

Pérez-Llorca

Núm.11
MAYO 2024

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:

Retoka Studio © 2024

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

CONSEJO EDITORIAL

Pedro Pérez-Llorca Zamora

Francisco José León Sanz

Encarna Cordero Lobato

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Javier García Marrero

Javier Gutiérrez Gilsanz

Yolanda Valdeolivas García

CONSEJO DE REDACCIÓN

Marisa Delgado Arrabal

Sara Bento San Román

Manuel Bernárdez López

María Cabello Ortega

Alba Díaz Suárez

Isabel Iglesias Feal

Mariana Muñoz Ceschini

NÚM.11

Índice

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2024

ARTÍCULO 20

| | |
|--|---|
| Discriminação algorítmica / Discriminación algorítmica | 8 |
|--|---|

ESTUDIOS

| | |
|--|----|
| La naturaleza jurídica del seguro de vida unit-linked y su utilización como garantía en operaciones de financiación | 18 |
| Las Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad. Un primer análisis de la NEIS 1 | 52 |
| La aprobación de la Ley 12/2023, de 12 de mayo, de derecho a la vivienda. Estudio sobre su desarrollo procesal, impacto de mercado y limitaciones al contrato de arrendamiento | 74 |

PROBLEMAS Y CUESTIONES

| | |
|--|-----|
| Las simplificaciones en el régimen de una operación acordeón en las sociedades anónimas | 98 |
| La audiencia previa en la extinción de contratos de trabajo por cuestiones relacionadas con el comportamiento o rendimiento de la persona afectada. ¿Se aplica correctamente en España el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT? | 108 |
| Breve comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/10/2022 – Interpretação da lei ou o regresso dos Assentos como fonte de direito? | 118 |




NÚM.11

Artículo 20

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2024



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.

Discriminação algorítmica

No final de fevereiro, nem um mês depois do lançamento, após a divulgação de erros crassos de representação histórica, a Google foi obrigada a suspender temporariamente a funcionalidade de geração de imagens do seu modelo mais avançado de inteligência artificial (IA) que veio substituir o 'Bard' agora '**Google Gemini**'. As imagens mais divulgadas mostram soldados nazis alemães e vikings retratados como asiáticos e afrodescendentes, papas mulheres, entre outros exemplos na mesma linha. E foi assim que um tema que não é novo, em torno dos **risks da IA e dos vieses ('bias') algorítmicos**, perante o silêncio ensurdecedor da empresa sobre as especificidades da programação, regressou em força aos tópicos de discussão.

Relembro que há relativamente pouco tempo esta mesma empresa já tinha sido alvo de críticas relacionadas com a forma sexualizada como as mulheres estavam a ser representadas na funcionalidade de imagens do seu motor de busca. Não sendo um exclusivo desta plataforma, este incidente permitiu chamar a atenção para a permeabilidade das ferramentas de geração de imagem aos vieses algorítmicos, assim como, é importante realçar, para a acrescida dificuldade que existe em os ultrapassar.

No caso *Google Gemini*, muito provavelmente, e à semelhança da abordagem assumida pela OpenAI na ferramenta DALL-E-2, a incorreção das imagens deve ter resultado da própria tentativa de neutralização dos vieses, nomeadamente com a utilização de '*prompts*' de diversidade, que consiste em adicionar palavras, como 'mulher' ou 'asiático', a pedidos gerais de imagens. Uma 'espécie' de discriminação positiva, tipo quota, incorporada no sistema de modo a compensar situações reconhecidas de desvantagem que afetam desproporcionalmente determinados grupos.

Começo por aqui porque este é um exemplo que me parece ilustrar bem a importância de conhecer e trabalhar mais o **impacto, positivo e negativo, da IA nos direitos fundamentais, sob a ótica dos princípios**

Discriminación algorítmica

A finales de febrero, solo un mes después de su lanzamiento, Google se vio forzado a suspender temporalmente la funcionalidad de generación de imágenes de su modelo más avanzado de inteligencia artificial (IA), que reemplazó a "Bard" y ahora se llama "**Google Gemini**". Las imágenes más difundidas muestran a soldados nazis alemanes y vikingos retratados como asiáticos y afrodescendientes, mujeres en el rol de papas, entre otros ejemplos en la misma línea. Y así fue como un tema que no es nuevo, en torno a los riesgos de la IA y los sesgos algorítmicos, ante el silencio ensurdecedor de la empresa sobre las particularidades de la programación, volvió con fuerza a los temas de discusión.

Recuerdo que hace relativamente poco tiempo, esta misma empresa ya había sido objeto de algunas críticas por la forma sexualizada en que las mujeres estaban siendo representadas en la funcionalidad de imágenes de su motor de búsqueda. Sin ser exclusivo de esta plataforma, este incidente ha permitido llamar la atención sobre la permeabilidad de las herramientas de generación de imágenes a los sesgos algorítmicos así como, y es importante subrayarlo, la creciente dificultad que existe para superarlos.

En el caso de *Google Gemini*, con toda probabilidad, y de forma similar al planteamiento adoptado por OpenAI en la herramienta DALL-E-2, la inexactitud de las imágenes fue debida al propio intento de neutralizar los sesgos, concretamente con el uso de "*prompts*" de diversidad. Esto consiste en añadir palabras como "mujer" o "asiático" a las solicitudes generales de imágenes. Una especie de discriminación positiva, similar a un sistema de cuotas, incorporada en el sistema para compensar situaciones de desventaja reconocidas que afectan desproporcionadamente a determinados grupos.

Y comienzo con este ejemplo, que me parece ilustrativo acerca de la importancia de conocer y trabajar más sobre el **impacto, positivo y negativo, de la IA en los derechos fundamentales, desde la perspectiva de los**

da igualdade e da não discriminação. E tanto pela perspectiva dos utilizadores finais, como das empresas que, num ambiente maioritariamente desregulado e ainda com conhecimentos muito limitados quanto às potencialidades destes modelos, são cada vez mais chamadas a intervir em áreas tradicionalmente de domínio público.

Para melhor se compreender, é importante, ainda que a título sumário, saber como opera a **discriminação algorítmica**. Maioritariamente sob a forma de discriminação indireta, os vieses normalmente presentes ora se reconduzem ao próprio algoritmo (*'algorhythmic bias'*), ora aos dados (*'data bias'*).

Quer isto dizer que, ao contrário do que muitas vezes se pensa, os enviesamentos não resultam apenas dos dados, sendo importante analisar as **variáveis** presentes, as quais podem simplesmente reproduzir os preconceitos, conscientes ou inconscientes, dos programadores.

Menos evidente, mas talvez por isso mais relevante, é a chamada **discriminação por proxy**, quando variáveis aparentemente neutras, por via do processamento de grande volume de dados, são automaticamente associadas a certos grupos protegidos, passando a funcionar como fatores indiretos de exclusão. É conhecido o exemplo do código postal, que sendo uma mera informação de contacto, também pode levar à identificação de uma pessoa com determinado grupo étnico, residente naquela localidade. Ou da remuneração para indicar o sexo da pessoa, tendo como referencial as desigualdades salariais entre homens e mulheres.

Já os **vieses nos dados**, mais não são do que um reflexo do preconceito e da intolerância instituídos em sociedade. Se dados enviesados são utilizados para treinar um algoritmo, naturalmente que os resultados produzidos dificilmente não serão discriminatórios. Sendo que o mesmo se pode passar com um algoritmo em pleno funcionamento, mesmo que submetido a uma rigorosa fase de validação. Desta vez, o enviesamento será fruto não dos dados de testagem, mas das interações com os utilizadores, que automaticamente alimentam e desenvolvem os sistemas de autoaprendizagem. É o caso de um algoritmo que, tendo por base o histórico de interações do sistema, acaba a apresentar anúncios de vagas de engenharia maioritariamente aos homens, desconsiderando eventuais

principios de igualdad y no discriminación. Y tanto desde la perspectiva de los usuarios finales como de las empresas que, en un entorno mayoritariamente no regulado y aún con un conocimiento muy limitado del potencial de estos modelos, se ven llamadas cada vez más a intervenir en ámbitos tradicionalmente de dominio público.

Para comprender todo mejor, es importante, aunque sea brevemente, saber cómo funciona la **discriminación algorítmica**. Principalmente en la forma de discriminación indirecta, donde los sesgos que normalmente están presentes se deben al propio algoritmo ("sesgo algorítmico") o a los datos ("sesgo de los datos").

Esto significa que, al contrario de lo que a menudo se piensa, los sesgos no son solo el resultado de los datos, sino que es importante analizar las **variables** presentes, que pueden simplemente reproducir los prejuicios, conscientes o inconscientes, de los programadores.

Menos evidente, pero quizá por ello más relevante, es la denominada **discriminación por proxy**, cuando variables aparentemente neutras, a través del tratamiento de un gran volumen de datos, se asocian automáticamente a ciertos grupos protegidos, convirtiéndose en factores indirectos de exclusión. Un conocido ejemplo es el código postal, que, siendo un mero dato de contacto, puede llevar también a identificar a una persona con un determinado grupo étnico, residente en esa localidad. O también la remuneración para indicar el género de una persona, teniendo como referencia las desigualdades salariales entre hombres y mujeres.

Por otra parte, los **sesgos en los datos** no son más que un reflejo de los prejuicios y la intolerancia que se han instaurado en la sociedad. Si se utilizan datos sesgados para entrenar un algoritmo, es probable que los resultados producidos sean discriminatorios. Lo mismo puede ocurrir con un algoritmo en pleno funcionamiento, incluso si ha sido sometido a una rigurosa fase de validación. Esta vez el sesgo no será el resultado de los datos de prueba sino de las interacciones con los usuarios, que alimentan y desarrollan automáticamente los sistemas de autoaprendizaje. Es el caso de un algoritmo que, basándose en el historial de interacciones del sistema, acaba presentando anuncios de empleos de ingeniería mayoritariamente a

mulheres interessadas, que acabam assim por ficar prejudicadas.

A **diversidade dos dados** é fundamental para garantir a ausência de um padrão discriminatório. Uma tecnologia de recrutamento que utilize as redes sociais para avaliar candidatos, vai certamente acabar por afetar pessoas menos ativas nestes meios, como por exemplo os mais velhos, cuja sub-representação levará, por sua vez, à sistematização de um tratamento diferenciado potencialmente discriminatório.

Ou seja, de facto, tal como as pessoas, também os algoritmos discriminam, pelo que importa agora esclarecer qual a diferença que justifica a urgência do debate, nomeadamente em torno da necessidade de adoção de novas políticas públicas, com mecanismos reforçados de controlo e responsabilização.

O risco mais imediato é o da escalabilidade destes sistemas, que pode levar a uma sistematização dos vieses e, conseqüentemente, da discriminação. Ainda assim, talvez o risco mais diferenciador esteja associado ao chamado efeito **'black box'** do algoritmo. Se em princípio um programador deveria conseguir explicar o que é suposto que um *software* esteja a fazer, com os modelos de autoaprendizagem (*'machine learning'*), que acabam por se auto programar, pode acontecer que os resultados não sejam assim tão fáceis nem de compreender, nem de interpretar, nem de explicar. Como vimos pelo caso inicial, continua a haver uma enorme falta de progresso na interpretabilidade dos algoritmos, um fator que, associado à evolução exponencial da tecnologia, muito tem contribuído para a defesa de um caminho de regulamentação.

Em suma, pouco transparente e muitas vezes protegido pelas regras do segredo comercial, a deteção e prova de situações de discriminação é extremamente difícil. Tudo no quadro de um ecossistema digital frágil em matéria de prevenção e proteção, que frequentemente coloca o ónus da responsabilidade sobre as partes mais vulneráveis.

A crescer a isto, há também um **problema de expectativa e de qualificação do conteúdo**. É o chamado preconceito da automação e da confirmação, que se traduz não apenas numa confiança cega nos algoritmos, percebidos como certezas matemáticas, como também numa diminuição do espírito crítico

hombres, descartando a las mujeres interesadas, que acaban saliendo perjudicadas.

La **diversidad de los datos** es fundamental para garantizar la ausencia de un patrón discriminatorio. Una tecnología de contratación que utilice las redes sociales para evaluar a los candidatos acabará afectando sin duda a las personas menos activas en estos medios, como las personas mayores, cuya baja representación dará lugar a su vez a la sistematización de un trato diferenciado y potencialmente discriminatorio.

En otras palabras, al igual que las personas, los algoritmos discriminan, por lo que es importante aclarar cuál es la diferencia que justifica la urgencia del debate, especialmente en torno a la necesidad de adoptar nuevas políticas públicas con mecanismos reforzados de control y rendición de cuentas.

El riesgo más inmediato es la escalabilidad de estos sistemas, que puede conducir a una sistematización de los sesgos y, en consecuencia, a la discriminación. Sin embargo, quizá el riesgo más diferenciador esté asociado al denominado efecto **"black box"** del algoritmo. Mientras que, en principio, un programador debería ser capaz de explicar qué se supone que hace un *software*, con los modelos de aprendizaje (*"machine learning"*), que acaban por autoprogramarse, los resultados pueden no ser tan fáciles de entender, interpretar o explicar. Como hemos visto en el caso inicial, sigue habiendo una enorme falta de progreso en la interpretabilidad de los algoritmos, un factor que, combinado con la evolución exponencial de la tecnología, ha contribuido en gran medida a la defensa de un camino hacia la regulación.

En definitiva, al carecer de transparencia y a menudo estar protegidos por normas de secreto comercial, detectar y probar situaciones de discriminación resulta extremadamente difícil. Todo ello en el marco de un ecossistema digital frágil en términos de prevención y protección, que a menudo coloca la carga de la responsabilidad en los más vulnerables.

A esto se añade el **problema de las expectativas y la calificación de los contenidos**. Es lo que se conoce como sesgo de automatización y sesgo de confirmación, que se traduce no solo en una confianza ciega en los algoritmos, percibidos como certezas matemáticas, sino también en una disminución del espíritu

sempre que os resultados confirmam as nossas expectativas, indo ao encontro de ideias pré-concebidas (**'assessment bias'**). No contexto de uma cultura laboral cada vez mais focada em objetivos de produtividade, que faz do tempo um fator de pressão, dificilmente a utilização de ferramentas de IA para certos processos decisórios, como por exemplo o recrutamento, serão objeto de dúvida, ou mesmo escrutínio, por parte dos utilizadores.

Ora, se os **desafios são claros, o mesmo não se pode dizer das soluções**, tanto no quadro das estratégias e políticas empresariais empreendidas, como do respetivo enquadramento legal.

Exemplificando. Uma das abordagens da OpenAI para reduzir o risco de acidente e mau uso é o **'reinforcement learning from human feedback'** (RLHF), que basicamente consiste em perguntar a opinião dos utilizadores sobre a adequabilidade da resposta do sistema ao pedido formulado. A fragilidade da estratégia é evidente, não só porque depende do espírito crítico do utilizador, cujos níveis de consciência e participação são normalmente baixos, como acaba por remeter para avaliações subjetivas e não uniformes.

Outra abordagem é o chamado **'red-teaming'**, em que as empresas contratam equipas, ou suscitam a participação de pessoas, cuja função é tentar quebrar os algoritmos e antecipar potenciais erros ou problemas. Sendo uma boa prática, também tem as suas limitações, nomeadamente porque não há qualquer obrigatoriedade nem de correção nem de transparência na sequência dos resultados alcançados por estas equipas. Algo dificilmente compreensível, principalmente quando o sistema já está em uso e as pessoas totalmente expostas ao risco.

Uma outra solução, cada vez mais estudada e desenvolvida, é colocar **modelos de IA a vigiar outros modelos de IA**. Alguns investigadores têm chamado a isto de 'IA Constitucional' (*'Constitutional AI'*), onde modelos secundários têm por função avaliar a conformidade constitucional dos resultados dos ditos modelos principais. A verdade é que, sendo positivo, também aqui é preciso alguma precaução. Estamos numa fase muito inicial do desenvolvimento destas tecnologias e, como já se percebeu, a correção de um algoritmo, ainda que bem-intencionada, pode acabar

crítico quando los resultados confirmam nuestras expectativas y responden a ideas preconcebidas (**"sesgo de evaluación"**). En el contexto de una cultura laboral cada vez más centrada en los objetivos de productividad, que convierte el tiempo en un factor de presión, es poco probable que el uso de herramientas de IA para determinados procesos de toma de decisiones, como la contratación, esté sujeto a dudas o incluso sometido a escrutinio por parte de los usuarios.

Si bien los **retos están claros, no puede decirse lo mismo de las soluciones**, tanto en el marco de las estrategias y políticas empresariales emprendidas, como del respectivo marco legal.

Por ejemplo. Uno de los enfoques de OpenAI para reducir el riesgo de accidentes y usos indebidos es el **"aprendizaje reforzado a partir del feedback humano"** (RLHF), que consiste básicamente en pedir a los usuarios su opinión, sobre la idoneidad de la respuesta del sistema a la petición realizada. La fragilidad de esta estrategia es evidente, no sólo porque depende del espíritu crítico del usuario, cuyos niveles de concienciación y participación suelen ser bajos, sino también porque acaba derivando en evaluaciones subjetivas y no uniformes.

Otro enfoque es el denominado **"red-teaming"**, en el que las empresas contratan equipos, o fomentan la participación de personas cuya función es intentar descifrar los algoritmos y anticiparse a posibles errores o problemas. Siendo una buena práctica, también tiene sus limitaciones, sobre todo porque no hay obligación de corregir ni de ser transparente sobre los resultados obtenidos por estos equipos. Esto es algo difícil de entender, sobre todo cuando el sistema ya está en uso y las personas están completamente expuestas al riesgo.

Otra solución, cada vez más estudiada y desarrollada, consiste en **encargar a modelos de IA la supervisión de otros modelos de IA**. Algunos investigadores lo han denominado *"IA constitucional"*, donde los modelos secundarios se encargan de evaluar la conformidad constitucional de los resultados de los modelos principales. Lo cierto es que, si bien esto es algo positivo, también debemos ser cautos al respecto. Nos encontramos en una fase muy temprana del desarrollo de estas tecnologías y, como ya se ha comprobado, la corrección de un algoritmo, aunque sea con buena

por se traduzir na sobrecompensação de um grupo protegido. Ou seja, uma forma de discriminação positiva que, sob pena de violação do princípio da igualdade, tem de obedecer a um conjunto rigoroso de requisitos, como o de se basear sempre numa justificação objetiva e razoável. No final, a atuação corretiva pode simplesmente deslocar a discriminação de um grupo protegido para outro grupo protegido.

Com alguma dose de ironia, se considerarmos o caminho da dogmática da igualdade, começa agora a falar-se da necessidade de se recorrer às categorias proibidas de discriminação exatamente para corrigir os enviesamentos. Todavia, é importante refletir se isto é desejável, tendo nomeadamente em conta o risco de discriminação direta, potenciais abusos e até a eficácia desta intervenção, que nunca é garantida. Se olharmos para o enquadramento legal em vigor, também não ficamos mais esclarecidos. O RGPD, que parte de uma regra de proibição de tratamento destes dados pessoais, admite algumas exceções, mas muito restritivas, como a obrigação de consentimento e o interesse público, que mesmo assim deve ser proporcional ao objetivo visado. A recém-aprovada Lei europeia de IA também não me parece poder vir a resolver o problema.

Mas nada melhor do que analisar um **caso prático e real**.

No final do ano passado uma empresa holandesa a explorar uma aplicação de encontros online dirigiu-se ao Instituto Holandês de Direitos Humanos para saber se podia ajustar o algoritmo de autoaprendizagem, de modo a que pessoas com pele escura e de origem não holandesa pudessem passar a ser apresentadas a outros usuários com a mesma frequência que pessoas com pele clara e de origem holandesa. A resposta não se fez tardar e o Instituto, sem nunca apresentar uma solução, confirmou o diagnóstico e determinou que a empresa não só estava autorizada a reajustar o algoritmo, como recaía sobre si uma verdadeira obrigação de atuação. E isto independentemente de não se conhecer a verdadeira causa para aqueles resultados.

Ora, partindo das informações à nossa disposição, tenho alguma dificuldade em acompanhar esta resposta, seja pela necessidade de sustentação do diagnóstico de discriminação, que sempre exigiria o uso de dados sensíveis, seja pela imputação total da responsabilidade da correção à empresa. Para além do problema

intención, puede acabar compensando en exceso a un grupo protegido. En otras palabras, una forma de discriminación positiva que, so pena de vulnerar el principio de igualdad, debe cumplir una serie de requisitos estrictos, como basarse siempre en una justificación objetiva y razonable. Al final, las medidas correctoras pueden simplemente trasladar la discriminación de un grupo protegido a otro.

Con cierta dosis de ironía, si tenemos en cuenta la trayectoria de la dogmática de la igualdad, ahora se habla de la necesidad de utilizar las categorías prohibidas de discriminación precisamente para corregir los sesgos. Sin embargo, es importante reflexionar sobre si esto es deseable, sobre todo teniendo en cuenta el riesgo de discriminación directa, los posibles abusos e incluso la eficacia de esta intervención, que nunca está garantizada. Si nos fijamos en el marco legal vigente, tampoco lo tenemos más claro. El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que parte de una norma que prohíbe el tratamiento de estos datos personales, permite algunas excepciones, pero muy restrictivas, como la obligación de dar el consentimiento y el interés público, que debe seguir siendo proporcional al objetivo perseguido. La recién aprobada Ley Europea de IA tampoco parece capaz de resolver el problema.

Pero nada mejor que analizar un **caso práctico y real**.

A finales del año pasado, una empresa holandesa que gestionaba una aplicación de citas online se dirigió al Instituto Holandés de Derechos Humanos para consultarle si podía ajustar el algoritmo de autoaprendizaje de modo que las personas de piel oscura y origen no holandés pudieran ser presentadas a otros usuarios con la misma frecuencia que las personas de piel clara y origen holandés. La respuesta no se hizo esperar y el Instituto, sin llegar a presentar una solución, confirmó el diagnóstico y dictaminó que la empresa no sólo estaba autorizada a reajustar el algoritmo, sino que tenía la obligación real de actuar. Y ello con independencia de que se desconociera la causa real de los resultados.

Ahora bien, partiendo de la información de la que disponemos, me resulta algo complicado compartir esta respuesta, tanto por la necesidad de fundamentar el diagnóstico de discriminación, que exigiria siempre el uso de datos sensibles, como por la imputación total de la responsabilidad de la corrección a la empresa.

técnico, que em seguida referirei, de ajustar o algoritmo sem recorrer a categorias proibidas, como é o caso da etnia, qualquer intervenção resultará provavelmente numa situação de tratamento diferenciado, que para não constituir uma violação do princípio da igualdade, como já se referiu *supra*, deve fundar-se numa justificação objetiva e razoável.

Inclino-me para uma resposta negativa. Nomeadamente se considerarmos que o suposto resultado discriminatório pode decorrer simplesmente de uma sub-representação de dados, associado ao facto de o algoritmo trabalhar sobre um universo reduzido de pessoas com pele escura e não holandesas que, na Holanda, não recorrem, também por escolha, a esta aplicação. E como já se referiu, existe o risco real de a correção se limitar a deslocar a discriminação para outro grupo protegido.

E o que diz a lei ao nível do RGPD e, já agora, a recém-aprovada Lei de IA? No caso do RGPD, o processamento dos dados exigiria consentimento por parte dos utilizadores, dado de forma voluntária e explícita, o que se imagina difícil de acontecer, inviabilizando desde logo a eficácia da dita correção. No caso da Lei de IA, há de facto uma exceção, mas dentro de muitas condições restritivas e, o mais importante, apenas para sistemas de alto risco, entre os quais não constam este tipo de aplicações. O legislador europeu parece ter adotado uma posição de prudência que, mesmo nos sistemas de alto risco, como os sistemas de *'credit score'*, pode vir a suscitar dificuldades de aplicação, exigindo-se mais orientação.

Resultado: todos ficámos a conhecer o problema, mas ninguém sabe qual foi a solução. E é neste ambiente que se suspendem aplicações, faz-se um *mea culpa* público e prometem-se correções, até ao próximo problema.

Nunca desvalorizando o pilar da responsabilidade das empresas, não podemos claramente ficar dependentes da autorregulação. Há importantes decisões normativas sobre como o sistema se deve comportar, as quais não devem ser transferidas para os programadores, fornecedores e usuários, nomeadamente sobre o que é justo e discriminatório, se uma certa desvantagem é grave o suficiente que justifique intervenção ou se a discriminação indireta tem uma justificação objetiva e razoável.

Aparte del problema técnico de ajustar el algoritmo sin utilizar categorías prohibidas, como la etnia, cualquier intervención probablemente dará lugar a una situación de trato diferenciado, que, para no constituir una vulneración del principio de igualdad, como se ha mencionado antes, deberá basarse en una justificación objetiva y razonable.

Me inclino por una respuesta negativa. Sobre todo si tenemos en cuenta que el supuesto resultado discriminatorio podría ser simplemente fruto de una infrarrepresentación de los datos, unido al hecho de que el algoritmo funciona sobre un pequeño universo de personas de piel oscura y no holandesas que, en los Países Bajos, no utilizan esta aplicación por elección propia. Y como se ha mencionado existe un riesgo real de que la corrección simplemente traslade la discriminación a otro grupo protegido.

¿Y qué dice la ley a nivel del RGPD y la recientemente aprobada Ley de IA? En el caso del RGPD, el tratamiento de datos requeriría el consentimiento de los usuarios, otorgado de forma voluntaria y explícita, lo que se prevé difícil que se produzca, haciendo inviable la efectividad de dicha corrección. En el caso de la Ley de IA, sí existe una excepción, pero bajo muchas condiciones restrictivas y, lo más importante, solo para sistemas de alto riesgo entre los que no se encuentran este tipo de aplicaciones. El legislador europeo parece haber adoptado una postura cautelosa que, incluso en sistemas de alto riesgo como los de *"credit score"* o calificación crediticia podría generar dificultades de aplicación, requiriéndose más orientaciones.

El resultado: todos conocemos el problema, pero nadie conoce la solución. Y es en este contexto cuando se suspenden las aplicaciones, se hace un *mea culpa* público y se prometen correcciones hasta el siguiente problema.

Sin devaluar nunca el pilar de la responsabilidad empresarial, es evidente que no podemos depender de la autorregulación. Hay importantes decisiones normativas respecto de cómo debe comportarse el sistema que no deben transferirse a programadores, proveedores y usuarios: qué es justo y qué discriminatorio, si una determinada desventaja es lo suficientemente grave como para justificar una intervención o si la discriminación indirecta tiene una justificación objetiva y razonable.

De facto, são estes os exemplos que nos obrigam a refletir sobre o mundo que queremos e qual o nosso papel. Se desejamos as vantagens do muito que a IA pode facultar, temos que, em primeiro lugar, admitir que haverá sempre uma certa dose de insegurança e risco. Em segundo, decidir em consciência um modelo de *governance* mais adequado, o qual, a meu ver, requer seguramente mais níveis de escrutínio, públicos e privados, bem como abordagens multifacetadas que baseadas nos direitos humanos, de forma equilibrada, sejam capazes de promover a inovação, sem deixar nunca de colocar a pessoa ao centro.

Ms Teresa Anjinho

Former Deputy Ombudsman Portugal, Independent Human Rights Expert and Chair of the Supervisory Committee of European Anti-Fraud Office - OLAF

En definitiva, estos son los ejemplos que nos obligan a reflexionar sobre el mundo que queremos y sobre nuestro papel. Si queremos aprovechar todo lo que la IA puede ofrecernos, debemos admitir, en primer lugar, que siempre habrá un cierto grado de inseguridad y riesgo. En segundo lugar, debemos decidir conscientemente cuál es el modelo de gobernanza más adecuado, algo que, en mi opinión, requiere sin duda mayores niveles de escrutinio, tanto público como privado, así como enfoques polifacéticos basados en los derechos humanos, que, de forma equilibrada, sean capaces de promover la innovación, sin dejar nunca de poner en el centro a las personas.

Dña. Teresa Anjinho

Ex Subdefensora del Pueblo de Portugal, Experta Independiente en Derechos Humanos y Presidenta del Comité de Supervisión de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude - OLAF




NÚM.11

Estudios

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2024



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.

La naturaleza jurídica del seguro de vida *unit-linked* y su utilización como garantía en operaciones de financiación



Jesús Almarcha

Abogado de Pérez-Llorca

SEGUROS Y REASEGUROS

| | | |
|-------------|---|-----------|
| I. | Introducción | 20 |
| II. | La naturaleza jurídica del seguro de vida <i>unit-linked</i> y la necesidad de su reconfiguración típica | 21 |
| | 1. El encaje típico del seguro de vida <i>unit-linked</i> en la normativa | 21 |
| | 2. La falta de armonización europea del concepto de contrato de seguro de vida <i>unit-linked</i> | 22 |
| | 3. Entonces, ¿qué es realmente un seguro de vida <i>unit-linked</i> ? | 24 |
| | 4. No todos los seguros de vida <i>unit-linked</i> son productos de inversión basados en seguros | 35 |
| | 5. El tomador no asume siempre el riesgo de la inversión | 39 |
| III. | La instrumentalización del seguro de vida <i>unit-linked</i> como garantía | 43 |
| | 1. La constitución de la garantía: algunas opciones y cautelas | 43 |
| | 2. La designación del beneficiario ¿irrevocable? | 46 |
| | 3. La variación de la suma asegurada | 49 |
| IV. | Bibliografía | 49 |



Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el análisis técnico y profundo de la naturaleza jurídica del seguro de vida *unit-linked*, así como su utilización como garantía en operaciones de financiación, incluyendo los aspectos prácticos más habituales que han de tenerse en cuenta por las distintas partes contratantes en este contexto.

Abstract: The purpose of this project is to provide a technical and in-depth analysis of the legal nature of *unit-linked* life insurance contracts, as well as its use as a guarantee in financing transactions, including the most common practical issues to be taken into account by the parties in this context.



Palabras clave: Seguro de vida *unit-linked*; seguro de vida en el que el tomador asume el riesgo de la inversión; productos de inversión basados en seguros; depósito estructurado; depósito bancario; operaciones de financiación; pignoración; cesión; derechos de crédito; derecho de rescate; gestión de cartera; designación del beneficiario; beneficiario irrevocable.

Key words: *Unit-linked* life insurance contract; life insurance in which the policyholder assumes the investment risk; insurance-based investment products; structured deposit; bank deposit; financing transactions; pledge; assignment; credit rights; right of surrender; portfolio management; beneficiary designation; irrevocable beneficiary.

La naturaleza jurídica del seguro de vida *unit-linked* y su utilización como garantía en operaciones de financiación

Pocas cosas hay más seguras que el hecho de que la vida es garantía de riesgos y dificultades.

Dedicado a todos aquéllos que, con su mano desinteresada, me alzarón de nuevo para mostrarme que nunca hay fracaso cuando se actúa con la más intensa y genuina de las pasiones.

I. Introducción

El presente trabajo tiene como objeto el análisis de la naturaleza jurídica del seguro de vida *unit-linked* y su utilización como garantía en operaciones de financiación, incluyendo los aspectos más relevantes que han de tenerse en cuenta por las distintas partes contratantes.

Dada su configuración como contrato de seguro, resulta indispensable que el análisis se centre primero en la naturaleza jurídica del propio seguro de vida *unit-linked*, aspecto de especial controversia doctrinal y jurisprudencial, pues de ello dependerá en cierto modo, la implantación de soluciones a los problemas técnico-jurídicos más habituales en su utilización como garantía y de que tales soluciones, realmente sean satisfactorias y otorguen plena seguridad jurídica a los operadores intervinientes en la financiación.

Por este motivo, el trabajo dedica la mayor parte del análisis a la consecución de una tesis sólida sobre la naturaleza jurídica que revisten estos seguros, cuestión compleja que aún no ha sido abordada con suficiente detenimiento ni profundidad por la legislación, la doctrina académica o la jurisprudencia, pese a que cada vez el seguro de vida *unit-linked* cobra más presencia en el mercado europeo y a que ya existen numerosas resoluciones administrativas y judiciales relacionadas con este producto de seguro, a las cuales se hará mención a lo largo del estudio. Al mismo tiempo, se intenta desmontar constructivamente algunas de las afirmaciones e ideas erróneas que son más comunes en el sector asegurador español en torno a qué debemos entender cuando hablamos de este tipo de contrato de seguro, dejando en evidencia la necesidad de su reconfiguración típica.

Respecto al funcionamiento de los seguros de vida *unit-linked* como garantía en las operaciones de financiación, el trabajo parte de una estructura básica, que podría ser similar a la de cualquier otro seguro de vida, es decir, las partes que guardan relación con el contrato de seguro serán esencialmente tres: el tomador o tomadores (que pueden ser también asegurados), la entidad aseguradora y un beneficiario o beneficiarios. Al margen se encontrará la entidad de crédito encargada de prestar la financiación, que ocupará la posición de acreedora. En cualquier caso, el trabajo no persigue un análisis técnico o científico profundo sobre este concreto punto, pues sobre este punto existe abundante y buena doctrina académica y jurisprudencial relativa al funcionamiento del seguro de vida como garantía y a la multitud de escenarios y elementos que pueden o deben tenerse en cuenta. Por el contrario, la parte dedicada a este

asunto trata de aportar una visión más pragmática, a modo de pautas que puedan servir al lector como base y que traen causa de la ejecución de operaciones de este estilo en la práctica jurídica y de las cuestiones más habituales que se plantean. Por ello, se anticipa al lector que con el análisis efectuado no se persigue un agotamiento de los supuestos, ni de los modos de configurar al seguro de vida *unit-linked* como garantía, ni de todas las cuestiones que pueden llegar a plantearse a ese respecto.

II. La naturaleza jurídica del seguro de vida *unit-linked* y la necesidad de su reconfiguración típica

1. El encaje típico del seguro de vida *unit-linked* en la normativa

- 1.1. Los seguros de vida en unidades, conocidos en la industria aseguradora con el anglicismo *unit-linked*¹, son identificados habitualmente bajo la nomenclatura «seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión», pudiéndose encontrar referencias normativas a ella, por ejemplo, en el artículo 96 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras («**LOSSEAR**»), en los artículos 70.2, 90 y 136 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras («**ROSSEAR**»), en el artículo 14.2h de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio («**LIRPF**»), en los artículos 11.8 y 128.4e de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades («**LIS**») o en el artículo 180.2 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales («**RDL 3/2020**»).
- 1.2. VICENT CHULIÁ, al hablar de la naturaleza jurídica de este tipo de contratos de seguro, ya indicó que «El contrato de seguro de vida *unit linked* es un *contrato híbrido, atípico*, que combina la doble causa o finalidad económica: la de la inversión (generalmente en paquetes estructurados de fondos de inversión o de pensiones) y la del seguro». Tal autor precisaba sobre la atipicidad que «Generalmente los contratos atípicos incluyen elementos de dos o más contratos típicos, con predominio o no de alguno de ellos. [...] Parece claro que en el seguro de vida *unit linked* la causa y régimen del seguro absorben a la operación de inversión y así lo ha reconocido el legislador que, a pesar de no regular la figura como un contrato típico, entre los seguros de vida, la califica en diversas normas como contrato de seguro»². No obstante, aunque no le falta razón sobre el hecho de que los seguros de vida *unit-linked* no se encuentran particularmente definidos en

1 Sobre los orígenes de este tipo de seguro y su introducción en nuestro mercado, merece la pena leer la exposición efectuada por GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, donde se hace referencia a que el seguro de vida *unit-linked* tuvo su origen en los estudios del norteamericano William C. Greenough (v.gr., el trabajo titulado “*A new approach to retirement income*”), que fueron puestos en práctica en forma de seguro por la London Manchester Insurance Company en el mercado británico en los años sesenta y setenta ante la necesidad de que se efectuaran inversiones en el mercado financiero sin los impedimentos que tenían los fondos de inversión respecto a los gastos máximos de gestión y la prohibición de la venta directa de las inversiones, restricciones que no afrontaban las entidades aseguradoras (GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, J. E.: *Modalidades clásicas y modernas del seguro de vida entera*. Los seguros unit link, Editorial MAPFRE, S.A., 1997, p. 275).

2 VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant Lo Blanch, 24ª ed., Valencia, 2022, pp. 3210 y 3211.

norma alguna, la afirmación de que se trata de un seguro atípico resulta cuestionable, como de hecho parece desprenderse de la última conclusión transcrita.

- 1.3. En efecto, ya hemos visto que se califica a este tipo de seguros como un seguro de vida en el que el tomador asume el riesgo de la inversión, por lo que existe un mínimo encaje típico en nuestra normativa. Sin embargo, la clave a la hora de valorar la posible tipicidad del seguro de vida *unit-linked* no pivota sobre la nomenclatura empleada, sino en la propia esencia del negocio jurídico subyacente. Como ocurre con otros tantos productos de seguro del mercado, la terminología empleada para referirse a ellos no debe esconder la verdadera tipicidad jurídica. Así ocurre, por ejemplo, con los seguros de manifestaciones y garantías, los seguros individuales de ahorro a largo plazo, los planes individuales de ahorro sistemático, los seguros de protección de pagos, entre otros, cuyas terminologías no dejan de ser una invención sectorial o fundamentada en la normativa fiscal, subyaciendo tras ellas auténticos contratos de seguro que, en unos casos, serán multirriesgo y, en otros casos, serán encuadrables en la clasificación tipológica dada por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro («**Ley de Contrato de Seguro**»). Tratar de que la normativa comprenda un listado pormenorizado de todos y cada uno de los productos de seguro que existen en el mercado no dejaría de ser un ejercicio técnicamente improductivo, pues escapa a cualquier enfoque taxonómico, pero no por ello debería afirmarse que los distintos tipos de productos de seguro son atípicos ya que todos ellos compartirán la tipicidad del concepto de contrato de seguro que se recoge en el artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro.
- 1.4. Con todo, esta controversia no deja de ser un debate meramente científico. A lo que a este trabajo interesa, aun cuando pudiera llegar a afirmarse que el seguro de vida *unit-linked* es un contrato típico en nuestra normativa (o, al menos, relativamente típico)³, pues ya hemos visto que goza de un encaje donde se le otorga reconocimiento legal expreso, lo cierto es que resulta necesaria una reconfiguración de la nomenclatura típica empleada para referirse a ellos. Referirnos de manera general al seguro de vida *unit-linked* como un seguro en el que el tomador asume el riesgo de la inversión no es correcto, del mismo modo que tampoco lo son determinadas afirmaciones que comúnmente se han asentado respecto a estos seguros, como, por ejemplo, la de que todos los seguros de vida *unit-linked* son productos de inversión basados en seguros.

2. La falta de armonización europea del concepto de contrato de seguro de vida *unit-linked*

- 2.1. Uno de los problemas principales que afronta el seguro de vida *unit-linked* es la ausencia de una definición clara e inequívoca sobre qué ha de entenderse por tal. Incluso si se afirmase que se trata de un contrato típico, en el sentido ya analizado en el apartado 2.1 de este trabajo, el seguro de vida *unit-linked* seguirá teniendo que asumir un vacío definitorio que le otorgue equidad respecto a su trato en los distintos Estados miembros de la Unión Europea.
- 2.2. El problema, en realidad, no es sólo del seguro de vida *unit-linked*, sino que incluso el propio concepto de contrato de seguro es objeto de controversia en la jurisprudencia

3 DÍEZ-PICAZO, haciendo referencia a otros autores italianos y españoles, precisamente hablaba de tipicidad legislativa (contratos cuyo *nomen iuris* está expresamente recogido en la ley) y tipicidad social (contratos cuya concepción se basa en la doctrina y la jurisprudencia, pese a carecer de disciplina legislativa) como contrapunto de los contratos atípicos (contratos que carecen de un régimen jurídico conocido) (DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I «Introducción. Teoría del contrato», Editorial Aranzadi, S.A., 6ª ed., 2007, p. 489).

europea debido a la ausencia de una normativa armonizada sobre el contrato de seguro. Un paradigma de esta dificultad y de la problemática en torno a las divergencias entre los Estados miembros lo encontramos con carácter amplio en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 31 de mayo del 2018, asunto C-542/16, *Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag y otros* («**Sentencia del TJUE Länsförsäkringar**»), en el que una de las cuestiones analizadas fue la de si el producto sobre el que recaía la controversia era o no un seguro, pues de ello dependía un ulterior análisis de si se había producido o no la actividad de mediación de seguros (en otras palabras, si lo que se comercializó al cliente no era un seguro, entonces no cabe hablar de mediación de seguros). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con apoyo especial en la célebre Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 1 de marzo del 2012, en el asunto C-166/11, *González Alonso contra Nationale Nederlanden* («**Sentencia del TJUE González Alonso**»), valoró entonces que el contrato de seguro de vida (en ese caso, un seguro de vida *unit-linked*) debía «estipular el pago de una prima por el asegurado y, como contrapartida por ese pago, la satisfacción de una prestación por el asegurador en caso de fallecimiento del asegurado o en caso de que se produzca otro evento previsto en ese contrato», lo cual entendía que ocurría con el producto en cuestión, sin perjuicio de que se trataba de un asunto a dilucidar por el juez nacional.

- 2.3. Este mismo criterio fue replicado en la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 24 de febrero de 2022, asuntos acumulados C-143/20 y C-213/20, *A y otros contra O y G. W. et E. S. contra A. Towarzystwo Ubezpieczen Zycie S.A.* («**Sentencia del TJUE Towarzystwo**»), en la que se insistió en la falta de armonización normativa del concepto de contrato de seguro y en el ejercicio de cubrir tal laguna mediante la jurisprudencia europea, llegando incluso a establecer un acercamiento al concepto esencial de contrato de seguro de vida *unit-linked* al indicar que en estos seguros el «consumidor se compromete a pagar primas de seguro a la empresa de seguros a cambio de la realización de las prestaciones por esta en caso de fallecimiento o de supervivencia al término del período de seguro» y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea «ya ha declarado que los contratos “unit-linked” están incluidos en el ámbito de aplicación material de la Directiva 2002/83».
- 2.4. No obstante, pese a los loables esfuerzos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por establecer los hitos del concepto de contrato de seguro, lo cierto es que ello no evita que, en la práctica, sigan existiendo discrepancias entre los Estados miembros precisamente porque sigue sin existir una normativa común sobre el contrato de seguro. En la Sentencia del TJUE *Länsförsäkringar* incluso se deja en manos del juez nacional que determine si el contrato de seguro en cuestión lo era conforme a la normativa nacional y a la jurisprudencia europea expuesta, lo cual no deja de evidenciar la dificultad de establecer un criterio homogéneo.
- 2.5. Aunque no constituye el objeto de análisis en este trabajo, cabe traer a colación brevemente que la controversia no sólo se manifiesta en el plano técnico del concepto de contrato de seguro, sino también, por ejemplo, en el plano de diseño y gobernanza de los productos de seguro. Pese a que la regulación interna en tal materia se rige por la normativa del Estado miembro de origen, la aplicación práctica inevitablemente supondrá que el diseño de los productos deba descansar sobre las normas, criterios y jurisprudencia relativos al contrato de seguro del Estado miembro de acogida. Esto obliga a las entidades aseguradoras que actúen en régimen de libre prestación de servicios

o en régimen de derecho de establecimiento a adecuar sus políticas y procedimientos internos en este ámbito a la normativa del Estado miembro de acogida para realizar un correcto diseño de los productos de seguro, pues de lo contrario se asumirá el riesgo de que el producto de seguro diseñado conforme a la normativa del Estado miembro de origen no cumpla con los elementos clave de la normativa del Estado miembro de acogida.

- 2.6. En el panorama nacional, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda) núm. 935/2018, de 5 de junio (RJ 2018, 3252), conocida como caso *Blackrock*, que replicó la definición (o el intento de definición) de contrato de seguro de vida *unit-linked* recogido en la recurrida Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda) núm. 470/2016, de 28 de octubre (JT 2016, 1491), en el sentido de que «Bajo la denominación "*unit linked*" se hace referencia a una pluralidad de contratos de seguros de vida caracterizados por una nota común: que el tomador del seguro asume el riesgo de la inversión en las provisiones técnicas del contrato. Junto a esta nota principal suele concurrir otra y es que como el tomador asume el riesgo de la inversión, los contratos le suelen conceder la capacidad de elegir las inversiones en las que se materializan tales provisiones. La posibilidad de que el tomador del seguro asuma el riesgo de la inversión se encuentra establecida, como hemos visto, en el art. 37 del RD 2486/1998, de 20 de noviembre, norma en la que se establece la posibilidad de estipular que "*el riesgo de inversión será soportado íntegramente por el tomador*"».
- 2.7. El mismo tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse antes sobre el seguro de vida *unit-linked* en las conocidas Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 769/2014, de 12 enero del 2015 (RJ 2015, 608) y (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 107/2015, de 12 de marzo (RJ 2015, 1459) («**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 107/2015**»). En la primera se determinó que el producto era un seguro de vida *unit-linked*, pero que se habían incumplido las normas de transparencia aplicables haciendo alusión a la normativa del mercado de valores, mientras que en la segunda se consideró que el producto no era un seguro de vida, sino un depósito, dada la presunción de que no existía base técnica actuarial y de la aplicación de un interés técnico a la cobertura de sobrevivencia⁴.
- 2.8. Así, como vemos, lejos de constituir una aclaración, las sentencias expuestas dejan en evidencia la ambigüedad del término seguro de vida *unit-linked*, hasta tal punto de que se reconoce que bajo él descansan una pluralidad de contratos y las propias entidades aseguradoras han tenido dificultades a la hora de diseñarlos correctamente.

3. Entonces, ¿qué es realmente un seguro de vida *unit-linked*?

- 3.1. Para determinar qué es realmente un seguro de vida *unit-linked* resulta necesario ahondar en sus características más esenciales y que sean compartidas sea cual sea la

⁴ En similares términos se pronunció, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección Primera) núm. 201/2017, de 31 de julio (JUR 2017, 246122), en la que se determinó que el producto no era un contrato de seguro de vida por carecer de base técnica actuarial.

modalidad que nos ocupe⁵, al mismo tiempo que el ejercicio pase por plantearse qué sería el seguro de vida *unit-linked* si se dejase de lado la parte del riesgo biométrico⁶.

- 3.2. Como ya se ha señalado en el apartado 2.2.7 de este trabajo, la meritada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 107/2015 acogió la tesis de primera instancia al considerar que la ausencia de base técnica actuarial suponía que «en el contrato no concurría el riesgo exigible para la consideración del mismo como un contrato de seguro sobre la vida, por lo que afirmaron que se trataba de un contrato financiero equiparable al depósito bancario». Cierto es que en ese caso las particularidades del producto suponían que quedara en entredicho no sólo la existencia de un riesgo sobre el valor de los activos afectos al contrato, sino que también se cuestionaba la existencia de riesgo biométrico sobre el capital original, la prima de dos millones de euros satisfecha por el cliente, dado que en uno y otro caso dicho capital se devolvía con un incremento patrimonial de hasta un 0,03% como máximo.
- 3.3. En el plano académico, MUÑOZ GUTIÉRREZ ha puesto de manifiesto la dificultad de equiparar el mero depósito bancario con la configuración habitual del seguro de vida *unit-linked*, pues los elementos de uno y otro negocio jurídico no coinciden⁷. Por ejemplo, el autor señala con acierto que en el seguro de vida *unit-linked* es difícil encajar aspectos propios del contrato de depósito mercantil (artículos 303 y ss. del Código de comercio) tales como el deber de custodia, que habría que expandirse, la ausencia de la figura del beneficiario o la inexistencia de plazo para los seguros de vida entera, que colisiona con la temporalidad habitual de los depósitos.
- 3.4. No obstante, la vaga referencia al depósito bancario realizada por el Tribunal Supremo y las dificultades encontradas en la equiparación de los dos tipos de contratos por MUÑOZ GUTIÉRREZ no dejan de dejar en el aire la problemática sobre el encaje exacto del negocio jurídico que subyace en un seguro de vida *unit-linked* cuando carece de riesgo biométrico. Ello nos lleva a valorar otra de las características propias de ambos contratos comparados, que es la del hecho de que el bien fungible, ya sea el dinero depositado o la prima abonada, pasan al patrimonio del depositario o de la entidad aseguradora, según el caso.
 - 3.4.1. En el depósito bancario, conocido es que el depósito irregular implica que la cosa entregada por el depositante pasa a ser apropiada por el depositario y

5 Puede servir de referencia al respecto las distintas modalidades y fórmulas de configurar el seguro de vida *unit-linked* realizada por RAMÍREZ MEDINA y ORTÍZ DE JUAN, donde se diferencia el seguro de vida entera del mixto, con y sin rescate, con cobertura de fallecimiento fijas o mediante porcentajes según la edad del asegurado, etc. (RAMÍREZ MEDINA, E. y ORTÍZ DE JUAN, J. M.: «Aspectos fiscales del seguro de vida *unit-linked*» en AA. VV: *Monográfico Seguros "unit-linked"*. Libro blanco, *Revista Española de Seguros*, núm. 176, octubre-diciembre del 2018, pp. 599 y 600).

6 Como señalara, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 693/2019, de 18 de diciembre (RJ 2019, 5125), «los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son (irrelevancia del *nomen iuris*, por todas, sentencias 765/2010, de 30 de noviembre (RJ 2011, 1162); y 335/2013, de 7 de mayo (RJ 2013, 3935))».

7 MUÑOZ GUTIÉRREZ, F. J.: «La naturaleza jurídica del *unit-linked*. Perspectivas del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 24 de febrero de 2022 (C-143/20)», *Revista Española de Seguros*, núm. 191/3, julio-septiembre del 2022, pp. 545 a 550.

que puede utilizarla mientras dure el depósito, sin perjuicio del deber de devolver la misma cosa u otra de idénticas características a su término.

- 3.4.2. En el contrato de seguro de vida *unit-linked* ocurre esencialmente lo mismo, pues la prima abonada por el tomador pasa a confundirse con el patrimonio de la entidad aseguradora, que será la encargada ulteriormente de invertir el bien fungible en los activos que considere adecuados en función de lo pactado con el tomador. Esta circunstancia es la que probablemente ha provocado el acercamiento a la figura del depósito bancario pese a las evidentes diferencias existentes que hacen imposible su equiparación jurídica. Precisamente la neutralidad fiscal temporal que el seguro de vida *unit-linked* proporciona al tomador deriva de que sus oscilaciones al alza o la baja están integradas en el patrimonio de la entidad aseguradora afecto a satisfacer la prestación al beneficiario o restituir la aportación al tomador.
- 3.5. Para que aún quede más clara la efectiva transmisión de la propiedad del bien fungible (la prima) a la entidad aseguradora que se produce bajo el contrato de seguro de vida *unit-linked*, la regulación en materia de solvencia precisamente prevé normas específicas en su tratamiento, las cuales han sido incluso abordadas por la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación («EIOPA»). Sin ánimo de abarcar todos los casos, se exponen algunos ejemplos a continuación:
- a) El artículo 70.2 del ROSSEAR establece que el capital obligatorio por riesgo operacional relativo a los seguros de vida *unit-linked* tendrá en consideración el importe de los gastos anuales generados por las obligaciones del seguro.
 - b) El artículo 90 del ROSSEAR señala que los activos que representan las provisiones técnicas⁸ en los seguros de vida *unit-linked* deben cumplir con determinadas normas sobre inversiones del artículo que le precede, así como algunas especiales. Conviene aquí hacer un breve *excursus* sobre el hecho de que el régimen de inversiones establecido por la normativa Solvencia II es contrario a limitar los bienes y derechos en los que la entidad aseguradora puede invertir, a diferencia de lo que ocurría con la anterior normativa⁹. Además, Solvencia II añade la capacidad de libertad de inversión, es decir, que el Estado no puede exigir a la entidad aseguradora que invierta en determinadas categorías de activos o condicionar las inversiones a autorización previa o a exigencias sistémicas de notificación. En cambio, lo que hace Solvencia II es establecer unas normas de inversión generales que deben respetarse, cuya ubicación actual se encuentra en el artículo 89 del ROSSEAR. Con todo, aunque las entidades aseguradoras pueden invertir en los activos que quieran bajo el principio de prudencia y dando cumplimiento con las exigencias en materia de solvencia, la eliminación del listado de activos en

8 Como es sabido, las provisiones técnicas son las partidas que las entidades aseguradoras destinan para poder cubrir las posibles obligaciones que deban asumir durante el ejercicio de su actividad aseguradora con motivo de los riesgos suscritos en los contratos de seguro o de reaseguro, incluyendo los gastos inherentes al cumplimiento o ejecución de esas obligaciones. La normativa identifica diferentes tipos de provisiones técnicas, como las de primas no consumidas, las de riesgos en curso, las de los seguros de vida, las de la participación de los asegurados en los beneficios, las de prestaciones, etc.

9 Por este motivo, queda superado el derogado artículo 50 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados («ROSSP»), que limitaba los tipos de activos en los que las entidades aseguradoras podían invertir las provisiones técnicas, así como la antigua Consulta de la DGSFP núm. 1/2006 que, sobre dicho artículo 50 del ROSSP, valoró la posibilidad de que las provisiones técnicas de los seguros de vida *unit-linked* fueran invertidas en un fondo de inversión inmobiliario.

los que invertir que existía en la antigua normativa no significa que las entidades puedan ahora invertir en activos de alto riesgo con total discrecionalidad, sino que, en la práctica, las nuevas normas del principio de prudencia tienen como objetivo impedir tal extremo, pero dejando cierta liberalidad a las entidades sobre dónde enfocar sus inversiones. Además, los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en la proporción que debe respetarse tanto para el capital de solvencia obligatorio como el capital mínimo regulatorio implican que en la práctica si una entidad aseguradora desea invertir en elementos que son de peor calidad, deberá compensar la proporcionalidad con más inversión en activos de máxima calidad (nivel 1)¹⁰.

- c) El artículo 136 del ROSSEAR establece que la provisión de los seguros de vida *unit-linked* debe determinarse en función de los activos afectos o de los índices o activos que se hayan fijado como referencia para determinar el valor económico de los derechos, sin que sea aplicable la estructura temporal pertinente de tipos de interés sin riesgo del artículo 132 del ROSSEAR. Además, la parte de los riesgos que no sean asumidos por el tomador debe dotarse a la provisión de seguros de vida.
- d) EIOPA también ha resuelto diversas consultas relacionadas con el tratamiento e imputación de las primas y los reportes en el ámbito de los seguros de vida *unit-linked*:
 - i) En la Consulta de EIOPA núm. 2431, de 22 de abril del 2022, se determinó que todos los activos deben incluirse en la base de cálculo del submódulo de concentración de riesgo de mercado en aquellos seguros de vida *unit-linked* en los que el riesgo de la inversión es asumido parcialmente por el tomador y por la entidad aseguradora, pues el artículo 184.2a del Reglamento Delegado (UE) 2015/35 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio («**Reglamento Delegado 2015/35**»), sólo excluye a los activos en los que el riesgo de la inversión sea asumido totalmente por el tomador.
 - ii) En la Consulta de EIOPA núm. 2249, de 9 de febrero del 2021, se expuso que, en caso de que una entidad aseguradora se disolviera y un tomador tuviera suscrito un seguro de vida *unit-linked*, el liquidador o cualquier persona designada para tal efecto considerará los activos disponibles y el total de los pasivos y decidirá en qué orden se pueden pagar dichos pasivos de acuerdo con la priorización de acreedores establecida en los correspondientes procedimientos nacionales de liquidación. Añadió que, dependiendo el tipo de producto, es posible que haya riesgos asociados con el tomador que le hagan incurrir en pérdidas si la entidad aseguradora previamente no ha implementado el principio de prudencia en las inversiones.

¹⁰ Como anécdota en este punto, conviene señalar que en el 2021 la autoridad de supervisión de seguros polaca consultó a EIOPA la implementación de la medida consistente en intervenir los productos de una entidad aseguradora que distribuía seguros de vida *unit-linked* dado que, entre otros problemas, los activos en los que se invertían las primas implicaban un riesgo excesivo que iba en detrimento de los clientes. EIOPA respaldó la medida (*Opinion of EIOPA on the proposed product intervention measure of Komisja Nadzoru Finansowego of Poland*, 23 de marzo del 2021, EIOPA-BoS-21/204).

- iii) En la Consulta de EIOPA núm. 2107, de 28 de enero del 2020, se reconoció que, desde el punto de vista contable, el seguro de vida *unit-linked* es considerado como un contrato de seguro en España porque incluye el riesgo biométrico. Sin embargo, ello no significa que el producto no pueda ser desagregado bajo la normativa Solvencia II (en concreto, respecto al reporte en la plantilla S.12.01), sino que, de hecho, debe desagregarse. La parte de inversión debe reportarse como de producto *unit-linked*, mientras que la parte correspondiente a la cobertura de fallecimiento debe reportarse como «otro vida». Asimismo, las provisiones técnicas de la parte de inversiones no deben considerarse en el módulo de riesgo operacional, mientras que la parte de cobertura de fallecimiento debe considerarse como cualquier otro producto de vida.
- iv) En la Consulta de EIOPA núm. 2102, de 21 de enero del 2020, se consideró que deben incluirse en el cálculo de la mejor estimación del artículo 28 del Reglamento Delegado 2015/35 todas las comisiones, gastos y cargas relacionadas con la gestión y distribución de un contrato de seguro de vida *unit-linked* (de prima única y con capital adicional de fallecimiento) que se refieran a las obligaciones dentro del límite del contrato (artículo 18 del Reglamento Delegado 2015/35).
- v) En la Consulta de EIOPA núm. 1894, de 28 de marzo del 2019, se indicó que, a los efectos del cálculo del capital de solvencia obligatorio y su relación con los seguros de vida *unit-linked*, el módulo de riesgo de mercado debe basarse en la variación de los fondos propios que pueda experimentar cada submódulo. Así, por ejemplo, si las provisiones técnicas incluyen una provisión para gastos o comisiones futuros, el submódulo de riesgo acciones debe reflejar las variaciones que puedan ocurrir. Igualmente, si el riesgo de diferencial se aplica a los activos de un fondo de tipos de interés, el cálculo del submódulo de riesgo de diferencial tendrá en cuenta cualquier variación del valor de esos activos y las consecuentes variaciones que experimenten las provisiones técnicas.

3.6. La jurisprudencia también ha reconocido en casos variopintos el traslado de la propiedad de la prima a la entidad aseguradora. Sirvan de ejemplo el caso en el que se determinó que existía discriminación a las entidades aseguradoras que actuaban en régimen de libre prestación de servicios en España porque no se preveía un mecanismo para que pudieran recuperar las retenciones practicadas a los dividendos percibidos por la inversión de las primas en acciones bajo el Impuesto sobre la Renta de no Residentes¹¹; o el caso en el que se recurrió al seguro de vida *unit-linked* para descapitalizar delictivamente a una entidad de crédito y traspasar el patrimonio a una entidad aseguradora del mismo grupo empresarial, incentivando que los clientes cambiasen los depósitos bancarios por los seguros¹²; o los casos en los que se concluyó que la venta del fondo de inversión o activo afecto al contrato de seguro de vida *unit-linked* no quería decir que el tomador tuviera poder de gestión sobre él en tanto que se trataba de una decisión de

11 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda) núm. 935/2018, de 5 de junio (RJ 2018, 3252).

12 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Primera) núm. 643/2018, de 13 de diciembre (RJ 2018, 5398), conocido como *caso Eurobank*.

la entidad aseguradora para atender al derecho de rescate ejercido, máxime cuando la venta de tal activo no era suficiente para cubrir los derechos del tomador¹³.

- 3.7. En definitiva, ninguna duda cabe de que las entidades aseguradoras no sólo integran en su patrimonio las primas abonadas por el tomador, sino que incluso deben gestionarlas e invertirlas de determinada manera y tiene sus efectos en el ámbito del cálculo de los requisitos de solvencia. Así, la inversión final no la realiza el tomador, sino la entidad aseguradora¹⁴. Por ello, cabría en este primer estadio deducir (con aparente razonabilidad) que, en caso de que no exista riesgo biométrico, el contrato de seguro de vida *unit-linked* encubriría una especie de depósito.
- 3.8. Con todo, esa conjetura preliminar es superable, de modo que puede afirmarse que bajo el seguro de vida *unit-linked* nos encontramos con los dos tipos de negocios jurídicos que van a exponerse a continuación.
 - 3.8.1. Por un lado, el propio contrato de seguro de vida, en sentido estricto, según su definición dada por el artículo 83 de la Ley de Contrato de Seguro. Constituye el eje central del riesgo biométrico y la razón de utilizar la base técnica actuarial, requisito sine qua non para que el contrato constituya un verdadero seguro y que la actividad de suscripción desempeñada por la entidad aseguradora no incurra en la prohibición del artículo 5.1a de la LOSSEAR. Ello igualmente implica, entre otras cosas, la conveniencia de efectuar el cuestionario de salud o reconocimiento médico para dar cumplimiento al deber de declaración del riesgo del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, pues la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 107/2015 ya expuesta precisamente aludía a ello¹⁵.
 - 3.8.2. Por otro lado, nos encontramos con la parte relativa a las inversiones de la prima, que constituye el pilar de la discordia en este producto. Ya hemos visto que la traslación de la propiedad de la prima a la entidad aseguradora acerca el negocio jurídico a la figura de un depósito bancario, debiendo rechazar otra tipología de contratos mercantiles en las que esa traslación de la propiedad del bien fungible no tiene lugar, tales como el mandato, la agencia, el corretaje, la comisión, la gestión de carteras o cualesquiera figuras afines. Sin embargo, también hemos visto las dificultades que entraña equiparar el negocio jurídico al depósito bancario, pues existen diferencias esenciales entre ellos.

13 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Primera) núm. 3224/2020, de 23 de julio (JT 2020, 858), y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Novena) núm. 74/2021, de 17 de febrero (JUR 2021, 145133).

14 En este sentido, VICENT CHULIÀ señala que la inversión «se realiza contractualmente a riesgo del tomador, como si se tratara de una inversión directa realizada por él mismo, aunque no lo es: la inversión es de la entidad aseguradora, lo que se refleja en el balance de ésta» (VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción...*, op. cit., p. 3210). También LÓPEZ-BREA indicó que «El riesgo que se vislumbra por los profesionales del ramo, es que en los unit linked el patrimonio no pertenece formalmente al inversor, sino a la compañía aseguradora con la que se contrata el producto y en la que se delega la gestión y por tanto si ésta quiebra, el inversor puede no recuperar su dinero» (LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J.: *Estudio y clasificación de los seguros privados desde la perspectiva del derecho administrativo*, Tirant, 2013, p. 296).

15 En concreto, la sentencia dice así: «En la determinación del riesgo asegurado, cuya ausencia ha declarado la sentencia recurrida, tienen trascendencia las bases actuariales que tomen en consideración no solo el sexo y la edad del asegurado, como con insistencia afirma la recurrente, sino también otros elementos tales como el estado de salud del asegurado, fundamental para la aplicación de la técnica actuarial mediante la combinación de elementos biométricos, relativos a la duración esperada de la vida, y financieros, como es el tipo de interés técnico. Sin embargo, la hoy recurrente no realiza ninguna referencia concreta a la existencia de tales elementos técnicos actuariales, o de un cuestionario de salud o una revisión médica. Por sí solas, la mención en la póliza al sexo y la edad del asegurado, y la genérica remisión a la "provisión matemática" al regular el valor del rescate, son insuficientes para determinar la existencia de riesgo que justifique la naturaleza de seguro del contrato concertado, teniendo además en cuenta el elevado importe de la prima y de las cuantías aseguradas».

La solución viene dada por considerar que el negocio jurídico que se escondería bajo esta parte del producto es un depósito estructurado que, como veremos, es básicamente el único tipo de depósito en el que cabe la traslación de la propiedad del bien fungible al depositario, que se produzca una inversión posterior mediante un derivado y que el riesgo sea asumido íntegramente por el depositante sin que el capital depositado esté garantizado.

- 3.8.3. La tesis del depósito estructurado ya fue acercada sutilmente por Canalejas Merín, quien puso de manifiesto «la proximidad de ciertos productos financieros como los *unit-linked* con los instrumentos financieros y los depósitos estructurados»¹⁶. El autor, en efecto, no iba mal encaminado. Aunque los depósitos estructurados han sido considerados en muchos casos como productos en los que el capital original se encuentra garantizado, de tal modo que el único riesgo que asume el depositante se ciñe a las variaciones del valor de los activos en los que se invierte el capital y su repercusión en el rendimiento obtenido en la fecha de vencimiento, lo cierto es que cabe también hablar de depósitos estructurados en los que, al igual que en los seguros de vida *unit-linked*, el capital depositado no está garantizado y se ve afectado por las variaciones del valor de los activos afectados¹⁷. En esta línea, CÁRDENAS GÁLVEZ señaló que los depósitos estructurados pueden llegar a ser un producto de riesgo dado que, «Si el subyacente evoluciona de un modo muy negativo, a veces no sólo no se dejan de percibir intereses, sino que el cliente puede perder parte del dinero (principal del depósito) que ha invertido»¹⁸. GARCÍA-CRUCES incluso fue más lejos al criticar que se considerase como depósito estructurado a aquéllos en los que existía un capital garantizado, pues más bien debían considerarse como depósito ordinario de retribución variable¹⁹. A mayor abundamiento, la existencia de depósitos estructurados sin garantía en el capital inicial depositado también ha sido objeto de reconocimiento en el plano judicial, como ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Novena) núm. 74/2013, de 25 de febrero (JUR 2013, 155119),

16 CANALEJAS MERÍN, J. F.: «Evaluación de la idoneidad y la conveniencia en la distribución de productos de inversión basados en seguros», *Revista Española de Seguros*, núm. 174, abril-junio del 2018, p. 224.

17 GARCÍA PITA ya puso de manifiesto que «se puede hacer referencia al hecho de que el depósito se encuentre, o no, sometido a alguna condición especial, como es el caso de los llamados “depósitos estructurados”, en los que los intereses –e incluso, a veces, el principal– se devengan o quedan condicionados a la evolución de índices o magnitudes económicas de referencia y asociados a un derivado financiero» (GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L.: «Bases para una revisión del régimen de los depósitos bancarios», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 143, julio-septiembre del 2016).

18 CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J.: «El depósito estructurado y la STS de 15 de noviembre de 2012», en MARÍN NARROS, H. D (Coord.): *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, J.M. Bosch Editor, 2014, p. 34.

19 El autor señala que «En la argumentación que ahora se critica en el texto se solapan dos formas de depósito que, sin embargo, deben ser diferenciadas. En efecto, cuando el depósito se pacta con una variabilidad del interés pero con el capital garantizado, no nos encontramos ante un auténtico depósito estructurado sino, mejor, ante un depósito ordinario con retribución variable. En este caso, no hay duda de que el mismo queda fuera de su consideración como operación estructurada, dada la inexistencia de riesgo alguno respecto del principal que habrá de restituirse a su vencimiento. Desde luego, distinto es el supuesto de los depósitos estructurados en sentido estricto, en donde la presencia de tal riesgo caracteriza la operación. Esta diferenciación de supuestos aparece claramente recogida en el Considerando 39 de la Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (MIFID II), en donde se advierte respecto de los depósitos con interés referenciado o variable, y a fin de distinguirlos de los depósitos estructurados, que *a este efecto, es necesario aclarar que, como los depósitos estructurados son un tipo de producto de inversión, no incluyen depósitos vinculados únicamente a tipos de interés, como Euribor o Libor, independientemente de que los tipos de interés estén predeterminados o de que sean fijos o variables. Estos depósitos deben estar excluidos, por lo tanto, del ámbito de aplicación de la presente Directiva* (GARCÍA CRUCES, J. A.: «Préstamo bancario de dinero y tipos de interés negativos», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 143, julio-septiembre del 2016).

en la que incluso se llegó a criticar que se empleara el término «depósito» para nombrar al producto dado que, según el órgano judicial, el término «bono» resultaba más ajustado al no existir garantía del capital depositado.

- 3.8.4. Por tanto, estamos ante un producto que cumple con la esencia de la parte de las inversiones (la no relacionada con el riesgo biométrico) del seguro de vida *unit-linked*, pues existe un riesgo de inversión que es asumido por el cliente, las inversiones son realizadas por la entidad, que hace suya la cosa o bien fungible y cuyo único propósito es gestionarlas conforme a las pautas, normas o premisas acordadas en el contrato con dicho cliente, debiendo devolver a éste el resultado (no garantizado) en la fecha de vencimiento o con anterioridad para el caso de que existan ventanas de liquidez o derecho de rescate²⁰.
- 3.9. No obstante, resulta paradójico que, como es bien sabido, la parte de la prima que se destina al componente de puro ahorro o inversión no garantizada es desproporcionadamente más alta que aquella que cubre el puro riesgo que asume la entidad aseguradora en caso de acaecimiento del riesgo, hasta el punto de que cabe cuestionarse si esta desigualdad o falta de proporcionalidad de por sí es suficiente para calificar al negocio jurídico como un contrato de seguro. De hecho, la controversia ya no se centra sólo en la existencia o inexistencia del riesgo biométrico, sino que se extiende al establecimiento de los parámetros mínimos que ha de recoger el producto para que sea considerado un seguro de vida. Ni la jurisprudencia expuesta ni las autoridades de supervisión de seguros han establecido un criterio fijo sobre cuál debe ser la proporción que debe revestir el capital relacionado con la cobertura de fallecimiento o las complementarias (la de supervivencia se regiría por el interés técnico aprobado por la DGSFP) en el conjunto del contrato, habiéndose limitado hasta ahora a concretar ciertos requisitos mínimos entorno a la utilización de la base de técnica actuarial por la existencia de un riesgo biométrico real.
- 3.10. Dada su relevancia fiscal, la Dirección General de Tributos («DGT») no ha sido ajena a este debate y ha sido la única que, en cierto modo, ha abordado tales límites y criterios. En línea con lo que ya se ha venido exponiendo, varias consultas vinculantes despachadas por esta institución ya pusieron de manifiesto que el seguro de vida *unit-linked* debe contar con una cobertura mínima de fallecimiento, de tal manera que sin ella no estaríamos ante un contrato de seguro de vida. Algunos ejemplos de productos en los que se ha validado esta configuración son los siguientes:
- a) En la Consulta general de la DGT núm. 1608-99, de 16 de septiembre de 1999 (JUR 2001, 203094), que contó con un informe previo de la DGSFP de en el que se reconocía la naturaleza del seguro de vida *unit-linked* como contrato de seguro, el producto contaba con un capital asegurado adicional para el caso de fallecimiento del 10%, pero limitado a 100.000 ptas. (600 euros en la actualidad).

20 Añade GARCÍA BRUCES que «En un depósito estructurado, la variación del índice de referencia es determinante no solo del contenido de la obligación sino, también, y según lo pactado, de quién pueda ser el deudor de la obligación. Esto es, se trata de un negocio sujeto a riesgo, de modo que el pretendido depositante asume la posibilidad tanto de ganancia como de pérdida en relación con las cantidades objeto del depósito. Las partes predisponen en el contrato una liquidación futura de sus posiciones, de tal manera que la especificación de quién será deudor –así como la cuantía adeudada– vendrá determinada en un futuro en razón de los resultados que arroje la aplicación del índice de referencia. Desde un punto de vista jurídico, el negocio responde a una causa aleatoria, querida por las partes y que caracteriza –incluso estructuralmente– el contrato» (García Cruces, J. A.: «Préstamo bancario...», *op. cit.*).

- b) En la Consulta vinculante de la DGT núm. V0068/99, de 30 de julio de 1999 (JUR 2002, 131873), el seguro de vida *unit-linked* contaba con un capital asegurado en caso de fallecimiento igual al valor liquidativo de los activos, más un capital adicional (no se indica cómo se calcula este capital adicional).
- c) En la Consulta vinculante de la DGT núm. V0095/99, de 25 de octubre de 1999 (JUR 2002, 131900), que contó con un informe previo de la DGSFP de 26 de mayo de 1999, el seguro de vida *unit-linked* establecía un capital asegurado para el caso de fallecimiento igual al valor liquidativo de los activos, más un capital adicional del 10% de la provisión matemática calculada al vencimiento de la última anualidad del seguro con algunos límites cuantitativos (250.000 pesetas, si la edad era de entre 14 y 60 años, o 100.000 pesetas, si era menor de 14 o mayor de 60 años).
- d) En la Consulta vinculante de la DGT núm. V0096/99, de 25 de octubre de 1999 (JUR 2002, 131901), que contó con un informe previo de la DGSFP de 24 de mayo de 1999, el seguro de vida *unit-linked* establecía un capital asegurado para el caso de fallecimiento o invalidez igual al valor liquidativo de los activos, más un capital adicional del 10% de dicho valor liquidativo.
- e) En la Consulta vinculante de la DGT núm. V0119/99, de 30 de diciembre de 1999 (JUR 2002, 131924), que contó con un informe previo de la DGSFP de 21 de mayo de 1999, el seguro de vida *unit-linked* establecía un capital asegurado en caso de fallecimiento igual al valor liquidativo de los activos, más un capital adicional del 10% limitado cuantitativamente en función de la edad del asegurado.
- f) En la Consulta vinculante de la DGT núm. V0003/01, de 26 de febrero del 2001 (JUR 2002, 48469), el seguro de vida *unit-linked* contaba con un capital asegurado en caso de fallecimiento igual al valor liquidativo de los activos, más un capital adicional del 5% limitado cuantitativamente a 10 millones de pesetas.
- g) En la Consulta vinculante de la DGT núm. V0019/03, de 5 de febrero del 2003 (JT 2003, 876), que contó con dos informes previos de la DGSFP de 7 de julio de 1999 y de 20 de mayo del 2002, el seguro de vida *unit-linked* establecía un capital asegurado en caso de fallecimiento igual al valor liquidativo de los activos, más un capital adicional del 10% limitado cuantitativamente en función de la edad del asegurado.

3.11. Como puede verse, aunque parecidas, no todas las fórmulas empleadas para establecer el capital adicional tienen el mismo patrón. Se establecen porcentajes mayores o menores, limitaciones cuantitativas máximas o mínimas, límites en función de la edad del asegurado o fijos, referencias respecto al valor liquidativo de los activos en el momento del siniestro o en la última anualidad, etc.²¹ Sea como fuere, se deduce que ese capital adicional resulta indispensable para que se presuma la existencia de una

21 Sobre este asunto, GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS reconoció la posibilidad de configurar la cobertura de fallecimiento de distintas formas, como «Contratar una suma asegurada mínima y posteriormente, cuando sea superior, un corredor por encima del valor alcanzado por el fondo. Este corredor o margen puede fijarse en forma absoluta, en porcentaje, entre un máximo y un mínimo, dependiendo de la edad, de la prima inicial... Contratar siempre una cantidad constante en exceso del fondo; Contratar una suma asegurada variable, relacionada con la diferencia que pueda existir entre un capital mínimo y el valor del fondo» (GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, J. E.: *Modalidades clásicas y modernas...*, op. cit., p. 281).

operación de seguro de vida²² y, en cierto modo, puede afirmarse que el límite mínimo es del 5%²³. Nótese al respecto que el artículo 25.3.1º de la LIRPF recoge este límite del 5% al exigir que el capital en riesgo (la diferencia entre el capital asegurado para fallecimiento o incapacidad y la provisión matemática) durante toda la vigencia del contrato sea de hasta un 5% en los contratos de seguro de vida que combinen la contingencia de supervivencia con las de fallecimiento o incapacidad y el capital percibido por el contribuyente sea el de la contingencia de supervivencia.

- 3.12. Esto no deja de poner en evidencia lo manifestado en el apartado 2.3.9 de este trabajo, pues un capital adicional del 5% sigue siendo abrumadoramente pequeño en el conjunto del contrato de seguro, de tal manera que el negocio jurídico relacionado con el seguro de vida es ínfimo si se compara con el negocio jurídico relacionado con las inversiones. Por tanto, sin concluyéramos que el seguro de vida *unit-linked* realmente tiene más de depósito estructurado que de seguro de vida, el negocio de las entidades aseguradoras podría ponerse en entredicho.
- 3.13. La cuestión debe resolverse aplicando la teoría de los contratos complejos. CARRASCO PERERA indica que «por contratos complejos se conocen aquellos contratos bilaterales donde la prestación y la contraprestación están extraídas de tipos contractuales diversos, de los que se independizan para refundirse en el tipo complejo; así, cuando el precio de la permuta es una prestación de obra»²⁴. Debe descartarse la teoría de los contratos mixtos²⁵ dado que, como hemos visto con anterioridad, los negocios jurídicos subyacentes en un contrato de seguro de vida *unit-linked* son típicos y perfectamente separables, hasta el punto de que pueden subsistir de manera autónoma el uno sin el otro. Tampoco puede considerarse que quepa la teoría de la coligación dado que no existen dos contratos independientes, pero relacionados por un nexo causal, sino uno solo que comparte elementos de dos negocios jurídicos distintos²⁶.

22 Esta exigencia no sólo se recoge en el caso de España, sino que, como apuntaron ZURERA HERNÁNDEZ y RODRÍGUEZ RUBIO, en el Derecho comparado también se prevé la necesidad de que el contrato cuente con las coberturas propias de un seguro de vida, si bien (ZURERA HERNÁNDEZ, A. y RODRÍGUEZ RUBIO, J. M.: «El seguro de vida *unit-linked* en el Derecho comparado: fiscalidad», en AA. VV: *Monográfico Seguros "unit-linked"*. Libro blanco, *Revista Española de Seguros*, núm. 176, octubre-diciembre del 2018, pp. 640 a 642).

23 Menos controvertido resulta en el hecho de que, bajo el contrato de seguro de vida *unit-linked*, se produzca la asignación de activos a un solo tomador o a varios tomadores vinculados entre sí. Por ejemplo, aunque la Consulta vinculante de la DGT núm. V2366/08, de 15 de diciembre del 2008 (JT 2009, 1), consideró que esta práctica supone una gestión particular de carteras, lo que conlleva la imputación anual del valor de los activos en el IRPF, realmente ello no debería entenderse como una puesta en cuestión de la naturaleza jurídica del seguro de vida *unit-linked*, es decir, no debería considerarse que la mera gestión individualizada constituye un elemento para desnaturalizar al contrato de seguro.

24 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 3ª ed., 2021, 1/3. En sentido similar se pronuncia Díez-Picazo, que define a los contratos complejos como «aquellos en los cuales las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidas, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio» (DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, op. cit., pp. 490 y 491).

25 CARRASCO PERERA los define como «aquellos negocios que combinan elementos específicos de distintos tipos contractuales, sin que lleguen a existir dos tipos contractuales autónomos, como el contrato de enajenación en el que la contraprestación consiste parte en precio y parte en otra cosa específica (cfr. art. 1446 CC) o en la permuta con prestación subordinada de obra o en el contrato mixto pero único de viaje combinado que regula el art. 151 TR LGDCU» (CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, op. cit.). Por tanto, aunque nos encontremos con un único contrato, como sería el caso del seguro de vida *unit-linked*, entiendo que no existiría una combinación de elementos de dos contratos (seguro de vida y depósito estructurado), sino dos contratos que se fusionan para dar lugar a uno complejo.

26 Ciertamente CARRASCO PERERA califica al seguro de vida *unit-linked* como un caso límite en el que «la calificación como mixto, complejo o coligado será sustancialmente discrecional» (CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, op. cit.), si bien me inclino por considerar que no cabe ni la coligación ni la teoría del contrato mixto por los motivos expuestos. Un ejemplo de coligación en un seguro de vida *unit-linked* lo encontramos en el supuesto analizado por el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) de 15 de febrero del 2023 (JUR 2023, 93398) en el que un matrimonio suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria cuyo destino fue, a su vez, el pago de la prima de un seguro de vida *unit-linked* contratado inmediatamente después, de tal manera que los rendimientos del seguro fueran destinados al pago de la deuda del préstamo.

- 3.14. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 284/2020, de 11 de junio (RJ 2020, 2196), reconoce los supuestos de combinaciones de varios contratos al indicar que «En nuestro Derecho privado no son desconocidos los contratos mixtos ni los coligados. Como recuerda la sentencia 428/2012, de 10 de julio (RJ 2012, 9328), con cita de otras muchas, debe distinguirse entre los negocios mixtos o complejos, en donde confluyen, con mayor o menor atipicidad, elementos que pertenecen a diversos tipos contractuales, y las figuras relativas a una unión o pluralidad de contratos en donde se produce una conexión o ligamen (contratos coligados), que representan la unión de contratos distintos, pero queridos globalmente por las partes ya como un todo, o bien en una relación de mutua dependencia; dando lugar a contratos recíprocos, a contratos subordinados o, en su caso, a contratos alternativos. En cualquiera de los supuestos, lo característico de estas figuras negociales es que cuando la voluntad concorde de las partes, o la unidad del interés o función negocial que se articula en los diferentes contratos así lo exija, el negocio en su conjunto debe ser considerado como una unidad jurídicamente orgánica y, por lo tanto, interrelacionada, de suerte que sus posibles consecuencias (incumplimiento, resolución, nulidad, etc.) deben ser comunes». Bajo estas premisas puede afirmarse que el seguro de vida *unit-linked*, pese a considerarse como un contrato complejo, constituye un contrato único que no puede despedazarse, ni tan siquiera declararse su nulidad parcial en caso de que carezca del riesgo biométrico o de cualquier otro elemento propio de un contrato de seguro de vida mediante la aplicación del principio *falsa demonstratio non nocet* (nótese al respecto que el artículo 5.2 de la LOSSEAR sanciona con la nulidad cualquier actividad desempeñada por la entidad aseguradora que sea ajena a la actividad aseguradora), tal y como hizo la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 107/2015 al declarar la nulidad total del contrato de seguro de vida *unit-linked* puesto en cuestión.
- 3.15. Como colofón de este análisis en torno a la representatividad de los dos negocios jurídicos que conforman el seguro de vida *unit-linked*, cabría insistir en la cuestión sobre si resulta jurídicamente correcto que la parte correspondiente al contrato de seguro puro, que es sensiblemente menor, debe ser la que prevalezca, es decir, que se califique como la dominante. CARRASCO PERERA reconoce que habrá casos en los que un contrato complejo en el que exista un negocio dominante «provocará un cercenamiento de la causa mixta, en la medida en que la aplicación del contrato “prevalente” comporte la preterición de aquellas normas que hacen del contrato mixto un contrato singular: por ejemplo, en el conocido como *negotium mixtum cum donatione* o en el contrato de cuenta corriente bancaria, mixto de depósito y de mandato»²⁷. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Sexta) núm. 470/2010, de 29 de julio (AC 2010, 1358), señaló que «es doctrina consagrada del T.S. la aplicación de la normativa general contenida en el Código Civil (STS de 26 de enero de 1994 (RJ 1994, 446) y resoluciones en ella mencionadas) pues la aplicación fragmentaria de las leyes especiales que pudieran referirse a cada uno de los contratos puede dar lugar a un resultado no armónico de la voluntad de las partes».

constituyendo una prenda sobre los derechos de crédito (a modo de una suerte de anticresis). En ese caso, sin hacerse referencia expresa a la coligación, lo cierto es que se aplicaron sus efectos al reconocerse «la conexión existente entre el préstamo y el producto que se adquiriría con la suma recibida y la finalidad a la que servía el conjunto de la operación económica», lo cual hacía que los contratos estuvieran vinculados y «la suerte o realidad de uno (la adquisición del producto financiero) influye en la suerte del préstamo y esa estructura u operación económica única responde a la búsqueda de un ahorro fiscal en el impuesto de sucesiones».

27 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, op. cit.

- 3.16. En el caso del seguro de vida *unit-linked* podría plantearse si la regulación relativa a la parte del depósito estructurado, que sería la dominante, debería prevalecer sobre la correspondiente al seguro de vida. La disyuntiva debe resolverse a favor del negocio de seguro porque así lo ha querido el legislador²⁸, la doctrina y los operadores jurídicos que se han expuesto a lo largo de este trabajo. No existe otra alternativa para las entidades aseguradoras que no sea esta prevalencia dadas las limitaciones en su actividad y, habiéndose reconocido tal extremo, no existe fundamentación jurídica que enerve la aplicación preponderante de la regulación del negocio asegurador al contrato de seguro de vida *unit-linked*²⁹. La teoría del contrato complejo no impide esta tesis, pues la solución relativa a la elección del negocio dominante sólo debe aplicarse en supuestos de controversia sobre la regulación aplicable al contrato, que no es el caso del seguro de vida *unit-linked*.

4. No todos los seguros de vida *unit-linked* son productos de inversión basados en seguros

- 4.1. Los seguros de vida *unit-linked* comúnmente han venido considerándose el paradigma de los productos de inversión basados en seguros en el sector asegurador, según la definición recogida tanto en el artículo 128.17 del RDL 3/2020 como en el artículo 4.2 del Reglamento (UE) 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros («Reglamento PRIIPs») y en la normativa complementaria. Por ejemplo, Tapia Hermida indicaba que «Los productos de inversión basados en seguros se definen como todo “producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado” (art. 4.2 Reglamento UE 1286/2014). Por lo tanto, un ejemplo paradigmático de este tipo de productos son los seguros de vida *unit-linked*»³⁰. También Muñoz Gutiérrez parece inclinarse por esta idea al señalar que con la aprobación del Reglamento PRIIPs, y «para dar uniformidad a la normativa europea, se volvió a establecer una definición del UL en su artículo 4.2. Con este paso se regulaba por primera vez y de forma específica desde la Unión Europea la figura del UL»³¹. Guisado Moreno igualmente señala que los seguros de vida *unit-linked* «presentan tres rasgos característicos: están vinculados a fondos de inversión u otros activos, son seguros en los que el tomador/asegurado asume el riesgo de inversión (subvirtiéndolo la lógica de la teoría general del seguro) y son productos de inversión basados en seguros»³². Incluso la Sentencia del TJUE *Towarzystwo*,

28 Como ya hemos apuntado en el apartado 2.1.2 de este trabajo, Vicent Chuliá concluyó con acierto que «Parece claro que en el seguro de vida *unit-linked* la causa y régimen del seguro absorben a la operación de inversión y así lo ha reconocido el legislador que, a pesar de no regular la figura como un contrato típico, entre los seguros de vida, la califica en diversas normas como contrato de seguro» (VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción...*, *op. cit.*, p. 3211).

29 Bajo esta teoría también habría que excluir planteamientos tales como considerar que el seguro de vida *unit-linked* esconde una suerte de venta cruzada encubierta en la que la entidad aseguradora suscribe el riesgo mediante un contrato de seguro (que sería el producto accesorio), mientras que el producto principal estaría constituido por el contrato de gestión de cartera prestado por la sociedad gestora de las inversiones subyacentes. Nótese que el contrato de seguro de vida *unit-linked* reviste unidad contractual, no existen servicios paquetizados, máxime si tenemos en cuenta que la gestión de las inversiones debe asumirse íntegramente por la entidad aseguradora como depositaria de la prima y con independencia de que el gestor de las inversiones sea un tercero (desde el punto de vista técnico ese tercero prestará, en su caso, los servicios directamente a la entidad aseguradora, pero no al tomador).

30 TAPIA HERMIDA, A. J.: «Noción del seguro de vida *unit-linked*» en AA.VV.: *Monográfico Seguros “unit-linked”*. Libro blanco, *Revista Española de Seguros* 176, octubre-diciembre 2018, p. 483.

31 MUÑOZ GUTIÉRREZ, F. J.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.*, p. 539.

32 GUISADO MORENO, A.: «Seguro colectivo de vida *unit-linked* confuso e incomprensible: su calificación como práctica comercial desleal, anulación del contrato y otras cuestiones relevantes», *La Ley Unión Europea*, núm. 115, junio 2023, LA LEY 5139/2023, pp. 1 y 2.

pese a circunscribir su análisis jurídico a la normativa europea ya derogada por motivos temporales, hizo un claro guiño al Reglamento PRIIPs al indicar que «el referido producto de seguro es presentado, y percibido por ese consumidor, como una forma de inversión basada en el seguro, diferente de otras formas de inversión».

4.2. El hecho de que la prestación que debe satisfacer la entidad aseguradora en el momento en el que llegue la fecha de vencimiento o en el que se produzca el rescate del contrato de seguro esté expuesta a las fluctuaciones del mercado han provocado que el Reglamento PRIIPs, junto a todas las normas y criterios adyacentes, se hayan analizado particularmente desde la óptica del seguro de vida *unit-linked* en el sector asegurador.

4.3. Sin embargo, la propia definición de producto de inversión basado en seguros dada por la normativa antedicha contiene al mismo tiempo determinadas exclusiones, lo que provoca que algunos de ellos no deban considerarse como tales pese a que sobre el papel reunirían las características propias de un producto de inversión basado en seguros. En este sentido, cabe recordar que el artículo 128.17 del RDL 3/2020, en sincronía con lo dispuesto en el artículo 2.2 del Reglamento PRIIPs, excluye del concepto de productos de inversión basados en seguros a los siguientes:

«a) Los productos de seguro distintos del seguro de vida según lo dispuesto en el anexo de la Ley 20/2015, de 14 de julio, ramos de seguro distinto del seguro de vida y riesgos accesorios.

b) Contratos de seguro de vida en los que las prestaciones previstas en el contrato sean pagaderas únicamente en caso de fallecimiento o de situaciones de invalidez provocadas por accidente, enfermedad o discapacidad.

c) Productos de pensión que tengan reconocida como finalidad primaria la de proveer al inversor unos ingresos en la jubilación y que den derecho al inversor a determinadas prestaciones.

d) Los regímenes de pensiones profesionales reconocidos oficialmente que entren en el ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre o de la Ley 20/2015, de 14 de julio.

e) Productos de pensión personales en relación con los cuales se exija una contribución financiera del empleador y en los que ni el empleador ni el empleado tengan posibilidad alguna de elegir el producto de pensión ni a su proveedor».

4.4. Pues bien, el artículo 27.4 del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios («RICP»), precisamente se refiere a la posibilidad de que las obligaciones de la empresa en este ámbito se formalicen mediante un seguro colectivo en el que el tomador asuma el riesgo de la inversión incorporando la contingencia de jubilación en la modalidad de aportación definida y otra contingencia de prestación definida. Ello supone que el seguro ha de ser necesariamente colectivo y de vida, es decir, un seguro de vida colectivo *unit-linked*.

- 4.5. Se da en este caso la paradoja de que el seguro de vida *unit-linked* no podría considerarse un producto de inversión basado en seguros. Siempre que tal seguro contenga la contingencia de jubilación como principal o primaria, estará bajo el paraguas de la exclusión del artículo 2.2e del Reglamento PRIIPs, que es idéntica a la del artículo 128.17c del RDL 3/2020, esto es, pasará a considerarse como un producto de pensión cuya finalidad primaria reconocida es la de proveer al inversor unos ingresos en la jubilación y que le da derecho a determinadas prestaciones. Ello iría en línea con lo señalado precisamente en la Consulta de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones («**DGSFP**») núm. 2/2018, de 7 de noviembre del 2017:

«Seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones: el artículo 2.2.e) del Reglamento (UE) N° 1286/2014 excluye de su ámbito de aplicación a los productos de pensión que, con arreglo al Derecho nacional, tengan reconocida como finalidad primaria la de proveer al inversor de unos ingresos en la jubilación. Estos seguros colectivos se definen en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, como aquellos instrumentos en los que se exteriorizan los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores vinculados a las contingencias de jubilación, fallecimiento, incapacidad y dependencia. A este respecto, la contingencia de jubilación se presenta como principal o primaria.

En consecuencia, estos productos quedarán excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento PRIIP's».

- 4.6. De hecho, aunque la meritada consulta de la DGSFP no lo indica, el seguro de vida colectivo *unit-linked* que se recoge en el artículo 27.4 del RICP también podría considerarse dentro de la exclusión prevista en el antes reproducido artículo 128.17d del RDL 3/2020 dado que los seguros de vida colectivos que instrumentan compromisos por pensiones se reconocen expresamente como mecanismo de protección de los compromisos por pensiones en la disposición adicional primera del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido en la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones («**LPPF**»).
- 4.7. Con todo, es probable que la Consulta de la DGSFP núm. 2/2018 a la que antes se hacía mención no estuviera pensando precisamente en los seguros colectivos del artículo 27.4 del RICP, pues previamente la Consulta de la DGSFP núm. 1157/2016, de 29 de febrero del 2016, señaló lo siguiente:

«Seguros en los que el tomador asume el riesgo de la inversión (*unit-linked/index linked*): son productos incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento PRIIPs (y, por tanto, excluidos del ámbito de aplicación de la Orden Ministerial) dado que el valor de vencimiento o de rescate está expuesto, en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado».

- 4.8. Al margen del supuesto anterior, también sería posible incluso configurar un seguro de vida *unit-linked* que únicamente cubriera las contingencias de fallecimiento o invalidez provocada por accidente, enfermedad o discapacidad, es decir, dejando fuera la cobertura para el caso de sobrevivencia del asegurado, de tal manera que el producto de seguro cayera en el ámbito de la exclusión prevista en el artículo 128.17b del RDL 3/2020

y en el artículo 2.2b del Reglamento PRIIPs. Siempre y cuando se garantice el pago de una determinada prestación conforme al riesgo biométrico, nada impide que el pago que deba abonarse por la entidad aseguradora en estos casos se vea afectada por las fluctuaciones del valor de los activos en los que se invierte la prima³³ y, como veremos en el apartado 2.5.3 de este trabajo, el juego de las posiciones subjetivas en el contrato de seguro de vida da pie a posibles escenarios en los que el tomador, también beneficiario, sólo recibiría la prestación para el caso de fallecimiento o invalidez del asegurado, o en los que el tomador, a la vez asegurado, nunca percibirá la prestación por la propia naturaleza de la cobertura fallecimiento (lógicamente no ocurriría lo mismo para el caso de la cobertura de invalidez).

- 4.9. Así, lo cierto es que la afirmación categórica de que todo seguro de vida *unit-linked* es un producto de inversión basado en seguros no es técnicamente correcta, pues todo producto de seguro que vaya a someterse al análisis del ámbito de aplicación del Reglamento PRIIPs deberá tener en cuenta las exclusiones previstas en él y, por tanto, será necesario analizar caso por caso el diseño del producto de seguro para concluir si queda o no sujeto a esta normativa.
- 4.10. De hecho, las Autoridades Europeas de Supervisión ya se han hecho cierto eco de estos posibles escenarios en los que determinados productos de seguro que, en principio, cumplirían con los requisitos para ser considerados productos de inversión basados en seguros, en la práctica caen fuera dada su finalidad, existiendo discrepancias interpretativas incluso entre los Estados miembros. Respecto a la exclusión prevista en el artículo 2.2(e) del Reglamento PRIIPs, en el documento «Asesoramiento de las Autoridades Europeas de Supervisión sobre la revisión del Reglamento PRIIPs» se indica que «en casi todos los Estados miembros esta exención se aplica para excluir planes de pensiones individuales o colectivos ofrecidos por aseguradores o gestores de activos. Sin embargo, hay variación, en particular, en la medida en que se ha considerado que los planes de pensiones individuales o personales entran dentro del ámbito de aplicación. En algunos Estados miembros se considera que todos los productos de pensiones cumplen las condiciones de la letra e), mientras que en otros sólo se considera que las cumplen determinados tipos de productos de pensiones»³⁴. Las Autoridades Europeas de Supervisión concluyen básicamente que convendría revisar este tipo de exclusiones mediante una delimitación más detallada de los productos que quedan dentro o fuera del ámbito de aplicación, de tal manera que con ello se otorgue una mejor coherencia entre los Estados miembros y las partes interesadas. Sin embargo, al

33 Nótese al respecto que el anexo de la LOSSEAR, cuando se refiere al ramo vida en el apartado B).a).1, incluye al seguro de vida para el caso de muerte que esté vinculado «con fondos de inversión u otros activos a los que se refiere el artículo 73», por lo que ello afianza la idea de que un seguro de vida *unit-linked* puede llegar a configurarse como un seguro de vida riesgo, ya sea temporal o de vida entera, según el caso.

Precisamente la Sentencia del TJUE González Alonso, haciendo referencia a la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, concluye que «los contratos denominados “*unit-linked*”, “en unidades de cuenta” o “vinculados con fondos de inversión”, como el celebrado por el Sr. González Alonso, son habituales en el Derecho de los seguros. Así, el legislador de la Unión ha considerado que este tipo de contrato forma parte de uno de los ramos del seguro de vida, tal como se desprende expresamente del anexo I, punto III, de la Directiva “del seguro de vida”, interpretado en relación con el artículo 2, punto 1, letra a), de esta Directiva».

34 *ESA advice on the review of the PRIIPs Regulation* (JC 2022 20), de 29 de abril del 2022, p. 54. El texto original en inglés dice así: “*the ESAs understand that in almost all Member States this exemption is applied to exclude types of individual or collective pension schemes offered by insurers or asset managers. However, there is variation, in particular, in the extent to which individual or personal pension schemes have been deemed to fall in scope. In some Member States, all pension products are considered to meet the conditions in point (e), while in other Member States only specific types of pension products are considered to meet these conditions*”.

mismo tiempo reconocen la dificultad que entraña este ejercicio, pues necesariamente habría que revisar todos los tipos de productos que hay en cada Estado miembro.

5. El tomador no asume siempre el riesgo de la inversión

- 5.1. El hecho de que la nomenclatura típica empleada para referirse al seguro de vida *unit-linked* aluda a que «el tomador asume el riesgo de la inversión» puede llevar al equívoco de que ello quiere decir que la entidad aseguradora realmente no suscribe ningún riesgo. Como señalara VICENT CHULIÁ respecto a esta controversia, ello «parece contradecir la idea tradicional del traspaso del riesgo en el seguro al asegurador y los aproxima a los productos financieros de inversión en el mercado»³⁵, lo cual ha llegado incluso a propiciar su equiparación con un instrumento financiero que no es un seguro.
- 5.2. Sin embargo, esta idea es fácilmente superable si se tiene en cuenta que el riesgo al que se refiere tal expresión sería el relativo a la rentabilidad que se obtiene de la inversión de la propia prima abonada por el tomador, pero no al riesgo de sobrevivencia o fallecimiento del asegurado del contrato de seguro de vida al que se refiere el artículo 83 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro («LCS»). El riesgo de la inversión tendrá su proyección en el estadio del capital, renta o prestación convenida (ex artículo 1 de la LCS) que deberá satisfacer la entidad aseguradora una vez se produzca el siniestro, es decir, la sobrevivencia o el óbito del asegurado. Por ello, el riesgo típico de un contrato de seguro de vida sigue siendo asumido por la entidad aseguradora (al igual que ocurriría en cualquier otro seguro de vida ahorro), pues de otra manera no estaríamos ante un contrato de seguro al ser el riesgo un elemento esencial³⁶, tal como hemos tenido ocasión de analizar a lo largo del apartado 2.3 de este trabajo.
- 5.3. Por otra parte, la referencia al «tomador» como sujeto que asume el riesgo de la inversión constituye un error técnico en la nomenclatura o configuración típica empleada para este tipo de seguros de vida. Dado que la prestación que debe satisfacer la entidad aseguradora en caso de que ocurra el siniestro debe realizarse siempre al beneficiario, ya sea éste designado o no en el contrato de seguro, puede afirmarse que es él quien asume el riesgo de la inversión de los activos afectos al contrato de seguro.
- 5.4. Si bien es cierto que es bien posible en este tipo de seguros que coincidan en la misma persona la condición de tomador, asegurado y beneficiario principalmente porque su finalidad principal ha sido la de constituir un instrumento de diferimiento de la tributación para el sujeto contratante³⁷, también lo es que existen múltiples casos en los que ello no ocurre, lo cual ha contribuido al gran éxito del producto como instrumento de

35 VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción...*, *op. cit.*, p. 3212.

36 Al respecto, TIRADO SUÁREZ indicaba que el artículo 83 de la LCS «equivale a exigir los cinco elementos constitutivos del contrato de seguro, a saber, la presencia de un asegurador, del cobro de la prima, del pago de una prestación, del asegurado o beneficiario y de la existencia de un riesgo» (TIRADO SUÁREZ, F. J.: «Artículo 83. Noción de seguro sobre la vida», en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, 4ª ed., Cizur Menor, 2010, p. 2189).

37 *V. gr.* la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta) núm. 553/2016, de 11 de mayo (JT 2016, 927). En igual sentido, BENITO OSMA reconoce que que «Las razones que contribuyeron a su gran aceptación y éxito comercial no se encuentran en poseer unas características especialmente atractivas desde el punto de vista asegurador, sino -sobre todo, aunque no exclusivamente- en un factor extrínseco: en el sometimiento a un régimen tributario beneficioso para el tomador-inversor» (BENITO OSMA, F.: *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones*, La Ley, Madrid, julio del 2008, p. 72).

planificación familiar o sucesoria e, incluso, como herramienta de retención de talento en el contexto empresarial³⁸. Algunos ejemplos:

- a) La posición de tomador y asegurado recae en la misma persona, pero la de beneficiario recae en una persona distinta: este escenario podría considerarse como el clásico en los seguros de vida, aunque no siempre se da en los seguros de vida *unit-linked*. La voluntad del tomador de designar a un tercero como beneficiario tiene su especial trascendencia para la cobertura de fallecimiento, aunque para el riesgo de supervivencia sea habitual que no exista designación de beneficiario³⁹ (en cuyo caso, el tomador lo será por lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro⁴⁰) o que el tomador se designe a sí mismo como beneficiario⁴¹.
- b) La posición de tomador y beneficiario recae en la misma persona, pero la de asegurado recae en una persona distinta: ese fue el caso tratado en la Reclamación núm. 3/2006 de la DGSFP, en el que una mujer, que aparecía como asegurada en un contrato de seguro de vida, quería dejar de serlo porque el tomador y beneficiario era su exmarido, a lo cual la entidad aseguradora se negaba. El Servicio de Reclamaciones de la DGSFP consideró que «debe permitirse revocar el consentimiento, ya que el asegurado puede perder su interés en mantener la vigencia de un contrato de seguro sobre su vida. Cualquier otra solución puede dar lugar a consecuencias no deseadas como la que se plantea en el presente caso, en la que el exesposo figura como tomador y beneficiario de un contrato de seguro, en el que la persona asegurada, lo es contra su voluntad».
- c) La posición de asegurado y beneficiario recae en la misma persona, pero la de tomador recae en una persona distinta: este escenario tiene su mayor evidencia en lo seguros colectivos contratados por personas jurídicas. De hecho, tanto la Sentencia del TJUE *Towarzystwo* como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena) de 2 de febrero del 2023, en el asunto C208/21, *Towarzystwo Ubezpieczen Z* (TJCE 2023, 19)⁴², tenían como causa un seguro colectivo.

38 Conviene recordar que el artículo 12e del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, precisamente considera como negocio jurídico gratuito e *inter vivos* a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones al «contrato de seguro sobre la vida, para caso de supervivencia del asegurado y el contrato individual de seguro para caso de fallecimiento del asegurado que sea persona distinta del contratante, cuando en uno y otro caso el beneficiario sea persona distinta del contratante».

39 En relación con la designación de beneficiario en la cobertura de supervivencia, LATORRE CHINER tuvo ocasión de apuntar que «no queda del todo claro si el seguro a favor de tercero se circunscribe a la modalidad de vida para el caso de fallecimiento o si es posible también en los seguros de supervivencia. A diferencia de otras legislaciones más explícitas, la LCS no aborda directamente la cuestión, y aunque la regulación se construyó pensando únicamente en los seguros de fallecimiento, lo cierto es que la posibilidad de designar beneficiario en otras modalidades de seguro ha sido aceptada unánimemente por doctrina y jurisprudencia» (LATORRE CHINER, N.: «La posición jurídica del beneficiario en el contrato de seguro», en BATALLER GRAU, J. y VEIGA COPO, A. B. (Dirs.): *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Editorial Aranzadi, S.A., 1ª ed., 2014, p. 1150).

40 En este sentido se pronuncia la meritada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta) núm. 553/2016, de 11 de mayo (JT 2016, 927), al señalar con carácter general que «Lo expresado no impide que en el caso de que se produzca el fallecimiento recibieran el importe los herederos, pues mientras no se ha producido, el beneficiario es el propio tomador del seguro, por lo que sigue formando parte del patrimonio del tomador y no de los herederos, que no adquieren derecho alguno hasta que se produce el fallecimiento, de acuerdo con las normas reguladoras del Código Civil».

41 *V.gr.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta) núm. 10/2016, de 15 de enero (JT 2016, 98).

42 Cabe recordar en este caso que la sentencia reconocía como potencial conducta engañosa (y, por tanto, práctica comercial desleal) el incumplimiento de los deberes de información precontractual y contractual en materia del seguro de vida colectivo

- d) La posición de tomador, asegurado y beneficiario recae en distintas personas: este caso también es posible, especialmente cuando el seguro de vida *unit-linked* tiene no sólo un propósito de diferimiento fiscal, sino de gestión patrimonial familiar para el caso de fallecimiento. También puede ocurrir en seguros colectivos en los que el tomador es una empresa, los asegurados son los trabajadores y los beneficiarios son familiares de esos trabajadores⁴³.
- 5.5. En definitiva, como anticipábamos en el apartado 2.4.8 de este trabajo, la configuración de las posiciones subjetivas en el marco del seguro de vida permite al *unit-linked* adoptar un abanico de escenarios cuya relevancia no sólo tiene efectos civiles, sino también fiscales, pero que comparten siempre el mismo elemento común consistente en que es al beneficiario a quien corresponde la percepción de la prestación asegurada⁴⁴. Por este motivo, no es el tomador el que asume el riesgo de la inversión, sino que tal riesgo es asumido en todo caso por el beneficiario con independencia de que tal estatus recaiga en la misma persona o no.
- 5.6. Esta tesis se ve reforzada por la independencia del derecho del beneficiario respecto a los derechos que puedan corresponder al tomador⁴⁵. La designación del beneficiario realmente viene a ser una estipulación en favor de tercero realizada por el tomador, conforme está previsto en los artículos 1257.II del Código Civil y 88 de la Ley de Contrato de Seguro. Como razona ÁLVAREZ LATA, «la regla del art. 88 se sustenta en el hecho de que la prestación debida por el asegurador constituye un derecho del beneficiario y no del tomador (salvo que sea beneficiario) ni del asegurado –incide en esta “autonomía del derecho del beneficiario”, en cuanto éste constituye un derecho propio derivado directamente del contrato y no del derecho de su estipulante, que hace que la prestación contractualmente debida pase del patrimonio del asegurador al suyo sin pasar por el de la persona que la concertó a su favor, la SAP Málaga (Sección 4.ª) 15 mayo 2015 (AC 2015, 1320)–. Es el beneficiario quien ostenta un derecho de crédito contra el asegurador. Serán, por consiguiente, en todo caso, sus acreedores los que puedan perseguir esa prestación, y no los del tomador o los del asegurado»⁴⁶. LATORRE CHINER, el beneficiario adquiere su derecho de manera originaria, *iure stipulationis*, no derivativa, «porque su derecho no se funda en un derecho anterior, preexistente, del tomador. Su derecho nace del contrato de seguro, no deriva de la posición jurídica del tomador. No se trata de que el derecho del tomador a la prestación aseguradora le haya sido cedido al beneficiario

unit-linked distribuido por una entidad de crédito que, además, tenía la condición de tomador impropio. La consecuencia fue dar carta blanca a los Estados miembros para que se declarase la nulidad del contrato por cuanto la información suministrada al asegurado fue engañosa, lo que inherentemente supone una extinción de las expectativas del beneficiario a percibir la prestación. 43 Así ocurría, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección Tercera) núm. 655/2020, de 15 de septiembre (JUR 2020, 316363), si bien en ese caso el seguro de vida colectivo no era un *unit-linked*.

44 De hecho, aunque no es objeto de este trabajo extenderse mucho más allá de lo expuesto, existen supuestos más rocambolescos que podrían analizarse desde el punto de vista técnico, tales como seguros de vida *unit-linked* en los que la posición de tomador es compartida por varias personas (algo habitual en los matrimonios y parejas, como fue el caso de la Consulta vinculante de la DGT núm. v1770/14, de 8 de julio del 2014 (JUR 2014, 241441), de la Consulta vinculante de la DGT núm. V1826/06, de 11 de septiembre del 2006 (JUR 2006, 283563), o del Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) de 15 de febrero del 2023 (JUR 2023, 93398)) o en los que la posición de asegurado recae sobre varias cabezas (como precisamente también ocurría en las resoluciones que se acaban de citar).

45 Téngase en cuenta que, de manera similar a lo que ocurre en los planes de pensiones, el beneficiario en el seguro de vida adquiere su derecho con arreglo al cumplimiento del contrato y, a su vez, por disposición legal específica, tal como recuerda Benito Osma (Benito Osma, F.: «Seguros versus planes de pensiones. Información precontractual y derechos» en AA.VV: *Monográfico Seguros “unit-linked”*. Libro blanco, *Revista Española de Seguros* 176, octubre-diciembre 2018, p. 697).

46 ÁLVAREZ LATA, N.: «Artículo 88», en BADILLO ARIAS, J. A. (Coord.): *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, Editorial Aranzadi, S.A., 4ª ed., febrero del 2022, p. 1552.

mediante la designación. El beneficiario tiene un derecho propio, directo o autónomo, que no forma parte, en ningún momento, del patrimonio del tomador»⁴⁷.

- 5.7. Esto supone que, en la práctica, el beneficiario tiene la facultad de ejercitar o no el cumplimiento de su derecho a la prestación prevista en el contrato de seguro de vida *unit-linked*, por mucho que el tomador inste su pago. Precisamente así lo prevé el artículo 1257. Il cuando dictamina que el beneficiario «podrá exigir su cumplimiento», lo cual evidencia que no está obligado a exigirlo y es una facultad potestativa. Tiene sentido tal potestad por cuanto la designación como beneficiario o, en último término, el ejercicio del derecho podría suponer en sí mismos una desventaja o daño. Así, imaginemos el caso en que el ejercicio del derecho supusiera el pago de impuestos que no podrían asumirse por el beneficiario.
- 5.8. De este modo, al tomador que no es beneficiario, para el caso en el que le sea materialmente posible, sólo podrá instar el cumplimiento de las obligaciones. Por ejemplo, en el ámbito de los seguros de vida distribuidos junto a préstamos hipotecarios, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 222/2017, de 5 de abril (RJ 2017, 2664), acabó con la controversia existente en la jurisprudencia menor⁴⁸ sobre si el tomador podía o no reclamar el cumplimiento del contrato de seguro a la entidad aseguradora cuando no tenía la posición de beneficiario, respecto a lo cual señaló que el tomador ostenta legitimación activa para instar el cumplimiento del contrato, sin perjuicio de cumplir sus obligaciones con el beneficiario, particularmente en casos de seguros vinculados a un préstamo hipotecario en los que el primer beneficiario es el prestamista⁴⁹. Por tanto, el tomador tiene legitimación *ad causam*⁵⁰.
- 5.9. Únicamente cuando el beneficiario decide, activa o pasivamente, no ejercitar el cumplimiento del contrato de seguro de vida *unit-linked*, podría tener lugar la consecuencia prevista por GARCÍA VICENTE en el sentido de que «el estipulante puede pedir para sí el cumplimiento del contrato frente al promitente, salvo que otra cosa se haya dispuesto en el contrato»⁵¹. De otro modo, el beneficiario será el único legitimado para percibir el

47 LATORRE CHINER, N.: «La posición jurídica...», *op. cit.*, p. 1151. En similares términos se pronuncia Tirado Suárez: «Este derecho surge directamente del contrato de seguro, de manera que desde el patrimonio del asegurador pasa al del beneficiario sin que en ningún momento pase la suma asegurada por el patrimonio del tomador del seguro, a pesar de que las primas pagadas para alimentar el sinalagma contractual hayan surgido de este patrimonio» (TIRADO SUÁREZ, F. J.: «Artículo 83...», *op. cit.*, p. 2328).

48 A favor, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencias Provinciales de Alicante (Sección Novena) núm. 33/2014, de 22 de enero (JUR 2014, 103915), de Málaga (Sección Quinta) núm. 238/2010, de 4 de mayo (JUR 2013, 138844), de Granada (Sección Quinta) núm. 426/2006, de 7 de diciembre (JUR 2007, 194177), de Madrid (Sección Decimocuarta) núm. 205/2006, de 30 de marzo (JUR 2006, 160007), de Sevilla (Sección Segunda) núm. 442/2005, de 18 de octubre (JUR 2006, 36251) y de Valencia (Sección Undécima) núm. 442/2013, de 30 de septiembre (JUR 2013, 351163). En contra, por ejemplo, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Valencia (Sección Undécima) núm. 120/2012 de 24 febrero (JUR 2012, 217649) y núm. 442/2013, de 30 de septiembre (JUR 2013, 351163), de Madrid (Sección Decimonovena) núm. 481/2008, de 30 de octubre (JUR 2009, 49343) y de 20 de diciembre del 2012 (AC 2013, 835), y de Sevilla (Sección Sexta) de 7 de abril del 2011 (JUR 2011, 376903).

49 *V. gr.* las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1138/1994, de 17 de diciembre (RJ 1994, 9428), núm. 1110/2001, de 30 de noviembre (RJ 2002, 9693), núm. 119/2004, de 19 de febrero (RJ 2004, 1803), núm. 183/2011, de 15 de marzo (RJ 2011, 2869) y núm. 669/2014, de 2 de diciembre (RJ 2014, 6352), entre otras.

50 De hecho, el contrato de seguro de vida es pactado por dos partes, el estipulante (tomador) y el promitente (asegurador), ostentando el beneficiario un derecho propio como tercero, pero que no obstaculiza a que las partes contratantes insten la ejecución del contrato bajo lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil. En consecuencia, los derechos de cumplimiento del contrato que ostentan tanto estipulante como tercero nacen de relaciones jurídicas distintas, aunque del mismo negocio jurídico (el contrato), sin que ninguno de los dos pueda entorpecerse.

51 GARCÍA VICENTE, J. R.: «Artículo 1257», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Dir.): *Comentarios al Código Civil (9 Tomos)*, Tirant Lo-Blanch, 2013, p. 9033. Al respecto, es ejemplificativo el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de noviembre del 1987 (RJ 1987, 8641) en el cual se reconoce la legitimación del ayuntamiento estipulante para instar el cumplimiento del contrato a su favor cuando el hospital, que era beneficiario, no ejercita su derecho (en este caso, se debió a la propia desaparición del hospital).

capital asegurado como regla general, lo cual supone que el tomador que no es beneficiario nunca llegue a asumir el riesgo de las inversiones que se producen en el seno del seguro de vida *unit-linked*, pues desde el momento en el que paga la prima, el bien fungible deja de ser de su patrimonio y no existe sobre éste riesgo alguno que asumir⁵².

- 5.10. Por lo demás, existe otro escenario paradigmático por el que resulta erróneo indicar que el tomador siempre asume el riesgo de la inversión. Se trata de los supuestos en los que existe un tomador impropio, es decir, un tomador (generalmente de un seguro colectivo) que, en lugar de asumir todas las obligaciones inherentes a su estatus, deja en manos del asegurado el cumplimiento de algunas, siendo la más habitual e importante la relativa al pago de la prima⁵³. La Sentencia del TJUE *Towarzystwo* manifiesta que «deben tenerse en cuenta igualmente las especificidades de los contratos colectivos “unit-linked”». En particular, de las consideraciones expuestas, respectivamente, en los apartados 64 y 66 de la presente sentencia se desprende, por una parte, que los procedimientos de celebración de estos contratos y de adhesión a ellos implican, por su naturaleza, la creación de dos relaciones de seguro distintas, la primera, entre la empresa de seguros y la empresa tomadora de tal contrato, nacida de su celebración, y, la segunda, eventual y posterior a la primera, entre la empresa de seguros y el asegurado consumidor, nacida de la declaración de adhesión de este a dicho contrato». Por este motivo, se confiere al asegurado que abona la prima la condición de tomador⁵⁴, lo cual evidencia la inexistencia de riesgo alguno para dicho tomador que, siendo impropio, no abona prima alguna en un seguro de vida *unit-linked*.

III. La instrumentalización del seguro de vida *unit-linked* como garantía

1. La constitución de la garantía: algunas opciones y cautelas

- 1.1. Al igual que ocurre con los seguros de vida «ordinarios», ya sean de ahorro, de riesgo o mixtos, los seguros de vida *unit-linked* también pueden emplearse como garantía en operaciones de financiación. Pese a que esta faceta del producto no es la más común,

52 Como toda regla general, se observa alguna excepción. Por ejemplo, el supuesto en el que el tomador ejerza el derecho de rescate por así estarle permitido legal y contractualmente, o el caso en el que el beneficiario causa dolosamente el fallecimiento del asegurado, pasando la prestación a ser integrada en el patrimonio del tomador conforme al artículo 92 de la LCS. Con todo, ello no es óbice para que la tesis mantenida en este trabajo, consistente en la atribución del riesgo al beneficiario como regla general y la necesaria reconfiguración de la nomenclatura típica del seguro de vida *unit-linked*, sea puesta en entredicho en tanto que lo normal en los seguros de vida es que la prestación sea satisfecha al beneficiario, no al mero tomador.

53 Sobre la figura del tomador impropio resulta pragmático el análisis realizado por RUIZ ECHAURI, que la introduce como sigue: «Le llamamos impropio a falta de un apelativo mejor, porque el artículo 7 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) alude a la contratación del seguro por cuenta propia o ajena, y, a la postre, la definición de “impropio” en el Diccionario de la RAE dice que es impropio aquel que es ajeno a una persona, cosa o circunstancia, o extraño a ellas. Y así, el tomador impropio es ajeno y extraño. La nota LC4 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (“DGSFP”) habla de él, al precisar que es una persona jurídica que contrata por cuenta ajena, siendo el asegurado un colectivo delimitado por una característica común a todos ellos, como trabajadores de una empresa, miembros de un colegio profesional, o clientes de una entidad financiera, siguiendo tres ejemplos posibles, y apuntando que lo que le preocupa al regulador es que no sea de los fondos del tomador, sino de los del asegurado de donde sale la prima que es abonada al asegurador, lo que convierte a los asegurados en *dominus negotii*» (Ruiz Echaury, J.: «El tomador impropio en el derecho de seguros español ante la sentencia del TJUE del 29 de septiembre de 2022 (C-633/20)», *Revista Española de Seguros*, núm. 191/3, julioseptiembre del 2022, p. 521).

54 La Sentencia del TJUE *Towarzystwo* ya nombrada literalmente dice que, «En estas circunstancias, esa relación de seguro entre empresa de seguros y consumidor asegurado está comprendida, como tal, en el concepto de “contrato de seguro” en el sentido del artículo 36, apartado 1, de la Directiva 2002/83, de modo que el consumidor que se convierte en parte adhiriéndose al contrato colectivo “unit-linked” está comprendido en el concepto de «tomador» en el sentido de dicha disposición. El hecho de que ese consumidor se convierta o no formalmente en parte también del mencionado contrato colectivo celebrado entre la empresa de seguros y la empresa tomadora de seguros carece de pertinencia a este respecto».

comparte elementos propios de los seguros de vida que habitualmente son utilizados para este fin. No obstante, las particularidades del seguro de vida *unit-linked* conlleva que existan determinados elementos en los que deba prestarse especial atención por los operadores participantes en la transacción. La base del análisis debe partir de la propia constitución de la garantía o, dicho de otro modo, en qué tipo de garantía de las existentes resulta más adecuada a estos efectos, para acto seguido abordar algunos de los problemas jurídicos que pueden llegar a surgir. A estos efectos, las tres fórmulas jurídicas más habituales sobre las que establecer la garantía son las que pasan a exponerse.

- 1.2. La más sencilla desde el punto de vista jurídico consiste en una mera estipulación a favor de la entidad de crédito realizada por el tomador, de tal manera que dicha entidad de crédito quede designada como beneficiaria y así quede comunicado a la entidad aseguradora. Se trata de la fórmula más usual de establecer derechos de garantía en los seguros de vida. La posición de la entidad de crédito puede quedar reforzada, por ejemplo, recurriendo, separada o conjuntamente, a los siguientes mecanismos:
 - a) Con la inclusión de pactos concretos en el contrato de financiación (por ejemplo, estableciendo cautelas que protejan la prevalencia del derecho al cobro por parte de la entidad de crédito frente a cualquier otro sujeto, así como la posibilidad de que la entidad de crédito pueda actuar directamente en el negocio del contrato de seguro con la entidad aseguradora en caso de que el tomador desatienda sus obligaciones, como sería el caso de que se produzca un impago de las primas).
 - b) Mediante la designación de la entidad de crédito como beneficiaria con carácter irrevocable, lo que conlleva la necesaria comunicación a la entidad aseguradora. Este mecanismo de protección entraña la imposibilidad de que se produzca una cesión o pignoración del contrato de seguro por el tomador en un momento posterior ex artículo 99 de la Ley de Contrato de Seguro, pero al mismo tiempo genera el problema de la irrevocabilidad del beneficiario para el caso de que la deuda sea amortizada anticipadamente, lo cual sería algo muy posible si el seguro de vida *unit-linked* se contrató por el tomador con fines distintos a servir como garantía en la financiación⁵⁵. Como se analiza con mayor detalle en el apartado 3.2 de este trabajo, deshacer la irrevocabilidad no es tarea sencilla y requeriría de actuaciones posteriores de la entidad de crédito como beneficiaria para poder «liberar» el contrato de seguro de vida *unit-linked* y permitir al tomador mantener su vigencia mediante la designación de otro beneficiario.
- 1.3. Otra posibilidad para constituir la garantía sería instrumentalizarla mediante la pignoración del contrato de seguro conforme a lo previsto en el artículo 99 de la Ley de Contrato de Seguro⁵⁶. De esta manera, la prenda recaería sobre los derechos, pero manteniendo el tomador la titularidad del contrato de seguro de vida *unit-linked* (en este sentido, vid.

55 CARRASCO PERERA indica con lógica sobre este punto que la designación del acreedor como beneficiario «es una simple modalidad de cesión en garantía de un crédito (el crédito eventual que ostenta el beneficiario en este tipo de seguros), y se resuelve como toda otra forma de cesión en garantía de créditos», a lo que añade como solución que, «en consecuencia, ni puede subsistir cuando el deudor ha pagado el crédito garantizado, ni puede atribuir al acreedor una cantidad de dinero mayor que la que se deriva de su condición de acreedor» (CARRASCO PERERA, A.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Editorial Aranzadi, S.A., 3ª ed., enero del 2015, p. RB-28.55).

56 TIRADO SUÁREZ previó esta opción al indicar que «El seguro como inversión puede ser objeto de transmisión o cesión y de forma específica ser objeto de garantía a través de la prenda de la póliza de seguro» (TIRADO SUÁREZ, F. J.: «Artículo 99. Cesión y pignoración de la póliza de seguro de vida», en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro...*, op. cit., p. 2573).

la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 875/2002, de 26 de septiembre (RJ 2002, 7873)). Dado que ya hay extensos análisis sobre esta forma de garantía en nuestra doctrina relativos tanto al modo de constituir la garantía como los efectos que despliega, cabe aquí únicamente señalar que, en la práctica, los seguros de vida *unit-linked* se verán afectados por la habitual designación del beneficiario irrevocable, cuestión que será tratada más adelante y que en gran parte de los casos impedirá la constitución de la prenda desde un inicio.

- 1.4. Una tercera alternativa ciertamente peculiar podría ser la constitución de la garantía mediante una cesión global de los derechos⁵⁷ a favor de la entidad de crédito. Este mecanismo, que casi podría calificarse como una aproximación intermedia a las dos alternativas anteriores, supone que la titularidad del contrato de seguro de vida *unit-linked* siga siendo conservada por el tomador, al igual que en el caso de la garantía pignoratícia, de tal manera que no se produce la cesión de dicho contrato mediante endoso prevista en el artículo 99 de la Ley de Contrato de Seguro ni la cesión común prevista en el artículo 9 del mismo cuerpo legal⁵⁸, sino que la cesión se ciñe únicamente a todos los derechos que se deriven a favor del tomador cedente en virtud del contrato de seguro, pero manteniendo dicho tomador su posición como tal a la vez que mantiene sus derechos (aunque cedidos) y obligaciones. En esencia, esta fórmula podría considerarse como una especie de cesión fiduciaria⁵⁹, de tal manera que la posición de la entidad de crédito queda en un estadio de mayor control sobre el contrato de seguro de vida *unit-linked*, pudiéndose reforzarse, por ejemplo, con los siguientes mecanismos:
 - a) Mediante su designación como beneficiaria, tal como se acaba de exponer en el apartado 3.1.1 de este trabajo.
 - b) Con la inclusión de prohibiciones expresas al tomador que le impidan enajenar los derechos bajo cualquier tipo de negocio jurídico sin el previo consentimiento de la entidad de crédito.
 - c) Con el compromiso de instruir a la entidad aseguradora, en términos parecidos a los previstos en el artículo 99 de la Ley de Contrato de Seguro, para que conozca la existencia del contrato de cesión y para que no acepte instrucciones del cedente ni de cualquier otro beneficiario designado con carácter previo sin el previo consentimiento de la entidad de crédito (incluyendo, por ejemplo, posibles cambios de los activos, modificaciones de la estrategia de inversión o la realización de rescates). De esta manera, prácticamente se elimina cualquier riesgo relacionado con la posibilidad de que exista un acreedor aparente.
- 1.5. Con todo, la elección de un mecanismo u otro dependerá en gran medida de las circunstancias del caso concreto y de la configuración dada al seguro de vida *unit-linked*,

57 Esto quiere decir que, en principio, no sólo se produce una cesión de derechos de crédito, presentes o futuros, sino cualquier otro que corresponda al tomador (por ejemplo, el derecho a modificar la estrategia de inversión, la clase o tipología de activos, etc.).

58 Nótese al respecto que, a los fines perseguidos en este tipo de operaciones, no tendría sentido que se produjera la cesión del contrato de seguro de vida *unit-linked*, pues resulta evidente que a la entidad de crédito no le interesa ser la tomadora, sino únicamente que los derechos a favor del tomador se graven con la garantía hasta la liquidación de toda la deuda pendiente.

59 A ella se refiere CARRASCO PERERA brevemente al indicar que la designación del beneficiario «es una simple modalidad de cesión en garantía de un crédito (el crédito eventual que ostenta el beneficiario en este tipo de seguros), y se resuelve como toda otra forma de cesión en garantía de créditos. Lo mismo ocurrirá si, en lugar de pignorar la póliza, el tomador cede la misma en forma fiduciaria al acreedor».

pues existirán supuestos en los que se deba optar por una fórmula más extraña para constituir la garantía por existir restricciones legales o prácticas (por ejemplo, en caso de que el seguro de vida *unit-linked* se emplee para instrumentar compromisos por pensiones). Tampoco debe desmerecerse los posibles efectos fiscales que pueda entrañar una u otra opción, pues, por ejemplo, la prevista en el apartado 3.1.4 de este trabajo puede llegar a suponer que la entidad de crédito deba sumir el pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

- 1.6. Sea como fuere, existen otras cautelas que deberán observarse por las partes. Una de ellas, generalmente perseguida por la entidad de crédito acreedora, sería prohibir o limitar la posibilidad de cambio del gestor de la cartera del contrato de seguro, lo cual, en defecto de pacto expreso en dicho contrato, puede convenirse entre el tomador y la entidad de crédito en otro contrato distinto e independiente. Con todo, resulta habitual que la designación de dicho gestor se conciba como una facultad de la entidad aseguradora, es decir, que no corresponda ni al tomador ni a la entidad de crédito, lo que haría preciso en estos casos la modificación del clausulado del contrato de seguro en cuestión.
- 1.7. Otra de las cautelas que deberá observarse por las partes será verificar que los fondos con los que se satisfizo la prima (o con los que se vayan a satisfacer las primas futuras, en su caso) tengan carácter privativo, de tal manera que no exista posibilidad alguna de que se reconozcan derechos a favor del cónyuge en una sociedad de gananciales que hagan cuestionar el alcance de la garantía⁶⁰. En este sentido, resulta paradigmática la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera) núm. 309/2019, de 28 de mayo (AC 2019, 883), en la que la cantidad procedente del rescate del seguro de vida *unit-linked*, así como cualquier rendimiento obtenido, se consideró como bien ganancial porque la prima fue abonada con bienes gananciales⁶¹.

2. La designación del beneficiario ¿irrevocable?

- 2.1. Una de las contingencias más habituales en la utilización de los seguros de vida *unit-linked* como garantía en las operaciones de financiación consiste en la aparición de un beneficiario designado con carácter irrevocable. Esta circunstancia, que suele ocurrir porque el seguro se contrató originalmente con otros fines ajenos a obtener financiación, limita la capacidad de disposición del tomador e impide que se abone la prestación directamente a la entidad de crédito, ya que sería de nuevo contrario al carácter

60 En este punto, GARRIGUES ya señalaba la posibilidad de que, «constante un matrimonio sometido al régimen ganancial, un cónyuge haya designado al otro beneficiario de un seguro sobre la vida. Según el Código Civil, como se trataría de un capital adquirido a costa del caudal común, ese capital sería ganancial. Para ser considerado como propio del cónyuge beneficiario sería preciso que éste reembolsase a la comunidad conyugal las primas pagadas por ella para el seguro, a fin de evitar el perjuicio de los herederos en la liquidación de la sociedad de gananciales» (GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre*, 2ª ed., Madrid, 1983, p. 497).

61 En el plano fiscal, la Consulta de la DGT núm. V1826-06, de 11 de septiembre del 2006 (JUR 2006, 283563), indicó que «parece claro que cuando el seguro se celebre haciendo constar que el pago de las primas es a cargo de la sociedad de gananciales que existe entre la persona que en la póliza figura como contratante y el beneficiario, cónyuge de éste, sólo quedará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones la mitad de la cantidad asegurada que perciba el supérstite, debiendo la otra mitad tributar como corresponda en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ahora bien, como la circunstancia de que exista entre los cónyuges sociedad de gananciales no impide que uno de ellos contrate un seguro en las mismas condiciones antes expuestas, pero siendo el pago de la prima a cargo de sus bienes privativos, en principio debe de prevalecer la presunción de que cuando interviene sólo un cónyuge en concepto de contratante, sin referencia expresa en el contrato a que el pago de la prima es a cargo de la sociedad conyugal, el contrato se entiende celebrado por el contratante y a su cargo, con la consecuencia de que la cantidad total pagada al supérstite al fallecimiento del asegurado queda sujeta al pago del Impuesto, por lo que para evitar esta consecuencia convendrá hacer constar expresamente en la póliza que el pago es a cargo de la sociedad conyugal o, todavía mejor, figurar ambos cónyuges como contratantes».

irrevocable de beneficiario, especialmente si tenemos en cuenta que el artículo 87 de la Ley de Contrato de Seguro establece que «El tomador perderá los derechos de rescate, anticipo, reducción y pignoración de la póliza si renuncia a la facultad de revocación». Por este motivo, no resulta ajena en la práctica la cuestión relativa a si es posible deshacer la irrevocabilidad.

- 2.2. TIRADO SUAREZ, citando a su vez a AURIOLAS MARTÍN, considera que «Esta prohibición puede ser salvada a través de la renuncia por el propio beneficiario irrevocable comunicada al asegurador»⁶². Carrasco Perera va más allá y considera que incluso puede llegar a pignorarse «una póliza con beneficiario irrevocable si éste acepta anteponer a su derecho futuro el crédito del acreedor pignoraticio»⁶³. Con carácter más genérico, DÍEZ-PICAZO reconoce que la renuncia, entendida como la declaración de voluntad del tercero de no aceptar, puede constituir una forma de extinguir sus derechos en el contexto del artículo 1257 del Código Civil⁶⁴. Tales criterios han de ser compartidos, pues nada obsta a que el beneficiario decida no hacer valer su derecho.
- 2.3. Como paso previo, será necesario que las partes verifiquen que en el contrato de seguro no se prevén cláusulas que dificulten o impidan la modificación del beneficiario, pues, de lo contrario, la involucración de la entidad aseguradora será necesaria incluso en un estadio previo a los efectos de que realice una exención o renuncia a dicha prohibición. Lo normal es que el clausulado carezca de este tipo de prohibiciones o impedimentos, por lo que la participación de la entidad aseguradora se limitará a la validación de la renuncia del beneficiario y al acuse de recibo de la nueva designación y el negocio jurídico garantizado.
- 2.4. Sería posible (aunque nada habitual) que el propio contrato de seguro de vida *unit-linked* prevea algún tipo de mecanismo contractual mediante el que se establezca un cauce para deshacer la revocación. No obstante, lo tenga o no, de lo que no cabe duda es que el beneficiario deberá prestar su consentimiento (o, dicho de otro modo, su renuncia) para que la revocación se produzca. Por tanto, no existe la posibilidad de que la revocación sea efectuada por cualquier otro sujeto distinto al beneficiario, pues ni el tomador ni la entidad aseguradora podrán poner excepciones a la irrevocabilidad.
- 2.5. La renuncia del beneficiario supone que los derechos recogidos en los artículos 87 y 99 de la Ley de Contrato de Seguro vuelven nuevamente al tomador. Para que se produzcan tales efectos y que se otorgue seguridad jurídica a las partes, resulta conveniente que se atiendan los siguientes elementos:
 - a) Desde el punto de vista formal, lo cierto es que la normativa no prevé requisitos específicos para dar validez a la renuncia del beneficiario, si bien es propicio que tal renuncia se efectúe por escrito, del mismo modo que la designación (al igual que ocurre con los supuestos de revocación del beneficiario previsto en el artículo 87 de la Ley de Contrato de Seguro). Tampoco se indica nada sobre la forma en que debe comunicarse la renuncia a la entidad aseguradora, si bien es necesario que quede constancia de que tal comunicación se ha producido (lo cual suele materializarse mediante la entrega de un acuse de recibo por la entidad aseguradora

62 TIRADO SUÁREZ, F. J.: «Artículo 99...», *op. cit.*, p. 2589.

63 CARRASCO PERERA, A.: *Tratado de...*, *op. cit.*, p. RB-28.56.

64 DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, *op. cit.*, p. 547.

en la que no sólo se haga referencia al conocimiento de la renuncia, sino también a aspectos tales como el reconocimiento de las limitaciones o prohibiciones que hayan estipulado las partes en el contexto de constitución de la garantía). En cualquier caso, a los efectos de que la renuncia revista cierta solemnidad, no es extraño que las partes convengan que el beneficiario deba hacerla mediante una declaración con legitimación de firmas.

- b)** Desde el punto de vista material, la renuncia del beneficiario debe ser clara, inequívoca y sin reservas. En particular, resultará vital que el beneficiario reconozca expresamente que los derechos a los que renuncia no han sido, a su vez, objeto de cesión, pignoración o cualquier otro negocio jurídico que permita su enajenación, es decir, deberá manifestar que los derechos se encuentran libre de cargas y gravámenes.

- 2.6. Esta anulación del carácter irrevocable del beneficiario suele culminar mediante la comunicación, en el mismo acto o con posterioridad, a la entidad aseguradora por parte del tomador del nuevo beneficiario, así como la existencia de la garantía, lo cual a veces implica que la entidad aseguradora emitirá una modificación de las condiciones del contrato de seguro de vida *unit-linked* en el que se recoja la nueva designación efectuada por el tomador.
- 2.7. Como alternativa a la renuncia del beneficiario a la irrevocabilidad, podría establecerse una prenda a favor de la entidad aseguradora sobre los derechos de crédito futuros que tuviera tal sujeto en caso de siniestro, si bien, entre otros aspectos, ello no obsta a que sea igualmente necesario su consentimiento y hasta una mayor involucración en la operación (lo cual no siempre es deseable y puede resultar hasta más complejo).
- 2.8. Por último, es habitual cuestionarse en la práctica cuáles son los efectos de una hipotética renuncia del tomador al ejercicio del derecho de designar a un beneficiario irrevocable, es decir, qué ocurriría si el tomador, que no ha designado aún a un beneficiario irrevocable, se compromete con la entidad de crédito acreedora a no ejercer la facultad prevista en el artículo 87 de la Ley de Contrato de Seguro. Aunque el supuesto parece el mismo al previsto en dicho precepto («El tomador del seguro puede revocar la designación del beneficiario en cualquier momento, mientras no haya renunciado expresamente y por escrito a tal facultad»), lo cierto es que es distinto porque la renuncia a designar a un beneficiario irrevocable es distinta a la renuncia a revocar a un beneficiario designado. En el primer caso, el efecto de la renuncia supondrá que, en la práctica, el beneficiario que ya se encontrase designado podrá ser revocado y sustituido por otro designado con carácter revocable en un momento ulterior (por tanto, podrán concatenarse revocaciones y designaciones siempre que tales designaciones no sean irrevocables). En el segundo caso, el efecto de la renuncia supondrá que el beneficiario designado se convierte en irrevocable. Estos matices son de especial importancia en la constitución del seguro de vida *unit-linked* como garantía (y, podría decirse, que sobre cualquier seguro de vida que se utilice para estos fines), pues resultará vital que la redacción dada al clausulado sobre este punto sea lo suficientemente precisa como para proteger los intereses que sean perseguidos por las partes.

3. La variación de la suma asegurada

- 3.1. La peculiaridad de que el capital o prestación que debe ser satisfecha por la entidad aseguradora en caso de siniestro en el seguro de vida *unit-linked* no esté garantizada implica cuestionarse de qué manera tal circunstancia afecta a su finalidad garante en el marco de la operación de financiación.
- 3.2. De hecho, podrían darse casos más complejos en los que, por ejemplo, el tomador tenga suscritos varios contratos de seguro de vida *unit-linked* sobre los que se ha establecido una garantía pignoratícia de los derechos de crédito a favor de la entidad de crédito para garantizar la misma obligación o deuda de manera solidaria⁶⁵.
- 3.3. En estos casos, la hipotética insuficiencia de la garantía para el caso de una negativa evolución de las inversiones es un riesgo con el que tendrá que convivir y asumir la entidad de crédito acreedora, pues no existe alternativa que impida el desenvolvimiento del contrato de seguro de vida *unit-linked* tal y como suele configurarse. Esto supondrá que la entidad de crédito realice un estudio previo del propio contrato de seguro a los efectos de evaluar las estimaciones realizadas respecto a la evolución de las inversiones afectas, de tal manera que ello le permita adoptar una decisión con conocimiento de causa.

IV. Bibliografía

ÁLVAREZ LATA, N.: «Artículo 88», en Badillo Arias, J. A. (Coord.): *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, Editorial Aranzadi, S.A., 4ª ed., febrero del 2022.

BAENA BAENA, P. J.: *El derecho de rescate de la provisión matemática del seguro de vida*, Tirant Lo Blanch, 2009.

BANZACA, J.: «Tax, Structuring, Compliance and Operating Challenges Raised by Hedge Funds Offered Exclusively to Insurance Companies», *Hedge Fund Law Report*, 30 de octubre del 2014.

BENITO OSMA, F.:

- Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones, La Ley, Madrid, julio del 2008.
- «Seguros versus planes de pensiones. Información precontractual y derechos» en AA.VV: Monográfico Seguros "*unit-linked*". *Libro blanco*, Revista Española de Seguros 176, octubre-diciembre 2018.

⁶⁵ En este caso, por ejemplo, incluso podría plantearse si la movilización de las primas entre los contratos de seguro, de tal manera que el tomador efectúe un rescate sobre alguna de ellas para reinvertir lo percibido en cualquiera de las demás, haría necesaria una novación o ratificación del contrato de prenda. Ha de entenderse en este caso que, siempre que exista solidaridad entre los distintos contratos de seguro y no se prevea impedimento alguno a esta facultad del tomador, es posible materializar la movilización sin necesidad de que se modifique o ratifique la garantía, especialmente si tenemos en cuenta que ésta no se ve menoscabada en perjuicio de la entidad de crédito acreedora (que, por lo demás, probablemente también haya dado su visto bueno a esta movilización).

CANALEJAS MERÍN, J. F.: «Evaluación de la idoneidad y la conveniencia en la distribución de productos de inversión basados en seguros», *Revista Española de Seguros*, núm. 174, abril-junio del 2018.

CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J.: «El depósito estructurado y la STS de 15 de noviembre de 2012», en MARÍN NARROS, H. D (Coord.): *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, J.M. Bosch Editor, 2014.

CARRASCO PERERA, A.:

- *Derecho de contratos*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 3ª ed., 2021.
- *Tratado de los Derechos de Garantía*, Editorial Aranzadi, S.A., 3ª ed., enero del 2015.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I «Introducción. Teoría del contrato», Editorial Aranzadi, S.A., 6ª ed., 2007.

GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, J. E.: *Modalidades clásicas y modernas del seguro de vida entera. Los seguros unit link*, Editorial MAPFRE, S.A., 1997.

GARCÍA CRUCES, J. A.: «Préstamo bancario de dinero y tipos de interés negativos», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 143, julio-septiembre del 2016.

GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L.: «Bases para una revisión del régimen de los depósitos bancarios», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 143, julio-septiembre del 2016.

GARCÍA VICENTE, J. R.: «Artículo 1257», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Dir.): *Comentarios al Código Civil (9 Tomos)*, Tirant Lo-Blanch, 2013.

GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre*, 2ª ed., Madrid, 1983.

GROSS, P. S., COLLADA III, M. Y BORTNICK, J. S.: "The ABCs of IDFs – A Brief Introduction to Insurance Dedicated Funds", *Kleinberg Kaplan*, 6 de junio del 2018, <https://www.kkwc.com/insights/abcs-idfs-brief-introduction-insurance-dedicated-funds/>.

GUISADO MORENO, A.: «Seguro colectivo de vida *unit-linked* confuso e incomprensible: su calificación como práctica comercial desleal, anulación del contrato y otras cuestiones relevantes», *La Ley Unión Europea*, núm. 115, junio del 2023, LA LEY 5139/2023.

HUNTER, D. F., KAPLAN, J. S., LOGA, K. J. y ZISER, B.: "Insurance Dedicated Funds and Related Strategies", *Schulte Roth & Zabel*, 28th Annual Private Investment Funds Seminar, 22 de enero del 2019, <https://www.srz.com/images/content/1/6/v2/164804/SRZ-PIF-2019-Insurance-Dedicated-Funds-and-Related-Strategies.pdf>.

LATORRE CHINER, N.: «La posición jurídica del beneficiario en el contrato de seguro», en Bataller Grau, J. y Veiga Copo, A. B. (Dir.): *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Editorial Aranzadi, S.A., 1ª ed., 2014.

LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J.: *Estudio y clasificación de los seguros privados desde la perspectiva del derecho administrativo*, Tirant, 2013.

MUÑOZ GUTIÉRREZ, F. J.: «La naturaleza jurídica del *unit-linked*. Perspectivas del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 24 de febrero de 2022 (C-143/20)», *Revista Española de Seguros*, núm. 191/3, julio-septiembre del 2022.

RAMÍREZ MEDINA, E. y ORTÍZ DE JUAN, J. M.: «Aspectos fiscales del seguro de vida *unit-linked*» en AA. VV: *Monográfico Seguros "unit-linked"*. Libro blanco, *Revista Española de Seguros*, núm. 176, octubre-diciembre del 2018.

RUIZ ECHAURI, J.: «El tomador impropio en el derecho de seguros español ante la sentencia del TJUE del 29 de septiembre de 2022 (C-633/20)», *Revista Española de Seguros*, núm. 191/3, julio-septiembre del 2022.

TAPIA HERMIDA, A. J.: «Noción del seguro de vida *unit-linked*» en AA. VV: *Monográfico Seguros "unit-linked"*. Libro blanco, *Revista Española de Seguros*, núm. 176, octubre-diciembre del 2018.

TIRADO SUÁREZ, F. J.: «Artículo 83. Noción de seguro sobre la vida» y «Artículo 99. Cesión y pignoración de la póliza de seguro de vida», en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, 4ª ed., Cizur Menor, 2010.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant Lo Blanch, 24ª ed., Valencia, 2022.

ZURERA HERNÁNDEZ, A. y RODRÍGUEZ RUBIO, J. M.: «El seguro de vida *unit-linked* en el Derecho comparado: fiscalidad», en AA. VV: *Monográfico Seguros "unit-linked"*. Libro blanco, *Revista Española de Seguros*, núm. 176, octubre-diciembre del 2018.

Las Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad. Un primer análisis de la NEIS 1



Jose María de Paz

Socio de Pérez-Llorca

CORPORATE Y CRITERIOS ESG

| | | |
|-------------|--|-----------|
| I. | Introducción | 54 |
| II. | La estructura general del proceso de elaboración del Estado de Sostenibilidad | 56 |
| III. | La relevancia de la importancia relativa (materialidad) | 58 |
| IV. | Las características cualitativas de la información en las NEIS | 63 |
| | 1. Pertinencia | 63 |
| | 2. Representación fiel | 65 |
| | 3. Comparabilidad | 67 |
| | 4. Verificabilidad | 68 |
| | 5. Comprensibilidad | 71 |
| V. | Primeras conclusiones acerca de la interpretación de la NEIS 1 | 72 |



Fecha de recepción
23 de abril de 2024



Fecha de aceptación
3 de mayo de 2024



Resumen: Las nuevas normas europeas de presentación de información sobre sostenibilidad que desarrollan la Directiva sobre el Estado de Sostenibilidad tienen carácter obligatorio y suponen un cambio de gran profundidad en relación con el antiguo estado de información no financiera. La norma número 1 recoge los conceptos fundamentales desarrollados por esta normativa, de los cuales el de doble materialidad (de incidencia y financiera), el de diligencia debida y las características cualitativas de la información son analizados en este artículo.

Abstract: The new European sustainability reporting standards which develop the Sustainability Statement Directive are compulsory and represent a profound change as regards the old non-financial statement. The standard number 1 contains the fundamental concepts of this new regulation, amongst which double materiality (impact and financial), due diligence and qualitative characteristics of the information on sustainability are analysed in this article.



Palabras clave: Sostenibilidad; estado de sostenibilidad; normas europeas de información sobre sostenibilidad; diligencia debida; importancia relativa (materialidad) de incidencia; importancia relativa (materialidad) financiera; características cualitativas de la información sobre sostenibilidad.

Key words: Sustainability; sustainability statement; European sustainability reporting standards; impact materiality; financial materiality; qualitative characteristics of sustainability information.

Las Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad. Un primer análisis de la NEIS ¹

I. Introducción

Una de las principales críticas, si no la fundamental, que merecía la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos (“**Directiva NFDR**”) era la de que no había sido capaz de generar un flujo constante de información comparable y fiable sobre sostenibilidad por parte de las empresas obligadas².

Este fracaso en lo que constituía el objetivo fundamental de la Directiva NFDR no derivaba de una definición incorrecta de sus objetivos generales, ni de los bienes jurídicos protegidos a través de la misma, sino de la ambigüedad y vaguedad en la forma en la que debía ser implementada por las empresas y especialmente, de la falta de exigibilidad de lo que no eran sino recomendaciones a la hora de presentar la información sobre sostenibilidad³.

Consciente de ello, 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) 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 (“**Directiva sobre Estado de Sostenibilidad**”) introduce en su artículo 1(8) un nuevo artículo 29 ter en la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (la “**Directiva 2013/343/UE**”) en el que se estipula que la Comisión adoptará actos delegados con el fin de establecer normas de presentación obligatorias de información sobre sostenibilidad en las que se especificarán la información que las empresas deberán presentar de conformidad con los artículos 19 bis y 29 bis y la estructura que se haya de seguir al presentarla.

En cumplimiento del mandato contenido en la Directiva sobre Estado de Sostenibilidad (la cual, conforme a lo dispuesto en su artículo 5, deberá ser traspuesta a las legislaciones nacionales no más tarde del 6 de julio de 2024), la Comisión Europea (“**CE**”) aprobó el 31 de julio de 2023 el Reglamento Delegado 2023/2772 por el que se completa la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas de presentación de información sobre sostenibilidad y que fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en 22 de diciembre de 2023 (las “**Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad**” o “**NEIS**”).

1 Quisiera agradecer a mis compañeras Mariona Bernaus y Marta Viaplana su ayuda en la revisión de este trabajo, de cuyos posibles errores, por supuesto, solo yo soy responsable.

2 *Vid.* Considerando (13) de la Directiva sobre Estado de Sostenibilidad.

3 *Vid.* Considerando (37) párrafo segundo de la Directiva sobre Estado de Sostenibilidad.

Las NEIS constituyen, por tanto, el cuadro de mandos, por decirlo de una manera gráfica, de las empresas europeas (y a su debido tiempo, también extranjeras) que vengán obligadas a formular el nuevo estado de sostenibilidad, en sustitución del caduco estado de información no financiera.

A la vista del papel tan relevante que este estado va a jugar en el ecosistema normativo de la sostenibilidad en el marco de la Unión Europea⁴, parece difícil exagerar la importancia de las NEIS en este contexto.

Las NEIS constituyen el primer desarrollo normativo de la forma en que las empresas deben cumplir los objetivos perseguidos por la Directiva sobre Estado de Sostenibilidad, pero en su empeño de proporcionar una herramienta que garantice la relevancia y comparabilidad de la información entre empresas, constituyen al mismo tiempo un texto de interpretación complejo.

Dicha complejidad (y laboriosidad) en la interpretación de las NEIS nace en primer lugar del número de requerimientos de información contenidos en las mismas. Según el borrador de la Guía de Implementación elaborada por la EFRAG⁵ en diciembre de 2023 (*"List of EFRS data-points"*) y publicada para su exposición pública hasta el 2 de febrero de 2024, las NEIS incluyen 823 puntos de datos de divulgación obligatoria (647 sujetos al análisis de materialidad que analizaremos más adelante y 176 no sujetos al mismo) y 279 sobre los que la empresa podrá informar de forma voluntaria.

No es de extrañar, por tanto, que las primeras empresas europeas que deben hacer frente a la redacción del estado de sostenibilidad a partir del 1 de enero de 2024 para su publicación en 2025 perciban este ejercicio como algo extremadamente exigente desde todos los puntos de vista.

El objetivo de este trabajo no será el de realizar un análisis, ni siquiera sumario, de los actualmente vigentes 1.102 puntos de datos (a los que habrá que añadir la divulgación de otros factores específicos de la empresa en aplicación de la NEIS 1, apartado 30(b)), sino el de comenzar la tarea de exégesis jurídica que una disposición de tanta trascendencia reclama y hacerlo precisamente con la parte de esta norma (la NEIS 1) en la que la CE ha querido: (i) concentrar los requisitos generales exigibles a todo estado de sostenibilidad sujeto a la aplicación, mediante la normativa de transposición pertinente, de la Directiva de Estado de Sostenibilidad, y (ii) explicar la arquitectura y los conceptos fundamentales sobre los que se han elaborado las NEIS.

Así, el apartado 3 de la NEIS 1 expone literalmente que:

[...] el objetivo de la presente Norma (NEIS 1) es permitir comprender la arquitectura de las NEIS, las convenciones de redacción y los conceptos fundamentales utilizados, así

4 GARCÍA MADALONIZ, M., "La obligación de presentación de información no financiera se concreta en la obligación de presentación de la información de sostenibilidad por parte de las empresas", en *De Iure Mercatus*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, coord. por MARTÍNEZ VILASECA, J., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, pgs. 2123 y ss. DE PAZ ARIAS, J.M., y GIL-CASARES MILANS DEL BOSCH, B., "Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del Reglamento de Taxonomía", en *Estudios Jurídicos sobre Sostenibilidad: Cambio Climático y Criterios ESG en España y la Unión Europea*, coord. por DE PAZ ARIAS, J.M., Valencia, Aranzadi, 2023, pgs. 205 y ss.

5 EFRAG (el término proviene de las siglas correspondientes a *European Financial Reporting Advisory Group*) es una asociación sin ánimo de lucro constituida conforme al derecho belga y que asesora a la CE en relación con la adopción de normas internacionales de presentación de información financiera y desde marzo de 2022, tras la constitución del Consejo de Información en Materia de Sostenibilidad, también en materia de información sobre sostenibilidad. Ver Considerando (39) de la Directiva sobre Estado de Sostenibilidad.

como los requisitos generales para preparar y presentar la información sobre sostenibilidad de conformidad con la Directiva 2013/34/UE, modificada por la Directiva (UE) 2022/2464 [...].

Con este propósito, el presente trabajo se estructurará en cuatro partes:

- i) Una breve exposición de la estructura del proceso de elaboración del estado de sostenibilidad, de forma que el lector del artículo pueda contextualizar correctamente su contenido.
- ii) El análisis del concepto de importancia relativa (materialidad) como elemento central que articula la redacción del estado de sostenibilidad.
- iii) El análisis de las características cualitativas que debe reunir la información divulgada en el estado de sostenibilidad (pertinencia, representación fiel, comparabilidad, verificabilidad y comprensibilidad).
- iv) Unas primeras conclusiones acerca de la interpretación de la NEIS 1.

Dada la limitación de espacio de un artículo jurídico, queremos poner de manifiesto que el presente trabajo no agotará todas las implicaciones jurídicas derivadas de la lectura e interpretación de la NEIS 1, sino que hemos abordado únicamente el análisis de algunos aspectos de esta. Eso sí, aquellos que nos parece que requieren de un tratamiento más urgente atendiendo a su relevancia y al momento en que nos encontramos desde el punto de vista de la publicación en 2025 de los primeros estados de sostenibilidad.

II. La estructura general del proceso de elaboración del Estado de Sostenibilidad

Con el objeto de facilitar la lectura de este trabajo, pensamos que es de utilidad comenzar por llevar a cabo una descripción muy sumaria del proceso de elaboración de un estado de sostenibilidad conforme a la arquitectura contemplada en las NEIS, el cual entendemos que debería articularse conforme a los pasos siguientes⁶:

- i) Identificación literal de todos los puntos de información incluidos en las NEIS con carácter previo a cualquier análisis de materialidad.
- ii) Identificación del contexto en el que van a interpretarse los requerimientos de información de las NEIS, entendiendo por contexto fundamentalmente el perímetro de las actividades propias de la empresa y de sus relaciones de negocio⁷ y la identificación de los grupos de interés relevantes que se ven afectados.

6 Esta descripción del proceso de elaboración del estado de sostenibilidad se basa en la descripción de un posible proceso de valoración de materialidad alineado con las NEIS y recogido por EFRAG en su documento *Implementation Guidance. Draft EFRAG IG 1. Materiality Assessment*, publicado en diciembre de 2023 como documento en exposición pública hasta el 2 de febrero de 2024 (página 19).

7 Se entiende por relaciones de negocio (Cuadro II Anexo II de las NEIS) las relaciones que mantiene la empresa con socios comerciales, entidades de su cadena de valor y cualquier entidad no estatal o estatal directamente vinculada a sus operaciones comerciales, productos o servicios. Las relaciones de negocio no se limitan a las relaciones contractuales directas.

- iii) Identificación de las incidencias, riesgos y oportunidades de la empresa, reales y potenciales, relacionados con las cuestiones de sostenibilidad (“IRO”).

Las cuestiones de sostenibilidad vienen definidas en el Cuadro 2 del Anexo II de las NEIS como “factores medioambientales, sociales, de derechos humanos y de gobernanza, incluidos los factores de sostenibilidad definidos en el artículo 2, punto 24, del Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo” (el cual se refiera a “toda información relacionada con cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, y con el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno”).

- iv) Identificación del método y de las hipótesis que la empresa va a aplicar para realizar la valoración de la materialidad o importancia relativa de las IRO.
- v) Valoración y determinación de las IRO materiales para la empresa.
- vi) Redacción del estado de sostenibilidad (no necesariamente en este orden desde un punto de vista formal)⁸:
 - a) Descripción de los procesos seguidos para identificar y valorar los IRO de importancia relativa.
 - b) Descripción de los puntos de información recogidos en la NEIS 2 (Información general).
 - c) Descripción de los puntos de información de importancia relativa.
 - d) Descripción de información adicional específica de la empresa no cubierta por las NEIS (o no con suficiente granularidad), pero que se estime que tiene importancia debido a hechos o circunstancias específicos.

Es preciso tener en cuenta que a pesar del alto grado de detalle de la actual redacción de las NEIS y a la espera del contenido de las NEIS sectoriales que deberán ser aprobadas por la CE antes del 30 de junio de 2026, el apartado 11 de la NEIS 1 establece que si la empresa llega a la conclusión de que las NEIS no cubren una incidencia, riesgo u oportunidad o no lo hace con suficiente granularidad, pero es importante “debido a hechos y circunstancias específicos”, deberá proporcionar información adicional específica sobre la empresa “para permitir que los usuarios comprendan las incidencias, riesgos u oportunidades relacionados con la sostenibilidad de la empresa”.

Este precepto requiere, por tanto, que la lectura de los puntos de datos contenidos en las NEIS no se haga desde el punto de vista de la respuesta a un *numerus clausus* de cuestiones, sino como la obligación de tomar en consideración la importancia relativa de, al menos, los puntos de datos actuales, pero siempre observando el principio de que el estado de sostenibilidad deberá permitir comprender los IRO relacionados con la sostenibilidad de la empresa en concreto,

También incluyen las relaciones de negocio indirectas en la cadena de valor de la empresa más allá del primer nivel y las posiciones como accionista en empresas en participación o inversiones.

8 En relación con el contenido y estructural del estado de sostenibilidad, ver NEIS 1, apartados 112 y ss.

es decir, que el estado deberá proporcionar una explicación fiel y comprensible de su situación de sostenibilidad, más allá incluso de la respuesta a los puntos de datos existentes.

Por tanto, la obligación de proporcionar esta explicación fiel sobre los IRO convierte el sistema de información contemplado en las NEIS en un procedimiento abierto, dependiente del concepto jurídico indeterminado de la importancia relativa de dichas incidencias, riesgos y oportunidades de sostenibilidad, las cuales deberán ser identificadas y descritas siempre en función de las circunstancias concretas de cada empresa y que irán variando con el tiempo.

Es preciso tener en cuenta que, en el caso en que se determine que existen circunstancias particulares de una empresa que, con el objeto de proporcionar una explicación fiel de su situación de sostenibilidad, precisen de una exposición más allá del contenido de las NEIS actuales, dicha información adicional deberá siempre redactarse conforme a los parámetros establecidos en el apartado 19 de la NEIS 1, y que se desarrollan en el Apéndice B de esta. Volveremos sobre estos parámetros más adelante, en el apartado 4 de este trabajo.

Asimismo, y desde el punto de vista estructural, debe tenerse presente que las NEIS contienen dos tipos de requisitos desde el punto de vista de la redacción del estado de sostenibilidad (apartados 16 y 17 de la NEIS 1):

- i) Requisitos de divulgación, los cuales consisten en los puntos de datos a los que nos hemos referido anteriormente y vienen a constituir en núcleo de la información de transparencia incorporada por las NEIS; y
- ii) Requisitos de aplicación, los cuales apoyan la redacción de los requisitos de divulgación, es decir, facilitan herramientas para interpretarlos y redactarlos correctamente.

III. La relevancia de la importancia relativa (materialidad)

El concepto de importancia relativa o materialidad (utilizaremos los dos términos de forma indistinta a lo largo de este trabajo), ya sea en términos de incidencia o materialidad financiera, juega un papel central en las NEIS en tanto en cuanto es el factor que determina qué IROs deberán ser descritos en el estado de sostenibilidad.

Las NEIS identifican dos tipos de importancia relativa o materialidad:

- i) En primer lugar, la denominada importancia relativa en términos de incidencia, término, el de incidencia, definido en el Cuadro 2 del Anexo II de las NEIS, como:

[...] el efecto que la empresa puede o pueda tener sobre el medio ambiente y las personas, incluidos los efectos sobre sus derechos humanos, en relación con sus propias operaciones y con las fases anteriores y posteriores de su cadena de valor, incluso a través de sus productos y servicios, así como a través de sus relaciones de negocio. Las incidencias pueden ser reales o potenciales, negativas o positivas, previstas o no, y reversibles o irreversibles. Pueden producirse a corto, medio o largo plazo. Indican la contribución de la empresa, negativa o positiva, al desarrollo sostenible [...].

Es decir, una incidencia es verdaderamente cualquier efecto que la actividad de la empresa pueda tener sobre el “desarrollo sostenible”, concepto que la Comisión Europea entiende como el “desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”⁹.

El apartado 45 de la NEIS 1 establece que, en el caso de las incidencias negativas reales, la importancia relativa se basa en la “gravedad” de la incidencia; y en el caso de las incidencias negativas potenciales en la “gravedad” y “probabilidad” de las mismas. A su vez, la gravedad se basa en la magnitud, el alcance y el carácter irremediable de la incidencia. El apartado 46, por su parte, dispone que en el caso de incidencias positivas la importancia relativa se basa en la magnitud y alcance de la incidencia, en el caso de incidencias reales, y la magnitud, el alcance y la probabilidad en las potenciales.

“Magnitud”, “alcance”, “gravedad”, “probabilidad”, “irremediabilidad”, son todos conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción se fía a la decisión de la empresa en relación con la determinación del método y los umbrales de relevancia que la misma decida, los cuales, obviamente, deberán ser adecuados para cumplir con el objetivo de las NEIS de que el estado de sostenibilidad proporcione una explicación fiel de la situación de la empresa en relación con las cuestiones de sostenibilidad.

- ii) En segundo lugar, la importancia relativa financiera, concepto mucho más familiar, viene definida en el Cuadro II del Anexo 2 de las NEIS como una cuestión de sostenibilidad que genera riesgos u oportunidades que afecten (o pueda esperarse razonablemente que afecten) a la posición financiera de la empresa, a los resultados financieros, a los flujos de efectivo, al acceso a la financiación o al coste del capital a corto, medio o largo plazo.

La limitación de la obligación de divulgación de información fundamentalmente a los IRO que sean materiales desde cualquiera de los dos conceptos de importancia relativa codificados (el 79% de los obligatorios, frente al 21% de los obligatorios no sujetos a cualificación de materialidad)¹⁰ fue objeto de debate a lo largo del proceso de elaboración de las NEIS por parte de EFRAG y el resultado actual debe mucho a la presión de los grupos de interés empresariales para conseguir que las NEIS fuesen una herramienta más liviana y manejable de lo que hubiesen resultado en las versiones iniciales, en las que los puntos de datos no sujetos a la cualificación de materialidad eran mucho más numerosos.

Pero, si desde el punto de vista de la redacción del estado de sostenibilidad, esta ampliación del criterio de la materialidad puede entenderse como positiva (en la medida en que permitirá a las empresas elaborar estados más breves y, por tanto, facilitará la lectura de los mismos a sus usuarios), desde el punto de vista de la responsabilidad de la empresa la cuestión merece que se formulen ciertos matices:

- i) Con la excepción de la información exigida en la NEIS 2 (Información General) y los requisitos de divulgación establecidos en las NEIS temáticas¹¹ relacionados con el re-

9 Estrasburgo, 22.11.2016. 22.11.2016. COM (2016) 739 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Próximas etapas para un futuro europeo sostenible Acción europea para la sostenibilidad (SWD(2016) 390 final).

10 Vid. EFRAG, *List of EFRS Datapoints*. Pág. 10.

11 Todas las NEIS actualmente desarrolladas, salvo la NEIS 1 y la 2.

quisito de divulgación IRO-1 (descripción de los procesos para determinar y evaluar las incidencias, los riesgos y las oportunidades de importancia relativa¹²), todos los demás puntos de información dirigidos a las empresas deben ser objeto de descripción en el estado de sostenibilidad únicamente en el caso de que satisfagan el umbral de materialidad que sea el pertinente y haya sido el seleccionado y aplicado por la empresa.

- ii)** La exigencia de publicar únicamente las incidencias de sostenibilidad de importancia relativa presupone, siempre y en todo caso, la aplicación de un juicio previo de materialidad.
- iii)** Las empresas están obligadas a divulgar en su estado de sostenibilidad una descripción del proceso para determinar sus incidencias, riesgos y oportunidades y para evaluar cuáles son de importancia relativa¹³, lo cual expone al escrutinio de los usuarios del estado los criterios y el procedimiento seguido para identificar las incidencias, riesgos y oportunidades materiales a los que se da cobertura en el estado.
- iv)** De la combinación de las cuestiones expresadas en los puntos (ii) y (iii) anteriores se deduce que la empresa podrá ser considerada potencialmente responsable:
 - a)** Si yerra en la selección de la metodología y/o las hipótesis para identificar y evaluar las incidencias, riesgos y oportunidades y su materialidad.
 - b)** Si interpreta incorrectamente las NEIS, de forma que deje de identificar incidencias, riesgos y oportunidades contenidos en la norma que posteriormente se demuestren como materiales.
 - c)** Si habiendo identificado la incidencia, el riesgo o la oportunidad, la empresa yerra en el análisis de materialidad y considera que no es de importancia relativa, no describiéndolo en el estado.

Es decir, la empresa podrá ser considerada potencialmente responsable en el supuesto en que falle el proceso de diligencia debida relativo al establecimiento y gestión de un procedimiento correcto para la identificación de las incidencias, riesgos y oportunidades de sostenibilidad que sean materiales y que de ello se derive un estado de sostenibilidad defectuoso y un daño que sea reclamado por algún usuario del mismo. En este punto es preciso traer a colación que el concepto de usuario del estado de sostenibilidad es dibujado por las NEIS con una gran generosidad, lo cual aumenta en gran medida el número de potenciales reclamantes.

En una estructura de estado de sostenibilidad en la que se incrementase el número de puntos de datos cuya divulgación no se sujetase al juicio previo de materialidad, resulta obvio que se produciría una reducción del riesgo de responsabilidad por una *mala praxis* en la realización de dicho análisis, aunque siempre en tanto en cuanto la descripción del IRO correspondiente fuese correcta conforme a los requerimientos de las NEIS (como veremos más adelante).

Ahora bien, y en sentido contrario, ¿es posible predicar que la empresa no será responsable frente a los usuarios de la información sobre sostenibilidad en el supuesto en que haya seguido un procedimiento de diligencia debida correcto atendiendo a las circunstancias del caso,

12 Ver Apéndice C de la NEIS 2.

13 NEIS 2. Apartado 51.

aunque se haya dejado de recoger en el estado un incidente, riesgo u oportunidad que fuese material y pertinente?

Antes de responder a esta pregunta, y con objeto de entender mejor las implicaciones de la misma y el sentido de la respuesta, es preciso señalar que las NEIS, tal y como recoge expresamente el apartado 58 de la NEIS 1, “[...] no imponen ningún requisito de conducta en relación con la diligencia debida; tampoco amplían o modifican la función de los órganos de administración, dirección o supervisión de la empresa en lo que respecta a la diligencia debida [...]”.

Adicionalmente, el apartado 59 de la misma NEIS 1 define la diligencia debida como “[...] el proceso mediante el cual las empresas determinan, previenen, mitigan y rinden cuentas de cómo abordan las incidencias negativas reales y potenciales sobre el medio ambiente y las personas relacionadas con sus actividades[...]”, haciéndose referencia a la descripción de la misma en instrumentos internacionales como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en inglés *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* “**UNGP**”) y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Igualmente, el mismo apartado 59 de la NEIS 1 caracteriza la diligencia debida como “una práctica continua”.

El EFRAG, en su “*Implementation Guidance. Draft EFRAG IG 1. Materiality Assessment*”, indica en su párrafo 27 que la NEIS 1 establece criterios para la evaluación de la materialidad, pero no impone umbrales específicos para determinar qué materia o qué información debe considerarse como material o no, lo cual hace que la determinación de la materialidad requiera el ejercicio de un juicio, una valoración, el cual debe ser desarrollado por la empresa en atención a sus específicos hechos y circunstancias. De acuerdo con la visión de EFRAG, cuando más inconclusa sea la información o la evidencia acerca de la materialidad de una información, más necesario será el ejercicio de dicho juicio.

Por tanto, las NEIS imponen a las empresas únicamente la obligación de aplicar los procesos de diligencia debida decididos por las mismas con el objeto de estar en posición de identificar correctamente las incidencias, riesgos y oportunidades de sostenibilidad relacionados con la empresa, así como de poder discriminar cuál de éstos son materiales, de forma que sean adecuadamente descritos en el estado de sostenibilidad.

Así, las NEIS, al desarrollar el contenido de la información sobre sostenibilidad que las empresas deben divulgar en el estado de sostenibilidad, vinculan el proceso de identificación de las incidencias, riesgos y oportunidades y su posterior valoración de materialidad a la aplicación de un proceso adecuado de diligencia debida, de lo que se sigue lógicamente que, si la empresa aplica correctamente un proceso de diligencia debida adecuadamente diseñado y gestionado, la información sobre sostenibilidad así generada podrá ser en último término incorrecta, pero no se podrá predicar que la empresa haya incurrido en una infracción en el cumplimiento de sus obligaciones bajo las NEIS y la Directiva sobre Estado de Sostenibilidad (mediante la trasposición de la normativa nacional) y, por tanto, no se reunirá el requisito de antijuridicidad necesario para fundar una acción de responsabilidad.

Insistimos que ello será así siempre que no se haya producido una conducta negligente o dolosa en el diseño y la aplicación del procedimiento de diligencia debida de la empresa.

Esta interpretación está expresamente contemplada por las NEIS 1 en su apartado QC 9 del Apéndice B, cuando se afirma que “[...] la información puede ser exacta sin ser perfectamente

precisa en todos los aspectos. Una información exacta implica que la empresa ha realizado procesos y controles internos adecuados para evitar errores o incorrecciones de importancia relativa”.

Ahora bien, esta interpretación es sólo válida en tanto en cuanto el estado de sostenibilidad no incumpla el objetivo de ofrecer una representación fiel de las cuestiones de sostenibilidad de la empresa (NEIS 1, apartado 19), cuestión esta que analizaremos con mayor detalle en el apartado 4.2 de este trabajo.

Asimismo, teniendo en cuenta que la responsabilidad última del contenido del estado de sostenibilidad reposa en el órgano de administración de la empresa, que es quien debe formularlo¹⁴, consideramos que la aplicación del artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”), al establecer el estándar de diligencia de los administradores en el ejercicio de sus deberes fiduciarios, deberá interpretarse de la misma forma en relación con el estado de sostenibilidad. Es decir, que en el escenario de que éste recoja datos incorrectos, no les será imputable responsabilidad en tanto en cuanto hayan sido diligentes en el establecimiento y mantenimiento de los procedimientos corporativos precisos para asegurar razonablemente que los procesos de diligencia debida requeridos para la elaboración del estado de sostenibilidad son los correctos y se han desarrollado adecuadamente y se cumpla también con las prescripciones analizadas en el apartado 4.2 de este trabajo en relación con la representación fiel.

En este punto es relevante resaltar, desde el punto de vista de la construcción de un proceso de diligencia debida alineado con las NEIS, la importancia que éstas otorgan a la participación de las partes interesadas en el mismo. Así, el apartado 24 de la NEIS 1 manifiesta que la cooperación de las partes interesadas afectadas es fundamental para el proceso de diligencia debida de la empresa y para la evaluación de la importancia relativa en términos de sostenibilidad.

El apartado 61(b) de la NEIS 1 estipula que uno de los elementos fundamentales de la diligencia debida es la cooperación con las partes interesadas en los términos que se deben reflejar en la NEIS 2 y las NEIS temáticas.

A su vez, el apartado 53 (b)(iii) de la NEIS 2 establece que la empresa debe divulgar una visión general del proceso para determinar, evaluar, priorizar y controlar las incidencias potenciales y reales de la empresa sobre las personas y el medio ambiente, sobre la base del proceso de diligencia debida de la empresa, incluida una explicación de si y de qué manera el proceso incluye consultas con las partes interesadas para comprender cómo pueden verse afectadas, así como con expertos externos (el subrayado es nuestro).

Por último, queremos señalar que este análisis acerca del concepto de materialidad o importancia relativa debe complementarse con el análisis que hacemos de la pertinencia como característica cualitativa de la información y que llevamos a cabo a continuación (apartado 4.1 de este trabajo).

14 El estado de sostenibilidad formará parte, al igual que el actual estado de información no financiera, del informe de gestión que ha de formular el órgano de administración.

IV. Las características cualitativas de la información en las NEIS

El apartado 19 de la NEIS 1 establece que a la hora de preparar el estado de sostenibilidad la empresa aplicará:

- i) Las características cualitativas fundamentales de la información, es decir, la pertinencia y la representación fiel; y
- ii) Las características cualitativas de mejora de la información, es decir, la comparabilidad, la verificabilidad y la comprensibilidad.

El Apéndice B de la NEIS 1, el cual tiene la misma autoridad que las demás partes de la norma, desarrolla en detalle dichas características cualitativas de la información que deberán aplicarse en el proceso de redacción del estado de sostenibilidad y que analizaremos a continuación.

1. Pertinencia

El Apéndice B establece que una información sobre sostenibilidad es pertinente cuando (Apéndice B. NEIS 1. QC 1) “puede marcar una diferencia en las decisiones de los usuarios de acuerdo con un enfoque de doble importancia relativa” y ello con independencia de que los usuarios decidan aprovecharla o no, o ya se conozca por otras fuentes. Asimismo, el Apéndice B considera que la información es pertinente si tiene valor predictivo, confirmatorio o ambos a la vez. De esta manera, establece que el valor predictivo no implica que la información constituya una predicción o una previsión en sí misma, sino que simplemente es suficiente que los usuarios la utilicen para hacer sus propias predicciones (Apéndice B. NEIS 1. QC 2).

La correcta interpretación de este principio de pertinencia, tan ampliamente formulado, debería en principio conectarse con la definición de usuarios de la información sobre sostenibilidad contenido en el apartado 22(b) de la NEIS 1: usuarios principales de la información financiera en general (inversores existentes y potenciales, prestamistas y otros acreedores, incluidos los gestores de activos, las entidades de crédito y las empresas de seguro) y otros usuarios de los estados de sostenibilidad, incluidos los socios comerciales de la empresa, los sindicatos y los interlocutores sociales, las organizaciones de la sociedad civil y no gubernamentales, los gobiernos, los analistas y los académicos.

Asimismo, la definición de usuario de la información sobre sostenibilidad parecería que debería ser matizada por el hecho de que el usuario reúna también la condición de ser potencialmente una parte afectada por la actividad de la empresa, y así parecería indicarlo la primera frase del propio apartado 22 cuando señala que las partes interesadas son aquellas que pueden afectar a la empresa o verse afectadas por ella.

Sin embargo, esta interpretación más restrictiva no parece compaginarse con el reconocimiento por la NEIS 1 de dos categorías de partes interesadas, en primer lugar las partes interesadas afectadas (personas o grupos cuyos intereses se ven o pueden verse afectados, positiva o negativamente, por las actividades de la empresa y sus relaciones de negocio directas o indirectas a lo largo de su cadena de valor) y en segundo lugar los usuarios de los estados de sostenibilidad a los que nos hemos referido anteriormente y que, por exclusión, no deberían ser partes afectadas por la actividad de la empresa.

La cuestión se complica más aún si se acude al Apéndice A de la NEIS 1 (Requisitos de Aplicación), el cual en su apartado AR 6 estipula que, “además de las categorías de partes interesadas enumeradas en el apartado 22” (el subrayado es nuestro), las categorías comunes de partes interesadas son las siguientes: “[...] asalariados y otros trabajadores, proveedores, consumidores, clientes, usuarios finales, comunidades locales y personas en situación de vulnerabilidad, y autoridades públicas, como reguladores, supervisores y bancos centrales[...]”. Asimismo, el apartado AR 7 indica que “la naturaleza podrá considerarse una parte interesada que no participa”.

La redacción de este apartado 22 se nos presenta, por tanto, como confusa y abierta a la interpretación de obligar a la empresa a formular su estado de sostenibilidad teniendo en cuenta que los destinatarios del mismo no han de ser únicamente aquellas personas afectadas por la actividad de la empresa misma (empleados, clientes, accionistas, vecinos de las localidades en que se ubiquen sus instalaciones, entre otros) sino también un público más amplio en que la conexión con el estado de sostenibilidad se justifique desde el punto de vista de, por ejemplo, una mera curiosidad intelectual o académica; como parte de un ejercicio de agregación de datos a nivel macroeconómico (gobiernos), o de defensa de intereses a nivel mundial, como podría ser, por ejemplo, una Organización No Gubernamental (“**ONG**”), implicada en la mitigación del cambio climático.

Esta lectura de hecho viene confirmada por el apartado 31 de la NEIS 1 cuando establece que la información aplicable prescrita en un requisito de divulgación o una información específica de la empresa se divulgará cuando la empresa considere, como parte de su análisis de materialidad, que tal información es pertinente desde una o varias (por tanto, no de forma acumulativa) de las siguientes perspectivas:

- i) La importancia de la información en relación con la cuestión que se pretende describir o explicar; o
- ii) La capacidad de dicha información para satisfacer las necesidades de toma de decisiones de los usuarios, ya sea los usuarios principales de la información financiera o los usuarios cuyo interés principal sea la información sobre las incidencias de la empresa [...] (el subrayado es nuestro)

Pero, al mismo tiempo y tal como hemos expuesto anteriormente, el Apéndice B de la NEIS 1 señala que una información es pertinente cuando “[...] puede marcar una diferencia en las decisiones[...]” de los usuarios. Ahora bien, se nos escapa de qué tipo de decisiones puede estar hablando el Apéndice B. QC 1, en relación, por ejemplo, con un académico (¿incluir la información en un estudio?) o una ONG (¿acusar a la empresa de no sumarse con suficiente entusiasmo a la lucha contra los efectos negativos del cambio climático?).

Lo que sí parece claro, en cualquier caso, es que el concepto de pertinencia de la información va más allá de la concepción de relevancia tradicionalmente asociada a términos como el de información privilegiada (la cual, en la redacción del artículo 7.1(a) del Reglamento (UE) No 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado, sería información de carácter concreto que no se haya hecho pública, que se refiera directa o indirectamente a uno o varios emisores o a uno o varios instrumentos financieros o sus derivados y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre los precios de dichos instrumentos o de los instrumentos derivados relacionados con ellos) o la de información

útil para que los usuarios puedan adoptar decisiones económicas (como se recoge en el marco conceptual del Plan General de Contabilidad)¹⁵.

A la vista de todo lo anterior nos tememos que la interpretación de la pertinencia de la información sobre sostenibilidad atendiendo a su utilidad para el usuario de la misma será extremadamente expansiva.

2. Representación fiel

El apartado Q5 del Apéndice B de la NEIS 1 exige que el estado de sostenibilidad represente fielmente los fenómenos que pretende representar, lo cual exige que la información que contenga sea completa, neutra y exacta.

En relación con el carácter neutral de la información, merece la pena resaltar que en el caso en que se proporcione información de carácter programático en que se incluyan aspiraciones, deberá también informarse de los factores que podrían impedir que la empresa logre las mismas.

Asimismo, y como vimos en el apartado 3 de este trabajo, el apartado QC 9 del Apéndice B recoge que la información puede ser exacta sin ser perfectamente precisa en todos los aspectos, vinculando la exactitud con la realización de los procesos y controles internos adecuados para evitar errores o incorrecciones de importancia relativa, es decir, relevantes.

Es importante esta mención del apartado QC 9 en la medida en que enfatiza una de las características que consideramos estructurales en las NEIS, cuál es su carácter de normas reguladoras de los procesos corporativos internos desde el punto de vista de la elaboración del estado de sostenibilidad y su posterior formulación por parte del órgano de administración de la empresa.

En este sentido, el apartado QC 9 ofrece a las empresas obligadas la posibilidad de argumentar un mecanismo de defensa de su responsabilidad en caso de información incorrecta si es posible predicar que el proceso de elaboración de la misma ha sido diligente, y siempre que dicho proceso cumpla con los siguientes requerimientos:

- i) Los errores cometidos a la hora de expresar información objetiva no deben ser relevantes (NEIS 1. Apéndice B. QC 9(a)), por lo que entendemos que, a contrario, si se ha cometido un error material en la elaboración y comunicación de la información sobre sostenibilidad no existirá la defensa de que se ha aplicado un procedimiento corporativo diligente.

El hecho de que el requisito mencione únicamente a la información objetiva o sobre hechos ("*factual information*" en la versión inglesa de las NEIS), hace que sin embargo sí sea posible invocar la defensa de la existencia de un proceso diligente a las apreciaciones subjetivas, siempre que se cumpla el resto de requerimientos del apartado QC 9).

- ii) Que las descripciones sean precisas (NEIS 1. Apéndice B. QC 9(b)). Este requerimiento puede parecer paradójico en la medida en que el apartado QC 9 pretende, precisamente, preservar la exactitud de la información a pesar de que la misma no sea "perfectamente

15 Plan General Contable. Texto refundido con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, el Real Decreto 602/2016, de 2 de diciembre y el Real Decreto 1/2021, de 12 de enero. Primera Parte. Marco Conceptual de la Contabilidad. 1º, Cuentas Anuales. Imagen Fiel.

precisa en todos los aspectos”, con lo que parecería que se está permitiendo que la información no sea precisa siempre que las descripciones sean precisas. Desde nuestro punto de vista la interpretación correcta de este precepto podría construirse sobre dos argumentos:

- a) La descripción debe ser precisa en términos generales, permitiéndose errores menores siempre que no distorsionen la correspondencia entre el fenómeno descrito y la realidad, es decir, siempre que no erosione el principio de representación fiel de la esencia del fenómeno que se pretende representar, en la terminología del apartado QC 5, y, en aplicación de la letra (a) de este mismo apartado, no se trate de un error material sobre un hecho (lo cual, por otra parte, distorsionaría también la representación fiel del fenómeno).
 - b) La descripción se refiere únicamente a los hechos objetivos, pero no a las estimaciones ni a las apreciaciones subjetivas, las cuales deben valorarse en función no de un parámetro de corrección factual, sino de diligencia debida en el proceso interno de formulación, como veremos a continuación.
- iii) Que las estimaciones, aproximaciones y previsiones estén claramente indicadas como tales (NEIS 1. Apéndice B. QC 9(c)) y no se hayan cometido errores de importancia relativa en la selección y aplicación de un proceso adecuado para elaborar una estimación, aproximación o previsión, y las aportaciones a dicho proceso sean razonables y fundamentadas (NEIS 1. Apéndice B. QC 9(d)).

Las letras (c) y (d) del apartado QC 9 configuran un *caveat emptor* con el matiz de que no es suficiente con identificar clara y expresamente una estimación, aproximación o previsión para admitirlas legítimamente en el marco del estado de sostenibilidad, sino que será preciso que el proceso corporativo sobre la base del cual se han elaborado sea correcto y la información proporcionada por la empresa para desarrollar el mismo sea razonable y esté fundamentada, es decir, que será preciso que el proceso de análisis y valoración que conduce a la manifestación de una estimación, aproximación o previsión cumpla con la debida diligencia.

- iv) Que las afirmaciones sean razonables y se basen en información de calidad y en cantidad suficiente (NEIS 1. Apéndice B. QC 9(e)). Dado el carácter independiente de este requerimiento, será preciso interpretar el mismo como referido a aquellas manifestaciones de la empresa que no son simplemente descripciones de hechos objetivos, que se deben ajustar a un estándar de corrección y precisión, ni tampoco estimaciones, aproximaciones ni previsiones, las cuales deben ser identificadas como tales y resultar de procesos internos correctamente seleccionados y diligentemente desarrollados, sino al resto de manifestaciones, de otro carácter, que se contienen en el estado de sostenibilidad.
- v) Que la información relativa a los juicios sobre el futuro (o *judgement about the future* en la versión inglesa) refleje fielmente tanto dichos juicios como la información en la que se basan (NEIS 1. Apéndice B. QC 9(f)). En relación con este requerimiento, honestamente nos resulta difícil identificar una diferencia substancial entre lo que sea un “juicio sobre el futuro” y una “previsión” (o *forecast* en la versión inglesa) en la medida en que no pensamos que pueda identificarse una previsión que no incorpore necesariamente un juicio sobre el futuro (entendiendo por “juicio” el ejercicio de la facultad cognitiva que

permite distinguir una cosa de otra y en este caso proyectado sobre un tiempo futuro), salvo que no se pretenda apuntar ninguna diferencia y simplemente se desee añadir la petición adicional de incorporar una descripción de la información en la que se basa dicho juicio sobre el futuro (incorporando también las previsiones de la letra (c)).

Es preciso reconocer que lo prolijo de los requerimientos contenidos en este apartado QC 9 hace que no resulte sencillo identificar en todo caso y con facilidad las diferencias entre descripciones, estimaciones, aproximaciones, previsiones, afirmaciones y juicios, por lo que quizás sería más razonable intentar reducir el número de conceptos a básicamente descripciones de hechos y opiniones, predicando los requerimientos de las letras (a) y (b) de las descripciones de hechos y los de las letras (c), (d), (e) y (f) de las opiniones.

3. Comparabilidad

La inclusión de la comparabilidad como una de las características cualitativas de la información sobre sostenibilidad es de una importancia fundamental en la medida en que uno de los objetivos fundamentales del estado de sostenibilidad es erigirse en una herramienta que permita distinguir entre las empresas en función de su posición acerca de las cuestiones de sostenibilidad, ejercicio que resulta imposible de llevar a cabo si la información proporcionada no reúne dicho requisito.

Precisamente la ausencia de este valor de la comparabilidad es una de las razones del fracaso del estado de información no financiera y constituye una de las razones que impulsó a la CE a proponer la nueva regulación sobre el estado de sostenibilidad, tal y como se explicita en el Considerando (13) de la Directiva sobre Estado de Sostenibilidad¹⁶.

Tal y como se concibe por las NEIS (NEIS 1. Apéndice B. QC 10), la comparabilidad se refiere tanto a la comparación de la información de la empresa a lo largo de los diferentes ejercicios durante los que formule un estado de sostenibilidad (comparabilidad interna) como a la comparación con otras empresas, ya sea con el universo de todas las empresas obligadas con independencia del sector en que operen, como más específicamente en relación con aquellas que desarrollan actividades económicas similares.

Ahora bien, si bien la comparabilidad interna puede configurarse como una obligación de perímetro bien definido, ya que el grado de cumplimiento de la misma depende de forma fundamental de la voluntad de la empresa para hacerlo (ya que el punto de comparación es precisamente otro estado de sostenibilidad elaborado por la propia empresa, teniendo en cuenta también la posibilidad de corregir los errores cometidos conforme lo dispuesto en los apartados 96 y ss. de la NEIS 1), no sucede lo mismo (al menos en estos momentos) en relación con el cumplimiento del requisito de la comparabilidad con otras empresas y ello por las siguientes razones:

- i) A fecha de hoy, las NEIS han desarrollado únicamente las normas transversales y las normas temáticas, pero no las sectoriales (todas ellas previstas en el apartado 4 de la NEIS 1), por lo que si bien cabe esperar que se produzca una convergencia en cuanto a

16 "El informe [informe de la Comisión de 21 de abril de 2021 sobre las cláusulas de revisión de las Directivas 2013/34/UE, 2014/95/UE y 2013/50/UE y el correspondiente control de adecuación relativo al marco de la UE sobre publicación de información por parte de las empresas] también señaló como problemas significativos la limitada comparabilidad y fiabilidad de la información sobre sostenibilidad".

la redacción de los puntos de divulgación contenidos en las normas transversales y las temáticas, ello no es previsible en cuanto a los aspectos más específicos de las empresas que habrán de detallarse en las normas sectoriales que deberán ser aprobadas por la Comisión Europea antes de 30 junio de 2026.

- ii) La obligación de llevar a cabo una descripción de las incidencias, riesgos y oportunidades, reales y potenciales, en relación con las personas y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo (es decir, la descripción de las IRO que no son materiales desde un punto de vista financiero) configura un objetivo de gran novedad y complejidad para el que necesariamente va a ser preciso un periodo de transición en el que se decante un *know-how* y un conjunto de buenas prácticas que permita a las empresas ir convergiendo en términos de comparabilidad.

Durante este periodo transitorio, el factor de comparabilidad deberá necesariamente ir cobrando importancia, pero no resulta razonable exigir actualmente a las empresas, especialmente a las que van a redactar por primera vez el estado de sostenibilidad en 2024, que sus primeros estados sean plenamente comparables con sus pares.

- iii) En la medida en que se trate de cuestiones materiales, es probable que todas las empresas, o al menos una parte muy sustancial de las mismas, deban divulgar información sobre aspectos específicos de sus actividades que no vayan a ser nunca plenamente comparables con la información contenida en otros estados de sostenibilidad.

Este punto viene implícitamente reconocido en el apartado QC 12 del Apéndice B de la NEIS 1 cuando establece que: “[...] la comparabilidad no es uniformidad [...]” y explícitamente en el apartado AR 4(a) del Apéndice A (Requisitos de Aplicación) de la NEIS 1, cuando se dispone que la empresa examinará con detenimiento la comparabilidad entre empresas, garantizando al mismo tiempo la pertinencia de la información facilitada, “[...] reconociendo que la comparabilidad puede ser limitada en el caso de la información sobre entidades específicas[...]”.

Ahora bien, no puede perderse de vista que en el caso de la información de la empresa que sea específica *per se* o que no pueda ser todavía comparable debido a la ausencia de normas sectoriales aprobadas, deberá siempre ajustarse en su redacción a las características cualitativas de la información reguladas en el Apéndice B de la NEIS 1.

Atendiendo a las razones previamente expuestas, consideramos que las mismas son argumentos válidos para sostener que un estado de sostenibilidad no cumpla de forma provisional y en algunos de sus aspectos con el requisito de comparabilidad sin que ello implique necesariamente una infracción de las NEIS y, por ende, de la norma nacional relevante de transposición de la Directiva sobre Estado de Sostenibilidad.

4. Verificabilidad

El elemento de verificabilidad constituye sin duda una de las piezas clave del sistema de divulgación de información sobre sostenibilidad diseñado por la Directiva sobre Estado de Sostenibilidad y por las NEIS.

En este sentido, el enfoque de la Directiva sobre Sostenibilidad y de las NEIS pretende alcanzar un doble objetivo:

- i) Por un lado las NEIS, en el marco de las características cualitativas de la información sobre sostenibilidad, imponen a las empresas una obligación (apartado QC 13 del Apéndice B de la NEIS 1) de promover la verificabilidad de la misma, lo cual debe ayudar a los usuarios a alcanzar un estado de confianza en que la información es completa, neutra y exacta, es decir, que proporciona la imagen fiel de la empresa sobre las cuestiones de sostenibilidad, como hemos tenido ocasión de ver en el apartado 4.2 anterior. Dicha confianza, dice la NEIS 1, sólo se alcanza cuando la información es verificable, es decir, es posible que sea corroborada, ya sea directa o indirectamente a través de los datos utilizados para obtenerla.

El apartado QC 14 establece que la verificabilidad implica que “[...] varios observadores bien informados e independientes[...]” puedan llegar a un “[...] consenso, aunque no necesariamente a un acuerdo total, de que una representación concreta es una representación fiel[...]”. A partir de aquí, la QC 14 incluye una obligación de medios a la empresa, cual es la de que la información sobre sostenibilidad se proporcione (es decir, se elabore, se redacte y presente en el estado) de tal forma que “mejore su verificabilidad”, pasando a continuación a enumerar una serie de ejemplos (*numerus apertus* por tanto):

- b) Que la información pueda compararse con otra información disponible sobre actividades de la empresa en cuestión, otras empresas o el entorno exterior.
 - c) Que se facilite información sobre los datos de entrada y métodos de cálculo utilizados para elaborar estimaciones o aproximaciones; y
 - d) Que se facilite la información revisada y acordada por los órganos de administración, dirección y supervisión de la empresa o sus comités.
- ii) Por otro lado, la Directiva sobre Estado de Sostenibilidad, más allá de las NEIS, incorpora un nuevo artículo 26 bis a la Directiva 2006/43/CE de 17 de mayo de 2006 relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo (la **“Directiva de Auditoría de Cuentas”**). Esta Directiva estipula que los Estados miembros exigirán que los auditores legales y las sociedades de auditoría realicen la verificación de la presentación de información sobre sostenibilidad en los términos de las normas de verificación adoptadas por la CE, estando los Estados miembros facultados para aplicar normas, procedimientos o requisitos nacionales de verificación mientras la CE no los adopte.

Este precepto es congruente con lo manifestado en el Expositivo (13) de la Directiva sobre Estado de Sostenibilidad cuando afirma que “[...] no cabe ninguna duda de que se necesita un marco de presentación de información sólido y asequible, acompañado de prácticas de auditoría eficaces, para garantizar la fiabilidad de los datos y evitar el blanqueo ecológico y el doble cómputo [...]” (el subrayado es nuestro)

De esta forma, parece producirse una congruencia entre el contenido del apartado QC 13 de la NEIS 1 y del nuevo artículo 26 bis de la Directiva de Auditoría de Cuentas, ya que, por un lado, las NEIS estipulan la obligación de las empresas de que la información contenida en el estado

de sostenibilidad reúna la cualidad de la verificabilidad y, por el otro, el artículo 26 bis anticipa un escenario en que dicha información es objeto de una auditoría razonable por parte del observador independiente por excelencia, el auditor, y conforme al estándar de verificación más estricto, la auditoría razonable.

Ahora bien, si se sigue leyendo el nuevo artículo 26 bis mencionado, se puede concluir que no nos encontramos ante una mera regulación de un proceso transitorio para la implementación de las normas que vaya a adoptar la Comisión con el objeto de alcanzar objetivo tan fundamental, sino que se habilita a ésta a adoptar actos delegados (a más tardar el 1 de octubre de 2026) a fin de establecer normas de verificación limitadas y (a más tardar el 1 de octubre de 2028) a fin de establecer normas de verificación razonables,

[...] tras una evaluación que determine la viabilidad de una verificación razonable para los auditores y las empresas. Teniendo en cuenta los resultados de dicha evaluación y si, por tanto, procede, los actos delegados especificarán la fecha a partir de la cual el dictamen a que se refiere el artículo 34, apartado 1, párrafo segundo, letra a bis)¹⁷, debe basarse en un encargo de verificación razonable que a su vez se base en dichas normas de verificación razonable [...] (el subrayado es nuestro).

Es decir, el objetivo de verificabilidad pleno que supone el poder recibir del auditor de la empresa un informe de auditoría que incorpore una verificación razonable de la presentación de información sobre sostenibilidad (lo cual equipararía a la información financiera con la de sostenibilidad desde el punto de vista de la verificación) es, en estos momentos, un simple proyecto sobre el que pesa la duda de si podrá culminarse con éxito.

Una vez que se constata esta circunstancia, la lectura de la regulación de la característica de la verificabilidad en la NEIS 1 adquiere una nueva dimensión, ya que la misma se constituye, hasta la culminación con éxito del proyecto de la CE de adoptar normas de verificación razonable en relación con la información sobre sostenibilidad, en el *limes*, la frontera exterior de una regulación positiva en relación con un aspecto tan troncal en cuanto a la utilidad última del estado de sostenibilidad como es la confianza acerca de que el contenido de éste es fiable, es decir, proporciona una representación fiel de la situación de sostenibilidad de la empresa.

Sobre la base de la ausencia del informe de verificación razonable, el proceso de diligencia debida, dirigido en último término por el órgano de administración de la empresa y cuyo resultado es la elaboración del estado de sostenibilidad, así como el acto de la formulación de éste realizado por el mismo órgano de administración, dibujan y delimitan el ámbito de la responsabilidad exclusiva de la empresa frente a los usuarios definidos en la NEIS.

La ausencia (esperemos que transitoria) de un tercero habilitado para proporcionar una opinión sólida y fundada acerca de si el estado de sostenibilidad de una empresa expone fielmente su situación de sostenibilidad significa fundamentalmente la ausencia de cobertura de un tercero experto que valide y apoye, sobre la base de dicha opinión, el acto de los administradores

17 "en su caso, emitir un dictamen basado en un encargo de verificación limitada en lo que respecta a la conformidad de la presentación de información sobre sostenibilidad con los requisitos de la presente Directiva, que incluya la conformidad de la presentación de información sobre sostenibilidad con las normas de presentación de información sobre sostenibilidad adoptadas con arreglo al artículo 29 *ter* o el artículo 29 *quater*, el proceso llevado a cabo por la empresa para determinar la información presentada con arreglo a dichas normas de presentación de información sobre sostenibilidad, y el cumplimiento del requisito de marcado de la información sobre sostenibilidad de conformidad con el artículo 29 quinquies y en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos de información previstos en el artículo 8 del Reglamento (UE) 2020/852".

mediante el que se formule dicho estado de sostenibilidad y, por tanto, agudiza el perfil de responsabilidad de los mismos, sobre todo si tenemos en cuenta la profundidad del ejercicio de información contenido en las NEIS, el cual:

- i) abarca a todas las filiales de la empresa a nivel mundial;
- ii) incorpora el concepto de impacto de la actividad de la empresa en las personas y el medio ambiente;
- iii) amplía el horizonte de las partes interesadas en la información contenida en el mismo a través de la definición del término "usuario"; e
- iv) incorpora en el ejercicio de identificación de los IRO materiales de las relaciones de negocio directas e indirectas en las fases anteriores y posteriores de la cadena de valor.

Frente a todo lo anterior, la defensa fundamental del órgano de administración reside, de nuevo, en la adopción y correcta gestión de procesos de diligencia debida con las limitaciones que hemos analizado en el apartado 4.2.

5. Comprensibilidad

La última de las características cualitativas que se exigen a la información sobre sostenibilidad es el de su comprensibilidad (apartados QC 16 a QC 20 del Apéndice B de la NEIS 1).

Se trata sin duda de la característica más aspiracional y de una determinación desde el punto de vista jurídico más compleja, ya que se mandata a las empresas nada más y nada menos a que redacten la información sobre sostenibilidad de forma clara y concisa, entendiéndose que una información es comprensible cuando un usuario razonablemente bien informado puede comprender fácilmente la información comunicada (apartado QC 16).

La adopción de un objetivo tan ambicioso ha llevado a la NEIS 1 a incorporar una serie de directrices que varían desde lo tautológico (apartado QC 17 - para que la información sea clara debe emplearse un lenguaje claro) a lo meramente ejemplificativo (apartado QC 18 en su integridad) u obvio (apartado QC 17 - debe evitarse la duplicación innecesaria de información y las frases y los párrafos deben estar bien estructurados).

Ello, sin embargo, es interesante señalar que el apartado QC 17 incorpora también la obligación de que las divulgaciones concisas solo incluyan información de importancia relativa, lo cual parece que deba entenderse, en el contexto de las NEIS y con las salvedades que se apuntarán, como la obligación de que la información sobre sostenibilidad debe versar sólo sobre las IRO que sean materiales para la empresa, ya que de otra forma (incluyendo información que no ha superado el test de materialidad o importancia relativa) se estaría perjudicando la característica de la claridad y, por ende, de la comprensibilidad del estado de sostenibilidad al mezclar, si se nos permite la expresión coloquial, churras con merinas.

Una primera salvedad a este principio general (el estado de sostenibilidad debe contener sólo información de importancia relativa) se contiene en el apartado 29 de la NEIS 1 al estipular que, con independencia de la evaluación de la importancia relativa la empresa deberá divulgar siempre la información exigida por la NEIS 2 (Información General) y los requisitos de divulgación de todas las NEIS temáticas relacionados con el requisito de divulgación IEO-1

(descripción de los procesos para determinar evaluar las incidencias, los riesgos y las oportunidades de importancia relativa), aunque también sería posible argumentar que dicha información es per se material desde el punto de vista de una correcta interpretación del estado de sostenibilidad y del contexto de la empresa que lo elabora.

Una segunda salvedad es la contenida en el apartado 18 de la NEIS 1 cuando incorpora la categoría de “podrá divulgar” como “divulgación voluntaria para fomentar buenas prácticas”. En este caso, y siempre que se contemple expresamente en el texto de las NEIS, las empresas podrán incorporar información adicional de carácter voluntario, por ejemplo, apartado 24 de la NEIS E2 – Contaminación –, el cual permite a la empresa, si así lo decide, especificar si se han tenido en cuenta los umbrales ecológicos y las asignaciones para entidades específicas a la hora de fijar las metas relacionadas con la contaminación. Esta información de carácter voluntario debe entenderse que podrá tener el carácter de no material.

Una tercera salvedad se contiene en el apartado 34(b) de la NEIS 1 cuando se dispone que, en relación con información sobre los parámetros¹⁸ de una cuestión de sostenibilidad de importancia relativa, la empresa podrá omitir la información prescrita por un punto de datos de un requisito de divulgación si se considera que esta carece de importancia relativa y no es necesaria para cumplir el objetivo del requisito de divulgación.

Otro aspecto de gran relevancia contenido en la regulación de la característica de la comprensibilidad es el de que la información se presente como un conjunto coherente y que, en este sentido, se permite al usuario de la misma relacionarla con la información contenida en los estados financieros de la empresa (apartados QC 19 y 20). Esta prescripción es imprescindible desde el momento en que el estado de sostenibilidad se construye sobre la base de la doble materialidad o doble importancia relativa, siendo una de las materialidades relevantes la financiera. En este sentido, entendemos que no es posible predicar en absoluto la comprensibilidad del estado de sostenibilidad si no es posible llevar a cabo una lectura integrada del mismo con los estados financieros de la empresa, conexión ésta que deberá ser explicada en el propio estado.

V. Primeras conclusiones acerca de la interpretación de la NEIS 1

La conclusión más relevante que, desde nuestro punto de vista, se extrae de una lectura atenta de la NEIS 1 (la cual resulta predicable como no podría ser de otra forma de la arquitectura misma de las NEIS en su conjunto), es la de que ante la ausencia, en estos momentos, de criterios claros y objetivos acerca del perímetro y contenido de la información que las empresas deben proporcionar en el marco del estado de sostenibilidad, especialmente en relación con las cuestiones materiales desde el punto de vista de la importancia relativa en términos de incidencia, la existencia de procesos de diligencia debida correctamente diseñados y desarrollados representan la herramienta fundamental de las empresas no sólo para culminar de forma eficiente la tarea de elaborar el estado de sostenibilidad, sino también, en un entorno de incertidumbre

¹⁸ Conforme a la definición contenida en el Cuadro 2 del Anexo II de las NEIS, se entiende por parámetros los indicadores cualitativos y cuantitativos que utiliza la empresa para medir la eficacia de la aplicación de sus políticas relacionadas con la sostenibilidad y con respecto a sus metas a lo largo del tiempo, así como para informar al respecto. Los parámetros también apoyan la medición de los resultados de la empresa con respecto a las personas afectadas, el medio ambiente y la empresa.

regulatoria, para construir la defensa de su responsabilidad frente a los usuarios del mismo en cualquiera de sus caracterizaciones.

Resulta claro que no es plausible exigir a las empresas, desde el primer momento, que proporcionen una representación fiel de las cuestiones de sostenibilidad que resulten materiales al mismo nivel que la imagen fiel contenida en los estados financieros. Y ello no sólo como consecuencia de la novedad de la normativa, sino fundamentalmente debido a la ausencia, todavía, de un consenso generalizado acerca de cómo definir y aplicar las herramientas que deben permitir construir dicha representación fiel. El reconocimiento por parte de la CE de que todavía no es capaz de formular los parámetros necesarios para realizar un encargo de verificación razonable del estado de sostenibilidad es la mejor muestra de ello.

Asimismo, es preciso tener en cuenta que la materialidad de incidencia es un animal, por decirlo de alguna manera, muy diferente a la materialidad financiera.

La obligación de tener en cuenta las cuestiones de sostenibilidad desde el punto de vista de la materialidad financiera existe con carácter previo a la aprobación y trasposición tanto de la Directiva NFRD como de la actual Directiva sobre Estado de Sostenibilidad, es simplemente uno más de los riesgos de negocio cuyo impacto debe ser ponderado y recogido en los estados financieros sobre la base del principio de imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad y con independencia de que resulta un análisis más o menos complejo.

Y ello mismo es también predicable en relación con la responsabilidad de los administradores y el cumplimiento de sus deberes fiduciarios: todo buen empresario debería considerar cuál es el impacto económico de las consecuencias negativas del cambio climático y de las oportunidades de negocio que genera, es una obligación de carácter fundamental que se deriva de la interpretación del concepto jurídico indeterminado de su deber de diligencia en las circunstancias actuales en las que se desarrolla la vida empresarial (o, por poner otro ejemplo, también en cuanto al impacto financiero del cambio de las pautas de consumo como consecuencia del apetito del mercado por productos o servicios más sostenibles).

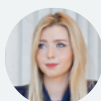
Pero la importancia relativa de incidencia y la forma en la que se identifican los usuarios de esta información requieren de la empresa un tipo de análisis diferente, fundamentalmente porque en este caso el objeto de estudio ya no es el impacto de un fenómeno (su actividad) sobre el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, sino el impacto que dicha actividad tiene en las denominadas partes interesadas y/o usuarios de la información sobre sostenibilidad, conceptos generosamente definidos por las NEIS y que capturan tal cantidad de perspectivas y puntos de vista que resulta francamente ilusorio anticipar que las empresas vayan a ser capaces de satisfacer sus necesidades en el corto plazo.

Con lo que de nuevo deberemos volver a invocar el concepto de la diligencia debida como pauta de conducta que oriente la navegación de las empresas en el empeño de comenzar a construir estados de sostenibilidad significativos desde el punto de vista de la importancia relativa en términos de incidencia y, correlativamente, la defensa (siempre que esté bien construido y gestionado) de exigencias de responsabilidad que podrían proceder de cualquier integrante de la multitud de sujetos a los que la normativa de sostenibilidad promovida por la Unión Europea reconoce un interés legítimo en solicitar a las empresas que proporcionen información fiel sobre las incidencias, riesgos y oportunidades, reales y potenciales, relacionados con la sostenibilidad.

Aprobación de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, de derecho a la vivienda. Estudio sobre su desarrollo procesal, impacto de mercado y limitaciones al contrato de arrendamiento



Aránzazu Barandiarán
Counsel de Pérez-Llorca
INMOBILIARIO



Isabella Hardiman
Abogada de Pérez-Llorca
INMOBILIARIO

| | |
|--|-----------|
| I. Introducción | 76 |
| II. El impacto de la aprobación de la ley de vivienda en el ámbito procesal | 77 |
| 1. El criterio temporal de aplicación | 77 |
| 2. Los nuevos requisitos de procedibilidad | 78 |
| III. Limitaciones a los contratos de arrendamiento | 83 |
| 1. Límites a los incrementos y las actualizaciones de las rentas | 84 |
| 2. Prohibición de repercutir gastos o cuotas | 86 |
| IV. Impacto en el mercado de la ley de vivienda | 87 |
| 1. Las nuevas obligaciones de los propietarios | 87 |
| 2. El mercado del alquiler | 88 |
| 3. Nuevo Decreto ley en materia de vivienda en Cataluña | 90 |
| 4. La inversión extranjera | 91 |
| V. Recursos de inconstitucionalidad pendientes de resolución | 92 |
| VI. Conclusiones | 93 |



Fecha de recepción
22 de abril de 2024



Fecha de aceptación
7 de mayo de 2024



Resumen: El objetivo principal de la ley de vivienda, que entró en vigor en mayo de 2023 en España, es fortalecer el aspecto social de la vivienda, aumentando la oferta de alquiler, promoviendo la vivienda pública y protegiendo a grupos vulnerables. Esta regulación se inspira en regulaciones previas, especialmente en Cataluña, que ha implementado medidas para limitar el alquiler en municipios como Barcelona. Dicha ley ha recibido críticas tanto por no abordar la problemática de escasez de vivienda como por el efecto de provocar aumentos de precios y reducción de la oferta de alquiler que puede conllevar. Además de Cataluña, algunas administraciones consideran aplicar limitaciones similares. El texto examina cambios procesales significativos y sus implicaciones en el mercado y en los contratos de arrendamiento. Aunque aún no se percibe un impacto sustancial en el mercado, hay un desplazamiento hacia alternativas de alquiler de corta duración. Asimismo, la falta de claridad en ciertos preceptos legales ha generado interpretaciones dispares y retrasos en los procedimientos. En resumen, la ley de vivienda busca priorizar la función social de la vivienda sobre su valor como inversión, aunque su impacto y legalidad aún están en debate.

Abstract: The main objective of implementing the housing law, which came into force in May 2023 in Spain, is to strengthen the social aspect of housing, increase rental supply, promote public housing and protect vulnerable groups. This regulation is inspired by previous regulations, especially in Catalonia, which has implemented measures to limit renting in municipalities such as Barcelona. This law has been criticised both for failing to address the problem of housing shortages and for the effect of price increases and reduced rental supply that it may have. In addition to Catalonia, some administrations are considering applying similar limitations. The text examines significant procedural changes and their implications for the market and rental contracts. Although a substantial impact on the market has yet to be perceived, there is a shift towards short-term rental alternatives. Also, the lack of clarity in certain legal precepts has led to disparate interpretations and procedural delays. In summary, the housing law seeks to prioritise the social function of housing over its value as an investment, although its impact and legality are still under debate.



Palabras clave: Vivienda; vulnerabilidad; gran tenedor; zonas tensionadas; arrendamiento; propietario; derecho de la propiedad; constitucionalidad; Cataluña.

Key words: Housing; vulnerability; large tenure; stressed areas; tenancy; landlord; property law; constitutionality; Catalonia.

Aprobación de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, de Derecho a la Vivienda. Estudio sobre su desarrollo procesal, impacto de mercado y limitaciones al contrato de arrendamiento

I. Introducción

Como parte de las reformas contempladas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el pasado 25 de mayo de 2023 entró en vigor la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (la "**Ley de Vivienda**"), con excepción de la disposición final segunda, que contiene una serie de medidas fiscales aplicables al IRPF, las cuales entraron en vigor el 1 de enero de 2024.

El objetivo, en líneas generales, es reforzar el fin social de la vivienda a través del aumento de la oferta de viviendas en alquiler, la promoción de la vivienda pública y una mayor protección de los colectivos vulnerables, consolidando de forma permanente las medidas contenidas en los distintos bloques regulatorios que, con carácter excepcional, venían prorrogándose como consecuencia de la concatenación de distintas circunstancias económicas y sociales (desempleo, Covid-19, conflictos bélicos, inflación, etc.).

En su regulación, el legislador estatal sigue la estela marcada por la comunidad autónoma de Cataluña en la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la crisis en el sector de la vivienda¹, siendo Cataluña la única comunidad autónoma que ha implementado medidas para la limitación al alquiler en 140 municipios tensionados, en los que reside más del 80% de su población (estos municipios incluyen las 4 capitales de provincia y la práctica totalidad del área metropolitana de Barcelona).

Por su parte y en el ámbito procesal, los tribunales de Barcelona han sido los primeros en emitir criterios orientadores para la aplicación de los nuevos requisitos procesales introducidos por la norma, los cuales se analizarán más adelante.

Pese a generar inicialmente un amplio rechazo por las alertas sobre el posible incremento de precios, la posible reducción del mercado de la vivienda en alquiler a largo plazo y, en definitiva, por la falta de mecanismos eficaces propuestos por la Ley de Vivienda para incidir en un necesario aumento de la oferta enfocada a rentas medias-bajas, cada vez son más las Administraciones² que están valorando aplicar limitaciones al mercado del alquiler en sus respectivos territorios, pese a no haber planteado por el momento ninguna solicitud formal.

1 Aprobada a raíz de la anulación parcial de la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda (la "**Ley de Vivienda de Cataluña**") por el Pleno del Tribunal Constitucional.

2 En **Asturias**, el estudio elaborado por el observatorio 'REGIOlab' de la Universidad de Oviedo ha establecido que, al menos, 13 de los 78 concejos asturianos pueden ser zonas tensionadas por el elevado precio de la vivienda, pero no existe propuesta formal al Principado, <https://www.infobae.com/espana/2024/03/17/asi-regulara-asturias-el-alquiler-a-partir-de-ahora/>.

El **Gobierno de Navarra** ha avanzado su intención de modificar la Ley Foral 10/2010 del Derecho a la Vivienda para adecuarla a la Ley de Vivienda estatal. Por su parte, el Observatorio de la Vivienda del **País Vasco**, <https://www.euskadi.com>.

En el presente estudio, abordamos algunos de los cambios más significativos que se han introducido en el ámbito procesal, así como algunas de las implicaciones más relevantes para el mercado y los contratos de arrendamiento.

II. El impacto de la aprobación de la ley de vivienda en el ámbito procesal

Sin perjuicio del todavía incierto impacto en el mercado, las consecuencias más inmediatas de la aprobación de la Ley de Vivienda se han visto en el ámbito procesal, dado que la introducción de los nuevos requisitos de procedibilidad ha generado dudas y confusiones, debido principalmente a la falta de claridad en las normas y a cómo estas interactúan con los órganos administrativos, provocando retrasos en la presentación y admisión de demandas.

De entre todos los preceptos modificados por la Ley de Vivienda, los de mayor calado e incidencia procesal fueron (i) las disposiciones reguladoras del contenido y requisitos formales de las demandas de los ordinales 1º, 2º, 4º y 7º del artículo 250.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (la "LEC") establecido en los artículos 439.6 y 7 LEC y (ii) las normas aplicables a los presupuestos procesales que debe cumplir la demanda de ejecución hipotecaria prevista en el artículo 685.2 LEC.

De esta forma, la reforma amplió los requisitos formales que imperativamente deben reunir para su admisión las demandas de juicio declarativo (algunos de carácter sumario)³ y de ejecución hipotecaria, así como la petición de vía de apremio en el resto de las ejecuciones con traba de inmuebles, con exigencias pre-procesales muy similares asociadas a las nociones de vivienda habitual, vulnerabilidad y expediente de conciliación o intermediación.

Así, en los escritos de demanda, los grandes tenedores⁴ deberán indicar (i) si el inmueble objeto del procedimiento constituye vivienda habitual de la persona ocupante, (ii) si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora y (iii) si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica, solicitando los correspondientes informes de vulnerabilidad y, en su caso, el inicio de procesos de mediación⁵ con anterioridad.

1. El criterio temporal de aplicación

Las normas procesales derivadas de la disposición final quinta de la Ley de Vivienda, por las que se reforma la LEC⁶, fueron aplicables desde el mismo día de su entrada en vigor a los

eus/informe-sobre-zonas-tensionadas-en-euskadi/x39-ovad01/es/. ha realizado un estudio de los municipios que podrían ser susceptibles de limitación de precios de alquiler, la **Comunidad Autónoma de Galicia** se ha sumado a regular el organismo y el procedimiento para la declaración de zonas de mercado residencial tensionado, pese a las discrepancias surgidas a respecto en el IGVS y los distintos municipios, <https://www.economiadigital.es/galicia/politica/zonas-tensionadas-alquiler-galicia.html>, y en **Canarias** se ha anunciado la preparación de un protocolo para que los ayuntamientos puedan solicitar la declaración de zona tensionada, <https://www.gomeranoticias.com/2024/04/08/canarias-prepara-un-protocolo-para-que-los-ayuntamientos-soliciten-las-zonas-tensionadas/>.

3 El ámbito objetivo de la reforma incluye la totalidad de juicios de naturaleza posesoria (desahucio y reclamación de rentas o expiración del plazo, precario, posesorio sumario, recuperación de la vivienda ocupada ilegalmente y efectividad de derechos reales inscritos).

4 Aquellos que no lo sean deberán acreditar únicamente que no ostentan tal condición.

5 En Cataluña, la Agència de l'Habitatge de Catalunya (AHC) es la responsable de estos procedimientos. En el municipio de Barcelona, el Institut Municipal d'Habitatge Barcelona (IMHAB) está coordinándose con la AHC para desarrollar estas funciones, debido a las competencias otorgadas por la Carta Municipal de Barcelona.

6 Los preceptos de la LEC modificados por la Ley de Vivienda son los siguientes: 150.4, 440.5, 441.1 bis, 441.5, 539.4 y 5, 675,

procedimientos que se encontraban en trámite en esa fecha, lo que necesariamente implicó la revisión de los criterios aplicables a las nuevas demandas pendientes de interposición y admisión, así como de las subastas pendientes de inicio.

El aspecto temporal de aplicación de los nuevos criterios fue una de las primeras cuestiones respecto de las que la Ley de Vivienda planteó dificultades, y ha sido objeto de interpretación, entre otros, por los criterios orientadores de los juzgados de primera instancia de Barcelona sobre la aplicación de la nueva Ley de Vivienda de fecha 29 de junio de 2023⁷ (los “**Criterios Orientadores**”).

Hasta la fecha, no se han publicado nuevos criterios de aplicación distintos de los anteriores pero, en la medida en que su interpretación del criterio temporal de aplicación coincide con el principio de irretroactividad del artículo 2 LEC⁸, existe un consenso generalizado respecto de los siguientes presupuestos:

- a) los requisitos de procedibilidad previstos en los apartados 6 y 7 del artículo 439 LEC no aplican a las demandas que se hubieran presentado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Vivienda, con independencia de que se hubiera procedido a su admisión con posterioridad;
- b) las demandas admitidas a trámite a partir del 26 de mayo de 2023 sí quedarían sujetas a la Ley de Vivienda desde el momento de su admisión, en especial en cuanto a la comunicación de oficio a los servicios sociales y la apertura de un trámite incidental sobre suspensión del procedimiento (artículo 441.5 LEC, apartados 5, 6 y 7);
- c) en los procedimientos ya en tramitación cuando entró en vigor la Ley de Vivienda, no procede abrir el trámite incidental de suspensión de procedimiento por vulnerabilidad, aunque alguna parte lo solicite (sin perjuicio de que sí tenga lugar cuando haya que ejecutar la sentencia o el decreto de finalización del procedimiento de desahucio, conforme al artículo 549.4 LEC).

2. Los nuevos requisitos de procedibilidad

2.1. La noción de vivienda habitual

En primer lugar, cabe señalar que la nueva legislación perpetúa las dudas sobre el concepto de vivienda habitual que, hasta la fecha, adolece de una falta de definición precisa en nuestra jurisprudencia mayor y menor, y no establece unas pautas claras que guíen la función calificadora del Letrado de la Administración de Justicia⁹, dado que además se trata de un estatus que no es estático y puede variar a lo largo del procedimiento.

685.2 y 704, además de añadirse los apartados 6 y 7 en el artículo 439, el apartado 6 en el artículo 441 y el artículo 655 bis.

7 Consejo del Poder Judicial, “Los juzgados de Primera Instancia de Barcelona establecen criterios en la aplicación de las recientes normas procesales en materia de vivienda.”, 24 Julio 2023, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/En-Portada/Los-juzgados-de-Primera-Instancia-de-Barcelona-establecen-criterios-en-la-aplicacion-de-las-recientes-normas-procesales-en-materia-de-vivienda>.

8 “Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas”.

9 Respecto de esta cuestión, cabe destacar el análisis efectuado por el Letrado de la Administración de Justicia, DON ADRIÁN GÓMEZ LINACERO, “Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda en clave procesal”, Diario LA LEY, nº 10386, Sección Tribuna, 13 de noviembre de 2023.

Sí parece más claro (aunque el tenor literal del artículo 685.2 LEC tampoco establezca nada al respecto) que el activo o activos en cuestión debe, cuanto menos, tener carácter residencial, por lo que, en los procedimientos de ejecución hipotecaria, no se debería exigir el cumplimiento de los presupuestos procesales establecidos si el inmueble hipotecado no tiene tal condición.

En todo caso, la indicación de si la vivienda objeto del procedimiento es o no habitual se configura como una mera manifestación por parte del demandante en la demanda, cuyo cumplimiento, entendemos, es formal y sólo se justifica en facilitar al tribunal información sobre la situación y ocupación del inmueble¹⁰, de cara a tener que valorar posteriormente cualquier posible medida de protección de eventuales ocupantes.

2.2. La condición de gran tenedor de la parte demandante

La Ley de Vivienda introdujo el concepto de gran tenedor basándose en un criterio puramente cuantitativo. Se considera gran tenedor a aquella persona jurídica o física que sea titular de más de diez inmuebles ubicados en territorio nacional o de una superficie superior a 1.500 m² destinados a uso residencial (el "**Gran Tenedor**"), dejando abierta la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan posteriormente incorporar "criterios adicionales acordes a la realidad y características de la zona o atendiendo a la normativa específica de la Administración competente en materia de vivienda".

Por el momento, los Criterios Orientadores, apuntan a las siguientes precisiones adicionales a tener en cuenta para determinar si una parte demandante ostenta o no la condición de Gran Tenedor:

- i) entre las titularidades que computan se incluyen derechos reales que otorgan el uso y disfrute del inmueble o permiten actos de administración ordinaria, como el usufructo (que se entienden equiparables a la propiedad a estos efectos);
- ii) en titularidades compartidas, considera propietario a quien posea una parte alícuota superior al 50%;
- iii) para llegar a los 1.500 m² de uso residencial, se suman las cuotas de participación en todas las fincas, siguiendo el criterio del artículo 5.9.d) de la Ley de Vivienda de Cataluña;
- iv) se tienen en cuenta las fincas inscritas que puedan destinarse a uso residencial, aunque estén físicamente divididas. Un edificio con varias viviendas y/o locales cuenta como un único inmueble si parte del mismo puede usarse como vivienda;

10 El régimen jurídico de la admisión de la demanda declarativa para la recuperación posesoria en la Ley de Vivienda, Álvaro Perea González, Letrado de la Administración de Justicia Práctica de Tribunales, Nº 163, Sección Estudios, Julio-Agosto 2023, "A nuestro juicio, la intención de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, con este requisito procesal es poder anticipar el régimen jurídico de protección al vulnerable, de tal modo que se reclama una conducta activa del demandante, quien, con su colaboración calificadoria al tiempo de presentación de la demanda, ofrece certeza al tribunal sobre cuál es la situación del inmueble y, sobre todo, de los ocupantes del mismo. Advertencia formalista, sí, que, no obstante, como decimos, conduce al órgano judicial a una toma de conocimiento preliminar que, más tarde, permitirá articular una protección garantista del vulnerable si fuese tal."

- v) para ser Gran Tenedor, se computan la totalidad de los inmuebles en territorio nacional. En entornos de mercado residencial tensionado, sólo se computan los inmuebles ubicados en esa área.

De igual forma, determinadas entidades de Derecho público como la Agència de l'Habitatge de Catalunya y el Institut Català del Sòl que, inicialmente, se consideraron Grandes Tenedores, han sido finalmente excluidas como tales por la Audiencia Provincial de Barcelona¹¹, dado que en la legislación catalana el concepto de "gran tenedor" excluye a los promotores sociales a los que se refieren las letras a y b del artículo 51.2 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, conforme establece el artículo 5.9, apartado b), de la Ley 24/2015, de 29 de julio.

Por otro lado y asimismo en el plano procesal, cabe destacar que, durante varios meses tras la entrada en vigor de la Ley de Vivienda, la aportación del certificado requerido por el artículo 685.2 LEC no ha estado exenta de dificultades, ya que por parte de los Registros de la Propiedad no existía la posibilidad de obtener el referido certificado y los denominados "índices de titularidades" no distinguían entre la propiedad de la fincas y los derechos reales sobre las mismas (v.g., se mostraban indistintamente, para una misma sociedad, el número total de fincas inscritas a su nombre y las que se encontraban hipotecadas a su favor).

En la actualidad, el Colegio de Registradores ha habilitado un certificado específico que puede solicitarse a través de su página de registro online denominado "Certificación de localización de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda".

Con la aportación de la mencionada certificación, se acredita específicamente conforme a los requisitos de la nueva Ley de Vivienda el número de fincas (o la inexistencia de ellas) a los efectos de acreditar si se es o no Gran Tenedor, lo que ha resultado un avance para poder dar cumplimiento a los requisitos de la Ley de Vivienda para la interposición de las demandas.

2.3. El estudio de vulnerabilidad y la declaración responsable del Gran Tenedor

Según lo establecido en la Ley de Vivienda, la Administración es la encargada de recabar los datos para determinar la vulnerabilidad, y si el ocupante se niega a colaborar, la Administración certifica que no se ha podido realizar el correspondiente estudio (artículo 439.6 LEC). Para que esta declaración sea efectiva, debe presentarse en el juzgado dentro de los cinco meses siguientes a la solicitud inicial ante la Administración (los plazos de dos y cinco meses operan de forma acumulativa, no independiente)¹².

Ahora bien, tras la entrada en vigor de la Ley de Vivienda, surgieron dudas sobre la Administración competente para realizar el correspondiente estudio dado que, al no existir legislación y normativa autonómica de desarrollo, los solicitantes, los juzgados y las propias Administraciones se enfrentaron.

Ello dio lugar a resoluciones muy dispares entre los juzgados que oficiaron, en muchos casos, a los servicios sociales correspondientes y a los distintos organismos

11 Acuerdos Unificación Criterios de las Secciones Civiles De La Audiencia Provincial De Barcelona de 9 de febrero de 2024.

12 Disposición transitoria tercera de la Ley de Vivienda, y de los arts. 439.6, 439.7, 655bis.1, 655bis.2 y 685.2 LEC.

municipales o autonómicos responsables de vivienda que por su parte declinaban tener atribuidas competencias sobre la materia y remitían al propio Ministerio de la Vivienda.

En la actualidad, dicha falta de consenso inicial que dio lugar en un primer momento a cierta actividad en materia de resoluciones en respuesta a los cambios introducidos por la norma, parece haber evolucionado durante los últimos meses (a nuestro juicio, de forma inevitable y bastante previsible) hacia una posición mayoritaria de silencio administrativo ante las solicitudes de los Grandes Tenedores, adquiriendo mayor relevancia la declaración responsable que se presente.

Si bien es cierto que es todavía prematuro concluir, de forma tajante, que la declaración responsable se convertirá en norma, lo cierto es que su presentación, junto con la demanda, debería ser suficiente para que los juzgados admitan a trámite las demandas.

Por otra parte, entre las propuestas de carácter práctico para tratar de agilizar los trámites previos a la presentación de la demanda y minimizar las dificultades en el trámite de admisión, se ha analizado en asuntos en los que hemos intervenido, la posible presentación de la solicitud conjunta a la Administración de declaración de vulnerabilidad y, en caso afirmativo, de iniciación de un procedimiento de mediación o conciliación. También se ha propuesto incluir en la notificación de vencimiento de la hipoteca una autorización para evaluar la vulnerabilidad económica del deudor.

2.4. La vulnerabilidad económica

El artículo 441.5 LEC anterior a la reforma introducida por la Ley de Vivienda no establecía criterios objetivos para determinar la vulnerabilidad, si bien esta circunstancia ha ido cobrando relevancia en los procedimientos posesorios y de ejecución hipotecaria conforme la legislación incrementaba progresivamente la protección de los colectivos vulnerables.

Tras la reforma, el artículo 441.7 LEC introduce criterios basados en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19 (el "**RDL 11/2020**") para calificar la vulnerabilidad, aunque limitados a los juicios de desahucio por falta de pago. Estos criterios son orientativos, por lo que su aplicación no es automática, y el juez deberá valorar cada caso de manera ponderada y proporcional.

En todo caso y nuevamente de cara a plantear propuestas prácticas que agilicen el curso del procedimiento, compartimos la opinión de quienes consideran¹³ que es aconsejable la inclusión (mediante otrosí) de la petición en la demanda de que, por la vía del artículo 441.5. 4º LEC, se requiera por el juez tras la admisión a la Administración competente para que localice una vivienda en el caso de vulnerabilidad del demandado para el realojo, siendo ese plazo improrrogable de diez días, advirtiéndolo en el oficio del juez que transcurrido el plazo el procedimiento seguirá su curso sin mayores suspensiones ni posibilidad de paralizar el lanzamiento por la circunstancia de que la Administración no le haya encontrado al demandado lugar para el realojo.

13 Incluida en el artículo del Magistrado del Tribunal Supremo VICENTE MAGRO SERVET DIARIO "Cláusulas preventivas en contratos de arrendamiento elevados a escritura pública tras la Ley de Vivienda 12/2023, de 24 de mayo", LA LEY, Nº 10312, Sección Doctrina, 21 de junio de 2023, LA LEY (LA LEY 5450/2023).

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar en relación con el uso del concepto de vulnerabilidad una circunstancia ciertamente llamativa, y es que en el supuesto del demandante que no tenga la condición de Gran Tenedor, se ha dejado fuera de toda regulación la posibilidad de que se invoque su propia situación de vulnerabilidad, tal y como permitía el artículo 1.2 RDL 11/2020, ante una petición de suspensión del arrendatario por vulnerabilidad del proceso de desahucio arrendaticio por falta de pago, o expiración del plazo, facultando al juez para decidir cuál de ambas vulnerabilidades merece mayor protección¹⁴.

Cabe señalar que la Ley de Vivienda parece desconocer la amplísima realidad de muchos arrendadores¹⁵, especialmente numerosos en el mercado español como consecuencia de una arraigada cultura de inversión en activos inmobiliarios, para los que la circunstancia de dejar de obtener una renta por parte de un inquilino moroso puede generar un grave perjuicio para la economía personal o familiar.

Aunque la disposición final quinta parece aludir a este extremo al señalar que “7. El tribunal tomará la decisión previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora”, no hay ningún contenido adicional al respecto que permita definir, acreditar y valorar por el tribunal dicha circunstancia, lo cual, entendemos, debería ser objeto de revisión en un futuro.

2.5. Medidas de protección frente a los desahucios

Finalmente, aunque no por ello de menor importancia, la reforma introdujo determinadas modificaciones en la regulación de los procesos de desahucio y lanzamientos en supuestos de vulnerabilidad, ampliando los plazos de suspensión que ya fueron introducidos por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo (artículo 3.3 apartado 5) y consolidando la protección arrendatarios u otros ocupantes que venía prorrogándose, de manera extraordinaria, a través de sucesivos decretos-leyes, con justificación en las crisis económicas generadas por la pandemia y después por la guerra de Ucrania, desde el ya mencionado RDL 11/2020.

Así, el artículo 150.4 LEC establece que el Letrado de la Administración de justicia debe comunicar la fecha de un lanzamiento a los servicios sociales, si bien cabe precisar que esta comunicación es meramente informativa y no implica la necesidad de esperar una respuesta de la Administración ni de iniciar de oficio el incidente de vulnerabilidad del artículo 441.5 LEC.

Frente a ello, la práctica nos confirma que algunos juzgados inician el incidente de vulnerabilidad tras la comunicación a los servicios sociales.

Cabe objetar que, ante dicha disyuntiva, esta práctica no está respaldada por la ley dado que las causas de suspensión de los lanzamientos están tasadas en la Ley 1/2013,

14 De dicha omisión se hace eco asimismo el Letrado de la Administración de Justicia, Don Adrián Gómez Linacero, en su artículo “Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda en clave procesal”, Diario LA LEY nº 10386, Sección Tribuna, 13 de noviembre de 2023.

15 MANUELA ANDREA RODRÍGUEZ MORÁN, “¿Protege la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda al arrendador que no es gran tenedor?” (1), *LA LEY Derecho de familia*, Nº 41, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2024, LA LEY, ISBN-ISSN: LA LEY 3828/2024.

de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social para las ejecuciones hipotecarias, en el RDL 11/2020 para ciertos casos del artículo 250.1 LEC y en el artículo 704 LEC, que permite prorrogar el lanzamiento en caso de vivienda habitual.

No existen actualmente disposiciones legales que impongan la suspensión o paralización del desalojo por la presencia de menores o personas con discapacidad. En particular, el artículo 704.1 LEC establece la posibilidad de prorrogar el lanzamiento por un mes, y excepcionalmente por otro más, cuando el bien objeto de la ejecución sea la vivienda habitual del ejecutado o de quienes dependan de él, regulando asimismo un incidente para decidir sobre la posesión de terceros ocupantes distintos del demandado que se encuentren en la vivienda en el momento del desalojo y remitiéndose al artículo 675 LEC para su tramitación.

Ahora bien, la aplicación del artículo 704.1 LEC al juicio de desahucio arrendaticio por falta de pago o expiración del plazo contractual es controvertida. En este sentido, aunque la cuestión sea compleja y sujeta a interpretación judicial, si la fecha y hora del desalojo se fijan expresamente en el decreto de admisión o en la sentencia condenatoria, y no hay previsión especial para el caso de que la vivienda sea la habitual del demandado, no habría justificación para aplicar la prórroga prevista en el artículo 704 LEC al juicio de desahucio.

III. Limitaciones a los contratos de arrendamiento

La Ley de Vivienda no es, como ya hemos adelantado, novedosa en cuanto a otorgar una mayor protección al arrendatario de la vivienda, y, en este sentido, la previa reforma de la Ley 29/1995, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (la "LAU") por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, ya apuntaba expresamente a la necesidad de un cambio en la regulación de esta materia como consecuencia de la grave situación de vulnerabilidad económica y social en la que se encuentran las familias para afrontar el pago de sus respectivas viviendas.

Ahora bien, sí es la primera en que, como corolario de esa tendencia proteccionista, incide en el principio de libertad de pacto en la fijación de la renta. Principio que, hasta la fecha, se había defendido como una condición necesaria para potenciar la oferta en el sector de los arrendamientos¹⁶, en tanto que pieza básica de la política de vivienda tendente a garantizar el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna.

16 El paso de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobada por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre al posterior Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica y, finalmente, la actual LAU se justificó en la necesidad de potenciar e incrementar la oferta del mercado de alquiler, señalándose en la Exposición de Motivos de esta última que "El régimen de rentas se construye en torno al principio de la libertad de pactos entre las partes para la determinación de la renta inicial tanto para los contratos nuevos como para aquellos que se mantengan con arrendatarios ya establecidos. Esto asegurará, cuando ello sea preciso, que las rentas de los contratos permitan reflejar la realidad del mercado, si esta realidad no hubiera podido trasladarse a la renta por la vía de las actualizaciones previstas."

1. Límites a los incrementos y las actualizaciones de las rentas

Una de las cuestiones objeto de la nueva Ley de Vivienda que mayor controversia ha suscitado es la imposición de límites a la actualización e incremento de las rentas del contrato de arrendamiento.

Por un lado, hemos de señalar que las medidas de contención de precios introducidas por la Ley de Vivienda no se aplican a las viviendas que no están situadas en zonas tensionadas, para las que el índice de referencia publicado por el Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana (el "**Índice de Referencia**") sólo tendrá carácter meramente informativo. Ello, sin perjuicio de que, según lo establecido en la disposición final sexta del referido texto legal, sí les aplique la limitación en la actualización de renta, que para el 2024 se ha fijado en un 3%. A partir del 1 de enero de 2025, las actualizaciones se regirán por un nuevo sistema de índices de precios que el Instituto Nacional de Estadística (el "**INE**") tiene el mandato de elaborar antes del 31 de diciembre de 2024 y que, en todo caso, debe ser inferior al Índice de Precios al Consumidor (el "**IPC**"). Esta medida aplicará a viviendas destinadas a alquiler en todo el territorio español.

Además, respecto de viviendas situadas en zonas declaradas como tensionadas:

- a) las restricciones en los incrementos de renta sí establecen límites máximos a los aumentos de alquiler, los cuales se calculan en función del Índice de Referencia¹⁷, en el que nos centraremos a continuación, de forma que no se podrá vincular la actualización de la renta al IPC;
- b) los costes asociados al alquiler sí podrán estar indexados al IPC;
- c) los límites se aplicarán a nuevos contratos de alquiler sobre propiedades de Grandes Tenedores y a todos los nuevos contratos de alquiler sobre viviendas que no hayan estado alquiladas en los últimos cinco años;
- d) la renta de un nuevo contrato de alquiler de un propietario que no tenga la condición de Gran Tenedor no puede exceder la renta del contrato anterior, con la posibilidad únicamente de un aumento del 3% por la actualización del alquiler durante 2024. En este caso, el propietario puede mantener el precio incluso si supera el máximo indicado por el Índice de Referencia.

Respecto de aquellos contratos en vigor en viviendas de Grandes Tenedores que se sitúen en zonas declaradas como tensionadas (como es el caso de los municipios de Cataluña ya señalados) y superen el límite establecido en el Índice de Referencia aprobado, es necesario señalar que no existe obligación de rebajar la renta actualmente en vigor para adecuarla al Índice de Referencia, si bien el arrendador no podrá incrementar la renta mientras el correspondiente Índice de Referencia no se actualice y no exista margen para una subida.

Asimismo, es importante tener en cuenta que los contratos sujetos a la LAU y suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Vivienda, seguirán estando regulados por el marco legal aplicable a la fecha en que se suscribieron, aunque las partes tienen la opción de ajustar

¹⁷ Dicho índice podrá variar según los aspectos del piso: tiene en cuenta la superficie de la vivienda, certificación energética, año de construcción, estado de conservación, ascensor, aparcamiento, amueblado, altura, zona comunitaria, piscina, gimnasio, equipamiento análogo, conserjería, vistas especiales.

voluntariamente su contenido para adaptarlo a las disposiciones de la Ley de Vivienda, tal y como estipula su disposición transitoria cuarta.

El Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana publicó con fecha 27 de febrero de 2024 el Índice de Referencia¹⁸ que permite limitar el precio de los alquileres, basado en:

- los datos del año 2021 (deflactados a 2020) del Sistema Estatal de Referencia del Precio del Alquiler de Vivienda (que provienen de las declaraciones de arrendamientos de vivienda habitual a efectos del IRPF);
- los datos de 2020 de la Encuesta de Presupuestos Familiares (elaborada por el INE);
- el índice de Precios de la Vivienda de Alquiler (elaborado a nivel europeo); y
- el IPC (variación acumulada entre los años 2016 y 2020 en municipios de más de 10.000 habitantes).

En las zonas donde el mercado de la vivienda está bajo presión, tal y como determina la Ley de Vivienda, el precio más alto de la lista fija la renta máxima permitida para los nuevos contratos de alquiler firmados por los Grandes Tenedores. Esto también se aplica a los nuevos contratos de alquiler de viviendas en esas zonas tensionadas que no se hayan alquilado en los últimos cinco años.

Para conocer el Índice de Referencia aplicable hay que acceder a la página web del Ministerio de Vivienda e introducir la dirección o la referencia catastral de la residencia para precisar la sección censal a la que pertenece.

A continuación, los usuarios deben especificar las características de la vivienda y los datos del contrato de alquiler¹⁹. Se tiene en cuenta aspectos como la letra de certificación energética, el año de construcción, el estado de conservación, la altura de la vivienda, si tiene ascensor, si tiene aparcamiento, si está amueblado, si dispone de servicio de consejería, si disfruta de vistas especiales, si hay zonas comunitarias como jardín, azotea o salas comunes, piscina u otros servicios similares deportivos o de ocio, de seguridad o similares.

El Sistema Estatal de Referencia de Precios de Alquiler de Viviendas ofrece una horquilla de precios de alquiler adaptados a la ubicación, el tamaño y otros atributos de las viviendas con más de cinco años de antigüedad. Estas viviendas deben tener una superficie construida que oscile entre un mínimo de 30 m² y un máximo de 150 m².

El sistema proporciona un precio mínimo y un precio máximo que sirve como punto de referencia u orientación para establecer la renta en los contratos de arrendamiento de vivienda nueva.

Sin embargo, en las zonas declaradas tensionadas en virtud de la Ley de Vivienda, como Cataluña, el valor más alto dentro de este rango será la renta máxima admisible en los nuevos contratos de arrendamiento de vivienda para los inquilinos. Esto también se aplica a todos los

18 MINISTERIO DE VIVIENDA Y AGENDA URBANA, "Sistema Estatal de Referencia de Precios de Alquiler de Vivienda, 19.04.2024, <https://serpavi.mivau.gob.es/>.

19 Metodología y sistema estatal de referencia del precio de Vivienda del Alquiler de Vivienda.

nuevos contratos de alquiler de viviendas en estas zonas tensionadas que no hayan sido arrendadas en los últimos cinco años.

En este sentido, la Ley de Vivienda de Cataluña pretendía aplicar medidas urgentes de control de la renta en los contratos de alquiler de viviendas, con excepción de los contratos de arrendamiento de viviendas de nueva construcción o sometidas a rehabilitación. Sin embargo, estas excepciones no están previstas en la nueva Ley de Vivienda, de igual forma que la Ley de Vivienda no se pronuncia sobre la exclusión de las viviendas inferiores a 30 m² y superiores 150 m², a las cuales no les es aplicable el Índice de Referencia.

Por el momento, no parece claro cuál debe ser el efecto de que estas viviendas hayan quedado fuera del Índice de Referencia, aunque, en nuestra opinión, sólo cabe entender que, a falta de normativa de desarrollo por las autoridades catalanas, no les son aplicables las restricciones relativas al control de precios.

En todo caso, asumiendo que el Índice de Referencia se actualizará cada tres años, a partir de 2027, las viviendas construidas entre 2020 y 2023 pasarían a estar bajo el ámbito de aplicación del mismo y los nuevos contratos de arrendamiento estarían sujetos a las limitaciones señaladas en cuanto a la fijación de la renta.

2. Prohibición de repercutir gastos o cuotas

En cuanto a la imputación de gastos, la Ley de Vivienda, que modifica el artículo 17.6 LAU, especifica que en los contratos de alquiler de viviendas situadas en zonas tensionadas estará prohibido transferir cargas o gastos que no hayan formado parte del contrato de alquiler de vivienda más reciente en los últimos cinco años.

En relación con los gastos generales y los servicios individuales la Ley de Vivienda mantiene esencialmente inalterado el artículo 20 LAU, con la única intención de aclarar que los gastos de gestión de la propiedad y de formalización del contrato corren a cargo del arrendador, independientemente de que sea una persona física o jurídica (antes solo ocurría esto cuando era una persona jurídica). En este sentido, el régimen de imputación de gastos para los contratos de alquiler de viviendas establecido tras la promulgación de la Ley de Vivienda puede resumirse como sigue:

- a)** Para las viviendas situadas en zonas tensionadas: si en los últimos cinco años estuvo en vigor un contrato de arrendamiento de vivienda, sólo es posible acordar la imputación de gastos si ello estaba previsto en el contrato de arrendamiento anterior. Si la vivienda no ha estado arrendada en los últimos cinco años, se permite negociar libremente la imputación de gastos (siempre que se cumplan los requisitos del artículo 20 LAU).
- b)** Para las viviendas situadas en zonas no designadas como tensionadas: se permite la libre imputación de gastos, pero también sujeto a los requisitos señalados en el artículo 20 LAU.

IV. Impacto en el mercado de la ley de vivienda

1. Las nuevas obligaciones de los propietarios

Desde el punto de vista constitucional, la regulación del derecho a la propiedad privada se establece en el artículo 33 de la Constitución Española (la “CE”), que contempla su función social, y prevé que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Por su parte el derecho a la vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE), que no a una vivienda, como derecho subjetivo, impone a los poderes públicos el deber de promover dicho derecho regulando la utilización del suelo para evitar la especulación.

La Ley de Vivienda refuerza la consideración jurídica de la vivienda como “servicio social de interés general” obligando al legislador a transformar el derecho de propiedad, cuando el bien sobre el que recae es una vivienda, en una tenencia tutelada por la Administración y con especial consideración de determinados colectivos vulnerables.

Así, el derecho a la propiedad y a la vivienda interactúan en la nueva ley, como señaló el CGPJ²⁰ en su informe “administrativizando” los derechos y deberes del propietario para imponer:

- El deber de dar un uso habitacional a la vivienda y de que la misma esté habitada, señalando que las comunidades autónomas podrán informar sobre viviendas habitadas como residencia habitual, e identificar los inmuebles deshabitados o vacíos para sancionarlos a través de un recargo tributario²¹.
- El mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda en los términos de la ley, de la legislación de ordenación territorial, urbanística y de vivienda.
- La obligación de evitar la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos.
- La obligación de facilitar una información mínima precontractual en operaciones de venta o arrendamiento al adquirente o arrendatario como consumidor final.
- La obligación de destinar determinados porcentajes de nueva edificabilidad residencial a vivienda de protección oficial.

20 Informe sobre el anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda de 27 de enero de 2022: “Es innegable que la atención a la dimensión social de la vivienda y la delimitación de la función social de la propiedad requieren de normas administrativas que traten de solventar o, al menos atenuar, los problemas de acceso y disfrute de la vivienda que se agudizan en determinados momentos. Ahora bien, esa regulación ha de articularse debidamente con el derecho codificado y, además, las normas de intervención de carácter excepcional y coyuntural no pueden desplazar a las generales y ordinarias con vocación de permanencia tal y como el anteproyecto hace.”, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-por-el-derecho-a-la-vivienda>.

21 Sin embargo, es necesario señalar que el destino al uso habitacional de un inmueble en el mercado libre fue motivo de declaración de inconstitucionalidad en la Sentencia 93/2015 del Tribunal Constitucional, de 14 de mayo, ya que el Tribunal consideró que el legislador olvida el doble contenido que puede tener la vivienda: servir de ejercicio de los derechos fundamentales y constituir un activo patrimonial.

Lo anterior, a nuestro juicio, implica que habrá propietarios de viviendas que opten por la venta de sus inmuebles o por diversificar el destino de sus ahorros o inversiones hacia sectores que ofrezcan rentabilidades más altas, perdiendo el inmobiliario relevancia como “valor refugio”, ya sea porque así lo decidan o porque no puedan afrontar mayores deberes y obligaciones, que se traducen en mayores gastos.

De igual forma, y en el caso de los promotores o empresas inmobiliarias, la obligación de destinar parte de las nuevas promociones a vivienda de protección oficial hará imposible o, cuando menos, de difícil ejecución muchos de sus proyectos, reduciendo la oferta residencial.

2. El mercado del alquiler

Pese a que, hasta la fecha, no se dispone de datos relevantes que establezcan una vinculación directa entre cambios en la oferta y los precios del mercado del alquiler como resultado de la aprobación de la Ley de Vivienda²², a nuestro juicio, el enfoque de los cambios normativos adoptados puede incidir en dicho mercado según se expone a continuación:

- Preferencia por inquilinos con ingresos elevados: que los propietarios orienten su oferta hacia perfiles de mayor solvencia para mitigar riesgos legales. Es decir, para evitar hacer frente a un procedimiento judicial con mayores obstáculos procesales en caso de impago o no desocupación de la vivienda, aumentando asimismo la oferta en zonas donde haya un mayor incentivo para el arrendamiento al no aplicarse limitaciones a las rentas que se pacten.
- Disminución de la oferta de alquileres a inquilinos con ingresos medio-bajos: esta categoría es, previsiblemente, la más afectada cuando se reduce la oferta en viviendas destinadas al alquiler, al no poder acceder a viviendas en propiedad, y siendo un colectivo frente al cual se imponen mayores trabas procesales a la hora de hacer frente a un impago u obtener la recuperación de la vivienda. El nivel limitado de solvencia financiera reduce su atractivo como potenciales arrendatarios ante los propietarios de viviendas en alquiler.
- Aumento de los precios en los alquileres zonas con declaración de zona tensionada: desde 2020 ya se aplican en la ciudad de Barcelona limitaciones similares a las descritas en la nueva Ley de Vivienda y, de conformidad con el estudio realizado en el 2023 por Esade²³, está comprobado que el impacto de política de limitación de precios ha dado lugar a una reducción del precio del alquiler de forma desigual. Los alquileres más altos han bajado y, en cambio, los alquileres más asequibles han subido, igualándose siempre al máximo precio permitido en cada zona tensionada.

22 Con todo, de conformidad con los datos publicados por el portal Idealista, los alquileres de larga estancia siguen cayendo en este último año en los principales mercados. El mayor descenso se da en Bilbao (-33%), seguido por Sevilla (-27%), Madrid (-24%), San Sebastián (-22%), Palma (-20%) y Barcelona (-15%). Aun así, dos grandes mercados han visto cómo su oferta crecía ligeramente: Valencia (4%) y Málaga (2%), mientras que en Alicante se ha mantenido estable. Entre el resto de las ciudades, la mayor caída se ha dado en Córdoba (-66%), Oviedo (-46%), Palencia y Ávila (-41% en ambos casos), mientras que las mayores subidas se han producido en Cuenca (35%), Girona (23%), Soria (17%), Almería (15%), Huelva (13%) y Teruel (11%).

23 JOSE GARCIA MONTALVO, JOAN MONRAS, JOSEP MARIA RAYA, “Los efectos de la limitación de precios de los alquileres en Cataluña”, *EsadeEcPol Insight #44 febrero 2023*, “Esta evidencia parece indicar que el problema del alto precio de los alquileres en grandes ciudades es, seguramente, más un problema de falta de oferta dado el incremento de demanda, que de poder de mercado.”

- Incremento del alquiler temporal: esta modalidad de arrendamiento ya había sufrido un importante crecimiento con la llegada de plataformas especializadas pero su atractivo crece²⁴ al convertirse en una categoría a la que no aplican ninguna de las limitaciones de la Ley de Vivienda (ni la LAU), y a la que se recurre por pequeños propietarios como alternativa al alquiler tradicional y restricciones impuestas en determinados municipios al alquiler turístico (cuya regulación no tardará en llegar). De conformidad con el portal Idealista²⁵, en el primer trimestre de 2024 el peso de los alquileres temporales ha alcanzado el 11% del mercado, con un incremento interanual de la oferta del 56%, mientras que la oferta de alquileres permanentes se redujo un 15% en el mismo periodo.
- Incremento del alquiler de habitaciones: nuevamente, esta modalidad de contratación a la que no le aplican las restricciones de la Ley de Vivienda, salvo en Cataluña tras la aplicación del nuevo Decreto ley de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda (el “Decreto-ley”), ha experimentado un importante crecimiento precisamente entre algunos colectivos de ingresos medios-bajos (jóvenes, estudiantes o inmigrantes) como única vía de acceso a viviendas en zonas tensionadas céntricas de las ciudades. En todo caso, la oferta está poco profesionalizada y se apunta ya a la necesidad de regulación de la misma (aunque se apunte a su categorización como arrendamiento de uso distinto del de vivienda) de cara a garantizar -en línea con lo ya mencionado en repetidas ocasiones- la debida protección de los colectivos más vulnerables que se perfilan como potenciales usuarios de este sector²⁶.
- Incremento del alquiler de viviendas turísticas: la intersección entre el incremento del alquiler de viviendas turísticas y la Ley de Vivienda ha generado un debate significativo en el ámbito jurídico y político. Recientemente, el 7 de febrero de 2024, la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia (la “**CNMC**”) anunció que cuestionaba el tope máximo de viviendas turísticas en algunos municipios de Cataluña. El Decreto ley 3/2023, de 7 de noviembre, de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico promulgado por la Generalitat impone un requisito de licencia para la utilización turística de inmuebles residenciales, con el objetivo de salvaguardar el paisaje urbano de los municipios catalanes. La CNMC ha expresado reservas sobre la fundamentación proporcionada por la Generalitat, especialmente en lo que concierne a la necesidad y proporcionalidad de ciertas medidas contempladas. Este escenario plantea interrogantes sobre cómo la regulación turística puede influir en la atracción de opciones para los arrendadores en el mercado de alquiler residencial. La CNMC sostiene que la Generalitat debería haber aportado una justificación más sustancial, en particular en lo que respecta a la necesidad y la proporcionalidad, para determinadas medidas esbozadas (artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado).

En concreto, la CNMC examina el número máximo estipulado de alojamientos turísticos por residente. Los precedentes sentados por el Tribunal Supremo (sentencias 1408/2019 y 1218/2020) indican que tales medidas exigen una minuciosa justificación

24 ¿Cómo invertir con la nueva Ley de Vivienda? Estrategias de inversión, CORE, Gestion de proyecto, <https://coregestion.es/como-invertir-con-la-nueva-ley-de-vivienda-estrategias-de-inversion/>.

25 La oferta de alquiler permanente cae otro 15% mientras se dispara la de temporada un 56%, Idealista, <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2024/04/17/816677-la-oferta-de-alquiler-permanente-cae-otro-15-mientras-se-dispara-la-de-temporada-un>.

26 ¿Cómo invertir con la nueva Ley de Vivienda? Estrategias de inversión, CORE, Gestion de proyecto, <https://coregestion.es/como-invertir-con-la-nueva-ley-de-vivienda-estrategias-de-inversion/>.

en cuanto a proporcionalidad e idoneidad. Además, la medida impugnada no reconoce las características singulares de los municipios en cuestión.

En su análisis sobre los alojamientos turísticos²⁷, la CNMC sugiere un enfoque alternativo, proponiendo la aplicación de un impuesto o gravamen sobre las estancias en alojamientos turísticos. Los ingresos generados podrían destinarse, por ejemplo, a iniciativas que faciliten el acceso a una vivienda permanente.

- Cambios en el mercado hipotecario: la Ley de Vivienda también dejará su marca, posiblemente, en el mercado hipotecario, dado que al incidir de forma relevante en el procedimiento de ejecución hipotecaria, ello puede traducirse en restricciones para la concesión de los préstamos garantizados con viviendas y el endurecimiento de sus condiciones.
- La creación de zonas marginales: el apunte es más urbanístico que vinculado al mercado del alquiler, pero una delimitación de zonas tensionadas basada en el esfuerzo del hogar (los precios del alquiler tienen que superar el 30% de los ingresos) puede derivar en mayores diferencias entre los distintos barrios y municipios, en detrimento de las zonas de rentas más bajas.

3. Nuevo Decreto ley en materia de vivienda en Cataluña

El 25 de abril de 2024 se publicó en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña el mencionado Decreto-ley que introduce innovaciones en los contratos de alquiler de temporada y por habitaciones, así como nuevas exigencias de transparencia en las ofertas y contratos de arrendamiento.

El artículo 5 agrega un nuevo artículo 66 bis a la Ley de Vivienda de Cataluña, que contempla la consideración de arrendamiento de vivienda tanto para la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, como para la satisfacción temporal de la misma necesidad debido a actividades profesionales, laborales, de estudios, atención médica, asistencia, u otras similares.

Es importante señalar que este Decreto ley no abarca aquellos arrendamientos en los que se ejerza una actividad distinta a la residencial. Todos los contratos deberán especificar la causa o finalidad por la cual el arrendatario requiere disponer de una vivienda y formalizar el contrato; de lo contrario, se presumirá que se trata de una residencia permanente.

El Decreto-ley introduce disposiciones novedosas respecto al arrendamiento de habitaciones, estableciendo que el total de las rentas asociadas no puede superar el límite establecido para la vivienda principal en la que se ubican. En resumen, en los arrendamientos de habitaciones para establecer que la subdivisión física o contractual no altera su auténtica naturaleza ni impide la aplicación de las medidas pertinentes, se establece que, si la habitación se destina a residencia del arrendatario, será igualmente aplicable el régimen protector de la legislación sobre arrendamientos urbanos.

²⁷ Expediente número E/CNMC/003/18 de la CNMC: Estudio sobre Viviendas de Uso Turístico.

Se han incorporado ciertas disposiciones que imponen obligaciones específicas de información en las ofertas de arrendamiento, tales como la revelación del precio de alquiler calculado conforme al sistema de índices de referencia, el importe de la última renta abonada durante los últimos cinco años bajo el contrato vigente, y la identificación del arrendador como poseedor significativo del inmueble en cuestión. Se anticipa que estos datos se incluirán igualmente en el contrato de arrendamiento correspondiente.

Finalmente, el Decreto-ley establece que la transmisión de viviendas situadas en áreas residenciales con alta demanda, pertenecientes a un Gran Tenedor y registrado como tal en el Registro de Grandes Tenedores, está sujeta al derecho de tanteo y retracto por parte de la Administración de la Generalitat de Cataluña.

4. La inversión extranjera

El mercado inmobiliario de los compradores extranjeros (destacan los procedentes de Latinoamérica, británicos, alemanes y franceses) ha experimentado un notable crecimiento en los últimos años²⁸ y en ello ha jugado un papel fundamental la estabilidad jurídica y la transparencia que rige en el mercado inmobiliario, que constituyen los pilares de la fiabilidad del sistema de propiedad inmobiliaria español.

La Ley de Vivienda quiebra dicha estabilidad dado que, precisamente, se caracteriza por su falta de uniformidad al dejar en manos de los gobiernos autonómicos la decisión sobre si poner en marcha o no las medidas objeto de reforma, que pertenecen a ámbitos en los que las competencias pertenecen a la esfera autonómica.

Por otro lado, el control de precios pone en jaque el valor del activo inmobiliario como refugio para, al menos, igualar o superar a la inflación, y el interés por las estrategias *build to rent* decae.

De igual forma, el mercado de los préstamos fallidos (*non-performing loans* o NPLs) liderado por fondos de inversión, ve afectada sus expectativas de recuperabilidad y rentabilidad en los supuestos de activos residenciales, dado que las reformas procesales aprobadas retrasan la judicialización e incrementarán los plazos de duración de los procedimientos.

En todo caso, lo relevante es que la Ley de Vivienda deja patente que el futuro del mercado inmobiliario residencial, desde el punto de vista regulatorio, es reforzar su papel social y no impulsarlo como un sector de inversión²⁹ por lo que es susceptible de perder atractivo para los inversores extranjeros.

28 Según los datos más recientes de Registradores de España (Anual Registral Inmobiliario publicado el 3 de abril de 2024), en 2023, el 15% de las compras de vivienda fueron realizadas por extranjeros, alcanzando así el nivel máximo de la serie histórica, <https://www.registradores.org/-/el-precio-medio-de-la-vivienda-nueva-creci%C3%B3-el-3-5-en-2023-mientras-que-la-vivienda-usada-se-estabiliz%C3%B3-con-una-subida-del-0-2->.

29 El muy reciente anuncio de la próxima retirada de las conocidas como "Golden visa" se enmarca en dicha hoja de ruta, <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2024/090424-rueda-de-prensa-ministros.aspx>.

V. Recursos de inconstitucionalidad pendientes de resolución

Más allá de lo analizado en el plano procesal y el posible impacto en el mercado del alquiler, no puede dejar de mencionarse que sobre la Ley de Vivienda planea cierto riesgo de inconstitucionalidad, lo que viene a incrementar la inseguridad jurídica generada en torno al mercado de la vivienda.

La Ley de Vivienda acumula ocho recursos de inconstitucionalidad admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional, presentados por diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, el Parlamento de Cataluña, los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas de Andalucía, Illes Balears y Madrid, el Gobierno Vasco, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y la Xunta de Galicia.

Los recurrentes impugnan distintos artículos de la Ley de Vivienda, entre otros, el 8 a), el 15.1, el 16, varios apartados de los artículos 18, 19 y 27 así como la disposición adicional tercera, la disposición transitoria primera y varios apartados de la disposición final primera. En todo caso, con carácter principal, se alega en los recursos de inconstitucionalidad que la Ley de Vivienda podría ser contraria al régimen de distribución de competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, si bien en la disposición final séptima de la Ley de Vivienda, se especifican las competencias primarias basadas en las disposiciones primera y decimotercera del artículo 149.1 CE que facultan al Estado para establecer normas reglamentarias.

Estas competencias se identifican como generales, abarcando: “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” y “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

Este precepto, además, designa otros fundamentos competenciales para disposiciones concretas, como la competencia del Estado en materias como la legislación procesal (artículo 149.1.6 CE), la legislación civil (artículo 149.1.8 CE) y los asuntos financieros generales (artículo 149.1.14 CE).

Dejando a un lado estas consideraciones específicas, la atribución general de competencias puede no ser suficiente para justificar la inclusión de determinadas normas que inciden directamente en el mercado de la vivienda.

Ello se debe a que el artículo 148.1 CE estipula “1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: [...] 3.ª Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.”

En resumen, en la CE se atribuye a las comunidades autónomas la competencia exclusiva en materia de vivienda, y todas ellas la han ejercido en el marco de sus respectivos estatutos de autonomía. En consecuencia, una regulación estatal directa del mercado de la vivienda, sin una mínima conexión con los temas mencionados en las cláusulas constitucionales citadas, como garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, y establecer las bases de la economía general, podría invadir estas competencias autonómicas.

En concreto, ciertas disposiciones de la Ley de Vivienda, como los artículos 17 (relativo a la vivienda asequible incentivada), 18 (relativo a la definición de zonas de mercado residencial estresado) y 19 (que delimita las obligaciones de información al público), pueden plantear problemas de orden constitucional. Por otro lado, los requisitos impuestos a los Grandes Tenedores en la Ley de Vivienda también pueden ser objeto de revisión por el Tribunal Constitucional. La diferencia en las obligaciones y cargas impuestas a ciertos propietarios en comparación con otros relacionadas con el derecho de propiedad podría ser cuestionable, dada la escasa vinculación con el principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 14 CE.

Del mismo modo las previsiones relativas a los programas de vivienda pública contenidas en el Título III de la Ley de Vivienda podrían plantear desafíos constitucionales, dado su impacto directo en el mercado de la vivienda.

En este contexto, no puede interpretarse que la regulación de estas materias se establezca como una medida subsidiaria, de acuerdo con la cláusula contenida en el último párrafo del artículo 149.3 CE. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha subrayado reiteradamente, a partir de su Sentencia núm. 118/1996 de 27 de junio de 1996, que el Estado no puede regular mediante legislación subsidiaria ámbitos de competencia exclusiva de las comunidades autónomas. Así, el Tribunal ha concluido:

La cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho (FJ 8.º).

El Tribunal Constitucional ha aplicado esta doctrina de forma reiterada, incluyendo supuestos en los que declaró inconstitucionales determinadas normas estatales en materia de urbanismo³⁰.

En estos casos, las comunidades autónomas ostentan la competencia exclusiva en virtud de la misma regla de atribución que la vivienda, recogida en el artículo 148.1.3 CE, por lo que, sin duda, la resolución de los recursos pendientes podría tener un impacto relevante en la permanencia de la regulación que ha entrado en vigor.

VI. Conclusiones

Tras la aprobación de la Ley de Vivienda y pese a la cuestionable eficacia de las medidas aprobadas para lograr un aumento de la vivienda en alquiler disponible para los colectivos más vulnerables, las distintas Administraciones parecen avanzar en el estudio de la posible implantación de zonas tensionadas en sus respectivos territorios, como política de contención para hacer frente al aumento de los precios de los arrendamientos de vivienda.

30 A modo de ejemplo, se citan las siguientes resoluciones del Pleno del Tribunal Constitucional:

- Sentencia nº 178/2004 de 21 octubre 2004, Rec. 4104/1999 [ECLI:ES:TC:2004:178];
- Sentencia nº 61/1997, de 20 de marzo, nº 233/2012 de 13 diciembre 2012, Rec. 5019/200 [ECLI:ES ECLI:ES:TC:1997:61];
- Sentencia nº 5/2016 de 21 enero 2016, Rec. 1886/2012 [ECLI:ES: ECLI:ES:TC:2016:5]; y
- Sentencia nº 143/2017 de 14 diciembre 2017, Rec. 5493/2013. [ECLI:ES:TC: 2017:143].

En el ámbito procesal, la falta de claridad y desarrollo de los preceptos que han modificado los requisitos de procedibilidad para la interposición de demandas, han dado lugar a resoluciones dispares entre los distintos tribunales y dudas sobre su interpretación por parte de las autoridades administrativas, lo que continuará generando retrasos en la interposición y tramitación de los procedimientos.

Por otra parte y si bien no se aprecia todavía un impacto significativo de la Ley de Vivienda en el mercado, el desplazamiento de la oferta del arrendamiento de larga duración hacia alternativas como el arrendamiento de temporada o por habitaciones sí ha sido notorio.

A la incertidumbre sobre los efectos de las medidas aprobadas, hay que añadir cierto riesgo de inconstitucionalidad como consecuencia de los numerosos recursos presentados y pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de que la hoja de ruta trazada a nivel regulatorio respecto de la función social de la vivienda, en detrimento de su valor como inversión, es, por el momento, clara.




NÚM.11

Problemas y cuestiones

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2024



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.

Las simplificaciones en el régimen de una operación acordeón en las sociedades anónimas

**Laura Llanos**

Abogada de Pérez-Llorca

CORPORATE

**Marta Monroy**

Abogada de Pérez-Llorca

CORPORATE

| | | |
|-------------|--|------------|
| I. | Introducción a las operaciones acordeón | 100 |
| II. | Reducción de capital | 100 |
| | 1. Convocatoria de la junta general | 100 |
| | 2. Balance | 101 |
| | 3. Publicidad y oposición de acreedores | 102 |
| III. | Aumento de capital | 104 |
| | 1. Delegación de la ejecución en el órgano de administración | 104 |
| | 2. Aumento incompleto | 105 |
| | 3. Derecho de preferencia | 106 |
| IV. | Eficacia | 106 |
| V. | Operación acordeón no condicionada | 107 |
| VI. | Conclusiones | 107 |



Fecha de recepción
25 de abril de 2024



Fecha de aceptación
29 de abril de 2024



Resumen: Una operación acordeón consiste en una reducción y un aumento de capital simultáneo, entendiéndose como una operación única. Si el capital no disminuye tras la operación acordeón, no será necesario auditar el balance, ni realizar la publicación a la que se refiere el art. 319 de la Ley de Sociedades de Capital (la “LSC”) y, como no hay derecho de separación, tampoco se ha de esperar al mes de oposición de acreedores del art. 336 de la LSC. La junta general será quien podrá acordar dichas operaciones aunque, en el caso de las sociedades anónimas, la junta general podrá delegar la ejecución del aumento en el órgano de administración, de conformidad con el art. 297 de la LSC. El capital resultante tras el aumento de capital de la operación acordeón nunca podrá quedar por debajo del mínimo legal.

Abstract: An accordion transaction consists of a share capital reduction and a simultaneous share capital increase, which is treated as a single transaction. If the share capital does not decrease after the completion of the accordion transaction, it will not be necessary to audit the balance sheet, nor will it be necessary to make the publication under Article 319 of the Spanish Companies Law (“LSC”), or to respect the one-month creditors’ opposition period under Article 336 LSC. The General Shareholders’ Meeting has the authority to approve an accordion transaction, although the General Shareholders’ Meeting may delegate the execution of the share capital increase to the management body under Article 297 LSC. The resulting share capital after the share capital increase of the accordion transaction may never fall below the minimum amount required by law.



Palabras clave: Operación acordeón; aumento de capital; reducción de capital; publicidad; oposición de acreedores; delegación; balance; simultáneo; inscripción.

Key words: Accordion transaction; share capital increase; share capital reduction; publicity; creditors’ opposition; delegation; balance sheet; simultaneous; registration.

Las simplificaciones en el régimen de una operación acordeón en las sociedades anónimas

I. Introducción a las operaciones acordeón

La denominada como operación acordeón combina dos operaciones: una reducción de capital y, de forma simultánea, un aumento de capital. Dicha simultaneidad y condicionamiento hacen que ambas operaciones adquieran el sentido unitario como operación societaria, lo que explica las particularidades que presenta.

La reducción y el aumento de capital estarán sometidos, cada uno de ellos, a su propio régimen. Por ello, será necesario remitirse a la LSC para poder analizar en profundidad cada una de las modalidades de reducción y aumento de capital existentes, las cuales también variarán dependiendo de si la operación se lleva a cabo en una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada. En una operación acordeón, la modalidad de reducción y de aumento de capital elegidas deberán ser compatibles entre sí.

El objeto del presente artículo es analizar algunas de las cuestiones que deberán tenerse en cuenta para poder agilizar el procedimiento de una operación acordeón en una sociedad anónima, especialmente si conlleva una reducción de capital a cero o por debajo del mínimo legal.

En particular, abordaremos la simplificación del procedimiento en relación con la convocatoria de la junta general, la exigencia del balance auditado, la publicación del anuncio de reducción, el derecho de oposición de acreedores, la posibilidad de delegación del aumento en el órgano de administración, y el derecho de preferencia de los accionistas.

II. Reducción de capital

1. Convocatoria de la junta general

Tal y como indican algunos autores y la jurisprudencia, en caso de que la reducción de capital sea por debajo del mínimo legal o a cero, será importante mencionarlo explícitamente en el anuncio de convocatoria de la junta general y especificar que se acompaña de un aumento de capital simultáneo, para no vulnerar los derechos de los accionistas, de lo contrario, el acuerdo adoptado por la junta general podría ser impugnado debido a que la falta de dicha mención no se podría considerar un requisito meramente procedimental para la convocatoria bajo el artículo 204.3 de la LSC. Lo mismo sucede con el carácter unitario de la operación acordeón, el cual debe quedar claro en el orden del día de la convocatoria¹.

1 (i) ESPÍN GUTIERREZ., C., Capítulo IV "Reducción y aumento del capital simultáneos", en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Tomo I y II. 1ª ed. Editorial Civitas-Thomson Reuters (Navarra);(ii) VALPUESTA GASTAMINZA, E. Mª, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 4.ª ed. Editorial Bosch-Wolters Kluwer, 2022; y (iii) VV.AA., *Memento Sociedades Mercantiles*. Marginales 7387 al 7422. Editorial Lefebvre, 2024.

En este sentido se ha pronunciado la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado ("RDGRN"), ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (la "DGSJFP"), de 14 de marzo de 2005:

[...] cuando la reducción del capital se propone que sea total, los radicales efectos que de adoptarse el acuerdo se derivarían para los actuales socios de no ejercer el derecho a suscribir las nuevas acciones a emitir como consecuencia del simultáneo y necesario acuerdo de aumentar [...], y que se traducirían en la pérdida de su condición de tales al amortizarse las acciones de que eran titulares, quedando así desvinculados de la sociedad, ha llevado a la doctrina de este centro [...] a entender que la propuesta precisa una mayor precisión en los anuncios advirtiendo de su alcance y radicales consecuencias².

Este criterio se ha confirmado por la RDGRN 26 de octubre de 2016:

En el caso de reducción de capital a cero se requiere una mayor precisión en los anuncios de la convocatoria de la Junta en el sentido de determinar el alcance de la reducción de capital propuesta, debido a los radicales efectos que produce en los socios antiguos una reducción de capital a cero, que de no ejercer su derecho de suscripción preferente de las nuevas participaciones emitidas, perderían su condición de socio [...]. Por ello es necesario que ello se haga constar de forma expresa en el orden del día de la Junta la reducción de capital a cero, no siendo suficiente la expresión únicamente de reducción del capital social para compensar pérdidas de ejercicios anteriores sin más especificaciones, y lo mismo ocurre en relación con la ampliación del capital social³.

2. Balance

El art. 323 de la LSC recoge la obligación de auditar el balance que sirva de base a la reducción de capital por pérdidas. La finalidad es proteger a los acreedores y a los accionistas frente a una disminución del capital que no se corresponda con un desequilibrio patrimonial.

Sin embargo, una operación acordeón podrá realizarse tanto en sociedades con pérdidas como en sociedades que no se encuentren en una situación de desequilibrio patrimonial. De este modo, en caso de que el capital permanezca invariable o aumente como consecuencia de la operación acordeón, se debe admitir que se pueda renunciar a este requisito en la medida en que ya no sería necesario el balance auditado a los efectos de constatar que las pérdidas se corresponden con la reducción de capital⁴. Este supuesto también será aplicable en una sociedad de responsabilidad limitada⁵.

2 Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de marzo de 2005, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de León don José María Sánchez Llorente contra la negativa del Registrador de la Propiedad, titular del registro n.º 5, de Gijón, a inscribir una escritura de compraventa.

3 Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 2016, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles accidental de Burgos a inscribir la escritura de reducción del capital social de una entidad.

4 SANCHO GARGALLO, I., "Reducción y aumento del capital simultáneos", en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, 1ª ed., 2021 (Valencia), pgs. 4581 a 4606.

5 PUJOL FAUS, M., en *Práctico Sociedades Mercantiles*, 1ª ed., 2024. Editorial Vlex.

En este mismo sentido se han pronunciado las siguientes resoluciones:

RDGRN de 2 de marzo de 2011:

Por ello, atendiendo a su finalidad, centrada en el interés de los socios, y relacionada con el derecho de información de los mismos, debe entenderse que la verificación contable del referido balance es una medida tuitiva renunciable por todos los socios [...]⁶;

RDGRN de 18 de diciembre de 2012:

Es igualmente doctrina asentada de este Centro Directivo que [...] la necesidad de verificación, sólo tienen sentido en la medida en que los intereses de socios y acreedores se encuentren en situación de sufrir un perjuicio. Por el contrario, si [...] no existe un interés protegible, decae la exigencia de verificación. [...] En aplicación de esta doctrina este Centro Directivo ha afirmado tanto la posibilidad de excluir la verificación de cuentas cuando concurre el consentimiento unánime de todos los socios que conforman el capital social como cuando los intereses de los acreedores sociales están salvaguardados por mantenerse o incluso fortalecerse la situación económica de la sociedad a consecuencia de un subsiguiente aumento de capital [...]⁷;

RDGRN de 27 de febrero de 2019:

[...] la propia junta general podría acordar ante la situación patrimonial de la sociedad su disolución definitiva, sí debe hacerse sin mengua del derecho del socio a su cuota en el haber social, por lo que en cuanto pretenda disminuirse o suprimirse el capital social por razón de pérdidas, habrán de resultar justificadas contablemente con las señaladas garantías previstas por el legislador, so pena de quedar en otro caso aquella exclusión al arbitrio de la mayoría. [...] debe entenderse que la verificación contable del referido balance es una medida tuitiva renunciable por todos los socios⁸.

3. Publicidad y oposición de acreedores

Como regla general en la reducción de capital mediante devolución de aportaciones, cuando la sociedad sea una sociedad anónima, es necesario reconocer el derecho de oposición de los acreedores y realizar la publicación del acuerdo de reducción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (el "BORME") y en la página web corporativa de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un periódico de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio (art. 319 de la LSC) y dejar transcurrir un (1) mes para que los acreedores se puedan oponer

6 Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2011, en el recurso interpuesto por el notario de Alcorcón, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIII de Madrid, a inscribir una escritura pública de reducción de capital social.

7 Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de diciembre de 2012, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil VI de Barcelona, por la que se deniega la inscripción de una escritura de reducción de capital social por pérdidas en una sociedad de responsabilidad limitada.

8 Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 2019, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles III de Pontevedra, doña María Teresa Ferrín Sanmartín, a inscribir una escritura de reducción y aumento simultáneo del capital social de una entidad.

a la reducción (art. 336 de la LSC) antes de ejecutar la operación. Por lo tanto, el cumplimiento de estos requisitos conlleva una demora en el proceso.

En la operación acordeón, la doctrina y jurisprudencia han mantenido que no sería necesario realizar la publicación del acuerdo de reducción en el BORME, ni en la página web o en un periódico de gran circulación, ni reconocer el derecho de oposición de acreedores, en el caso de que el capital resultante sea una cifra igual o superior a la que había antes de ejecutar la operación acordeón⁹. De este modo, se puede agilizar la operación y realizarla en un menor plazo.

La finalidad de publicar en el BORME y en la página web o en un periódico de gran circulación el anuncio de una reducción de capital es poner dicha operación en conocimiento de los acreedores de la sociedad, para que puedan ejercer el derecho de oposición en el plazo de un (1) mes si así lo consideran oportuno para la mejor tutela de sus intereses.

Cabe preguntarse si, en caso de que existiesen titulares de créditos con derecho de oposición pero el capital resultante como consecuencia de la operación acordeón resultase en una cifra igual o superior a la que había antes de ejecutar la operación acordeón, seguiría siendo necesario publicar un anuncio en el BORME y en la página web o en un periódico de gran circulación, y respetar el mes de oposición de acreedores. La respuesta es que no se considerará necesario.

El apartado 2 del art. 334 de la LSC establece que los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no gozarán del derecho de oposición. Este derecho se reconoce a los acreedores de créditos no vencidos que no confían en que la sociedad se encuentra suficientemente capitalizada para cumplir con sus obligaciones. De acuerdo con el sentido de la norma, en caso de que la cifra de capital resultante tras el aumento de capital sea igual o superior al capital que había antes de ejecutar la reducción de capital, la operación acordeón no afectaría negativamente al crédito que los acreedores pudieran tener frente a la sociedad. En consecuencia, no tendría justificación reconocer el derecho de oposición a los acreedores, no sería necesario realizar la publicación en el BORME ni en la página web o en un periódico de gran circulación y tampoco haría falta dejar transcurrir el plazo de oposición de un (1) mes. Esta excepción deriva de considerar la operación acordeón como un todo unitario.

Así ha sido reconocido por la RDGRN de 16 de enero de 1995, postura además compartida por el Tribunal Supremo en su sentencia del 12 de noviembre de 2003 y, recientemente, por la RDGSJFP de 15 de noviembre de 2022¹⁰.

En este sentido, la RDGRN de 16 de enero de 1995 considera:

[...] cuando nos encontramos ante la reducción de capital y aumento simultáneos [...] el recíproco condicionamiento de la operación como un todo unitario, forzosamente produce una serie de consecuencias jurídicas, de tal manera que la posición de los acreedores puede quedar incólume en aquellos supuestos en los que lejos de disminuir

9 (i) SANCHO GARGALLO, I., Capítulo IV "Reducción y aumento del capital simultáneos", en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, 1ª ed, 2021. Editorial Tirant lo Blanch, págs. 4581 al 4606; (ii) VALPUERTA GASTAMINZA, E. Mª, en *COMENTARIOS A LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL*, 4.ª ed., 2021. Editorial Bosch-Wolters Kluwer; y (iii) VV.AA., en *Memento Sociedades Mercantiles*. Marginales 7387 al 7422, 2024. Editorial Lefebvre.

10 Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de noviembre de 2022, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa emitida por el registrador mercantil y de bienes muebles II de Málaga de una escritura de reducción de capital por condonación de dividendos pasivos y subsiguiente ampliación, por el mismo importe, con cargo a reservas.

la garantía que supone la cifra de capital social, ésta al menos se mantiene e incluso [...] se produce un saneamiento de la sociedad como consecuencia de las nuevas aportaciones realizadas. [...] Por lo tanto, dado que en este supuesto: a) la cifra de retención en garantía de los acreedores se mantiene; y b) la ampliación es inmediatamente desembolsada en metálico, la operación puede considerarse neutra para los acreedores; [...] podríamos llegar a consecuencias tan alejadas del sentido común como el que tuvieran que cumplirse los requisitos de publicidad cada vez que un accionista vendiera sus acciones. Respecto del segundo de los defectos (necesidad de que transcurra el plazo de un mes desde el último anuncio), una vez resuelto el primero en sentido negativo, no procede entrar en su examen.¹¹

Por su parte, el Tribunal Supremo en su sentencia del 12 de noviembre de 2003 señala

[...] por cuanto la finalidad última del acuerdo de simultánea reducción y ampliación no persigue la reducción de capital social sino incremento sin perjuicio de que en este caso no tendrían, como es lógico, derecho de oposición [...] la neutralidad e irrelevancia para los acreedores sociales de la simultánea operación de reducción y aumento de capital social, hacen innecesaria la publicación en el caso debido del acuerdo de reducción¹².

III. Aumento de capital

El aumento de capital deberá acordarse por la junta general. Existen diferentes modalidades de aumento y, dependiendo de cual se vaya a llevar a cabo, se deberán cumplir los requisitos propios establecidos en la LSC. No obstante, en el caso de una operación acordeón en la que se deje reducido el capital social a cero o por debajo del mínimo legal, el aumento de capital deberá realizarse mediante la creación de nuevas acciones con cargo a aportaciones dinerarias, a los efectos de poder respetar el derecho de preferencia tal y como se explicará en el apartado 3.3 siguiente.

1. Delegación de la ejecución en el órgano de administración

En algunos casos es posible que, debido a la situación de la sociedad, la composición de la junta general o el tipo de sociedad resultase complicado determinar todos los elementos del aumento de capital que se va a realizar. Por ejemplo, cuando se vaya a realizar una ronda de inversión en el marco de una operación de *venture capital* o en un vehículo de inversión, como puede ser una sociedad de capital riesgo, y en el momento de aprobar el aumento no sea posible determinar el número de inversores o la cifra exacta del aumento o, en general, cuando haya muchos accionistas. En estos casos, a efectos de simplificar el trámite y evitar que tengan que volver a convocar otra junta general con un (1) mes de antelación para reunirse cuando estén todos alineados con el aumento, siempre y cuando la sociedad se trate de una sociedad anónima, puede ser más efectivo y práctico que la junta general apruebe el aumento de capital, pero delegue en el órgano de administración la ejecución del mismo y la determinación de los aspectos pendientes.

11 Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de enero de 1995, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Francisco Castro Lucini, contra la negativa del Registrador Mercantil número V de los de Madrid, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad anónima.

12 Sentencia nº1052/2003 del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil del 12 de noviembre, rec. Núm 143/1998 [ECLI:ES:TS:2003:7075].

La delegación podrá aprobarse en las sociedades anónimas por la junta general y cumpliendo con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales. El artículo 297 de la LSC prevé dos tipos de delegación en función del alcance de las facultades que se deleguen en el órgano de administración por la junta general:

1.1. Ejecución delegada por el artículo 297.1(a) de la LSC

El órgano de administración tendría la facultad de (i) señalar la fecha en que el acuerdo ya adoptado de aumentar el capital social deba llevarse a efecto en la cifra acordada y (ii) fijar las condiciones del mismo en todo lo no previsto en el acuerdo de la junta general. El plazo para el ejercicio de esta facultad delegada no podrá exceder de un (1) año, excepto en el caso de conversión de obligaciones en acciones.

1.2. Ejecución delegada por el artículo 297.1(b) de la LSC

El órgano de administración tendría la facultad de acordar en una o varias veces el aumento del capital social hasta una cifra determinada en la oportunidad y en la cuantía que ellos decidan, sin previa consulta a la junta general. La suma de estos aumentos, en su totalidad, no podrá ser superior en ningún caso a la mitad del capital de la sociedad en el momento de la autorización y deberán realizarse mediante aportaciones dinerarias dentro del plazo máximo de cinco (5) años a contar desde el acuerdo de la junta general.

Como consecuencia de lo anterior, el órgano de administración también quedará facultado para dar nueva redacción al artículo de los estatutos sociales relativo al capital social, una vez ejecutado el aumento definitivo.

La delegación del art. 297 de la LSC solo aplica al aumento de capital, es decir, la junta general no podrá dejar aspectos de la reducción de capital pendientes de determinar por el órgano de administración. Sin embargo, como consecuencia del carácter unitario que tiene una operación acordeón, debido a que la ejecución de la reducción de capital está sujeta a la condición de que se realice el aumento de capital, será posible elevar a público en una misma escritura la reducción y el aumento, entendiéndose como una sola operación.

2. Aumento incompleto

En caso de que el aumento no se llegue a desembolsar de forma completa, pero no interese que quede un desembolso pendiente ni suscribir el importe restante, será posible acordar que el aumento se pueda llevar a cabo en los supuestos de suscripción incompleta. Es decir, se puede acordar por la junta general que el aumento se ejecute por la cuantía finalmente suscrita y desembolsada. En estos casos el capital quedaría aumentado en la cifra suscrita, con independencia de que la junta general hubiera aprobado el aumento de capital por un importe mayor.

Los arts. 310 y 311 de la LSC establecen un régimen diferente para los supuestos de aumento incompleto en la sociedad de responsabilidad limitada y en la sociedad anónima. En una sociedad anónima, la regla es que es necesario contemplar expresamente en el acuerdo de la junta general la posibilidad de poder realizar el aumento incompleto para su eficacia. En cambio, en la sociedad de responsabilidad limitada, se procede al aumento en la cifra suscrita salvo

que, en el acuerdo de la junta general, se hubiera previsto la ineficacia del aumento en caso de desembolso incompleto.

En el caso de que, en una operación acordeón con reducción a cero o por debajo del mínimo legal, no se recupere el capital mínimo legal tras la ejecución del aumento debido a la suscripción incompleta del aumento, la operación acordeón quedará totalmente ineficaz.

3. Derecho de preferencia

De conformidad con los arts. 343.2 y 304 de la LSC, se deberá respetar siempre el derecho de suscripción preferente de los accionistas en el aumento de capital subsiguiente a una reducción de capital a cero o por debajo del mínimo legal.

La finalidad perseguida por la norma es impedir que los accionistas minoritarios queden excluidos de la sociedad o que su cuota de participación se pueda diluir hasta tal punto que su porcentaje sea insignificante. De esta manera se garantiza a todos los accionistas la posibilidad de permanecer en la sociedad. Ahora bien, los accionistas pueden decidir no ejercitar su derecho y manifestarlo de este modo en el momento de la adopción del acuerdo por la junta general.¹³

IV. Eficacia

En aplicación de lo previsto en los arts. 343 y 344 de la LSC, y debido a que la decisión de reducción de capital conlleva necesariamente el simultáneo aumento de capital social de la sociedad, la eficacia de la reducción de capital queda condicionada a la ejecución del aumento de capital.

La aprobación de las operaciones societarias que conlleva una operación acordeón se produce de forma entrelazada, desplegando todos sus efectos jurídicos de manera simultánea a partir del momento de la inscripción registral de la escritura o escrituras públicas que sean necesarias o convenientes para documentar la ejecución de las operaciones que se aprueben. Por ello, no se podrá inscribir la reducción de capital sin haber presentado a inscripción en el Registro Mercantil el aumento de capital de manera unitaria, debiéndose inscribir ambas operaciones de manera concatenada y simultánea.

Si la ejecución del aumento de capital fue delegada en el órgano de administración, la eficacia seguiría los mismos términos que en el párrafo anterior. Es decir, la reducción de capital no podría producir efectos ni inscribirse hasta que el órgano de administración ejecute el aumento y lo presente a inscripción en el Registro Mercantil.

En caso de que la escritura sea calificada con defectos por el Registrador, dado que la inscripción del aumento es necesaria para la ejecución de la reducción de capital, la calificación registral deberá alcanzar a toda la operación acordeón en su conjunto en atención a su carácter unitario y eficacia simultánea. La finalidad es que no se produzca la disminución del capital social

13 (i) VALPUESTA GASTAMINZA, E. M^a, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 4.ª edición, marzo 2022, Editorial Bosch-Wolters Kluwer; (ii) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de enero de 1995, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Francisco Castro Lucini, contra la negativa del Registrador Mercantil número V de los de Madrid, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad anónima.

por debajo del mínimo legal sin un aumento posterior definitivamente completado y ejecutado, para evitar que la sociedad pueda incurrir en causa legal de disolución.

V. Operación acordeón no condicionada

Como se ha indicado, resulta imprescindible el carácter unitario de la operación acordeón, pero existe una excepción. Este carácter unitario resulta imprescindible cuando la reducción de capital es por debajo del mínimo legal, pero en aquellos casos en los que la reducción sea por encima del mínimo legal, al no ser necesario el aumento para no caer en una causa legal de disolución, sería eludible el condicionamiento recíproco, a menos que el propio acuerdo de la junta general especifique explícitamente su interés en condicionarlos.

Podríamos decir que estaríamos ante una reducción y aumento simultáneo (voluntario), en cuyo caso la junta general podría condicionarlos o ser una reducción de capital independiente del aumento de capital, aunque se ejecuten de forma simultánea. Además, en la Junta donde se acuerde la operación acordeón también sería posible acordar otros aumentos de capital de forma independiente a la operación acordeón.

VI. Conclusiones

En definitiva, para poder ejecutar una operación acordeón en una sociedad anónima de la manera más simplificada posible, habrá que prestar especial atención a ciertas cuestiones que podrían facilitar la realización de la operación y evitar el cumplimiento de algunas de las formalidades.

En primer lugar, será necesario mencionar claramente en la convocatoria de la junta general que la reducción de capital es a cero o por debajo del mínimo legal para no vulnerar el derecho de información de los accionistas, al igual que el carácter unitario de la operación acordeón.

En segundo lugar, en caso de que el capital social resulte invariable o aumente tras la operación acordeón, los accionistas pueden renunciar a auditar el balance que sirva de base a la reducción de capital por pérdidas, se podría no reconocer el derecho de oposición de acreedores (sin dejar transcurrir el mes de oposición) y no publicar el acuerdo de reducción de capital (en este caso, la operación acordeón como una única operación).

Por último, también será posible delegar la ejecución del aumento de capital en el órgano de administración, sin perjuicio de que la eficacia de la operación acordeón se encuentre sujeta a la condición de la realización de la reducción y del aumento de capital de forma unitaria, es decir, la reducción de capital seguirá estando condicionada a la ejecución del aumento de capital, en este caso, por el órgano de administración, y ambas operaciones deberán presentarse a inscripción en el Registro Mercantil de forma simultánea y unitaria.

La audiencia previa en la extinción de contratos de trabajo por cuestiones relacionadas con el comportamiento o rendimiento de la persona afectada. ¿Se aplica correctamente en España el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT?



Manel Hernández Montuenga

Socio de Pérez-Llorca

LABORAL, COMPENSACIÓN Y BENEFICIOS

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Introducción | 110 |
| II. | El Convenio 158 de la OIT | 111 |
| III. | Procedimiento sobre la terminación del contrato en el Estatuto de los Trabajadores | 111 |
| IV. | La doctrina de la sala IV del Tribunal Supremo | 113 |
| V. | Eficacia del Convenio 158 de la OIT y su control convencional | 113 |
| VI. | Consecuencias de la aplicación del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT en la resolución objeto de estudio | 115 |
| VII. | Conclusiones | 115 |



Data de recebimento
24 de abril de 2024



Data de aceitação
13 de mayo de 2024



Resumen: El Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establece como procedimiento previo a la extinción de un contrato de trabajo la obligación de conceder a la persona trabajadora una audiencia previa. Concretamente, el requisito consiste en otorgar a la persona trabajadora la posibilidad de defensa de los cargos formulados contra ella. Dicho Convenio entró en vigor en España el 26 de abril de 1986. Una reciente resolución judicial del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares cuestiona que se esté aplicando dicho precepto y ha abierto un debate de importantes consecuencias prácticas.

Abstract: Convention No. 158 of the International Labour Organization on the termination of the employment relationship at the initiative of the employer, establishes the obligation to grant the worker a prior hearing as a procedure prior to the termination of an employment contract. Specifically, the requirement consists of granting the worker the possibility of defending the charges against him. This Convention entered into force in Spain on 26 April 1986. A recent judgment from the Superior Court of Justice of the Balearic Islands has called into question whether this principle is being applied and has opened a debate with significant practical consequences.



Palabras clave: Convenio 158 de la OIT, Audiencia Previa, derechos laborales, extinción de la relación laboral.

Key words: Convention No. 158 of the ILO, Prior Hearing, labour rights, termination of the employment relationship.

La audiencia previa en la extinción de contratos de trabajo por cuestiones relacionadas con el comportamiento o rendimiento de la persona afectada. ¿Se aplica correctamente en España el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT?

I. Introducción

El Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares dictó la Sentencia nº 68/2023 del 13 de febrero de 2023 (rec. núm 454/2022)¹ que ha supuesto un toque de atención para los profesionales del Derecho que ejercen la práctica laboral. Dicha resolución, dictada en un procedimiento de despido, califica el mismo como improcedente, con fundamento específico en el incumplimiento de la exigencia de audiencia previa establecida en el artículo 7 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (el “**Convenio 158 de la OIT**”).

El supuesto de hecho, en los aspectos relevantes para el objeto del presente artículo, son los siguientes:

- i) Una persona que mantenía relación laboral ordinaria en una fundación perteneciente al sector público ve extinguido su contrato de trabajo por causa disciplinaria.
- ii) La decisión se ampara en incumplimientos laborales graves con cita de diversos preceptos del Real Decreto Legislativo 5/2015, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (el “**EBEP**”) y del artículo 54 del Real Decreto Legislativo 2/2015, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (el “**ET**”).
- iii) El procedimiento seguido por la fundación para extinguir el contrato de trabajo consistió en la elaboración y entrega de la comunicación extintiva tras tener conocimiento de una serie de hechos mediante un informe de la Inspección Educativa, que fueron calificados como incumplimientos laborales muy graves.
- iv) Dicho procedimiento es acorde a las previsiones del ET, norma aplicable en tal extinción contractual, una vez resuelto en el procedimiento judicial que no es de aplicación el EBEP y que no existe convenio colectivo que incluya en su ámbito de aplicación a la fundación titular del contrato de trabajo.

¹ Sentencia Nº 68/2023 del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social de Palma de Mallorca, de 13 de febrero de 2023, Rec. Núm. 454/2022 [ECLI:ES:TSJBA:2023:237].

II. El Convenio 158 de la OIT

En fecha 22 de junio de 1982, la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo (la "OIT") adoptó su Convenio número 158, que versa sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

El artículo 1 del Convenio 158 de la OIT instruye su cumplimiento por desarrollo de la legislación nacional, o en su caso por convenios colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales.

Por su parte, el artículo 7 *eiusdem* establece el siguiente procedimiento previo a la terminación del contrato:

No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o rendimiento antes de que se le haya ofrecido posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

III. Procedimiento sobre la terminación del contrato en el Estatuto de los Trabajadores

El artículo 55 del ET exige en su apartado 1 como único requisito procedimental a observar en una extinción por causa disciplinaria, la notificación escrita con relación de los hechos que lo motivan y la expresión de la fecha en que surgirá efectos. Y remite a la negociación colectiva el establecimiento de otras exigencias formales para el despido, si bien impone la apertura de expediente contradictorio si la persona despedida es representante legal de las personas trabajadoras o delegada o delegado sindical.

El artículo 37 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, extiende la garantía de apertura de expediente contradictorio a las delegadas y delegados de prevención, por su condición de representantes de las personas trabajadoras.

Por tanto, el desarrollo legislativo en España sobre la terminación del contrato de trabajo por motivos relacionados con la conducta o rendimiento, no ha incorporado expresamente un procedimiento de defensa de los cargos que se formulen, más allá de los supuestos en los que la persona a la que se imputan los hechos sean representantes legales o sindicales de las personas trabajadoras.

Algunos convenios colectivos incorporan dicho procedimiento en su régimen disciplinario. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el XX Convenio colectivo para la industria química², que señala:

² Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XX Convenio colectivo general de la industria química.

Artículo 66. [...]

- a) La sanción de las faltas leves y graves requerirá comunicación escrita motivada a la persona trabajadora y la de las faltas muy graves exigirá tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído la persona trabajadora afectada de conformidad con el procedimiento que se indica a continuación:
 - i) La Dirección de la empresa notificará a la persona trabajadora afectada por escrito los hechos en que pudiera haber incurrido con expresión de los posibles preceptos infringidos.
 - ii) En dicho escrito se hará constar el tiempo de que dispone la persona trabajadora a efectos de formular el correspondiente escrito de alegaciones o pliego de descargos en su defensa y que no podrá ser inferior a 3 días.
 - iii) Una vez transcurrido el plazo concedido para formular alegaciones, la Dirección de la empresa, valorando éstas de haber sido formuladas, notificará por escrito a la persona trabajadora la resolución del expediente haciendo constar, en su caso, la calificación definitiva de la falta cometida como leve, grave o muy grave, el apartado concreto de los artículos 63, 64 o 65 en que queda tipificada, así como la sanción impuesta y la fecha de efectos de ésta última. De no constatarse la existencia de conducta sancionable se notificará igualmente por escrito a la persona trabajadora el archivo del expediente.

De todo lo actuado la Empresa dará cuenta a los representantes de las personas trabajadoras al mismo tiempo que el propio afectado, así como a los delegados sindicales del sindicato al que perteneciera la persona trabajadora cuando el dato de la afiliación sea conocido por la empresa.

En cualquier caso, la empresa dará cuenta a los representantes de las personas trabajadoras por escrito, al mismo tiempo que al propio afectado, de toda sanción que imponga [...]

Otros convenios colectivos carecen de procedimiento disciplinario específico para otros sujetos que no tengan la condición de representantes legales o sindicales de la plantilla, aplicándose lo previsto en el ET. Ejemplo de ello es el artículo 71.4 del XXIV Convenio colectivo del sector de la banca³, que señala:

- iv) En el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves a miembros del Comité de empresa, delegados o delegadas de personal o delegados/delegadas sindicales, será obligatorio la apertura de expediente contradictorio en el que serán oídos, aparte de la persona interesada, la Sección Sindical, el Comité de empresa o restantes delegados de personal y/o sindicales.

La comunicación de apertura de tal expediente conllevará el inicio del plazo de tres días hábiles para la audiencia previa, incluyendo la fecha, los hechos en que se fundamenta y la infracción normativa que se le imputa. Durante este trámite

³ Resolución de 17 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca.

podrán articularse las alegaciones y pruebas oportunas y aportarse cuanto a su derecho convenga. Pudiéndose ampliar hasta cinco días hábiles más si así se instara por la persona interesada.

Finalizado el expediente contradictorio, en su caso, se procederá a la imposición de la sanción o a su sobreseimiento, entendiéndose durante la tramitación del mismo suspendidos los plazos de prescripción de la falta.

Lo anteriormente expuesto evidencia que el desarrollo legislativo y convencional en España del procedimiento a seguir en los casos de terminación de la relación de trabajo a iniciativa de la entidad empleadora cuando se aleguen motivos relacionados con la conducta o rendimiento podría no ser coincidente con las previsiones del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT. La cuestión a dilucidar, y que es la que abordó el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en la resolución que origina el presente comentario, es si ello supone algún tipo de incumplimiento empresarial y, en caso afirmativo, si tiene consecuencias en la calificación de la extinción del contrato de trabajo.

IV. La doctrina de la sala IV del Tribunal Supremo

La entrada en vigor del Convenio 158 de la OIT motivó su alegación en procedimientos por despido al final de la década de 1980 y la Sala IV se pronunció en diversas ocasiones, fijando una doctrina aparentemente consolidada. Un conveniente extracto de la misma lo podemos encontrar en la Sentencia nº 111/1990 del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 1990⁴, dictada en recurso de casación por infracción de ley.

En su fundamento jurídico tercero *in fine* se dice lo siguiente:

Al respecto hay que puntualizar que el convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo se refiere sin duda fundamentalmente al despido disciplinario [...] y ha de tenerse presente que según ha reiterado la Sala las normas del convenio en este punto no son de directa aplicación en España al precisar su efectividad de un desarrollo normativo interno (Sentencia de 8 de marzo de 1988), existiendo, por otra parte, en la regulación del despido garantías suficientes para la defensa del trabajador (Sentencia de 4 de febrero de 1987) [...]

V. Eficacia del Convenio 158 de la OIT y su control convencional

La doctrina de la Sala IV se fundamentaba en dos pilares: la necesidad de un desarrollo normativo interno, y la existencia de garantías suficientes en nuestro sistema jurídico laboral para la defensa de la persona trabajadora. Ello motivó que durante más de 30 años las alegaciones en juicio sobre la presunta infracción del procedimiento previsto en el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT no prosperaran. De esta manera, diversas sentencias dictadas por Tribunales Superiores de Justicia desestimaron con dichos fundamentos los intentos de alegar como

4 Sentencia nº 111/1990. STS 17047/1990 [ECLI:ES:TS:1990:17047].

infracción de norma jurídica mediante recursos de suplicación a la vulneración de dicho precepto⁵.

Esta situación ha sido alterada, no obstante, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de fecha 13 de febrero de 2023, aplicando lo que la doctrina ha venido denominando el “Control de Convencionalidad”.

La mencionada resolución, en su fundamento jurídico sexto, cita la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 120/2021, de 31 de mayo⁶ y, en concreto, su fundamento jurídico tercero. Su cuarto párrafo dice lo siguiente:

[...] Por el contrario, se ha reconocido la posibilidad de que los tribunales ordinarios puedan declinar la aplicación de una norma legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional, así como también podrán inaplicar normas preconstitucionales. En este sentido, declaramos que “[...] el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE [...]. En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. La admisión de la posibilidad de que una norma con rango legal sea inaplicada por órganos de la jurisdicción ordinaria ha sido admitida por este tribunal en aplicación del principio de prevalencia [...], en lo que hace al control de constitucionalidad de normas preconstitucionales (STC 11/1981, de 8 de abril), y a la hora de determinar las relaciones entre las fuentes internas de rango legal y las normas de Derecho comunitario derivado [...]

Al amparo de dicha doctrina, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares constata que dos normas jurídicas vigentes en España podrían ser aplicables en cuanto al procedimiento a seguir en la extinción del contrato de trabajo analizado por motivos de conducta. El Convenio 158 de la OIT exigiría ofrecer a la persona afectada la posibilidad de defenderse de los cargos que se le imputen, circunstancia que no está prevista en el ET.

Y llega a la conclusión, a la vista del artículo 96.1 de la Constitución Española que establece la prevalencia del derecho contenido en un tratado internacional válidamente suscrito por España frente a las normas internas en cuanto a su derogación, modificación o suspensión- y del

5 Por todas, Sentencia Nº 273/2014 del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso de Barcelona, de 27 de marzo de 2014, Rec. Núm. 449/2013 [ECLI:ES:TSJCAT:2014:3118].

6 Sentencia Nº 120/2021 del Tribunal Constitucional, de 31 de mayo de 2021, Rec. Núm. 3368/2020 [ECLI:ES:TC:2021:120].

artículo 31 de la ley 25/2014⁷ (que también establece la prevalencia del tratado internacional, en caso de conflicto con una norma interna, que debe aplicar al supuesto concreto establecido por el artículo 7 del citado Convenio 158 de la OIT.

VI. Consecuencias de la aplicación del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT en la resolución objeto de estudio

Se ha constatado que en el concreto supuesto la persona trabajadora no tuvo la oportunidad de defenderse de los cargos formulados contra ella con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares considera existente un incumplimiento procedimental y ello determina la improcedencia del despido objeto de enjuiciamiento.

Tras esta resolución, ha habido diversas Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que han analizado en recursos de suplicación la necesidad de aplicar el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, en diferentes sentidos. Algunas, siguiendo la doctrina de la Sala IV sobre la falta de desarrollo interno y de la garantía del derecho de defensa de la persona cuyo contrato se extingue, no exigen su aplicación, por ejemplo, la Sentencia nº4257/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya del 4 de julio⁸. Otras, interpretando que el incumplimiento del trámite de audiencia (en este caso, previsto en el convenio colectivo de aplicación) supone un incumplimiento del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, como lo estipulado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya nº482/2023 de fecha 15 de septiembre⁹. A la fecha de elaboración de este artículo, el Tribunal Supremo no ha dictado ninguna sentencia resolviendo mediante un recurso de casación para la unificación de doctrina que pueda resolver esta controversia.

VII. Conclusiones

La forma de llevar a cabo la extinción de un contrato de trabajo por causas relacionadas con la conducta o el rendimiento de la persona trabajadora está en un momento de posible cambio. La introducción, por algunos Tribunales Superiores de Justicia, del requisito del trámite de audiencia, previsto en un tratado internacional suscrito por España, pero del que puede ser razonable la duda sobre su aplicabilidad directa por no haberse efectuado una trasposición al derecho interno, causa una manifiesta situación de inseguridad jurídica, acrecentada por la diversa interpretación de las sentencias referidas.

Si el legislador no toma medidas sobre esta cuestión, la solución a esta controversia sólo se resolverá si alguna resolución que dicte un Tribunal Superior de Justicia en relación con dicho precepto fuera objeto de un recurso de casación para la unificación de doctrina que finalice con sentencia interpretativa de la norma internacional y de la adecuación o no de nuestra

7 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

8 Sentencia Nº 4257/2023 del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social de Barcelona, de 4 de julio de 2023, Rec. Núm. 1749/2023 [ECLI:ES:TSJCAT:2023:7688].

9 Sentencia Nº 482/2023 del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social de Cáceres, de 15 de septiembre de 2023, Rec. Núm. 326/2023 [ECLI:ES:TSJEXT:2023:933].

legislación interna. Mientras tanto, persistirá la duda sobre si se aplica correctamente en España el reiterado artículo 7 del Convenio 158 de la OIT.

A efectos prácticos, esta situación tiene una consecuencia directa en toda decisión empresarial de dar por extinguido un contrato de trabajo. El requisito de la audiencia previa sólo es exigible, con el ET en mano, en los casos en que el contrato a terminar por las causas mencionadas sea el de un representante (legal o sindical) de las personas trabajadoras. En tal circunstancia, no contemplar dicha audiencia previa puede comportar que la decisión extintiva sea declarada improcedente, aunque el convenio colectivo de aplicación no contenga tal exigencia.

Por tanto, parece prudente, en los casos en que se extingue un contrato de trabajo por las causas indicadas, y para evitar el riesgo de una declaración judicial de improcedencia, respetar dicho trámite, hasta el momento en que el legislador o la Sala IV del Tribunal Supremo se pronuncien sobre la controversia.

Breve comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/10/2022 – Interpretação da lei ou o regresso dos Assentos como fonte de direito?

**Inês Arruda**

Sócia de Pérez-Llorca

TRABALHO, INDEMNIZAÇÕES
E BENEFÍCIOS**Miguel Riço dos Santos**

Advogado de Pérez-Llorca

TRABALHO, INDEMNIZAÇÕES
E BENEFÍCIOS

| | | |
|------|---|-----|
| I. | O Caso | 120 |
| II. | Enquadramento legal | 121 |
| | 1. Da compatibilização da vida profissional e familiar na Constituição e na Lei Ordinária | 121 |
| III. | Do regime específico do Horário Flexível de trabalhador com responsabilidades familiares | 122 |
| IV. | A Decisão | 123 |
| V. | Apreciação crítica do Acórdão | 124 |

**Data de recebimento**

14 de abril de 2024

**Data de aceitação**

30 de abril de 2024



Sumário: O Código do Trabalho prevê que o trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível (artigos 56.º e 57.º). Para o efeito, a norma esclarece que se entende por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário, devendo o empregador elaborar um horário que contenha um ou dois períodos de presença obrigatória, indicar os períodos de início e termo do trabalho normal diário e estabelecer um período para intervalo de descanso, dentro dos limites aí definidos.

No acórdão acima indicado, o Supremo Tribunal pronunciou-se sobre a possibilidade de os trabalhadores que requerem o regime de trabalho flexível poderem determinar autonomamente a aplicação de um horário de trabalho concreto, bem como dos dias de descanso a observar. Em primeira e em segunda instância, tanto o Juízo do Trabalho Barreiro, como o Tribunal da Relação de Lisboa entenderam que este não era um direito que assistisse aos trabalhadores, mas sim ao empregador, a quem compete definir o horário de trabalho. Porém, veio o Supremo Tribunal de Justiça decidir em sentido inverso, sustentando a sua decisão em princípios constitucionais programáticos relacionados com a proteção dos trabalhadores no que respeita à conciliação da vida profissional com a vida familiar.

Abstract: The Labour Code stipulates that an employee with children under the age of 12 or, regardless of their age, children with disabilities or chronic illnesses living with him has the right to work under the flexible working schedule regime (Articles 56 and 57). To this end, the legislation clarifies that flexible working schedules are those in which the employee can choose, within certain limits, the starting and finishing times of the normal daily working period. The employer must draw up the work schedule with one or two periods of compulsory attendance, indicating the start and end times of the normal daily working time and providing for a rest break within the limits set out therein.

In the above-mentioned judgement, the Supreme Court ruled on the possibility for employees that request the application of the flexible working schedule regime to independently determine the working hours and rest days to be observed. At first and second instance, both the Barreiro Labour Court and the Lisbon Court of Appeal ruled that the employees could not determine their rest days, as this power remained with the employer, who was responsible for setting the working schedule. However, the Supreme Court ruled otherwise, basing its decision on programmatic constitutional principles relating to the protection of employees in terms of reconciling work and family life.



Palavras-chave: Código do Trabalho; horário de trabalho flexível; períodos de presença obrigatória; intervalo de descanso; princípios constitucionais; proteção dos trabalhadores; conciliação da vida profissional com a vida familiar.

Key words: Labor Code; flexible working hours; mandatory presence periods; rest interval; constitutional principles; worker protection; reconciliation of professional and family life.

Breve comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/10/2022¹ – Interpretação da lei ou o regresso dos Assentos como fonte de direito?

I. O Caso

A Empregadora celebrou um contrato de trabalho, em 2017, com uma Trabalhadora. Em 2019 a Trabalhadora remeteu uma comunicação à Empresa a solicitar que os seus dias de descanso semanal, até então gozados de forma rotativa de segunda-feira a domingo, passassem a ser determinados e gozados de forma fixa aos sábados e domingos. Para tal, justificou que teria dois filhos menores de 12 anos e que, encontrando-se o seu marido a trabalhar igualmente em regime de turnos rotativos fixados de segunda a domingo, não poderiam ambos os progenitores ser alocados a turnos que incluíssem o fim de semana já que a creche em que uma das filhas da Trabalhadora estaria inscrita não funcionava nesses mesmos dias. Assim, e por não ter outros familiares a quem pudesse solicitar que permanecessem com as crianças, não lhe era possível trabalhar aos fins de semana. Em resposta a Empregadora informou a Trabalhadora por escrito de que o pedido formulado não correspondia à aplicação do regime de horário flexível, porquanto o mencionado regime, embora direcionado à proteção da parentalidade, “[...] não compreende a escolha dos dias de descanso [...]”.

Posteriormente, a Trabalhadora remeteu uma nova missiva à Empresa na qual reproduziu o seu pedido anterior e informou que a manutenção do gozo dos dias de descanso de forma rotativa de segunda-feira a domingo a impedia de conciliar a sua vida profissional com a sua vida familiar. Argumenta ainda que, dispendo a Empregadora de mais de 100 trabalhadores, a fixação dos seus dias de descanso não prejudicaria a organização e funcionamento do estabelecimento.

Após a receção da comunicação em causa, a Empregadora, nos termos do artigo 57.º, n.º 5 do Código do Trabalho, remeteu uma comunicação à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) a informar a sua intenção de recusar a aplicação do horário solicitado pela Trabalhadora. Em tal comunicação, a Empregadora procurou demonstrar que o regime jurídico do horário flexível não era compatível com o pedido da Trabalhadora já que não existia (e não existe) qualquer disposição legal que preveja a possibilidade de os trabalhadores determinarem o seu próprio horário de trabalho e, conseqüentemente, os dias de descanso. Após a receção da mencionada comunicação, a CITE emitiu um parecer desfavorável à intenção de recusa pela Empregadora do horário solicitado pela Trabalhadora.

Face ao parecer desfavorável da CITE a Empresa viu-se obrigada a interpor uma ação judicial com vista à validação judicial da sua recusa. No âmbito dessa ação, quer o Tribunal de primeira instância, quer o Tribunal da Relação de Lisboa validaram a interpretação da Empregadora, concluindo que o regime de horário flexível não prevê a possibilidade de os trabalhadores

1 Proc. 423/20.9T8BRR.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

determinarem os dias de descanso, cabendo tal direito ao empregador no âmbito do seu poder de direção. Pode ler-se no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que “[...] é a este [empregador] que a lei confere a possibilidade de fixar não só o horário de trabalho como o próprio horário flexível [...]” e não ao trabalhador.

A Trabalhadora apresentou recurso de revista excecional para o Supremo Tribunal de Justiça, tendo, sumariamente, peticionado o seguinte:

“Entende a Recorrente que, face à aplicação do regime de flexibilidade de horário e às circunstâncias de facto dadas como provadas, o descanso semanal está incluído, nesse conceito normativo, até porque o pedido formulado pela recorrente, continua a deixar a determinação do concreto horário de trabalho a cumprir, na esfera da recorrida, permitindo, o específico horário requerido, observar os limites consagrados nos n.ºs 3 e 4 do artigo 56.º do Código do Trabalho e, assim, apesar do horário solicitado ter horas fixas de início e termo do período diário de trabalho e abranger os dias de folga, o mesmo não deixa de ser um horário de trabalho flexível de acordo com a definição legal, pois trata-se de um horário que visa adequar os tempos laborais às exigências familiares da recorrente, em função dos seus filhos menores, um com onze anos e outra com um ano”.

II. Enquadramento legal

1. Da compatibilização da vida profissional e familiar na Constituição e na Lei Ordinária

Cotejando o regime jurídico português, verificamos que são várias as disposições normativas que se ocupam da temática relativa à compatibilização da vida profissional com a vida familiar (work-life balance).

Desde logo, prevê o artigo 59.º, n.º 1, alínea b) da Constituição da República Portuguesa que:

“Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: [...] b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, **de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar**” (negrito nosso).

Do mesmo modo, prevê o artigo 67.º do mesmo diploma fundamental que:

“1. **A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado** e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família:

[...] h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a **conciliação da actividade profissional com a vida familiar**” (negrito nosso).

Também o artigo 68.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa prevê que:

“Os pais e as mães **têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos**, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país” (negrito nosso).

Também no plano infraconstitucional, houve uma preocupação no sentido de se prever compatibilização da vida profissional com as responsabilidades familiares. Nesse sentido, e a título meramente exemplificativo, dispõe o **artigo 212.º, n.º 2, alínea b)** do Código do Trabalho que “Na elaboração do horário de trabalho, o empregador deve [...] **Facilitar ao trabalhador a conciliação da actividade profissional com a vida familiar**”. Por outro lado, prevê-se no artigo 59.º do Código do Trabalho que “A trabalhadora grávida, bem como o trabalhador ou trabalhadora com filho de idade inferior a 12 meses, **não está obrigada a prestar trabalho suplementar**”. O artigo 60.º do Código do Trabalho **dispensa as trabalhadoras de prestação de trabalho noturno**, durante um período de 112 dias antes e depois do parto e durante o restante período de gravidez ou de amamentação, se tal for necessário para a sua saúde ou da criança.

III. Do regime específico do Horário Flexível de trabalhador com responsabilidades familiares

Como forma de compatibilizar, por um lado, as necessidades resultantes das responsabilidades familiares dos trabalhadores e, por outro, as necessidades organizativas da Empresa, o artigo 45.º do Código do Trabalho de 2003 (aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto) e o artigo 79.º da Regulamentação do Código do Trabalho (aprovada pela Lei n.º 35/2004, de 29 de julho), vieram prever um regime jurídico de flexibilização do horário de trabalho, atualmente previsto no artigo 56.º do Código do Trabalho de 2009.

De acordo com o referido regime, todos os trabalhadores com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele(a) viva em comunhão de mesa e habitação, têm direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos.

A lei define o horário flexível como “aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e de termo do período normal de trabalho diário”.

De seguida, a lei esclarece que o horário flexível, a elaborar pelo empregador, deve:

- a) Conter um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual a metade do período normal de trabalho diário;
- b) Indicar os períodos para início e termo do trabalho normal diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário, podendo esta duração ser reduzida na medida do necessário para o que o horário se contenha dentro do período de funcionamento do estabelecimento;
- c) Estabelecer um período para intervalo de descanso não superior a duas horas.

Elaborado o horário de trabalho pelo empregador nos termos antecedentes, a lei esclarece que o trabalhador pode trabalhar até seis horas consecutivas e até dez horas diárias, devendo cumprir o período normal de trabalho semanal, em média de cada período de quatro semanas.

Conforme se extrai do regime acima identificado, é ao empregador, e não ao trabalhador, a quem compete a elaboração do horário flexível, o que, de resto, se encontra em consonância com o disposto no artigo 212.º, n.º 1 do Código do Trabalho que atribui ao empregador a competência para elaborar o horário de trabalho.

IV. A Decisão

Ao crivo do Supremo Tribunal de Justiça foi submetida a questão de saber se o regime jurídico do horário flexível concede ao trabalhador o direito de definir o descanso semanal, incluindo o sábado e o domingo, que pretende gozar ou se, ao invés, esse é um direito que assiste ao empregador.

O Supremo **Tribunal de Justiça** veio concluir que o trabalhador com direito ao horário flexível pode, também, definir os dias de descanso semanal que pretende gozar e, conseqüentemente, obrigou **a Empresa** a respeitar o pedido formulado pela Trabalhadora.

Desde logo, o Supremo Tribunal de Justiça enumera um conjunto de normas da Constituição da República Portuguesa e do Código do Trabalho (identificadas no Parágrafo II *supra*), que evidenciam a preocupação do legislador em proteger o trabalhador com as responsabilidades familiares. Por outro lado, sustenta que as normas de direito do trabalho devem ser interpretadas não apenas de acordo com os critérios gerais previstos no artigo 9.º do Código Civil, mas também de acordo com o princípio geral de tratamento mais favorável ao trabalhador que vigora no direito do trabalho.

É, pois, neste contexto, que o Supremo conclui que uma interpretação correta da norma relativa ao regime jurídico do horário flexível, impõe que se legitime os trabalhadores a determinar o seu próprio horário de trabalho (incluindo os dias de descanso semanal). Ressalva, contudo, que o empregador apenas pode recusar a aplicação do horário concretamente determinado pelo trabalhador quando não tenha condições para aceitar esse pedido.

Por fim, e para concluir a fundamentação da sua decisão, o Tribunal cita o acórdão proferido pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça no âmbito do processo n.º 17071/19.9T8SNT.L1.S1, de 17/03/2022, em que foi relator o Juiz Conselheiro Júlio Vieira Gomes, nos seguintes termos:

“Importa, contudo, ter presente que a montante da definição de horário flexível está a definição do que seja um horário de trabalho. Ora, nos termos do artigo 200.º, n.º 1 do CT “entende-se por horário de trabalho a determinação das horas de início e termo do período normal de trabalho diário e do intervalo de descanso, bem como do descanso semanal”, sendo que, como esclarece o n.º 2 do artigo 200.º do CT, “o horário de trabalho delimita o período normal de trabalho diário e semanal”. O horário flexível é um horário de trabalho, que bem pode a trabalhadora, no seu pedido, precisar que pretende que os seus dias de descanso sejam, como aliás afirma que vinham sendo há três anos, o sábado e o domingo” [...] “Acresce que também uma interpretação teleológica do regime de horário flexível aponta no mesmo sentido, porquanto só assim se consegue

o desiderato da conciliação entre a atividade profissional e a vida familiar. Como a trabalhadora referiu no seu pedido a alteração dos seus dias de descanso acaba por lhe acarretar um grave prejuízo económico, que, em grande medida, comprometeria o escopo legal do regime de horário flexível”.

V. Apreciação crítica do Acórdão

De acordo com o nosso entendimento não cremos que a decisão do Supremo Tribunal de Justiça deva proceder: além de a decisão e o respetivo fundamento não corresponderem ao disposto na lei, entendemos também que não pode ser atendido, como critério primordial de interpretação normativa, o princípio do “tratamento mais favorável do trabalhador”.

A interpretação da lei é feita, nos termos do artigo 9.º do Código Civil, pela análise conjugada de quatro elementos: i) o elemento literal; ii) o elemento histórico; iii) o elemento sistemático e; iv) o elemento teleológico.

Ora, interpretando o artigo 56.º do Código do Trabalho, à luz dos aludidos elementos, não se nos afigura possível acompanhar o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça. Antes de mais, conforme acima explicámos, a lei é clara no sentido de atribuir a competência para a elaboração do horário flexível ao empregador. É o próprio artigo 56.º, n.º 3 do Código do Trabalho que refere “O horário flexível, **a elaborar pelo empregador, deve** [...]”. Por outro lado, a lei atribui ao empregador o direito de indicar um ou dois períodos de permanência obrigatória do trabalhador (artigo 56.º, n.º 3, alínea a) do Código do Trabalho) e determinar os períodos para início e termo do trabalho normal diário (artigo 56.º, n.º 3, alínea b) do Código do Trabalho), devendo ainda “Estabelecer um período para intervalo de descanso não superior a duas horas” (artigo 56.º, n.º 3, alínea c) do Código do Trabalho).

Da análise interpretativa das normas em causa, não se nos afigura possível concluir que é ao trabalhador (e não ao empregador) que compete definir o seu próprio horário de trabalho, bem como os dias de descanso semanal.

O Supremo Tribunal de Justiça socorreu-se do princípio do tratamento mais favorável do trabalhador (ao arrepio dos mais elementares princípios interpretativos), para se afastar, de forma substancial, do sentido literal da norma.

Ora, aos tribunais cabe aplicar a lei e ministrar a justiça enquanto titulares do poder judicial do Estado. Foi a defesa do princípio da separação de poderes que levou à revogação da figura dos Assentos, que se traduziam em acórdãos com força obrigatória geral que constituíam fonte imediata de direito nos termos do artigo 2.º do Código Civil e que “fixam o sentido juridicamente relevante de um preceito preexistente e com ele a partir daí se confundem”, conforme definiu o Tribunal Constitucional no seu acórdão n.º 810/93, que acabou por declarar a inconstitucionalidade dos mesmos por violação do disposto no artigo 112.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa.

Assim, não se nos afigura razoável que os tribunais, à luz do que entendem ser as soluções “mais corretas”, possam fazer tábua rasa da vontade dos titulares do poder legislativo, através de interpretações corretivas do regime, tal como ocorria na vigência da Lei da Boa Razão, em que só se aplicavam as leis justas para se evitar as injustas demandas.

O regime jurídico do horário flexível foi notoriamente estabelecido como uma solução de equilíbrio, ou seja, apesar de se continuar a atribuir ao empregador o poder para a determinação do horário de trabalho, impõe-lhe alguns limites, justificados pelas necessidades especiais de proteção de que devem beneficiar os trabalhadores que se enquadrem no respetivo âmbito de aplicação. Em consonância, se os trabalhadores entenderem que as suas responsabilidades familiares não são compatíveis com o horário flexível determinado pelo empregador em estrito cumprimento da lei, caberá a estes a decisão de manutenção ou cessação do seu contrato de trabalho.

Em conclusão, entendemos que a decisão do Supremo Tribunal de Justiça poderá inclusivamente violar a Constituição, pela possível violação do princípio de legalidade e da separação de poderes. A norma contida no artigo 56.º, n.º 3, do Código do Trabalho tem um sentido literal que confere ao empregador o direito elaborar o horário de trabalho flexível requerido pelo trabalhador, observando os limites legalmente previstos.

