamente contraria al ordenamiento urbanístico y al planeamiento vigente.

En ese caso, el derecho a exigir indemnización quedará suspendido hasta que, una vez aprobado definitivamente el plan, se demuestre la incompatibilidad del proyecto presentado con la nueva ordenación, a menos que el solicitante retire la petición de licencia, en cuyo caso se le reintegrarán únicamente las tasas abonadas.

### 3.2. Exclusión de nuevas suspensiones

Una vez extinguidos los efectos de una suspensión, no se podrá adoptar otra para el mismo fin y lugar durante un plazo de cinco años, computados desde la fecha final de los efectos de dicha suspensión. Sin embargo, no se considerará que existe una idéntica finalidad cuando se trate de elaborar, aprobar, modificar o revisar un instrumento de naturaleza distinta a aquel que motivó la anterior suspensión.

## 4. *Vacatio legis*

En este punto es importante diferenciar:

- Las normas urbanísticas que son contenidas en el plan, que deberán publicarse en el boletín oficial de la provincia correspondiente y no entrarán en vigor hasta que su texto esté completamente publicado y haya transcurrido el plazo de 15 días hábiles. Esta regla es de aplicabilidad general, en defecto de la existencia de otra norma específica.
- Respecto del resto del contenido de los planes, es preciso el transcurso de una *vacatio legis* en caso de que sea específicamente exigido por la normativa urbanística de aplicación. En este sentido, el Tribunal Supremo considera que, aunque la publicación obligatoria y la *vacatio legis* solo se refieren a las normas urbanísticas del plan, el resto de las determinaciones, ya sean gráficas o escritas, no son eficaces hasta transcurrida la *vacatio legis* de aquellas.

Por último, conviene resaltar algunas particularidades relacionadas con la *vacatio legis* que se producen en ciertas Comunidades Autónomas, entre las que podemos señalar, a modo de ejemplo: (i) Canarias, en la que se dispone con carácter genérico que las disposiciones generales emanadas de los municipios entrarán en vigor, en defecto de concreta *vacatio legis*, a los 20 días de la publicación oficial (L. Canarias 7/2015 art.106), o (ii) Extremadura y Andalucía, cuyas disposiciones entran en vigor a los 15 días de su publicación (LOTUEX art.50.3, LISTA art.84.1 y RISTA art.110.4).

## 5. Defecto de publicación

En caso de que se produzca defecto de publicación en forma, aunque exista y sea válido, este no será ni ejecutivo ni ejecutorio al ser su publicación una condición de eficacia del acto, pero no de su validez. Esto ha sido establecido por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de abril de 1998; rec. núm. 4401/1992 [ECLI:ES:TS:1998:2456] en la que establece que: "A efectos de lo que aquí interesa, la no publicación de un Plan General con arreglo a tal normativa priva a este de eficacia, pero no de validez."

De este modo, su omisión no puede oponerse con carácter preventivo, en previsión de futuros intentos de aplicación previos a la completa publicación de las normas del plan al igual que tampoco se podría aplicar el principio de conservación de los actos administrativos.

Así pues, la falta de publicación íntegra del PGOU a priori, no afectaría a la posibilidad de aprobar planes parciales que lo desarrollen, por lo que podría argumentarse que el plan parcial aprobado definitivamente antes de la publicación del plan general es igualmente válido, aunque para su eficacia deba publicarse no solo este plan parcial, sino también el plan general.

Sin embargo, hay jurisprudencia contradictoria en este sentido, en tanto, tal y como refleja el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de julio de 1999, rec. núm. 4644/1993 [ECLI:ES:TS:1999:4881], los planes parciales aprobados antes de la publicación íntegra del plan general que les sirva de apoyo serán considerados nulos de pleno Derecho:

[...] los Planes de Urbanismo tienen la consideración de disposiciones de carácter general (por todas, sentencias de este Tribunal de 26 jun. 1974, 27 Jun. 1975 y 6 Oct. 1975), de suerte que, por aplicación de los arts. 23, 26 y 28 LRJAE y 47-2 LPA, resultan ser nulos de pleno derecho (y no meramente anulables) cuando son contrarios a las Leyes o infringen el principio de jerarquía normativa, como en el presente caso. Aquí, en efecto, el Plan Parcial impugnado era contrario al Texto Refundido de la LS de 9 Abr. 1976, pues éste exige que los Planes Parciales tengan su apoyo necesariamente en un Plan General (art. 13), que, en este caso, y por no publicado, no había entrado en vigor y era ineficaz, es decir, inhábil a esos fines. De forma que el Plan Parcial era nulo de pleno derecho, y no podía ser convalidado, tal como dijo la sentencia de instancia. [El subrayado es nuestro].

Por ello, podría entenderse que el defecto de publicación del plan sí que determinaría la invalidez por ilegalidad de los actos de ejecución del planeamiento no publicados o de los instrumentos derivados de aquel exigiéndose, incluso, el transcurso previo de la *vacatio legis* y entrada en vigor.

En cualquier caso, una vez que se publica y está vigente el instrumento de planeamiento se establece la presunción de su validez, por lo que, corresponderá probar su antijuridicidad a aquel que la sostenga. A su vez, la carga de probar la no publicación recaerá sobre el que la alega.

## 6. Vigencia del planeamiento

El carácter indefinido de la vigencia de los planes e instrumentos urbanísticos y de ordenación del territorio es una manifestación directa de su naturaleza normativa y de su carácter público. Esta validez general es compatible con las siguientes particularidades:

- La existencia de determinados instrumentos que por su naturaleza deberían ser provisionales, pero permanecen vigentes -una vez aprobados y publicados- mientras no sean derogados.

- La existencia de instrumentos de vigencia transitoria cuyo plazo una vez vencido sin aprobación de la revisión del planeamiento suspendido determina la pérdida de vigencia de las normas urbanísticas provisionales y la revitalización del instrumento que estaba en suspenso.
- La alteración del modelo urbanístico, a través de los expedientes de modificación y revisión del planeamiento.
- La posibilidad de suspender la vigencia del planeamiento con carácter excepcional.

## 7. Modificación ordinaria

La modificación ordinaria, simple o puntual puede ser definida como aquella alteración de la ordenación que no provoca una transformación de la estructura territorial ya diseñada ni afecta a sus parámetros fundamentales. Tiene un carácter puramente residual.

### 7.1. Aumento de edificabilidad

Dentro de la modificación ordinaria, se prevé el caso del aumento de edificabilidad de una superficie de suelo urbano. En tal caso, se hace necesaria para su aprobación la previsión de mayores espacios libres.

El propósito de esta regla es mantener la proporcionalidad entre la volumetría edificable y los espacios libres tal y como refleja el Tribunal supremo en su Sentencia nº 382/1988 de 18 de marzo de 1988; rec. núm. 271/1985 [ECLI:ES:TS:1988:15629] en la que establece que:

Y ante semejante ausencia -pacíficamente contrastada-, es evidente que esta Jurisdicción no puede, obviando el principio de legalidad, adoptar una solución distinta de la mantenida en las resoluciones impugnadas, pues lo que el artículo 49.2 de la actual Ley exige -y el proyecto no contempla-, para modificar cualquier elemento de los planes que tienda a incrementar el volumen edificable de una zona, es que se mantenga la proporción entre espacios libres y densidad de población, de manera que al incrementarse el aprovechamiento del suelo para un mayor índice de población, esa mayor densidad de habitantes de la zona se corresponda con el aumento proporcional de espacio libre, sean o no estos espacios correspondientes a zonas públicas. [...]. [El subrayado es nuestro].

De este modo, se infringe este precepto en caso de que se produzca un aumento del volumen edificable -aunque no implique incremento de densidad- que imponga una reducción de los espacios libres y que altere, como consecuencia, la proporción establecida en el plan.

Sin embargo, también se ha defendido que la aplicación de esta regla de garantía solo debe tener lugar en caso de que el aumento de volumen implique una mayor densidad de población y que, además, esta sea estable.

En todo caso, lo que se pretende es mantener la proporcionalidad entre la volumetría y los espacios libres para que haya un equilibrio adecuado, tal y como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de abril de 1981 [ECLI:ES:TS:1981:2060] al afirmar que:

[...] resulta, sin embargo, inexcusable para lograrlo que la modificación sea tramitada como tal, haciendo concreta y expresa referencia a los artículos normas o preceptos del Plan que quedan modificados o (erogados total o parcialmente y, además, cuando tienda a incrementar el volumen edificable de una zona, se realice la previsión de los mayores espacios libres que requiera el aumento de la densidad de población [...]).

## 7.2. Modificación cualificada

La modificación cualificada puede ser definida, como aquella alteración de la ordenación que, sin llegar a ser revisión, cobra una gran importancia por proponer una zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres diferentes a los detallados por el plan que se modifica.

Este tipo de modificaciones se caracterizan por tener, en general, las siguientes características:

- Necesidad de un procedimiento en el que son necesarios informes favorables del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la CCAA y, en su caso, del consejero competente en materia de ordenación territorial y urbanismo. En algunas ocasiones, cuando sea obligatorio el informe del Consejo de Estado o su equivalente autonómico, la competencia para la aprobación definitiva de la modificación cualificada se verá alterada, elevándose esta al órgano colegiado superior de gobierno de la Comunidad Autónoma.
- Sujeción al principio de la intangibilidad de zonas verdes o espacios libres. Este principio tiene dos implicaciones: (i) que tal calificación urbanística determine la imposibilidad de edificar en las zonas y espacios así calificados; y, (ii) que la modificación del planeamiento deba cumplir con ciertos requisitos agravados.

De este modo, la intangibilidad de las zonas verdes y espacios libres tendrá, como consecuencia, la sujeción de la modificación a un procedimiento especialmente riguroso con el objetivo de establecer controles que garanticen la dificultad de reforma del planeamiento, evitando así la especulación.

## IV. Otras novedades introducidas por la Ley Ómnibus

Sin perjuicio de lo ya indicado, la Ley Ómnibus ha introducido novedades adicionales, entre las que podemos destacar las siguientes:

- Se introducen cambios en relación con el suelo no urbanizable de protección (ex. artículo 29.1 LSCM) por los que las actuaciones constructivas susceptibles de ser autorizadas ya no deben estar “expresamente permitidas” por el planeamiento urbanístico, sino que ahora, basta con que estas no se encuentren expresamente prohibidas por él.
- Se establecen, a los efectos de la previsión de reservas de suelo para vivienda protegida dos equivalencias: (i) entre las actuaciones de renovación y el suelo urbano no consolidado, donde deberá reservarse un mínimo de un 10 por ciento de la edificabilidad residencial para vivienda protegida; y (ii) entre actuaciones de nueva urbanización y el suelo urbanizable, donde deberá reservarse, como mínimo, el 30 por ciento de la edificabilidad residencial para vivienda protegida.
- Se regula la participación de las entidades colaboradoras en la tramitación e inspección de licencias y declaraciones responsables.
- Se limita el ámbito de las transferencias de aprovechamiento urbanístico únicamente al suelo urbano consolidado.

De esta forma y a modo de recapitulación, la comentada Ley trata de adaptar la regulación existente a las nuevas realidades sociales, económicas y culturales de la Comunidad de Madrid, favoreciendo, a su vez, el dinamismo empresarial junto con la protección del entorno natural.

## V. Conclusiones

El urbanismo es una rama del Derecho que permite el desarrollo de los núcleos de población al establecer normas que optimizan el uso de los recursos y de los espacios, pero siempre teniendo en cuenta las diferentes necesidades políticas, sociales, económicas y culturales de la población.



Obra de portada cedida por:  
**Koi Samsa © 2023**