



Cuadernos de Derecho y Comercio **66**

**Consejo General
del Notariado**

**Diciembre
2016**



Cuadernos de Derecho y Comercio 66

Diciembre 2016
Revista semestral
Consejo General del Notariado

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO, Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Todos los trabajos publicados son originales.

© Consejo General del Notariado
General Martínez Campos, 46 - 28010 Madrid
Correo de contacto: cdc@notariado.org

Distribución: Editorial DYKINSON, S. L. - Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfonos (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISSN: 15757-4812
Depósito Legal: M-1339-1987

Preimpresión:
SAFEKAT, S. L.
Laguna del Marquesado, 32 - Naves J, K y L
Complejo Neural - 28021 Madrid
www.safekat.com

Imprime:
GRAMADOSA, S. L.
Avda. Moncayo, 2 - Nave 3 - 28703 - San Sebastián de los Reyes (Madrid)

CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE

Adolfo Pries Picardo

DIRECTORA

Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA

María Teresa Barea Martínez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Jesús Alfaro Águila-Real Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	José Manuel García Collantes Notario de Madrid
Carmen Alonso Ledesma Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Rafael Illescas Ortiz Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid
Alberto Alonso Ureba Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid	Josep Massaguer Fuentes Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra de Bar- celona
M. ^a Luisa Aparicio González Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	Xavier O'Callaghan Muñoz Catedrático de Derecho Civil. Magis- trado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
José M. ^a de la Cuesta Rute Catedrático emérito de Derecho Mer- cantil de la Universidad Complutense de Madrid	Santiago Ortiz Navacerrada Catedrático de Derecho Procesal
Alberto Díaz Moreno Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla	José Cándido Paz-Ares Rodríguez Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
José Miguel Embid Irujo Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia	Fernando Rodríguez Artigas Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Salvador Torres Ruiz Notario de Granada	Angel Rojo Fernández-Río Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Gaudencio Esteban Velasco Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Patricio Toscano Romero Abogado del Estado

COLABORADORES PERMANENTES

Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny	Rafael Morales Gordillo
Leticia Ballester Azpitarte	Blanca Palacios Guillén
María Teresa Barea Martínez	Juan Pérez Hereza
Ana Isabel Berrocal Lanzarot	Carlos Pérez Ramos
Luis L. Bustillo Tejada	Jorge Prades López
Antonio Domínguez Mena	Francisco Javier Ramírez González
Íñigo Fernández de Córdova Claros	Cristina Requena Torrecillas
María Teresa García Ludeña	Amanay Rivas Ruiz
José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz	Rocío Rodríguez Martín
Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz	Fernando Rodríguez Prieto
Miguel Llorente Gonzalvo	Luis Rojas Martínez del Mármol
Antonio Lopera Perales	Jorge Sáez-Santurtún Prieto
María López Mejía	Ernesto Tarragón Albella
Manuel Lora-Tamayo Villacieros	Manuel Gerardo Tarrío Berjano
Jesús Martínez-Cortés Gimeno	José Francisco Velasco Peche
Ignacio Martínez-Gil Vich	Miguel Vicente-Almazán Pérez de Petinto
María del Rosario de Miguel Roses	Joaquín Zejalbo Martín
	María de Zulueta Segarra

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Josefina Boquera Matarredona
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Francisco José León Sanz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Huelva

Andrés Recalde Castells
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades / Legal approach to the collaborative economy: Different realities, por <i>Rosalía Alfonso Sánchez</i>	13
La promoción de los sitios <i>web</i> en los buscadores: eventuales problemas que se suscitan en materia de propiedad intelectual / The promotion of web sites on search engines: occasional problems arising with intellectual property matters, por <i>David López Jiménez</i>	75
Ayudas de Estado y Tribunal de Justicia de la UE / State aid and the Court of Justice of European Union, por <i>Ignacio Signes de Mesa</i>	99

PRÁCTICA JURÍDICA

Conflictos de socios: un análisis a la luz de un caso singular / Conflicts between partners: an analysis in the light of a particular case, por <i>Ricardo Cabanas Trejo</i>	139
El certificado bancario en las aportaciones dinerarias en las constituciones de sociedades y los aumentos de capital / Bank certificates in monetary contributions for the incorporation of companies and capital increases, por <i>Jesús Leonart Castro</i>	163

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

Aportaciones de socios no integradas en el capital social / Contributions by partners not included in the company's capital, por <i>Luis Alfonso Rojí Chandro y Dolores Dizy Menéndez</i>	179
---	-----

SUMARIO

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Derecho contractual

- Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014 / Comment on the resolution dated May 9th, 2016, by the Directorate General for Public Registries and Notaries Public, por *Íñigo Revilla Fernández*..... 195

Derecho societario

- Comentario a la resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2016 / Comment on the DGRN resolution dated May 4th, 2016, por *Sofía Bañuelos* 205

Derecho concursal

- Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2016, sobre la interpretación del artículo 97bis.1 de la Ley Concursal, sobre modificación de los créditos reconocidos en el texto definitivo de la lista de acreedores / Comment on the Supreme Court Judgment dated november 4th, 2016, on the interpretation of article 97 bis.1 of the insolvency act, on the modification of recognized credits in the definitive text of the list of creditors, por *Ignacio Pérez-Olivares Delgado* 215

RECENSIONES

- Recamán Graña, Eva: Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis, por *Blanca Villanueva-Pomareda*.... 227

ESTUDIOS DOCTRINALES

APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA ECONOMÍA COLABORATIVA: DIFERENTES REALIDADES *

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ

Catedrática (ac) de Derecho Mercantil, Universidad de Murcia
rosalia@um.es

RESUMEN

Con la expresión «economía colaborativa» se hace referencia, por regla general, a los nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios surgidos a principios de este siglo gracias a las posibilidades ofrecidas por los avances de la tecnología de la información para intercambiar y compartir dichos bienes y/o servicios, dado que permiten reducir las asimetrías informativas y los costes de transacción que afectan a dichas actividades, a la vez que permiten incrementar la escala en que se llevan a cabo y realizarlas de forma diferente a la tradicional.

Desde una perspectiva jurídica, la economía colaborativa conlleva incertidumbre, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de aplicar a esta nueva realidad disposiciones pre-existentes dictadas para regular un modo de actuar diverso, como en lo que se refiere a la oportunidad o no de avanzar en una regulación nueva y específica de la realidad surgida. Italia, por ejemplo, ya ha dado un primer paso en el camino hacia la regulación con su *Proposta de leggi «Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione»* (presentada el 27 de enero de 2016). Los organismos europeos se habían limitado hasta ahora a evidenciar la incidencia de esta nueva forma de actuación en determinados sectores del mercado y a subrayar los problemas derivados del nuevo modelo [vgr., Comunicación de la Comisión titulada «Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas» —COM(2015) 550 final, 28-10-2015]. No obstante, la Comunicación sobre la «Agenda europea para la economía colaborativa», presentada el 2 de junio de este año, proporciona orientaciones sobre cómo aplicar la legislación vigente de la Unión Europea a este dinámico sector en rápida evolución, y aclara cuestiones clave a las que se enfrentan

* El presente trabajo se enmarca en los siguientes proyectos: 1. «La renovación tipológica en el Derecho de Sociedades contemporáneo», del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-44438-P). 2. «La necesaria y conveniente actualización del Régimen jurídico de las sociedades laborales: su idoneidad al servicio del emprendedor», de la Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia- Fundación Séneca (19311/PI/14).

por igual los operadores del mercado y las autoridades públicas [COM(2016) 356 final, 2-6-2016].

Por otra parte, muchos estudios apuntan que la economía colaborativa tiene poco de este adjetivo, llegando a hablarse de «capitalismo de plataforma», pues tales plataformas no comparten ni la propiedad ni los beneficios con los usuarios que, de hecho, son los encargados de generar valor dentro de ellas. Surge así un nuevo movimiento que pretende volver a la raíz del adjetivo colaborativo y dar lugar a plataformas en las que propiedad, beneficio y responsabilidad sean realmente distribuidos. Es el caso del «*platform cooperativism*», esto es, de las plataformas propiedad de los usuarios que proporcionan los recursos que las hacen funcionar, ya sea en forma de trabajo o de bienes o como consumidores de un producto o servicio; que se gobiernan de una forma democrática y distribuida, y que incluso llegan a repartir los beneficios entre sus copropietarios productores-consumidores. Es la extensión de los fundamentos de las cooperativas a las plataformas colaborativas, en definitiva, una manera diferente de hacer «*sharing economy*».

Palabras clave: economía colaborativa, plataformas colaborativas, capitalismo de plataforma, cooperativismo de plataforma, legislación aplicable.

LEGAL APPROACH TO THE COLLABORATIVE ECONOMY: DIFFERENT REALITIES

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ
Accredited Professor of Company Law
rosalia@um.es

ABSTRACT

«Collaborative economy» normally refers to those new production and consumption systems of goods and services arisen at the beginning of this century facilitated by the advances in information technology. The possibilities to exchange and share those goods and/or services allow to reduce information asymmetries and transaction costs affecting those activities, while increasing the scale and permitting a deviation from traditional ways.

From a legal perspective, the collaborative economy entails uncertainty, both as regards the possibility of applying to this new reality pre-existing provisions dictated to regulate a different way of acting, as for the opportunity or not to advance in a new and specific regulation of the emerged reality. Italy, for example, has already taken a first step on the road to regulation with its «Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione» (presented on 27 January 2016). European Institutions have so far limited themselves to highlighting the impact of this new form of action in certain sectors of the market and to underlining the problems arising from the new model (see Communication from the Com-

mission entitled «*Upgrading the single market: more opportunities for people and business*», -COM(2015) 550 final, 28.10.2015). However, the Communication «*A European agenda for the collaborative economy*», presented on 2nd June this year, provides guidance on how to apply existing European Union legislation to this fast-moving dynamic sector and clarifies key issues which are faced by market operators and public authorities alike (COM(2016) 356 final, 2.6.2016).

On the other hand, many studies point out that this «collaborative economy» is far from being collaborative, even talking about a «platform capitalism», given that those platforms don't share neither property nor benefits with their users, who are, in fact, the ones generating value within the platforms. Thus, a new movement rises up trying to go back to the roots of the concept of «collaborative» and enable platforms where property, benefits and responsibility are really distributed or shared. This is the case of «platform cooperativism», i.e., those platforms owned by the users who are contributing with their own resources, either their work or their goods, or just as consumers of goods or services, even sharing their benefits between the co-owners producers-consumers. The application of the cooperatives fundamentals to collaborative platforms is, in essence, a new way of «sharing economy».

Keywords: collaborative economy, collaborative platforms, platform capitalism, platform cooperativism. legislation.

SUMARIO: I. LA ECONOMÍA COLABORATIVA: SUS DIFERENTES REALIDADES. 1. Aproximación a la economía colaborativa. 2. Actividades básicas en la economía colaborativa. 3. Sobre los modelos de negocio en la economía colaborativa. 4. Modelo de negocio y plataforma colaborativa. 5. Una definición europea para la economía colaborativa: sus agentes.—II. LA [DISCUTIDA Y DISCUTIBLE] REGULACIÓN «DE», «EN» Y «PARA» LA ECONOMÍA COLABORATIVA. 1. Innovación disruptiva y regulación. 2. ¿Una visión *ius* privatista de la cuestión reguladora? 3. La cuestión reguladora según la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española. 4. La cuestión reguladora según la Unión Europea. 5. Propuesta reguladora italiana.—III. CUESTIONES CLAVE DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO EUROPEO. 1. Acceso al mercado. 2. Régimen de responsabilidad. 3. Protección de los usuarios. 4. Cuestiones jurídicas transversales ineludibles. 5. Reputación digital y digitalización de la confianza.—IV. UNA ALTERNATIVA A LAS PLATAFORMAS DE CORTE CAPITALISTA: EL COOPERATIVISMO DE PLATAFORMA. 1. La interrelación entre economía colaborativa y cooperativismo valorada desde Estados Unidos. 2. La interrelación entre economía colaborativa y cooperativismo valorada desde Europa. 3. Las plataformas con forma cooperativa.—V. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

I. LA ECONOMÍA COLABORATIVA: SUS DIFERENTES REALIDADES

1. Aproximación a la economía colaborativa

Con la expresión «economía colaborativa» se hace referencia, por regla general, a los nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios surgidos a principios de este siglo gracias a las posibilidades ofrecidas por los avances de la tecnología de la información para intercambiar y compartir dichos bienes y/o servicios, que permiten reducir las asimetrías informativas y los costes de transacción que afectan a dichas actividades¹, a la vez que permiten incrementar la escala en que se llevan a cabo y realizarlas de forma diferente a la tradicional².

Las realidades que encierra la economía colaborativa han recibido diversas denominaciones a lo largo de los años y todas ellas coexisten en la actualidad. El término originariamente empleado para describir el fenómeno fue el de «consumo colaborativo» (*collaborative consumption*)³, pero resultó insuficiente por ser la

¹ La teoría de los costes de transacción (según la cual los agentes económicos poseen una información limitada y ello encarece los costes asociados a las negociaciones o transacciones —COASE, R.: «The nature of the firm», *Economica*, vol. 4, núm. 16, 1973, pp. 386-405—) es la principal herramienta teórica para comprender la economía colaborativa, pues las plataformas reducen drásticamente dichos costes entre usuarios y proveedores (HENTEN, A. H./WINDEKILDE, I. M., «Transaction costs and the sharing economy», *info*, vol. 18 Iss 1, 2016, pp. 1-15. Available in: <http://dx.doi.org/10.1108/info-09-2015-0044>, pp. 5 y 13).

² En general, DOMÉNECH PASCUAL, G.: «La regulación de la economía colaborativa», *Revista CEFLEGAL, CEF*, núms. 175-176, agosto/septiembre 2015, pp. 61-104, p. 65.

³ FELSON, M./SPAETH, J.: «Community Structure and Collaborative Consumption A Routine Activity Approach», *The American Behavioral Scientist*, Mar/Apr 1978, pp. 21 y 24; BOTSMAN, R./ROGERS, R.: *What's Mine is Yours: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live*, Ed. Harper Collins, New York, 2010.

economía colaborativa algo más que consumo. También es frecuente el término «economía entre pares» (*peer—P2P—economy*)⁴, que se aplica a organizaciones surgidas en torno al modelo de negocio peer-to-peer, en el que las plataformas se usan para alquilar, vender, prestar o compartir bienes al margen de tiendas, bancos o agencias; pero tampoco esta realidad engloba toda la economía colaborativa, pues deja fuera otras fórmulas entre empresarios y consumidores, empresarios y empresarios o, incluso, entre consumidores y empresarios. La palabra «malla» (*mesh*)⁵, por su parte, alude al modo en que la tecnología digital se usa para proporcionar bienes y servicios de nuevas y variadas formas. «La malla» es una metáfora que describe una etapa totalmente nueva de servicios basados en la información y que se extiende a fenómenos como Facebook y Twitter. La expresión «economía de bolos» (*gig economy*)⁶ hace referencia al «crowdwork» y al «work-on-demand via apps», fórmulas en las que la oferta y demanda de trabajo se realiza *online* o a través de aplicaciones móviles, proporcionando oportunidades de trabajo y horarios flexibles a los sujetos (v. gr., plataformas como TaskRabbit o Lyft)⁷, pero que no deja de ser sólo una parcela —importante— de la economía colaborativa. La llamada «economía de acceso» (*access economy*)⁸ se centra en la cualidad básica de los modelos de negocio de la economía colaborativa, cual es que el acceso a los bienes es preferible a la propiedad de los mismos.

La expresión que ha adquirido mayor popularidad es la de «economía de uso compartido» o «economía del compartir» (*sharing economy*)⁹, basada en la idea

⁴ CHASE, R., *Peers Inc.: how people and platforms are inventing the collaborative economy and reinventing capitalism*, Public Affairs, 2015. FRAIBERGER, S./SUNDARARAJAN, A.: «Peer-to-Peer Rental Markets in the Sharing Economy» (october 6, 2015), *NYU Stern School of Business Research Paper*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2574337> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2574337>, pp. 1-44. SUNDARARAJAN, A.: «Peer to Peer Business and the Sharing (Collaborative) Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues», 14 January 2014 (*Written testimony for the hearing titled, The Power of Connection: Peer-to-Peer Businesses, held by the Committee on Small Business of the United States House of Representatives, January 15th, 2014*).

⁵ GANSKY, L.: *The Mesh: Why the Future of Business Is Sharing*, Portfolio, New York, 2010.

⁶ Con dicha expresión se hace referencia al sector económico caracterizado por el trabajo a tiempo parcial, temporal o de *freelance*; en definitiva, empleos de duración incierta.

⁷ DE STEFANO, V.: *The rise of the «just-in-time workforce»: on-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, International Labour Office, Geneve, 2016; MEYER, E. L.: *The gig economy: is the trend towards non-staff employees good for workers?*, CQ researcher, v. 26, no. 12, 2016; MULCAHY, D.: *The gig economy: the complete guide to getting better work, taking more time off, and financing the life you want*, AMACON, New York, 2016.

⁸ RIFKIN, J.: *The Age of Access: The New Culture of HyperCapitalism Where All of Life Is A Paid-For Experience*, Tarcher, New York, 2000; KELLY, K.: «Better Than Owning», 21-1-2009, available in: <http://kk.org/thetechnium/better-than-own/>.

⁹ La idea se atribuye a BENKLER, Y.: «Sharing Nicely»: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production», 114 *Yale Law Journal* 273 (2004). De importancia es la reciente obra de SUNDARARAJAN, A.: *The Sharing Economy. The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2016. Entre otros, también ORSI, J.: *Practicing law in the sharing economy: helping people build*

de un ecosistema socioeconómico en el que compartir la creación, producción, distribución, comercio y consumo de bienes y servicios entre diferentes personas y organizaciones; pero el término compartir puede resultar engañoso, puesto que con frecuencia la economía colaborativa implica el pago y no un simple intercambio¹⁰. Hay autores que prefieren hablar de «capitalismo de base multitudinaria» (*crowd-based capitalism*), como un nuevo modo de organizar la actividad económica capaz de suplantarse al tradicional modelo centrado en las corporaciones («*corporate-centered*»)¹¹; y quienes ponen su atención en el instrumento que permite la nueva realidad y utilizan, en consecuencia, la expresión «economía de plataforma» (*platform economy*)¹².

En este trabajo utilizaremos la expresión «economía colaborativa» (*collaborative economy*) que, entendemos, engloba todas las anteriores y que es el que ha asumido la Unión Europea y nuestra Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, como veremos de inmediato¹³.

cooperatives, social enterprise, and local sustainable economies, American Bar Association, 2012; KASSAN, J./ORSI, J.: «The LEGAL Landscape of the Sharing Economy», *Journal of Environmental Law & Litigation*, 2012, pp. 1-11; CANNON, B./CHUNG, H.: «A framework for designing co-regulation models well-adapted to technology-facilitated Sharing Economies», *Santa Clara High Tech. L. J.*, 2015, pp. 23-96; OF-HEARTS, S.: *Save, share, simplify: how to use the sharing economy to reduce expenses, build community and design your ideal life*, CreateSpace, 2014; RICHARDSON, L.: «Performing the Sharing Economy», *Geoforum* núm. 67, 2015, pp. 121-129. Available in: <http://dx.doi.org/10.1016/j.geoforum.2015.11.004>; WOSSKOW, D.: *Unlocking the sharing economy. An independent review*, London, 2014.

¹⁰ Ilustrativa resulta la opinión de RAMPPELL, C.: «What Preschoolers Can Teach Silicon Valley About «Sharing»,» WASHINGTON POST (May 15, 2014), https://www.washingtonpost.com/opinions/catherine-rampell-paying-for-your-fair-share-in-an-app-based-economy/2014/05/15/007da348-dc66-11e3-8009-71de85b9c527_story.html?utm_term=.790f1b18a63f: «(T)o call these activities 'sharing' is an insult to the intelligence of existing businesses, regulators and 5-year-olds everywhere».

¹¹ Así, SUNDARARAJAN, A. (*The Sharing Economy*, cit., p. 27), aunque continúa utilizando el de «sharing economy», que es el que más gente conoce.

¹² SCHOR, J. B.: «Does the Sharing Economy Increase Inequality Within the Eighty Percent?: Findings from a Qualitative Study of Platform Providers», 2016, pp. 1-41. Available in: http://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/sociology/pdf/SharingEconomyInequality.pdf; QING YANG, Y. J.: «The Platform Economy and Natural Monopoly: regulating or laissez-faire? http://www.law.uchicago.edu/files/file/the_platform_economy_and_natural_monopoly_regulating_or_laissez-faire_qingyang.pdf. Dicha noción se remonta al trabajo de ROCHET, J./TIROLE, J.: «Platform competition in two-sided markets», *Journal of the European Economics Association*, 2003, 1(4), pp. 990-1029.

¹³ También BUCKLAND, H./VAL, E./MURILLO, D. (*We share. Who wins?: Unravelling the controversies of the collaborative economy*, ESADE, may, 2016, p. 9) prefieren utilizar el término economía colaborativa, por ser el más asentado tanto entre defensores como entre críticos, porque no evidencia las cuestiones éticas que presenta la *shared economy* y no se circunscribe a un tipo particular de actividad, como sucede con el *access* o con el de *on-demand economy* (que excluyen a algunas de las mayores plataformas). Para una selección de las definiciones más comunes, CODAGNONE, C./BIAGI, F./ABADIE, F.: «The Passions and the Interests: Unpacking the 'Sharing Economy'», *JCR SCIENCE FOR POLICY REPORT*, European Commission, 2016 (<https://ec.europa.eu/jrc>), p. 66.

En opinión de la generalidad de la doctrina, los rasgos distintivos de la economía colaborativa son los siguientes: a) el necesario uso de internet; b) la interconexión en red de personas y/o activos; c) el acceso al uso de activos tangibles e intangibles desaprovechados; d) el logro de interacciones significativas y la confianza; y e) el carácter abierto, inclusivo y global¹⁴.

2. Actividades básicas en la economía colaborativa

Atendiendo a cuál sea el propósito perseguido por las empresas de economía colaborativa, ciertos autores diferencian en ésta cuatro actividades básicas¹⁵.

La primera de ellas es el consumo colaborativo (*collaborative consumption*), que proporciona el acceso a los bienes y/o servicios a través de los siguientes instrumentos jurídico-económicos: *bartering, renting, lending, trading, leasing, exchanging, reselling* y *swapping*. Incluye tanto los mercados de redistribución —*redistribution markets*—, donde se revenden o redistribuyen los bienes desde donde no se necesitan hacia donde sí se desean (v. gr., Furniture Re-use Network), como los sistemas de producto y servicio —*product service systems*—, en los que se paga por el acceso a los bienes en lugar de adquirirlos (v. gr., Zipcar, Airbnb, eBay, Uber) y los sistemas de vida colaborativa —*collaborative lifestyles*—, donde se comparten e intercambian activos intangibles, como tiempo, habilidades, tiempo y espacio (v. gr., Grub Club, Blablacar)¹⁶.

La segunda actividad viene referida a la producción colaborativa (*collaborative production*), en la que grupos, redes o particulares colaboran en el diseño, producción o distribución de bienes. Incluye el diseño colaborativo —*collaborative design*—, en el que se trabaja de forma conjunta en el diseño de un producto o servicio, surgiendo la iniciativa de una llamada abierta, un informe de diseño o un desafío (v. gr., Quirky), la elaboración colaborativa de productos o proyectos —*collaborative making*— (v. gr., OpenStreetMap), y la distribución colaborativa —*collaborative distribution*— en la que se organiza y realiza la distribución de bienes directamente entre particulares (v. gr., Nímbler)¹⁷.

La tercera está constituida por el aprendizaje colaborativo (*collaborative learning*), esto es, experiencias de aprendizaje abiertas a cualquier sujeto y donde se comparten recursos y conocimientos para aprender de forma conjunta. Incluye el

¹⁴ STOKES, K./CLARENCE, E./ANDERSON, L./RINNE, A.: *Making sense of the UK collaborative economy*, Nesta, 2014, pp. 1-47, p. 11.

¹⁵ BOTSMAN, R./ROGERS, R.: *What's Mine is Yours*, cit.

¹⁶ STOKES, K./CLARENCE, E./ANDERSON, L./RINNE, A.: *Making sense of the UK collaborative economy*, cit., p. 11.

¹⁷ STOKES, K./CLARENCE, E./ANDERSON, L./RINNE, A.: *Making sense of the UK collaborative economy*, cit., p. 11.

acceso libre y gratuito a cursos, lecturas y contenidos educacionales —*open courses and courseware*— (v. gr., FutureLearn, Moocs, Coursera), pero también el ofrecimiento a enseñar o compartir destrezas —*skillsharing*— (v. gr., Skilio), o la aportación pública de conocimientos o de resolución de problemas —*crowd-sourced knowledge*— (v. gr., Wikipedia)¹⁸.

Finalmente, la cuarta tiene que ver con las finanzas colaborativas (*collaborative finance*), o servicios de financiación, préstamo o inversión que se prestan al margen de las entidades financieras tradicionales. Es el caso del *crowdfunding* o financiación directa y en masa de un concreto proyecto (v. gr., Space Hive, CrowdCube), o del *peer-to-peer lending*, que conecta a quienes desean invertir con aquellos que necesitan un préstamo (v. gr., Zopa), las *complementary currencies* o monedas alternativas a las de uso legal a las que determinados grupos les reconocen valor a ciertos efectos (v. gr., Economy of Hours, Bristol Pound), y las pólizas de seguros colectivas —*collaborative insurance*— (v. gr., Bought by Many)¹⁹.

Recientemente, se suele dar entrada a un quinto pilar [o quinta actividad] formado por la gobernanza colaborativa (*collaborative governance*), relativa a esos nuevos mecanismos de gobernanza horizontal y participativa que tienen lugar tanto en las ciudades como en las empresas. Por lo que se refiere a las ciudades, se trata de crear nuevas y sólidas relaciones entre ciudadanos, administración pública, particulares y tercer sector²⁰.

3. Sobre los modelos de negocio en la economía colaborativa

Son diversas las clasificaciones que se pueden realizar sobre los modelos de negocio que tienen lugar en la economía colaborativa puesto que la realidad de ésta es muy variada.

A) Clasificación según modelos de prestación y participantes en la transacción

Una clasificación frecuente es la que tiene en cuenta tanto los modelos de prestación como a quienes participan en la transacción, distinguiéndose así el modelo B2C o *Business-to-Consumer*, en el que una empresa es titular o maneja directamente el servicio o la prestación; el B2B o *Business-to-Business*, donde la interacción

¹⁸ STOKES, K./CLARENCE, E./ANDERSON, L./RINNE, A.: *Making sense of the UK collaborative economy*, cit., p. 11.

¹⁹ STOKES, K./CLARENCE, E./ANDERSON, L./RINNE, A.: *Making sense of the UK collaborative economy*, cit., p. 11.

²⁰ AA.VV.: *Dalla Sharing Economy all'Economia Collaborativa. L'impatto e le opportunità per il mondo cooperativo*, I Quaderni di Unipolis, ottobre 2015, p. 17.

se realiza entre empresas que poseen o manejan el servicio o la prestación; el P2P o *Peer-to-Peer*, en el que son los particulares los que a través de la plataforma interactúan y cambian o realizan las prestaciones o servicios; el C2B o *Consumer-to-Business*, en el que la empresa se beneficia y paga por los conocimientos o activos de los consumidores²¹; y el G2G o *Government-to-Government*, en el que son los organismos o instituciones públicas los que interactúan a través de la plataforma²².

B) Clasificación basada en las acepciones del verbo «to share»

Es muy ilustrativa la clasificación de los modelos de la economía colaborativa —aunque en su vertiente de la economía del compartir (*sharing economy*)— basada en las acepciones del verbo «to share» y, por tanto, en las múltiples facetas del hecho de compartir²³. Esta clasificación distribuye en cuatro ejes bimodales ocho características de este hecho, resultando las siguientes combinaciones: 1) *formal/informal sharing*, según la actividad se realice en el marco de un sistema legal formal o al margen del aparato regulador, pero sin llegar a la ilicitud; 2) *gratuitous/nongrattuitous sharing*, dependiendo de que se espere o no la obtención de una ganancia (monetaria o no) o una contraprestación; 3) *monetary/nonmonetary sharing*, en función de que la actividad implique o no intercambio de dinero; y 4) *commercial/personal sharing*, dicotomía que conlleva la dificultad de concretar lo que sea o no comercial dado que cada vez es más difusa la línea que separa tal distinción²⁴. Cualquier actividad puede ser ubicada en cualquier punto de la línea imaginaria que une cada uno de los extremos de los ejes indicados. Además, aunque algunas de las categorías bimodales puedan tender a alinearse, cada eje ha de considerarse de forma independiente, puesto que *sharing* puede englobar multitud de combinaciones de esas modalidades. Por ejemplo, lo usual es que lo que es comercial sea además dinerario; y, normalmente, lo que es particular es no dinerario, pero puede serlo²⁵.

C) Clasificaciones que se centran en las plataformas colaborativas

En otro intento clasificatorio, y si se centra el enfoque en la plataforma colaborativa, cabría diferenciar entre plataformas comerciales o *for-profit* (FP) y pla-

²¹ Sobre estos modelos, STOKES, K./CLARENCE, E./ANDERSON, L./RINNE, A.: *Making sense of the UK collaborative economy*, cit., p. 14.

²² Modelo incluido por CODAGNONE, C./BIAGI, F./ABADIE, F.: «The Passions and the Interests», cit., pp. 21, 23, 122. Por ejemplo, en Estados Unidos, la plataforma *MuniRent* permite a los ayuntamientos compartir equipos pesados infrautilizados, como excavadoras, camiones de basura, elevadores aéreos, etc.

²³ Clasificación realizada por ZALE, K.: «Sharing Property», cit., pp. 514-524.

²⁴ Con detalle sobre los cuatro ejes bimodales, con ejemplos concretos, ZALE, K.: «Sharing Property», cit., pp. 514-524.

²⁵ ZALE, K.: «Sharing Property», cit., p. 516.

taformas *not-for-profit* (NFP); o atender a la dimensión de la plataforma en términos de usuarios —relevancia dimensional—; o distinguir según las implicaciones regulatorias o la capacidad disruptiva de las plataformas.

Particularmente interesante es la clasificación que atiende al comportamiento de la plataforma, en el sentido de diferenciar si lo que permite o posibilita ésta es la creación de un marco de oferta y demanda de productos y servicios entre proveedores y usuarios, convirtiéndose así la propia plataforma en un «mercado» de intercambio y quedando sometida a las leyes (invisibles) de éste, o si aquello a lo que da lugar la plataforma es a una organización (empresa o entidad gubernamental) con visibilidad y estructura jerarquizada de trabajadores asalariados, sin que ella en sí misma pueda considerarse mercado²⁶.

4. Modelo de negocio y plataforma colaborativa

Pero, al margen de las clasificaciones expuestas, a nuestro juicio, el concreto modelo de negocio de economía colaborativa ante el que podamos encontrarnos viene determinado por la función que desarrolle la plataforma en cuestión en lo que se refiere a la provisión o prestación de bienes o servicios. Es posible, así, que la plataforma se limite a hacer simplemente de intermediario digital, poniendo en contacto a los prestadores/proveedores con los usuarios y facilitando la colaboración entre ellos. Pero también es posible que la plataforma sea la que preste el propio producto/servicio principal; o que preste servicios auxiliares o complementarios a los principales. En este tercer caso será preciso diferenciar si tales actuaciones son verdaderamente auxiliares o complementarias o si, por el contrario, se convierten en parte esencial del producto/servicio ofrecido, siendo las consecuencias diferentes en cada circunstancia. Será el estudio de cada concreto supuesto de hecho el que indique el modelo de negocio al que responde y la realidad normativa a la que, en su caso, quedaría sometido.

Ciertamente, las plataformas colaborativas son esenciales para la existencia de los mercados de la economía colaborativa y desarrollan diversas funciones, siendo las más comunes las siguientes: 1) crear la plataforma en la que se conectan quienes ofrecen un activo y quienes desean acceder a él; 2) proveer el mecanismo para que la transacción económica se realice por vía electrónica; 3) proveer los mecanismos de verificación que minoren los riesgos y los costes de transac-

²⁶ Para SUNDARARAJAN, A. (*The Sharing Economy*, cit., pp. 70-71 y 77), mientras algunas plataformas son como verdaderos mercados en los que se facilita el emprendimiento (como puede ser el caso de Airbnb, Etsy, BlaBlaCar, Upwork, Thumbtack, VizEat, Eatwith, Vayable), otras se asemejan a las organizaciones gestoras de negocios y con plantillas de asalariados (v. gr., Luxe, Postmates, Universal Avenue). En el punto intermedio se encontrarían plataformas como Lyft o Uber.

ción asociados al hecho de compartir con extraños. Como contraprestación, las plataformas suelen cobrar un canon a los usuarios²⁷.

Como se verá más adelante, mientras la plataforma limite su actuación a la indicada, su intervención será la de intermediario digital con prestaciones cualificadas que permitan que la transacción se realice *online* y que se cree un sistema calibrador de la reputación de proveedores y usuarios. Todo lo que exceda de ello podrá introducir a la plataforma en la propia actividad de provisión del bien o servicio, siendo la misma plataforma la que entre en competencia con los agentes tradicionales²⁸.

5. Una definición europea para la economía colaborativa: sus agentes

Como hemos avanzado *supra*, la Comisión Europea, en su reciente Comunicación sobre *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, apuesta por esta expresión (economía colaborativa) para hacer referencia a aquellos «modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares»²⁹. Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.

En ausencia de una definición comúnmente aceptada de lo que sea la economía colaborativa, también en España la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acota tal realidad de forma similar a la Comisión Europea,

²⁷ Así, ZALE, K.: «Sharing Property», *University of Colorado Law Review*, vol. 87, 2016, pp. 502-579; *U of Houston Law Center* No. 2015-A-16. (Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2646825>), pp. 540 y 565).

²⁸ Hay quien considera que las aplicaciones como Uber o Airbnb no pueden entenderse como empresas en sentido clásico al no ser ni personas (físicas o jurídicas) ni unidades de producción con jerarquías internas, razón por la cual advierte lo difícil y extremadamente costoso que resulta pretender aplicar normas, sancionar o perseguir un *software* (OSSA, C.: «Economías colaborativas: Regulación y Competencia», *Universidad Externado de Colombia, From the Selected Works of Camilo Ossa*, may 16, 2016, Available at: http://works.bepress.com/camilo_ossa/10/, pp. 1-21, p. 15). Los que violan las normas son los prestadores del servicio, no la aplicación en sí misma, de modo que quienes podrían entrar en competencia con los proveedores tradicionales serían los prestadores del servicio, no el creador del *software* que pone en contacto a prestadores y usuarios. Cita el autor la Resolución núm. 099-2015/CD1 INDECOPI (Lima, 19-8-2015, expte. 2011-2014/CCD, imputada Easy Taxi Perú, S.A.C.) sobre una presunta competencia desleal entre la aplicación *EasyTaxi* y los taxis regulares, en la que se argumentaba la imposibilidad de predicar competencia desleal entre aquél y éstos por no ser la aplicación un competidor de los taxis regulares al servir sólo de intermediario y acercar el taxi al usuario final, siendo prestado el servicio por el taxi y no por la aplicación.

²⁹ COM(2016) 356 final, Bruselas 2.6.2016, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones.

señalando que «engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten, de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet»³⁰.

Considera la Comisión Europea que en la economía colaborativa están implicados tres categorías de agentes: *a) los prestadores de servicios*, que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias y que pueden ser tanto particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») como prestadores de servicios que actúan a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); *b) los usuarios* de dichos servicios, y *c) los intermediarios*, que a través de una plataforma en línea conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»).

II. LA DISCUTIDA Y DISCUTIBLE REGULACIÓN «DE», «EN» Y «PARA» LA ECONOMÍA COLABORATIVA

1. Innovación disruptiva y regulación

Son innovaciones disruptivas las que invaden bruscamente los mercados³¹; y la economía colaborativa lo es, pues ha introducido en los mercados tradicionales nuevos proveedores, inversores y clientes que en su configuración son más pequeños, menos expertos o menos profesionales que los hasta ahora conocidos, siendo poco probable que cumplan las reglas y regulaciones que rigen en los mercados en los que irrumpen³². A primera vista, la solución podría ser la de exigirles el cumplimiento de tales reglas, pero los nuevos agentes de la economía colaborativa no son como los tradicionales y las normas previstas para profesionales o grandes compañías podrían acabar con ellos³³.

En la literatura sobre [las diversas versiones de] la economía colaborativa se advierten diferentes tomas de postura en orden a la necesidad o no de regular esta

³⁰ CNMC: *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, marzo, 2016. Documento disponible en <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzzs1mhxy2y0/edit?pref=2&pli=1>

³¹ Véase este concepto en BOWER, J. L./CHRISTENSEN, C. M.: «Disruptive Technologies: Catching the Wave», *Harvard Business Review* 73, núm. 1, January–February, 1995, pp. 43-53.

³² CHRISTENSEN, C. M.: (*The Innovator's Dilemma: when new technologies cause great firms to fail*, Ed. Harvard Business School Press, Boston, 1997) explica que «la innovación disruptiva describe el proceso a través del cual un producto o servicio simple entra en el extremo inferior del mercado y luego escala gradual y constantemente, llegando a ocupar el mercado y desplazando a los competidores establecidos».

³³ STOKES, K./CLARENCE, E./ANDERSON, L./RINNE, A.: *Making sense of the UK collaborative economy*, cit, p. 28.

nueva realidad y, en su caso, la forma más adecuada de hacerlo. Desde los partidarios de la autorregulación³⁴ hasta los más estrictos defensores del intervencionismo³⁵, se encuentran quienes defienden sistemas intermedios o mixtos de regulación³⁶ y quienes proponen regulaciones experimentales que permitan la posterior evaluación de su efectividad y —gracias a ello— la obtención de información más precisa sobre cómo regular³⁷. Incluso se apuesta por el recurso a la regulación algorítmica (*algorithmic regulation*)³⁸, esto es, la regulación que podría surgir tras el análisis de grandes conjuntos de datos en cada sector de la economía colaborativa y que, en consecuencia, resultaría sensible a las demandas en tiempo real que se dan en ella³⁹.

Un elemento importante en el abanico de opciones revisadas es el del mercado geográfico al que se refieran los autores, por lo general más partidarios de la autorregulación en el ámbito de influencia de los Estados Unidos⁴⁰ y más próximos a la moderada y flexible intervención del legislador en la eurozona⁴¹. Lógicamente, el debate sobre si la regulación ya existente es aplicable a la economía colaborativa es el punto de partida de la mayoría de los análisis, esto es, si las nuevas compañías innovadoras deben sujetarse a la misma regulación que las que

³⁴ Por ejemplo, SUNDARARAJAN, A.: «Why the Government Doesn't Need to Regulate the Sharing Economy», *WIRED*, oct. 22, 2012, <http://www.wired.com/2012/10/from-airbnb-to-coursera-why-the-government-shouldnt-regulate-the-sharing-economy/>; COHEN, B./SUNDARARAJAN, A.: «Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy», 82 *U Chi L Rev Dialogue* 116, 2015, pp. 116-133. Available in: https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/Dialogue/Sundararajan_Cohen_Dialogue.pdf

³⁵ Básicamente, las empresas afectadas por las restricciones vigentes, interesadas en mantener la ventaja que la pertenencia a un sector regulado les ofrece en términos de «control de entrada» de nuevos competidores. Es lo que se llama «captura del regulador», es decir, la influencia que ejercen las empresas que vienen actuando en el sector sobre los legisladores para que la regulación favorezca sus intereses y actúe de barrera frente a potenciales competidores. Sobre esta realidad en general, SALOP, S.C./SCHEFFMAN, D.T.: «Raising Rivals' Costs», *American Economic Review* 73, núm. 2, 1983, pp. 267-71, doi:10.2307/1816853; con relación a la economía colaborativa, KOOPMAN, C./MITCHELL, M./THIERER, A.: «The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change», *Mercatus Research*, 2014, pp. 1-21, p. 7 y ss.

³⁶ CANNON, B./CHUNG, H.: «A framework for designing co-regulation models», *cit.*, pp. 23-96. SUNDARARAJAN, A.: «Peer to Peer Business and the Sharing (Collaborative) Economy», *cit.*, pp. 6-7.

³⁷ POSEN, H.A.: «Ridesharing in the Sharing Economy: Should Regulators Impose Über Regulations on Uber?», 2015, pp. 405-433. Available in: https://ilr.law.uiowa.edu/sites/ilr.law.uiowa.edu/files/ILR_101-1_Posen.pdf; ZALE, K., «Sharing Property», *cit.*, pp. 570-578.

³⁸ Sistema o modo de análisis en el que los datos obtenidos de los ciudadanos a través de sus dispositivos inteligentes y ordenadores sirven para organizar de modo más eficiente las colectividades.

³⁹ QUATTRONE, G./PROSERPIO, D./QUERCIA, D./CAPRA, L./MUSOLESI, M.: «Who Benefits from the «Sharing» Economy of Airbnb? Pre-print Version: www 2016, April 11-15, 2016, Montréal, Québec, Canada, pp. 1-9.

⁴⁰ CANNON, B./CHUNG, H.: «A framework for designing co-regulation models», *cit.*, pp. 23-96.

⁴¹ STOKES, K./CLARENCE, E./ANDERSON, L./RINNE, A.: *Making sense of the UK collaborative economy*, *cit.*, p. 28.

se dedican a la misma actividad, si deben quedar fuera de toda regulación o si hay un punto medio⁴².

A modo de síntesis de las opciones o tendencias apuntadas por la doctrina estadounidense —fundamentalmente económica—, en cuanto a la regulación de la economía colaborativa, ofrecemos la siguiente sistematización de las mismas⁴³:

- a) *Ausencia de intervención regulatoria*. Este enfoque, basado en la autoregulación, es el propio del planteamiento económico liberal y apunta dos de los peligros que entraña la regulación: de un lado, la captura del regulador por parte de las industrias⁴⁴ y, de otro, los fallos que en el mercado puede provocar una regulación que intenta, precisamente, hacer frente a los fallos de ese mercado⁴⁵. Además, el enfoque liberal considera que los propios avances de la tecnología irán resolviendo gradualmente muchas de las cuestiones relacionadas con el tratamiento de la información y de los datos que ahora preocupa en la economía colaborativa. No obstante, se admite que la ausencia de regulación no es la mejor solución por dos razones: en primer lugar porque hay que dar solución a los fallos del mercado que tienen que ver con la responsabilidad y con la protección de los usuarios; en segundo lugar, porque hay que crear un espacio en el que las nuevas plataformas y los negocios tradicionales puedan competir y hacerlo lealmente. Ciertamente, sería desconcertante en un sistema de libre mercado que las plataformas se vieran favorecidas como consecuencia de una arbitrariedad regulatoria.
- b) *Generalizar la regulación existente a la economía colaborativa*. Esta opción consiste en extender a la economía colaborativa la regulación exis-

⁴² POSEN, H.A.: «Ridesharing in the Sharing Economy», *cit.*, pp. 405-433.

⁴³ Clasificación realizada por CODAGNONE, C./BIAGI, F./ABADIE, F.: «The Passions and the Interests», *cit.*, p. 66.

⁴⁴ El futuro de la economía colaborativa descansaría en la ruptura entre los reguladores y las industrias que los controlan. En un mercado libre mínimamente regulado, las empresas pueden ofrecer grandes servicios a bajo coste y ganar cuota de mercado. Las empresas ganan dinero y los usuarios se benefician al aumentar su consumo, en una relación que se califica de simbiótica. Véase ALLEN, D.: «The Sharing Economy», *IPA Review*, vol. 67, september 2015, pp. 25-27, p. 27.

⁴⁵ La incapacidad de un mercado por alcanzar un resultado que asigne los recursos de forma eficiente (equilibrio) se atribuye a fenómenos generalmente conocidos como *fallos de mercado*. Estos se pueden agrupar en tres categorías: los fenómenos originados por una estructura de mercado no competitiva, por la existencia de efectos externos no recogidos por el mecanismo de precios del mercado y por la existencia de problemas de información. Es ante los fallos de mercado cuando queda justificada la intervención pública mediante la regulación de las actividades económicas. Sobre estas categorías, CNMC, *Consulta Pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, Documento 1: Objetivos públicos que persigue la regulación, pp. 1-12, p. 1-3 (Documento disponible en https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2014/EconomiaColaborativa/Consulta_Objetivos_publicos_de_la_regulacion.PDF).

tente —pensada para los negocios tradicionales y creada antes de que nadie imaginara la innovación— para que ambos modelos se encuentren en igualdad de condiciones. Pero esta opción ha de descartarse puesto que tal regulación no está actualizada, no ha incorporado los cambios económicos, sociales y tecnológicos, resulta engorrosa y es ineficaz incluso para los negocios «offline»⁴⁶.

- c) *Regulación y liberalización*. En esta opción —avalada por la mayoría de los economistas estadounidenses—⁴⁷, la igualdad de condiciones se conseguiría regulando mínimamente la economía colaborativa y liberalizando los negocios tradicionales, convergiendo así los dos modelos, de forma gradual, hacia un punto medio⁴⁸.
- d) *Enfoque híbrido con regímenes «ad hoc»*. Esta opción tiene como premisa el análisis conceptual y empírico que demuestra que «una talla no sirve para todos» (*one size does not fit all*). Y es que, pese a las características comunes que presenta la economía colaborativa, hay muchas diferencias por sectores y por actividades o negocios dentro de cada sector que merecen un tratamiento regulatorio diverso y específico⁴⁹. Por tal razón, los regímenes *ad hoc* deberían resultar de una regulación basada en la información recabada de cada sector y de cada actividad⁵⁰.

A la vista de lo expuesto, y como se ha advertido por algún autor, el legislador (o el regulador) se encuentra ante la siguiente encrucijada: por una parte, evitar que una excesiva y obsoleta regulación ahogue la innovación que supone la economía colaborativa y, por otra, proteger a los usuarios contra el fraude, la no asunción de responsabilidad y la falta de cualificación de los proveedores de servicios⁵¹. El dilema es complejo y su solución parece que debería responder a

⁴⁶ Una regulación desfasada y obsoleta según DOSTMOHAMMAD, S./LONG, J.: «Regulating the Sharing Economy: Applying the Process for Creative Destruction», 12/21/2015, pp. 1-11, www.ipac.ca/.../NSPC%202016%20-%20Regulating%20the%20S, p. 2.

⁴⁷ EINAV, L./FARRONATO, C./LEVIN, J.: «Peer-to-Peer Markets», *National Bureau of Economic Research Working Paper Series*, núm. 21496, 2015.

⁴⁸ De interés en cuanto a este planteamiento, KOOPMAN, C./MITCHELL, M./THIERER, A.: «The Sharing Economy», *cit.*, pp. 1-21.

⁴⁹ Si tomamos el sector del transporte como ejemplo, se observa que poco tienen en común Uber, RelayRides o BlaBlaCar en cuanto a modelo de negocio o en materia de responsabilidad o de protección del usuario. En la clasificación que OWYANG, J., realiza de la economía colaborativa, las diversas categorías presentan internamente ulteriores distinciones que se centran en las especificidades propias de cada actividad (véase en SUNDARARAJAN, A.: *The Sharing Economy*, *cit.*, pp. 82-84).

⁵⁰ Según MILLER, S.R. («First Principles for regulating the sharing economy», *Harvard Journal on Legislation*, vol. 53, 2016, pp. 149-202, pp. 151-152), el hecho de que las transacciones se realicen a través de una plataforma no significa que todas las transacciones sean similares ni que demanden respuestas legislativas similares.

⁵¹ RANCHORDÁS, S.: «Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy», *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, volume 16, Issue 1 (Winter 2015),

las siguientes cuestiones: en primer lugar, si verdaderamente cabe considerar a las prácticas de la economía colaborativa como innovaciones que merezca la pena proteger y estimular; en segundo lugar, si la regulación de estas prácticas debe servir a los mismos objetivos que a los que sirven las normas existentes para los servicios comerciales equivalentes (v. gr., la regulación del taxi); y en tercer lugar, cómo mantener actualizada la regulación dada la naturaleza evolutiva de estas prácticas innovadoras⁵².

Pero, al margen de estas (u otras) pautas para la reflexión y el análisis en orden a una regulación de las diversas realidades inmersas en la economía colaborativa, no hay en la literatura consultada una propuesta clara y uniforme dirigida al legislador. Resulta evidente, en definitiva, que se desconoce cuál pueda ser la forma socialmente más efectiva para regular y promover la innovación⁵³. Eso sí, la doctrina coincide en afirmar que la regulación que pudiera resultar habría de ser lo suficientemente receptiva y flexible como para poderse adaptar a las nuevas y emergentes empresas de la economía colaborativa⁵⁴.

2. ¿Una visión *ius* privatista de la cuestión reguladora?

Entre los numerosos trabajos a los que hemos tenido acceso para realizar nuestro estudio, son escasos los que analizan el nuevo paradigma de la economía colaborativa desde la óptica del derecho privado, más allá de lo que tenga que ver con la competencia desleal o con la vulneración o no de las reglas propias de los sectores regulados. Es por ello que hemos prestado atención al de la profesora ZALE, que si bien centrado en el sistema americano —y por tanto diferente a nuestro sistema continental—, introduce en el debate la cuestión de cómo la propiedad y la posesión son utilizadas en el contexto de lo que ella denomina «*sharing property*» o «*property-sharing activities*», esto es, las actividades de la economía colaborativa en las que lo que se comparte es la propiedad y/o la posesión.

Desde esta perspectiva, la autora se formula las siguientes preguntas: ¿hay algo verdaderamente innovador en las actividades o negocios de la economía

pp. 413-475. Retrieved from the University of Minnesota Digital Conservancy, <http://hdl.handle.net/11299/172061>; pp. 413-414.

⁵² RANCHORDÁS, S.: «Does Sharing Mean Caring?», *cit.*, pp. 413-414; POSEN, H.A.: «Ridesharing in the Sharing Economy», *cit.*, pp. 425-426.

⁵³ RANCHORDÁS, S.: «Does Sharing Mean Caring?», *cit.*, pp. 413-414

⁵⁴ DOSTMOHAMMAD, S./LONG, J.: «Regulating the Sharing Economy», *cit.*, p. 11. Reglas tecnológicamente neutrales y suficientemente flexibles como para acomodarse a las innovaciones venideras (así, GERADIN, D., «Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization be Applauded or Criticized?», *Forthcoming Competition Policy International* (2015), *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, pp. 15-53. Available on the Social Science Research Network at <http://ssrn.com/abstract=2693683>, pp. 1-12; http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1553.pdf, p. 7).

colaborativa o son simplemente las mismas que las que conocemos, pero moduladas por la intervención de la tecnología? Si las actividades o negocios son diferentes, ¿son esas diferencias suficientemente significativas como para justificar una respuesta regulatoria diversa? ¿Sabemos cuáles son las actividades o negocios que están incluidos en la economía colaborativa? Lo que la práctica pone de manifiesto es que las actividades o negocios de la economía colaborativa están provocando que la tradicional división que el Derecho realiza de la actividad humana —personal y comercial, gratuita u onerosa, formal o informal— quede desdibujada. Y no sólo eso, sino que en las actividades o negocios de la economía colaborativa se combinan de tal modo características propias de las formas que conocemos de propiedad que hacen difícil su correspondencia inmediata con las categorías legales existentes⁵⁵.

En realidad, las actividades o negocios de la economía colaborativa no son tan novedosos ni innovadores como para escapar al alcance de la ley, pero, indudablemente, la aplicación de la regulación existente, diseñada para negocios o actividades análogas, pero desarrolladas al modo tradicional, provoca un desequilibrio coste/beneficio entre unas y otras. Y es también un hecho que algunas de las actividades o negocios de la economía colaborativa presentan características híbridas que dificultan su asimilación con las figuras legales preexistentes. Sería posible afirmar que muchas de las actividades que tienen lugar en la economía colaborativa son tan sólo versiones contemporáneas de actividades o negocios ya conocidos, siendo la intervención de las plataformas —que aproximan a las partes— y la innovación tecnológica —que facilita las transacciones a gran escala y entre extraños— lo que provoca el diferente equilibrio coste/beneficio que resulta de realizar las actividades o negocios en modo colaborativo o hacerlo en forma tradicional, y es eso lo que obliga a recalibrar la regulación existente⁵⁶.

Cabría así proponer que en la medida en que las actividades o negocios de la economía colaborativa se asemejen a los tradicionales, queden sometidos a cierto grado de regulación; claro, que lo difícil es determinar la regulación suficiente. Por el contrario, cuanto más diverjan las actividades y negocios de la economía colaborativa del modelo para el cual se diseñaron las normas actuales [no siendo más que una sombra de los negocios o actividades tradicionales], no sería posible hablar de vulneración de las normas, sino de fracturas en la regulación y de la necesidad de recalibrar los modelos regulatorios existentes⁵⁷. En el estado inicial en el que se encuentra la economía colaborativa, en opinión de ZALE, parece conveniente mantener la diversa situación regulatoria, pues la línea que separa la economía colaborativa que deba ser objeto de una sólida regulación de la que deba serlo tan sólo mínimamente o de la que no precise ser regulada, no es está-

⁵⁵ Así, ZALE, K.: «Sharing Property», *cit.*, pp. 509-510 y 570-572.

⁵⁶ Sobre estas cuestiones, ZALE, K.: «Sharing Property», *cit.*, pp. 570-572.

⁵⁷ En tal sentido, ZALE, K.: «Sharing Property», *cit.*, pp. 573-552.

tica sino dinámica, particularmente por el rápido desarrollo de la tecnología que sustenta esta nueva realidad⁵⁸.

Para poder ofrecer una respuesta legal habría que poder clarificar las actividades y negocios que se están desarrollando en la economía colaborativa, pues sabemos —aunque tan sólo sea por intuición— que hay diferentes modelos de negocio y también diferentes actividades, y todo ello está muy lejos de conformar un todo monolítico⁵⁹.

3. La cuestión reguladora según la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española

En 2015, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) española puso en marcha un estudio sobre los *Nuevos Modelos de Prestación de Servicios y la Economía Colaborativa* con el objetivo de analizar este fenómeno económico desde el punto de vista de la competencia y la regulación económica eficiente. El estudio comenzó con una primera consulta pública sobre los efectos de la regulación de la economía colaborativa, centrada en los sectores de transporte de pasajeros (básicamente por la presencia de Uber y BlaBlaCar) y alojamiento turístico (caso Airbnb), gracias a la cual la CNMC llegó a determinadas conclusiones y resultados preliminares⁶⁰. A mediados de 2016 estas recomendaciones fueron sometidas a una segunda consulta pública cuyos resultados habrán de servir para ofrecer una versión mejorada del estudio, que será elevada para su aprobación al Consejo de la CNMC en el último trimestre de 2016.

El análisis de la CNMC identifica preliminarmente la existencia de numerosas ventajas derivadas del desarrollo de los nuevos modelos económico-colaborativos. Entre otros, mayor oferta y diferenciación de ésta, precios más eficientes, calidad y fomento de la innovación. Sin embargo, detecta la existencia de una serie de restricciones innecesarias o desproporcionadas en la normativa horizontal y sectorial y, en particular, en los sectores de transporte y alojamiento, que impiden a los usuarios beneficiarse de forma plena de los potenciales beneficios que se derivan del desarrollo de estas nuevas estructuras productivas. Por ello, en las *Conclusiones preliminares* se realizan una serie de *Recomendaciones* con las que se pretende garantizar la aplicación de una regulación económica eficiente a la economía colaborativa en beneficio de los consumidores y usuarios⁶¹.

⁵⁸ Sobre estas cuestiones, ZALE, K.: «Sharing Property», *cit.*, p. 578.

⁵⁹ Así, ZALE, K., «Sharing Property», *cit.*, p. 579.

⁶⁰ Disponible en <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzzs1mhxy2y0/edit?pref=2&pli=1>

⁶¹ De las 14 Recomendaciones preliminares, 6 están relacionadas con cuestiones generales de la economía colaborativa (1. Aplicación de los principios de regulación económica eficiente por parte de las Administraciones Públicas en la regulación sectorial y horizontal. 2. Manifestar la

En sus Conclusiones, el estudio advierte, con carácter general, que «(l)a regulación por parte de las Administraciones Públicas tiene que estar motivada por la existencia de un fallo de mercado que requiera la intervención pública para salvar una razón imperiosa de interés general. Al mismo tiempo, dicha intervención debe estar justificada desde los principios de necesidad y proporcionalidad. Esto implica que la introducción de restricciones a la competencia injustificadas que impidan o dificulten alcanzar una mayor eficiencia en el funcionamiento del mercado es contraria al interés general y deben ser removidas para incrementar el bienestar social». Y que en el «estudio de los sectores del transporte y alojamiento, se han identificado numerosas restricciones de entrada y ejercicio a la actividad y se han realizado los correspondientes análisis de necesidad y proporcionalidad que recomiendan su remoción o modificación»⁶².

Para la CNMC «es necesario realizar una revisión de la regulación desde los principios de regulación económica eficiente, que posibilite el desarrollo de las innovaciones y elimine barreras de entrada innecesarias y desproporcionadas, lo que redundará en un mayor bienestar para los consumidores, las empresas y las administraciones públicas». Revisión que, «además de realizarse desde el punto de vista sectorial, debe también abordar las materias horizontales: en especial impuestos y cotizaciones sociales. Los mismos deben aprovechar y adaptarse a las nuevas características del fenómeno y avanzar en la digitalización del sector público que anticipa esta innovación estructural. El cumplimiento de la normativa horizontal no debe ser discriminatorio entre agentes, por forma jurídica o tamaño, y no debe generar cargas excesivas en su cumplimiento administrativo para los operadores. Las administraciones con mayor éxito en la incorporación de la economía colaborativa en su sistema económico han eliminado sistemáticamente las barreras al cumplimiento que reducen la capacidad recaudatoria, incentivan la

plena disponibilidad de colaboración de la CNMC con los órganos judiciales. 3. Incorporar por parte de las Administraciones Públicas la actividad de la economía colaborativa en las estadísticas oficiales. 4. Evitar el establecimiento de barreras a la salida de usuarios por las plataformas colaborativas. 5. Recomendación a las asociaciones de consumidores y usuarios sobre la utilización de estos sistemas para la detección más eficiente de situaciones de fraude o desprotección del consumidor frente a otros usuarios de la plataforma o frente a la propia plataforma. 14. Creación de una mesa de seguimiento de la economía colaborativa), tres corresponden al alojamiento en viviendas de uso turístico (6. Mayor libertad de acceso al mercado de viviendas de uso turístico. 7. Mayores libertades en el ejercicio de la actividad de alquiler de viviendas de uso turístico. 8. Seguimiento estadístico de la modalidad de alojamiento en viviendas de uso turístico), cuatro al transporte en taxi y vehículos con conductor (9. Mayor libertad de acceso al mercado de taxi y VTC. 10. Mayores libertades en el ejercicio de la actividad de taxi y VTC. 11. Eliminación de las tarifas reguladas en el sector del taxi. 12. Limitar la participación de las asociaciones y organizaciones representativas del sector con carácter previo a la adopción de decisiones administrativas) y uno al transporte regular de viajeros en autobús (13. Mayor libertad de acceso al mercado de transporte regular de viajeros en autobús). Documento disponible en https://blog.cnmc.es/wp-content/uploads/2016/05/Recomendaciones-Preliminares_blog.pdf.

⁶² CNMC: *Conclusiones preliminares*, cit., pp. 161-162.

economía sumergida, restringen la participación en el mercado, o bien suponen costes regulatorios innecesarios o excesivos»⁶³.

Finalizado ya el plazo de la segunda consulta pública a la que se ha sometido el estudio, la CNMC ha hecho público el resultado. En una valoración general del fenómeno de la economía colaborativa, los miembros de las autoridades de competencia y de regulación, las organizaciones de consumidores y usuarios y las universidades perciben mayoritariamente este nuevo modelo como una oportunidad para la mejora del bienestar social, la regulación y la competencia. Los miembros de sindicatos y los autónomos son mucho más críticos y plantean la necesidad de asegurar el pago de impuestos. Por lo que se refiere a la valoración general del acierto de las recomendaciones incluidas en el estudio preliminar, ha sido alta la otorgada por los participantes pertenecientes a universidades, organizaciones de consumidores y usuarios, diputados y autoridades de competencia y regulación, y baja la valoración dada por miembros de sindicatos y agrupaciones de trabajadores⁶⁴.

4. La cuestión reguladora según la Unión Europea

De manera casi simultánea en el tiempo con respecto a la presentación del estudio preliminar de la CNMC española⁶⁵, ha visto la luz la Comunicación de la Comisión Europea sobre la *Agenda europea para la economía colaborativa*⁶⁶, una especie de guía para orientar a los Estados miembros sobre cómo afrontar el reto de la economía colaborativa y garantizar su desarrollo equilibrado.

En documentos anteriores, las instituciones europeas ya se habían preocupado específicamente, y de forma reiterada, por la economía colaborativa, como se puede apreciar en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI»⁶⁷, en la Comunicación de la Comisión titulada «Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y empresas»⁶⁸, en el Dictamen del Comité de las Regiones sobre «La dimensión local y regional de la economía

⁶³ CNMC: *Conclusiones preliminares*, cit., pp. 163-164.

⁶⁴ En esta segunda consulta, la CNMC ha recibido 1.150 respuestas válidas a través de medios electrónicos. Información disponible en <https://blog.cnmc.es/2016/06/03/economiacolaborativa-1-150-respuestas-a-nuestras-recomendaciones/>

⁶⁵ Cabría afirmar que el Estudio preliminar español ha quedado refrendado por la Comunicación de la Comisión sobre la Agenda Europea.

⁶⁶ COM(2016) 356 final, Bruselas 2.6.2016, cit.

⁶⁷ Dictamen 2014/C 177/01, de 21 y 22 de enero, del Pleno del Comité Económico y Social Europeo.

⁶⁸ COM(2015) 550 final, Bruselas, 28.10.2015, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones.

colaborativa»⁶⁹, en el estudio del Parlamento Europeo sobre esta cuestión⁷⁰, o en la Comunicación de la Comisión titulada «*Digitalización de la industria europea. Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital*»⁷¹.

Pero es en la *Agenda europea para la economía colaborativa* donde la Comisión explica cómo la rápida implantación de la economía de plataforma en la Unión Europea ha provocado un fragmentado enfoque de los nuevos modelos de negocio, ya que las autoridades nacionales y locales han ido abordando la situación con un mosaico de diferentes medidas reglamentarias. Este fragmentado enfoque genera incertidumbre entre los operadores tradicionales, los nuevos proveedores de servicios y los consumidores, con el riesgo de obstaculizar la innovación, la creación de empleo y el crecimiento.

Para paliar los riesgos indicados, la *Agenda Europea para la economía colaborativa* indica cómo debería aplicarse la legislación vigente de la Unión Europea a este sector, dinámico y en rápida evolución, y aclara cuestiones clave a las que se enfrentan por igual operadores del mercado y autoridades públicas, tales como los requisitos de acceso al mercado, la responsabilidad de plataformas y prestadores de servicios, la protección de usuarios, las cuestiones laborales y la fiscalidad.

La Comisión europea reconoce que es necesario un ambiente regulatorio claro y equilibrado que permita el desarrollo de las empresas ligadas a la economía colaborativa y que evite imponer límites innecesarios a los operadores del mercado, tanto a los existentes como a los nuevos, con independencia del modelo de negocio que les caracterice; y por ello se hace garante de que las legislaciones nacionales no bloqueen el desarrollo de la economía colaborativa de modo injustificado, y se compromete a realizar un seguimiento de las actuaciones que se realicen a nivel local, nacional, de negocio y por sectores⁷².

La *Agenda* también señala cuál es el apoyo legal, en términos de Derecho europeo, de las acciones emprendidas por la Comisión en materia de economía

⁶⁹ COR-2015-02698-00-00-AC-TRA (EN), Dictamen del Pleno del Comité de las Regiones de 3 y 4 de diciembre de 2015.

⁷⁰ ROBERTSHAW, S., y otros: *The collaborative economy. Impact and Potential of Collaborative Internet and Additive Manufacturing*, European Parliament (Study), 2015, PE 547.425. Available in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/547425/EPRS_STU\(2015\)547425_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/547425/EPRS_STU(2015)547425_EN.pdf)

⁷¹ COM(2016) 180 final, Bruselas 19.4.2016, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones.

⁷² La Comisión se posiciona a favor de impulsar plataformas como Uber, Airbnb o Blablacar, por entender que, en general, «(l)os prestadores de servicios solo deberían estar obligados a obtener autorizaciones o licencias cuando sea estrictamente necesario para alcanzar los objetivos de interés público pertinentes»; y que «(l)as prohibiciones absolutas de una actividad solo deberían imponerse como último recurso».

colaborativa. Tal apoyo queda conformado por el cuerpo normativo integrado por la Directiva 2006/123/CE de servicios⁷³, la Directiva 2005/36/CE de cualificaciones profesionales⁷⁴, la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico⁷⁵; la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales⁷⁶ y las normas en materia consumidores, como la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores⁷⁷, la Directiva 1993/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores⁷⁸ y la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y comparativa⁷⁹, sin olvidar, obviamente, las previsiones pertinentes contenidas en los Tratados ni el Reglamento (UE) 2016/679, general de protección de datos⁸⁰.

Como se observa, no puede decirse que en la eurozona la economía colaborativa carezca de un marco regulatorio cierto, pues si bien es verdad que no existe un cuerpo normativo específico y en bloque para la economía colaborativa como realidad identificable de forma única y unitaria, no lo es menos que la variedad que ésta representa puede ser reconducida —sin quizá mucha dificultad— a la observancia de las normas desarrolladas por los Estados miembros en transposición de las Directivas comunitarias antes citadas. Para ello tan sólo habrá que atender a cada uno de los sujetos intervinientes, esto es, a los prestadores de servicios, a los usuarios de dichos servicios y a los intermediarios (las plataformas colaborativas), y analizar la función y posición que cada cual asume en la transacción, así como la actividad, actuación o tarea que desarrolle para determinar las normas que les resultarán aplicables, cuestiones éstas sobre las que se volverá *infra*.

⁷³ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior.

⁷⁴ Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

⁷⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

⁷⁶ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales).

⁷⁷ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁷⁸ Directiva 1993/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁷⁹ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

⁸⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

5. Propuesta reguladora italiana

El 27 de enero de 2016 fue presentada en el Congreso italiano la Propuesta de ley sobre la «*Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*» (Atto Camera: 3564). La propuesta, bautizada como Ley de la economía del compartir, representa el primer caso de reglamentación del fenómeno en Europa, pero, en contra de lo que pudiera parecer, tan sólo se ocupa de definir con fines fiscales (no regulatorios) cuándo una actividad de la economía colaborativa puede ser considerada como de ayuda a la renta y cuándo de carácter profesional.

La Propuesta ofrece una definición de «*economía della coindivisione*», siendo ésta la que se genera por la asignación compartida de recursos de espacio, tiempo, bienes y servicios a través de plataformas digitales⁸¹, quedando excluidas del concepto las plataformas que gestionan la intermediación a favor de operadores profesionales inscritos en el registro de empresas⁸². La propuesta de ley identifica dos grandes categorías de operadores activos en este mercado: los gestores de la plataforma digital y los usuarios, pudiendo ser ambos tanto sujetos privados como públicos. Ahora bien, los usuarios tendrán la consideración de «operadores» cuando a través de la plataforma digital operen ofreciendo un servicio o compartiendo un bien propio, y de usuarios «receptores» cuando a través de la plataforma digital utilicen los servicios proporcionados por los usuarios-operadores o accedan a los bienes compartidos por éstos (art. 2)⁸³.

La propuesta de ley encomienda a la Autoridad General de la Competencia y los Mercados (AGCM) la vigilancia del sector y la llevanza del Registro electrónico nacional de plataformas digitales de la economía del compartir, de carácter obligatorio. Para acceder al Registro, las plataformas han de someter a la aprobación de la Autoridad de Defensa de la Competencia el documento de política de la empresa, que contendrá, entre otras informaciones, los términos y condiciones rectores de la relación entre la plataforma y los usuarios digitales⁸⁴. Si la platafor-

⁸¹ Con tal definición no es fácil entender lo que sea la economía del compartir.

⁸² De este modo sólo las plataformas que aproximen a particulares —siendo éstos los operadores y los usuarios— o las que aproximen a profesionales y a particulares quedarán bajo el marco de aplicación de la propuesta de ley. Quedan así excluidas gran número de plataformas, restando alcance universal a la propuesta.

⁸³ Según la Propuesta, pertenece a los operadores el valor generado por los bienes y servicios puestos a disposición de los usuarios: el gerente —que sólo actúa como un facilitador de la plataforma— no es el empleador, quedando excluido del concepto el elemento de la subordinación (art. 2.a).

⁸⁴ El documento no puede contener previsiones que impongan a los usuarios-operadores, ni siquiera indirectamente, pactos de exclusividad o de trato preferencial con respecto al gestor, el control de la prestación realizada ni a través de un trámite separado ni por sistema *hardware* o *software*, la fijación de tarifas obligatorias, la prohibición de acceso a la plataforma o la penalización por motivos leves, la cesión gratuita irrevocable de derechos de autor, la prohibición de adquirir o utilizar informaciones públicas del gestor no protegidas, la obligación de promoción de los servicios del

ma no se aviniera a subsanar las [posibles] deficiencias del documento según las indicaciones de la Autoridad de la Competencia, podría ser objeto de las sanciones previstas para tal caso⁸⁵. La Autoridad citada será también la encargada de verificar que las plataformas actuantes en el mercado estén inscritas y ordenará la suspensión de actividad de las no reconocidas hasta que se produzca su inscripción, pudiendo la plataforma ser sancionada con una multa de hasta el 25% del volumen de negocios por el tiempo durante el cual haya actuado al margen del registro. Además, la Autoridad de competencia puede prever la obligación del gestor de presentar o exigir a los operadores la suscripción de pólizas de seguro para la cobertura de los riesgos típicos derivados de las actividades de la economía del compartir (*cfr.*, arts. 3-4 y 10).

Desde la perspectiva fiscal, la propuesta obliga a los usuarios-agentes a indicar en una sección específica de la declaración de la renta su incorporación a la economía colaborativa, estableciéndose dos regímenes impositivos diversos en función de que los beneficios obtenidos superen o no los 10.000,00 euros anuales. Si los rendimientos son inferiores a esa cifra, se aplica una tasa fija del 10%; si son superiores, se acumulan a la renta del trabajo (autónomo o por cuenta ajena) y se les aplica la cuota correspondiente⁸⁶. Los gestores de las plataformas digitales operarán así en cualidad de sustitutos del contribuyente, siendo éste el usuario-operador. En el caso de que la plataforma tenga su sede en el extranjero, deberá dotarse de una organización estable en Italia (art. 5).

Finalmente, la propuesta prevé la promulgación anual de una ley de medidas de apoyo a la economía colaborativa en orden a remover los obstáculos que impidan su desarrollo, garantizando al mismo tiempo la competencia y la tutela de los consumidores (art. 6). No se olvida tampoco la propuesta de la protección de la privacidad y de los datos personales, exigiendo a los actores herramientas que posibiliten la comprobación, edición y eliminación rápida de los datos del usuario (art. 7).

III. CUESTIONES CLAVE DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA DEL DERECHO EUROPEO

La economía colaborativa no es una realidad jurídica en sí misma y por tal razón —a nuestro modo de ver— no precisa de una regulación *ad hoc* de lo que

gestor, la prohibición de comentarios críticos hacia el gestor, compartir con otros operadores informaciones, juicios y análisis, la obligación de dar el consentimiento para ceder a terceros los datos de los usuarios (art. 4.2). Tales previsiones conllevarían la nulidad del contrato entre el usuario-operador y el gestor de la plataforma digital (art. 4.3).

⁸⁵ El silencio de la AGCM equivaldrá a la aprobación del documento, lo que se producirá si en treinta días la Autoridad no comunica al interesado la denegación o su parecer vinculante (art. 4.1).

⁸⁶ La propuesta guarda silencio sobre las cuestiones de seguridad social o de los derechos sociales de los trabajadores y excluye que la relación entre el operador y el usuario sea de trabajo.

es el fenómeno en su globalidad; es más, tal regulación genérica resultaría contraproducente. En la economía colaborativa se dan cita muy diversas, pero conocidas actividades económicas que tienen en el modo de llevarse a cabo —a través de una plataforma colaborativa— el elemento diferenciador, novedoso o disruptivo que permite atribuirle su individualidad o concreción⁸⁷. Esta modalización será, entonces, la que requiera un tratamiento jurídico adecuado para, especialmente, garantizar las condiciones de competencia necesarias y la protección de los consumidores y usuarios.

La Comunicación sobre la *Agenda europea para la economía colaborativa* resulta de mucha utilidad, por lo que para nuestro análisis utilizaremos los ítems contenidos en dicha Comunicación.

1. Acceso al mercado

Los mercados en los que actúan las empresas de economía colaborativa no son, por lo general, nuevos, de modo que en ellos las plataformas van a coincidir con los agentes o prestadores de servicios tradicionales. Transporte, alojamiento, financiación o seguro, incluso alimentación, son algunos de los sectores en los que han irrumpido con fuerza las empresas de economía colaborativa, sectores todos ellos con requisitos de acceso y desarrollo de la actividad en los países de la Unión Europea en protección de objetivos de interés público (v. *gr.*, autorizaciones, obligaciones vinculadas a la concesión de licencias, calidades mínimas, etc.).

No obstante, tras la Directiva de servicios⁸⁸, queda claro que *sólo* se puede someter a los prestadores de servicios a requisitos de acceso al mercado o de otro tipo (autorizaciones o concesión de licencias) en la medida en que *no sean discriminatorios*, que sean *necesarios* para alcanzar un objetivo de interés público claramente identificado (art. 4.8 Directiva de servicios) y que sean *proporcionados* a dicho objetivo, esto es, limitados a lo estrictamente necesario (*cfr.* art. 4.6 Directiva de servicios, C. 39). Y las mismas condiciones se establecen con respecto a los servicios profesionales, según la Directiva de cualificaciones profesionales⁸⁹. Ello obliga a los Estados miembros a revisar sus legislaciones y adecuar las reglamentaciones de cada sector a los requisitos mencionados. Ciertamente, la Comisión Europea apuesta por una regulación flexible de los mercados de servicios en el entendimiento de que ello provoca un aumento de la productividad y

⁸⁷ Para CANNON, B./CHUNG, H. («A framework for designing co-regulation models», *cit.*, p. 30), la presencia de una plataforma digital es lo que distingue a la moderna economía del compartir.

⁸⁸ Directiva 2006/123/CE, *cit.*

⁸⁹ Directiva 2005/36/CE *cit.*

facilita el acceso al mercado de nuevos agentes, reduciendo el coste de los servicios y garantizando al consumidor capacidad de elección⁹⁰.

En este marco, el debate en abstracto sobre la sumisión o no de las empresas de la economía colaborativa a los requisitos de acceso al mercado o de otro tipo que existan para los agentes tradicionales no debería ser tal, debiéndose entender —a nuestro juicio— que tanto unas como otros han de quedar sometidos a las mismas exigencias. Ahora bien, la cuestión se complica cuando se tiene en cuenta la pluralidad subjetiva propia de la economía colaborativa, en la que sin «plataforma en línea» el prestador del servicio no puede conectar con los usuarios. Siendo esto así, el debate se concreta y se traslada a la determinación de quién sea el actor que deba en cada caso cumplir los requisitos de acceso al mercado, esto es, si ha de serlo la plataforma *online* o si, por el contrario, deba serlo el concreto prestador del servicio.

a) *La plataforma colaborativa*

Si se atiende a la plataforma colaborativa, la naturaleza de la actividad o actividades que desarrolle serán las que indiquen si ha de quedar o no sometida a los requisitos de acceso al mercado propios de la concreta actividad que se desarrolle a través de la plataforma. Y esto es así porque la plataforma, por el hecho de serlo, ya está ineludiblemente sometida a las exigencias específicas de la sociedad de la información dado que, por su propia condición, presta un servicio «normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un prestatario de servicios»⁹¹.

Cabe diferenciar, entonces, dos supuestos de hecho diversos en cuanto al acceso al mercado, según sea la función o actividad que despliegue la plataforma colaborativa. Por una parte, si la plataforma se limita a prestar los servicios de la sociedad de la información (intermediario digital) quedará afecta solamente al cumplimiento de los requisitos exigibles a los prestadores de estos servicios en los ordenamientos de los Estados miembros (art. 2.h Directiva comercio electrónico)⁹². Por el contrario, si además de estos servicios la plataforma colabo-

⁹⁰ COM(2015) 690 final, Bruselas 26.11.2015, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones titulada «*Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2016 – Refuerzo de la recuperación y fomento de la convergencia*».

⁹¹ Art. 2.a) Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico, *cit.*; art. 1.1.b) Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

⁹² La Directiva sobre comercio electrónico suprimió diversos obstáculos a los servicios en línea transfronterizos siendo su cláusula de mercado interior (los Estados miembros no pueden limitar la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información desde otro Estado

rativa ofrece otros, podría quedar, además, sujeta a la normativa sectorial específica prevista para dichos servicios en cada Estado miembro (posibles exigencias de autorización o de concesión de licencias)⁹³.

En su *Agenda Europea para la economía colaborativa*, la Comisión ofrece tres «criterios clave» para analizar si una plataforma colaborativa ofrece también el servicio subyacente⁹⁴. Tales criterios son los siguientes: 1) la fijación por la plataforma del precio final que ha de pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente; 2) la determinación por la plataforma de condiciones contractuales esenciales, y 3) la posesión por la plataforma de activos necesarios para prestar el servicio subyacente⁹⁵. Son éstos tan sólo indicios del control o de

miembro) la piedra angular del mercado único digital. En España, Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

⁹³ Este es el debate contenido en el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona (AJMB 1359/2015, de 16 de julio, asunto 929/2014, Id Cendoj: 08019470032015200004) en el que se plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las preguntas que se formulan son las siguientes: 1) En la medida en la que el art. 2.2.d) de la Directiva de servicios en el mercado interior excluye de su ámbito de aplicación a las actividades de transporte, se pregunta si la actividad realizada por Uber Systems Spain, S.L. (Uber), con carácter lucrativo, de intermediación entre el titular de un vehículo y la persona que necesita realizar un desplazamiento dentro de una ciudad, gestionando los medios informáticos —interfaz y aplicación de software— que permitan su conexión, debe considerarse una mera actividad de transporte o ha de considerarse un servicio electrónico de intermediación, o un servicio propio de la sociedad de la información, en los términos del art. 1.2 de la Directiva 98/34/CE, por el que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. 2) Dentro de la identificación de la naturaleza jurídica de esta actividad, si podría considerarse parcialmente un servicio de la sociedad de la información, y, en ese caso, si se debería beneficiar el servicio electrónico de intermediación del principio de libertad de prestación de servicios en los términos que garantiza la normativa comunitaria —art. 56 TFUE y Directivas de servicios en el mercado interior y de servicios de la sociedad de la información—. 3) En el caso de que se considerara que el servicio realizado por Uber no es un servicio de transporte y, por tanto, se considerara dentro de los supuestos amparados por la Directiva de servicios en el mercado interior, se plantea si el contenido del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal —Karissa Shannon referido a la violación de normas que regulen la actividad de competencia— no sería contrario a la Directiva de servicios en el mercado interior, concretamente al art. 9 sobre libertad de establecimiento y régimen de autorización, cuando la referencia a leyes o normas jurídicas internas se realice sin tener en cuenta que el régimen de obtención de licencias, autorizaciones o permisos no puede ser en modo alguno restrictivo o desproporcionado, es decir, no puede obstaculizar de modo no razonable el principio de libre establecimiento. 4) Si se confirma que la Directiva de servicios de la sociedad de la información es aplicable al servicio prestado por Uber, se plantea si las restricciones de un Estado miembro receptor a la libre prestación del servicio electrónico de intermediación desde otro Estado miembro, en forma de sometimiento del servicio a autorización o licencia, o en forma de orden judicial de cesación de la prestación del servicio electrónico de intermediación fundada en la aplicación de la normativa nacional de competencia desleal, constituyen válidas medidas que constituyen excepciones al ap. 2 en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 3.4 de la Directiva de servicios de la sociedad de la información.

⁹⁴ Esto es, si la plataforma puede ser considerada como un proveedor de servicios que opera en un marco sectorial, como podría ser el de alojamiento, transporte, finanzas, etc.

⁹⁵ La Comisión Europea ya ha tenido ocasión de utilizar tales criterios en la vista oral relativa a la cuestión prejudicial antes vista, celebrada el 29-11-2016. Sobre esta materia y sobre los casos

la influencia significativa que la plataforma colaborativa pueda ejercer sobre el prestador del servicio subyacente y que, en opinión de la Comisión, de producirse deben llevar a considerar que aquélla presta también el servicio subyacente⁹⁶. Sin embargo, el hecho de que las plataformas ofrezcan actividades auxiliares respecto de las principales de la sociedad de la información (como por ejemplo modalidades de pago, cobertura de seguro, servicios posventa, mecanismos de evaluación o calificación por el usuario, etc.), no las convierte en prestadoras del servicio subyacente, sino en asistentes del prestador de tal servicio. En definitiva, la plataforma podrá ser considerada como prestadora del servicio subyacente cuanto mayor sea su dedicación a gestionar y organizar la selección de los proveedores de los servicios subyacentes y la manera en que se presten⁹⁷.

b) *El prestador del servicio*

Como demuestran muchos ejemplos de empresas de economía colaborativa, el servicio subyacente puede ser prestado por profesionales o por particulares de manera ocasional en lo que se denomina prestación de servicios entre pares (*peer to peer*). En este último caso la cuestión es decidir si el particular prestador del servicio ha de quedar sometido a las reglas de acceso al mercado como si se tratase de un prestador profesional; o dicho de otro modo, determinar cuándo un «par» se convierte en prestador profesional de servicios en la economía colaborativa. Sobre todo porque «prestador de servicios» puede serlo cualquier persona física o jurídica que ofrezca una actividad económica por cuenta propia, normal-

judicializados en España véase ALFONSO SÁNCHEZ, R.: «Capítulo Quinto. La controvertida cuestión reguladora en la economía colaborativa», AA.VV., Retos jurídicos de la economía colaborativa en el entorno digital (Dirs. ALFONSO VALERO), Ed. Aranzadi, en prensa.

⁹⁶ Otros datos pueden también ofrecer indicios al respecto, por ejemplo, si la plataforma sufragara los gastos y asume los riesgos derivados de la prestación del servicio subyacente; o si existe una relación laboral entre la plataforma y la persona que preste el servicio subyacente (COM(2016) 356 final).

⁹⁷ Sin embargo, no siempre los datos indiciarios conllevan interpretaciones unitarias. Por ejemplo, en el supuesto de la cuestión prejudicial detallada en nota 93 *supra*, dos autores llegan a distintas conclusiones. Así, ALONSO SOTO, R. («El debate judicial sobre la naturaleza de la actividad desarrollada por Uber y sus consecuencias», *Análisis Gomez Acebo & Pombo*, 2015, pp. 1-2. Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-debate-judicial-sobre-la-naturaleza-de-la-actividad-desarrollada-por-uber-y-sus-consecuencias.pdf>), entiende que «(l)a actividad de Uber está más cerca de la figura del comisionista de transportes o del mediador comercial que del transportista, lo cual la sitúa en el ámbito de los servicios liberalizados. A la misma conclusión se llega si se considera que la prestación de la mencionada actividad por medios electrónicos la sitúa en el campo de los servicios de la sociedad de la información». Por el contrario, para ALFARO, J. («La cuestión prejudicial sobre Uber», *Almacén de Derecho*, 20-6-2015, disponible en <http://almacenederecho.org/la-cuestion-prejudicial-sobre-uber/>), hay «suficientes indicaciones de que Uber no es un simple proveedor de un servicio electrónico a los transportistas. Es una empresa de transporte que utiliza a trabajadores autónomos —en el mejor de los casos, «falsos autónomos» o autónomos económicamente dependientes— para prestar el servicio».

mente a cambio de una remuneración (art. 4.2 Directiva de servicios), independientemente de la frecuencia con que se ofrezca la actividad o de si el proveedor es o no un profesional.

Los ordenamientos nacionales no coinciden en los criterios de distinción entre servicios profesionales y servicios entre pares. Algunos Estados miembros ponen el acento en el carácter remunerado o no de los servicios, de modo que serían *profesionales* los prestados a cambio de una remuneración y *entre pares* aquellos en los que sólo se compensan los gastos realizados por el prestador. Otros Estados recurren a umbrales, bien de nivel de ingresos obtenidos, bien de regularidad de prestación del servicio, resultando que por debajo de los umbrales fijados los requisitos a los que quedan sometidos los prestadores de los servicios son menos restrictivos⁹⁸. El hecho de considerar que el servicio se ha prestado entre pares⁹⁹ eximiría al prestador de tener que cumplir los requisitos de acceso a la actividad exigidos por la legislación sectorial.

Se ha de advertir, en todo caso, que el hecho de que los Estados miembros no hayan regulado específicamente la prestación de servicios a través de plataformas en el contexto de la economía colaborativa no implica que estén huérfanos de regulación, puesto que a los servicios prestados de este modo se han de aplicar las mismas reglas que a los que se prestan al modo tradicional¹⁰⁰.

2. Régimen de responsabilidad

Una cuestión trascendente en el ámbito de la economía colaborativa es la necesidad de determinar el centro de imputación de la responsabilidad en la que se incurra como consecuencia de la prestación del servicio. En este sentido, se hace preciso diferenciar la responsabilidad de la plataforma colaborativa de la responsabilidad del prestador del servicio.

a) Responsabilidad de la plataforma colaborativa

Si atendemos a la posible responsabilidad de las plataformas colaborativas en tanto en cuanto *prestadoras de servicios de la sociedad de la información* y por la información que almacenan —servicios de almacenamiento de datos—, quedarían exentas de dicha responsabilidad bajo determinadas condiciones (art. 14 Directiva sobre comercio electrónico). La Comisión Europea entiende que las

⁹⁸ SWD(2016) 184 final, Bruselas, 2.6.2016, *Commission Staff Working Document, accompanying the document «A European Agenda for the collaborative economy»*, pp. 1-50, p. 27.

⁹⁹ Porque sólo se compensan gastos, por el bajo nivel de ingresos obtenidos, por la escasa regularidad en la prestación del servicio, por estar por debajo de los umbrales fijados, etc.

¹⁰⁰ SWD(2016) 184 final, Bruselas, 2.6.2016, *cit.*, p. 33.

plataformas no prestan servicios de mera transmisión (art. 12 Directiva sobre comercio electrónico), ni de memoria tampón (art. 13 Directiva sobre comercio electrónico), sino que almacenan los datos de los clientes y posibilitan el espacio en el que los usuarios se encuentran con los proveedores de los servicios subyacentes y, por tal razón, si el papel que desempeña la plataforma colaborativa no le permite adquirir conocimiento o control sobre información ilícita o si, de tener conocimiento de tal información, rápidamente retira los datos o imposibilita el acceso a los mismos, no quedaría afectada a responsabilidad. Es más, la plataforma colaborativa ni siquiera viene obligada a supervisar o a realizar búsquedas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas (art. 15 Directiva sobre comercio electrónico)¹⁰¹. Ahora bien, la Comisión recomienda que todos los tipos de plataformas en línea desplieguen un comportamiento responsable en forma de acción voluntaria para hacer frente a los contenidos ilícitos como medida para aumentar la confianza y ofrecer un servicio más competitivo (v. gr., en materia de evaluaciones falsas o engañosas), sin que ello pueda significar que la conducta de la plataforma colaborativa deje de ser técnica, automática y pasiva¹⁰².

Si la plataforma colaborativa además de los servicios de la sociedad de la información, realiza *otras actividades*, por ejemplo, auxiliares de estos servicios, o si ofrece actividades auxiliares o conexas con respecto a los servicios subyacentes, o incluso si presta ella misma tales servicios, deberá asumir la responsabilidad que se derive en cada ordenamiento de tales actuaciones, sin que la exención a la que nos hemos referido respecto de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información pueda extenderse a estas otras actuaciones, actividades o servicios¹⁰³, pues corresponden a materias y aspectos absolutamente diferenciados y diferenciados por el legislador. En estos ámbitos, la plataforma colaborativa se verá afectada por la responsabilidad contractual, extra-contractual u objetiva que corresponda en cada caso.

Por último, la plataforma de economía colaborativa asume la responsabilidad derivada de la legislación en materia de *protección de datos*¹⁰⁴.

¹⁰¹ La Comisión recomienda mantener el actual régimen de responsabilidad de los intermediarios para el desarrollo digital de la Unión Europea (COM(2016) 288/2 final, Bruselas 25.5.2015, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «Plataformas en línea y mercado único digital: oportunidades de mercado y desafíos para Europa»). Y esto incluye la economía colaborativa, al ser las plataformas en línea factores clave para su crecimiento (COM(2016) 356 final, *cit.*, p. 9).

¹⁰² COM(2016) 356 final, *cit.*, p. 9.

¹⁰³ COM(2016) 356 final, *cit.*, p. 9.

¹⁰⁴ La vigente hasta la entrada en vigor en 2018 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) —DOUE L119-1, de 4-5-2016.

b) Responsabilidad del prestador del servicio

En materia de responsabilidad por la prestación del servicio en la economía colaborativa, el debate se centra en decidir si tanto el prestador profesional (ya sea la propia plataforma, ya sea el prestador-sujeto diferente a la plataforma, o ya sean ambos) como el prestador particular ocasional han de quedar sujetos a tal responsabilidad y con las mismas condiciones o si debería preverse un régimen diferenciado para cada uno de ellos o, incluso, quedar el segundo exento de responsabilidad.

Nada indica al respecto la Comunicación sobre *Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa*, pero las normas protectoras de los consumidores y usuarios, así como los principios y reglas de la responsabilidad civil contenidos en el ordenamiento de cada Estado miembro, deberán ser los que se tomen en cuenta para definir los criterios a este respecto. Se echa en falta, no obstante, que la Comisión no haya facilitado indicaciones sobre cuáles puedan ser las condiciones que hayan de darse en una prestación de servicios entre pares para presumir que el prestador del servicio subyacente queda sujeto a la responsabilidad mencionada.

3. Protección de los usuarios

¿Quién es el usuario en la economía colaborativa? A nuestro juicio, la noción de usuario debería ser revisada cuando se haya de aplicar al escenario de la economía colaborativa, puesto que «usuario» será, en principio, quien utilice los servicios de la plataforma colaborativa. En tal entendimiento, cabría afirmar que tanto el prestador del servicio subyacente como el demandante de tal servicio pueden ser considerados «usuarios de la plataforma» en la medida en que ésta intermedia para ponerlos en contacto y, por tanto, ambos la utilizan. Pero «usuario» también puede serlo sólo el demandante del bien o servicio en cuanto consumidor del mismo.

Si admitimos ambos tipos de usuarios, los vínculos en la economía colaborativa podrán establecerse entre plataforma y prestador profesional (empresario-empresario), entre plataforma y prestador particular (empresario-particular), entre plataforma y demandante del servicio (empresario-particular), entre prestador profesional del servicio y demandante del mismo (empresario-particular) y entre prestador particular y demandante (particular-particular), a la vez que entre ellos.

A este respecto, entiende la Comisión que no siempre está claro en estas relaciones multilaterales quién sea la parte débil a proteger si se toma como referencia la legislación de la Unión Europea sobre consumidores y comercialización, diseñada, como es sabido, para abordar las transacciones en las que debe prote-

gerse a una parte débil (por lo general, el consumidor), pues la economía colaborativa desdibuja la frontera entre consumidores y empresa¹⁰⁵.

En la *Agenda Europea para la Economía Colaborativa* se afirma que serán los criterios definitorios de «comerciante» y de «consumidor», contenidos en la legislación de la Unión Europea sobre consumidores y comercialización, los que deban aplicarse a las categorías de participantes en la economía colaborativa, determinándose así cuáles sean los respectivos derechos y obligaciones de las partes con arreglo a tal legislación. En atención a lo expuesto, la plataforma colaborativa, el prestador profesional del servicio o el prestador particular serán considerados «comerciantes» si actúan con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión [art. 2.b) Directiva sobre prácticas comerciales desleales]. Por su parte, el prestador profesional del servicio, el prestador particular y el demandante del servicio merecerán la calificación de «consumidores» si actúan con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión [art. 2.a) Directiva sobre prácticas comerciales desleales].

De acuerdo con tal interpretación, a) a las transacciones entre empresas (comerciantes) y consumidores se aplicaría la Directiva sobre prácticas comerciales desleales¹⁰⁶, la Directiva sobre los derechos de los consumidores¹⁰⁷ y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos con consumidores¹⁰⁸; b) a las transacciones entre empresas (comerciantes), la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa¹⁰⁹; finalmente —y por el contrario—, c) a las transacciones entre consumidores no se les aplicaría ninguna de estas normas.

El supuesto más controvertido será, en consecuencia, el de la prestación del servicio entre pares. En primer lugar, porque habrá que concretar las condiciones que deban concurrir en una prestación de servicios entre particulares para que el proveedor del servicio pueda ser considerado comerciante (a los efectos antes vistos), ya que no existe un criterio homogéneo en los Estados miembros al respecto. La Comisión ofrece algunas orientaciones generales en la Guía revisada

¹⁰⁵ COM(2016) 356 final, *cit.*, p. 9.

¹⁰⁶ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) no 2006/2004 (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales).

¹⁰⁷ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹⁰⁸ Directiva 1993/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

¹⁰⁹ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

para la Directiva sobre prácticas comerciales desleales¹¹⁰, y, en el contexto específico de la economía colaborativa, determina algunos factores que, sin permitir ninguno de ellos de forma aislada considerar a un prestador particular como comerciante, su presencia de forma combinada —y según el caso concreto— sí admitiría tal presunción; tales factores serían la frecuencia de los servicios, el fin lucrativo y el nivel de volumen de negocio¹¹¹. En segundo lugar, porque de no ser posible la calificación del prestador particular del servicio como comerciante no quedaría afectado por las exigencias de la normativa protectora de consumidores y usuarios y la relación entre pares habría de quedar sometida a las reglas generales del derecho común.

4. Cuestiones jurídicas transversales ineludibles

A) *La posible condición de «trabajador» del prestador del servicio en la economía colaborativa*

Como es sabido, pese a la existencia de normas mínimas establecidas por la Unión Europea en el ámbito de la política social (art. 153 TFUE), la mayor parte de la legislación laboral es competencia de los Estados miembros. Resultará inevitable recurrir a las actividades concretas prestadas a través de la economía colaborativa y a las legislaciones nacionales sobre trabajo y seguridad social para intentar determinar si los prestadores de los servicios (profesionales o particulares) pueden o no ser considerados trabajadores, bien por cuenta ajena (¿de la plataforma colaborativa?) o por cuenta propia (autónomos).

Según la *Agenda Europea para la Economía Colaborativa*, la cuestión de si en la economía colaborativa se dan o no relaciones de empleo debe determinarse en cada caso atendiendo a los hechos que caractericen la relación entre la plataforma colaborativa y el prestador del servicio subyacente y la realización de las tareas en cuestión, tomando en cuenta de forma cumulativa tres criterios esenciales: existencia de un vínculo de subordinación, naturaleza del trabajo y existencia de remuneración¹¹². Si atendemos a la *subordinación*, existirá ésta si el prestador del servicio actúa bajo la dirección de la plataforma colaborativa, que será la que determine la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones laborales, de modo que el prestador no es libre de elegir los servicios ni el modo de prestarlos. Ahora bien, el hecho de que la plataforma tramite el pago realizado por el

¹¹⁰ SWD(2016) 163 final, Bruselas 25.5.2016, «Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/EC».

¹¹¹ COM(2016) 356 final, *cit.*, pp. 10-11.

¹¹² COM(2010) 373 final, Bruselas 13.7.2010, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones titulada «Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes». Véase COM(2016) 356 final, *cit.*, pp. 13-14.

usuario para hacerlo llegar al prestador del servicio no será indicio de que aquella determine la remuneración. En cuanto a la *naturaleza del trabajo*, la actividad en que consista el servicio que se preste ha de tener valor económico y ser real y efectiva, quedando exceptuadas las actividades llevadas a cabo a escala tan pequeña que puedan considerarse marginales o accesorias en la medida en que tales condiciones podrían ser indiciarias de que el prestador no reúne las condiciones para ser trabajador (por cuenta propia o ajena); pero sólo pueden ser tomadas como indicios, ya que la breve duración de la actividad, las escasas horas de trabajo, la discontinuidad del mismo o la baja productividad no pueden, por sí mismos, excluir una relación de empleo. Finalmente, el criterio de la *remuneración* no se cumplirá en la economía colaborativa si el prestador solo percibe una compensación por los costes del servicio o actividad realizada y no una retribución.

B) *Fiscalidad*

Los sujetos de la economía colaborativa, esto es, plataformas, prestadores y usuarios no pueden quedar al margen de los tributos a los que queden sometidas sus transacciones, de modo que, como el resto de operadores del mercado, se verán obligados a cumplir con las normas fiscales que les resulten de aplicación, en concreto, impuesto sobre la renta de las personas físicas, impuesto de sociedades, impuesto sobre el valor añadido o, incluso, tasas turísticas, en su caso. No se ignora la dificultad que puede entrañar la identificación de los contribuyentes, los ingresos sometidos a tributación o las medidas que se hayan de adoptar para evitar la evasión fiscal, entre otras cuestiones; pero ello no debe impedir la aplicación de las mismas reglas del juego a todos los operadores del mercado.

Los Estados miembros están adoptando diferentes medidas para concienciar a las personas que intervienen en la economía colaborativa de sus obligaciones fiscales¹¹³. Algunos países han elaborado guías sobre la aplicación de las normas fiscales (Austria, Eslovaquia o Lituania); otros están recabando información y realizando informes (Reino Unido, Francia y Finlandia); y otros Estados están considerando modificar sus legislaciones fiscales (Italia, Reino Unido, Francia o Dinamarca). También hay ejemplos concretos: Estonia, por ejemplo, ha creado una declaración simplificada y automática de tributos en colaboración con las plataformas de transporte compartido; en Amsterdam, el Ayuntamiento y la plataforma *Airbnb* han concluido un acuerdo para el pago y recaudación de las tasas turísticas, y en Francia las plataformas deben informar anualmente sobre su situación económica y fiscal.

Hace escasas fechas ha entrado en vigor en Bélgica una norma que grava los ingresos obtenidos por actividades de economía colaborativa con un 20% en ren-

¹¹³ SWD(2016) 184 final, *cit.*, pp. 42-44.

ta, pero sólo después de una franquicia del 50%. Se trata de rendimientos por servicios de mantenimiento de jardín, arreglo de ropa, o lecciones de guitarra proporcionados por un contribuyente individual a otro a través de una plataforma colaborativa. Se excluyen la entrega de bienes y el alquiler. La persona sujeta a impuestos por economía colaborativa está exenta de IVA y, si no supera los 5.000 euros, no ha de darse de alta como independiente ni pagar cotizaciones sociales¹¹⁴.

5. Reputación digital y digitalización de la confianza

En el contexto de la economía colaborativa, la confianza puede definirse como la disposición de un sujeto a comprometerse a colaborar con otro antes de saber cómo éste se comportará¹¹⁵. Establecer una relación de confianza entre personas desconocidas lleva tiempo y depende de multitud de factores: la identificación y autenticidad del sujeto, su intencionalidad, la experiencia y cualidad de la evaluación, por ejemplo. Por eso, en las relaciones gestionadas a través de internet la confianza se puede obtener gracias a la propia interacción previa, por lo aprendido de las experiencias de otros, por razón de la marca, por el capital social digital y por la validación de instituciones o entidades externas, digitales y de otro tipo, gubernamentales o no gubernamentales. Los tres primeros indicadores de confianza son ya tradicionales en internet desde la época de eBay; los dos últimos responden a desarrollos recientes y permiten la creación de un perfil *online*¹¹⁶.

Ese perfil tiene un valor intangible, es una carta de presentación, una garantía personal; es la reputación digital que, en la economía colaborativa, se gestiona de manera horizontal, es decir, para todas las plataformas; lo que ocurre no sólo por la presencia de los mismos usuarios en distintas plataformas, sino porque las identidades tienen trazabilidad, esto es, trascienden una concreta comunidad virtual¹¹⁷.

¹¹⁴ *Loi-programme du 1er juillet 2016*. Disponible en: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2016070101

¹¹⁵ Definición acuñada por COLEMAN, J.: en su libro *Foundations of Social Theory* (Harvard University Press, Cambridge, MA, 1990) y citada por SUNDARARAJAN, A.: *The Sharing Economy*, cit., p. 60.

¹¹⁶ Véase SUNDARARAJAN, A.: *The Sharing Economy*, cit., pp. 60-65.

¹¹⁷ Así, si una persona se comporta de una manera no aceptada en una plataforma de *carsharing*, por ejemplo, es muy probable que no quieran tratar con ella en otras plataformas similares o incluso diversas. Hace pocos años, los sistemas de reputación estaban vinculados a las concretas plataformas, pero actualmente trasciende distintas plataformas y se convierte en un activo aún más relevante para las transacciones de cada sujeto en internet. Además, es posible que las plataformas den opción a sus usuarios de incrementar o consolidar su reputación enlazando su perfil con el de otras plataformas de mayor extensión, como Facebook, lo que facilita la creación de reputación inicial a nuevos usuarios aún no valorados y permite a la plataforma reforzar su propio sistema de reputación aprovechando la externalidad positiva generada por la otra plataforma reputada (CNMC, *Consideraciones preliminares*, cit., p. 48).

La trazabilidad genera crédito y confianza, facilitando las transacciones económicas comerciales; la falta de aquélla provoca la ausencia de éstos¹¹⁸.

Por regla general, los sistemas de reputación *online* se insertan en las propias plataformas y se alimentan con las valoraciones de los usuarios [con su identidad verificada], tanto oferentes como demandantes, siendo habitual que cada uno pueda acceder, libre y gratuitamente, a las valoraciones personales del resto, de forma agregada o individual. Igualmente, se suele poder acceder al historial de cada usuario, cuándo valora y cuándo es valorado. Y, bien de forma gratuita o a un coste muy reducido, estos sistemas de reputación facilitan a los usuarios de la plataforma información sobre las características del servicio o producto, así como sobre los otros usuarios, eliminando o al menos paliando los costes de transacción (la información asimétrica que dificulta la consecución de transacciones). Además, estos mecanismos generan gran cantidad de información fundamental para la propia plataforma¹¹⁹. En definitiva, el *feedback* (retroalimentación) y la confianza son la columna vertebral de la economía colaborativa¹²⁰, la moneda de la nueva economía¹²¹.

No obstante, los sistemas de reputación no están libres de fallos, provocando ineficiencias de mercado¹²². Una de esas ineficiencias se produce por la dependencia recíproca de las valoraciones entre proveedores y consumidores, teniendo cada uno de ellos el poder de chantajear al otro con la amenaza de una revisión negativa que les provocaría una merma en su reputación. Para evitarlo, los participantes suavizan sus críticas, situación que acaba perjudicando a toda la comunidad, que no podrá disponer de una información veraz¹²³. Y lo mismo sucede

¹¹⁸ Es destacable el ejemplo de Traity, una *start up* madrileña que incrementa la confianza y la transparencia en las transacciones entre personas permitiendo al individuo crear su propia red de confianza, una reputación *online*. Por su parte, Trust Cloud es una plataforma que recopila la identidad y reputaciones acumuladas en las diversas plataformas en las que un usuario haya participado.

¹¹⁹ A través de las valoraciones y comentarios de los usuarios, y con los instrumentos apropiados de análisis de Big Data, la plataforma podrá, por ejemplo, destacar en las páginas iniciales los intercambios más habituales para atraer nuevos usuarios o facilitar el acceso de los miembros de la plataforma, proponer relaciones de intercambio iniciales más eficientes, expulsar aquellas transacciones o usuarios peor valorados por la comunidad o instar a su mejora (CNMC, *Conclusiones preliminares*, cit., p. 47).

¹²⁰ CANNON, B./CHUNG, H.: «A framework for designing co-regulation models», cit., p. 38.

¹²¹ BOTSMAN, R.: «The currency of the new economy is trust», 2012, http://www.ted.com/talks/rachel_botzman_the_currency_of_the_new_economy_is_trust.

¹²² Los sistemas de reputación de Amazon, eBay y Xbox Live son los más exitosos, pues administran y presentan las contribuciones de los usuarios de forma muy efectiva. Sobre estos sistemas, FARMER, R./GLASS, B.: *Building Web Reputation Systems*, Ed. O'Reilly Media-Yahoo Press, Sebastopol, CA, 2010.

¹²³ Es lo que SLEE, T. («Some Obvious Things About Internet Reputation Systems», 2013, pp. 1-13, pp. 6-7. Available in http://tomslee.net/wordpress/wp-content/uploads/2013/09/2013-09-23_reputation_systems.pdf) denomina «colusión de valoraciones», que

ante la posibilidad de demandar a los revisores negativos por difamación, lo que disuade de la realización de valoraciones negativas. La solución a esas situaciones de datos sesgados e inexactos podría venir dada por la aplicación de mecanismos adicionales de detección de la falta de veracidad, por la protección de la libertad de expresión y por la suscripción de seguros de responsabilidad civil. Otra ineficiencia viene provocada por las posibles tempranas y desafortunadas revisiones negativas, que aparecerán visibles desde el principio en la reputación del proveedor o usuario perjudicando los inicios de la incorporación de éstos a las plataformas, no siendo fácil erradicar las malas críticas que contaminan la información que impulsa la dinámica del mercado. Por último, también las plataformas pueden manipular las revisiones de los usuarios, especialmente si se benefician de tal distorsión, por lo que habrá que buscar mecanismos de salvaguarda para evitar que se pueda destruir la reputación de los sujetos de la economía colaborativa¹²⁴.

Algunas plataformas han tomado ya conciencia de que los sistemas de reputación *online* no son capaces de solventar los problemas de confianza en las relaciones comerciales y están recurriendo a sistemas tradicionales de generación de confianza, como la verificación documental, los seguros o los sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre otros¹²⁵.

También los reguladores están interesados en potenciar la protección de los usuarios por la vía de la información ofrecida por la plataforma. Así, por ejemplo, el legislador francés, en su reciente ley sobre economía digital¹²⁶, obliga a los operadores de las plataformas *online* a ofrecer al consumidor información justa, clara y transparente sobre el servicio de intermediación y sobre los bienes o servicios que proporciona, entre otras cuestiones. Es más, cuando el operador supere determinado número de conexiones (que se establezca reglamentariamente), deberá diseñar y divulgar unas buenas prácticas para mejorar la claridad de las obligaciones, la transparencia y la equidad. Las autoridades administrativas podrán evaluar y comparar las prácticas de los operadores, haciendo pública la relación de plataformas incumplidoras. Además, los encargados de recoger, moderar o difundir los comentarios *online* de los consumidores han de ofrecer información justa, clara y transparente sobre las reglas de publicación y procesamiento de esas opiniones, sobre si van a ser monitoreadas y, en ese caso, las características de los sistemas de

se produce cuando una de las partes tiene que valorar a la otra, ya que emitir una valoración inferior podría llevar a recibir una valoración también inferior.

¹²⁴ Sobre todas estas cuestiones, CANNON, B./CHUNG, H.: «A framework for designing co-regulation models», *cit.*, pp. 38-40.

¹²⁵ Por ejemplo, AirBnb y su equipo de investigadores de actividades fraudulentas; o Ebay y la exigencia sumisión de los usuarios a su sistema de resolución de controversias. Véase SLEE, T.: «Some Obvious Things», *cit.*, p. 11.

¹²⁶ LOI n.º 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (JORF n.º 0235, 8-10-2016). <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033202746&-dateTexte=&categorieLien=id>.

control implementados. Se indicará la fecha de notificación o de cualquier actualización de la opinión, y el rechazo a publicar una opinión habrá de ser razonado, teniendo los gestores de los productos o servicios sujetos a opinión acceso a la información sobre la autenticidad de la notificación¹²⁷.

Por último, parece oportuno incluir en este temario de la reputación digital y de la digitalización de la confianza dos derechos reconocidos a los ciudadanos por la Unión Europea en su Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)¹²⁸ y que tienen que ver con su capacidad de decisión y control sobre los datos personales que les puedan haber confiado a terceros: el derecho al olvido y el derecho a la portabilidad. El primero de ellos es la consecuencia del derecho que tienen los ciudadanos a solicitar, y obtener de los responsables, que los datos personales sean suprimidos cuando ya no sean necesarios para la finalidad con la que fueron recogidos, cuando se retire el consentimiento para su tenencia y/o uso o cuando se hayan recogido de forma ilícita (entre otras circunstancias). Además, el interesado puede solicitar que se bloqueen en las listas de resultados de los buscadores los vínculos que conduzcan a informaciones que le afecten que resulten obsoletas, incompletas, falsas o irrelevantes y no sean de interés público, entre otros motivos (art. 17 RGPD). El derecho a la portabilidad, por su parte, implica que el interesado que haya proporcionado sus datos a un responsable que los esté tratando de modo automatizado podrá solicitar su recuperación en un formato que le permita su traslado a otro responsable y, si fuera técnicamente posible, que sea el propio responsable el que transfiera los datos directamente al nuevo responsable designado por el interesado (art. 20 RGPD).

El derecho al olvido permitirá a los usuarios de las plataformas evitar que los datos innecesarios, no consentidos o ilícitamente obtenidos de ellos aparezcan en las plataformas; incluso impedir vínculos a informaciones que puedan mermar su reputación. La portabilidad hará posible que el usuario de la plataforma (tanto oferente como demandante) que quiera «migrar» a otra llevará consigo la reputación acumulada en la anterior, sin tener que empezar desde cero.

IV. UNA ALTERNATIVA A LAS PLATAFORMAS DE CORTE CAPITALISTA: EL COOPERATIVISMO DE PLATAFORMA

La forma en que el público advierte la economía colaborativa varía significativamente. Algunos la consideran una nueva alternativa al capitalismo que sustituye las transacciones de mercado por la acción de compartir; otros la ven como

¹²⁷ La norma también se ocupa de los alojamientos para uso turístico, quedando restringidos a 120 los días que una vivienda habitual se puede arrendar para tales fines.

¹²⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que deroga la Directiva 95/46/CE.

la forma más elevada de capitalismo; también se ve en ella una oportunidad para consumidores y productores y hay quien manifiesta su preocupación por una posible estafa a los consumidores o por ser una forma de sustituir trabajos estables por trabajos ocasionales a bajo coste¹²⁹.

Muchos estudios apuntan ya que la economía colaborativa tiene poco de este adjetivo, llegando a hablarse de «capitalismo de plataforma» (*platform capitalism*¹³⁰), pues tales plataformas no comparten ni la propiedad ni los beneficios con los usuarios que, de hecho, son quienes generan valor dentro de ellas¹³¹. Surge así, en contraposición, un nuevo movimiento que pretende volver a la raíz del adjetivo colaborativo y dar lugar a plataformas en las que propiedad, beneficio y responsabilidad sean realmente distribuidos. Es el caso del «*platform cooperativism*»¹³², esto es, de las plataformas propiedad de los usuarios que proporcionan los recursos que las hacen funcionar, ya sea en forma de trabajo o de bienes o como consumidores de un producto o servicio; que se gobiernan de una forma democrática y distribuida, y que incluso llegan a repartir los beneficios entre sus copropietarios productores-consumidores¹³³. Es la extensión de los fundamentos de las cooperativas a las plataformas colaborativas, en definitiva, una manera diferente de hacer «*sharing economy*»¹³⁴.

¹²⁹ STOKES, K./CLARENCE, E./ANDERSON, L./RINNE, A.: *Making sense of the UK collaborative economy*, Nesta, 2014, pp. 1-47, p. 8.

¹³⁰ PASSONI, A.: «Economia delle piattaforme e architettura digitale delle scelte. Appunti sull'alternativa cooperativa», 21-9-2016, pp. 1-8. Disponible en <http://archiviomarini.sp.unipi.it/692/6/Economia%20delle%20piattaforme%20e%20architettura%20digitale%20delle%20scelte.pdf>, p. 1-4.

¹³¹ Entre otros, SCHNEIDER, N.: «An internet of ownership: democratic design for the online economy», September 7, 2016. Available at: <http://internetofownership.net/2016/09/07/an-article-for-pre-submission-peer-review/>

¹³² Término atribuido a SCHOLZ, T.: «Platform Cooperativism vs. the Sharing Economy», 2014. Available in: <https://medium.com/@trebors/platform-cooperativism-vs-the-sharing-economy-2ea737f1b5ad#.muuo2nzvu>

¹³³ No se ha de confundir con el «cooperativismo abierto» (*open cooperativism*), concebido como una regeneración del cooperativismo tradicional cuando confluye con la economía colaborativa. La sinergia resultante puede generar «un nuevo tipo de mercado postcapitalista y ético» así, como crear «nuevas formas de poder político y económico externo al duopolio estado-mercado». Sobre el nuevo tipo de mercado, CONATY, P./BOLLIER, D.: «Toward an open co-operativism. A New Social Economy Based on Open Platforms, Co-operative Models and the Commons», 2014. Disponible en: <http://commonstransition.org/toward-an-open-co-operativism/>, p.21. En cuanto a las nuevas formas de poder, COMO, E./BATTISTONI, F.: «Economia collaborativa e innovazione nelle imprese cooperative: opportunità emergente e sfide per il futuro», *Rivista Impresa Sociale*, n.6 12/2015, p. 101. Sobre este modelo, también BAUWENS, M., June 16). Open Cooperativism for the P2P Age, 2014, June 16 Available at: <https://blog.p2pfoundation.net/open-cooperativism-for-the-p2p-age/2014/06/16>.

¹³⁴ Hay otras opciones superadoras de la visión capitalista de las plataformas. Una de ellas es la que apuesta por la que denominan «*shared infrastructure*» o «*radical transactionalism*», esto es, la opción de experimentar de forma creativa con la propiedad y el control como base para nuevas posibilidades sociales y democráticas. Véase MORGAN, B./KUCH, D.: «Radical Transactionalism: Legal Consciousness, Diverse Economies, and the Sharing Economy», *Journal of Law and Society*, vol. 42, núm. 4, december 2015, pp. 556-587, pp. 558-559.

1. La interrelación entre economía colaborativa y cooperativismo valorada desde Estados Unidos

La naturaleza comercial de las plataformas colaborativas genera algunas críticas que tienen que ver con su gobernanza, con la forma en la cual se genera valor en ellas y con el sujeto que se apropia su valor. Es un hecho que mientras los usuarios son quienes ofrecen a las plataformas los activos que crean valor, los beneficios que de ello se derivan quedan en manos del reducido grupo de propietarios de la plataforma. Además, se acusa a las grandes plataformas multinacionales de entrar en competencia desleal con los negocios existentes por los fallos que produce la regulación actual. Por último, se pone sobre la mesa la falta de protección de los consumidores y de los trabajadores en estas [nuevas y todavía no reguladas] plataformas¹³⁵.

Los autores estadounidenses han sido los primeros en estudiar la relación entre las cooperativas y la economía colaborativa, proponiendo como resultado el concepto de «cooperativismo de plataforma» (*platform cooperativism*), esto es, proceder a clonar el corazón tecnológico de las plataformas en línea y desarrollarlo con el modelo cooperativo¹³⁶. El nuevo concepto tiene que ver con los modelos democráticos de propiedad de Internet, con la posibilidad de que la propiedad y gestión o gobierno de esta herramienta pueda ser articulada de forma diferente para favorecer la solidaridad, y con los cambios tecnológicos, culturales, políticos y sociales en las plataformas colaborativas¹³⁷.

Se sugiere que si las plataformas fueran controladas por sus usuarios —organizados en forma de cooperativa—, la mayoría de los problemas de gobernanza y responsabilidad social podrían resolverse. Es más, compartir la propiedad de la plataforma permitiría una más justa distribución del valor creado al quedar éste en manos de las personas que realmente lo han generado y no en las de un reducido grupo de inversores. Finalmente, la plataforma cooperativa estrecharía los lazos sociales y solidarios entre trabajadores, combatiendo la tendencia hacia los empleos «on-demand»¹³⁸.

¹³⁵ COMO, E./MATHIS, A./TOGNETTI, M./RAPISARDI, A.: «Cooperative platforms in European landscape: an exploratory study», ISIRC Conference, Glasgow, september 2016, pp. 1-35. Available at: http://www.si-drive.eu/wp-content/uploads/2016/09/Paper_Cooperatives-Col-lab-Economy_August_2016_FINAL.pdf, p. 5.

¹³⁶ AA.VV.: *Ours to Hack and to Own. The Rise of Platform Cooperativism, a New Vision for the Future of Work and a Fairer Internet*, (Eds. SCHOLZ, T./SCHNEIDER, N.), october, 2016.

¹³⁷ SCHOLZ, T.: *Platform Cooperativism. Challenging the Corporate Sharing Economy*, Rosa Luxemburg Stiftung, New York Office, January 2016. Available at: http://www.rosalux-nyc.org/wp-content/files_mf/scholz_platformcoop_5.9.2016.pdf, pp. 2, 10 y 14.

¹³⁸ COMO, E./MATHIS, A./TOGNETTI, M./RAPISARDI, A.: «Cooperative platforms in European landscape», cit., p. 9. Véase, SCHOLZ, T.: *Platform Cooperativism*, cit., p. 14.

Para los creadores del concepto, el *platform cooperativism* habría de responder a diez principios fundamentales¹³⁹: 1) Internet centrado en las personas (*people-centered-internet*) y no en los bienes, en contraposición a la idea básica del *platform capitalism* de que lo que interesa es el acceso a los bienes y no la propiedad de los mismos. 2) Salarios dignos y seguridad en los ingresos. 3) Transparencia y portabilidad de los datos de los usuarios, en cuanto a su obtención, clasificación, uso y venta de tales datos. 4) Reconocimiento y recompensa del trabajo realizado por los trabajadores facilitando la comunicación entre éstos y los operadores y/o dueños de la plataforma. 5) Interacción entre los trabajadores y los operadores de la plataforma desde el momento de su programación para que aquéllos se involucren y éstos conozcan el flujo de trabajo. 6) Marco jurídico que proteja estas nuevas plataformas, inusuales en Estados Unidos. 7) Portabilidad de los beneficios y protección adquirida por los trabajadores desde el punto de vista laboral y social de modo que no se vean afectados si cambian de escenario laboral. 8) Protección contra comportamientos arbitrarios de modo que los trabajadores y usuarios puedan capitalizar su reputación, manteniendo la acumulada en la plataforma cuando cambien a otra. Para ello sería esencial que los trabajadores y/o usuarios, establecieran sus propios sistemas centralizados de reputación e identificación. 9) Rechazo de una vigilancia excesiva de los trabajadores por la plataforma, para salvaguarda de la dignidad de éstos. 10) Derecho de los trabajadores a desconectarse de la plataforma para disponer de tiempo de ocio.

En Estados Unidos se ha producido un renovado interés en institucionalizar iniciativas de economía colaborativa en modelo cooperativo, siendo destacable el esfuerzo que están realizando los sindicatos por fomentar cooperativas propiedad de los trabajadores que ofrecen servicios en el marco del *ride-sharing*¹⁴⁰; y la ciudad de Nueva York, por ejemplo, ha promulgado importantes medidas de apoyo legislativo y financiero a las cooperativas¹⁴¹.

Pero ¿cómo convertir las empresas de economía colaborativa en cooperativas?, se preguntan los autores americanos¹⁴². Desde una perspectiva estratégica, se afirma que la función de los clientes es decisiva. Como es sabido, el valor de una empresa depende —entre otros parámetros— de su clientela, por lo que en la

¹³⁹ SCHOLZ, T.: *Platform Cooperativism*, cit., pp. 18-21.

¹⁴⁰ HARRIS, K.: «Cabby-Owned Taxi Cooperatives on the Rise», 2015. Available at: <http://www.shareable.net/blog/cabby-owned-taxi-cooperatives-on-the-rise>.

¹⁴¹ DEMOCRACY AT WORK INSTITUTE (US Federation of Working Cooperatives): «Moving Past the «Tale of Two Cities»: New York City Enacts First Pro-Worker Cooperative City Legislation in the United States», 18-3-2015. Available at: <http://institute.coop/news/moving-past-%E2%80%9Ctale-two-cities%E2%80%9D-new-york-city-enacts-first-pro-worker-cooperative-city>. MORGAN, B./KUCH, D.: «Radical Transactionalism», cit., p. 576.

¹⁴² Trasladamos aquí las preguntas y respuestas ofrecidas por ORSI, J.: «The Sharing Economy Just Got Real», September 16, 2013. Available at: <http://www.shareable.net/blog/the-sharing-economy-just-got-real>.

medida en que los clientes comprendan que a través de las cooperativas, se puede conseguir una economía más justa y sostenible, penalizarán a las empresas de economía colaborativa articuladas en forma capitalista y éstas, al perder clientela, perderán valor¹⁴³. Desde una perspectiva societaria, la conversión de las actuales empresas de economía colaborativa en cooperativas se entiende que podría tener lugar de forma voluntaria, adoptando cada empresa un acuerdo de venta de la empresa a sus clientes organizados en cooperativa¹⁴⁴.

Pero la alternativa no es —lógicamente, a nuestro juicio— proceder a la transformación de las actuales plataformas en cooperativas. Son ya muchos los ejemplos de plataformas cooperativas que han surgido originariamente con tal naturaleza aunque ciertamente son menos visibles que las capitalistas¹⁴⁵. En atención al patrón de desarrollo al que respondan, han sido clasificadas en torno a tres modelos¹⁴⁶. El primero, viene dado por las versiones cooperativas de plataformas capitalistas, como es el caso de Loconomics, que es el análogo cooperativo al mercado de trabajo TaskRabit, o Fairmondo, un mercado global *online* como eBay. Cabe también citar, aunque en este caso sin versión capitalista, Stocksy, una cooperativa que almacena fotografías *online* y abona a los fotógrafos el 50% de cada foto licenciada; Resonate, un servicio de música en *streaming* titularidad de los propios artistas; o Members Media, que agrupa a profesionales del cine. El segundo lo integran los entes híbridos, que legalmente no son cooperativas, pero que operan con similares principios y aprovechan la tecnología digital. Su principal experimento es Enspiral Network, una comunidad de *coworking* digital con sede en Nueva Zelanda que permite a cientos de autónomos y empresas sociales traba-

¹⁴³ Estos argumentos pueden verse en ORSI, J.: «The Sharing Economy», *cit.*

¹⁴⁴ Para ORSI, J. («The Sharing Economy», *cit.*), el proceso podría realizarse de dos formas: bien constituyendo los usuarios una cooperativa que poco a poco fuera asumiendo las acciones de aquélla, bien creando la propia empresa una nueva clase de acciones para los futuros cooperativistas. La autora afirma que aunque el proceso es más fácil en empresas pequeñas (v.gr., Select Machine), es también posible en compañías como Airbnb, aunque se tardaran 10 años en conseguir el número de clientes que fuera capaz de aportar el precio de la empresa. También sobre plataformas cooperativas fruto de la transición de empresas existentes hacia la propiedad y el gobierno democrático, combinando un modelo de negocio ya probado con una estructura más acorde al servicio de las personas que dependen de ella (conversión), SCHNEIDER, N.: «An internet of ownership», *cit.* También las ESOPs o planes de «accionariado asalariado», que generan una participación indirecta por parte de los empleados en la propiedad de la empresa, podrían ser el instrumento facilitador de la adquisición de la plataforma por la cooperativa. Sobre esta realidad, en el caso de la plataforma de *ridesharing* Juno, en la que gracias a un Programa de Propiedad o de Transferencia de acciones a proveedores (PSOPs) en 2026 el 50% de la compañía estará en manos de los conductores, véase SUNDARARAJAN, A.: *The Sharing Economy*, *cit.*, p. 200.

¹⁴⁵ *Startups* que se constituyen como cooperativas e integran en su estructura los valores y la cultura cooperativa. Sobre este proceso y sus ventajas, véase SCHNEIDER, N.: «An internet of ownership», *cit.*

¹⁴⁶ Clasificación realizada por GORENFLO, N.: «How Platform Coops Can Beat Death Stars Like Uber to Create a Real Sharing Economy», november 3, 2015. Available at: <http://www.shareable.net/blog/how-platform-coops-can-beat-death-stars-like-uber-to-create-a-real-sharing-economy>

jar juntos en beneficio mutuo. Y el tercero, la opción más accesible, se refiere a las plataformas basadas en la tecnología *blockchain*¹⁴⁷, como La'Zooz —versión blockchain de Uber—, Swarm —versión de Kickstarter— o Arcade City, en las que dicha tecnología se utiliza para coordinar el trabajo, gobernar la plataforma y distribuir la propiedad¹⁴⁸.

Pero pese a los ejemplos de cooperativismo de plataforma existentes, esta opción está todavía en sus inicios, siendo preciso resolver diversos desafíos fundamentales en materia legal, financiera y de organización en orden a diseñar el proceso de formación de plataformas cooperativas viables; y su resolución llevará todavía tiempo. No obstante, el esfuerzo desarrollado por Silicon Valley durante décadas para conseguir una perfecta maquinaria de puesta en marcha de *startups* ha allanado en gran parte el camino para el cooperativismo de plataforma. Sin mimetizar o duplicar la cultura de organización propia de Silicon Valley, el movimiento puede adaptar ingeniosamente su metodología, sus modelos de negocio, su diseño y su ecosistema de innovación para lanzar al mercado una generación de plataformas cooperativas¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Se define *blockchain* (cadena de bloques) como una red peer-to-peer distribuida que mantiene una lista de transacciones en constante crecimiento protegida contra la manipulación y compuesta por bloques de información que son replicados entre los integrantes de la red peer-to-peer, proporcionando así una prueba distribuida de la validez de todas y cada una de las transacciones. La red de usuarios de este esquema se convierte en fuente de confianza, en una forma de conferir legitimidad al objeto que se acoge a la cadena de bloques. Sobre esta materia, SKINNER, C.: *Valueweb: how Fintech firms are using Bitcoin Blockchain and mobile technologies to create the internet of values*, Marshall Cavendish, 2016.

¹⁴⁸ Para una mayor información, puede consultarse la siguiente web: <http://internetofownership.net/>, creada a principios de 2015 por BALKIND, D./SCHNEIDER, N.: y otros. Se trata de un exhaustivo directorio del ecosistema del cooperativismo de plataforma que incluye no solo a plataformas cooperativas propiamente dichas (que responden a los principios y valores de la ACI) así como varias herramientas y organizaciones que las sustentan, sino también «*sharing platforms*» (como Managed by Q) que, en la práctica, y al menos en parte, comparten la propiedad o la gobernanza con los usuarios de la plataforma. Véase, SCHNEIDER, N.: «An internet of ownership», *cit.*

¹⁴⁹ Así lo manifiesta GORENFLO, N.: «How Platform Coops Can Beat», *cit.* El autor indica cinco metas que las plataformas cooperativas han de alcanzar para poder combatir a las plataformas capitalistas o «*Death Stars platforms*», como prefiere denominarlas. La primera, articular un modelo (de organización, financiero y de desarrollo) capaz de sustentar el diverso patrón de organización cooperativo. La segunda, ofrecer un servicio mejor y más competitivo a nivel de precios que el de las «*Death Stars*». La tercera, procurar la cooperación entre las cooperativas, como indica el sexto principio de la Alianza Cooperativa Internacional, por ejemplo a través de una federación de cooperativas locales interconectadas tecnológicamente. La cuarta, conseguir un ecosistema similar al de Silicon Valley, pero en este caso no con la participación de poderosas empresas, sino de los aliados naturales de las cooperativas (gobiernos locales, sindicatos, entidades sin fin de lucro, inversores sociales como cooperativas de crédito o fundaciones, etc.); ecosistema capaz de distribuir la riqueza en lugar de concentrarla. Y la quinta, construir un movimiento de masas a favor del cooperativismo de plataforma.

2. La interrelación entre economía colaborativa y cooperativismo valorada desde Europa

La tradición cooperativa es muy amplia en los países de la Unión Europea, por lo que esta forma de empresa tiene un mayor arraigo en la cultura europea que en la estadounidense. La mayoría de los Estados miembros cuentan con una legislación específica en materia de sociedades cooperativas¹⁵⁰ y el modelo cooperativo genera una elevada cifra de negocios¹⁵¹.

A) Documentos europeos

Las cooperativas y la economía colaborativa han sido puestas en conexión en algunos documentos europeos. Así, por ejemplo, en el Dictamen sobre «*Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*»¹⁵², el Comité Económico y Social Europeo señala que el cooperativismo es «el principal aliado del consumo colaborativo o participativo, en la medida en que [ambos] conjugan y comparten principios y valores»¹⁵³. Y también el Comité de las Regiones, en su Dictamen sobre «*La dimensión local y regional de la economía colaborativa*», aconseja que, a la hora de definir la economía colaborativa, se tengan en cuenta los planteamientos no comerciales y basados en bienes de utilidad pública, pues considera que una parte de la economía colaborativa pertenece a la economía social¹⁵⁴. El Comité anima a la Comisión Europea y a los Estados miembros a establecer incentivos para la economía colaborativa a fin de apoyar y aplicar los principios de la economía social, en particular en lo que se refiere a los principios de solidaridad, democracia y participación, así como a la cooperación con la comunidad local¹⁵⁵.

Aún así, las instituciones europeas no han explorado por el momento las posibilidades que pueda ofrecer la interacción entre la economía colaborativa y las cooperativas, ni que la forma social cooperativa pueda servir para mitigar los

¹⁵⁰ Una aproximación a las legislaciones europeas puede verse en CRACOGNA, D./FICI, A./HENRÝ, H.: *International Handbook of Cooperative Law*, Ed. Springer, Heidelberg, 2013.

¹⁵¹ QUINTANA COCOLINA, C., and Cooperatives Europe's team, *The power of cooperation. Cooperatives Europe key figures 2015*, April 2016.

¹⁵² Dictamen 2014/C 177/01, *cit.*

¹⁵³ Según el Dictamen, el movimiento cooperativo puede fortalecer las iniciativas, proactiva y reactivamente, y alberga en su tejido redes de consumo colaborativo o participativo que pueden resultar simbióticos para sus objetivos respectivos (SALCEDO AZNAL, A.: «Cooperativismo 3.0». 100 años de cooperativismo de consumidores y usuarios: historia y futuro» UNCCUE, 2013, pp. 65-68). Las cooperativas de consumo y las llamadas cooperativas de kilómetro cero (cooperativas de productos o actividades relacionadas con la economía local que minimizan el impacto que ocasionan la distribución y el transporte a gran distancia) son un exponente de algo que ya es realidad.

¹⁵⁴ COR-2015-02698-00-00-AC-TRA (EN), *cit.*, apartado I.2.

¹⁵⁵ COR-2015-02698-00-00-AC-TRA (EN), *cit.*, apartado I.23.

riesgos asociados a la economía colaborativa¹⁵⁶. Estas opciones han sido analizadas, sin embargo, en dos estudios recientes surgidos de entidades privadas. El primero de ellos (2015) fue el promovido en Italia de forma conjunta entre la Fundación Unipolis y Legacoop —coordinado por la agencia LAMA—, y explora las posibles convergencias entre cooperativas y las prácticas de la economía colaborativa¹⁵⁷; el segundo (2016), ha sido impulsado por LAMA y Cooperatives Europe, y en él los autores llevan a cabo una reflexión similar pero a nivel europeo¹⁵⁸.

B) Estudio de la Fundación Unipolis

El estudio de la Fundación Unipolis, tras repasar el concepto de economía colaborativa como fenómeno emergente y revisar los elementos que lo integran, se detiene en describir el estado de la economía colaborativa en Europa y en Italia en el marco del debate actual sobre esta realidad y sus deficiencias. Esta introducción ofrece a los autores las herramientas necesarias para confrontar el movimiento cooperativo con la economía colaborativa e identificar tanto las zonas comunes entre ambos fenómenos —tan dispares y poco comparables— como las más profundas divergencias. El contraste se realiza entre el modelo de colaboración que se da en las plataformas colaborativas y el propio de las cooperativas, el papel que juega la tecnología en ambos mundos, cómo se construyen las relaciones en la economía colaborativa y en la empresa cooperativa, cuál es el modelo de gobernanza imperante en uno y otro sistema y cuáles son los objetivos, valores y nuevos retos de cada fenómeno en cuanto a colaboración y representación institucional. Se constata la imposibilidad de comparar las dimensiones de ambos sectores en el mercado italiano, se reflexiona sobre la competencia que pueda existir entre el modelo colaborativo en algunos sectores, como el del taxi, y la influencia que aquél ha ejercido en este, y se buscan casos emergentes de plataformas que han

¹⁵⁶ COMO, E./MATHIS, A./TOGNETTI, M./RAPISARDI, A.: «Cooperative platforms in European landscape», *cit.*, p. 7. Los autores citan los siguientes trabajos; DE GROEN, W. P./MASELLI, I.: «The Impact of the Collaborative Economy on the Labour Market», *CEPS Special Report*, n.º 138, 2016. Available at: <https://www.ceps.eu/publications/impact-collaborative-economy-labour-market>; GOUDIN, P.: The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy – Economic Social and Legal Challenges and Opportunities, *European Parliamentary Research Service*, 2016. Available at: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU\(2016\)558777_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU(2016)558777_EN.pdf); CODAGNONE C./ABADIE F./BIAGI F.: «The Future of Work in the 'Sharing Economy'. Market Efficiency and Equitable Opportunities or Unfair Precarisation?», *Institute for Prospective Technological Studies*, 2016, JRC Science for Policy Report EUR 27913 EN, doi:10.2791/431485.

¹⁵⁷ AA.VV.: *Dalla Sharing Economy all'Economia Collaborativa. L'impatto e le opportunità per il mondo cooperativo*, I Quaderni di Unipolis, Ottobre 2015, *cit.* El estudio fue coordinado por la agencia LAMA, una consultoría cooperativa (www.agenzialama.eu).

¹⁵⁸ COMO, E./MATHIS, A./TOGNETTI, M./RAPISARDI, A.: «Cooperative platforms in European landscape», *cit.*

adoptado la forma cooperativa y de cooperativas que han adoptado modelos reconducibles a los propios de la economía colaborativa, encontrándose ejemplos en diversos sectores (consumo, alojamiento, transporte, crédito, iniciativa social, etc.).

El estudio finaliza señalando los aspectos en los que la economía colaborativa puede aportar innovación y cambio a la cooperación: nueva concepción de la mutualidad, la doble condición del socio como productor y usuario, la conexión entre sujetos geográficamente distribuidos, la colaboración entre empresas y no sólo entre sujetos, innovar en los modelos de negocios, aprovechar la innovación digital para reforzar la transparencia, el control y el seguimiento de los servicios ofertados, promover nuevas formas de relación y de interacción social, utilizar la tecnología para facilitar la participación de los socios, y, finalmente, proponer un modelo cooperativo de propiedad y de gestión de las plataformas que lleve consigo las ventajas de la cooperación y al mismo tiempo se adapte al nuevo contexto de mercado.

C) *Estudio de Cooperatives Europe*

El estudio de la agencia LAMA y de Cooperatives Europe¹⁵⁹, por su parte, ha visto la luz en forma de artículo titulado «*Cooperative platforms in a european landscape: an exploratory study*». En él se reconoce que el desarrollo en Europa de la idea de las plataformas cooperativas ha tenido lugar gracias a la divulgación de los trabajos de SCHOLZ y SCHNEIDER, pero se advierte que el debate se ha centrado principalmente en la necesidad de democratizar las plataformas colaborativas existentes o fomentar la creación de plataformas más democráticas y no tanto en cómo la economía colaborativa puede transformar los modelos de negocio cooperativos actuales, o cómo las cooperativas tradicionales pueden desarrollar nuevos modelos colaborativos según sus específicas necesidades de innovación. La atención del estudio se centra, entonces, en el surgimiento de innovaciones colaborativas desde el interior del movimiento cooperativo; en cómo las cooperativas pueden incorporar los nuevos elementos del modelo de economía colaborativa sin perder sus rasgos distintivos y sus principios. Con esa premisa se han detectado 38 experiencias que corresponden a once países europeos; experiencias diversas que evidencian los diferentes modos en que las cooperativas pueden usar y adaptar los principios de la economía colaborativa para desarrollar sus propios proyectos y negocios. No obstante, no todos son supuestos de plataformas cooperativas; algunos son sólo de cooperativas digitales, es decir, que han creado un espacio *online* donde sus socios (o usuarios) pueden intercambiar recursos o realizar algún tipo de colaboración horizontal.

¹⁵⁹ *Cooperatives Europe* es una organización representativa a la que están asociadas cooperativas procedentes de 33 países europeos (<https://coopseurope.coop>).

Las plataformas cooperativas detectadas son por lo general de pequeño tamaño, operan a nivel local, tienen un reducido número de usuarios y pertenecen a sectores diversos¹⁶⁰; las de *crowdfunding*, por ejemplo, tienen por objeto ayudar al nacimiento de nuevas cooperativas digitales y están promovidas directamente por cooperativas o por consorcios cooperativos y asociaciones representativas¹⁶¹. Por su parte, los proyectos digitales que no son plataformas tienden a dar un diferente uso a la tecnología: para involucrar a personas en proyectos sociales que entrañan modos de compartir, pero que no son *peer-to-peer*¹⁶²; o para implementar prácticas colaborativas en los sistemas internos de gobernanza¹⁶³. Finalmente, están las iniciativas que no son tecnológicas, pero sí colaborativas o de *coworking*, que muestran el interés de las cooperativas por brindar oportunidades para estar «físicamente juntos». El estudio ha permitido también identificar proyectos de economía colaborativa desarrollados por cooperativas para mejorar las relaciones B2B¹⁶⁴. La mayoría de los casos se corresponden con *startups* que han nacido en el seno del movimiento de la economía colaborativa; tan sólo algunos tienen por protagonistas a cooperativas preexistentes que han desarrollado proyectos de economía colaborativa. Y en cuanto a los usuarios, la tendencia es a admitir no sólo a los propios socios o socios de otras cooperativas, sino a abrir los proyectos al público en general.

Son varias las oportunidades que surgen de la aplicación de los principios y herramientas de la economía colaborativa a las empresas cooperativas, y en todas ellas el elemento clave es la innovación digital. Gracias a ella las cooperativas podrían: a) desarrollar plataformas cooperativas para llevar a cabo diferentes tipos de colaboración y de intercambio entre pares; b) usar las nuevas herramientas de gobernanza colaborativa para mejorar sus procesos internos y para incrementar o mejorar el empoderamiento de sus miembros; c) desarrollar nuevos modelos de gestión sostenible de recursos; d) ver en la producción colaborativa y en el *open manufacturing movement* una inspiración para nuevos modos de distribución; y e) desarrollar plataformas para la colaboración y el intercambio entre cooperativas.

No obstante, según los autores del estudio, son muchas las barreras para que la implementación apuntada pueda producirse. Una de ellas es la dificultad de las

¹⁶⁰ Plataformas de *car sharing* como Partago (belga) o Som Mobilitat (española), de servicios como Wehelfen (austriaca) o La Spesa (italiana), de turismo experimental como Piacere Milano (italiana), o de alimentos como S-cambia, entre otras.

¹⁶¹ La plataforma cooperative de crowdfunding francesa Jefinanceunprojetcoopératif, o la británica Microgenius.

¹⁶² V. gr., la cooperative italiana Camelot, que usa una plataforma digital para reclutar familias que quieran alojar refugiados en sus casas (proyecto Vesta).

¹⁶³ Cooperativas que usan herramientas como Loomio o Backfeed; o la plataforma comunitaria de Flora Royal Holland cooperative.

¹⁶⁴ El ejemplo es la francesa France Barter.

cooperativas ya establecidas para incorporar y desarrollar este tipo de innovación, algo que resulta más sencillo para las cooperativas jóvenes, por lo que hay que promover la creación de nuevas cooperativas surgidas ya bajo la lógica innovadora. Otra tiene que ver con la falta de instrumentos para atraer capital e inversiones a largo plazo, lo que ralentiza la innovación y sitúa a las cooperativas en desventaja con respecto a sus competidoras capitalistas. Otro obstáculo viene motivado por la tendencia a crear cooperativas locales, de reducida dimensión, insuficientemente conectadas y arraigadas en el territorio, lo que contrasta con el carácter global de la economía colaborativa. Finalmente, resulta difícil copiar las ideas y modelos de la economía colaborativa sin que el resultado sea una réplica exacta de éstos y, por tanto, con los mismos errores, no siendo entonces las cooperativas capaces de preservar sus características distintivas.

El estudio concluye con una llamada a las instituciones europeas para que consideren el papel que puede jugar la forma social cooperativa en el mercado de la economía colaborativa.

3. Las plataformas con forma cooperativa

Como es sabido, en la economía colaborativa el valor se genera por los proveedores y/o usuarios de las plataformas (*prouser*), quienes, pese a ello, no se ven recompensados. Ese valor queda en manos de las plataformas que, por lo general, son titularidad y están gestionadas por sociedades de capital, de modo que el valor generado por los proveedores y/o usuarios pasa a convertirse en beneficio para los socios. Sin embargo, es posible alterar esta ecuación si la plataforma es propiedad de los *prouser* organizados en cooperativa y es ésta quien la gestiona¹⁶⁵.

¿Es posible que los conductores interesados en prestar sus servicios de coche con conductor creen una plataforma constituyendo una cooperativa de transporte de trabajo asociado? ¿Es factible que quienes deseen alquilar toda o parte de su vivienda de forma temporal conformen una plataforma de *homesharing* creando una cooperativa de servicios? ¿Es viable que un grupo de profesores articulen una plataforma de contenidos académicos a través de una cooperativa de enseñanza? Desde nuestro punto de vista, éstos y otros proyectos de economía colaborativa

¹⁶⁵ El término *prouser* es un acrónimo formado por la fusión original de las palabras en inglés *provider* (proveedor) y *user* (usuario). Se utiliza por los autores especializados en economía colaborativa para evidenciar la doble condición que los sujetos ostentan en las plataformas en las que tanto pueden actuar como proveedores de los bienes o servicios como en calidad de usuarios de los mismos. El acrónimo guarda relación con el de *prosumer*, en su día acuñado por Alvin Toffler en su libro *La tercera ola* (1980), derivado de la fusión de las palabras inglesas *producer* (productor) y *consumer* (consumidor), en el marco de un mercado en el que los consumidores estarían involucrados en el diseño y manufactura de los productos.

pueden revestir la forma de sociedad cooperativa. El elemento disruptivo que aparece en todos ellos es que tanto la actividad cooperativizada de que se trate como el objeto social de la cooperativa se va a desarrollar a través de la plataforma, es decir, a través de la tecnología digital. De este modo, la organización y gestión del negocio desde la perspectiva empresarial tendrá en su centro a la plataforma, pero la gestión y gobierno de la sociedad cooperativa se desarrollará por los tradicionales cauces del Derecho de sociedades.

La diferencia entre estas plataformas cooperativas y las plataformas capitalistas reside en la titularidad de la empresa a la que se da origen. Las *startups* surgidas según el modelo de Silicon Valley tienen en su base al grupo de sujetos creadores de la idea de negocio, puesta en marcha y desarrollada gracias a la financiación obtenida por cauces tradicionales o innovadores (*bussiness angels*, *crowdfunding*, etc.), tras verificar la viabilidad del producto, adoptando el grupo la forma social más conveniente a sus intereses dentro de las estructuras capitalistas. Los fundadores de estas empresas no necesitan la plataforma creada para satisfacer sus necesidades socioeconómicas comunes, simplemente han creado un producto que han de vender a proveedores y a usuarios, quienes, en realidad, serán los que hagan viable la compañía¹⁶⁶. En atención a su capacidad de captación de sujetos interesados a ambos lados de la plataforma, el negocio tendrá éxito o no, por lo que precisarán desarrollar sistemas de reputación sólidos, medios de pago fiables, etc., para obtener credibilidad en el mercado digital, obtener una posición sólida en él y disponer de instrumentos competitivos que favorezcan su posición en el mercado respecto de otros. Pero en el negocio así diseñado los beneficios derivados del éxito de la plataforma no repercuten en quienes hacen posible que ésta tenga valor: sin proveedores y sin usuarios la plataforma no existirá; sin buenos proveedores y buenos usuarios la plataforma no podrá lograr una posición en el mercado. Es por ello que algunas plataformas capitalistas han comenzado a articular estrategias de recompensa a sus proveedores y/o usuarios, en el entendimiento de que sin *prouersers* no son ni tienen nada. En alguna medida, el poder empieza a deslizarse desde las plataformas a los proveedores, de las manos de unos pocos a las de algunos más¹⁶⁷.

Si la plataforma es titularidad de la cooperativa, el diseño del negocio cambia por completo. Los interesados, esto es, los socios promotores, con una necesidad

¹⁶⁶ Señala GANSKY, L. («Collaborative Economy Companies Need To Start Sharing More Value With The People Who Make Them Valuable», *FastCompany*, December 4th, 2014. Available at: <https://www.fastcoexist.com/3038476/collaborative-economy-companies-need-to-start-sharing-more-value-with-the-people-who-make-them-valuable/>), que la primera oleada de exitosas empresas de economía colaborativa como Uber, Lyft, Quirky, Airbnb, Taskrabbit, RelayRides y 99Designs, se fundaron gracias al *venture capital* y con la atención puesta en los inversores y no en los conductores, anfitriones, creadores o vendedores que hacen viable la compañía.

¹⁶⁷ Así, por ejemplo, Gett, una nueva plataforma similar a Uber, pretende captar y fidelizar a los conductores pagándoles por cada minuto que estén trabajando, y no por carrera o trayecto. Véase el ejemplo en GANSKY, L.: «Collaborative Economy», *cit.*

socioeconómica común que satisfacer (conductores, anfitriones, vendedores, creadores, etc.) contratarán los servicios de quienes puedan diseñar técnicamente la plataforma según sus previsiones, al igual que los socios promotores de una cooperativa de viviendas contratan los servicios de una promotora para la construcción de las mismas, o los socios trabajadores compran o alquilan las instalaciones donde radicar su negocio. La plataforma es, pues, el instrumento necesario para el desarrollo del negocio y se integra como cualquier otro activo en el patrimonio de la cooperativa.

En la plataforma cooperativa, el valor lo generan los socios-proveedores o los socios-usuarios, quienes se verán beneficiados por su esfuerzo gracias a la participación, vía retorno cooperativo, en los resultados prósperos de su actividad¹⁶⁸. Desde esta perspectiva, la aplicación de los principios y valores propios del cooperativismo permitirá construir y diseñar ese cooperativismo de plataforma al que aludíamos al comienzo de este epígrafe. Los problemas a los que se deba enfrentar una plataforma cooperativa tanto en su creación como en su actuación en el mercado, no serán diferentes a los que se enfrenta cualquier cooperativa, especialmente en materia de financiación¹⁶⁹. Sin embargo, la ventaja es la filosofía propia del cooperativismo, que permite hacer verdaderamente colaborativa para proveedores y usuarios la economía colaborativa¹⁷⁰.

V. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

La diversa y variada realidad que representa la economía colaborativa requiere un detenido análisis y estudio desde una perspectiva jurídica, pues la mayoría de los estudios y trabajos existentes son económicos y tienen como referencia el mercado estadounidense, siendo así que ni la perspectiva abordada ni sus conclusiones pueden trasladarse al marco europeo, habida cuenta la diferente concepción de ambos sistemas.

La Comunicación de la Comisión sobre la *Agenda Europea para la economía colaborativa* resulta un instrumento de mucha utilidad, pues proporciona orienta-

¹⁶⁸ ALFARO, J. («La regulación contractual de Uber con sus conductores», 17-11-2015. Disponible en <http://almacendederecho.org/36791-2/>; *idem*, «Economía colaborativa y teoría de las organizaciones», 5-1-2016. Disponible en <http://almacendederecho.org/economia-colaborativa-y-teoria-de-las-organizaciones/>) aboga por la eficiencia de las formas mutualistas para ostentar la titularidad de las plataformas cooperativas, centrando su atención fundamentalmente en la situación de los conductores de Uber.

¹⁶⁹ SUNDARARAJAN, A. (*The Sharing Economy*, cit., pp. 199) expone que en Estados Unidos hay formas tradicionales de *crowdfunding* centradas en cooperativas, como Peak Agency u organizaciones como Democracy Collaborative, que conectan a las nacientes cooperativas con filántropos, organizaciones sin fin de lucro y fundaciones en sus respectivas áreas.

¹⁷⁰ El desarrollo del temario así expuesto excedería los límites del presente trabajo, pudiendo dar lugar a un nuevo y exhaustivo trabajo sobre la materia.

ciones sobre cómo aplicar la legislación vigente de la Unión Europea a este dinámico sector en rápida evolución y aclara cuestiones clave a las que se enfrentan por igual los operadores del mercado y las autoridades públicas. Gracias a este documento de la Unión Europea se puede apreciar cómo la cuestión regulatoria tiene un alcance muy diferente en Europa y en Estados Unidos al quedar claramente definidos en el Derecho Europeo los actores de la economía colaborativa (proveedores, plataformas y usuarios) y las funciones y actividades que cada uno de ellos puede desplegar en este nuevo escenario, disponiendo de instrumentos legales susceptibles de ser aplicados a cada uno de ellos en atención a su posición en las concretas transacciones. Sin embargo, la coincidencia entre los sistemas apuntados se localiza en aquellas materias transversales, como la fiscalidad o las cuestiones laborales, en los que el legislador ha de articular las medidas que resulten oportunas para evitar los fallos del mercado y las desigualdades entre los operadores en el mismo.

Por otro lado, y desde la perspectiva de la titularidad de las plataformas y de la consideración de quienes generan el valor de las mismas, en los últimos años han surgido voces reivindicadoras de la reversión de ese valor hacia los proveedores y los usuarios, habiéndose centrado la atención en la forma social cooperativa como estructura susceptible de agrupar a los generadores de valor y conferirles la propiedad de las plataformas, como medio más colaborativo de hacer economía colaborativa. No obstante, son muchas las dificultades encontradas por los hasta el momento escasos estudios dedicados al cooperativismo de plataforma; aún así se enfatiza que los principios y valores cooperativos son el instrumento idóneo con el que conseguir el empoderamiento de los *prouersers*.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

AA.VV.: *Dalla Sharing Economy all'Economia Collaborativa. L'impatto e le opportunità per il mondo cooperativo*, I Quaderni di Unipolis, Ottobre 2015.

AA.VV.: *Ours to Hack and to Own. The Rise of Platform Cooperativism, a New Vision for the Future of Work and a Fairer Internet* (Eds. SCHOLZ, T./SCHNEIDER, N.), october, 2016.

ALFARO, J.: «La cuestión prejudicial sobre Uber», *Almacén de Derecho*, 20-6-2015, disponible en <http://almacendederecho.org/la-cuestion-prejudicial-sobre-uber/>.

— «La regulación contractual de Uber con sus conductores», *Almacén de Derecho*, 17-11-2015. Disponible en <http://almacendederecho.org/36791-2/>.

- ALFARO, J.: «Economía colaborativa y teoría de las organizaciones», *Almacén de Derecho*, 5-1-2016. Disponible en <http://almacenederecho.org/economia-colaborativa-y-teoria-de-las-organizaciones/>.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R.: «Capítulo quinto. La controvertida cuestión reguladora en la Economía colaborativa», AA.VV., *Retos jurídicos de la economía colaborativa en un entorno digital* (Dir. ALFONSO/VALERO), Ed. Aranzadi, en prensa.
- ALONSO SOTO, R.: «El debate judicial sobre la naturaleza de la actividad desarrollada por Uber y sus consecuencias», *Análisis Gomez Acebo & Pombo*, 2015, pp. 1-2. Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-debate-judicial-sobre-la-naturaleza-de-la-actividad-desarrollada-por-uber-y-sus-consecuencias.pdf>.
- ALLEN, D.: «The Sharing Economy», *IPA Review*, vol. 67, september 2015, pp. 25-27.
- BAUWENS, M.: «Open Cooperativism for the P2P Age», 2014, June 16 Available at: <https://blog.p2pfoundation.net/open-cooperativism-for-the-p2p-age/2014/06/16>.
- BENKLER, Y.: «Sharing Nicely»: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production», 114 *Yale Law Journal* 27, 2004.
- BOTSMAN, R./ROGERS, R., *What's Mine is Yours: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live*, Ed. Harper Collins, New York, 2010.
- BOWER, J. L./CHRISTENSEN, C. M.: «Disruptive Technologies: Catching the Wave», *Harvard Business Review* 73, núm. 1, january-february, 1995, pp. 43-53.
- BUCKLAND, H./VAL, E./MURILLO, D.: *We share. Who wins?: Unravelling the controversies of the collaborative economy*, ESADE, may, 2016.
- CANNON, B./CHUNG, H.: «A framework for designing co-regulation models well-adapted to technology-facilitated Sharing Economies», *Santa Clara High Tech. L.J.*, 2015, pp. 23-96.
- CHASE, R.: *Peers Inc.: how people and platforms are inventing the collaborative economy and reinventing capitalism*, Public Affairs, New York, 2015.
- CNMC: *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, marzo, 2016. Documento disponible en <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzzs1mhxy2y0/edit?pref=2&pli=1>

CNMC: *Recomendaciones preliminares*, marzo 2016. Documento disponible en https://blog.cnmc.es/wp-content/uploads/2016/05/Recomendaciones-Preliminares_blog.pdf.

— *Consulta Pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, Documento 1: Objetivos públicos que persigue la regulación. Documento disponible en https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2014/EconomiaColaborativa/Consulta_Objetivos_publicos_de_la_regulacion.PDF.

COASE, R.: «The nature of the firm», *Economica*, vol. 4, núm. 16, 1973, pp. 386-405.

CODAGNONE, C./BIAGI, F./ABADIE, F., «The Passions and the Interests: Unpacking the ‘Sharing Economy’», *JCR SCIENCE FOR POLICY REPORT*, European Commission, 2016 (<https://ec.europa.eu/jrc>).

COHEN, B./SUNDARARAJAN, A.: «Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy», 82 *U Chi L Rev Dialogue* 116, 2015, pp. 116-133. Available at: https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/Dialogue/Sundararajan_Cohen_Dialogue.pdf

COMO, E./BATTISTONI, F.: «Economia collaborativa e innovazione nelle imprese cooperative: opportunità emergente e sfide per il futuro», *Rivista Impresa Sociale*, n.6 12/2015,

COMO, E./MATHIS, A./TOGNETTI, M./RAPISARDI, A.: «Cooperative platforms in European landscape: an exploratory study», ISIRC Conference, Glasgow, September 2016, pp. 1-35. Available at: http://www.si-drive.eu/wp-content/uploads/2016/09/Paper_Cooperatives-Collab-Economy_August_2016_FINAL.pdf.

CONATY, P./BOLLIER, D.: «Toward an open co-operativism. A New Social Economy Based on Open Platforms, Co-operative Models and the Commons», 2014. Disponible en: <http://commonstransition.org/toward-an-open-co-operativism/>

CRACOGNA, D./FICI, A./HENŘY, H.: *International Handbook of Cooperative Law*, Ed. Springer, Heidelberg, 2013.

CHRISTENSEN, C.M.: *The Innovator’s Dilemma: when new technologies cause great firms to fail*, Ed. Harvard Business School Press, Boston, 1997 (última edición 2016).

DEMOCRACY AT WORK INSTITUTE (US Federation of Working Cooperatives): «Moving Past the «Tale of Two Cities»: New York City Enacts First Pro-Wor-

- ker Cooperative City Legislation in the United States», 18-3-2015. Available at: <http://institute.coop/news/moving-past-%E2%80%9Ctale-two-cities%E2%80%9D-new-york-city-enacts-first-pro-worker-cooperative-city>.
- DE STEFANO, V.: *The rise of the «just-in-time workforce»: on-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, International Labour Office, Geneva, 2016.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.: «La regulación de la economía colaborativa», *Revista CEFLEGAL, CEF*, núms. 175-176, agosto/septiembre 2015, pp. 61-104.
- DOSTMOHAMMAD, S./LONG, J.: «Regulating the Sharing Economy: Applying the Process for Creative Destruction», 12/21/2015, pp. 1-11, www.ipac.ca/.../NSPC%202016%20-%20Regulating%20the%20S.
- EINAV, L./FARRONATO, C./LEVIN, J.: «Peer-to-Peer Markets», *National Bureau of Economic Research Working Paper Series*, No. 21496, 2015.
- FARMER, R./GLASS, B.: *Building Web Reputation Systems*, Ed. O'Reilly Media-Yahoo Press, Sebastopol, CA, 2010.
- FELSON, M./SPAETH, J.: «Community Structure and Collaborative Consumption A Routine Activity Approach», *The American Behavioral Scientist*, Mar/Apr 1978.
- FRAIBERGER, S./SUNDARARAJAN, A.: «Peer-to-Peer Rental Markets in the Sharing Economy», (October 6, 2015), *NYU Stern School of Business Research Paper*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2574337> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2574337>, pp. 1-44.
- GANSKY, L.: *The Mesh: Why the Future of Business Is Sharing*, Portfolio, New York, 2010.
- «Collaborative Economy Companies Need To Start Sharing More Value With The People Who Make Them Valuable», *FastCompany*, December 4th, 2014. Available at: <https://www.fastcoexist.com/3038476/collaborative-economy-companies-need-to-start-sharing-more-value-with-the-people-who-make-them-valuable/>
- GERADIN, D.: «Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization be Applauded or Criticized?», *Forthcoming Competition Policy International* (2015), *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, pp. 15-53. Available on the Social Science Research Network at <http://ssrn.com/abstract=2693683>, pp. 1-12; http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1553.pdf.

- GORENFLO, N.: «How Platform Coops Can Beat Death Stars Like Uber to Create a Real Sharing Economy», November 3, 2015. Available at: <http://www.shareable.net/blog/how-platform-coops-can-beat-death-stars-like-uber-to-create-a-real-sharing-economy>
- HARRIS, K.: «Caby-Owned Taxi Cooperatives on the Rise», 2015. Available in: <http://www.shareable.net/blog/cabby-owned-taxi-cooperatives-on-the-rise>.
- HENTEN, A.H./WINDEKILDE, I.M.: «Transaction costs and the sharing economy», *info*, Vol. 18 Iss 1, 2016, pp. 1 – 15. Available at: <http://dx.doi.org/10.1108/info-09-2015-0044>.
- KASSAN, J./ORSI, J.: «The Legal Landscape of the Sharing Economy», *Journal of Environmental Law & Litigation*, 2012, pp. 1-11.
- KELLY, K.: «Better Than Owning», 21-1-2009, Available at: <http://kk.org/thetech-nium/better-than-own/>
- KOOPMAN, C./MITCHELL, M./THIERER, A.: «The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change», *Mercatus Research*, 2014, pp. 1-21.
- MEYER, E. L.: *The gig economy: is the trend towards non-staff employees good for workers?*, CQ researcher, v. 26, núm. 12, 2016.
- MILLER, S.R.: «First Principles for regulating the sharing economy», *Harvard Journal on Legislation*, vol. 53, 2016, pp. 149-202.
- MORGAN, B./KUCH, D.: «Radical Transactionalism: Legal Consciousness, Diverse Economies, and the Sharing Economy», *Journal of Law and Society*, vol. 42, núm. 4, december 2015, pp. 556-587.
- MULCAHY, D.: *The gig economy: the complete guide to getting better work, taking more time off, and financing the life you want*, AMACON, New York, 2016.
- OF-HEARTS, S.: *Save, share, simplify: how to use the sharing economy to reduce expenses, build community and design your ideal life*, CreateSpace, 2014.
- ORSI, J.: *Practicing law in the sharing economy: helping people build cooperatives, social enterprise, and local sustainable economies*, American Bar Association, 2012.
- «The Sharing Economy Just Got Real», September 16, 2013. Available at: <http://www.shareable.net/blog/the-sharing-economy-just-got-real>.

- OSSA, C.: «Economías colaborativas: Regulación y Competencia», *Universidad Externado de Colombia, From the Selected Works of Camilo Ossa*, may 16, 2016, Available at: http://works.bepress.com/camilo_ossa/10/, pp. 1-21.
- PASSONI, A.: «Economia delle piattaforme e architettura digitale delle scelte. Appunti sull'alternativa cooperativa», 21-9-2016, pp. 1-8. Disponible en <http://archiviomarini.sp.unipi.it/692/6/Economia%20delle%20piattaforme%20e%20architettura%20digitale%20delle%20scelte.pdf>
- POSEN, H. A.: «Ridesharing in the Sharing Economy: Should Regulators Impose Über Regulations on Uber?», 2015, pp. 405-433. Available at: https://ilr.law.uiowa.edu/sites/ilr.law.uiowa.edu/files/ILR_101-1_Posen.pdf;
- QING YANG, Y. J.: «The Platform Economy and Natural Monopoly: regulating or laissez-faire? http://www.law.uchicago.edu/files/file/the_platform_economy_and_natural_monopoly_regulating_or_laissez-faire_qingyang.pdf.
- QUATTRONE, G./PROSERPIO, D./QUERCIA, D./CAPRA, L./MUSOLESI, M.: «Who Benefits from the «Sharing» Economy of Airbnb? *Pre-print Version*: www 2016, april 11–15, 2016, Montréal, Québec, Canadá, pp. 1-9.
- QUINTANA COCOLINA, C. and Cooperatives Europe's team: *The power of cooperation. Cooperatives Europe key figures 2015*, april 2016.
- RAMPELL, C.: «What Preschoolers Can Teach Silicon Valley About «Sharing,» WASHINGTON POST (May 15, 2014), https://www.washingtonpost.com/opinions/catherine-rampell-paying-for-your-fair-share-in-an-app-based-economy/2014/05/15/007da348-dc66-11e3-8009-71de85b9c527_story.html?utm_term=.790f1b18a63f
- RANCHORDÁS, S.: «Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy», *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, volume 16, Issue 1 (Winter 2015), pp. 413-475. Retrieved from the University of Minnesota Digital Conservancy, <http://hdl.handle.net/11299/172061>.
- RICHARDSON, L.: «Performing the Sharing Economy», *Geoforum*, núm. 67, 2015, pp. 121–129. Available at: <http://dx.doi.org/10.1016/j.geoforum.2015.11.004>.
- RIFKIN, J.: *The Age of Acces: The New Culture of HyperCapitalism Where All of Life Is A Paid-For Experience*, Tarcher, New York, 2000.
- ROBERTSHAW, S. y otros: *The collaborative economy. Impact and Potential of Collaborative Internet and Additive Manufacturing*, European Parliament

- (Study), 2015, PE 547.425. Available at [http://www.europarl.europa.eu/Reg-Data/etudes/STUD/2015/547425/EPRS_STU\(2015\)547425_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/Reg-Data/etudes/STUD/2015/547425/EPRS_STU(2015)547425_EN.pdf)
- ROCHET, J./TIROLE, J.: «Platform competition in two-sided markets», *Journal of the European Economics Association*, 2003, 1(4), pp. 990-1029.
- SALCEDO AZNAL, A.: «Cooperativismo 3.0». 100 años de cooperativismo de consumidores y usuarios: historia y futuro» UNCCUE, 2013, pp. 65-68
- SALOP, S.C./SCHEFFMAN, D.T.: «Raising Rivals' Costs», *American Economic Review* 73, núm. 2, 1983, pp. 267-71, doi:10.2307/1816853.
- SCHNEIDER, N.: «An internet of ownership: democratic design for the online economy», September 7, 2016. Available at: <http://internetofownership.net/2016/09/07/an-article-for-pre-submission-peer-review/>.
- SCHOLZ, T.: «Platform Cooperativism vs. the Sharing Economy», 2014. Available in: <https://medium.com/@trebors/platform-cooperativism-vs-the-sharing-economy-2ea737f1b5ad#.muuo2nzvu>.
- *Platform Cooperativism. Challenging the Corporate Sharing Economy*, Rosa Luxemburg Stiftung, New York Office, January 2016. Available at: http://www.rosalux-nyc.org/wp-content/files_mf/scholz_platformcoop_5.9.2016.pdf.
- SCHOLZ, T./SCHNEIDER, N.: *Ours to Hack and to Own. The Rise of Platform Cooperativism, a New Vision for the Future of Work and a Fairer Internet*, October, 2016.
- SCHOR, J. B.: «Does the Sharing Economy Increase Inequality Within the Eighty Percent?: Findings from a Qualitative Study of Platform Providers», 2016, pp. 1-41. Available at: http://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/sociology/pdf/SharingEconomyInequality.pdf.
- SKINNER, C.: *Valuweb: how Fintech firms are using Bitcoin Blockchain and mobile technologies to create the internet of values*, Marshall Cavendish, 2016.
- SLEE, T.: «Some Obvious Things About Internet Reputation Systems», 2013, pp. 1-13. Available at: http://tomslee.net/wordpress/wp-content/uploads/2013/09/2013-09-23_reputation_systems.pdf.
- STOKES, K./CLARENCE, E./ANDERSON, L./RINNE, A.: *Making sense of the UK collaborative economy*, Nesta, 2014, pp. 1-47.

SUNDARARAJAN, A.: «Peer to Peer Business and the Sharing (Collaborative) Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues», 14 January 2014 (*Written testimony for the hearing titled, The Power of Connection: Peer-to-Peer Businesses, held by the Committee on Small Business of the United States House of Representatives, January 15th, 2014*).

— «Why the Government Doesn't Need to Regulate the Sharing Economy», *WIRED*, oct. 22, 2012, <http://www.wired.com/2012/10/from-airbnb-to-coursera-why-the-government-shouldnt-regulate-the-sharing-economy/>

— *The Sharing Economy. The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2016.

WOSSKOW, D.: *Unlocking the sharing economy. An independent review*, London, 2014.

ZALE, K.: «Sharing Property», *University of Colorado Law Review*, vol. 87, 2016, pp. 502-579; *U of Houston Law Center* No. 2015-A-16. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2646825>.

Documentos y normativa europea

COM(2010) 373 final, Bruselas 13.7.2010, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones titulada «*Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes*».

COM(2015) 550 final, Bruselas, 28.10.2015, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones titulada «*Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y empresas*».

COM(2015) 690 final, Bruselas 26.11.2015, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones titulada «*Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2016 – Refuerzo de la recuperación y fomento de la convergencia*».

COM(2016) 180 final, Bruselas 19.4.2016, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones titulada «*Digitalización de la industria europea. Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital*».

COM(2016) 288/2 final, Bruselas 25.5.2015, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada *«Plataformas en línea y mercado único digital: oportunidades de mercado y desafíos para Europa»*.

COM(2016) 356 final, Bruselas 2.6.2016, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones titulada *«Una Agenda Europea para la economía colaborativa»*.

COR-2015-02698-00-00-AC-TRA (EN), Dictamen del Pleno del Comité de las Regiones de 3 y 4 de diciembre de 2015 sobre *«La dimensión local y regional de la economía colaborativa»*.

Dictamen 2014/C 177/01, de 21 y 22 de enero, del Pleno del Comité Económico y Social Europeo sobre *«Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI»*.

Directiva 1993/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales).

Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior.

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Directiva 2015/1535/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

SWD(2016) 163 final, Bruselas 25.5.2016, *«Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/EC»*.

SWD(2016) 184 final, Bruselas, 2.6.2016, *Commission Staff Working Document, accompanying the document «A European Agenda for the collaborative economy»*.

*(Trabajo recibido el 11/11/2016
y aceptado para su publicación el 30/11/2016)*

LA PROMOCIÓN DE LOS SITIOS *WEB* EN LOS BUSCADORES: EVENTUALES PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ

*Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla
y Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos
Acreditado a Profesor Titular de Universidad*

RESUMEN

En la actualidad, se plantean ciertos problemas respecto a novedosas modalidades publicitarias, estrechamente vinculadas con el posicionamiento en buscadores. Como regla general, tales técnicas, encuadrables dentro de la denominada optimización de los motores de búsqueda, constituyen prácticas lícitas. Sin embargo, deben ser objeto de represión cuando vulneren la normativa relativa a la propiedad intelectual.

Palabras clave: consumidor, buscadores, posicionamiento, Propiedad intelectual, publicidad.

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ

THE PROMOTION OF WEB SITES ON SEARCH ENGINES: OCCASIONAL PROBLEMS ARISING WITH INTELLECTUAL PROPERTY MATTERSINTELECTUAL

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ

*Doctorate (with European mention) from the University of Seville and
Doctor from the King Juan Carlos University
Accredited as Senior University Lecturer*

ABSTRACT

Today, there are issues that arise regarding to innovative advertising forms, and they are closely linked to positioning in search engines. As a general rule, such techniques, which are framed within the so-called optimization of search engines, are lawful practices. However, they should be subject to repression when they violate the rules on intellectual property.

Keywords: consumer, searcher, positioning, Intellectual Property, advertising.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL USO DE *METATAGS/METANAMES* POR PARTE DE LAS TIENDAS VIRTUALES EN SUS RESPECTIVOS SITIOS *WEB*.
1. Concepto de *metatags/metanames*. 2. Clasificación y alcance. 3. El carácter distintivo de la marca ajena empleada como *metatag*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos que las empresas que operan en Internet se plantean viene determinado por el hecho de que el sitio *Web* adquiera la notoriedad suficiente para que reciba la mayor cantidad de visitas de potenciales clientes. Esta «popularidad» en la Red guarda relación directa con su visibilidad en buscadores —entre otros, *Accoona*, *Altavista*, *Amfibi*, *Ask Jeeves*, *Aurki*, *A9*, *Bing*, *Cercador*, *Gennio*, *Google*, *Hakia*, *Hotbot*, *Ixquick*, *Jalgi*, *Lycos*, *Metacrawler*, *Noxtrum*, *Powerset*, *Snap*, *Sol*, *Tabarca*, *Terra*, *Trobat*, *WebCrawle*, *Wikia Search*, *Wotbox* y *Yahoo*— que, dicho sea de paso, están alcanzando un elevado protagonismo¹.

Al adecuar el sitio *Web* a las exigencias de los buscadores, la clasificación de las páginas *Web* de las empresas mejora, ya que sus páginas serán indexadas con más rapidez. Todo ello redundará en una mayor visibilidad para los potenciales consumidores y/o usuarios².

En la actualidad subsisten ciertos problemas en torno a novedosas modalidades publicitarias, estrechamente vinculadas con el posicionamiento en buscadores, cuales son los *metatags*. Como regla general, tales técnicas, encuadrables dentro de la denominada optimización de los motores de búsqueda —*Search Engine Optimization* o marketing en buscadores³—, constituyen prácticas lícitas. Sin embargo, deben ser objeto de represión cuando, como a continuación veremos, vulneren la normativa relativa a la propiedad intelectual.

¹ OTT, S.: «Die Entwicklung des Suchmaschinen - und Hyperlink-Rechts im Jahr 2007», *WRP*, 2008, pp. 393-413; OTT, S.: «Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2008», *WRP*, 2009, pp. 351-372.

² LUNA GÓMEZ, J.: «Herramientas de marketing: ¿palabras clave o posicionamiento en buscadores?», *Marketing + Ventas*, núm. 222, 2007, pp. 8-15.

³ SIROVICH, J. y DARIE, C.: *Optimización del posicionamiento en buscadores con PHP*, Anaya Multimedia, 2007, Madrid.

Seguidamente nos referiremos al uso de los *metatags/metanames* por parte de los propios prestadores de servicios de la sociedad de la información en sus respectivos sitios *Web*. A tal efecto, se analizará su concepto, clasificación y la polémica que sobre su posible carácter distintivo se viene suscitando. Posteriormente, aludiremos a uno de los servicios más controvertidos, en la actualidad, sobre este proceder, que es *Google Adwords*, que vende el uso de ciertas palabras clave —que, en ocasiones, coinciden con marcas protegidas e, incluso, acompañadas de términos como «copia», «imitación» o «falsificación»— a los empresarios, que determina lo que se conoce como enlaces patrocinados.

II. EL USO DE *METATAGS/METANAMES* POR PARTE DE LAS TIENDAS VIRTUALES EN SUS RESPECTIVOS SITIOS *WEB*

1. Concepto de *metatags/metanames*

Las páginas que componen la *World Wide Web* pueden ser vistas desde un doble punto de vista. Por un lado, aquel conjunto de fotos, sonidos y textos que aparecen proyectadas en el ordenador del usuario de Internet, al acceder a la página *Web*, y, por otro, su código fuente, que corresponde a la programación que permite al ordenador interpretar como un hipertexto la información a la que accede a través de la Red. Dicho código fuente está escrito en HTML —*Hyper Text Markup Language*—, que consiste en una cantidad de órdenes construidas en un lenguaje sencillo que normalmente aparece oculto a la vista del usuario —salvo que el interesado decida visualizarlo mediante la opción adecuada de su navegador.

En otras palabras, mientras el usuario observa en su pantalla cierta información, el verdadero contenido de la página *Web* permanece invisible y es «comprendido» sólo por el ordenador, a fin de configurar la información recibida como un hipertexto. En este último plano cobran sentido las denominadas metaetiquetas. Estas últimas —popularmente denominadas *metatags*, *metanames* o *metalinks*⁴—, aunque han sido definidas como palabras clave que se introducen en un apartado específico del código fuente de un documento HTML para describir su contenido⁵, su

⁴ TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, J.: *Internet, propiedad industrial y competencia desleal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, Madrid.

⁵ RIBAS ALEJANDRO, X.: «Marketing y publicidad en Internet», *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 28, 1999; RIBAS ALEJANDRO, X.: *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, 2.ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003; TATO PLAZA, A.: «Aspectos jurídicos de la publicidad en Internet», *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 42, 2000; TATO PLAZA, A.: «La publicidad de medicamentos dirigida a profesionales: principios generales», *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 82, 2004; TATO PLAZA, A.: «La publicidad en Internet», en GONZÁLEZ DELGADO, J. A. (Coord.), *Responsa iurisperitorum digesta*, vol. 5, Ediciones de la Universidad

denominación más rigurosa sería la de etiquetas especiales de HTML que se insertan al principio de cada página, con el formato *meta/name*, cuya utilidad estriba en recoger, en la propia página *Web*, determinados datos fundamentales para permitir la indexación adecuada de cada página en las bases de datos de los buscadores.

2. Clasificación y alcance

Podemos hacer una doble clasificación por lo que a las metaetiquetas respecta⁶. En primer término, destacan las denominadas metaetiquetas descriptivas —*description metatags*—, en las que se incluye una breve descripción del contenido del sitio *Web*. De hecho, en numerosos programas de búsqueda de información en Internet aparece esa representación en el listado de resultados. En segundo lugar, las metaetiquetas clave —*keyword metatags*— consisten en una serie de palabras clave que reflejan o identifican el contenido del sitio *Web*. Conviene advertir que la modalidad que, en la práctica, más dificultades plantea es la segunda —metaetiquetas clave— y será a la que nos referiremos. Así, aunque aludamos a las metaetiquetas, en general, debe precisarse que se tratará, en todo caso, de las metaetiquetas clave.

Son utilizadas habitualmente, por algunos buscadores, para indexar y clasificar las páginas *Web* en su base de datos y facilitar su posterior localización por parte de los usuarios⁷. Por este motivo, frecuentemente, los anunciantes utilizan estos nombres, ocultos para los usuarios⁸, para dirigir la atención de estos últimos

de Salamanca, Salamanca, pp. 89-104, 2004; FERNANDO MAGARZO, M. R.: «La utilización publicitaria de metatags y adwords: algunas notas en torno a la jurisprudencia reciente», *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 85, 2004; JOHNSON, J. H. y FRANCIS, D. A.: «Reviewing the Past Year's Top 10 Trademark Trends and an Analysis of Their Impact on 2008», *Intellectual Property & Technology Law Journal*, vol. 20, núm. 2, pp. 1-8, 2008.

⁶ ALIMOHAMMADI, D.: «Meta-tag: a means to control the process of Web indexing», *On-line Information Review*, vol. 27, núm. 4, 2003, pp. 238-242; HEDDEN, H.: *Indexing specialties: Web sites*, Information Today, Inc., 2007, p. 19; KING, A. B.: *Website optimization*, O'Reilly Media, Inc., 2008, p. 23; DAVIS, H. e IWANOW, D.: *Google Advertising Tools: Cashing in with AdSense and AdWords*, O'Reilly Media, Inc., 2009, p. 97.

⁷ GARCÍA VIDAL, A.: *Derecho de marcas e Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GARCÍA VIDAL, A.: «La problemática de los enlaces en Internet», en MORO ALMARAZ, M. J. (Dir.) y APARICIO VAQUERO, J. P. y BATUECAS CALETRÍO, A. (Coords.), *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Colex y Caja Duero, Madrid, 2004, pp. 347-378; SAMPOL PUCURRULL, M.: «Administración Electrónica», en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.) y PEREÑA PINEDO, I. (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Thomson Aranzadi y Ministerio de Justicia, Navarra, 2005, pp. 1753-1776; BUSTO LAGO, M.: «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en REGLERO CAMPOS, L. F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 2016-2118.

⁸ GARCÍA VIDAL, A.: *Derecho de marcas e Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; ROSSI, J. D.: «Protection for trademarks owners: The ultimate system of regulating search engine results», *Santa Clara L. Review*, vol. 42, núm. 295, 2002, pp. 347-354; NUPP, R.: «Concurrent Use of Trademarks on the Internet: Reconciling the Concept of Geographically Delimited Trademarks with the

hacia páginas de promoción de sus productos. Una de las razones que, precisamente, llevan a un tercero a utilizar como *metatag* una marca ajena es la de obtener visitas a su sitio *Web*, al aparecer en la lista de resultados en un puesto anterior o posterior al titular de la marca, pero, en todo caso, en un lugar cercano al enlace generado hacia el sitio *Web* del titular de esta última. Este resultado se garantiza si el signo empleado es idéntico al protegido. No obstante, debemos considerar que si el signo utilizado como metaetiqueta es tan sólo similar puede acontecer que el buscador sitúe el enlace en una posición, en exceso, alejada.

Entre la variedad de términos que podrán emplearse como *metatag* destacan los elementos nominativos de marcas protegidas, frecuentemente marcas de renombre que, siendo introducidas, con cierta habitualidad, por los usuarios en los buscadores de información, les permita obtener un mayor número de visitas. Como es sabido, no existe un concepto legal de marca renombrada, con la única excepción del art. 8.3 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas —«cuando la marca o nombre comercial sean conocidos por el público en general se considerarán que los mismos son renombrados»—, debiéndose entender por aquélla, de acuerdo con cierto sector doctrinal⁹, la que es conocida por el público en general. En relación a esta sugerente cuestión debe realizarse una salvedad, dado que en las marcas de renombre no se aplica el principio de especialidad y gozan de una protección reforzada. En tales casos, la salvaguardia va más allá de la función típica de las marcas y se protege el aprovechamiento indebido del renombre de la marca, el menoscabo del renombre de la marca y el aprovechamiento indebido y deterioro del carácter distintivo de la marca.

Vinculada, en este sentido, a la significativa labor que las marcas o signos distintivos ajenos utilizados como metaetiquetas desempeñan, en materia de posicionamiento en buscadores, debemos valorar la importancia de dos efectos directamente relacionados. En efecto, si el titular del sitio *Web*, como consecuencia del recurso a determinados *metatags*, recibe un elevado número de visitas, por un lado, existirán más probabilidades de vender los productos o servicios ofertados y, por otro, podrá obtener más ingresos publicitarios, pues, si los empresarios son conscientes de que las visitas al sitio *Web* en cuestión son muy frecuentes y, en su caso, prolongadas, el titular del mismo podrá exigir a los potenciales anunciantes cantidades más elevadas que, naturalmente, de no ser así¹⁰.

Reality of the Internet», *Ohio State Law Journal*, vol. 64, núm. 617-667, 2003; ORTEGA DÍAZ, J. F.: *Los enlaces en Internet. Propiedad intelectual e industrial y responsabilidad de los prestadores*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

⁹ GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C.: «Concepto de marca», en GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C. (Coord.), *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Thomson Civitas, Madrid, 2003; LLOBREGAT HURTADO, M. L.: *Temas de propiedad industrial*, La Ley, Madrid, p. 90, 2007.

¹⁰ MOYER, S.: «Frustrating The Internet Consumer And The Purposes Venid Trademark Law: The Unauthorized Use of Trademarks As Metatags», *American Intellectual Property Law Associa-*

En la práctica existen sitios *Web* que no ofrecen productos ni servicios, en los que la utilización de la metaetiqueta responde a la finalidad de captar un elevado número de usuarios y, de este modo, registrar la mayor cantidad posible de visitas. Sin embargo, debemos prestar atención al hecho de que, en ciertas ocasiones, se obtendrán ingresos publicitarios¹¹. En el supuesto que enunciarnos, el elemento denominativo de la marca, que supone el *metatag*, no se emplea, a juicio de un sector de la doctrina, con una finalidad distintiva, por lo que, al no usarse como marca, según tal postura, no vulnera el derecho exclusivo de su titular¹², si bien la persona que hace uso de la metaetiqueta se está beneficiando, de una u otra forma, del esfuerzo ajeno. Evidentemente, lo habitual, en materia de comercio electrónico, será que el sitio *Web* sí oferte productos o servicios.

3. El carácter distintivo de la marca ajena empleada como *metatag*

En la medida en que la utilización de esas palabras clave constituye una forma de comunicación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios, o la imagen de una empresa, tales mensajes encajarían, sin mayor problema, en el concepto legal de publicidad recogido en el art. 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad¹³. A efectos de su calificación legal como publicidad, resulta trivial el hecho de que tales palabras o mensajes no sean perceptibles por el usuario, ya que, aunque permanezcan ocultos, desempeñan la función inherente a todo mensaje publicitario, que no es otra que la promoción de bienes, servicios o la imagen de una empresa¹⁴. Procede, en este sentido, poner de relieve la polémica doctrinal suscitada a propósito del carácter, distintivo o no, de la marca ajena empleada como *metatag*.

tion Quarterly Journal, vol. 27, núm. 4, 1999, pp. 335-368; LEIBLE, S.: «Suchmaschinenmanipulation durch unsichtbare Kennzeichen im Quelltext von Webseiten – kennzeichen und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit», http://www.old.uni-bayreuth.de/departments/rw/lehrstuehle/zr4/content/downloads/seminararbeiten/seminar_ws06_07/schuba.pdf, (2006/2007).

¹¹ EAST, R.: *The effect of advertising and display: assessing the evidence*, Kluwer Academic Press, Boston, 2003, p. 85.

¹² MARTÍN SEPÚLVEDA, M.: «La infracción de los derechos de marca en Internet: Metatag, Keywords e Hipervínculos», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 5, 2004, pp. 159-180.

¹³ SANTAELLA LÓPEZ, M.: *El nuevo Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid, 1989; TATO PLAZA, A.: *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996; TATO PLAZA, A.: «Aspectos jurídicos de la publicidad en Internet», *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 42, 2000; TATO PLAZA, A.: «Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet» en GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (Dir.), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 187-223; FERNANDO MAGARZO, M. R.: «Concepto de publicidad y publicidad engañosa en Internet», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 21, 2001, pp. 17-23.

¹⁴ PEYRON, L.: «I metatags di Internet como mezzo di contraffazione del marchio e di pubblicità nascente: un caso statunitense», *Giur. It.*, 1998, pp. 739-755; MENKE, B.: «Die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta-Tags: Ein Fall für das Kennzeichen und/oder das Wettbewerbsrecht?», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1999, pp. 982-990.

Así, un sector de la doctrina¹⁵ se muestra en contra del posible carácter distintivo de la marca ajena utilizada como metaetiqueta, ya que, a su juicio, ésta no tiene como finalidad la distinción de productos o servicios en el tráfico económico, sino únicamente conseguir que el recurso que examinamos sea localizado por los buscadores, cuando se introduzca la marca en cuestión, siendo, de este modo, ofrecida su dirección a los usuarios. El argumento, en este sentido, determinante para negar el carácter distintivo de las metaetiquetas es que no son perceptibles por los usuarios de Internet.

Por el contrario, según otra postura doctrinal¹⁶, debe reconocerse el carácter distintivo de las metaetiquetas, pues, aunque la marca contenida en la metaetiqueta no es visible, sus efectos sí lo son cuando se efectúa una búsqueda.

Podemos, de acuerdo con cierta postura doctrinal¹⁷, concluir que, *a priori*, no es posible, ni conveniente, decantarse, de forma genérica, por ninguna de las dos posturas esgrimidas. En realidad, parece que nos enfrentamos a una cuestión a dilucidar en cada caso concreto¹⁸. Dicho de otra forma, para poder determinar si la metaetiqueta se usa con carácter distintivo o no, habrá que tener en cuenta cómo la perciben los usuarios de Internet, ya que un signo se utiliza como marca cuando el público puede pensar que con aquél se informa sobre la procedencia del producto o servicio en cuestión. Es por ello que, en algunos supuestos, los potenciales consumidores y/o usuarios entenderán que la metaetiqueta en cuestión dis-

¹⁵ KUR, A.: «Internet und kennzeichenrecht» en LOEWENHEIM/KOCH, F. A.: *Praxis des On-line Recht*, Weinheim, Wiley-VCH, 1998, pp. 325-373; KUR, A.: «Metatags pauschale Verurteilung oder differenzierende Betrachtung? Zugleich eine Stellungnahme zur «kennzeichenmäßigen benutzung» im Lichte der EuGH-Rechtsprechung», *Computer und Recht*, 2000, pp. 448-454; MASSAGUER FUENTES, J.: «Conflictos de Marcas en Internet», *Revista General del Derecho*, núm. 648, 1998, pp. 11107-11142; KOTTHOFF, J.: «Fremde Kennzeichen in Meta-tags: Marken und Wettbewerbsrecht», *K&R*, 1999, pp. 157-161; VARANIDEK, B.: «Trefferlisten von Suchmaschinen im Internet als Werbeplatz für Wettbewerber. Zugleich ein Beitrag zum Erfordernis des Kennzeichenmäßigen Gebrauchs nach neuem Markenrecht», *GRUR*, núm. 4, 2000, pp. 279-285; MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2002.

¹⁶ CHONG, S.: «Internet Metatags and Trade Mark Issues», *EIPR*, vol. 20, núm. 7, Julio, 1998, pp. 275-277; TOSI, E. y TOSI, T.: «Le responsabilità civili». En *I problemi giuridici di Internet. Dall'e-commerce all'e-business*, Giuffrè, Milan, (1998); KAMINER, M. A. «The limitations of trademark law in addressing trademark keyword banners», *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, vol. 35, núm. 16, noviembre, 1999, pp. 35-62; MENKE, B.: «Die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta-Tags: Ein Fall für das Kennzeichen und/oder das Wettbewerbsrecht?», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1999, pp. 982-990; MACQUAIG, D.: «Halve the baby: An obvious solution to the troubling use of trademarks as metatags», *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, vol. 18, núm. 643, 2000, pp. 643-688; BLAVIN, J. H. y COHEN, I. G.: «Gore, Gibson and Goldsmith: The Evolution of Internet Metaphors in Law and Commentary», *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 16, núm. 1, 2002, pp. 265-285.

¹⁷ GARCÍA VIDAL, A.: *Derecho de marcas e Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

¹⁸ En sentido similar, se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 8 de julio de 2010, en la que *Portakabin* demandó a su competidora *Primakabin* por comprar su nombre como palabra clave.

tinguirá los bienes o servicios ofrecidos en el sitio *Web*, mientras que, en otros, acontecerá lo contrario.

En principio, la utilización de *metatags* con fines publicitarios es perfectamente lícita. En efecto, no existen obstáculos legales que impidan el uso como palabras clave, para identificar o definir una página *Web*, de cualesquiera términos comunes que guarden una relación directa con el contenido de la página *Web* a la que se refieren. Ni tan siquiera en aquellos casos en los que se lleva a cabo la práctica denominada *word stuffing* —u ocultación de palabras—, consistente en introducir como metaetiqueta, de forma reiterada, una palabra que, previsiblemente, introducirá el usuario en el buscador, con el fin de conseguir que éste último presente la página en cuestión entre los primeros resultados de búsqueda¹⁹.

Una práctica, en principio, lícita que acabamos de enunciar está vinculada con los sitios *Web* que distribuyen productos que están distinguidos por marcas que pertenecen a terceros. Podría plantearse la duda de si los titulares de tales sitios *Web* pueden emplear, como *metatag*, las marcas de los productos que distribuyen. Así, podría afirmarse, de acuerdo con la doctrina que se ha ocupado sobre el particular²⁰, que, como regla general, los distribuidores pueden hacer uso, como metaetiqueta, de la marca ajena de los productos, salvo que el titular de la marca prohíba, de manera expresa, que el tercero utilice su signo distintivo a modo de metaetiqueta. Cuestión muy diferente sería el supuesto de que los productos distribuidos fueran falsificaciones.

Cabe referirse al caso de que el anunciante comercialice en el sitio *Web* productos de segunda mano y utilice como metaetiqueta la marca de los productos comercializados. En tal supuesto, el titular de la marca no podrá prohibir tal extremo, salvo que exista un motivo legítimo, en el sentido del art. 7.2 de la Directiva 89/104, que justifique que dicho titular se oponga a esa comercialización, como un uso de dicho signo que haga pensar que existe un vínculo comercial entre el comerciante y el titular de la marca, o un uso que menoscabe seriamente la reputación de la marca. Este último podría acontecer, por ejemplo, si el anunciante, además de la venta de productos de segunda mano de dicha marca, comercializara otros productos usados que, por razón de su volumen, presentación o mala calidad, entrañe un riesgo de desvalorizar gravemente la imagen que el titular ha logrado crear en torno a su marca.

¹⁹ VIEFHUES, M.: «Internet und Kennzeichenrecht: Meta-Tags», *MMR*, 1999, pp. 336-341; DELTA, G. B. y MATSUURA, J. H.: *Law of the Internet*, Aspen Publishers On-line, Nueva York, 2002; RUFF, A.: *DomainLaw: der Rechtsschutz von Domain-Namen im Internet*, Springer, 2002, p. 178; HEIDINGER, R. y WIEBE, A.: *Internetrecht: zivilrechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, Springer, 2006, p. 49.

²⁰ KOCHINKE, C. y TRÖNDLE, R.: «Links, Frames und Meta-Tags. Urheber – Und markenrechtliche Implikationen im Internet», *Computer und Recht*, vol. 15, núm. 3, 1999, pp. 190-197; ORTEGA DÍAZ, J. F.: *Los enlaces en Internet. Propiedad intelectual e industrial y responsabilidad de los prestadores*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

Un supuesto, en cierta medida, espinoso o delicado vendría representado por el hecho de que el distribuidor minorista de productos o recambios para bienes de diversas marcas utilizase como *metatag*, de forma desproporcionada, una marca ajena renombrada de productos que supongan una pequeña parte del total que distribuye. A juicio de la doctrina que se ha ocupado sobre el particular²¹, estaría teniendo lugar un uso contrario, en todo caso, a los principios de la leal competencia, pues, entre otros aspectos, nos encontramos ante un acto de aprovechamiento de la reputación ajena. Debemos precisar que, en el supuesto concreto que planteamos, no existe uso de la metaetiqueta a título distintivo, por lo que no cabría hablar de lesión del derecho de marca, aunque, como el uso descriptivo de la marca ajena es desleal, podrán interponerse las acciones derivadas del derecho de competencia desleal.

Sin embargo, existen otras prácticas publicitarias relacionadas con el uso de metaetiqueta que sí plantean diversos problemas legales. Así acontece con la utilización como *metatag* de palabras que nada tienen que ver con el contenido de la página *Web* a la que designan ni con los productos o servicios que en la misma se promocionan²². En este sentido, podrán causarse dos perjuicios de importancia. Por un lado, el empleo de una marca ajena como metaetiqueta puede perjudicar el renombre de la marca si en el sitio *Web* se ofrecen bienes o servicios de baja calidad o, en su caso, publicita contenidos desagradables —así, por ejemplo, un sitio *Web* de contenido pornográfico utiliza como metaetiqueta una marca registrada para productos infantiles—. Por otro, puede lesionarse, de manera importante, el carácter distintivo de la marca, pues, por ejemplo, en materia de posicionamiento en buscadores, en el listado o resultado constarán sitios *Web* que no tengan absolutamente nada que ver con los productos o servicios distinguidos con la marca, disminuyendo, de este modo, la capacidad del signo distintivo para establecer la asociación entre éste y su titular.

Tal práctica debe ser calificada como acto de engaño y, en consecuencia, ilícita, en la medida en que, en estos supuestos, los *metatags* consiguen dirigir la atención del usuario hacia una determinada página *Web*, gracias a la atribución a la misma de características o contenidos que no se corresponden con la realidad²³ e, incluso, representar un acto de competencia desleal²⁴.

Otra técnica reprochable, en el ámbito de la utilización publicitaria de la metaetiqueta, es el empleo como tales de marcas u otros signos distintivos registrados ajenos, sin la correspondiente autorización para distinguir productos o

²¹ GARCÍA VIDAL, A.: *Derecho de marcas e Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

²² SIERRA LÓPEZ, M. V.: *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

²³ TATO PLAZA, A.: «Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet» en GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (Dir.), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 187-223.

²⁴ LOBATO, M.: *Comentario a la Ley de Marcas*, 2.ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2007.

servicios idénticos. Tal comportamiento resulta contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. Esta utilización vulnera el art. 34.1 de la Ley de Marcas, que dispone que «el titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: a) cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada».

Asimismo, debe advertirse que el apartado 3.e) del citado precepto de la mencionada Ley señala, de forma expresa, que el titular de la marca registrada podrá prohibir, en especial, el uso del signo distintivo registrado en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio, contemplando, de este modo, el legislador la posibilidad de violación de los derechos del titular mediante el uso de la marca en Internet ²⁵, en virtud del empleo de marcas ajenas en dicho medio, e, incluso, a través de la propia página *Web*, lenguajes codificados —*metataggins*—, ocultación de palabras —*word stufing*—, contratos publicitarios con los buscadores, enlaces —*links*—, *banners* y enmarcados —*framings*—²⁶. Sin embargo, debería ser indiferente que la utilización de la marca, de forma ilícita, tenga lugar en un contexto real o virtual²⁷.

En la medida en que el empleo de una marca como metaetiqueta puede ser calificado como «uso del signo distintivo en Red de comunicación telemática», nada obsta para calificar como ilícita la utilización de una marca como *metatag* sin la autorización de su legítimo titular²⁸.

²⁵ CASADO y CAYETANA BORREGO, A.: «Derechos conferidos por la marca» en GONZÁLEZ BUENO, C. (Coord.), *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 349-361.

²⁶ MARTÍNEZ SANZ, F.: «Nombre comercial, denominación de personas jurídicas y nombres de dominio» en ALONSO ESPINOSA, F. J. (Coord.), *El nuevo Derecho de Marcas. Ley 7/2001, de 7 de diciembre, de Marcas*, Granada, 2002, pp. 127-151; FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2.ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

²⁷ GALÁN CORONA, E.: «Derechos conferidos por la marca» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 493-526.

²⁸ JANE POSNER, R.: «Manipulative Metatagging, Search Engine Baiting and Initial Interest Confusion», *Columbia Journal of Law and Social Problems*, núm. 33, 2000, pp. 439-448; GARCÍA VIDAL, A.: «Signos distintivos, metatags y Keyword banners», *Actualidad Civil*, núm. 2, 2001, pp. 737-764; GARCÍA VIDAL, A.: *Derecho de marcas e Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GARCÍA VIDAL, A.: «Metatags, Keyword Banners und Kennzeichenrechte unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Rechts», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht- Internationale Teil (GRUR Int)*, vol. 4, abril, 2003, pp. 312-323; CERVELLÓ GRANDE, J. M. y FERNÁNDEZ, I. J.: «Propiedad industrial e intelectual y publicidad en Internet», en MATEU DE ROS CEREZO, R. y LÓPEZ-MONIS GALLEGU, M. (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 555-588; SKRIBE, A. (2003) *Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Links im World Wide Web*, Zulässigkeit und Haftung, Wien; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 116.

Consideramos que las metaetiquetas, que necesariamente cumplan una función distintiva, vulnerarán el derecho de marcas, de acuerdo con lo establecido en el art. 34.2 de la Ley de Marcas, cuando concurren tres requisitos: 1) la metaetiqueta desempeñe esta función distintiva en el tráfico económico virtual; 2) ésta se identifique con el elemento denominativo de una marca o nombre comercial cuya titularidad sea ostentada por un tercero; 3) los productos o servicios distinguidos por la misma sean idénticos o similares a los diferenciados por el signo cuya titularidad ostenta un tercero²⁹. No debemos perder de vista, de acuerdo con la doctrina más autorizada³⁰, un aspecto clave y es que, como es sabido, los signos distintivos de la empresa tienen como finalidad u objeto permitir la actuación competitiva en el mercado, al facilitar la relación entre la empresa y su clientela. Por ello, resulta muy relevante que tales signos no den lugar, en modo alguno, a un riesgo de confusión con otros signos prioritarios³¹.

De hecho, como bien determinan ciertos autores³², la marca, entre todos los signos distintivos, es el más característico, ya que es el más específicamente derivado de la actividad del empresario. La marca, además de comunicar determinados contenidos sobre el producto distinguido y, en concreto, su nivel cualitativo, garantiza la veracidad de toda la información suministrada. De este modo, los consumidores pueden depositar su confianza en ella y, por tanto, ampliar la información transmitida a todos los productos que aparezcan diferenciados con un mismo signo, pues constituye una especie de presunción *iuris tantum* de tales extremos productivos y, en particular, de dicha calidad³³.

Existen dos prohibiciones en relación a la marca, en línea con lo expuesto, que conviene enunciar. Por un lado, no se permite el registro de marcas o nombres

²⁹ ORTEGA DÍAZ, J. F.: *Los enlaces en Internet. Propiedad intelectual e industrial y responsabilidad de los prestadores*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

³⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «Denominaciones sociales, signos distintivos de la empresa y nombres de dominio». En *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero: Derecho de Sociedades*, vol. 1, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 3-23.

³¹ En el supuesto de que sea aplicable la norma contenida en el artículo 5.1.b), de la Directiva 89/104, corresponderá al órgano jurisdiccional nacional concluir que existe un riesgo de confusión cuando se muestre a los internautas, a partir de una palabra clave similar a una marca, un anuncio de un tercero que no permita o apenas posibilite al internauta, normalmente informado y razonablemente atento, determinar si los productos o servicios que se anuncian proceden del titular de la marca o de una empresa económicamente vinculada a éste o si, por el contrario, proceden de un tercero.

³² RUIZ DE VELASCO y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho Mercantil*, 3.ª edición, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2007, Madrid.

³³ FERNÁNDEZ NOVOA, C.: «Las funciones de la marca», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 5, 1978, pp. 33 y sigs.; FERNÁNDEZ NOVOA, C.: *Fundamentos de Derecho de marcas*, Montecovo, Madrid, pp. 44 y sigs., 1984; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A.: *La marca engañosa*, Civitas, Madrid, 2002; GARCÍA VIDAL, A.: «Los derechos de propiedad industrial (II)», en BOTANA AGRA, M., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. y GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I*, Santiago de Compostela, 2005, pp. 167-192.

comerciales que, teniendo en cuenta los productos, servicios o actividades a los que se aplican, puedan inducir a confusión con otras marcas o nombres comerciales previamente registrados. Por otro, también se prohíbe que una marca o nombre comercial posterior dé lugar a un riesgo de confusión indirecta, al crear un riesgo de asociación con otros signos previamente protegidos, en el sentido de inducir a la clientela a pensar que los productos, servicios o actividades distinguidos por los signos enfrentados tienen, en todo caso, un origen común —arts. 12.1 y 81 de la Ley de Marcas—. Debe concluirse, en este sentido, que los signos distintivos de la empresa ostentan una función competitiva en el mercado y que, como consecuencia, su protección trata de impedir que otros signos posteriores, registrados o no, puedan inducir a confusión al público o puedan aprovecharse de la notoriedad o reputación del signo anterior.

III. PARTICULARIDADES DE *GOOGLE ADWORDS*

Una modalidad de publicidad, que está adquiriendo una importancia creciente (de hecho, es, para el usuario, de carácter menos intrusivo que otras), es la que tiene lugar a través de los estándares publicitarios dependientes de palabras clave —lo que, entre otras denominaciones, se ha dado en llamar enlaces patrocinados—. En tales supuestos, el titular de la página *Web* realiza un contrato con el anunciante, de manera que en el sitio *Web* del buscador constarán los *banners* del anunciante cuando el usuario de aquél solicite la búsqueda de una determinada palabra.

Entre las diversas opciones que, a este respecto, existen en el mercado destaca la ofrecida por *Google*, denominada *Adwords*, sin perjuicio de que hay otros servicios similares ofertados por diversos buscadores —como el de *Yahoo* o *Microsoft.Msn*—. Cuando un usuario introduce en el buscador una palabra clave adquirida por una empresa, junto a la lista de resultados naturales —o resultados orgánicos o no patrocinados— de tal búsqueda, aparece insertado un recuadro publicitario con un enlace a la página *Web* del anunciante que adquirió tal palabra clave, bajo el encabezamiento «enlace patrocinado»³⁴. Conviene apuntar que el motor de búsqueda da lugar a los resultados naturales de una forma neutral, basada en la pertinencia de los términos de búsqueda. Inicialmente, para generar resultados naturales, los buscadores dependían de los *metatags* —que previamente analizamos—. En todo caso, la relevancia de estas últimas ha disminuido debido, en gran parte, a los algoritmos de búsqueda modernos³⁵. A diferencia de los resul-

³⁴ Al hilo de cuanto analizamos, debe advertirse que, según AULETTA, K.: «The Search Party: Google squares off with its Capitol Hill critics», en *The New Yorker*, 14 de enero de 2008, en el caso concreto de *Google*, cada año se efectúan más de 400 billones de búsquedas. La mitad de las mismas se realiza con el objetivo de bien adquirir ciertos productos y/o servicios, bien acometer comparaciones entre los mismos.

³⁵ MCCARTHY, T.: *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 4.ª edición, 2002.

tados naturales, los enlaces patrocinados aparecen porque los anunciantes han abonado una cantidad pecuniaria al motor de búsqueda para que sus enlaces figuren cuando el usuario escriba ciertos términos de búsqueda —que serán las palabras clave contratadas.

Los enlaces patrocinados podrán figurar en la parte derecha de la pantalla —*Side-Ad*—, junto a los resultados naturales de la búsqueda, o en la parte superior —*Top-Ad*— o, dicho de otra manera, sobre los propios resultados naturales. Cabe manifestar que, en el caso de *Google*, el enlace patrocinado³⁶ se acompaña de un breve mensaje comercial que es confeccionado e insertado en el sistema por el anunciante que contrata el servicio que comentamos con el buscador.

El anunciante abona una determinada cantidad por el servicio de almacenamiento y posterior puesta a disposición cada vez que un usuario acceda a un enlace patrocinado. *Google* calcula el importe según el precio máximo por *clic* que el anunciante se compromete a pagar al contratar el servicio y del número de ocasiones que los usuarios cliquean sobre el citado enlace. El popular buscador permite usar sin límite este servicio a todos los potenciales anunciantes interesados. Ahora bien, el orden de aparición de los enlaces patrocinados obedece a diversos criterios, cual, entre otros, son: el precio máximo que cada anunciante se ha comprometido a abonar —*pay-per-click*—; el número de veces que los enlaces son clicados por los internautas; y, finalmente, la calidad que *Google* atribuye al enlace en cuestión³⁷.

Es relevante especificar que el sistema que analizamos funciona de manera automática, dado que son los propios anunciantes los que seleccionan las palabras clave, redactan el contenido del mensaje comercial e insertan el *link* promocional a su sitio *Web*.

A priori, nada podría objetarse a la actividad comercial llevada a cabo por *Google*, en la medida en que esta empresa se limitase a contratar la aparición de tales espacios publicitarios vinculados a términos genéricos. El problema se plantea desde el momento en que *Google* ha vendido, como palabras clave, no sólo vocablos comunes o descriptivos, sino también términos que coincidían con signos distintivos registrados —nombres comerciales o denominaciones sociales— a empresas distintas del titular o licenciataria (operadores autorizados para ofrecer los productos o servicios) de la marca —que pueden ser competidores directos—,

³⁶ En relación al mismo, FRIEDMAN, R. R.: «No Confusion Here: Proposing a New Paradigm for the Litigation of Keyword Advertising Trademark Infringement Cases», *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, núm. 12, 2010, p. 363.

³⁷ RIBAS ALEJANDRO, X.: «La neutralidad de los servicios de publicidad en buscadores de Internet», *La Ley*, núm. 7304, 2009; GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: «La jurisprudencia del TJUE sobre la legalidad del *keyword advertising* (publicidad a partir de palabras clave) en Internet: ¿un equilibrio inestable o estabilidad desequilibrada?», *Derecho de los Negocios*, núm. 241, 2010, pp. 5-14.

sin autorización de las mismas³⁸. Por si esto fuera poco, el citado buscador también permite adquirir como palabra clave una determinada marca seguida, por ejemplo, del término «copia», «falsificación» o «imitación». En relación a tal sugerente cuestión, se pronunció el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —TJCE— en la sentencia de 23 de marzo de 2010³⁹.

El origen de la resolución que comentamos radica en tres cuestiones prejudiciales que fueron planteadas por la *Cour de Cassation* francesa, dando, de este modo, lugar a los asuntos acumulados C-236/08 (*Louis Vuitton S.A. c. Google France SARL y Google Inc.*), C-237/08 (*Viaticum S. A. y Luteciel SARL c. Google France SARL*) y C-238/08 (*Pierre-Alexis Thonet y Centre National de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, c. Bruno Raboin y Tiger SARL y Google France SARL*).

Antes de proceder al examen del fallo cabe advertir que, en todos los asuntos que, finalmente, fueron acumulados, los tribunales franceses, en instancias previas a la *Cour de Cassation*, condenaron al popular buscador *Google* por violación del derecho de marca.

³⁸ CORNTHWAITE, J. (2009) «AdWords or Bad Words? A UK Perspective on Keywords and Trademark Infringement», *European Intellectual Property Review*, vol. 31, núm. 7, pp. 347-352.

³⁹ Tal resolución ha sido ampliamente comentada por la doctrina. Así, podemos destacar, entre otros, los artículos de EDWARDS, L.: «Stuck in «Neutral»? Google, AdWords and the E-Commerce Directive Immunities», *Society for Computers Law*, 2009; HUMBLLOT, B.: «Il faut sauver le soldat Google! Brèves remarques sur les conclusions de l'avocat général M. Poirares Maduro dans les affaires Google (C-236/08, C-237/08, C-238/08)», *Droit de l'immatériel*, núm. 54, 2009, pp. 90-91; BRUNOT, V.: «Référéncement payant: la fin d'un suspense à l'issue... presque annoncée», *Gazette du Palais*, núm. 113-114, 2010, pp. 14-16; CORNTHWAITE, J.: «To Key or Not to Key? The Judgment of the European Court of Justice in the Google France AdWords cases», *European Intellectual Property Review*, vol. 32, núm. 7, 2010, pp. 352-359; DREHER, H.: «Keyword-Advertising: Eine lang ersehnte Entscheidung des EuGH», *European Law Reporter*, número 5, pp. 158-165; GLAIZE, F. y PAUTROT, B.: «Marques et liens publicitaires: le premier arrêt de la CJUE», *Droit de l'immatériel*, núm. 60, 2010, pp. 63-70; HEERMA VAN VOSS, M. J. y ZWAAN, V. A.: «Google AdWords: het Hof maakt veel duidelijk, maar we zijn er nog niet», *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, núm. 6, 2010, pp. 207-217; JAESCHKE, L.: «Gemeinschaftsrechtskonforme Möglichkeit zum Kauf von den Marken von Mitbewerbern entsprechenden Marken», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 21, núm. 11, 2010, pp. 426-427; MANARA, C. (2010) «Publicité sur des moteurs de recherche: la CJUE donne des clefs», *Recueil Le Dalloz*, núm. 15, p. 885; MARINO, L. (2010) «Google au pays des publicités: du droit des marques au droit de la responsabilité», *La Semaine Juridique*, núm. 23, pp. 1190-1193; MUSIOL, C.: «EuGH: Keine markenmäßige Benutzung durch Google-AdWords», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, p. 147, 2010; SPEDICATO, G.: «La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 26, núm. 4-5, 2010, pp. 731-754; TAVELLA, M. y BONAVITA, S.: «La Corte di giustizia sul caso «AdWords»: tra normativa marchi e commercio elettronico», *Il diritto industriale*, núm. 5, 2010, pp. 441-449.

El TJCE dicta, como seguidamente veremos, una resolución que, *a priori*, resulta bastante favorable para los intereses del buscador⁴⁰. En efecto, considera que la comercialización de marcas como enlaces patrocinados, por parte de *Google*, no representa una utilización de éste de la marca en cuestión para identificar productos y/o servicios idénticos a aquellos para los que la marca está registrada. De este modo, el Tribunal estima que, en el citado supuesto, no concurre un elemento imprescindible para poder entender que se vulnera la marca⁴¹, por lo que, en consecuencia, la actividad no podrá ser prohibida por su legítimo titular, a tenor tanto del art. 5.1.a)⁴² de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, sobre Derecho de marcas⁴³ —lo que, dicho sea de paso, sería determinante para alcanzar idéntica solución en virtud de la legislación marcaria de los Estados miembros— como del art. 9.1.a) del Reglamento 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, de marca comunitaria⁴⁴.

Repárese en la denominación con la que el Tribunal se refiere a *Google*, que es la de «prestador del servicio de referenciación». Asimismo, debe advertirse que considera que la actividad que el citado buscador realiza, de almacenar palabras clave de marcas registradas, por parte de anunciantes que contratan tal servicio con el mismo —que pueden incluso ser competidores de los titulares de las marcas—, y, posteriormente, de organización en la pantalla del sitio *Web* del buscador (que será vista por el usuario en función de los términos introducidos), es, obviamente, una actividad con ánimo de lucro.

⁴⁰ Cabe, asimismo, adelantar que, a juicio de GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: «El TJUE se pronuncia sobre la legalidad del *keyword advertising* (publicidad a partir de palabras clave): la sentencia «Google France y Google», *Revista de Autocontrol*, núm. 153, p. 10, el fallo resulta coherente con la orientación jurisprudencial del TJCE en materia de publicidad comparativa en la que figura la imitación de ciertos productos y la relativa al uso en dicha publicidad de un signo idéntico a una marca. Al hilo de esta cuestión, GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2008), «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas precisa su jurisprudencia sobre el uso en la publicidad comparativa de un signo idéntico a una marca: la sentencia O2 Holdings & O2 (UK)», *Revista de Autocontrol*, número 133, 2010, pp. 17-22; IDOT, L.: «Relations entre droit des marques et publicité comparative», *Europe 2008 Août-Septembre Comm.*, núm. 281, 2008, pp. 33 y 34.

⁴¹ De hecho, a tenor de la doctrina que se deriva del TJCE, al interpretar los arts. 5 de la Directiva 89/104/CEE y art. 9 del Reglamento 40/1994, para que el titular de la marca nacional o comunitaria pueda prohibir a terceros el uso sin su consentimiento de un signo idéntico o similar a la marca deben concurrir tres presupuestos: 1) el uso del signo en el tráfico económico; 2) se utilice para distinguir productos o servicios; y 3) que menoscabe o sea susceptible de menoscabar las funciones de la marca.

⁴² La orientación jurisprudencial sobre este precepto fue también seguida en la STJCE de 25 de marzo de 2010, asunto C-278/08. Interesa reseñar que tal resolución también versaba sobre *keyword*.

⁴³ Tal norma está derogada, habiendo sido sustituida por la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

⁴⁴ El citado Reglamento ha sido derogado y sustituido por el Reglamento 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria.

Ahora bien, siendo esta última afirmación una realidad, como hemos adelantado, no supone, a su vez, que se haga uso, por parte del buscador, de la marca para productos y/o servicios idénticos a los protegidos por la misma⁴⁵. En el marco de tales actividades, en efecto, *Google* no recurre a tales términos para distinguir sus productos y/o servicios⁴⁶, dado que esta circunstancia únicamente puede concurrir en quien emplea el término para, precisamente, su comunicación comercial⁴⁷. A idéntica conclusión puede llegarse cuando la marca coincidente con las palabras clave es una marca renombrada, inclusive si se asocia a términos como «copia» e «imitación». En otras palabras, *Google* únicamente facilita que los anunciantes que contratan sus servicios hagan uso de tales términos, si bien su empleo no puede, en modo alguno, atribuirse al buscador.

Aunque el comportamiento de *Google* podrá no suponer una violación del derecho de marca, sí podrá dar origen a cierta responsabilidad del mismo. En efecto, debe indicarse que actúa como intermediario⁴⁸, exhibiendo, de determinada manera, los enlaces patrocinados. A tenor de los arts. 11 de la Ley General de Publicidad y 20 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico —LSSI-CE—, la publicidad ha de ser identificada

⁴⁵ Así se posiciona también el abogado general, Sr. POIARES MADURO, dado que considera que el uso de las palabras clave se limita a un procedimiento de elección interno que tiene lugar entre el buscador y los anunciantes —usuarios de *Google Adwords*—. Estos últimos buscan insertar enlaces patrocinados asociados a esas palabras clave, pero no se utilizan esos signos para designar el propio servicio *Adwords* del buscador que, además, no es idéntico o similar (y, por tanto, confundible) con ninguno de los productos o servicios designados por las marcas. Respecto a las críticas sobre la postura del abogado general, puede verse LOBATO, M. y PORCUNA, F.: «La responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información», *La Ley*, núm. 7304, 2009.

⁴⁶ Como dispone CARBAJO GASCÓN, F.: «El caso Google Adwords: Sobre la infracción de marcas y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados. Comentario a la sentencia del Tribunal de la Unión Europea (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/2008 A C-238/2008)», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, pp. 321-338, *Google* emplea signos idénticos o similares a marcas en el tráfico económico, si bien no lo hace con fines distintivos de productos o servicios propios del buscador. En efecto, como determina el TJCE, en numerosas resoluciones (STJCE de 25 de enero de 2007, As. C-48/2005, *Adam Opel*; STJCE de 11 de septiembre de 2007, As. C-17/2006, *Céline*; y STJCE de 12 de junio de 2008, As. C-533/2006, *O2 Holdings* y *O2 UK*), el uso de un signo idéntico o similar a una marca para productos o servicios se produce sólo cuando se establece un vínculo entre el signo y los productos que comercializa o los servicios que presta quien usa ese signo.

⁴⁷ En otras palabras, *Google* no emplea la palabra clave, coincidente con una marca ajena, como marca, ya que el buscador no está diferenciando sus servicios con dicha marca. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ NOVOA, C., GARCÍA VIDAL, A. y FRAMINÁN SANTAS, J.: *Jurisprudencia Comunitaria sobre Marcas 2007*, Comares, Granada, pp. 51 y 52, 2009.

⁴⁸ Sobre el concepto de intermediario, en este ámbito, puede verse el comentario de RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, T.: «La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación y los estratos de la intermediación en la Red», *Revista de Derecho y Tecnología*, núm. 11, pp. 76-80, 2010.

como tal, por lo que, en el supuesto que nos ocupa, deberían ser netamente distinguidos los enlaces patrocinados de los resultados naturales del buscador.

Ahora bien, los anunciantes que seleccionan para su publicidad, en un servicio como el de *Google Adwords*, ciertas palabras clave que coincidan con marcas, sin ostentar la preceptiva autorización del titular de las mismas, sí que vulnerarán las normas sobre el particular. De esta manera, el legítimo titular de la marca podrá prohibir el uso de la misma a un competidor si el comportamiento realizado por este último menoscaba alguna de las funciones de la marca⁴⁹ —procedencia empresarial del producto y/o servicio; calidad del producto y/o servicio; comunicación, inversión o publicidad—. Todo ello con independencia de que el término no aparezca en el anuncio comercial. Debe prestarse especial atención a este último extremo, pues los planteamientos del TJCE, reflejados en esta y otras resoluciones conexas, son susceptibles de influir en estrategias publicitarias —ya vistas en el apartado anterior— realizadas en Internet que pueden suponer una infracción de la marca. Nos referimos a que el prestador de servicios de la sociedad de la información competidor haga uso, como *metatag/metaname*, de marcas de un tercero sin su autorización.

Volviendo a las funciones de la marca que pueden verse afectadas, cabe, en primer lugar, referirse a la relativa al origen empresarial del producto anunciado. En efecto, esta última podría verse menoscabada según la manera en la que se presente el anuncio en el buscador⁵⁰ que puede ser susceptible de dar lugar a un riesgo de asociación entre los productos anunciados en *Google* y los del titular de la marca. En otras palabras, cabe la posibilidad de que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento, dude si los bienes y/o servicios incluidos en el anuncio patrocinado proceden del legítimo titular de la marca bien de una empresa económicamente vinculada a éste o si, por el contrario, provienen de un tercero. En todo caso, la determinación sobre si, en la práctica, existe o no este riesgo de confusión dependerá del caso concreto. En este sentido, apunta el TJCE, que será el órgano jurisdiccional nacional el que habrá de valorar, según las circunstancias concurrentes en el supuesto analizado, si se ha menoscabado la función indicadora del origen empresarial.

Como ya adelantamos, los intereses de los legítimos titulares de las marcas pueden verse afectados por la actuación de los anunciantes que, en el marco del servicio de *Adwords*, contratan con *Google* ciertos términos o palabras clave que son signos protegidos. En tal caso, aunque el afectado podrá dirigirse contra el anunciante que recurre a los servicios de *Google*, tal actuación podría ser menos

⁴⁹ Sobre este extremo, entre otras, la STJCE de 12 de noviembre de 2002, As. C-206/2001, *Arsenal Football Club*; STJCE de 16 de noviembre de 2004, As. C-245/2002, *Anheuser-Busch*; STJCE de 25 de enero de 2007, As. C-48/2005, *Adam Opel*; STJCE de 11 de septiembre de 2007, As. C-17/2006, *Céline*; y STJCE de 18 de junio de 2009, As. C-487/2007, *L'Oréal* y otros.

⁵⁰ Por ello, los anunciantes deben ser especialmente cautos en su actuación, sobre todo en la configuración del anuncio, de manera que eviten el posible riesgo de asociación con el titular de la marca.

eficaz y notablemente más costosa que la que podría acometerse frente al propio buscador. Seguidamente, nos referiremos a la eventual imputación de responsabilidad al buscador por las infracciones cometidas por los anunciantes que contratan ciertos servicios con el mismo.

El TJCE considera que la actividad de insertar, en un sitio *Web* propio, mensajes publicitarios de terceros representa, de acuerdo con el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior —DCE—, un supuesto de prestación de servicios de alojamiento⁵¹ —*hosting*—. De esta manera, el titular del sitio *Web* —que, en nuestro caso, será el buscador o el prestador de servicios de referenciación— únicamente será responsable cuando tenga conocimiento efectivo⁵² o se le informe que el anunciante que ha contratado sus servicios está efectuando un uso ilícito de la marca. El conocimiento efectivo, por parte del prestador de servicios, es el elemento principal que fundamenta la responsabilidad civil de aquél. No obstante, no es un extremo que pueda concretarse de forma automática por el juez⁵³. Debe indicarse que de los arts. 16.1, párrafo 2, y 17.1, párrafo 2, de la LSSI-CE, pueden derivarse algunas pautas de concreción⁵⁴ como: el conocimiento de una resolución judicial o administrativa que determine la existencia de una lesión o de la ilicitud de los contenidos; el conocimiento en virtud de los procedimientos de detección y retirada de contenidos adoptados voluntariamente por un prestador de servicios, y otros medios que se fijen.

⁵¹ De este modo, se estaría, en cierta medida, avalando, por parte del TJCE, la interpretación operada por la STS de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010/131) respecto al art. 16 de la LSSI-CE —que, dicho sea de paso, incorpora al ordenamiento jurídico español el art. 14 de la DCE. Especialmente interesantes son los planteamientos de tal resolución respecto al momento en el que el prestador de servicios tiene conocimiento de la ilicitud. Sobre la cuestión que se plantea en la presente resolución se han pronunciado otras sentencias. Así cabe, entre otras, referirse a: la SAP de Madrid de 20 de diciembre de 2005 (AC 2006/233); la SAP de Madrid de 17 de abril de 2008 (JUR 2008/179170); SAP de Lugo de 9 de julio de 2009 (JUR 2009/328919); SAP de Madrid de 28 de abril de 2010 (AC 2010/478); y STS de 18 de mayo de 2010 (RJ 2010/2319).

⁵² Según el propio artículo 16 de la LSSI-CE se entenderá que el prestador de servicios de alojamiento tiene conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de terceros cuando «un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse».

⁵³ Del análisis de la jurisprudencia menor no puede, en absoluto, derivarse un criterio homogéneo en este sentido. Sobre este particular, PEGUERA POCH, M. (2007) «Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI», *IDP Revista d'Internet, Dret i Política*, núm. 5, pp. 2-18.

⁵⁴ BUSTO LAGO, J. M.: «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)» en REGLERO CAMPOS, L. F. (Ed.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, 4.ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 1038-1045, dispone que existen más medios para valorar la existencia de conocimiento efectivo.

A sensu contrario, para no incurrir en responsabilidad, será preciso que el buscador desempeñe una función meramente técnica, automática y pasiva y, además, no tenga control alguno sobre la información almacenada⁵⁵.

En cuanto a la decisión por la que finalmente se opta, debe indicarse que guarda cierta relación con la postura por la que, en su momento, se inclinó el legislador español en el art. 17 de la LSSI-CE (que hace alusión a la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos). Lo que, en realidad, realiza tal norma es establecer exenciones de responsabilidad siempre y cuando se den una serie de requisitos. Dicho de otro modo, si el prestador de servicios cumple con los deberes de diligencia exigidos por la norma se le exime de responsabilidad por los contenidos de sus páginas *Web* introducidos por terceros. Como puede inferirse, el precepto español acoge el régimen que la DCE aplica a los proveedores de servicios de alojamiento⁵⁶. Ahora bien, toda esta problemática de los prestadores de servicios de intermediación se suscitó en los Estados Unidos entre la industria de contenidos y el sector de las telecomunicaciones y de proveedores de servicios de Internet, en el ámbito de los derechos de autor⁵⁷. La normativa que, al efecto, se aprobó estableció una serie de exenciones a la responsabilidad de los prestadores de servicios por los contenidos que infringieran los derechos de autor⁵⁸.

⁵⁵ En este sentido, debe precisarse que en el caso concreto de *Google Adwords*, en la actualidad, no existe ningún tipo de intervención humana respecto a la campaña elaborada por el anunciante. Al hilo de cuanto comentamos, debe destacarse que existen numerosas diferencias entre la publicidad convencional propiamente dicha y la publicidad virtual realizada en el ámbito de los servicios de referenciación. Así, por ejemplo, destaca, entre otros, el grado de conocimiento de la campaña y de los contenidos; nivel de participación en la confección del anuncio, etc. No en vano, ha de indicarse que la función que los buscadores, como *Google*, desempeñan no es la de una agencia de publicidad, sino que comercializan, en virtud del servicio de *Adwords*, un determinado espacio tanto en el sitio *Web* del propio buscador como en el de terceros.

⁵⁶ Sobre este particular, puede verse, entre otros, los trabajos de PAYERAS CAPELLÁ, M. M. y CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Los servidores de acceso y alojamiento: descripción técnica y legal» en CAVANILLAS MÚGICA, S. (Coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Comares, Granada, 2005, pp. 14-28; DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F.: «Libertad de expresión e Internet. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. El caso putsgae», *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 3, 2010, pp. 19-28; PANIZA FULLANA, A.: «El alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2010», *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2010, pp. 27-36; RUBI PUIG, A.: «Derecho al honor on-line y responsabilidad civil de ISPs», *Indret*, núm. 4, 2010, pp. 1-20.

⁵⁷ Para un examen del régimen europeo y el norteamericano en el ámbito de la infracción de derechos de autor, véase PEGUERA POCH, M.: «The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems», *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 32, 2009, pp. 481-512.

⁵⁸ En este sentido, PEGUERA POCH, M.: «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet» en MORALES PRATS, F. y MORALES GARCÍA, O. (Coord.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet*, Aranzadi, Navarra, 2009.

Finalmente, debe advertirse que, de acuerdo con el fallo que comentamos, será el órgano jurisdiccional competente el que tendrá que valorar si, en el comportamiento del prestador de servicios de alojamiento, concurren las circunstancias a las que antes hicimos alusión —función meramente técnica, automática y pasiva y ausencia de control sobre el enlace patrocinado—. Sólo en este supuesto no incurriría en responsabilidad alguna. A tal fin, como sugiere el propio TJCE, deberá examinarse el papel que *Google* realiza en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace patrocinado y en el establecimiento o la selección de palabras clave. De esta manera, los buscadores que, como *Google*, realizan este tipo de servicios serán conocedores de los límites que necesariamente deberán observar, para no incurrir en responsabilidad, tanto en la confección de los mensajes publicitarios de los anunciantes como en la selección de las palabras clave.

Sin perjuicio de la decisión a la que finalmente se llega, en la resolución que examinamos, debería también repararse en que la actuación de *Google*, de acuerdo con la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal —LCD—, podría ser reputada un acto de competencia desleal. En efecto, de acuerdo con la doctrina⁵⁹ que se ha pronunciado sobre el particular, el empleo de palabras clave para referenciar enlaces patrocinados, como resultados derivados de esas búsquedas, representa un acto efectuado en el mercado con fines concurrenciales⁶⁰ —arts. 2.1 y 2.2 de la LCD—, dado que es objetivamente idóneo para asegurar la difusión en el mercado tanto de las prestaciones propias —servicio *Adwords*— como de las prestaciones de terceros —que serían los bienes y/o servicios de los anunciantes que difunden en *Google* tanto los enlaces como el contenido elegido—, por lo que es aplicable la LCD.

Por todo cuanto hemos advertido, el servicio del buscador podría estimarse contrario a las exigencias de la buena fe⁶¹ —art. 4 de la LCD⁶²—, ya que la venta de palabras claves, que puedan coincidir con marcas protegidas, a anunciantes

⁵⁹ CARBAJO GASCÓN, F.: «El caso Google Adwords...», cit., 2010, pp. 321-338.

⁶⁰ En cuanto al concepto de uso en el tráfico económico, el empleo del signo idéntico a la marca acontece en el ámbito de dicho tráfico si se efectúa en el contexto de una actividad comercial con ánimo de lucro y, naturalmente, no en la esfera privada. Sobre este último extremo, la STJCE de 12 de noviembre de 2002, relativa al «Arsenal Football Club», asunto C-206/01, en especial su fundamento jurídico 40.

⁶¹ El criterio de la buena fe al que se refiere el art. 4 de la LCD tiene en consideración la buena fe objetiva, prescindiendo, en este sentido, de la intencionalidad —dolo o culpa— o del aspecto subjetivo presente en ciertos preceptos del Código civil como, por ejemplo, los arts. 7.1, 433 y 1950.

⁶² La cláusula general del art. 4 de la LCD, si bien incorpora la cláusula del art. 5 de la Directiva de prácticas comerciales desleales, presenta importantes diferencias con respecto a esta última. Así, entre otras, la más significativa es de índole estructural y consiste en la naturaleza bifronte del parámetro de deslealtad del art. 4 de la LCD con una vertiente de carácter generalista y otra de tipo consumerista. Sobre tal precepto, se recomienda la lectura de MARTÍNEZ SANZ, F. y PUETZ, A.: «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, pp. 17-44.

diferentes del titular o licenciatario puede perjudicar la posición competitiva de estos últimos en la Red⁶³. En el caso descrito, tanto *Google* como los restantes servicios de referenciación no podrían acogerse al régimen de exención de la responsabilidad para los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos —art. 16 de la LSSI-CE— o al régimen nacional de exoneración de responsabilidad para los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda —art. 17 de la LSSI-CE—, dado que tal sistema resulta únicamente aplicable a la responsabilidad por eventuales informaciones o contenidos ilícitos de los usuarios de sus servicios de intermediación, pero no frente a la responsabilidad por informaciones, actos, servicios o contenidos ilícitos que sean propios del prestador del servicio.

Además de la resolución dictada por el TJCE, cabe determinar que otros tribunales de diversos Estados comunitarios y no comunitarios han tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular. Por lo que a los primeros se refiere, debemos referirnos a Austria⁶⁴ y al Reino Unido, donde *Interflora* entabló un pleito contra *Marks and Spencer* por pujar por su marca como palabra clave de *AdWords*⁶⁵. En cuanto a los segundos, procede citar los asuntos suscitados, a propósito del particular, en Australia⁶⁶, China⁶⁷, Estados Unidos de América⁶⁸, India⁶⁹ e Israel⁷⁰.

Algunos de los sistemas de autorregulación nacionales, en el ámbito de la publicidad interactiva, se han pronunciado sobre esta interesante cuestión. Nos

⁶³ Como pone de manifiesto CARBAJO GASCÓN, F.: «El caso Google Adwords...», cit., 2010, pp. 321-338, tal servicio es susceptible de generar confusión o asociación entre las prestaciones del titular de la marca o sus licenciatarios y las prestaciones de los anunciantes (art. 6 de la LCD), amparar imitaciones desleales (art. 11.2 de la LCD) o aprovecharse de la reputación ajena (art. 12 de la LCD). Este último extremo sería particularmente apreciable cuando la marca fuera notoria o renombrada, ya que *Google* podría estar aprovechándose de la reputación asociada a esas marcas para comercializar palabras clave solicitadas por competidores.

⁶⁴ La tienda de vinos en línea *Wein & Co.* demandó a un competidor, *Weinwelt*, por comprar su marca como palabra clave. Respecto a la resolución dictada, nos remitimos al Tribunal Supremo de Austria —*Oberster Gerichtshof*—, 20 de marzo de 2007 – 17 Ob 1/07, MMR, 2007.

⁶⁵ *Interflora Inc. contra Marks and Spencer PLC* [2009] EWHC 1095 (Ch).

⁶⁶ La Comisión Australiana de la Competencia y Asuntos del Consumidor (ACCC) presentó una demanda contra *Google* y un sitio de anuncios por palabras llamado *Trading Post*, ya que este último compró palabras clave que formaban parte de las marcas de vendedores de automóviles.

⁶⁷ En China, hay dos demandas por publicidad a partir de palabras clave, una presentada contra *Google China* y la otra contra *Baidu* —que constituye un buscador en chino—. Ambas han concluido de manera distinta.

⁶⁸ *Rescuecom Corp. contra Google Inc.*, 562 F.3d 123 (2d Cir. 2009).

⁶⁹ En el asunto de *Consim Info* contra *Google*, el Tribunal Superior de Justicia de Madrás, en Chennai, dictó un mandamiento cautelar para impedir que *Google* vendiera nombres de marca registrados como palabras clave a la competencia del propietario de las marcas.

⁷⁰ Fallo del Tribunal de Distrito de Tel Aviv-Jaffa de 31 de julio de 2006 en el marco del asunto núm. 000506/06. Un análisis, al respecto, puede verse en EFRONI, Z.: «Keywording in Search Engines as Trademark Infringement: Issues Arising from *Matim Li v. Crazy Line*», *International Review of Intellectual Property and Competition*, vol. 38, núm. 2, 2007, pp. 204-223.

referimos a ciertas resoluciones dictadas por el Jurado de la Publicidad en el seno de Autocontrol⁷¹. Se trata, entre otras, de la Resolución de 22 de noviembre de 2007, caso Frutas Coapa, S. L. (Confianza Online) vs. Sobre Naranjas («Naranjas Lola»). La reclamante sostenía que la reclamada realizaba una ilícita utilización de la marca registrada «Naranjas Lola», titularidad de la reclamante, como palabra clave o *metaname* en los servicios de búsqueda de Google para, precisamente, realizar publicidad mediante enlaces patrocinados. Una vez analizada por el Jurado la publicidad reclamada, concluyó que debía reputarse ilícita la actividad de utilización de la reclamada de las palabras clave (*keywords*) «Naranjas Lola» para promocionar sus productos o servicios, a través de las plataformas de buscadores en Internet, dado que los términos contratados coincidían con un signo distintivo registrado por un tercero. Ahora bien, la reclamada era una empresa no integrada en el sistema de autorregulación. En virtud de tal extremo, la presente resolución únicamente tiene el valor de opinión no vinculante para el tercero.

Para poner coto a las prácticas ilícitas que hemos examinado, los propios buscadores deberían autorregularse. Así, podrían, en primer lugar, aprobar un código ético vinculante para los anunciantes que contratasen el servicio de enlaces patrocinados en el que tuviera una posición de marcada preeminencia la observancia del principio de la buena fe y las buenas costumbres mercantiles. En el articulado del mismo, debería imponerse la necesidad de observar prácticas respetuosas con el uso de la marca ajena en Internet⁷². Esto último, resultaría de aplicación tanto a la posible elección de las palabras clave como a la redacción del mensaje comercial. Para verificar la actuación del anunciante pueden establecerse diferentes medidas que son complementarias entre sí.

⁷¹ Además de la enunciada, se pronuncian sobre la misma cuestión las resoluciones del Jurado de la Publicidad de 22 de noviembre de 2007, caso Naranjas Pons vs. Sobre Naranjas («Naranjas Lola»); de 22 de noviembre de 2007, caso Naranjas a casa vs. Sobre Naranjas («Naranjas Lola»); de 22 de noviembre de 2007, caso Naranjas Turia vs. Sobre Naranjas («Naranjas Lola»); de 22 de noviembre de 2007, caso Naranjas Pata Negra vs. Sobre Naranjas («Naranjas Lola»); de 22 de noviembre de 2007, caso Direct Naranjas vs. Sobre Naranjas («Naranjas Lola»); y 4 de diciembre de 2007, caso Frutas Coapa, S. L. (Confianza Online) vs. lamejornaranja.com (naranjaslola). Repárese en que todas ellas tienen origen en reclamaciones presentadas por Frutas Coapa, S. L.

⁷² Tales prácticas podrían coexistir con los términos y condiciones del servicio de referenciación como el de Google Adwords. En efecto, a título de ejemplo, en este último, las actividades ilícitas que comentamos se encuentran expresamente prohibidas. De hecho, si el anunciante llegara a contratar una palabra clave, que coincidiera con una marca registrada, para realizar actividades que puedan perjudicar al titular de la marca protegida, el buscador podrá resolver el contrato cuando tenga conocimiento de la infracción. En relación con cuanto analizamos, cabe señalar que la cláusula 10.1 de los términos y condiciones de Adwords se refiere a la necesidad de observar tanto la normativa legal aplicable como ciertos códigos de buenas prácticas publicitarias, entre los que cita el código CAP en el Reino Unido. Ahora bien, uno de los presupuestos necesarios para que tales documentos sean efectivamente vinculantes es su previa aceptación. Naturalmente, ello no será óbice para que, en ciertos casos, el organismo de control de algunos sistemas de autodisciplina —como el Jurado de la Publicidad en el seno de Autocontrol— se pronuncie sobre posibles violaciones de los códigos de conducta que apliquen. En este último caso, tales pronunciamientos serán no vinculantes.

Con carácter previo, antes de valorar la presunta ilicitud del comportamiento descrito, podría implantarse un *software* de filtrado que impidiera el uso de ciertos términos o expresiones⁷³. Posteriormente, todos deberían superar un proceso de certificación.

En todo caso, ante la eventualidad de que las obligaciones instauradas por parte del buscador, con respecto a los anunciantes, fueran desobedecidas, deberían implantarse un elenco de medidas que pudieran alertar a los responsables del servicio de referenciación de tal extremo.

Así, si fuera habilitada tal opción por el buscador —en virtud de sistemas de calificación o *Red flags*—, tanto los propios usuarios del buscador como los legítimos titulares de las marcas perjudicados⁷⁴, previa identificación de los mismos —cual, por ejemplo, la confirmación del enlace acreditativo de haber presentado la oportuna reclamación recibida en el correo personal o corporativo— podrían calificar el contenido del anuncio como inapropiado e ilícito.

Cuando las reclamaciones realizadas, sobre el particular, gozaran de cierto fundamento sería deseable que su conocimiento fuera encomendado al organismo de control⁷⁵, imparcial e independiente, establecido para conocer de las violaciones del código ético. Resulta necesario demandar un mínimo de diligencia en la reclamación que se pueda presentar ante el buscador para evitar quejas absurdas o carentes, a todas luces, de justificación⁷⁶.

(Trabajo recibido el 26/10/2016
y aceptado para su publicación el 30/11/2016)

⁷³ El número de anuncios contratados en *Google* es ingente. En esta línea, el *New York Times*, el 8 de enero de 2009, cifraba el número de anunciantes dos años antes —2007— en más de un millón. Tal aspecto pone, entre otras cuestiones, de manifiesto la dificultad, que no la imposibilidad, de la medida que comentamos.

⁷⁴ El número de marcas registradas a nivel mundial resulta desorbitado. Dado que los sistemas de filtrado podrían, *a priori*, fallar, la puesta en conocimiento de los buscadores, por parte de los titulares perjudicados, de las actividades potencialmente ilícitas de los anunciantes podría ser necesaria.

⁷⁵ La opción que comentamos, como consecuencia de los elevados costes que supondría, podría ser difícilmente extrapolable a los responsables de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Por ello, frente a posibles reclamaciones por violación de los derechos de autor, les podría resultar más adecuado retirar directamente el contenido —sin perjuicio de que tal proceder podría generar responsabilidad contractual, para lo que habrá que examinar el contrato entre las partes—. A este respecto, KREIMER, S. F.: «Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 155, 2007, p. 11.

⁷⁶ En todo caso, el riesgo de que, en la práctica, se presenten reclamaciones plenamente injustificadas existe. En este sentido, URBAN, J. M. y QUILTER, L.: «Efficient Process or «Chilling Effects»? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act», *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.*, núm. 22, 2006, p. 621.

AYUDAS DE ESTADO Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE: *QUOI DE NEUF?*

JUAN IGNACIO SIGNES DE MESA

Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

RESUMEN

El régimen de ayudas de Estado del Tratado prevé, en esencia, que serán declaradas incompatibles con el mercado común las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales en beneficio de una o varias empresas en la medida en que falseen o amenacen con falsear la competencia y afecten al comercio entre los Estados. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), desde su sede en Luxemburgo, vela por que las decisiones adoptadas por la Comisión en este ámbito se ajusten a la legalidad comunitaria y asiste a los tribunales de los Estados miembros en la interpretación de las disposiciones de esta materia en el marco de disputas nacionales. El presente estudio aborda la más reciente jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal General, relativa al régimen europeo de ayudas de Estado y, en particular, a la noción de ayuda, a los supuestos de compatibilidad, a la aplicación del régimen de ayudas públicas a los servicios de interés económico general, a la recuperación de las ayudas ilegales y a otras cuestiones de diversa índole suscitadas en el marco de los asuntos planteados ante el TJUE.

Palabras clave: ayudas de Estado, Tribunal de Justicia, ventaja económica, recuperación, juez nacional.

STATE AID AND THE COURT OF JUSTICE OF EUROPEAN UNION

JUAN IGNACIO SIGNES DE MESA

Référendaire of the Court of Justice of the European Union

ABSTRACT

The state aid regime of the EU Treaty essentially provides that any aid granted by a State or through State resources to the benefit of one or more undertakings is to be decla-

red incompatible with the common market in so far as it distorts or threatens to distort competition and affects trade between States. The European Court of Justice (ECJ), from its premises in Luxembourg, ensures that decisions taken by the Commission in this domain are in line with EU law and assist the courts of the Member States in interpreting provisions of this matter in the context of national disputes. The present study deals with the most recent case-law of both the Court of Justice and the General Court to state aids and, in particular, the notion of aid, compatibility cases, aid to services of general economic interest, the recovery of unlawful aid and other questions of a different nature arising from the cases brought before the CJEU.

Keywords: state aid, Court of Justice, economic advantage, reimbursement, national judge.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOCIÓN DE AYUDA. 1. La concesión de una ventaja económica. 1.1. Tipos de ventaja económica. 1.2. El test del operador privado en el mercado. 1.2.1. El Estado en tanto que inversor privado. 1.2.2. El Estado en tanto que acreedor privado. 1.2.3. El Estado en tanto que prestatario privado. 1.3. Vinculación entre la ventaja económica y la medida examinada. 2. El origen estatal de la ayuda. 2.1. Sobre la utilización de recursos del Estado. 2.2. El requisito de la imputabilidad. 3. El criterio de selectividad. 4. La afectación de los intercambios intracomunitarios y de la competencia.—II. SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL (SIEG).—III. RECUPERACIÓN DE LA AYUDA.—IV. SISTEMA DE CONTROL. EL PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS, LA COMISIÓN Y EL JUEZ NACIONAL.—V. OBSERVACIONES FINALES.—VI. JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN *

El régimen europeo de ayudas de Estado, previsto en lo fundamental en los artículos 107 a 109 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tiene como finalidad asegurar el mantenimiento de condiciones equitativas en el mercado, procurando que los operadores económicos concurren conforme a sus propios méritos y con independencia de la asistencia financiera de los poderes públicos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), desde su sede en Luxemburgo, vela por que las decisiones adoptadas por la Comisión en este ámbito respeten la legalidad comunitaria y asiste, además, a los tribunales nacionales en la interpretación de las disposiciones europeas en esta materia. La jurisprudencia del TJUE sobre ayudas públicas aclara y matiza aspectos importantes de este singular régimen, el cual ha llegado a representar, en los últimos años, cerca del 10%¹ de su actividad anual.

El presente estudio tiene por objeto exponer y analizar los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia y del Tribunal General en el ámbito de las ayudas de Estado. La mayor parte versan sobre la noción de ayuda y las condiciones que permiten la aplicación del artículo 107, apartado 1, TFUE a las medidas adoptadas por los Estados miembros (sección 2). Otros abordan cuestiones relativas a la aplicación de los supuestos de compatibilidad previstos en el artículo 107, apartado 3, TFUE, así como a la aplicación de las disposiciones de ayudas públicas a los servicios de interés económico general (SIEG) (secciones 3

* Las opiniones expresadas en este artículo son atribuibles únicamente a su autor y no vinculan en modo alguno al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El presente trabajo se ha elaborado en el marco de la participación en el proyecto de investigación «Reestructuración de empresas y Derecho de la Competencia» (ref. DER2015-68733-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ V. el informe anual del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014), p. 189.

y 4). Además, varios asuntos recientes suscitan cuestiones de relevancia sobre los términos y condiciones en que ha de llevarse a cabo la devolución de una ayuda considerada como ilegal por la Comisión, así como sobre el papel del juez nacional y la legitimación ante los tribunales europeos (secciones 5 y 6).

En la medida en que, desde 2013, el número total de resoluciones relativas a las ayudas de Estado asciende a más de 250, este artículo se centra en aquellos casos que, ya sea por razón de la naturaleza de la cuestión jurídica planteada o por el tipo de medida nacional examinada, revisten un mayor interés, no solamente desde una perspectiva doctrinal, sino también práctica.

II. NOCIÓN DE AYUDA

A tenor del artículo 107, apartado 1, TFUE, salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. La calificación de ayuda de una medida nacional requiere pues la concurrencia de cinco condiciones acumulativas, siendo suficiente la ausencia de una de ellas para impedir la constatación de una ayuda en el sentido del Tratado.

El concepto de ayuda de Estado tiene carácter jurídico y debe interpretarse sobre la base de elementos objetivos. Por esta razón, el juez de la Unión debe, en principio y teniendo en cuenta tanto elementos concretos del litigio del que conoce como el carácter técnico o complejo de las apreciaciones realizadas por la Comisión, llevar a cabo un control exhaustivo por lo que respecta a la cuestión de si una medida está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 1, TFUE. Ahora bien, no corresponde al juez de la Unión sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia. Tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones², el control que los órganos jurisdiccionales de la Unión ejercen sobre las apreciaciones económicas complejas realizadas por la Comisión es un control limitado que se circunscribe a comprobar el cumplimiento de las normas de procedimiento y de motivación, así como la falta de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder. Por otro lado, el juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de ellos³.

² Sentencia de 24 de octubre de 2013, Land Burgenland/Comisión, C-214/12 P, C-215/12 P y C-223/12 P, Rec, EU:C:2013:682.

³ Sentencia de 4 de septiembre de 2014, SNCM/Comisión, C-533/12 P y C-536/12 P, Rec, EU:C:2014:2142, apartado 15.

1. La concesión de una ventaja económica

1.1. Tipos de ventaja económica

En primer lugar, el concepto de ayuda en el sentido del artículo 107, apartado 1, TFUE, exige la concesión de una ventaja económica⁴. Comprende no sólo las prestaciones positivas como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos⁵.

La jurisprudencia reciente de los tribunales europeos pone de manifiesto que, además de subvenciones a fondo perdido, son consideradas como ayudas, en tanto que ventajas económicas, los préstamos en condiciones favorables⁶, las exoneraciones fiscales y tributarias⁷, el trato fiscal ventajoso⁸, las garantías de préstamos⁹ y de solvencia¹⁰, la puesta a disposición gratuita de terrenos públicos para su explotación comercial¹¹, las aportaciones de capital¹² y la asunción de activos depreciados por parte del Estado¹³.

A modo de ilustración, cabe destacar los cuatro asuntos siguientes:

Primero, en su sentencia de 3 de abril 2014, *Francia/Comisión*¹⁴, adoptada en el marco de un recurso de casación, el Tribunal de Justicia sostuvo la apreciación del Tribunal General¹⁵ que confirmaba, a su vez, la decisión de la Comisión según

⁴ Sentencia de 21 de marzo de 2013, *Comisión/Buczek Automotive y Polonia*, C-405/11 P, EU:C:2013:186, apartado 45.

⁵ Sentencia de 24 de enero de 2013, *Frucona Košice/Comisión*, C-73/11 P, EU:C:2013:32, apartado 69 y jurisprudencia citada.

⁶ Sentencia de 21 de marzo de 2013, *Comisión/Buczek Automotive y Polonia*, C-405/11 P, EU:C:2013:186, relativa a una prolongación en el pago de la deuda del préstamo.

⁷ V., a este respecto, sentencia de 15 de septiembre de 2016, *Ferracci/Comisión*, T-219/13, EU:T:2016:485 y que conciernen la exoneración del pago del impuesto municipal sobre la bienes inmuebles del que benefician en Italia las entidades no comerciales, incluidas en esta categoría las entidades eclesíásticas y religiosas.

⁸ Sentencia de 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, Rec, EU:C:2015:354, apartados 69 y 72.

⁹ V., entre otras, sentencia de 5 de marzo de 2015, *Banco Privado Português y Massa Insolvente do Banco Privado Português*, C-667/13, Rec, EU:C:2015:151 y auto de 23 de octubre de 2014, *Commerz Nederland*, C-242/13, Rec, EU:C:2014:2326.

¹⁰ Sentencia de 12 de diciembre de 2014, *Banco Privado Português y Massa Insolvente do Banco Privado Português/Comisión*, T-487/11, Rec (Extractos), EU:T:2014:1077, apartados 49 a 58.

¹¹ Sentencia de 12 de septiembre de 2013, *Alemania/Comisión*, T-347/09, EU:T:2013:418.

¹² Sentencia de 3 de abril de 2014, *Comisión/Países Bajos e ING Groep*, C-224/12 P, Rec, EU:C:2014:213.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Sentencia de 3 de abril de 2014, *Francia/Comisión*, C-559/12 P, Rec, EU:C:2014:217.

¹⁵ Sentencia de 20 de septiembre de 2012, *Francia/Comisión*, T-154/10, Rec, EU:T:2012:452.

la cual la sociedad francesa La Poste había sido beneficiaria de una garantía implícita e ilimitada en virtud de su estatuto de organismo público de carácter industrial y comercial (EPIC), al que no se aplicaba los procedimientos ordinarios de insolvencia y de liquidación. El Tribunal de Justicia estimó, contrariamente a los argumentos del Estado francés, que la Comisión podía basarse, para demostrar la existencia de una garantía implícita, en el método del conjunto de indicios serios, precisos y concordantes a fin de comprobar si el Estado estaba obligado, con arreglo al Derecho interno, a comprometer sus recursos propios para cubrir las pérdidas de un EPIC en situación de impago. Por otro lado, el Tribunal de Justicia declaró que existe una presunción simple según la cual la concesión de una garantía implícita e ilimitada del Estado en favor de una empresa tiene como consecuencia una mejora de su posición financiera mediante un aligero de las cargas que normalmente gravan su presupuesto. Así pues, para demostrar la ventaja generada por tal garantía a la empresa beneficiaria bastaba con que la Comisión acreditase la existencia misma de dicha garantía, sin que debiera demostrar los efectos reales producidos por ésta a partir del momento de su concesión¹⁶.

Segundo, en su sentencia de 11 de septiembre de 2014, *Grecia/Comisión*¹⁷, el Tribunal General anuló la decisión de la Comisión relativa a la aplicación simultánea de disposiciones nacionales griegas que consistían, por un lado, en la fijación de un gravamen uniforme del 80 % sobre el precio de las entradas de los casinos y, por otro, en la fijación de dos precios legales diferentes para la entrada de los casinos: 15 euros en tanto que precio ordinario y 6 euros en tanto que precio de los casinos públicos. Esta medida tenía por efecto, según la Comisión, que los casinos obligados a percibir un precio de entrada de 15 euros abonaban al Estado 12 euros por entrada ($80 \% \times 15$ euros), mientras que los otros casinos sólo abonaban 4,80 euros por entrada ($80 \% \times 6$ euros), lo que constituía una diferencia de 7,20 euros. Sin embargo, el Tribunal General constató que, como alegaba la República Helénica, los importes abonados al Estado por los casinos en concepto de derecho del Estado sobre las entradas no eran sino la prorrata de lo que cada casino percibía en concepto de entradas. En particular, antes de abonar al Estado su derecho, que se elevaba al 80 % del valor de las entradas vendidas, los casinos que la Comisión había considerado beneficiarios de la medida controvertida percibían de sus clientes un precio dos veces y media inferior por entrada en comparación con el precio de entrada aplicable a los otros casinos (6 euros en lugar de 15 euros). Del mismo modo, los derechos de emisión y cobertura de gastos percibidos por los casinos a los que se aplicaba un precio de entrada de 6 euros ($6 \text{ euros} - 4,80 \text{ euros} = 1,20 \text{ euros}$) eran igualmente dos veces y media inferiores a los que percibían los casinos a los que se les aplicaba un precio de entrada de 15 euros ($15 \text{ euros} - 12 \text{ euros} = 3 \text{ euros}$). La sentencia del

¹⁶ *Ibid.*, apartado 65.

¹⁷ Sentencia de 11 de septiembre de 2014, *Grecia/Comisión*, T-425/11, Rec, EU:T:2014:768.

Tribunal General ha sido recientemente confirmada en casación por el Tribunal de Justicia¹⁸.

Tercero, en la sentencia de 19 de marzo de 2015, *OPT Bank Nyrt*¹⁹, el Tribunal de Justicia no vaciló en considerar como ayuda el acuerdo firmado entre el Estado húngaro y el banco OPT, en virtud del cual, como contraprestación a determinadas operaciones de gestión de las ayudas a la vivienda, el Estado húngaro quedaba obligado, entre otros aspectos, a reembolsar a la entidad de crédito el 80 % de la suma de los préstamos que se hubieran contratado con dicha entidad de crédito y que procediera calificar como fallidos conforme a la legislación nacional.

Cuarto, en la sentencia de 5 de febrero de 2015, *Aer Lingus/Comisión*²⁰, el Tribunal General anuló la decisión de la Comisión que consideraba como ayuda ilegal el impuesto irlandés sobre el transporte aéreo (ITA) que habían de pagar las compañías aéreas por cada salida de un pasajero en un avión desde un aeropuerto situado en Irlanda. Cuando se estableció el ITA, su tarifa estaba fijada en función de la distancia existente entre el aeropuerto de salida y el aeropuerto de llegada, siendo su importe de 2 euros para los vuelos con destinos situados a una distancia máxima de 300 km del aeropuerto de Dublín (Irlanda) y de 10 euros en los demás casos. La Comisión consideró que la aplicación de una tarifa inferior a los vuelos de corta distancia constituía una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior. El Tribunal General, si bien sostuvo la apreciación de la Comisión en cuanto a la existencia de una ventaja económica, estimó que no podía considerarse que el importe de la ventaja de la que disfrutaron las compañías aéreas ascendía automáticamente, en todos los casos, a 8 euros por pasajero. Según el tribunal, la Comisión debería haberse limitado a ordenar la recuperación de los importes que realmente correspondían a dicha ventaja y, en caso de no poder determinarlos con exactitud, haber confiado dicho cometido a las autoridades nacionales, proporcionándoles las indicaciones pertinentes para ello.

1.2. *El test del operador privado en el mercado*

La incompatibilidad prevista en el artículo 107, apartado 1, TFUE, respecto de las ayudas públicas, no impide que los Estados miembros y sus administracio-

¹⁸ Auto de 22 de octubre de 2015, Comisión/Grecia, C-530/14 P, EU:C:2015:727.

¹⁹ Sentencia de 19 de marzo de 2015, OTP Bank, C-672/13, Rec, EU:C:2015:185.

²⁰ Sentencia de 5 de febrero de 2015, Aer Lingus/Comisión, T-473/12, Rec (Extractos), EU:T:2015:78. V. también sentencia de 25 de noviembre de 2014, Ryanair/Comisión, T-512/11, EU:T:2014:989, relativa a la decisión de la Comisión según la cual el hecho de que no se aplicara el ITA a los pasajeros en tránsito o en correspondencia no constituía una ayuda de Estado, al no tratarse de una medida selectiva. Esta decisión hizo el objeto de una anulación parcial.

nes, tanto a nivel nacional como regional o local, puedan participar como un agente económico más en el mercado. Es por ello que el requisito relativo a la ventaja económica no concurre si la empresa beneficiaria hubiera podido obtener la misma ventaja que se puso a su disposición mediante recursos del Estado en circunstancias que correspondan a las condiciones normales del mercado. A efectos de apreciar si tal es el caso, la Comisión recurre, a la luz de lo establecido por la jurisprudencia, al denominado test del *operador privado* en una economía de mercado.

Los asuntos recientemente abordados por los tribunales de la Unión ponen de manifiesto los supuestos más habituales en los que dicho test es aplicado.

1.2.1. EL ESTADO EN TANTO QUE INVERSOR PRIVADO

A fin de apreciar la existencia de una ventaja económica, la jurisprudencia reciente recuerda que, en supuestos tales como el suministro de bienes, la prestación de servicios, la venta de un activo o la transmisión de la participación de una empresa a un particular por parte de una entidad pública debe determinarse si las condiciones de tales operaciones equivalen a las que habría podido acordar a la empresa un inversor privado en condiciones normales de mercado²¹. Toda condición aplicada a la relación jurídica entre la entidad pública y la empresa que no pueda ser justificada de manera objetiva bajo este prisma habrá de ser calificada de ventaja económica.

Así, en la sentencia de 27 de febrero de 2013, *Nitrogénművek Vegyipari/Comisión*²², el Tribunal General precisó que la existencia de relaciones financieras anteriores no puede demostrar un interés comercial objetivo, justificando necesariamente acordar mejores condiciones financieras a una empresa. Según el tribunal, el hecho de que un cliente sea conocido por parte de un banco no significa automáticamente que este último pueda beneficiarse de mejores condiciones para los nuevos créditos. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha confirmado, en su sentencia de 13 de junio de 2013, *Ryanair/Comisión*²³, que, en el supuesto de venta por parte del Estado de su participación en una empresa, el criterio de la continuidad del servicio ha de ser secundario respecto del criterio del precio a fin de respetar el test del vendedor privado²⁴.

²¹ V., en este sentido y a título de ilustración, sentencia de 13 de mayo de 2015, *Niki Luftfahrt/Comisión*, T-162/10, Rec, EU:T:2015:283, apartados 123 y 124.

²² Sentencia de 27 de febrero de 2013, *Nitrogénművek Vegyipari/Comisión*, T-387/11, EU:T:2013:98.

²³ Sentencia de 13 de junio de 2013, *Ryanair/Comisión*, C-287/12 P, EU:C:2013:395, apartado 97.

²⁴ *Ibid.*, apartados 93 y 94. V. también sentencia de 28 de marzo de 2012, *Ryanair/Comisión*, T-123/09, Rec, EU:T:2012:164, apartado 134.

Por otro lado, en la sentencia de 24 de octubre de 2013, *Land Burgenland/Comisión*²⁵, el Tribunal de Justicia recordó que, si para descartar la existencia de una ayuda un Estado miembro invoca un criterio como el del vendedor privado en el contexto de la privatización y cesión de una empresa, le incumbe, en caso de duda, acreditar inequívocamente y en virtud de factores objetivos y verificables que la venta corresponde a su cualidad de accionista y que persigue objetivos de rentabilidad²⁶. El Tribunal de Justicia añadió además que, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada, el precio de mercado es el precio más elevado que un inversor privado que actúa en condiciones normales de competencia está dispuesto a pagar por una sociedad en la situación en la que se encuentra. Para comprobar el precio de mercado, las autoridades nacionales pueden tener en cuenta, en particular, la forma empleada para la cesión de una sociedad, por ejemplo, la de adjudicación pública. Cuando un poder público procede a la venta de una empresa de su propiedad por medio de una licitación abierta, transparente e incondicional, puede presumirse que el precio de mercado equivale a la oferta más elevada, debiendo acreditarse, en primer lugar, que dicha oferta es vinculante y creíble y, en segundo lugar, que no está justificado tomar en consideración factores económicos distintos del precio²⁷.

Tratándose de supuestos de aportación de capital, destaca la sentencia de 3 abril de 2014, *Comisión/Países Bajos e ING*²⁸, en la que el Tribunal de Justicia desestimó el recurso de casación presentado contra la sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2012²⁹. Este asunto concernía las medidas de salvamento y reestructuración del banco ING Groep NV en el contexto de la crisis financiera, consistentes, en primer lugar, en un aumento de capital mediante la emisión de títulos por parte de ING y, en segundo término, en un intercambio de flujos de tesorería relacionados con activos depreciados. Ambos tribunales reprocharon a la Comisión el haber eludido su obligación de aplicar el test del inversor privado con ocasión de la modificación preconizada por las autoridades holandesas de las condiciones de reembolso de la ayuda inicial por el solo motivo de que la aportación de capital constituía en sí misma una ayuda de Estado. Según el Tribunal de Justicia, que concluyó, como el Tribunal General, anulando la decisión de la Comisión, no puede obviarse la racionalidad económica de toda operación, incluida la modificación de las condiciones recogidas en un acuerdo inicial de suscripción del capital³⁰.

²⁵ Sentencia de 24 de octubre de 2013, *Land Burgenland/Comisión*, C-214/12 P, C-215/12 P y C-223/12 P, Rec, EU:C:2013:682.

²⁶ *Ibid.*, apartados 56 a 59.

²⁷ *Ibid.*, apartados 92 a 94.

²⁸ Sentencia de 3 de abril de 2014, *Comisión/Países Bajos e ING Groep*, C-224/12 P, Rec, EU:C:2014:213.

²⁹ Sentencia de 2 de marzo de 2012, *Países Bajos/Comisión*, T-29/10 y T-33/10, Rec, EU:T:2012:98.

³⁰ *Ibid.*, apartados 34 a 37. Por otro lado, cabe destacar que el Tribunal de Justicia ha estimado que el mero hecho de que una aportación de capital se haya realizado conjuntamente y de manera simultánea con inversores privados no excluye de forma automática la calificación de ayuda de

Por último, cabe reseñar la sentencia de 2 de julio de 2015, *Francia y Orange/Comisión*³¹, relativo a la calificación de ayuda de un anticipo de accionista, propuesto en diciembre de 2002, pero nunca ejecutado, consistente en una línea de crédito de 9.000 millones de euros a la empresa francesa France Télécom, de la que el Estado francés era propietario en un 56%. La Comisión estimó que dicho anticipo había de ser considerado como una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior, habida cuenta de que se propuso en el contexto de varias declaraciones públicas efectuadas por el ministro de Economía francés en apoyo a France Télécom desde julio de 2002. Según la Comisión, ambos elementos tomados en su conjunto suponían la concesión de una ventaja a France Télécom, que gravaba potencialmente el presupuesto del Estado. En su sentencia, el Tribunal General ha estimado, en esencia, que la Comisión aplicó el test de inversor privado de manera inadecuada, pues tomó en consideración las declaraciones mencionadas, a pesar de haberse producido en un contexto previo al de la propuesta de anticipo, es decir, antes de diciembre de 2002. Aunque el Tribunal General concede que es posible remitirse a acontecimientos y elementos objetivos del pasado, no admite que tales acontecimientos y elementos anteriores constituyan de manera determinante, por sí solos, el marco de referencia pertinente a efectos de la aplicación del criterio del inversor privado prudente. La decisión del Tribunal General hizo el objeto de un recurso de casación³².

1.2.2. EL ESTADO EN TANTO QUE ACREEDOR PRIVADO

Varios asuntos recientes de los tribunales europeos han incidido también en que, cuando una entidad pública, en tanto que acreedora, otorga facilidades de pago de una deuda a cargo de una empresa, la apreciación sobre la existencia de una ventaja se realiza, en principio, aplicando el criterio del acreedor privado. Tal criterio, cuando es aplicable, forma parte de los aspectos que la Comisión está obligada a considerar para determinar la existencia de una ayuda. Esas facilidades de pago constituyen una ayuda de Estado a efectos del artículo 107, apartado 1, TFUE, si, habida cuenta de la importancia de la ventaja económica concedida de ese modo, es manifiesto que la empresa beneficiaria no hubiera obtenido facili-

Estado. Deben tenerse también en cuenta otros elementos, en particular la igualdad de trato de los accionistas públicos y privados. V., a este respecto, sentencia de 4 de septiembre de 2014, *SNCM/Comisión*, C-533/12 P y C-536/12 P, Rec, EU:C:2014:2142, apartados 54 a 60.

³¹ Sentencia de 2 de julio de 2015, *Francia y Orange/Comisión*, T-425/04 RENV y T-444/04 RENV, Rec, EU:T:2015:450. V. igualmente la sentencia de 21 de mayo de 2010, *Francia/Comisión*, T-425/04, T-444/04, T-450/04 y T-456/04, Rec, EU:T:2010:216 y la sentencia de 19 de marzo de 2013, *Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión*, C-399/10 P y C-401/10 P, Rec, EU:C:2013:175.

³² Sentencia de 30 de noviembre de 2016, *Comisión/Francia y Orange*, C-486/15, EU:C:2016:912.

dades comparables de un acreedor privado que se hallara en una situación lo más semejante posible a la del acreedor público y que tratara de obtener el pago de las cantidades que le adeudase un deudor que se encontrara en dificultades económicas. Corresponde, por tanto, a la Comisión llevar a cabo una apreciación global, teniendo en cuenta cualquier dato pertinente en el caso concreto que le permita determinar si es manifiesto que la empresa beneficiaria no habría obtenido facilidades comparables de tal acreedor privado³³.

Entre otros ejemplos, cabe destacar la sentencia de 24 de enero de 2013, *Frucona Košice/Comisión*³⁴, en la que el Tribunal de Justicia dispuso que, a la hora de aplicar el test del acreedor privado, ha de tenerse en cuenta toda la información que podría influir de forma no inapreciable en el proceso decisorio de un acreedor privado, al que debe considerarse normalmente prudente y diligente, que se hallara en una situación lo más semejante posible a la del acreedor público y que tratara de obtener el pago de las cantidades que le adeudase un deudor que se encontrara en dificultades económicas.

Además, en la sentencia de 20 de marzo de 2013, *Rousse Industry/Comisión*³⁵, el Tribunal General calificó como ayuda de Estado la inacción de las autoridades búlgaras, que se habían abstenido de solicitar de manera eficaz el pago de la deuda debida por un operador privado al término del plazo establecido tras una reestructuración de la deuda. Según el tribunal, que confirmaba en este sentido la apreciación de la Comisión, un acreedor privado habría adoptado, a la vista del montante de la deuda, las medidas de ejecución necesarias a fin de recuperar, al menos, una parte de lo debido³⁶. El Tribunal de Justicia en casación³⁷ confirmó la apreciación del Tribunal General y apuntaló que, ante la ausencia de índices concretos y creíbles de una vuelta a la rentabilidad del deudor, había de considerar como poco realista que un acreedor privado, en un contexto similar, habría estado convencido de que las posibilidades de recuperación del crédito serían maximizadas por el simple hecho de prolongar el reembolso de la deuda³⁸.

Por último, en su sentencia de 21 de marzo de 2013, *Comisión/Buczek Automotive y Polonia*³⁹, el Tribunal de Justicia confirmó la decisión del Tribunal General de anular la decisión de la Comisión, en la cual esta última institución reprochaba a Polonia el no haber solicitado la liquidación inmediata de una

³³ Sentencia de 24 de enero de 2013, *Frucona Košice/Comisión*, C-73/11 P, Rec, EU:C:2013:32, apartados 70 a 73.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Sentencia de 20 de marzo de 2013, *Rousse Industry/Comisión*, T-489/11, EU:T:2013:144.

³⁶ *Ibid.*, apartado 37.

³⁷ Sentencia de 20 de marzo de 2014, *Rousse Industry/Comisión*, C-271/13 P, EU:C:2014:175.

³⁸ *Ibid.*, apartado 64.

³⁹ Sentencia de 21 de marzo de 2013, *Comisión/Buczek Automotive y Polonia*, C-405/11 P, EU:C:2013:186

empresa deudora y el haberse limitado a solicitar el aplazamiento del pago de la deuda. Según el Tribunal General, la Comisión debería haber comparado, antes de pronunciarse, las ventajas de la recuperación de la deuda y las de la liquidación en función de los intereses de un acreedor privado⁴⁰.

1.2.3. EL ESTADO EN TANTO QUE PRESTATARIO PRIVADO

Consideraciones similares a las anteriormente descritas resultan aplicables a los supuestos en los que una entidad pública actúa en tanto que prestataria. En la sentencia de 13 de septiembre de 2013⁴¹, *Poste Italiane/Comisión*, el Tribunal General anuló una decisión de la Comisión que había considerado que la remuneración acordada por el Tesoro público italiano a la sociedad Poste Italiane por el depósito de los fondos provenientes de las cuentas corrientes postales constituía una ayuda. En particular, el Tribunal General hubo de examinar la apreciación de la Comisión, que había calificado como ayuda de Estado un tipo de interés del 4% concedida a la sociedad Poste Italiane, dado que dicho interés era superior entre un 0,47% y un 1,09% al tipo de interés acordado en el mercado ordinario. El Tribunal General censuró el razonamiento de la Comisión al considerar que esta última institución no había aplicado el test del inversor privado de manera adecuada al no ponderar la circunstancia de que el depósito de los fondos por parte de la Poste Italiane implicaba la imposibilidad de reutilizar dichos fondos en inversiones alternativas. El índice de interés de mercado tomado como referencia debería haber tenido cuenta, por tanto, esta condición⁴².

1.3. Vinculación entre la ventaja económica y la medida examinada

Otro aspecto destacado que recuerda la jurisprudencia reciente, por lo que se refiere a la condición relativa a la ventaja económica, es el de que los tributos no están en sí mismos incluidos en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a las ayudas de Estado, salvo en el caso de que constituyan el medio de financiación de una medida de ayuda, de modo que formen parte de la misma⁴³. Para que pueda considerarse que un tributo o una parte de un tributo forman parte integrante de una ayuda es necesario que el destino del tributo esté obligatoriamente vinculado a la ayuda con arreglo a la normativa nacional pertinente, en el sentido de que la recaudación del tributo se destine obligatoriamente a la financiación de la ayuda. Cuando existe dicha vinculación, la recaudación del

⁴⁰ *Ibid.*, apartado 57.

⁴¹ Sentencia de 13 de septiembre de 2013, *Poste Italiane/Comisión*, T-525/08, EU:T:2013:481.

⁴² Sentencia *Poste Italiane/Comisión*, T-525/08, EU:T:2013:481, apartados 15, 66 y 68.

⁴³ Sentencias de 13 de enero de 2005, *Streekgewest*, C-174/02, Rec, EU:C:2005:10, apartado 25, y de 25 de junio de 1970, *Francia/Comisión*, 47/69, Rec, EU:C:1970:60, apartados 17, 20 y 21.

tributo afecta directamente a la cuantía de la ayuda y, en consecuencia, a la valoración de la compatibilidad de esta ayuda con el mercado común. De este modo, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando exista tal relación entre la medida de ayuda y su financiación, la notificación de la medida de ayuda, establecida en el artículo 108, apartado 3, TFUE, debe referirse asimismo al modo de financiación de ésta para que la Comisión pueda proceder a su examen sobre la base de información más completa. A falta de dicha información, no puede excluirse que se declare compatible una ayuda que no podría haberlo sido, si la Comisión hubiese tenido conocimiento de su modo de financiación⁴⁴.

En su sentencia de 16 de octubre de 2013, *TF1/Comisión*⁴⁵, el Tribunal General confirmó la validez de la decisión de la Comisión, según la cual el mecanismo de financiación a largo plazo de France Télévisions constituía una ayuda estatal compatible con el mercado interior. Esta decisión fue adoptada en el contexto de la reforma del sector audiovisual público francés, que pretendía la supresión progresiva de la publicidad en las seis cadenas públicas de France Télévisions entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana. En concepto de compensación, Francia había previsto créditos por un importe de 450 millones de euros en el presupuesto general del Estado para 2009. Por otra parte, y de manera contemporánea, el Estado francés había modificado su código fiscal a fin de adoptar dos nuevos impuestos: un impuesto sobre la publicidad, que recaía sobre todos los editores de servicios de televisión establecidos en Francia y un impuesto sobre las comunicaciones electrónicas, que recaía sobre todos los operadores de comunicaciones electrónicas que ofrecieran un servicio en Francia.

En el marco del recurso presentado por la sociedad privada TF1 y en contra de lo alegado por esta última, el Tribunal General constató que la Comisión, apoyada en sus conclusiones por Francia y por España, no cometió ningún error al considerar que, en virtud de la normativa francesa, no podía establecerse ninguna vinculación obligatoria entre el destino de los nuevos impuestos y la ayuda concedida a France Télévisions. Así pues, al no existir tal vinculación, la Comisión había actuado con arreglo a Derecho al considerar que tales impuestos no eran parte integrante de la ayuda y no constituían, por ello, uno de los rasgos específicos de la misma. La Comisión podía legítimamente excluir tales impuestos del examen de la compatibilidad de esa ayuda con el mercado interior.

Cabe destacar que el argumento de la sociedad TF1 estaba basado en la jurisprudencia de los tribunales europeos, según la cual el examen de la compatibilidad de la medida en causa ha de ser efectuado respecto de todas las modalidades de la ayuda y respecto del conjunto de las disposiciones del Tratado, por cuanto la

⁴⁴ *Ibid.*, apartado 26. V. también la sentencia de 25 de junio de 1970, Francia/Comisión, 47/69, Rec, EU:C:1970:60, apartados 17, 20 y 21.

⁴⁵ Sentencia de 16 de octubre de 2013, TF1/Comisión, T-275/11, EU:T:2013:535.

Comisión no puede declarar compatible con el mercado común una ayuda de Estado que, debido a alguna de sus modalidades, infringe otras disposiciones del Tratado⁴⁶. Es importante tener en cuenta que, con posterioridad a la decisión impugnada, la Comisión había incoado un procedimiento por incumplimiento contra Francia⁴⁷, en relación con la compatibilidad de uno de estos dos nuevos impuestos, el impuesto sobre las comunicaciones electrónicas, con la directiva relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas⁴⁸. La toma en consideración de este impuesto como modo de financiación de la ayuda habría podido tener como consecuencia la imposibilidad de la declaración de compatibilidad de la ayuda en cuestión. Este mismo aspecto ha sido abordado en la sentencia de 11 de julio de 2014, *Telefónica/Comisión*⁴⁹, así como en la reciente sentencia *DTS Distribuidora de Televisión Digital/Comisión*⁵⁰, en virtud de la cual el Tribunal de Justicia ha amparado el nuevo régimen de financiación de Radio Televisión Española, adoptado en 2009⁵¹.

2. Origen estatal de la ayuda

Una vez determinada la existencia de una ventaja económica como consecuencia de la medida nacional examinada, el artículo 107, apartado 1, TFUE, exige, en segundo lugar, que dicha ventaja provenga de los poderes públicos, ya sean estatales o regionales. Para constatar la existencia de una ayuda de Estado debe acreditarse un vínculo suficientemente directo entre, por una parte, la ventaja concedida al beneficiario y, por otra, una mengua del presupuesto público, incluido aquí un riesgo económico suficientemente concreto de cargas que gravan al mismo⁵².

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito subjetivo de la noción de ayuda se divide a su vez en dos condiciones. Por una parte, para que una ventaja pueda ser calificada de ayuda en el sentido del Tratado, es

⁴⁶ V., además, sentencias de 19 de septiembre de 2000, *Alemania/Comisión*, C-156/98, Rec, EU:C:2000:467, apartado 78; de 3 de mayo de 2001, *Portugal/Comisión*, C-204/97, Rec, EU:C:2001:233, apartado 41, y de 15 de abril de 2008, *Nuova Agricast*, C-390/06, Rec, EU:C:2008:224, apartado 50.

⁴⁷ Sentencia de 27 de junio de 2013, *Comisión/Francia*, C-485/11, EU:C:2013:427, véase también el comunicado de prensa núm. 78/13.

⁴⁸ Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 108, p. 21).

⁴⁹ Sentencia de 11 de julio de 2014, *Telefónica de España y Telefónica Móviles España/Comisión*, T-151/11, Rec, EU:T:2014:631, apartados 95 y siguientes.

⁵⁰ Sentencia de 10 de noviembre de 2016, *DTS Distribuidora de Televisión Digital/Comisión*, C-449/14 P, EU:C:2016:848.

⁵¹ Véase la Decisión 2011/1/UE de la Comisión, de 20 de julio de 2010, relativa al régimen de ayudas C-38/09 (ex NN 58/09) que España tiene previsto ejecutar en favor de la Corporación de Radio y Televisión Española (RTVE) (DO 2011, L 1, p. 9).

⁵² Véase, en este sentido, la sentencia *Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión y otros y Comisión/Francia y otros*, C-399/10 P y C-401/10 P, EU:C:2013:175, apartado 109.

necesario que sea otorgada directa o indirectamente mediante fondos estatales. Por otra parte, que sea imputable al Estado⁵³.

2.1. *Sobre la utilización de recursos del Estado*

La noción de «recursos del Estado» comprende todos los medios económicos que las autoridades públicas pueden efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio del Estado. Por consiguiente, aun cuando las sumas correspondientes a la medida que se discute no estén de manera permanente en poder de la Hacienda Pública, el hecho de que permanezcan constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, basta para que se las califique como fondos estatales⁵⁴. Así ocurre cuando, mediante el ejercicio de su influencia dominante sobre las empresas públicas, el Estado puede perfectamente orientar la utilización de los recursos de éstas para financiar, en su caso, la concesión de ventajas específicas a otras empresas.

El Tribunal de Justicia ha debido dar respuesta fundamentalmente a la cuestión de saber si el carácter público de la ayuda exige que los poderes públicos hayan llevado a cabo una transferencia efectiva de fondos o si bien es suficiente que las autoridades públicas hayan adoptado cualquier medida que coloque a una empresa en una posición más ventajosa respecto a sus competidores. El principal problema interpretativo que se plantea a este respecto concierne aquellas medidas en las que el Estado decide la concesión de un beneficio económico sin implicar sus propios recursos para su financiación⁵⁵. Y es que, conforme a la jurisprudencia constante, de los propios términos del artículo 107 TFUE y de las reglas de procedimiento establecidas por el artículo 108 TFUE, se deduce que las ventajas concedidas por otros medios que no sean fondos estatales no están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones de que se trata⁵⁶.

⁵³ Véase la sentencia *Association Vent De Colère y otros*, C-262/12, EU:C:2013:851, apartado 16 y la jurisprudencia citada.

⁵⁴ Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Doux Élevage y Coopérative agricole UKL-ARREE*, C-677/11, Rec, EU:C:2013:348, apartado 35.

⁵⁵ Por lo que respecta al concepto de fondos estatales, cabe recordar que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 107 TFUE, apartado 1, comprende todos los medios económicos que las autoridades públicas pueden efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio del Estado. Por consiguiente, aun cuando las sumas correspondientes a la medida que se discute no estén de manera permanente en poder de las autoridades públicas, el hecho de que permanezcan constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, basta para que se las califique de fondos estatales (véanse, en este sentido, la sentencia de 15 de enero de 2013, *Aiscat/Comisión*, T-182/10, Rec, EU:T:2013:9 y la jurisprudencia citada).

⁵⁶ Sentencia de 19 de marzo de 2013, *Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión*, C-399/10 P y C-401/10 P, Rec, EU:C:2013:175, apartado 99.

La jurisprudencia *PreussenElektra*⁵⁷ es, con probabilidad, la más frecuentemente invocada a este respecto. Este asunto concernía una normativa nacional alemana en virtud de la cual las empresas regionales de distribución de electricidad estaban obligadas a comprar a precios mínimos establecidos la electricidad producida en su zona de suministro a partir de fuentes de energía renovables y obligaba, además, a los suministradores de electricidad procedente de fuentes convencionales situados en un nivel de distribución anterior a compensar parcialmente a las empresas de distribución por los costes adicionales derivados de esa obligación de compra. No resultaba contestado, por tanto, que la medida tuviese como efecto situar a las empresas de energía renovable en una situación ventajosa. Ahora bien, se cuestionaba si la normativa podía ser calificada de ayuda pública en el sentido del Tratado, pues no quedaba patente la existencia de fondos de origen público.

El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 13 de marzo de 2001, estimó que la obligación descrita no suponía ninguna transferencia directa o indirecta de recursos estatales a las empresas productoras de electricidad ecológica. En particular, según el tribunal, el reparto de la carga financiera derivada para estas empresas privadas suministradoras de electricidad de dicha obligación de compra entre ellas y otras empresas privadas tampoco constituía una transferencia directa o indirecta de recursos estatales. El hecho de que la obligación de compra estuviese impuesta por la ley alemana y confiriera una ventaja indiscutible a determinadas empresas no le confería en sí mismo el carácter de ayuda de Estado en el sentido del artículo 107, apartado 1, TFUE⁵⁸.

Gran parte de los asuntos planteados en los últimos años ante la jurisdicción europea conciernen la aplicación de este parecer del Tribunal de Justicia. Procede destacar las siguientes resoluciones.

La sentencia de 13 de enero de 2013, *Aiscat*⁵⁹, versaba sobre una medida con arreglo a la cual el Estado italiano impuso a un concesionario de autopistas un aumento de sus tarifas de peaje a fin de financiar la construcción de un nuevo tramo de autopista. El Tribunal General descartó la existencia de una ayuda de Estado en la medida en que las cantidades correspondientes al producto del incremento del peaje se transferían, directa y exclusivamente, entre sociedades privadas, sin que ningún organismo público adquiriera sobre ellas la posesión o el control, ni siquiera con carácter temporal⁶⁰.

La sentencia de 30 de mayo de 2013, *Doux élevage SNC et Coopérative agricole*⁶¹, concernía la legalidad de una resolución de las autoridades nacionales

⁵⁷ Sentencia de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec, EU:C:2001:160.

⁵⁸ *Ibid.*, apartados 59 a 61.

⁵⁹ Sentencia de 15 de enero de 2013, *Aiscat/Comisión*, T-182/10, Rec, EU:T:2013:9.

⁶⁰ *Ibid.*, apartado 105.

⁶¹ Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Doux Élevage y Coopérative agricole UKL-ARREE*, C-677/11, Rec, EU:C:2013:348.

francesas que extendía obligatoriamente, a todos los profesionales del ramo agrícola de la cría de pavo, un acuerdo celebrado en el seno de la organización interprofesional representativa de dicho ramo, que establecía una cotización para financiar acciones comunes decididas por la propia organización. El Tribunal de Justicia descartó la existencia de una ayuda de Estado al considerar que era la organización interprofesional quien decidía acerca de la utilización de las cotizaciones y que estas últimas se dedicaban por completo a objetivos determinados por ella misma. Tales recursos no se encontraban en ningún momento bajo control público y tampoco estaban a disposición de las autoridades estatales.

Por medio de auto de 22 de octubre de 2014, *Elcogás*⁶², el Tribunal de Justicia dio respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español relativa a la interpretación del artículo 107, apartado 1, TFUE, en el marco de un litigio entre Elcogás, S.A. y la Administración del Estado e Iberdrola, S.A., acerca de las medidas de financiación de las que se había beneficiado el primero. Cabe señalar que Elcogás era la sociedad titular de una central de producción térmica de energía eléctrica generada mediante la gasificación de carbón y otros combustibles alternativos. Dado que la tecnología utilizada originaba unos sobrecostos económicos elevados a los que no podía hacer frente sólo con los ingresos obtenidos por la venta de la electricidad que generaba, Elcogás disfrutaba de un régimen de financiación singular. El litigio a nivel nacional surgió en el momento en que se suprimió este régimen de financiación. Es importante destacar, por otro lado, que la tarifa final aplicada a los consumidores de energía eléctrica y a los usuarios de redes de transporte y de distribución se componía de una partida que, junto con el precio de la energía, servía para retribuir tanto la energía suministrada y la utilización de las redes a las empresas del sector eléctrico como los demás «costes permanentes del sistema», entre los que figuraba la aportación a Elcogás. Por otro lado, el «fondo común» financiado por los consumidores de energía eléctrica y usuarios de las redes se distribuía *a posteriori* mediante un mecanismo de liquidación de pagos. Para ello, la Comisión Nacional de la Energía (CNE) percibía esos fondos, y calculaba y liquidaba, conforme a los criterios que derivaban de las normas vigentes, las cantidades que correspondían a cada beneficiario del sistema, en particular, a Elcogás. En su cuestión, el Tribunal Supremo puntualizó que la CNE no disponía a ese efecto de ninguna potestad discrecional para la distribución de esos fondos.

En su resolución, el Tribunal de Justicia estimó que, tal y como ya había juzgado en su sentencia de 19 de diciembre de 2013, *Association Vent De Colère*⁶³, un mecanismo de compensación de los sobrecostos cuya financiación recae en

⁶² Auto de 22 de octubre de 2014, *Elcogás*, C-275/13, EU:C:2014:2314.

⁶³ Sentencia de 19 de diciembre de 2013, *Vent De Colère* y otros, C-262/12, Rec, EU:C:2013:851, apartados 28 y 37.

todos los consumidores finales de electricidad en el territorio nacional, con arreglo al cual las sumas recaudadas de esa forma se reparten y distribuyen a las empresas beneficiarias, conforme a la legislación del Estado miembro, por una entidad pública, debe considerarse una intervención del Estado o mediante fondos estatales en el sentido del artículo 107, apartado 1, TFUE. El Tribunal de Justicia distinguió, además, el mecanismo en cuestión del examinado en el marco del asunto *PreussenElektra*. A este respecto constató que, a diferencia del asunto principal en el asunto que dio lugar a la sentencia *PreussenElektra*, en primer lugar las empresas privadas únicamente tenían una obligación de compra utilizando sus propios recursos financieros⁶⁴. En segundo lugar, los fondos de que se trataba no podían considerarse fondos estatales, ya que en ningún momento estaban bajo control público y no existía ningún mecanismo, creado y regulado por el Estado miembro, de compensación de los sobrecostes que soportaban empresas privadas mediante el cual el Estado garantizase a éstas la cobertura de dichos sobrecostes⁶⁵.

La conclusión del Tribunal de Justicia en los asuntos *Association Vent De Colère* y *Elcogás*, por un lado, en los que se confirmó la existencia de una ayuda, y en los asuntos *PreussenElektra* y *Doux élevage*, en los que se negó la existencia de una ayuda, ponen de manifiesto cómo los Estados miembros se encuentran más expuestos a las obligaciones del régimen de ayudas de Estado cuando deciden diseñar mecanismos de compensación con intervención de entidades públicas, en lugar de dejar estos aspectos a la libre definición y ejecución de los agentes privados del sector⁶⁶.

Por último, en la sentencia de 14 de enero de 2015⁶⁷, *Eventech*, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre una cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeals inglesa relativa a la interpretación del artículo 107, apartado 1, TFUE. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre las sociedades Eventech y Parking Adjudicators en relación con la legalidad de una política aplicada por el organismo público Transport for London y por la mayoría de los distritos de Londres, consistente en autorizar a los taxis de esta ciudad a circular por la mayor parte de los carriles bus durante las horas en que se aplicaban las limitaciones de circulación relativas a dichos carriles, prohibiendo al mismo tiempo circular por éstos a los vehículos de turismo con conductor, salvo para recoger y dejar a pasajeros que hubiesen reservado previamente un vehículo de este tipo. La sociedad Eventech alegó que la ventaja económica en cuestión se confería mediante fondos estatales, por una parte, por concederse a los taxis londinenses un acceso prefe-

⁶⁴ V., en ese sentido, la sentencia *Essent Netwerk Noord* y otros, EU:C:2008:413, apartado 74.

⁶⁵ Véase en ese sentido la sentencia *Association Vent De Colère*! y otros, EU:C:2013:851, apartado 36.

⁶⁶ DERENNE, J. y DOMEQ, M.; Key Developments in State Aid Law, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, vol. 7, núm. 2, p. 136.

⁶⁷ Sentencia de 14 de enero de 2015, *Eventech*, C-518/13, Rec, EU:C:2015:9.

rente a un bien del Estado sin imputarles ninguna carga económica y, por otra, porque la política relativa a los carriles destinados a los autobuses exoneraba a esos taxis de la obligación de pagar multas u otras sanciones por el uso de tales carriles. En esencia, el Tribunal de Justicia señaló que, dado que las vías de tráfico rodado de que se trataba no eran objeto de ninguna explotación por parte de las autoridades, los poderes públicos no renunciaban a ingresos que habrían podido percibir de no existir semejante política⁶⁸. El Tribunal de Justicia añadió que, cuando un Estado, con el fin de perseguir la realización de un objetivo previsto por la normativa de ese Estado (como un sistema de transporte seguro y eficaz), concede a los usuarios de una infraestructura pública que no se explota económicamente por las autoridades públicas un derecho de acceso preferente a la misma, no confiere necesariamente una ventaja económica a efectos del artículo 107, apartado 1, TFUE⁶⁹.

2.2. *El requisito de la imputabilidad*

Por lo que se refiere al requisito de la imputabilidad al Estado, procede recordar que, conforme a la jurisprudencia *Stardust Marine*⁷⁰, no puede interpretarse que dicha imputabilidad se deduzca del mero hecho de que la medida haya sido adoptada por una empresa pública controlada por el Estado. En efecto, aunque el Estado pueda controlar una empresa pública y ejercer una influencia dominante sobre sus operaciones, no es posible dar por supuesto automáticamente el ejercicio efectivo de dicho control en un caso concreto. Resulta pues necesario analizar además si es procedente la conclusión de que las autoridades públicas intervinieron de algún modo en la adopción de dicha medida.

A este respecto, la imputabilidad al Estado de una medida de ayuda adoptada por una empresa pública puede deducirse de un conjunto de indicios⁷¹, como por ejemplo la integración de la empresa en la estructura de la Administración Pública, la naturaleza de sus actividades y el hecho de desarrollarlas en el mercado compitiendo normalmente con empresas privadas, el estatuto jurídico de la empresa, regida por el Derecho público o por el Derecho de sociedades común, la intensidad de la tutela que ejercen las autoridades públicas sobre la gestión de la empresa, o cualquier otro indicio de la intervención de las autoridades públicas en el caso concreto de que se trate o de lo improbable de su falta de intervención en la adopción de la medida, habida cuenta igualmente del alcance de ésta, de su contenido o de las condiciones que establezca⁷².

⁶⁸ *Ibid.*, apartados 43 a 44.

⁶⁹ *Ibid.*, apartado 48.

⁷⁰ Véase, en este sentido, la sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión, C-482/99, Rec, EU:C:2002:294, apartados 50 a 52.

⁷¹ *Ibid.*, apartados 53 y 55.

⁷² *Ibid.*, apartados 56 y 57.

En su sentencia de 17 de septiembre de 2014, *Commerz Nederland/Havenbedrijft Rotterdam*⁷³, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre el requisito de la imputabilidad en el marco de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal nacional holandés. El asunto a nivel nacional concernía una serie de garantías concedidas al banco Commerz Nederland por parte de una empresa pública en contravención de las normas internas que la regían. En particular, dichas garantías fueron concedidas por el administrador único de la empresa portuaria perteneciente a la municipalidad de Rotterdam (Países Bajos) a favor de sociedades terceras. Según el tribunal nacional, el administrador actuó de forma arbitraria, ocultó deliberadamente su concesión e incumplió los estatutos de la empresa pública al no solicitar previamente la aprobación del Consejo de Vigilancia de esta última. Además, el tribunal nacional partió del hecho de que, en caso de conocimiento, la municipalidad de Rotterdam se habría opuesto a la concesión de las garantías. En este contexto, la cuestión prejudicial planteada trataba de dilucidar si las circunstancias de este asunto podían excluir la condición de la imputación al Estado. En su decisión, el Tribunal de Justicia señaló que, si bien las circunstancias descritas habían de ser tenidas en cuenta a la hora de examinar este asunto, por sí solas no excluían la imputabilidad de la administración pública. Según el Tribunal de Justicia, la efectividad de las normas en materia de ayudas estatales podría verse considerablemente mermada si su aplicación pudiera excluirse por el mero hecho de que el administrador de una empresa pública hubiera incumplido los estatutos de ésta⁷⁴.

3. La condición de la selectividad

Resulta de reiterada jurisprudencia que el artículo 107, apartado 1, TFUE, exige que se determine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida nacional puede favorecer a una «empresa» o, al menos, a un «grupo de empresas individualizables» en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen⁷⁵.

De entrada, cabe señalar que, como se desprende de los términos «determinadas empresas», la aplicación del artículo 107, apartado 1, TFUE, exige que la

⁷³ Sentencia de 17 de septiembre de 2014, *Commerz Nederland*, C-242/13, Rec, EU:C:2014:2224.

⁷⁴ Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Wathelet en el asunto *Commerz Nederland*, C-242/13, Rec, EU:C:2014:308, apartados 90 y 91.

⁷⁵ Véanse las sentencias de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Comisión*, C-88/03, Rec, EU:C:2006:511, apartado 54, y la jurisprudencia citada, y de 15 de noviembre de 2011, *Comisión y España/Gobierno de Gibraltar y Reino Unido*, C-106/09 P y C-107/09 P, Rec, EU:C:2011:732, apartado 75, y la jurisprudencia citada; sentencia de 22 de enero de 2013, *Salzgitter/Comisión*, T-308/00 RENV, apartado 116.

medida nacional beneficie a una empresa, es decir, a una entidad que ejerce una actividad económica, independientemente de su forma jurídica y de su modo de funcionamiento⁷⁶. A este respecto, en las sentencias *Ferracci/Comisión* y *Scuola Maria Montessori/Comisión*⁷⁷, el Tribunal General ha debido pronunciarse sobre la cuestión de saber, entre otras, si las entidades eclesiásticas en Italia desarrollan una labor económica en el mercado y pueden ser consideradas por tanto como empresas en el sentido del Tratado. Asimismo, en la sentencia de 12 de septiembre de 2013, *RFA/Comisión*⁷⁸, el Tribunal General estimó que ciertas organizaciones de protección del medioambiente constituían empresas a efectos de aplicación del Tratado, en contra de los argumentos de la República Federal Alemana, que sostenía que dichas organizaciones perseguían fundamentalmente objetivos de interés general y no tenían un ánimo lucrativo.

Por lo que se refiere propiamente a la cuestión de saber si una medida nacional favorece a determinadas empresas, debe observarse que la exigencia de selectividad diverge según que la medida en cuestión se prevea como un régimen general de ayuda o como una ayuda individual. En este último caso, la identificación de la ventaja económica permite, en principio, presumir su selectividad. En cambio, al examinar un régimen general de ayuda, es necesario identificar si la medida en cuestión, a pesar de constatar que procura una ventaja de alcance general, lo hace en beneficio exclusivo de determinadas empresas o de determinados sectores de actividad⁷⁹.

La definición del régimen jurídico pertinente, considerado el «marco de referencia», reviste especial importancia en el caso de las medidas fiscales, puesto que la propia existencia de una ventaja sólo puede apreciarse en relación con una imposición considerada «normal». Por tanto, para apreciar si una medida fiscal tiene carácter selectivo, es necesario examinar si, habida cuenta del marco de referencia, dicha medida constituye una ventaja para determinadas sociedades en comparación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable⁸⁰. Sin embargo, aunque exista en el marco de referencia una diferencia de trato entre situaciones fácticas y jurídicas comparables, según jurisprudencia reiterada, el concepto de ayuda de Estado no se refiere a las medidas estatales que establecen una diferenciación entre empresas, y que, en consecuencia, son *a priori* selectivas, cuando esta diferenciación resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema de cargas en el que se inscriben.

⁷⁶ Sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec, EU:C:1991:161.

⁷⁷ Sentencias de 15 de septiembre de 2016, Ferracci/Comisión, T-219/13, EU:T:2016:485 y Scuola Elementare Maria Montessori/Comisión, T-220/13, no publicada, EU:T:2016:484.

⁷⁸ Sentencia de 12 de septiembre de 2013, Alemania/Comisión, T-347/09, EU:T:2013:418, apartados 35 a 43.

⁷⁹ Sentencia C-15/14, apartado 60.

⁸⁰ Sentencia Portugal/Comisión, citada en el apartado 29 *supra*, apartado 56.

De lo anterior resulta que la calificación de una medida fiscal nacional como «selectiva» presupone, en un primer momento, la identificación y el examen previos del régimen fiscal general o «normal» aplicable en el Estado miembro de que se trate. A la luz de este régimen fiscal general o «normal» debe apreciarse, en un segundo momento, el eventual carácter selectivo de la ventaja otorgada por la medida fiscal de que se trate, asegurándose de que dicha medida supone una excepción al referido régimen general en la medida en que introduce distinciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal de dicho Estado miembro, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable⁸¹. En su caso, en un tercer momento, procederá examinar si el Estado miembro de que se trate ha logrado demostrar que la medida está justificada por la naturaleza o la estructura del sistema en el que se inscribe⁸².

En sus sentencias de 7 de noviembre de 2014⁸³, *Autogrill SA/Comisión y Banco Santander y Stantusa/Comisión*, el Tribunal General anuló la decisión de la Comisión que declaraba una disposición de la Ley española del Impuesto de Sociedades como ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior⁸⁴. Dicha disposición establecía que cuando una empresa que tributara en España adquiriera una participación de, al menos, el 5 % en una sociedad extranjera y la mantuviera de manera ininterrumpida durante al menos un año, el fondo de comercio resultante de esta adquisición de participación podía deducirse, en forma de amortización, de la base imponible del impuesto sobre sociedades que debiera pagar esa empresa⁸⁵. La ley precisaba que, para tener la consideración de sociedad extranjera, una sociedad debía estar sujeta a un impuesto similar al impuesto aplicable en España, y sus ingresos debían proceder principalmente de la realización de actividades empresariales en el extranjero. Cabe señalar que, en principio, según el Derecho tributario español, la adquisición por una empresa que tributa en España de una participación en una sociedad establecida en España no permite contabilizar por separado, a efectos fiscales, el fondo de comercio resultante de

⁸¹ Sentencia de 7 de marzo de 2012, *British Aggregates/Comisión*, T-210/02 RENV, apartado 49.

⁸² Sentencia Portugal/Comisión, citada en el apartado 29 *supra*, apartado 53.

⁸³ Sentencias de 7 de noviembre de 2014, *Autogrill España/Comisión*, T-219/10, Rec, EU:T:2014:939 y *Banco Santander y Santusa/Comisión*, T-399/11, Rec, EU:T:2014:938.

⁸⁴ V. Decisión 2011/5/CE, de 28 de octubre de 2009, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C-45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España (DO 2011, L 7, p. 48). Decisión 2011/282/UE, de 12 de enero de 2011, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C-45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España (DO L 135, p. 1).

⁸⁵ Artículo 12, apartado 5, de la Ley española del Impuesto sobre Sociedades, introducido en dicha Ley mediante la Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de 27 de diciembre de 2001 (BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 2001, p. 50493), y recogido en el Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, de 5 de marzo de 2004 (BOE n.º 61, de 11 de marzo de 2004, p. 10951).

esta adquisición. En cambio, también según el Derecho tributario español, el fondo de comercio puede ser amortizado en caso de combinación de empresas.

El Tribunal General concluyó que la Comisión no había apreciado acertadamente la concurrencia del requisito de la selectividad en la medida examinada. En particular, según el Tribunal General, aun suponiendo que se hubiera demostrado la existencia de una excepción a un marco de referencia —que, en este asunto, la Comisión estimaba ser el régimen español general del impuesto sobre sociedades y, más concretamente, de las normas relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero contenidas en el régimen tributario—, ello no permitía por sí solo afirmar que una medida favorece a «determinadas empresas o producciones» en el sentido del Derecho de la Unión, puesto que esta medida es *a priori* accesible para cualquier empresa. De hecho, el régimen español no se dirigía a ninguna categoría particular de empresas o de producciones, sino a una categoría de operaciones económicas y su aplicación era independiente de la naturaleza de la actividad de las empresas. Además, el Tribunal General señaló que la medida controvertida no fijaba ningún importe mínimo que correspondiera al umbral mínimo del 5 % de participación adquirido y, por tanto, no reservaba, de hecho, sus ventajas a empresas que dispusiesen recursos económicos suficientes a tal efecto, al contrario de la medida controvertida en el asunto *Diputación Foral de Álava/Comisión*⁸⁶. Finalmente, el Tribunal General recordó que una medida que puede favorecer indistintamente a la totalidad de las empresas situadas en el territorio del Estado de que se trate no constituye una ayuda de Estado con arreglo al criterio de selectividad, y que la declaración del carácter selectivo de una medida debe basarse, en particular, en la diferencia de trato entre categorías de empresas sujetas a la legislación de un único Estado miembro, y no en la diferencia de trato entre las empresas de un Estado miembro y las de otros Estados miembros. El Tribunal General dedujo de ello que el hecho de que una medida favorezca a las empresas que tributan en un Estado miembro, en relación con las empresas que tributan en los demás Estados miembros, carecía de relevancia al examinar el criterio de selectividad y sólo permitía confirmar, en su caso, que la medida afectase a la competencia y a los intercambios comerciales. Las sentencias del Tribunal General fueron recurridas por la Comisión ante el Tribunal de Justicia⁸⁷, que las ha anulado recientemente.

En la sentencia de 4 de junio de 2015, *Comisión/MOL*⁸⁸, el Tribunal de Justicia rechazó el recurso de casación interpuesto por la Comisión contra la sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2013⁸⁹, en la que consideraba que el

⁸⁶ Sentencia de 9 de septiembre de 2009, *Diputación Foral de Álava y otros/Comisión*, T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01, Rec, EU:T:2009:315, apartados 161 y 162.

⁸⁷ Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/World Duty Free Group SA y otros*, C-20/15 P, EU:C:2016:981.

⁸⁸ Sentencia de 4 de junio de 2015, *Comisión/MOL*, C-15/14 P, Rec, EU:C:2015:362.

⁸⁹ Sentencia de 12 de noviembre de 2013, *MOL/Comisión*, T499/10, Rec, EU:T:2013:592.

convenio celebrado entre el Estado húngaro y la compañía petrolífera MOL sobre la explotación de yacimientos de hidrocarburos no constituía una ayuda de Estado en el sentido del Tratado. En sustancia, ambos tribunales estimaron que la combinación de este convenio con el aumento de los tipos de los cánones mineros derivado de la modificación de la Ley de Minas no había conferido una ventaja selectiva a MOL.

A título liminar, conviene señalar que MOL era una compañía petrolera y gasística húngara, encargada de extraer hidrocarburos especialmente en Hungría. En virtud de la Ley de Minas húngara, las compañías mineras autorizadas para la explotación de recursos minerales habían de abonar al Estado un canon minero por la extracción de hidrocarburos, de crudo y de gas natural. Hasta 2008, el canon minero se fijaba, en principio, en el 12 % del valor de la cantidad de minerales extraída. En septiembre de 2005, MOL solicitó la prórroga de sus derechos mineros sobre 12 yacimientos de hidrocarburos que eran objeto de autorización y en los que todavía no había comenzado la explotación. Mediante un convenio firmado en diciembre de 2005, MOL y el Estado húngaro prorrogaron cinco años la fecha límite para comenzar la explotación de estos 12 yacimientos y fijaron el canon de prórroga adeudado por dicha prórroga. En virtud de la Ley de Minas, el importe debía ser superior al del canon de base para cada uno de los cinco años; el canon minero se fijó con tipos que oscilaban entre el 12,24 y el 12,6 %. Asimismo, las partes extendieron, por un período de quince años, la aplicación de este canon a todos los yacimientos de MOL ya explotados en régimen de autorización, esto es, 44 yacimientos de hidrocarburos y 93 yacimientos de gas natural, lo que constituye un canon minero incrementado por éstos. Además, el convenio estableció el abono de un pago único de veinte mil millones de forintos húngaros (cerca de 68 millones de euros). El convenio estipulaba también que los tipos establecidos así permanecerían sin cambios durante todo ese período.

En 2007 se modificó la Ley de Minas y se aumentó el tipo del canon minero, en principio, al 30 % con efectos a partir del 8 de enero de 2008. Sin embargo, este aumento no se aplicó a los yacimientos de MOL, que seguían sujetos de conformidad con lo dispuesto en el convenio de 2005 a los tipos fijados en dicho convenio. Mediante decisión de junio de 2010⁹⁰, la Comisión estimó que la combinación del convenio de 2005 con el aumento del canon minero derivado de la modificación de la Ley de Minas favorecía a MOL en relación con sus competidores y constituía, por tanto, una ayuda de Estado incompatible con el mercado común. Por consiguiente, la Comisión instó a Hungría a recuperar de MOL dicha ayuda, cuyo importe se elevaba a cerca de 96,6 millones de euros para 2008 y a cerca de 6,6 millones de euros para 2009.

⁹⁰ Decisión 2011/88/UE sobre la ayuda estatal C-1/09 (ex NN 69/08) concedida por Hungría a MOL Nyrt. (DO 2011, L 34 p. 55).

En su sentencia, el Tribunal de Justicia ha precisado, de entrada, que la exigencia de selectividad que se deriva del artículo 107, apartado 1, TFUE, debe diferenciarse de la detección de la existencia de una ventaja económica. Por ello, al examinar un régimen general de ayuda, es necesario identificar si la medida en cuestión, a pesar de que, a primera vista, procura una ventaja de alcance general, no lo hace en realidad en beneficio exclusivo de determinadas empresas. A continuación, el Tribunal de Justicia ha afirmado que el Tribunal General se ajustó a Derecho al declarar que el mero hecho de que las autoridades húngaras dispusiesen de un margen de apreciación, definido por la Ley y limitado, para determinar el tipo del canon de prórroga no era suficiente para acreditar que determinadas empresas podían obtener de ello una ventaja selectiva. En efecto, este margen de apreciación servía para ponderar una carga adicional impuesta a los operadores económicos para tener en cuenta los imperativos que se desprenden del principio de igualdad de trato y se distinguía, por esta razón, de los casos en que el ejercicio de tal margen se encontraba vinculado a la concesión de una ventaja en favor de un operador económico determinado. Sólo habría sido selectivo si las autoridades húngaras hubieran ejercido su margen de apreciación para favorecer a MOL aceptando un nivel de canon bajo sin razón objetiva, teniendo en cuenta la finalidad del incremento de los cánones en caso de prórroga de autorización y en detrimento de cualquier otro operador que haya intentado prorrogar sus derechos mineros o, a falta de tal operador, en presencia de indicios concretos de la existencia de un trato favorable injustificado reservado a MOL⁹¹. El Tribunal de Justicia desestimó igualmente el motivo de anulación formulado por la Comisión, según el cual, al considerar que la existencia de criterios objetivos excluye necesariamente todo carácter selectivo, el Tribunal General había vulnerado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el hecho de basarse en criterios objetivos para determinar si ciertas empresas entran en el ámbito de aplicación de una medida nacional no lleva necesariamente a concluir que no exista selectividad⁹². Por último, cabe señalar que, según el Tribunal de Justicia, cuando un Estado celebra con un operador económico un convenio que no implica un elemento de ayuda estatal en el sentido del artículo 107 TFUE, el hecho de que, posteriormente, las condiciones ajenas a tal convenio cambien de modo que el operador en cuestión se encuentre en una posición ventajosa, en relación con otros operadores que no hayan celebrado un convenio similar, no es suficiente para que, considerados globalmente, el convenio y la modificación posterior de las condiciones ajenas a éste puedan considerarse como constitutivos de una ayuda estatal⁹³.

Por último, conviene referirse a un asunto que ha tenido una repercusión particular por lo que se refiere al Reino de España. Se trata de la sentencia *España y*

⁹¹ Apartado 66.

⁹² Véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de febrero de 2003, *España/Comisión*, C-409/00, EU:C:2003:92, apartado 49, y de 20 de noviembre de 2003, *GEMO*, C-126/01, EU:C:2003:622, apartados 35 y 39.

⁹³ Apartado 89.

*otros/Comisión*⁹⁴, en la que el Tribunal General anuló la decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013, por la que se declaraba que determinadas medidas incluidas en el sistema español de arrendamiento fiscal (SEAF), conocido comúnmente como «tax lease», aplicable a la industria naviera, eran constitutivas de ayuda de Estado ilegal e incompatible con el mercado interior. Conviene recordar que, tal y como se desprende de la sentencia, el SEAF era un sistema que permitía financiar, mediante una estructura jurídica y financiera específica, la construcción de buques marítimos por los astilleros (vendedores) y su adquisición por las empresas navieras (compradoras) con un descuento sobre el precio del buque. La estructura jurídica y financiera era organizada por un banco que se situaba entre la empresa naviera y el astillero. En la venta del buque por el astillero a la empresa naviera, el banco hacía intervenir a dos intermediarios, a saber, una sociedad de *leasing* (arrendamiento financiero) y una agrupación de interés económico (AIE). La sociedad de *leasing* reemplazaba a la empresa naviera en la compra del buque. El banco creaba una AIE y vendía las acciones a inversores que deseaban obtener ventajas fiscales (reducciones de su base imponible). La AIE se comprometía, mediante un contrato de *leasing*, a comprar el buque a su precio bruto a la sociedad de *leasing*, precio que ésta transfería al astillero. A continuación, la AIE revendía el buque a la compañía naviera, mediante un contrato de fletamento a casco desnudo con opción de compra, pero sólo le cobraba el precio neto que incluía el descuento otorgado inicialmente a la empresa naviera. Este sistema fue denunciado ante la Comisión, en tanto contrario a las disposiciones de competencia del Tratado, por varios competidores de los astilleros españoles.

En su decisión, el Tribunal General estimó, en sustancia, que no concurría el requisito del carácter selectivo del régimen, ya que cualquier operador sujeto al impuesto sobre sociedades español podía acceder a la ventaja, mediante la participación en una AIE, a pesar de la existencia de un sistema de autorización administrativa. A este respecto, el tribunal afirmó que cuando se otorga, en idénticas condiciones, una ventaja a cualquier empresa que efectúe un cierto tipo de inversión que puede ser realizado por cualquier operador, esa ventaja tiene carácter general con respecto a esos operadores y no constituye una ayuda estatal en beneficio de estos últimos. Asimismo, pese a la existencia de un sistema de autorización del que se afirma que contenía elementos discrecionales, cualquier inversor que decidiera participar en las operaciones del SEAF destinadas a financiar buques de navegación marítima mediante la compra de participaciones en las AIE constituidas por los bancos podía obtener las ventajas de que se trata en idénticas condiciones. Además, el Tribunal General que consideró, incluso en el supuesto de que la decisión impugnada pudiera interpretarse en el sentido de que los inversores desarrollaban, a través de las AIE constituidas a efectos del SEAF, las actividades específicas de estas últimas, dicha decisión adolecería a este respecto de

⁹⁴ Sentencia de 17 de diciembre de 2015, España y otros/Comisión, T-515/13 y T-719/13, EU:T:2015:1004.

una falta de motivación o incluso de una motivación contradictoria. Por último, el Tribunal General constató la falta de motivación de la decisión impugnada por lo que se refería a los requisitos relativos a la distorsión de la competencia y a la afectación de los intercambios entre los Estados miembros.

4. La afectación de los intercambios intracomunitarios y de la competencia

Según la regla del artículo 107, apartado 1, TFUE, las ayudas de Estado son incompatibles con el mercado común solo en la medida en que distorsionan la competencia, o amenazan con hacerlo, y afectan al comercio entre los Estados miembros. Por tanto, solamente las ayudas de Estado que reúnen estas dos condiciones pueden ser declaradas incompatibles con el mercado común. No obstante, con arreglo al reglamento n.º 1407/2013⁹⁵, se considera que las ayudas que no superen el límite de 200.000 euros en un período de tres años no afectan a los intercambios entre Estados miembros y ni falsean ni amenazan con falsear la competencia. Tales medidas no están incluidas en el concepto de ayudas de Estado y, por consiguiente, no están sometidas a la obligación de notificación prevista en el artículo 108 TFUE, apartado 3.

De acuerdo con la jurisprudencia reciente, la condición relativa a la afectación del comercio entre los Estados miembros queda probada cuando la medida de ayuda afecta al turismo internacional⁹⁶ o cuando beneficia a una empresa que presta servicios en varios Estados miembros de la Unión⁹⁷. No obstante, ha de recordarse que no es necesario que la empresa beneficiaria participe en los intercambios intracomunitarios. En efecto, cuando un Estado miembro concede una ayuda a una empresa, la actividad interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión. Además, el fortalecimiento de una empresa que, hasta entonces, no participaba en los intercambios intracomunitarios puede colocarla en una situación que le permita penetrar en el mercado de otro Estado miembro⁹⁸.

En otro orden, cuando la empresa beneficiaria de las ayudas ilegales está en situación concursal y se ha constituido una nueva sociedad con objeto de conti-

⁹⁵ Reglamento (UE) n.º 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* (DO L 352, p. 1).

⁹⁶ Sentencia de 12 de septiembre de 2013, Alemania/Comisión, T-347/09, EU:T:2013:418, apartado 69.

⁹⁷ Sentencia de 16 de septiembre de 2013, British Telecommunications/Comisión, T-226/09 y T-230/09, EU:T:2013:466, apartado 173.

⁹⁸ Sentencia de 8 de mayo de 2013, Libert y otros, C-197/11 y C-203/11, Rec, EU:C:2013:288, apartado 77.

nuar las actividades de esa empresa en situación concursal, la prosecución de esa actividad sin que se hayan recuperado totalmente las ayudas de que se trate puede hacer perdurar la distorsión de la competencia causada por la ventaja competitiva de la que esa empresa disfrutó en el mercado en relación con sus competidores⁹⁹. De esa manera, una sociedad de nueva constitución, si esa ventaja persiste a su favor, puede estar obligada a la devolución de las ayudas de que se trate. Así sucede en particular si se acredita que dicha sociedad conserva el disfrute efectivo de la ventaja competitiva ligada a la obtención de las referidas ayudas, en especial cuando ésta procede a la adquisición de activos de la empresa en liquidación sin pagar en contrapartida un precio acorde con las condiciones del mercado o cuando la creación de tal sociedad tuvo el efecto de eludir la obligación de restituir esas ayudas. Así es en particular cuando el pago de un precio ajustado a las condiciones del mercado no baste para neutralizar la ventaja competitiva ligada al disfrute de las ayudas ilegales.

II. AYUDAS PÚBLICAS Y SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

Son habituales los supuestos en que, en el contexto de la liberalización de un sector económico, le es impuesta a una empresa la obligación de prestar un servicio de interés económico general (SIEG) por parte de las administraciones públicas. Uno de los problemas principales que se plantean a este respecto, y que ha centrado gran parte del debate jurídico en los últimos años por lo que se refiere al régimen de ayudas públicas, consiste en encontrar el límite exacto entre los parámetros de compensación efectiva por la prestación de dicho servicio y la concesión de una ayuda en favor de la empresa concernida. El análisis de la existencia de la ayuda depende, en buena medida, del modo de financiación de dicha contraprestación.

Para aquellos supuestos en los que la compensación por la prestación del SIEG se articula sobre la base de los presupuestos públicos, la sentencia de 24 de julio de 2014, *Altmark*¹⁰⁰, ha definido cuatro condiciones que han de ser satisfechas a fin de excluir la existencia de una ayuda en el sentido del artículo 107 TFUE. Tales condiciones son: en primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas; en segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favo-

⁹⁹ Sentencia de 24 de enero de 2013, Comisión/España, C-529/09, Rec, EU:C:2013:31, apartado 109.

¹⁰⁰ Sentencia de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Rec, EU:C:2003:415.

recer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras; en tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable relativo a la ejecución de estas obligaciones; en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia reciente, cabe destacar que los tribunales europeos han enfatizado que los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación a la hora de definir los servicios que revisten un interés económico general. Así, el Tribunal de Justicia ha considerado que no se puede excluir que los servicios de vivienda social puedan calificarse de servicio público, incluso cuando la carga social no beneficie directamente a los particulares, solicitantes de viviendas sociales, sino solamente a las empresas del sector de la vivienda social¹⁰¹. Por otro lado, en la sentencia de 16 de septiembre de 2013, *Iliad/Comisión*, el Tribunal General ha afirmado que la constatación de la existencia de un fallo de mercado, en el sentido de ausencia de servicios competitivos análogos a los prestados por la empresa encargada del SIEG, constituye una condición previa para la imposición de dicho servicio.

La mayor parte de las resoluciones adoptadas en el ámbito de los SIEG conciernen el examen de las cuatro condiciones Altmark. En este sentido, cabe destacar las sentencias de 24 de septiembre de 2015, *TV2 Danmark/Comisión*¹⁰² y *Viasat/Comisión*¹⁰³, relativas a la demanda de anulación de la decisión de la Comisión que declaraba compatible con el mercado interior el régimen de financiación de la cadena de televisión TV2. En particular, la cadena TV2, a pesar de ser la beneficiaria de la ayuda, hacía valer su interés legítimo y real en interponer el recurso contra la propia calificación de las medidas en cuestión como ayudas de Estado, por cuanto se exponía a las consecuencias de una falta de notificación,

¹⁰¹ Sentencia de 8 de mayo de 2013, *Libert y otros*, C-197/11 y C-203/11, Rec. EU:C:2013:288, apartado 88.

¹⁰² Sentencia de 24 de septiembre de 2015, *TV2/Danmark/Comisión*, T-674/11, Rec. EU:T:2015:684, recurrida ante el Tribunal de Justicia en los asuntos C-649/15 P, C-656/15 P y C-657/15 P (pendientes).

¹⁰³ Sentencia de 24 de septiembre de 2015, *Viasat Broadcasting UK/Comisión*, T-125/12, Rec. EU:T:2015:687, recurrida ante el Tribunal de Justicia en el asunto C-660/15 P (pendiente).

a saber, a la obligación de abonar al Estado los intereses por el período que duró la ilegalidad y, en su caso, a la obligación de resarcir el daño que hubieran podido sufrir sus competidores debido al carácter ilegal de la ayuda¹⁰⁴. En cuanto al fondo, el Tribunal General rechazó el argumento de TV2, según el cual la aplicación de los requisitos Altmark segundo y cuarto a circunstancias anteriores al momento de dictarse dicha sentencia constituye una aplicación retroactiva de tales requisitos y una vulneración del principio de seguridad jurídica. Una sentencia prejudicial, como la adoptada en el asunto *Altmark*, no tiene valor constitutivo, sino meramente declarativo, con la consecuencia de que produce sus efectos, en principio, a partir de la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada. Por su parte, la sentencia *Viasat* es relevante, puesto que clarifica que el objeto de los requisitos Altmark es responder a la pregunta de cuándo se presta en condiciones normales de mercado un servicio de interés económico general a fin de determinar la existencia de una ventaja económica y una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107, apartado 1, TFUE, y no, como sostenía la demandante, a la cuestión de cuándo una ayuda es compatible con el mercado común en virtud del artículo 106, apartado 2, TFUE¹⁰⁵.

III. LA RECUPERACIÓN DE LAS AYUDAS ILEGALES

De acuerdo con el artículo 108, apartado 3, TFUE, la Comisión deberá ser informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas de Estado con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones, no pudiendo el Estado miembro interesado ejecutar la medida proyectada hasta que la Comisión adopte una decisión definitiva en cuanto a la misma. Toda ayuda que se ejecute en violación de este artículo será ilegal desde la perspectiva del Derecho de la Unión. Así lo establece expresamente el reglamento n.º 2015/1589, según el cual se considera ilegal cualquier nueva ayuda que se lleve a efecto contraviniendo lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 108 del Tratado. El concepto de ayuda ilegal engloba, por consiguiente, tanto las ayudas ejecutadas sin previa notificación, como aquellas que, habiendo sido notificadas oportunamente a la Comisión, se ejecutan sin la preceptiva autorización de la misma.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 16 del reglamento n.º 2015/1589, cuando se adopten decisiones negativas en casos de ayuda ilegal, la Comisión decidirá que el Estado miembro interesado tome todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda. La Comisión no exigirá la recuperación, de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho de la Unión. Además, la ayuda recuperable, con arreglo a la decisión de

¹⁰⁴ V. sentencia de 12 de febrero de 2008, CELF y Ministre de la Culture et de la Communication, C-199/06, Rec, EU:C:2008:79, apartados 52 y 53.

¹⁰⁵ *Ibid.*, apartado 57.

recuperación, devengará intereses calculados a un tipo adecuado que fije la Comisión. Los intereses se devengarán desde la fecha en que la ayuda ilegal estuvo a disposición del beneficiario hasta la fecha de su recuperación. Sin perjuicio de lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda disponer, de conformidad con el artículo 278 del TFUE, la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Para ello y en caso de procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los Estados miembros de que se trate tomarán todas las medidas necesarias previstas en sus ordenamientos jurídicos nacionales, incluidas las medidas provisionales, sin perjuicio del Derecho de la Unión.

Entre otros, el Tribunal de Justicia ha constatado el incumplimiento en la recuperación de las ayudas en el asunto que dio lugar a la sentencia de 24 de enero de 2013, *Comisión/España*¹⁰⁶. La Comisión decidió llevar al Reino de España ante el Tribunal de Justicia por incumplimiento de una sentencia anterior que confirmaba una decisión de la Comisión, en la que estableció que la ayuda concedida al grupo Magefesa era ilegal y tenía que recuperarse. Tras haber transcurrido más de ocho años desde la sentencia del tribunal, la Comisión entendía que España tenía todavía que concluir el procedimiento de recuperación, por lo que se refería a la filial de Magefesa, Indosa, y a CMD, filial de esta última. Dado que se trataba de un recurso ante el Tribunal por incumplimiento de una sentencia anterior, la Comisión había decidido pedir al tribunal que impusiese una multa coercitiva de 131.136 € por cada día transcurrido después de la segunda sentencia hasta que se diera término a la infracción, y una suma a tanto alzado calculada a partir de 14.343 € por cada día transcurrido entre la sentencia del Tribunal General de 2002 y la segunda sentencia. Se esperaba que estos pagos actuaran de estímulo para garantizar que la ayuda ilegal de las filiales de Magefesa se recuperara rápidamente. La Decisión original de la Comisión se remontaba a 1989, en la que estableció que las garantías de préstamo, los préstamos en condiciones distintas de las del mercado, las subvenciones no reembolsables y las bonificaciones de intereses concedidas a Migasa, Gursa, Cunosa e Indosa, todas ellas filiales del grupo español de electrodomésticos Magefesa, no se ajustaban a las normas de la UE sobre ayudas estatales y pidió a España que recuperara la ayuda ilegal. Los tribunales europeos confirmaron la decisión de la Comisión en 2002.

En los asuntos *Ferracci/Comisión* y *Scuola Maria Montessori/Comisión*, precitados, los demandantes hicieron valer el error de la Comisión a la hora de constatar, en su decisión, que la República italiana no debía ordenar la recuperación de una ayuda ilegal e incompatible con el mercado común debido a un supuesto de imposibilidad absoluta. En efecto, la Comisión consideró que la información fiscal y catastral no era suficiente a efectos de determinar la naturaleza comercial o no

¹⁰⁶ Sentencia de 24 de enero de 2013, *Comisión/España*, C-529/09, Rec, EU:C:2013:31.

de las actividades ejercidas por las entidades religiosas en sus bienes inmuebles por lo que se refiere a la exoneración de que benefician estas últimas del pago del impuesto municipal italiano sobre dichos bienes. La resolución adoptada por el tribunal europeo, que confirma la apreciación de la Comisión, aporta más luz a la fuerza de esta justificación para no proceder a la recuperación de una ayuda ilegal por parte de las autoridades nacionales. En particular, el Tribunal General ha recordado que la condición de imposibilidad absoluta de ejecución no se cumple cuando el Estado miembro demandado se limita a comunicar a la Comisión las dificultades jurídicas, políticas o prácticas que suscita la ejecución de la decisión¹⁰⁷. Además, el Tribunal de Justicia, en situaciones relacionadas con la recuperación de ayudas de un gran número de empresas en conjunción con numerosos factores individuales de cálculo, ha juzgado que esas dificultades para la ejecución de las decisiones consideradas no constituyen una imposibilidad absoluta¹⁰⁸. Por último, la condición de imposibilidad absoluta de ejecución sólo concurre si las circunstancias contribuyen a crear una imposibilidad absoluta objetiva¹⁰⁹.

IV. EL SISTEMA DE CONTROL DE LAS AYUDAS. EL PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS, LA COMISIÓN Y EL JUEZ NACIONAL

En el marco de este sistema de control de las ayudas públicas, los Estados, la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales asumen obligaciones y competencias complementarias, pero distintas¹¹⁰. Así, los Estados miembros, en virtud del deber de cooperación leal con la Comisión previsto en el artículo 4, apartado 3, TUE, están obligados a comunicar a ésta los datos que le permitan pronunciarse sobre la naturaleza de ayuda de Estado de la medida considerada. La Comisión está por su parte obligada, en virtud de su deber de examen diligente e imparcial, a apreciar cuidadosamente los datos que le presente el Estado miembro. Esa obligación también es exigible a la Comisión en lo que concierne a las informaciones que le hayan comunicado los interesados¹¹¹.

Por otro lado, la sentencia de 21 de noviembre de 2013, *Deutsche Lufthansa*¹¹², define de manera nítida el papel de los tribunales nacionales en el sistema de control de las ayudas públicas. En este sentido, esta sentencia dispone que, mientras

¹⁰⁷ Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Francia, C-214/07, EU:C:2008:619, apartado 46 y la jurisprudencia citada).

¹⁰⁸ Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Comisión/Italia, C-496/09, EU:C:2011:740, apartado 29 y la jurisprudencia citada.

¹⁰⁹ Conclusiones de la Abogado General Sharpston en el asunto Comisión/Francia, C-214/07, EU:C:2008:343, punto 46 y la jurisprudencia citada.

¹¹⁰ *Ibid.*, apartado 36.

¹¹¹ Sentencia de 25 de junio de 2015, SACE y Sace BT/Comisión, T-305/13, Rec, EU:T:2015:435.

¹¹² Sentencia de 21 de noviembre de 2013, *Deutsche Lufthansa*, C-284/12, Rec, EU:C:2013:755.

que la apreciación de la compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado interior es competencia exclusiva de la Comisión, que actúa bajo el control de los órganos jurisdiccionales de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales velan, hasta la decisión definitiva de la Comisión, por la salvaguarda de los derechos de los justiciables frente a un posible incumplimiento, por parte de las autoridades estatales, de la prohibición establecida en el artículo 108, apartado 3, TFUE. De este modo, es posible que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan conocer de litigios en los que se vean obligados a interpretar y a aplicar el concepto de ayuda al que se refiere el artículo 107, apartado 1, TFUE, concretamente a efectos de determinar si una medida estatal adoptada sin observar el procedimiento de control previo del artículo 108, apartado 3, TFUE, debe o no someterse a dicho procedimiento.

La intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales se debe al efecto directo reconocido a la prohibición de ejecución de los proyectos de ayuda establecida en el artículo 108, apartado 3, tercera frase, TFUE. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha señalado que el carácter inmediatamente aplicable de la prohibición de ejecución prevista en esta disposición alcanza a toda ayuda que haya sido ejecutada sin haber sido notificada. Por su parte, los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar a los justiciables que se extraerán todas las consecuencias de la infracción del artículo 108, apartado 3, tercera frase, TFUE conforme a su Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos de ejecución como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición o a posibles medidas provisionales.

Por consiguiente, el objeto de la misión de los órganos jurisdiccionales es adoptar las medidas adecuadas para subsanar la ilegalidad de la ejecución de las ayudas, con el fin de que el beneficiario no conserve la libre disposición de éstas por el tiempo que quede hasta la decisión de la Comisión. A tal fin, cuando comprueben que la medida de que se trate constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, ejecutada infringiendo el artículo 108, apartado 3, tercera frase, TFUE, los tribunales nacionales pueden ordenar, bien la suspensión de la ejecución de dicha medida y la recuperación de los importes ya abonados, bien la adopción de medidas cautelares con el fin de proteger, por un lado, los intereses de las partes afectadas y, por otro, el efecto útil de la ulterior decisión de la Comisión.

V. OBSERVACIONES FINALES

Este estudio ha examinado las sentencias más relevantes adoptadas por los tribunales europeos desde el año 2013 en materia de ayudas de Estado. Dichas sentencias reiteran principios establecidos ya en la jurisprudencia constante, aunque también introducen aclaraciones importantes, sobre todo por lo que se refiere a la noción de ayuda en el sentido del artículo 107, apartado 1, TFUE, así como a la aplicación del régimen de ayudas públicas a los servicios de interés económico general y a la obli-

gación de recuperación de la ayuda. La mayor parte de las sentencias y de los autos adoptados en sede europea han versado, en todo caso, sobre la noción de ventaja económica, el origen público de las medidas nacionales y sobre el criterio de selectividad. Conviene no perder la pista a destacados asuntos pendientes, de considerable repercusión para el Reino de España, que habrán de ser decididos a lo largo de 2017, en particular sobre la imposibilidad absoluta en materia de la recuperación de las ayudas y el carácter selectivo de ciertos ámbitos del régimen fiscal español.

VI. JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal de Justicia

- Sentencia de 25 de junio de 1970, Francia/Comisión, 47/69, Rec, EU:C:1970:60.
- Sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec, EU:C:1991:161.
- Sentencia de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión, C-156/98, Rec, EU:C:2000:467.
- Sentencia de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra, C-379/98, Rec, EU:C:2001:160.
- Sentencia de 3 de mayo de 2001, Portugal/Comisión, C-204/97, Rec, EU:C:2001:233.
- Sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión, C-482/99, Rec, EU:C:2002:294.
- Sentencia de 13 de febrero de 2003, España/Comisión, C-409/00, EU:C:2003:92.
- Sentencia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Rec, EU:C:2003:415.
- Sentencia de 20 de noviembre de 2003, GEMO, C-126/01, EU:C:2003:622.
- Sentencia de 13 de enero de 2005, Streekgewest, C-174/02, Rec, EU:C:2005:10.
- Sentencia de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión, C-88/03, Rec, EU:C:2006:511.

- Sentencia de 12 de febrero de 2008, CELF y Ministre de la Culture et de la Communication, C-199/06, Rec, EU:C:2008:79.
- Sentencia de 15 de abril de 2008, Nuova Agricast, C-390/06, Rec, EU:C:2008:224.
- Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Gobierno de Gibraltar y Reino Unido, C-106/09 P y C-107/09 P, Rec, EU:C:2011:732.
- Sentencia de 24 de enero de 2013, Comisión/España, C-529/09, Rec, EU:C:2013:31.
- Sentencia de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión, C-73/11 P, EU:C:2013:32.
- Sentencia de 19 de marzo de 2013, Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión, C-399/10 P y C-401/10 P, Rec, EU:C:2013:175.
- Sentencia de 21 de marzo de 2013, Comisión/Buczek Automotive y Polonia, C-405/11 P, EU:C:2013:186.
- Sentencia de 8 de mayo de 2013, Libert y otros, C-197/11 y C-203/11, Rec, EU:C:2013:288.
- Sentencia de 30 de mayo de 2013, Doux Élevage y Coopérative agricole UKL-ARREE, C-677/11, Rec, EU:C:2013:348.
- Sentencia de 13 de junio de 2013, Ryanair/Comisión, C-287/12 P, EU:C:2013:395.
- Sentencia de 27 de junio de 2013, Comisión/Francia, C-485/11, EU:C:2013:427.
- Sentencia de 24 de octubre de 2013, Land Burgenland/Comisión, C-214/12 P, C-215/12 P y C-223/12 P, Rec, EU:C:2013:682.
- Sentencia de 21 de noviembre de 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, Rec, EU:C:2013:755.
- Sentencia de 19 de diciembre de 2013, Vent De Colère y otros, C-262/12, Rec, EU:C:2013:851.
- Sentencia de 20 de marzo de 2014, Rousse Industry/Comisión, C-271/13 P, EU:C:2014:175.

- Sentencia de 3 de abril de 2014, Comisión/Países Bajos e ING Groep, C-224/12 P, Rec, EU:C:2014:213.
- Sentencia de 3 de abril de 2014, Francia/Comisión, C-559/12 P, Rec, EU:C:2014:217.
- Sentencia de 4 de septiembre de 2014, SNCM/Comisión, C-533/12 P y C536/12 P, Rec, EU:C:2014:2142.
- Sentencia de 17 de septiembre de 2014, Commerz Nederland, C-242/13, Rec, EU:C:2014:2224.
- Auto de 22 de octubre de 2014, Elcogás, C-275/13, EU:C:2014:2314.
- Auto de 23 de octubre de 2014, Commerz Nederland, C-242/13, Rec, EU:C:2014:2326.
- Sentencia de 12 de diciembre de 2014, Banco Privado Português y Massa Insolvente do Banco Privado Português/Comisión, T-487/11, Rec, EU:T:2014:1077.
- Sentencia de 14 de enero de 2015, Eventech, C-518/13, Rec, EU:C:2015:9.
- Sentencia de 5 de marzo de 2015, Banco Privado Português y Massa Insolvente do Banco Privado Português, C-667/13, Rec, EU:C:2015:151.
- Sentencia de 19 de marzo de 2015, OTP Bank, C-672/13, Rec, EU:C:2015:185.
- Sentencia de 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14, Rec, EU:C:2015:354.
- Sentencia de 4 de junio de 2015, Comisión/MOL, C-15/14 P, Rec, EU:C:2015:362.
- Auto de 22 de octubre de 2015, Comisión/Grecia, C-530/14 P, EU:C:2015:727.

Conclusiones

- Conclusiones presentadas el 8 de mayo de 2014 por el Abogado General Wathelet en el asunto Commerz Nederland, C-242/13, Rec, EU:C:2014:308.

Sentencias del Tribunal General

- Sentencia de 9 de septiembre de 2009, Diputación Foral de Álava y otros/Comisión, T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01, Rec, EU:T:2009:315.
- Sentencia de 21 de mayo de 2010, Francia/Comisión, T-425/04, T-444/04, T-450/04 y T-456/04, Rec, EU:T:2010:216.
- Sentencia de 15 de enero de 2013, Aiscat/Comisión, T-182/10, Rec, EU:T:2013:9.
- Sentencia de 22 de enero de 2013, Salzgitter/Comisión, T-308/00 RENV.
- Sentencia de 2 de marzo de 2012, Países Bajos/Comisión, T-29/10 y T-33/10, Rec, EU:T:2012:98.
- Sentencia de 7 de marzo de 2012, British Aggregates/Comisión, T-210/02 RENV.
- Sentencia de 28 de marzo de 2012, Ryanair/Comisión, T-123/09, Rec, EU:T:2012:164.
- Sentencia de 20 de septiembre de 2012, Francia/Comisión, T-154/10, Rec, EU:T:2012:452.
- Sentencia de 27 de febrero de 2013, Nitrogénművek Vegyipari/Comisión, T-387/11, EU:T:2013:98.
- Sentencia de 20 de marzo de 2013, Rousse Industry/Comisión, T-489/11, EU:T:2013:144.
- Sentencia de 12 de septiembre de 2013, Alemania/Comisión, T-347/09, EU:T:2013:418.
- Sentencia de 13 de septiembre de 2013, Poste Italiane/Comisión, T-525/08, EU:T:2013:481.
- Sentencia de 16 de septiembre de 2013, British Telecommunications/Comisión, T-226/09 y T-230/09, EU:T:2013:466.
- Sentencia de 16 de octubre de 2013, TF1/Comisión, T-275/11, EU:T:2013:535.

- Sentencia de 12 de noviembre de 2013, MOL/Comisión, T-499/10, Rec, EU:T:2013:592.
- Sentencia de 11 de julio de 2014, Telefónica de España y Telefónica Móviles España/Comisión, T-151/11, Rec, EU:T:2014:631.
- Sentencia de 11 de septiembre de 2014, Grecia/Comisión, T-425/11, Rec, EU:T:2014:768.
- Sentencias de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España/Comisión, T-219/10, Rec, EU:T:2014:939 y Banco Santander y Santusa/Comisión, T-399/11, Rec, EU:T:2014:938.
- Sentencia de 25 de noviembre de 2014, Ryanair/Comisión, T-512/11, EU:T:2014:989.
- Sentencia de 5 de febrero de 2015, Aer Lingus/Comisión, T-473/12, Rec, EU:T:2015:78.
- Sentencia de 13 de mayo de 2015, Niki Luftfahrt/Comisión, T-162/10, Rec, EU:T:2015:283.
- Sentencia de 25 de junio de 2015, SACE y Sace BT/Comisión, T-305/13, Rec, EU:T:2015:435.
- Sentencia de 2 de julio de 2015, Francia y Orange/Comisión, T-425/04 RENV y T-444/04 RENV, Rec, EU:T:2015:450.
- Sentencia de 24 de septiembre de 2015, TV2/Danmark/Comisión, T-674/11, Rec, EU:T:2015:684.
- Sentencia de 24 de septiembre de 2015, Viasat Broadcasting UK/Comisión, T-125/12, Rec, EU:T:2015:687.

*(Trabajo recibido el 24/11/2016
y aceptado para su publicación el 22/12/2016)*

PRÁCTICA JURÍDICA

CONFLICTOS DE SOCIOS: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE UN CASO SINGULAR¹

RICARDO CABANAS TREJO

Notario de Torredembarra

RESUMEN

Sobre la base de un caso real, en este trabajo se examinan diversos temas relacionados con los conflictos de socios. En particular, se analiza el deber de lealtad del administrador y el conflicto de intereses, el autocontrato y su control por parte de notarios y registradores, el deber de abstención de los socios y su relación con la impugnación de los acuerdos de Junta general.

Palabras clave: autocontrato, conflicto de intereses, socio, administrador, deber de abstención, impugnación de acuerdos.

CONFLICTS BETWEEN PARTNERS: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF A PARTICULAR CASE

RICARDO CABANAS TREJO

Notary Public in Torredembarra

ABSTRACT

Regarding a real case, several topics related to shareholders conflicts are studied in this paper. In particular, it analyzes the duty of loyalty of administrators and conflicts of interest, self-contract and its control by public Notaries and Registrars, the duty of abstention and actions challenging corporate agreements.

Keywords: self-contract, conflict of interest, shareholder, administrator, duty of abstention.

¹ El presente trabajo recoge la ponencia preparada por el autor para el curso «Cuestiones de interés práctico en el derecho societario», dirigido por don Alfred ALBIOL PAPS el año 2016.

RICARDO CABANAS TREJO

SUMARIO: I. UN CASO SINGULAR COMO PUNTO DE PARTIDA.—II. EL CONFLICTO DE SOCIOS «CUALIFICADO».—III. EL DEBER DE ABSTENCIÓN. IV. MECANISMOS DE REACCIÓN ANTE SITUACIONES DE CONFLICTO. V. CONCLUSIONES.

I. UN CASO SINGULAR COMO PUNTO DE PARTIDA

Cuando hace un par de meses Alfred ALBIOL me propuso participar en este curso, muy hábilmente cegó cualquier excusa con la oferta de hablar de lo que quisiera, para así adaptarme a lo que en ese momento estuviera trabajando y me resultara más cómodo. Imaginé que podía escoger tema, por eso la sorpresa fue mayúscula cuando me dijo a continuación que el tema ya estaba fijado, que no podía escoger ¿Qué tema admite entonces tanta adaptabilidad? Fácil, los conflictos de socios. Puedes escoger al azar un artículo cualquiera de la LSC sobre el funcionamiento de la sociedad y hacer una lectura del mismo en clave «conflictiva». Ni que decir tiene si vamos a los repertorios jurisprudenciales, donde el conflicto admite las más variadas —e insospechadas— manifestaciones, en relación con cualquier aspecto de la normativa societaria. Por la amplitud del temario, Alfred me dejaba sin la fácil escapatoria del «ahora no estoy con eso», pues resultaba difícil no tener a mano un «eso» que permitiera una exposición de una hora.

De todos modos, una exposición demanda un hilo conductor que proporcione una cierta coherencia. No es cuestión de sacar los temas por arrastre, sin una mínima conexión sistemática. En este sentido tenía tres posibles enfoques, en absoluto excluyentes, antes al contrario complementarios.

El primero, el más típico conflicto entre mayoría-minoría en sentido descendente, aunque quizá deba matizarse por razón de la preposición empleada, pues no es lo mismo conflicto «entre» socios, que conflicto «de» socios. En el conflicto «entre» socios las dos partes en tensión están claramente identificadas, los socios dentro de la sociedad y en su órgano característico —la Junta general—, normalmente alineados en dos —o más— grupos, uno de ellos el mayoritario y el otro —u otros— minoritario. En ocasiones, la situación llega al límite por falta de una mayoría, al estar dividida la sociedad en dos grupos simétricos enfrentados.

Fuera de este caso, que conduce a un escenario distinto de ingobernabilidad y posible parálisis de los órganos sociales, cuando la mayoría y la minoría simplemente discrepan sobre la definición de la estrategia empresarial y financiera de la sociedad, sobre la concreción del interés social, entendido como interés común de todos los socios, y en ausencia de beneficio particular de algunos socios o de terceros, la regla suele ser la mínima intervención jurisdiccional, sin perjuicio de mecanismos legales específicos, algunos todavía de —casi— inédita aplicación, como el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, que debemos suponer tendrá pleno vigor el próximo año.

Distinto el conflicto «de» socios, que no indica con quien colide el socio, pero debemos suponer es con la sociedad, o mejor con el interés social, interpretado a estos efectos en clave preferiblemente contractualista. El socio colisiona con la sociedad cuando pretende para sí un beneficio o una ventaja que debiera ser compartida, y normalmente eso ocurre por su imposición mayoritaria en un órgano colegiado como es la junta. La mayoría puede equivocarse en el diseño de la estrategia empresarial, y la minoría habrá de pechar con ello, pero no puede definir el interés social en su exclusivo —o preferente— beneficio, siendo posible entonces la intervención jurisdiccional correctora. No sólo eso, la reforma de 2014, legalizando una práctica judicial anterior asentada en la noción de abuso de derecho, incorpora como fundamento impugnatorio de los acuerdos de junta el mero abuso de la mayoría, sin daño al patrimonio social.

De acuerdo con el segundo enfoque el conflicto se traslada al otro órgano social, el de administración, donde no tienen que darse cita los socios de manera directa, pero sí indirectamente por ser quienes eligen a los administradores. Resulta bastante claro cuando el administrador es una correa de transmisión del socio mayoritario y de su interés —quizá— desleal, pero el planteamiento se puede sofisticar. No sólo por la estructura del consejo de administración y la posible representación de las minorías, también en las otras formas de administración plural, que en caso de ser un correlato del sustrato personal de la sociedad, pueden saltar por los aires cuando emerge el conflicto entre los socios. Unas veces por el bloqueo del mismo órgano, caso de los administradores mancomunados, otras veces justo por todo lo contrario, por la pluralidad de administradores solidarios capaces de actuar cada uno por su cuenta y de forma contradictoria.

El último enfoque recupera el del primero, pero en sentido contrario, digamos ascendente, por ser la minoría la que abusa de su posición, configurándose entonces como una minoría de bloqueo sistemática. De nuevo podemos sofisticarlo algo más al detectar supuestos en los que una minoría se convierte «circunstancialmente» en mayoría, como puede ocurrir en los casos de abstención forzosa de otros socios, y tampoco hay razones para aceptar como axioma que el socio minoritario siempre encarna el interés común.

En cualquier caso, el temario es de tal amplitud que una exposición de apenas una hora obliga a un tratamiento muy parcial y fragmentario, y si les soy sincero tampoco tenía muy claro por dónde cortar. Por eso al final me decidí por dar a esta ponencia un enfoque distinto y poco académico.

Partiendo de un supuesto real del que tuve conocimiento hará cosa de un año voy a presentarles un caso práctico singularmente rebuscado, y si me apuran extremo, pero perfectamente posible —en gran medida lo fue—. Al hilo de esa narración desarrollaré tres bloques temáticos volcados sobre el núcleo central del conflicto de socios. Podría haber tratado otras cuestiones, y en algún caso quizá me deslicé un poco hacia temas paralelos, pero la coherencia sistemática vendrá dada por su conexión con las circunstancias del «caso». Para no ser demasiado «anecdótico» terminaré con lo que pretende ser una conclusión algo más general.

Empecemos con nuestra historia. Una SA —o SRL, da igual— con tres socios que son hermanos, uno de ellos administrador único y con participación en el capital del 60 %. Los otros dos hermanos están enfrentados al mayoritario y cada uno tiene un 20%. Desde la fundación, esta sociedad desarrolla su actividad en dos naves adosadas que tiene alquiladas, una propiedad de los tres hermanos, la otra sólo de dos, uno de ellos el administrador. Por descenso de actividad, la sociedad ya no necesita tanto espacio, y por eso se plantea la compra de una mitad indivisa de la nave alquilada a los dos hermanos para proceder después a su división material de acuerdo con el otro comunero —o por acción de división— y recolocar la actividad social en la mitad —dividida— que se adjudique a la sociedad, que seguiría adosada con la otra cuyo alquiler mantiene. Un importante ahorro de rentas y de otros gastos asociados al espacio sobrante.

Como primer paso se encarga una tasación de la nave, pero el valor de tasación no ha de ser el precio de compra. El precio se ha de negociar con el vendedor, y son dos los posibles vendedores, pues a la sociedad tanto le da comprar la mitad indivisa de uno, que la de otro. Dejando al margen el posible retracto, lo que interesa es cerrar la compra al menor precio posible, y para eso forzar pujas a la baja entre ambos comuneros. De la tasación hacia abajo, la cuestión es ver qué hermano se conforma con el precio menor, aunque sólo sea un euro por debajo del menor del otro.

En nuestro caso, la Junta general tenía que intervenir de todos modos, pues se trata de la compra de un activo esencial, pero ahora la intervención de la Junta presenta una relevancia añadida, pues sólo con su autorización la sociedad puede comprar la cuota del socio/administrador, y sólo con la opción de comprar cualquiera de las dos mitades ambos vendedores están obligados a competir entre sí. Por eso, la Junta es convocada por el administrador para pronunciarse separadamente sobre tres acuerdos distintos: la compra del activo esencial por el precio

máximo de la tasación; la dispensa al administrador para comprar su mitad; y también la dispensa al administrador para comprar la mitad de su hermano, ya que se trata de persona vinculada con el administrador. Si no fueran hermanos sobraría el tercer acuerdo, pero lo son y, por mucho que se detesten, la ley pone al administrador en situación de conflicto de interés que requiere dispensa expresa y singular, en este caso de la Junta, también respecto de la venta de su hermano. Pero los tres acuerdos son necesarios para que el administrador se dirija a su hermano y le pueda preguntar «cuánto menos que yo», y así sucesivamente hasta que uno se plante.

La Junta aprueba el primer punto por unanimidad, pero rechaza el segundo, ya que el socio-administrador tiene el deber de abstenerse y los otros dos hermanos votan en contra. Abstención que el socio-administrador debe reiterar nuevamente en el tercer punto, por eso, aunque el otro socio vendedor, para evitar cualquier suspicacia, decide voluntariamente abstenerse, el tercer hermano, único que vota, la aprueba.

El resultado no es óptimo para la sociedad, que pierde claramente capacidad de negociación. No sólo eso, aparentemente el administrador está obligado a comprar la mitad del hermano, en su caso por el valor de tasación, que sólo constituye el límite máximo. Frente a esto, ¿qué puede hacer el administrador? Quizá no ejecutar el acuerdo por considerarlo perjudicial en esos términos, aunque tenga la obligación de acatarlo, porque se trata de una competencia propia de la Junta por el carácter esencial del activo, no de una simple intervención en asuntos de gestión (incumpliría una obligación, aunque sin daño aparente a la sociedad). También podría impugnar el tercer acuerdo positivo por lesivo, pero entonces la sociedad tiene que renunciar a una compra que le interesa. En cambio, muy poco probable resulta la impugnación del segundo acuerdo negativo de denegación de la dispensa, con el objetivo de recibirla del juez. Esta posibilidad de impugnar un «no acuerdo» apenas queda acotada a los acuerdos obligatorios, donde el juez puede suplir la voluntad social, y no parece que sea el caso.

Incluso, la posibilidad de liarse la manta a la cabeza y negociar de todos modos el precio más bajo, como si la primera autorización se hubiera concedido, y vender su mitad a un precio de saldo, que incluso escandalice a su hermano por lo irrisorio, con la seguridad de que no hay daño a la sociedad, tampoco es viable, pues el notario le pedirá en el momento de firmar la escritura que acredite la autorización de la Junta, y no la tiene.

Hasta aquí el supuesto de hecho recreado. Ya les advierto que la realidad fue mucho más prosaica. El administrador convocó Junta en la forma legal, pero no en la habitual seguida hasta entonces. Los hermanos no asistieron a la Junta (declaran no haberse enterados), el socio-administrador se concede la autorización sin abstenerse, vende por la tasación, escritura e inscribe. Los hermanos

después impugnan el acuerdo, instan la nulidad de la compraventa y ejercitan una acción de responsabilidad.

A efectos de la exposición que sigue interesan tanto el caso «recreado» como el caso «real», y ambos inspiran tres bloques temáticos en directa relación con el *leit-motiv* del conflicto de socios, agravado por la condición acumulada de administrador de uno de ellos. En primer lugar, por el deber de lealtad del administrador, y más precisamente por el deber de evitar situaciones de conflicto de interés, tema que enlazaré con otro más genérico sobre la problemática civil y societaria del autocontrato, sobre todo a la vista de la doctrina más reciente de la DGRN. En segundo lugar, y como tema principal, por las numerosas cuestiones relacionadas con el deber de lealtad, pero ahora del socio, con su concreción específica del deber de abstención del socio en determinadas votaciones en Junta. Finalmente, por los múltiples y variados mecanismos de reacción a disposición del socio que se siente atropellado por la mayoría, en nuestro caso «real», con la clara connivencia del administrador, pero insistiendo en la necesidad de ordenar y jerarquizar esos mecanismos. No se trata de disparar en modo ráfaga, acumulando infracciones y sus consiguientes pretensiones, sino de precisar la infracción cometida y seleccionar la respuesta más apropiada y conveniente.

II. EL CONFLICTO DE SOCIOS «CUALIFICADO»

Como dije, el primer bloque atiende a las situaciones de conflicto de socios que podríamos llamar «cualificado» porque alguno de los socios controla o está presente en el órgano de administración, y disfruta por eso de una clara posición de ventaja. Es evidente en nuestro caso, sobre todo en la versión «real». El antecedente es un deber de lealtad específico que soporta como tal administrador, claramente reforzado en la reforma de 2014, y que tiene una de sus manifestaciones más claras en el deber de evitar situaciones de conflicto de interés. Por razón del «caso» que sirve de cauce a la exposición me voy a limitar a la prohibición de realizar transacciones con la sociedad, no sólo a favor del administrador, también de las personas vinculadas, sin entrar en el espinoso tema de si esas personas aún pueden ser más de las que indica el art. 231 LSC, en particular otros socios, quizá con participación significativa.

Aunque la prohibición de operaciones vinculadas del art. 229.1.a) LSC y la figura del autocontrato están muy relacionadas, no deben confundirse. Simplificando mucho, cabe decir que la regulación en la LSC del conflicto de interés atiende a la perspectiva «societaria», mientras que la del autocontrato lo hace a la perspectiva «civil». Incluso, por el especial relieve de los mecanismos de control preventivo de carácter notarial y registral, podríamos hablar de una específica perspectiva «civil-registral», donde resulta de gran importancia la doctrina de la DGRN.

En ese sentido hablamos genéricamente de autocontrato cuando el representante contrata consigo mismo, y no es un problema de suficiencia, sino de existencia de poder, que puede salvarse con la autorización del principal, que en caso de sociedad ha de ser la Junta general según doctrina de la DGRN. Consiguientemente, no hay autocontrato cuando interviene otro de los posibles representantes de la sociedad.

La perspectiva societaria es muy distinta, pues no presta atención al vínculo representativo. El conflicto de interés activa una infracción del deber de lealtad por la especial posición del órgano de administración, y consiguientemente por la mera pertenencia al mismo, aunque el administrador conflictuado no ostente por sí solo las facultades representativas, o no haga uso de ellas en el caso concreto. Soporta la prohibición por su condición de administrador, pero como tercero que contrata con la sociedad, no por intervenir en ese contrato también en nombre de la sociedad. No sólo esto, también cuando el tercero sea una persona vinculada con él, pero que contrata con la sociedad a través de otro representante, quizá sin su conocimiento. En estos casos no hay autocontrato en el sentido civil-registral, pero puede haber conflicto en el sentido societario.

En mi opinión, los dos ámbitos se deben mantener separados, y ceñir el control notarial-registral al estricto ámbito de la representación. Sólo cuando exista autocontrato en el sentido civil tendremos un defecto de la relación representativa que impide la escrituración/inscripción, pero no en otro caso. El conflicto societario como tal no constituye una situación que deba verificar el notario/registrator, pues ni siquiera se ha de plantear en términos de la representación.

Imaginemos a dónde nos puede llevar la solución contraria. Si ese control se extiende a cualquier supuesto societario de conflicto, el bloqueo en el momento de la escrituración/inscripción no quedaría restringido al más lineal y típico del autocontrato. También cuando el notario/registrator sepa que la otra parte es administrador, aunque no intervenga en el contrato en esa condición (compra en su propio nombre y por la sociedad vendedora firma otro administrador solidario). Pero, también, cuando se trate del cónyuge, de la pareja, y hasta del cuñado/suegro/padrastro del administrador que firme, o de otro administrador que no intervenga, pues la prohibición se activa igual; ¿hasta dónde hay que llegar en la pesquisa de una vinculación personal, ni siquiera restringida al administrador firmante?

Sin embargo, no fue este el criterio de la DGRN en la Resolución de 30/06/2014, en un caso donde consta que el apoderado de la entidad acreedora es el esposo de la deudora —en separación de bienes—, sólo porque también firma en nombre propio para prestar su consentimiento por tratarse de la vivienda familiar. La DGRN admite que no existe autocontrato, pero «no es esta la cuestión, sino la situación de conflicto en que se encuentra» la que invalida la actuación del

representante, y confirma la calificación negativa, con cita expresa de la reforma legal que dio lugar a la Ley 31/2014. Identifica un defecto representativo sólo por razón del conflicto, no del autocontrato, y por un conflicto que reconduce al ámbito del deber de lealtad del administrador, extrapolado a cualquier representante.

Por esta vía, el control notarial/registral se extiende hasta límites insospechados, permitiendo cualquier tipo de conjeturas, y no sólo en relación con el administrador que intervenga en la transacción, sino para todos ellos, en su caso un administrador «de hecho». El escenario se complica por el riesgo de discrepancia entre las dos instancias controladoras, pues el registrador podría en estos casos considerar incongruente el juicio previo del notario sobre la base de una sospecha de deslealtad fundada en su propia pesquisa, generando una situación de bloqueo de la inscripción que puede perjudicar a un tercero que venga después (p. ej., el Banco que financia la adquisición con una hipoteca).

Venturosamente la DGRN ha cambiado de opinión, y lo ha hecho justo esa semana, obligándome a cambiar el tono crítico de la primera versión de esta ponencia, cambio que acepto de muy buen grado. En términos que coinciden con la opinión antes expresada, y que ya habíamos adelantado el mes de junio en nuestro blog (*boletinjuridico.wordpress.com*), en un caso donde la sociedad vendedora estaba representada por el marido de la compradora, que compra para sí, la Resolución de 3 de agosto de 2016 insiste en la necesidad de separar los dos ámbitos, pues el conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del art. 1259 CC. Dice la DGRN: «*desde una perspectiva general puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista representativo (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad) en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, para lo cual parece que habría de concurrir también otro elemento, ajeno al juicio de suficiencia de la representación, como es el de la producción de un daño a la compañía, aunque en este punto cabe reconocer que la doctrina científica no se muestra unánime*».

En cambio, sigue mereciendo crítica —en mi opinión— la otra doctrina reciente de la DGRN en relación con el mismo tema. Me refiero a las Resoluciones de 28 de abril de 2015 y de 11 de abril de 2016 sobre inscripción de un poder general con previsión —también— genérica del autocontrato. La DGRN insiste en su doctrina tradicional de que el órgano de administración no puede otorgar una dispensa que sólo compete a su principal, la sociedad, que la debe prestar por medio de la Junta. Pero resulta algo confusa cuando alude a la confirmación de esta doctrina por la Ley 31/2014, pues, después de haber declarado que en la nueva regulación la dispensa debe ser singular para casos concretos, termina admitiendo la posibilidad de una dispensa general para autocontratar concedida al apoderado sólo con la autorización de la Junta.

Insisto de nuevo en que el problema se resuelve mejor con una nítida separación de ambas cuestiones, pues no hay razón para aplicar en el ámbito del autocontrato las exigencias propias de la dispensa. En particular, la necesidad de que la dispensa se conceda «en casos singulares» no ha de suponer el abandono de la doctrina tradicional de la DGRN sobre la posibilidad de una autorización genérica para autocontratar, pues se trata de cosas distintas. Esta última autorización se refiere a la relación representativa y en el ámbito civil-registral puede ser amplia. Cuestión distinta es que en el campo societario no equivalga a una dispensa y el administrador que no obtenga esta última —en su caso, después de haber firmado sobre la base de la autorización genérica— se haga reo de deslealtad. Lo sorprendente, de hacer caso a la DGRN, es que el apoderado pueda disfrutar de una autorización abierta concedida por la Junta general, que en cambio tiene vedada el mismo administrador que le apodera. El administrador no podría hacer aquello para lo que confiere el poder.

Pero no es esto lo que más me preocupa de la doctrina de la DGRN, sino la grave confusión que genera en relación con los distintos deberes de los administradores. Salvar el autocontrato en un poder es algo que corresponde al principal, pero el principal en ese momento está encarnado en el órgano de administración, no en la Junta general. Si el administrador, en un caso concreto, considera necesario salvar el autocontrato para un apoderado, es una decisión que le incumbe como tal administrador, sin tener que consultar a la Junta general, ni debemos hablar de dispensa, pues el apoderado —como regla— no está sujeto al deber societario de lealtad, sin perjuicio de que deba ser leal a su principal por el régimen general de la representación. No es que el administrador dé una facultad que no tiene, pues ciertamente no la tiene para sí mismo, pero sí que la ostenta para apoderar a otro, pues en última instancia podría realizar la transacción a la que conduce ese poder.

Al hacerlo desde la perspectiva de la lealtad societaria, la DGRN desenfoca por completo el problema y obliga a plantear equivocadamente la cuestión de fondo. En ausencia de interés personal del administrador, si el apoderado de nuestro caso hace un mal uso de la facultad que le ha sido conferida de autocontratar, el administrador al conceder el poder —y vigilar su ejercicio— no habría infringido el deber de lealtad, sino el deber de diligencia, y muy probablemente sin el amparo de la regla de discrecionalidad empresarial, pues el apoderamiento como tal no es una decisión estratégica o de negocio, sino una cuestión de orden organizativo cuya «razonabilidad» se puede cuestionar a la vista del resultado.

Por supuesto, el apoderado responderá de todos modos por el posible abuso cometido con el poder, por mucho que el administrador hubiera salvado el autocontrato, igual que habría de responder aunque contara con el acuerdo de la Junta, pero el administrador habrá sido negligente, no desleal, y es en el ámbito de aquel deber donde han de resolverse esas cuestiones. Debemos acostumbrarnos a separar ambos deberes y sus consiguientes infracciones, precisamente para poner

orden a la hora de reclamar posteriormente en un escenario de conflicto abierto entre socios. Sirva esta doctrina de la DGRN como un ejemplo de lo que no se debe hacer, pero no excluyamos una futura rectificación del Centro Directivo, como ya se ha producido en el tema principal de la relación entre el autocontrato y el conflicto de interés.

Al margen de esto, permítanme una digresión relacionada con mi profesión. Es evidente la función preventiva que puede cumplir la intervención notarial/registral en determinadas situaciones de conflicto, especialmente para evitar abusos flagrantes por parte del socio que controla el órgano de administración, pero es un control que debe ajustarse a la específica limitación de sus funciones, que no pasan por valorar complejas situaciones de hecho, sino de controlar el cumplimiento de requisitos legales externos, especialmente en el ámbito de la representación. En nuestro caso «real» bastaba con acreditar al notario la autorización de la Junta, las condiciones de convocatoria y los requisitos mínimos de constitución y de adopción del acuerdo, según resultaran de la certificación aportada, como así se hizo, por mucho que después se pudiera anular todo —como efectivamente ocurrió—, desde el acuerdo de la Junta, a la compraventa. No podemos ir más allá, y mucho menos caer en el juego de la sospecha, juego en el que se entra con la mejor intención, pero una vez dentro no se sabe bien dónde hay que parar. Como anécdota, hace unas semanas un registrador de la Propiedad me puso en duda que el administrador solidario que autocontrataba pudiera certificar el acuerdo de la Junta universal autorizándole. Mejor que lo hubiera hecho otro, me dijo. Mal vamos por ese camino si empezamos a confundir facultad representativa con facultad certificante, o deber de lealtad con falsedad documental (la singular opinión de ese registrador no es un caso aislado; la misma Resolución de 3 de agosto de 2016 se ve en la necesidad de recordar que la doctrina del conflicto de intereses no se proyecta sobre las declaraciones de ciencia o de verdad, sino sólo sobre las declaraciones de voluntad o actos enumerados en el art. 229 LSC, de trascendencia patrimonial para la compañía).

III. EL DEBER DE ABSTENCIÓN

Pasando al segundo de los bloques, es el que mejor refleja la especial problemática de nuestro caso, pues el conflicto de socios se complica desde el momento en que la minoría se convierte en mayoría gracias a un deber de abstención que la LSC aplica con gran amplitud. No ofrece dudas que nuestro socio-administrador ha de abstenerse en las dos votaciones, pero el caso nos sirve de inspiración para plantear algunas cuestiones con carácter más general.

La primera se refiere a la extensión subjetiva del deber de abstención. Que está acotado al socio afectado es algo que no debería suscitar demasiadas dudas. Es el socio autorizado, excluido, favorecido o dispensado, y sólo él, quien no

puede votar en la Junta. Pero en la práctica surgen dificultades. Pensemos en la interposición de un representante, como regla irrelevante, pues la titularidad del voto corresponde al representado y ha de ser él quien soporte la situación de conflicto. Pero en ocasiones se trata de una ficción representativa, especialmente cuando no exista evidencia de las instrucciones del representado para votar en un determinado sentido y realmente se confunden ambos sujetos. Es el caso de la STS de 26 de diciembre de 2012, donde el administrador favorecido por la dispensa era, a su vez, el administrador del socio/sociedad que votó a favor del acuerdo.

Sin entrar ahora en la posibilidad de una cesión separada del voto en nuestro Derecho, también en aquellos casos donde se disocie la titularidad formal del ejercicio del voto habrá que centrarse en el portador del interés «material» en conflicto para determinar cuándo procede la abstención. Del mismo modo en los supuestos legalmente previstos de disociación, como es el caso del usufructo/prenda, sólo corresponderá cuando el conflicto afecte al titular del voto (no sería el caso de un usufructuario con derecho a voto, cuando la asistencia financiera se conceda al nudo propietario).

Incluso, en caso de un pacto de socios que genere la obligación de votar en un determinado sentido, y según sean las circunstancias del caso, cabe plantear la posible extensión de la abstención al resto de los firmantes. No es que la sociedad aplique entonces el pacto, pero sí que deriva las oportunas consecuencias de un convenio cuyo cumplimiento, al que están obligados los otros socios firmantes, quizá propague a todos ellos la situación de conflicto, hasta el punto de que una eventual impugnación por parte de uno de esos socios privados del voto habría de fundarse en su intención declarada de incumplir el pacto.

Pero el mayor problema se plantea con las personas vinculadas cuando se trata de dispensar al administrador de alguna de las obligaciones derivadas del deber de lealtad. Como ocurre en nuestro ejemplo, dicha persona vinculada también puede ser socio, pero quizá no tenga por sí mismo deber alguno de abstención, en cuyo caso se daría la paradoja de que el socio administrador deba abstenerse, pero no la persona vinculada, a pesar de ser la beneficiaria de la transacción. Incluso, que sólo vote esta última, por no ser socio el administrador. Pero es una paradoja más aparente que real, pues la votación tiene por objeto la dispensa, no propiamente la transacción (aunque formalmente así se presente), y sólo el administrador ha de ser dispensado, pues sólo él queda sometido a este deber de lealtad. Que la vinculación personal con el socio haga necesaria la obtención de la dispensa no convierte al beneficiario en sujeto de este deber de lealtad específico, y por eso en realidad la votación no lo toma como referencia subjetiva. La dispensa es del administrador socio y sólo él debe abstenerse.

Cuestión distinta es si ese socio —en nuestro caso, el hermano— tiene un deber de abstención por sí mismo, y no por razón de la dispensa que necesita el

administrador. Esto nos lleva al supuesto de la letra *c)* del precepto, que impone la abstención cuando el acuerdo tenga por objeto la liberación de una obligación o la concesión de un derecho. Se trata del supuesto de identificación más difícil, pues hay que optar entre una interpretación minimalista, que reduce su ámbito de aplicación a casos limitadísimos, o hacerlo por una aplicación maximalista que los extiende de forma desmesurada. No hay término medio, pues las consecuencias en un sentido o en otro derivan inevitablemente de la premisa mayor que se escoja.

De acuerdo con la postura minimalista, la obligación de la cual se libere al socio, o el derecho que se le reconozca, ha de ser una obligación/derecho conectado directamente con el estatuto del socio, auténticas obligaciones/derechos que merezcan el calificativo de sociales, por estar en directa relación con el contrato social. Así concebidos realmente no son muchos y normalmente se entremezclan, además, con otros mecanismos de tutela que pueden hacer necesaria la intervención por una vía distinta del mismo socio forzado a la abstención.

Por el contrario, en la interpretación maximalista la noción de obligación/derecho se abre a cualquier posición activa/pasiva de la cual sea titular el socio, en cualquier tipo de relación jurídica con la sociedad, es decir, al margen del contrato de sociedad. En realidad estaríamos dando cabida a cualquier transacción del socio con la sociedad en un sentido muy amplio. De acuerdo con esto, y como ocurre en nuestro caso, si el socio «vende» a la sociedad se le concede el derecho a cobrar un precio, y si compra a la sociedad se le concede el derecho a recibir «algo» a cambio, y así con cualquier negocio imaginable, aunque sea unilateral, pero entonces a favor del socio.

No creo que esta segunda interpretación sea aceptable. De entrada por el argumento de tipo sistemático que resulta del apartado *d)* del mismo art. 190.1 LSC, pues, si fuera correcta esa interpretación, no tendría sentido tipificar como supuesto separado la asistencia financiera al socio. Esta modalidad contractual demanda una tipificación específica, por la sencilla razón de que en los contratos del socio con la sociedad, cuando la Junta general, por la razón que sea, deba pronunciarse sobre los mismos, el socio afectado no está obligado a abstenerse. Por otro lado, también el argumento literal pesa en contra de esta interpretación, pues media un gran trecho entre contratar con la sociedad y conceder al socio un derecho, especialmente cuando sea la contrapartida de una obligación que el socio asume frente a la sociedad, y poca seguridad ofrecería un precepto cuya aplicación descansara en última instancia en una valoración subjetiva sobre la equivalencia de las prestaciones.

Pero el argumento fundamental atiende a la razón de ser del mismo deber de abstención, que entronca con las competencias propias y específicas de la Junta general, como separadas de las que incumben al órgano de administración, y el

ámbito contractual externo es una competencia gestora propia de este último. Serán los administradores, sujetos a los correspondientes deberes de diligencia y lealtad, quienes celebren la transacción con el socio. Ciertamente, la Junta general puede intervenir en asuntos de gestión, y hasta llegar al extremo de impartir instrucciones precisas al órgano de administración, pero la competencia —y responsabilidad— por la gestión sigue siendo de este último, que debe decidir si las ejecuta, incluso en aquellas operaciones de especial trascendencia que son competencia de la Junta general, como sería la compra de la mitad de nuestra nave.

Por todo ello, creo que el deber de abstención sólo se refiere a obligaciones y derechos sociales, y el catálogo en realidad no es muy amplio.

En nuestro caso, el hermano no tenía por qué abstenerse, ni por sí mismo, ni por razón de la dispensa concedida a su hermano administrador. No obstante, hemos dado por supuesto que se abstuvo voluntariamente. Un detalle por su parte, pero la abstención voluntaria encierra cierto peligro táctico, pues sólo la abstención forzosa rebaja la base de cálculo de la mayoría, y por eso la voluntaria equivale de hecho a un voto en contra. En nuestro caso, el detalle salía gratis, pues no se exige mayoría reforzada y el otro hermano tiene la mitad de los votos posibles.

Esto último me lleva al tema de la incidencia del deber de abstención en la impugnación del acuerdo. Unas veces porque el socio que tenía prohibido participar en la votación finalmente no se abstuvo con la complicidad de la mesa de la Junta. Otras veces por todo lo contrario, por haber privado arbitrariamente del voto a un socio con la excusa —falsa— de que debía abstenerse por incurrir en una de las situaciones de conflicto previstas. En ambos casos, el acuerdo queda expuesto a una posible impugnación. Pero antes de seguir conviene advertir que el hecho de abstenerse tampoco purifica un acuerdo, precisamente por el mismo motivo que ha generado la abstención. La medida preventiva legal no va más allá del socio directamente afectado y por eso no impide que la mayoría de los restantes termine adoptando un acuerdo lesivo para la sociedad y beneficioso para el abstenido.

Supuesto lo anterior, la incidencia del deber de abstención en la impugnación del acuerdo, en cualquiera de los dos sentidos indicados, es que lleva el debate al terreno de la contrariedad con la ley, en lugar del propio de la lesión del interés social. Obviamente, nada se opone a su invocación conjunta o subsidiaria, pero supone una infracción legal con fundamento impugnatorio propio, sin que la distinción tenga ahora especial trascendencia al haber desaparecido la distinción entre acuerdos nulos y anulables, con sus relevantes diferencias de régimen jurídico. Impugnado el acuerdo por tal motivo, el juez debe aplicar siempre la prueba de resistencia, ya sea en el sentido de descontar los votos del socio que no se abstuvo, o en el inverso de computar los del socio al que se impidió votar.

Pero ya dije al comienzo que la observancia del deber de abstención puede provocar un problema distinto de abuso de la minoría. Ciertamente de la relación de supuestos del catálogo legal no deriva derecho alguno del socio afectado a conseguir de la Junta general una decisión favorable a sus intereses, y en el único supuesto donde podría surgir alguna duda el propio sistema restrictivo de la transmisión ha de ofrecer una salida para evitar que el socio acabe siendo prisionero de sus acciones/participaciones. Pero es posible que la decisión de la Junta no responda a una necesidad razonable de la sociedad y se adopte por una minoría, transmutada en mayoría ocasional, en interés propio y en detrimento injustificado del socio obligado a abstenerse, incluso en daño de la propia sociedad, cuando objetivamente la operación beneficie a ésta, como ocurre en el caso de nuestro ejemplo.

A pesar de ello, resulta difícil la impugnación de un «no acuerdo» que pondría en manos del juez la liberación de la obligación, la concesión del derecho, la asistencia financiera o la dispensa, pero no deja de ser una solución insatisfactoria después de una reforma legal que ha configurado el abuso de la mayoría como motivo específico de impugnación.

En todos los otros casos de conflicto de interés el socio no está privado de su derecho de voto. No obstante, si el conflicto resulta evidente por los efectos que el acuerdo ha de tener sobre un socio en concreto, que no se abstiene —voluntariamente— en la votación, la ley envuelve el acuerdo en un velo de sospecha, siempre que su voto hubiera sido decisivo para la adopción del mismo, y será decisivo siempre que, descontado su voto, el acuerdo no se habría adoptado. Esta sospecha se traduce en una facilidad adicional para impugnar el acuerdo controvertido.

En este bloque entran todos los casos sospechosos en los que no sea aplicable el deber de abstención, de acuerdo con la interpretación estricta que debe hacerse, tanto del supuesto de hecho objetivo como de su extensión subjetiva. En el primer sentido resulta especialmente útil en aquellos acuerdos de Junta que estén referidos a la autorización de una transacción con el socio, cualesquiera que sean sus condiciones, aunque no resulten especialmente favorables para el socio afectado. Basta con el hecho de tener un interés directo en el asunto y haber participado en la votación. En sentido subjetivo resultará aplicable cuando el interés sea indirecto o venga referido a una persona vinculada con el socio. Por cualquiera de ambas vías el tercero de los acuerdos de nuestro caso se somete a esta regla especial.

En apariencia, la relación entre el deber de abstención y esta regla sobre la carga de la prueba es excluyente, es decir, presupone que el socio conflictuado no se abstuvo en la votación. Como dije antes, la abstención no constituye un blindaje absoluto para el acuerdo, y aunque el socio la hubiera respetado, el acuerdo

sigue siendo impugnabile. Lo que sucede es que deberá serlo según a las reglas generales. Pero hay que matizar. Por la acotada extensión subjetiva del deber de abstención, es posible que el socio directamente afectado se haya abstenido, pues sólo él tiene la obligación de hacerlo, pero otros socios vinculados con este socio sí que hayan participado en la votación, siendo su voto decisivo. De ser así, la regla que ahora nos ocupa es perfectamente aplicable.

Concurriendo el supuesto de hecho de la norma, el impugnante soporta una «mitigada» carga de la prueba, pues sólo debe acreditar esa situación objetiva de conflicto, y a partir de aquí ya se presume la infracción del interés social, siendo la sociedad y, en su caso, el socio o socios afectados por el conflicto la que soporta la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Bastará por tanto con acreditar la relación directa o indirecta del socio con el acuerdo, con sus efectos o con las personas involucradas en el mismo para entender acreditado el conflicto y poner sobre la otra parte la prueba de la «conformidad».

En este caso, para desactivar la presunción, la sociedad habrá de justificar el acuerdo desde la perspectiva del interés social, para lo cual bastará también con acreditar la mera irrelevancia o inocuidad para la sociedad, aunque resulte beneficiado un socio o un tercero. La falta de esta contraprueba parece determinar sin más la lesividad y el beneficio particular, o mejor dicho, no hace necesaria una prueba específica del mismo para declarar la nulidad. Basta con la alegada —y probada— situación de conflicto.

Pero la ley deja fuera de la anterior presunción, y hace recaer sobre el impugnante la acreditación del perjuicio al interés social, aquellos casos donde el conflicto es meramente posicional, pues el socio afectado por el acuerdo tiene perfecto derecho a votar en el sentido que estime oportuno, como expresión de su posición —y poder— dentro de la sociedad.

No siempre resultará fácil identificar estos supuestos, ni siquiera en los casos más próximos a los que enumera el art. 190.3 LSC. Pensemos en cuestiones relacionadas con la remuneración de los administradores, como la modificación de los estatutos para hacer retribuido el cargo, o el acuerdo de la Junta fijando el importe máximo, ¿en qué situación está el socio administrador que descaradamente pretende asegurarse una retribución «tóxica»? No por el hecho de ser el beneficiario directo del acuerdo el conflicto deja de ser posicional, pues la retribución se refiere al cargo, no a la persona, y parece que la impugnación deberá discurrir por las reglas generales. Con mayor razón cuando la separación del cargo de administrador se pretenda por infracción de la prohibición de competencia o por darse una situación de conflicto, respecto de cuya dispensa hay deber de abstención. Se trata de cosas distintas, por eso ahora no sólo faltaría la abstención, también la inversión de la carga de la prueba.

Otro tanto en las operaciones societarias desplegadas con arreglo a su régimen específico. Por ejemplo, un aumento de capital por compensación de un crédito del socio mayoritario contra la sociedad, pues, al no existir derecho de preferencia, los demás socios quedan postergados, como lo estarían si el crédito fuera de un tercero. Nadie niega que la operación puede resultar lesiva, en su caso en el sentido amplio que ahora acoge el art. 204.1.II LSC, pero no deja de ser un supuesto «normal» donde decide la mayoría, y que debe ser impugnado con arreglo a esa misma normalidad. Admitir en estos casos la modulación de la carga de la prueba realmente subvertiría la regla por la que se gobiernan las sociedades de capital, al poner sobre la mayoría un principio de sospecha, por el mero hecho de ser la mayoría.

Para terminar las cuestiones relacionadas con el deber de abstención, una breve alusión a la posibilidad de su ampliación estatutaria. La existencia de esta nueva regla del art. 190.3 LSC, aplicable a cualesquiera otros supuestos de conflicto, constituye un argumento en contra de la extensión estatutaria de los supuestos de abstención, siquiera sea por hacerla menos necesaria. Por otro lado, la LSC no ha consagrado con carácter general un deber de abstención del socio en situación de conflicto, como sí hacía la Propuesta de Código Mercantil, y desaconsejó con contundencia la Comisión de Expertos de 2013. Por eso, al tratarse de un derecho individual del socio, cabe que prevalezca la solución menos invasiva, y consiguiendo la más garantista, que sería la restricción a los casos del art. 190.1 LSC.

De todos modos, igual que antes de la reforma de 2014 no se observaron obstáculos insalvables para permitir ese pacto en la SA, quizá tampoco los haya ahora para su admisión más general en cualquier sociedad, pues no deja de ser una opción que mostraría la preferencia de los socios por un mecanismo preventivo, antes que impugnatorio. En última instancia se trataría de una tipificación adicional específica del deber de lealtad del socio, y no hay razones de peso para negarle esta posibilidad a la autonomía privada.

En cualquier caso, el pacto debería cumplir con un doble requisito. Desde el punto de vista formal, al tratarse de un derecho individual, su decaimiento *praeter legem* demanda la adhesión de todos los socios propia del acto fundacional, o la unanimidad en una modificación estatutaria posterior. Por otro lado, desde el punto de vista material, la privación del voto ha de responder a una situación objetiva que revele un posible conflicto y ser respetuosa —además— con el principio de igualdad de trato.

Cuestión distinta es hasta dónde puede llegar esa ampliación estatutaria, en particular si puede agotar todos los supuestos en que opera la regla del art. 190.3 LSC y con su misma generalidad, es decir, sólo por la mención al conflicto de intereses, sin mayor concreción. Y en segundo lugar si también puede ir más lejos,

incluyendo los supuestos de conflicto posicional. A las dos preguntas creo que se debe responder negativamente.

La previsión estatutaria de supuestos adicionales de abstención ha de ser precisa y concreta, en ningún caso genérica por la mera alusión a una situación de conflicto, que en última instancia dejaría la decisión en manos del presidente de la Junta. En cuanto a los conflictos posicionales, admitir en ese ámbito el pacto sobre el deber de abstención, y a pesar de algún ejemplo legal que se justifica por razón del tipo (comanditaria por acciones —art. 252.4 LSC—, menos explicable en la sociedad nueva empresa —art. 449.2 LSC—), realmente alteraría el funcionamiento del principio mayoritario. En estos casos el conflicto no es entre el socio y la sociedad, sino entre los mismos socios, por razón de su posición en la sociedad, y la autonomía estatutaria no puede llegar al extremo de cambiar el concepto mismo de mayoría. Prohibir al socio que se vote a sí mismo para el cargo de administrador no responde al interés de la sociedad, sino al de los socios en mantener determinados equilibrios de poder, y para eso ya cuentan con otros mecanismos (mayorías reforzadas, voto plural), sin necesidad de retorcer el sentido de una figura diseñada para otro propósito.

IV. MECANISMOS DE REACCIÓN ANTE SITUACIONES DE CONFLICTO

Entramos ya en el último bloque a propósito de los mecanismos de reacción, y para ello la versión «real» de nuestro caso constituye un excelente banco de pruebas. Ni que decir tiene el objetivo último de los otros dos hermanos era volver a la situación inicial mediante «cargarse» la compraventa y pedir responsabilidades al administrador, pero las vías de ataque son varias y conviene ordenarlas. En particular, y como la actuación del administrador supuso una infracción del deber de lealtad, conviene prestar atención al nuevo art. 232, LSC, que menciona las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos, a las que habría que añadir la devolución a la sociedad del enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. De todos modos, no creo que este precepto incorpore unas acciones nuevas al elenco de posibilidades de reacción en contra del administrador infractor, pues también eran posibles antes de la reforma por la Ley 31/2014.

Resulta claro en el caso de las acciones de impugnación y de anulación, pero también en las otras dos de cesación y remoción de efectos. Aunque pueden solaparse con las correspondientes acciones en materia de competencia desleal, en realidad se trata de dos acciones relacionadas con el cumplimiento del contrato que une al administrador con la sociedad, en un caso para que cese el incumplimiento mediante la interrupción de la conducta infractora, y en el otro para restituir la situación anterior al incumplimiento. Quizá ahora sea más fácil plantearlas,

por resultar más sencilla la identificación de la conducta infractora gracias a la regulación detallada y precisa del deber de lealtad, pero en rigor no se trata de acciones nuevas.

La novedad se circunscribe al reconocimiento expreso de la compatibilidad del ejercicio de la acción de responsabilidad con el ejercicio de esas otras acciones. Es decir, que los interesados podrán ejercitar una u otra, por ejemplo, la de nulidad del negocio, sin que se les pueda oponer que la infracción del deber de lealtad transita exclusivamente por el ámbito de la responsabilidad. También es posible conseguir la nulidad del contrato por esta causa, sin perjuicio de que en un caso concreto esta pretensión no prospere y sólo quede la de responsabilidad, en su caso formulada con carácter subsidiario. Del mismo modo, el interesado puede acumular varias acciones en un mismo juicio, en cuyo caso la medida de la indemnización vendrá determinada por la suerte de la otra pretensión. Es lo que ocurre en nuestro caso: restitución del bien por efecto de la nulidad, y petición de responsabilidad por otros perjuicios asociados con el negocio. Lógicamente, si la restitución no fuera posible —p. ej., el bien ha pasado a poder de un tercero—, se incrementaría correlativamente el daño resarcible. Esta compatibilidad expresamente reconocida en el artículo, y su vinculación expresa con las normas societarias relacionadas con el deber de lealtad, permite afirmar la competencia del juez mercantil para la acción acumulada de nulidad del contrato, a pesar de tratarse de una acción típicamente civil.

En cualquier caso, existen otras importantes diferencias entre estas acciones en materia de presupuesto, legitimación o prescripción, que hacen conveniente seleccionar con mucho cuidado el tipo de acción ejercitado y la relación entre ellas. A todas estas consecuencias se debe añadir que, en la SRL, la eventual condena a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados activa una causa de exclusión.

En nuestro caso, la impugnación del acuerdo de la Junta general interesa para dejar sin cobertura formal a la compraventa suscrita pocos días después por el administrador único consigo mismo. Pero es una cobertura por razón del régimen de la representación, es decir, del autocontrato. Por eso, anulado el acuerdo de Junta por cualquier motivo (defecto de convocatoria, inobservancia del deber de abstención), el negocio se habría celebrado por el administrador sin poder de representación y sin merecer como vendedor la consideración de tercero.

En principio debemos aplicar el art. 1.259 CC, que prevé de modo expreso esta situación. Así, el contrato celebrado por el representante sin tener la suficiente autorización podrá ser ratificado por el representado (la Junta general), pero sin la ratificación no producirá efecto alguno, igual que cualquier otro contrato celebrado en nombre de una persona por quien no tiene poder para ello. En la práctica, no obstante, la situación se complica al haberse ejecutado e inscrito la venta,

lo que obliga a instar la anulación del negocio en forma acumulada con aquella impugnación, para conseguir por esta vía la restitución de las prestaciones. Pero insisto en que a este resultado final se llega desde el régimen de la representación, siendo la nulidad del acuerdo un paso previo para conseguir también la de la compraventa.

Sin embargo, la relación entre ambas pretensiones tampoco es fatal e inexorable, pues ni la anulación del acuerdo ha de conducir en todo caso a la de la compraventa, ni ocurre necesariamente a la inversa, es decir, que salvado el acuerdo, la compraventa resulte inatacable. La cuestión es más rica en matices.

Imaginemos en nuestro caso que no resultara posible impugnar el acuerdo, simplemente porque a los interesados se les pasó el plazo para hacerlo, ¿pierden toda posibilidad de reaccionar contra el negocio sólo por el hecho de que formalmente existe autorización de la Junta para el autocontrato? No lo creo. Con carácter general, la mera infracción del deber de lealtad no se convierte en causa de nulidad por sí misma, pero permite configurar una causa general de nulidad civil, distinta de la anterior derivada de la representación. Es doctrina judicial bastante consolidada que los móviles individuales que puedan influir en cada parte contratante para ponerse de acuerdo con la otra adquieren relevancia jurídica cuando se elevan a propósito común de alcanzar, con el contrato, una finalidad práctica determinada, pues, como señala la STS de 17 de marzo de 2015, entonces pasan a formar parte del contrato como *«su causa concreta»*.

De resultados de esta conversión causal quedan expuestos entonces al control que emana del art. 1.275 CC, norma que niega efectos a los contratos con causa ilícita, entendiendo por tal la que es contraria a la ley o a la moral. En el supuesto de operación vinculada, aunque no existiera formalmente autocontrato porque la sociedad esté representada por otro administrador, puede concurrir esa causa ilícita, aunque realmente la causa torpe sólo estaría de parte del administrador —o persona vinculada—, pues a la sociedad no se le puede imputar el propósito torticero de su representante (al contrario, es la víctima). Pero insisto en la mera posibilidad, pues ha de tratarse de un propósito manifiestamente ilícito, por inmoral, que sólo persigue el interés personal del administrador, en claro abuso de su posición dentro de la sociedad.

Ciertamente, en nuestro caso no sería irrelevante la falta de impugnación anterior del acuerdo social que ampare el negocio realizado, en particular cuando se intente «colar» por el cauce de la ilicitud causal un debate sobre la lesión del interés social que no fue planteado en tiempo oportuno según la normativa societaria. Pero esto no significa que el control material de los motivos sea imposible, sólo que habrá de elevarse el listón de su reproche, y será posible la acción de nulidad cuando concurra un manifiesto abuso, por perseguir el representante su propio y exclusivo beneficio, en detrimento de su principal.

Pero a la inversa también es posible. Es decir, aunque el acuerdo de la Junta general se anulara, no por ello el negocio tiene que decaer de forma fatal e inexorable, ni siquiera desde la perspectiva civil del autocontrato, donde la autorización del principal es innecesaria cuando objetivamente no hay conflicto. En nuestro caso esto supondría que el administrador, no obstante haber obtenido la autorización de forma irregular por no haberse abstenido, después negocia con su hermano hasta conseguir que éste fije su precio mínimo, y él todavía lo rebaja más celebrando el contrato consigo mismo. La operación se habría cerrado en condiciones óptimas para la sociedad, ¿qué sentido tiene declarar una nulidad que sólo perjudicaría a la sociedad al impedirle contratar con el vendedor que se confirma con menos precio?

Resulta claro que el debate fundamental gira en torno a la «razonabilidad» de la compra de la mitad indivisa de la nave. Ocurre, sin embargo, por las especiales características del caso, que una decisión empresarial que habría de valorarse normalmente desde la perspectiva impuesta por el «deber de diligencia» del administrador (con la protección adicional que ofrece la regla de la discrecionalidad empresarial), ha de serlo ahora desde la propia del «deber de lealtad» del cargo, por el riesgo de conflicto de interés.

En nuestro caso, la «razonabilidad» del negocio queda vinculada a la subsistencia del previo acuerdo de la Junta general, pues el «test» de exigencia en la discrecionalidad propia del empresario será distinto según el resultado de la impugnación de este último. Por eso, si al final ese acuerdo no fuera declarado nulo, la sociedad formalmente habría salvado el autocontrato por medio de un acuerdo válido, pero esto no significa que la compraventa también deba serlo. Sólo hace que el fundamento de la invalidez del negocio no pueda conformarse con el listón de la decisión empresarial poco razonable, o meramente lesiva, propio de la impugnación fracasada, sino que habrá de buscarse en el estándar probatorio, mucho más severo para el impugnante, de la ilicitud causal, con merma de las probabilidades de anulación.

Por el contrario, si el acuerdo de la Junta es anulado, la compraventa pierde la cobertura «formal» de aquella autorización, pero esto no significa que deba anularse un negocio que —como hipótesis— quizá haya resultado beneficioso para el principal. Simplemente, el estándar será mucho menos estricto que el anterior de la ilicitud de la causa, pues bastará una mínima duda sobre la oportunidad, la conveniencia o la justificación del negocio para hacer posible su anulación, pues el interés del principal para su realización en esos términos concretos habría de resultar evidente, incuestionable y sin alternativa, pues sólo así se disipa la sospecha que genera la confusión de intereses en una misma persona.

Estas ideas también se trasladan al ámbito de la legitimación, pues no es aplicable a la acción de nulidad la norma sobre legitimación de la minoría propia de

la acción de responsabilidad. Es cierto que en el pasado el TS había negado en ocasiones esta legitimación de los socios, pero la STS de 8 de abril de 2013 rechaza que constituya jurisprudencia de esta Sala que los socios carezcan, con carácter general, de esta legitimación, sino que todo dependerá de la causa o motivo de nulidad invocado. En el caso de esta sentencia, y en el de la posterior STS de 23 de septiembre de 2014 resultó determinante la ilicitud de la causa. Dentro de esa escala de gravedad del comportamiento del administrador habría así un último peldaño, que no sólo permite cuestionar la validez del negocio celebrado por aquél, también hacerlo directamente por los socios.

En cada situación de conflicto habrá que identificar y separar con una precisión casi quirúrgica las posibles infracciones cometidas, para dar con el mecanismo de reacción que corresponda, cada una y la mejor articulación entre todas ellas.

V. CONCLUSIONES

Y con esto voy concluyendo. En la resolución de los conflictos de socios no son pocas las ocasiones en las que debe primar la finalidad de la norma, la teleología immanente de la ley, sobre su rígida literalidad, por clara e inequívoca que resulte. Hay que ser un poco flexible en su aplicación. Por seguir con el «caso» que me ha servido de inspiración, ¿no habría motivo para «abstenerse» de la abstención? Es decir, que al socio-administrador se le permita votar para hacer posible el acuerdo que facilite la negociación a la baja del precio. Es obvio que el acuerdo está expuesto a impugnación, y quizá deba ser anulado, pero si se acredita que el acuerdo hizo posible una negociación del precio en términos claramente favorables para la sociedad, ¿acaso no se evidencia un posible abuso del impugnante, que pretende volver a la situación anterior para que la sociedad sólo puede comprarle a él y por un precio mayor? Los tribunales no resuelven en el vacío, en un plano deóntico donde se ha de ser una cosa o la contraria, sino ante una demanda específica a petición de parte, y detrás de ella siempre hay una determinada correlación de intereses. Al admitir esta aplicación «flexible» no relativizamos el deber legal de abstención, sólo evitamos su empleo estratégico en términos contrarios a su finalidad real.

Por supuesto es una flexibilidad que sólo corresponde a los tribunales. Los mecanismos de control preventivo, como los propios de la función notarial/registral, han de ser más «rígidos» en la aplicación de las normas, pero la suya es una rigidez circunscrita a un ámbito de intervención mínima. En nuestro caso, aunque de la certificación presentada resultara con claridad que el socio-administrador no se abstuvo, no le corresponde al notario/registrador poner en cuestión la decisión del presidente de la Junta, aunque se trate del mismo administrador que se autohabilita para votar. La competencia es del presidente, y sólo un juez puede cuestionar su acierto.

Quiero terminar con otro ejemplo de aplicación flexible, tomado de la interesante SAP de Barcelona de 31 de marzo de 2016. El supuesto no puede ser más sorprendente, pues se impugna por abusivo el cese de un administrador. En situaciones muy excepcionales cabe admitirlo (separación del consejero designado por la minoría, ya que propiamente no ha sido nombrado por la Junta), pero poco más, ya que aceptarlo significaría ir contra el principio democrático y de mayorías que rige el funcionamiento de la sociedad. Sin embargo, en el caso concurría una circunstancia muy especial. Los tres socios habían sido administradores, y la sociedad no repartía dividendos, de modo que los beneficios en realidad se distribuían en la forma de retribución a los administradores. Para la Audiencia Provincial resulta probada la existencia de un pacto parasocial verbal de todos los socios, pacto que permite definir el interés social en términos de interés común a todos los socios. Sobre esta base, el acuerdo de cese es abusivo, porque la sociedad decidió ligar ese puesto al reparto de beneficios, de manera que, si se quiere cesar al administrador, necesariamente esa medida deberá ir acompañada de la aplicación de un nuevo régimen en el reparto de beneficios, para garantizar que la mayoría no está abusando de la minoría. Consiguientemente, deja sin efecto el acuerdo de cese. El resultado final puede causar asombro, pero en gran medida me parece justificado.

A la vista de todo esto, vale la pena recordar una frase de Sigmund FREUD: aunque todos los elementos de un problema parezcan ordenarse como las piezas de un rompecabezas, habremos de recordar que lo probable no es necesariamente cierto, ni la verdad siempre es probable.

*(Trabajo recibido el 4/10/2016
y aceptado para su publicación el 30/11/2016)*

EL CERTIFICADO BANCARIO EN LAS APORTACIONES DINERARIAS EN LAS CONSTITUCIONES DE SOCIEDADES Y LOS AUMENTOS DE CAPITAL

JESÚS LLEONART CASTRO
Notario de Cervera de Pisuerga

RESUMEN

La Dirección General de los Registros y del Notariado analiza un caso de aportación dineraria para aumento de capital de una sociedad en el que el aportante deposita las cantidades en una entidad de crédito extranjera, que emite el oportuno certificado. Se examinan las repercusiones financieras de dicha operación y se estudian detalladamente los aspectos sustantivos de la cuestión, ahondando en la finalidad de la norma que exige la devolución del certificado para recuperar las cantidades aportadas y si, a la luz de la misma, resulta necesario o no para la viabilidad de la operación.

Palabras clave: aumento de capital, constitución de sociedades, certificado de depósito, entidad de crédito, entidad de crédito extranjera, aportaciones dinerarias, devolución del certificado.

BANK CERTIFICATES IN MONETARY CONTRIBUTIONS FOR THE INCORPORATION OF COMPANIES AND CAPITAL INCREASES

JESÚS LLEONART CASTRO
Notary public in Cervera de Pisuerga

ABSTRACT

The Directorate-General for Public Registries and Notaries Public analyses a case of monetary contribution for a capital increase in a company where the party making the contribution deposits the sums with a foreign credit institution that issues the corresponding certificate. An examination is made of the financial repercussions of this transaction

and the substantive aspects of the matter are studied in detail, delving deeper into the purpose of the rule requiring the return of the certificate in order to recover the sums provided and, in the light of the same, whether or not it is necessary for the feasibility of the operation.

Keywords: capital increase, incorporation of companies, deposit certificate, credit institution, foreign credit institution, monetary contributions, return of the certificate.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS FINANCIEROS: LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2016.—III. ASPECTOS SUSTANTIVOS: LA APORTACIÓN DINERARIA. 1. El certificado de la entidad de crédito en la constitución de sociedades. 2. El artículo 62.3 de la ley de sociedades de capital en los casos de aumento de capital.

I. INTRODUCCIÓN

La globalización como proceso económico a escala mundial revela indiscutiblemente la distancia en que aventaja la realidad social y económica, especialmente en el funcionamiento de los mercados, a la jurídica. El Derecho mantiene su persecución de aquélla en un constante intento de adaptación que, por definición, nunca podrá culminar en un alcance: la realidad va siempre un paso por delante. La situación se agrava en el plano internacional, donde la capacidad de respuesta se ralentiza por la mayor complejidad de los procesos legislativos que implican, a diferencia de los nacionales, la entrada en juego de los equilibrios y ambiciones de los respectivos Estados. Por ello, y sirva como premisa, consideramos que las legislaciones nacionales y, especialmente, los agentes encargados de su interpretación y aplicación diarias deben indagar siempre en el *anima legis* para que, siendo ésta siempre respetada, nuestra norma nacional pueda responder satisfactoriamente a una situación a escala internacional, sin que ello suponga en ningún caso desvirtuar el sentido y alcance de la protección dispensada por el texto legal.

Recientemente se ha planteado ante la Dirección General de los Registros y del Notariado una situación que requiere ser observada desde la óptica que mencionábamos. La sociedad 1810 Capital Investments, S. L., elevó a público los acuerdos adoptados por la Junta universal por los que se aumentó el capital social mediante la creación de veintiuna mil nuevas participaciones sociales, que son desembolsadas mediante aportaciones dinerarias (por valor de 2.100.000 €), cuya realidad fue acreditada con certificación del depósito de dicha cantidad a nombre de la sociedad en el banco suizo CBH Compagnie Bancaire Helvétique, S. A. El registrador de la propiedad calificó negativamente dicha escritura basándose en el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Sociedades de Capital. Este precepto exige que la realidad de la aportación se acredite mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la

sociedad en entidad de crédito. Empero, para el registrador, el certificado expedido por el banco suizo CBH no es apto para acreditar la realidad de la aportación, ya que considera que solamente son admisibles las certificaciones expedidas por entidades extranjeras con sucursal en España o que presten servicios financieros en nuestro país previa habilitación o autorización del Banco de España, en su caso. Aduce el especial régimen garantista de control y supervisión a que se someten las entidades de crédito y duda de la existencia de la propia entidad en el caso concreto de la resolución.

La riqueza de este supuesto práctico conviene abordarla desde una perspectiva doble. Por un lado, desde un punto de vista administrativo-financiero, la argumentación del letrado recurrente se centra en desvirtuar la nota de calificación refutando la pretendida habilitación del banco CBH en España, postura que la Resolución de 7 de septiembre de 2016 entra a valorar y responder. Desde otro punto de vista, puramente sustantivo y sucintamente apuntado por la parte recurrente, pero que carece de respuesta por la Dirección General, observaremos la función que asume la certificación en las operaciones de aumento de capital y sus diferencias con los casos de constitución.

II. ASPECTOS FINANCIEROS: LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2016

Para lograr la inscripción registral se autorizó una escritura de aclaración al objeto de incluir dos certificaciones. Una primera en la que CBH manifiesta que la cantidad aportada «no ha sido devuelta... y no será devuelta sin la entrega del original» y una segunda expedida por FINMA (Autoridad Federal Suiza de Vigilancia de Mercados Financieros) indicando que CBH está autorizada para actuar como «banco y agente de valores, en virtud del artículo 3 de la Ley Federal sobre Bancos y Cajas de Ahorro y del artículo 10 de la Ley Federal sobre Bolsas de Valores y Comercio de Activos Financieros y está sometido a la supervisión de la FINMA». Sin embargo, la calificación vuelve a ser negativa.

En este punto puede observarse que negar el carácter de entidad de crédito al banco CBH carece de todo fundamento cuando la propia existencia, actividad y operatividad del mismo son hechos notorios que no admiten discusión. La prudencia notarial, como criterio rector de la actuación de los notarios, dicta que una certificación de aportación en determinadas entidades internacionales garantiza la realidad de la aportación. Los grandes operadores financieros internacionales y los documentos expedidos por ellos acreditan suficientemente la aportación, ya que su nacimiento y actuación están presididos sin ningún género de duda por los requisitos y controles que el registrador niega a CBH dada su falta de autorización por el Banco de España. La misma pruden-

cia notarial aconsejará seguir todas y cada una de las cautelas que sean necesarias cuando el notario atisbe cualquier sombra de duda sobre tales aspectos: ante entidades de crédito desconocidas, de dudosa o reciente creación, domiciliadas en determinados Estados, etc. Indicadores que el notario valora y sopesa a la hora de autorizar la escritura. Sin embargo, no se puede dudar de que los grandes bancos internacionales, presentes en las operaciones financieras corrientes de cada día, tienen plenamente garantizado el control sobre los fondos que reciben, la identidad de las personas que requieren sus servicios o la titularidad de las cuentas en ellos abiertas, entre otros aspectos, y que dicha actividad está adecuadamente vigilada en estos mismos Estados. Dudar de tales extremos implica poner en tela de juicio el funcionamiento del mercado financiero internacional.

El registrador reitera la calificación negativa argumentando, en primer lugar, que la tramitación parlamentaria de la Ley de Sociedades de Capital sustituyó en el artículo 62 la expresión «*establecimiento de crédito*» por la de «*entidad de crédito*» con el objeto de establecer una identificación con el concepto de entidad de crédito recogido en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, hoy sustituida por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. El certificado de CBH, del que dice el registrador que «al parecer» es un banco y agencia de valores, no es válido, ya que las entidades de crédito de un Estado no miembro de la Unión Europea requieren para la prestación de servicios sin sucursal abierta en España autorización previa del Banco de España, ex artículo 13 de la ley 10/2014. Y que, dado que no ha pasado los requisitos y controles exigidos por la legislación española para la creación de entidades de crédito (y enumera: informe del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, comunicación al Ministerio de Economía y Competitividad...), «la entidad suiza de que se trata no entra en el concepto de entidad de crédito de la legislación española». Consecuencia de dicha argumentación es que este banco suizo no puede certificar que se le ha aportado una cantidad y ha emitido certificación de depósito.

La argumentación del registrador nos llevaría a la utilización de una cuenta abierta en España o a la apertura de una nueva cuenta para realizar la aportación. El movimiento transfronterizo de las cantidades que suelen manejarse en operaciones societarias como el aumento de capital tiene un enorme coste financiero para las partes interesadas: piénsese en las comisiones por transferencias internacionales, costes de apertura de cuentas..., así como un evidente coste temporal dada la ralentización a la que se ve sometida la obtención del certificado y, por consiguiente, el otorgamiento de la escritura. Más allá del importantísimo efecto económico de esta solución, resulta especialmente abrumador el hecho de que sea la inscripción registral de un aumento de capital lo que obligue al interesado a

abrirse una cuenta bancaria o a realizar un importante desembolso adicional; resulta sorprendente, cuanto menos, que el trámite registral (que es el último) de una operación que ya ha sido acordada en Junta universal y que ya ha sido elevada a público mediante el otorgamiento de la escritura dictamine cómo ha de procederse a la realización de un proceso que, precisamente, ya está terminado, a la sola espera de la culminación con la inscripción en el Registro Mercantil. La exigencia por el registrador de un requisito inexistente nos lleva a consecuencias tan descabelladas como someter la práctica económica de las sociedades a estos dictados, ya que será ese criterio registral el que determine dónde conviene abrir cuentas o por dónde tiene que circular el dinero de los clientes. Como ya anunciábamos al principio, siempre que resulte garantizada la finalidad de la norma, en el presente caso, la realidad de la aportación dineraria, la ley no debe ser utilizada para obstaculizar las operaciones societarias por la mera aparición de un elemento de extranjería, ya que eso supondría imponer una suerte de pena a las operaciones internacionales que, no sólo son frecuentísimas en la actualidad, sino que su crecimiento se antoja imparable. Corresponde a los particulares, en un ejercicio de economía de opción, optar por la solución que mejor satisfaga sus intereses (normalmente económicos) dentro del marco legal previsto en cada Estado. Todo ello, por supuesto, sin olvidar que una defensa a ultranza de esta argumentación atentaría contra la libertad de empresa reconocida en la Constitución, ya que coartaría el derecho de las sociedades españolas de operar financieramente en entidades extranjeras, una libertad que se traduce también en la posibilidad de elegir dónde depositar los propios capitales, ya en cuentas nacionales, ya en cuentas extranjeras.

Los argumentos esgrimidos por la parte recurrente se centran, precisamente, en defender la adecuada actuación de la sociedad, arguyendo un comportamiento plenamente conforme a Derecho. La *ratio* última de la norma es la necesidad de probar la efectiva aportación de los fondos, fundamentada por la defensa de los intereses sociales, dada la función que cumple el capital tanto internamente frente a los socios como externamente frente a los terceros, que confían en la cifra del capital. Éste es el objetivo único de la norma: probar la realidad de la aportación, estando toda formalidad supeditada al cumplimiento de dicha función. De esta manera, toda carga o formalidad adicional que no tenga por objeto demostrar la efectividad de la aportación es plenamente reiterativa y, por tanto, prescindible, igual que lo sería cualquier requisito adicional una vez aquella realidad de la aportación haya sido ya debidamente demostrada. Además, el propio artículo 62 de la Ley de Sociedades de Capital no exige en ningún momento que la entidad de crédito esté autorizada para operar en España, sino que únicamente requiere que ostente tal consideración y ello resultaba plenamente acreditado con las certificaciones emitidas por el banco que reproducíamos *infra*. La parte recurrente señala con acierto que la condición de entidad de crédito viene determinada por la actividad realizada: recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y conceder créditos por cuenta propia,

definición a la que se adscriben en términos plenamente coincidentes tanto la legislación española (y la comunitaria) como la suiza. La ley 10/2014 no tiene la capacidad de conceder o denegar la consideración de entidad de crédito a una u otra empresa, sino que simplemente se encarga de establecer los requisitos para su actuación en España, ya que la propia ley, al decir que «el Banco de España autorizará la creación de entidades de crédito y la libre prestación de servicios y creación de sucursales de entidades de crédito de Estados no miembros de la Unión Europea que pretendan establecerse en España», no está condicionando ni alterando el concepto de entidad de crédito, sino que simplemente regula cómo han de proceder estas entidades de crédito (que, por consiguiente, sí tienen esta consideración con carácter previo) para abrir sucursales en España. Esta misma idea la recoge el artículo 13 al decir que «*el establecimiento en España de sucursales de entidades de crédito autorizadas en Estados que no sean miembros de la Unión Europea requerirá autorización del Banco de España en la forma que reglamentariamente se determine*». Como vemos, la ley presupone el carácter de entidades de crédito de dichas empresas condicionando sólo su régimen de actuación. Por tanto, es su respectiva ley nacional la que habilita su condición de entidad de crédito. Lo que ocurre es que para la efectiva prestación de servicios en España sí debería estar autorizada por el Banco de España. Sin embargo, CBH no ha realizado ninguna actividad en España, sino que la actividad realizada, como entidad de crédito, se ha llevado a cabo en Suiza, aun produciendo efectos en España.

Nos encontramos así, continúa la defensa, ante un certificado extranjero que, ex artículo 11 del Código Civil, es plenamente válido si cumple los requisitos formales exigidos por la legislación nacional, en este caso el artículo 62 de la Ley de Sociedades de Capital. De suerte que, al tratarse de un certificado en que consta acreditado el depósito a nombre de la sociedad cuyo capital se aumenta, el concepto de esa aportación y un período tasado de vigencia de dos meses, se trata de un documento extranjero plenamente conforme con nuestra legislación y que debe, por tanto, producir efectos en España.

En la resolución de 7 de septiembre, la Dirección General confirma toda la argumentación de la parte recurrente y de manera escueta explica que, «a falta de norma que expresamente lo impida, no puede rechazarse la certificación del depósito expedida por una entidad como la del presente caso, que, según queda acreditado en la escritura calificada, está autorizada para actuar como banco y agente de valores». Esta entidad es «garante de la certeza del depósito dinerario, de su origen, integridad y destino, de suerte que, a los efectos de lo establecido en el artículo 62 de la Ley de Sociedades de Capital, y de su interpretación teleológica, la realidad del desembolso de dicha aportación dineraria resulta acreditada de modo equivalente al que se verificaría mediante certificación expedida por entidad de crédito española, y queda satisfecho razonablemente el objetivo perseguido por el legislador de garantizar la integridad del capital social».

III. ASPECTOS SUSTANTIVOS: LA APORTACIÓN DINERARIA

La riqueza del supuesto de hecho planteado nos permite indagar en el sistema de las aportaciones dinerarias y examinar el caso a la luz de la finalidad de la norma sustantiva. Ya la defensa de la parte recurrente lo apuntaba en el recurso, al decir que el artículo 62.3 no puede interpretarse de manera independiente, descontextualizado de la trayectoria que haya seguido la aportación dineraria. Centrando legislativamente la cuestión, recordemos que el artículo 62.1 de la Ley de Sociedades de Capital dispone: «ante el notario autorizante de la escritura de constitución o de ejecución de aumento del capital social o, en el caso de las sociedades anónimas, de aquellas escrituras en las que consten los sucesivos desembolsos, deberá acreditarse la realidad de las aportaciones dinerarias mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en entidad de crédito, que el notario incorporará a la escritura, o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella». Como sabemos, la necesidad de aportar el certificado de la entidad de crédito responde instrumentalmente a la *ratio* última de la norma: acreditar la realidad de la aportación dineraria, esto es, preservar la realidad del capital social como garantía básica, no sólo de los socios, sino también de los acreedores. Dicho certificado es requisito indispensable para el otorgamiento de la escritura de constitución o de ejecución del aumento de capital, por lo que, consecuentemente, el artículo 62.3 hace depender cualquier retirada de fondos de la cuenta de la consiguiente devolución del mismo. Es decir, el legislador establece un equilibrio entre la realidad de la aportación y la viabilidad de la escritura pública, de forma que no podrá procederse a su autorización sin el mantenimiento efectivo de la aportación a la sociedad. Dice el artículo 62.3 que «en tanto no transcurra el período de vigencia de la certificación, la cancelación del depósito por quien lo hubiera constituido exigirá la previa devolución de la certificación a la entidad de crédito emisora».

La interdependencia entre los apartados primero y tercero del artículo 62 resulta evidente. Sin embargo, el artículo 62 contempla en su supuesto de hecho dos situaciones diferentes: la constitución de sociedad y el aumento de capital. Ello nos lleva a cuestionar si ambos supuestos presentan la misma identidad de razón, si la mecánica del artículo 62.3 (vista desde la luz de la *ratio* de la norma) puede extenderse uniformemente tanto a la constitución como al aumento de capital, o si requiere de una previa adaptación a sus elementos diferenciadores. Incluso nos llegaremos a plantear si el artículo 62.3 resulta aplicable a ambos casos o si carece de fundamento en uno u otro.

1. El certificado de la entidad de crédito en la constitución de sociedades

El certificado bancario es uno de los dos medios arbitrados por la ley para preservar la integridad del capital social (el otro es la entrega al notario para que

éste constituya el depósito en nombre de la sociedad). El certificado debe ser exhibido y entregado al notario para el otorgamiento de la escritura, acredita la existencia de un depósito en una entidad de crédito (con las particularidades que hemos analizado *supra* sobre lo que «entidad de crédito» significa) en una cuenta abierta en la misma. Pero abierta, ¿a nombre de quién? Ya sabemos que por el juego de los artículos 19 y 20 de la Ley de Sociedades de Capital, es a través de la escritura pública como adquiere la sociedad en vías de constitución su personalidad jurídica básica, siendo necesaria la inscripción en el Registro Mercantil para la adquisición de la personalidad jurídica concreta del tipo elegido. Es decir, de la escritura pública nace la sociedad en formación, con una personalidad diferente a la de sus socios, que le va a permitir obtener un CIF y actuar en el tráfico jurídico con los terceros: «adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales», que dice el artículo 38 del Código Civil. Pero antes de la escritura pública, sin personalidad jurídica, sin un concreto sistema de gestión y representación, no hay una cuenta abierta a nombre de la sociedad, sino que la aportación dineraria que exige el artículo 62.1 LSC se va a realizar en una cuenta provisional abierta a nombre de ésta, a los solos efectos de su constitución. ESPERANZA GALLEGO¹ considera que la falta de personalidad jurídica de la sociedad en constitución nos obliga a acudir al contrato con estipulación a favor de tercero por la vía del artículo 1257.2 del Código Civil. Sin embargo, creemos que la estipulación de tercero, a diferencia de un mero contrato en interés de tercero, tiene la particularidad de atribuir un verdadero derecho subjetivo al tercero, que podrá ejercitar una vez que haya hecho saber su aceptación al estipulante, antes de que éste hubiera revocado la estipulación. Sin embargo, tan difícil es conceptualmente defender que pueda, sin personalidad jurídica, obrar como depositaria de la aportación dineraria como admitir que pueda, sin haber otorgado la escritura pública de constitución, adquirir un derecho subjetivo.

Con cierto rigor técnico dice el tenor literal del artículo 62.1 que se deberá entregar la certificación «*del depósito*» de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en entidad de crédito. No obstante, debemos aclarar que, a pesar de su denominación, no estamos ante un verdadero certificado de depósito bancario. No es un título valor que atribuye al depositante un derecho de crédito a la devolución del dinero incorporado a un documento de efecto legitimador y traslativo; no es un título que pueda circular ni emitirse a la orden. Es únicamente un documento bancario que constata la existencia de un depósito a nombre de la sociedad. Efectivamente se trata de un verdadero contrato de depósito en el que deberá constar que se realiza en concepto de aportación a la sociedad, circunstancia que también se ha de mencionar en la certificación. Ahora bien, la entrada en juego de las normas del depósito tiene una serie de repercusiones prácticas cuya importancia se antoja vital en el enfoque que analizamos. El mecanismo del depó-

¹ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital», ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio (coords.), Thomson Reuters Civitas, 2011, pp. 586 a 595.

sito hace que el propio depositante no pierda la disponibilidad de las cantidades depositadas. Como dice el propio artículo 1766, el depositario (la entidad de crédito) «*está obligado a guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante*». Por consiguiente, la entidad de crédito deberá reintegrar la cantidad depositada al aportante siempre que éste lo solicite. En este caso entra en juego la previsión del artículo 62.3: mientras esté vigente la certificación (el plazo es de dos meses, según el artículo 62.2), la cancelación del depósito por quien lo hubiera constituido exigirá la previa devolución de la certificación a la entidad de crédito emisora.

El artículo 62.3, con toda lógica, busca preservar el equilibrio que garantiza el artículo 62.1 entre la realidad de la aportación y la viabilidad de la escritura. El objetivo primordial del artículo 62.3 es evitar que, mediante la libre disponibilidad de las sumas aportadas de la que goza el depositante, pueda usarse una misma cantidad de dinero para ser depositada en diferentes entidades de crédito, obteniendo distintos certificados y constituir de esta forma varias sociedades cuyo capital capital sea inexistente. El artículo 62.3 se sustenta, por tanto, en el riesgo de la retirada del efectivo aportado, un riesgo que es plenamente comprensible y que obedece a la libre disponibilidad de la cosa depositada de la que goza todo depositante.

Una vez otorgada la escritura de constitución, este riesgo desaparece, y ello por dos circunstancias diferentes. Por un lado, una vez constituida la sociedad, las cantidades depositadas se transmiten a la misma, por lo que el depositante pierde todo el poder de disposición que tenía sobre tales cantidades, desapareciendo así el riesgo antedicho; por otro lado, porque el certificado se incorpora a la escritura de constitución, quedando unido a la misma, de manera que no podrá ser devuelto a la entidad de crédito como medio para obtener la restitución de la aportación dineraria. Por tanto, la escritura de constitución representa el término final del riesgo que pretende evitar el artículo 62.3, ya que supone la definitiva pérdida de la disponibilidad sobre las cantidades depositadas. Dicha disponibilidad corresponde, desde ese momento, por entero a la sociedad constituida.

2. El artículo 62.3 de la Ley de Sociedades de Capital en los casos de aumento de capital

Aparentemente, el artículo 62.3, dada su interrelación con el artículo 62.1, engloba en su supuesto de hecho tanto el caso de la constitución como del aumento de capital. ESPERANZA GALLEG² defiende también la extensión del régimen al aumento de capital sobre la base de que la disponibilidad de la cantidad depositada se mantiene en tanto no transcurran los dos meses de vigencia de la certi-

² GALLEG² SÁNCHEZ, Esperanza: *opus cit. supra*.

ficación, puesto que, entiende, no hay ningún vínculo jurídico entre el aportante y la sociedad hasta que no se produzca la definitiva suscripción o asunción de las acciones o participaciones. Nosotros, no obstante, no podemos compartir esta opinión.

La naturaleza jurídica de la aportación a la sociedad ha sido objeto de amplias discusiones doctrinales y jurisprudenciales. Sin ánimo exhaustivo, podemos afirmar que una reiterada doctrina jurisprudencial considera que la aportación, «si bien no puede ser equiparada totalmente a una compraventa, constituye un auténtico negocio jurídico traslativo, un negocio de enajenación verdaderamente dispositiva que, por semejanza, ha permitido la expresión tradicional *apport en société vut vent*, lo que explica la razón de la norma contenida en el citado artículo 64 de la Ley respecto a la obligación del aportante sobre la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación». Esta discusión se ha centrado, evidentemente, en torno a las aportaciones no dinerarias, respecto a la obligación de dar del aportante. Pero ello no es óbice para que sea plenamente aplicable a las obligaciones del aportante de una determinada cantidad de dinero, puesto que el carácter fungible del mismo no hace sino intensificar el carácter dispositivo de la aportación. De hecho, un importante sector doctrinal negaba la adquisición de la propiedad por las sociedades no inscritas debido a una supuesta falta de personalidad jurídica de la misma, cuestión que ha sido acertadamente rebatida haciendo hincapié en que lo decisivo no es la inscripción en el Registro Mercantil, sino el nacimiento de la sociedad en formación mediante la escritura pública y la alteración que desde ese momento se produce de la relación del aportante con la cosa. El acto de aportación modifica sustancialmente la relación jurídica existente con el objeto de la aportación, produciéndose, desde que aquella tiene lugar, una pérdida del poder de disposición del aportante. Es necesario que concurren dos circunstancias para que se produzca esta alteración: por un lado, debe existir un sujeto apto que reciba el poder dispositivo que anteriormente tenía el aportante; por otro, debe llevarse a efecto un acto que nuestro ordenamiento considere apto para operar como vehículo transmisivo de la citada propiedad y consiguiente poder de disposición sobre la cosa.

El primero de los requisitos se cumple, en el caso de la constitución de sociedades, mediante el otorgamiento de la escritura pública. La sociedad en formación, como es unánimemente admitido en la doctrina y la jurisprudencia, tiene plena capacidad de obrar, y por ello puede adquirir bienes y derechos de todas clases. Es un ente válido para colocarse en la posición jurídica que el aportante ostentaba respecto de la cosa, es perfectamente apto para subrogarse en la posición jurídica de propietario de que gozaba el aportante. Y ello, en el caso del aumento de capital, es absolutamente indubitado; aquí no se trata de una sociedad en vías de formación, pendiente de inscripción en el Registro Mercantil, sino que nos encontramos ante un ente en pleno funcionamiento, claramente diferenciado de sus socios y perfectamente reconocido en el tráfico negocial. La sociedad cuyo capital se aumenta tiene una vida jurídica plenamente independiente.

El segundo de los requisitos obedece a las normas generales de nuestro derecho sobre las modificaciones jurídico-reales. La teoría del título y el modo, recogida en nuestro artículo 609 del Código Civil, hace necesario un título transmisivo válido (como la aportación a sociedad) y un modo o tradición que culmine el proceso transmisivo (habitualmente colmado con la tradición instrumental, función que cumple, entre otras muchas, la escritura pública). En los casos de constitución de sociedades, la escritura aglutina ambos elementos; sin embargo, en el aumento de capital, es la escritura de ejecución del aumento la que finalizará el proceso. Pero la cuestión que analizamos en esta sede no es de tintes teóricos, sino prácticos. Efectivamente, en una aportación dineraria para un aumento de capital será con la escritura de ejecución del aumento cuando la sociedad se haga definitivamente dueña de las cantidades aportadas con anterioridad (lapso de tiempo éste absolutamente ineludible, dada la operativa de este tipo de supuestos). Pero para nosotros no puede desaparecer de la ecuación el aspecto fáctico, práctico, de la cuestión; es decir, no debemos preguntarnos cuándo ha dejado de ser dueño el aportante de las cantidades que ha «depositado» en la entidad de crédito, sino ¿cuándo ha dejado de poder disponer libremente de ellas? ¿Cuándo se ha visto, desde un punto de vista fáctico, alterada sustancialmente su relación con la aportación dineraria? Desde el momento en que las ha ingresado en la cuenta corriente abierta a la sociedad, circunstancia ésta que certifica la entidad de crédito. Aquí no se trata de un depósito en una cuenta provisional abierta a una sociedad futura. Nos encontramos ante un verdadero ingreso, un pago. El cumplimiento de una obligación de dar, de carácter pecuniario, que responde a la obligación asumida por el aportante de cumplir su concreta prestación. En este negocio bilateral no podrá adquirir las participaciones que surjan del aumento sin el previo «pago» de las mismas, es una consecuencia directa del sinalagma genético existente: cada prestación tiene su causa en la atribución patrimonial de la contraparte. Obviamente, hay una distancia temporal entre una y otra prestación, como cuando en una compraventa el precio se paga antes de la entrega de la cosa o del otorgamiento de la escritura. La propia maquinaria financiera requiere de cierto tiempo para funcionar, para que las cantidades lleguen de una cuenta a otra. En nuestro ejemplo de la compraventa, si ésta llegara a frustrarse y las partes decidieran devolverse las aportaciones, a todos se nos antoja imposible que el comprador acudiera al banco a solicitar que se le devolviese la transferencia que había realizado en los días previos, ya que implica una disposición sobre unas cantidades que ya no tiene: sería el vendedor el encargado de disponer y devolverle el precio. Lo mismo ocurre en el aumento de capital: la aportación a la sociedad, la transferencia o el ingreso en la cuenta de la misma, altera sustancialmente la relación del aportante con la aportación, ya no es dueño, ni siquiera depositante. Ha entregado, pagado, una cantidad por un crédito frente a la sociedad preexistente, y ya no puede disponer de algo que ha salido de su esfera jurídica. Todo ello sin perjuicio de que si se frustrara el aumento de capital (por ejemplo, cuando se hubiese previsto en el acuerdo la ineficacia de la suscripción o asunción incompleta) pudiera exigir la restitución de las cantidades aportadas, aunque nunca de forma unilateral, sino

con la intervención de la sociedad. Una facultad plenamente consecuente con el carácter bilateral de la operación, pero que de nuevo nos demuestra que requiere el comportamiento activo de la sociedad para devolver, que el aportante ya no puede posesionarse en lo aportado por su propia mano.

No se puede olvidar tampoco que, a diferencia del depósito que se realiza con ocasión de una constitución, que tiene como única y específica finalidad servir de cobertura a una futura y no segura constitución de sociedad y no puede ser utilizada de ninguna otra manera, en la práctica, excepto en aquellos casos en que sólo se prevé la eficacia del aumento completo, una vez ingresadas las cantidades en la cuenta de la sociedad que aumenta el capital pueden ser dispuestas —y de hecho casi siempre lo son— de forma inmediata por la sociedad para diversos fines, como adquirir bienes, pagar deudas a proveedores, etc. Y eso puede ocurrir mucho antes del otorgamiento de la escritura de elevación a público del aumento de capital y, desde luego, siempre antes de que se proceda a practicar la inscripción registral, aunque pueda extrañar a quienes desconocen la vida real de las sociedades. Porque la única exigencia para otorgar la escritura de aumento es que el ingreso no sea anterior en más de dos meses a la fecha en que se tomó el acuerdo. Lo que demuestra paladinamente quién es el titular del dinero una vez que se ingresa en la cuenta social y quién es el único legitimado para disponer de los fondos.

Por tanto, si desaparece el poder de disposición sobre las cantidades cuando éstas son transferidas a la sociedad, si (como en el caso de la constitución de la sociedad cuando se otorga definitivamente la escritura) ya no hay riesgo de que se recuperen estas cantidades, ¿no resulta evidente que el artículo 62.3 no es aplicable al caso del aumento de capital? Si, desde un punto de vista práctico, el supuesto de hecho previsto en el precepto no es realizable, ¿por qué hemos de exigir su consecuencia jurídica? No podemos hacer depender la inscripción de la escritura de ejecución de aumento en el Registro Mercantil de la entrega de un certificado que garantice que no se van a devolver las cantidades sino es por canje con aquél, cuando precisamente la devolución de las cantidades es absolutamente imposible. Ninguna entidad de crédito va a permitir a quienes pagaron el desembolso de lo asumido recuperarlo cuando el objeto de aquellos pagos ya no está en su esfera de poder. Será la sociedad la que deba devolver tales aportaciones, en su caso. Por consiguiente, si no van a poder reclamar la devolución de las aportaciones (ni siquiera contra la entrega del certificado), resulta claro que el artículo 62.3 no está pensando en el caso del aumento de capital, puesto que no existe el riesgo que fundamenta la protección que dispensa.

*(Trabajo recibido el 30/11/2016
y aceptado para su publicación el 22/12/2016)*

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

APORTACIONES DE SOCIOS NO INTEGRADAS EN EL CAPITAL SOCIAL

LUIS ALFONSO ROJÍ CHANDRO

*Profesor del Departamento de Economía y Hacienda Pública de la UAM
Socio-director de L. A. Rojí Asesores*

DOLORES DIZY MENÉNDEZ

Profesora del Departamento de Economía y Hacienda Pública de la UAM

RESUMEN

Las aportaciones de socios no integradas en el capital social constituyen cada vez más un acto frecuente en las sociedades de capital, sobre todo en las medianas y familiares, como alternativa a la ampliación de capital para reestablecer el equilibrio financiero patrimonial en una entidad. Sus efectos fiscales ante una posible devolución de las aportaciones efectuadas está siendo un aspecto controvertido, existiendo diferencia de trato fiscal según sea el socio persona física o entidad mercantil. En el caso de sociedades, la contabilización de las operaciones es fundamental para delimitar el alcance de la fiscalidad.

Palabras clave: aportaciones de socios, fondos propios, no reembolsable, prima de emisión, efectos fiscales, contabilización.

CONTRIBUTIONS BY PARTNERS NOT INCLUDED IN THE COMPANY'S CAPITAL

LUIS ALFONSO ROJÍ CHANDRO

*Lecturer in the Department of Economics and the Exchequer at the UAM
Managing Partner at the L.A. Rojí Asesores consultancy*

DOLORES DIZY MENÉNDEZ

Lecturer in the Department of Economics and the Exchequer at the UAM

ABSTRACT

Shareholders contributions which do not become part of the share capital are nowadays quite frequent in capital companies, especially in the medium-sized and familiar

ones, as an alternative to the capital increase to restore the financial balance in an entity. How is the restitution of such contributions taxed remains a controversial issue, and it is necessary to distinguish whether the shareholder is a natural person or a legal entity. Furthermore, when the shareholder is a company, the way the accounting of the operation is executed is essential to determine the scope of taxation.

Keywords: shareholders contributions, own funds, non-refundable, share premium, tax effects, accounting.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APORTACIONES DE LOS SOCIOS CON DERECHO A DEVOLUCIÓN.—III. APORTACIONES DE LOS SOCIOS SIN DERECHO A DEVOLUCIÓN.—IV. APORTACIONES DE LOS SOCIOS NO REEMBOLSABLES, PERO QUE TRANSCURRIDO EL TIEMPO LA JUNTA DECIDE SU DEVOLUCIÓN. 1. *Socio persona jurídica*. 2. *Socio persona física*.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Las aportaciones que realizan los socios a la sociedad pueden tener una doble finalidad: o bien dotar de liquidez necesaria en un momento determinado con el objetivo de su restitución futura, o bien reestablecer el equilibrio patrimonial de la sociedad con aportaciones inicialmente no reintegrables.

En los últimos años se ha generalizado la utilización de aportaciones de socios que no suponen un incremento del capital como forma de financiación de las sociedades de capital, dados los menores requisitos exigidos frente a otras formas de financiación como son las ampliaciones de capital. Estas últimas requieren la emisión de acciones o creación de participaciones sociales, acuerdo de la Junta general, escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, certificación bancaria acreditativa del ingreso dinerario o informe de los administradores o del experto independiente en el caso de aportaciones no dinerarias; mientras que las aportaciones únicamente requieren el acuerdo de la Junta general.

El problema de las aportaciones de socios no integradas en el capital social no radica en el momento de la aportación, salvo en el caso de las aportaciones en especie, sino en el tratamiento fiscal que tienen los reintegros de estas aportaciones a los socios; cuestión no exenta de controversia que se analiza en el presente artículo.

II. APORTACIONES DE LOS SOCIOS CON DERECHO A DEVOLUCIÓN

En este caso, la aportación de los socios tiene carácter temporal y es con derecho a devolución, por lo que, de acuerdo a su verdadera naturaleza económica, estaríamos ante un préstamo susceptible de generar intereses y que no debe figurar en los fondos propios al tratarse de una operación de autofinanciación. De

acuerdo con lo establecido en el Plan General Contable (PGC), la aportación tiene naturaleza de pasivo, porque se va a devolver y, en consecuencia, se anotaría en la *cuenta 551. Cuenta corriente con socios y administradores*, que presentará un saldo acreedor, debiendo estar perfectamente formalizado el préstamo entre la sociedad y los socios (liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aunque está exento, realizar ingresos periódicos según la planificación establecida y abonar los intereses en los plazos acordados con la oportuna retención, si procede).

Contablemente se registraría como:

(XXX) Bancos, activos...	a (551) Cuenta corriente con socios y administradores
--------------------------	--

Fiscalmente, en función del porcentaje de participación del socio, será o no una operación vinculada. El artículo 18.2. de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), establece que existe vinculación socio-sociedad si el socio posee, directa o indirectamente, al menos el 25% del capital social de la entidad.

Si es una operación vinculada, desde el punto de vista fiscal debe valorarse por su valor de mercado (art. 18.1. LIS), entendiéndose por éste el precio que se aplicaría entre dos sujetos económicos independientes, esto es, el que la sociedad fijaría a sus clientes en una situación normal y estándar. En consecuencia, fiscalmente existiría una presunción de retribución a tipo de interés de mercado, pudiendo considerarse como mínimo el interés legal del dinero fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (3% en el año 2016).

A este respecto, la consulta vinculante V1238-13 de la Dirección General de Tributos establece que, tratándose de contratos de préstamos entre personas vinculadas, *«deberá computarse el valor de mercado de los intereses correspondientes a tales operaciones, sin que, en ningún caso, deba tomarse en consideración el importe del principal del préstamo, ni las cantidades reembolsadas en el ejercicio o el importe de los intereses devengados en el período, sino únicamente el valor de mercado de la contraprestación total de la operación vinculada, es decir, el valor de mercado de los intereses totales correspondientes al contrato»*.

Además, por el contrato de préstamo entre la sociedad y el socio, se debe autoliquidar el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aunque actualmente esta operación está sujeta y exenta, por lo que no se devengará cuota tributaria alguna por el objeto del contrato. No obstante, cuando el socio perciba los intereses derivados del préstamo, la sociedad deberá retener en la actualidad el 19% del importe abonado.

III. APORTACIONES DE LOS SOCIOS SIN DERECHO A DEVOLUCIÓN

Estas aportaciones se integran en el patrimonio social con carácter definitivo y los socios no tienen derecho ni a su devolución ni a contraprestación alguna por la entrega de bienes o prestación de servicios, es decir, no son reembolsables. Según la Norma de Registro y Valoración 18-2: «*Las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables recibidos de socios o propietarios no constituyen ingresos, debiéndose registrar directamente en los fondos propios*». Resulta suficiente el acuerdo unánime de la Junta general, debidamente registrado en el libro de actas, no siendo necesaria escritura pública ni inscripción en el Registro mercantil.

Contablemente se anotarían en la cuenta 118. *Aportaciones de socios o propietarios*, cuya definición es la siguiente:

«Elementos patrimoniales entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo. En particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas.»

(XXX) Bancos, activos...	a (118) Aportaciones de socios o propietarios
--------------------------	--

En las aportaciones de los socios sin derecho a devolución, a la hora de analizar las consecuencias fiscales para la sociedad que recibe la aportación y para los socios que aportan los fondos, hay que distinguir dos situaciones:

- a) Los socios aportan los fondos proporcionalmente a su participación en el capital social. Para la sociedad que percibe la aportación no se manifiesta renta alguna ni a efectos contables ni a efectos fiscales, por lo que no debe computar ingreso alguno en el Impuesto sobre Sociedades. Para los socios, la aportación de fondos constituye un mayor valor de adquisición de la participación, que tendrá repercusión fiscal en el futuro a la hora de calcular la posible ganancia o pérdida patrimonial cuando se transmitan las participaciones.
- b) Los socios no aportan los fondos proporcionalmente a su participación en el capital social. Para la sociedad, el exceso de aportación de cada socio tendrá la consideración de liberalidad, suponiendo un ingreso fiscal computable (art. 17.5 LIS). Para los socios, el exceso de aportación podría calificarse de donación en favor del resto de los socios.

En todo caso, si la aportación del socio a la sociedad no es dineraria, el bien aportado debe valorarse por su valor de mercado en el momento de realizar la misma, pudiendo originarse una ganancia o pérdida patrimonial, con el consiguiente efecto en el impuesto sobre la renta que corresponda al socio (IRPF o IS).

Además, aunque las aportaciones de socios a fondos propios están sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la modalidad de Operaciones Societarias, en la actualidad están exentas, por lo que no se genera deuda tributaria alguna por este concepto (art. 45.1.B).15 TRLITPAJD).

EJEMPLO

Una sociedad tiene un capital social de 100.000 €, distribuido entre dos socios que posee cada uno el 50%. Ante la falta de liquidez de la sociedad, se decide realizar aportaciones por importe de 10.000 €, de los cuales 8.000 € los ingresa el socio A y 2.000 € el socio B, tal y como queda reflejado en la *cuenta 118. Aportaciones de socios o propietarios*.

En este caso, los socios no aportan los fondos proporcionalmente a su participación en el capital social, por lo que para la sociedad existe un ingreso fiscal por los excesos de aportación de cada socio y para el socio B una supuesta donación, que podrá ser liquidada como tal, o tendrá los efectos fiscales oportunos en función de la naturaleza del socio (persona física o jurídica).

Sociedad	$8.000 - 5.000 = 3.000$	➡	Ingreso fiscal
Socio B	$5.000 - 2.000 = 3.000$	➡	Posible donación

IV. APORTACIONES DE LOS SOCIOS NO REEMBOLSABLES, PERO QUE TRANSCURRIDO EL TIEMPO LA JUNTA DECIDE SU DEVOLUCIÓN

La primera cuestión que surge es si es factible mercantilmente que una aportación realizada con carácter definitivo y no reintegrable y sin derecho a contraprestación alguna a favor de los aportantes (requisitos exigidos por la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V-1863-09), con el transcurso del tiempo pueda reembolsarse por acuerdo de la Junta general.

La respuesta parece ser positiva, por cuanto la Ley de Sociedades de Capital no dice nada al respecto y la única referencia se encuentra en el Plan General Contable cuando define los motivos de cargo y abono de la *cuenta 118. Aportaciones de*

Socios y propietarios, donde se indica que se cargará generalmente, con abono a la cuenta 121 y por la disposición que de la aportación pueda realizarse.

Si lo aplicamos a compensar resultados negativos, no se produce efecto fiscal alguno y la anotación contable sería:

(118) Aportaciones de socios o propietarios	a	(121) Resultados negativos de ejercicios anteriores
--	---	--

La expresión *por la disposición que de la aportación pueda realizarse* da a entender que no sólo se puede aplicar la aportación a la compensación de pérdidas, sino que también es aplicable a otros fines; aunque no se especifica cuáles son, tampoco se menciona impedimento alguno para que entre ellos se encuentre la restitución de las aportaciones. A este respecto, la posibilidad de reintegro es reconocida por la Dirección General de Tributos, estableciendo como condición que se respeten los requisitos establecidos en la Ley de Sociedades de Capital para el reparto de la prima de emisión.

Los posibles efectos fiscales han sido analizados por la Dirección General de Tributos en diversas consultas, siendo la más reciente la consulta vinculante V1978-16, del 9 de mayo de 2016, en la que se establecen las siguientes pautas respecto de la imposición directa:

«Por lo que respecta a la distribución que se realice a los socios de la cuenta correspondiente a aportaciones de socios o propietarios, en la que se ha materializado la aportación realizada por éstos; la entrega de dicha cantidad a los socios corresponderá al derecho abstracto a la distribución de reservas (procedentes de beneficios o de aportaciones de socios) acordada en los términos y con los requisitos establecidos para ello en la normativa mercantil, que corresponde a cada socio por el hecho de serlo (y por tanto, con independencia de que hubiera o no aportado en su día los fondos a las reservas a repartir).

Bajo dicha consideración, la distribución de reservas correspondiente a aportaciones de socios debe tener el tratamiento establecido para el reparto de la prima de emisión, dada su misma naturaleza.»

Consecuentemente, **la devolución de aportaciones de los socios tributan de forma análoga a las primas de emisión**, y su tratamiento fiscal dependerá de la condición del socio, persona física o persona jurídica.

1. Socio persona jurídica

De acuerdo con la normativa del Impuesto sobre Sociedades (art. 17.4 LIS), la distribución de la prima de emisión minora el valor de la participación hasta su

anulación, considerándose ingreso el exceso sobre el valor de adquisición de la participación.



EJEMPLO

Una entidad está participada por dos sociedades: la sociedad A, que posee el 60% del capital con un coste de adquisición de 600.000 €, y la sociedad B, que posee el 40% del capital con un coste de adquisición de 400.000 €. En el ejercicio 2014, ambas sociedades realizan una aportación para mantener el equilibrio patrimonial de forma proporcional, aportando 300.000 € el socio A y 200.000 € el socio B.

En el año 2015, los fondos propios de la entidad ascienden a 1.800.000 €; y en el año 2016 acuerdan restituir en metálico 300.000 € de la aportación realizada el año anterior, correspondiendo 180.000 € al socio A y 120.000 € al socio B.

Contablemente, los asientos a practicar son:

Entidad participada

• Por la aportación en 2014:

500.000 (572) Bancos	a	(118) Aportaciones de socios o propietarios	500.000
----------------------	---	---	---------

• Por la restitución en 2016:

300.000 (118) Aportaciones de socios o propietarios	a	(572) Bancos	300.000
---	---	--------------	---------

Socio A

• Por la constitución:

600.000 (1240) Cartera de valores de la participada	a	(572) Bancos	600.000
---	---	--------------	---------

• Por la aportación en 2014:

300.000 (1240) Cartera de valores de la participada	a	(572) Bancos	300.000
---	---	--------------	---------

APORTACIONES DE SOCIOS NO INTEGRADAS EN EL CAPITAL SOCIAL

- Por la restitución parcial en 2016:

180.000 (572) Bancos	a	(1240) Cartera de valores de la participada	180.000
----------------------	---	---	---------

No existen efectos fiscales al ser la devolución en metálico y no superar el valor de adquisición de la participación.

Socio B

- Por la constitución:

400.000 (1240) Cartera de valores de la participada	a	(572) Bancos	400.000
---	---	--------------	---------

- Por la aportación en 2014:

250.000 (1240) Cartera de valores de la participada	a	(572) Bancos	250.000
---	---	--------------	---------

- Por la restitución parcial en 2016:

120.000 (572) Bancos	a	(1240) Cartera de valores de la participada	120.000
----------------------	---	---	---------

No existen efectos fiscales al ser la devolución en metálico y no superar el valor de adquisición de la participación.

Supongamos que la **restitución es en especie** y se le entrega a cada socio un inmueble cuyos valores contables son: 180.000 € el inmueble 1 para el socio A y 120.000 € el inmueble 2 para el socio B, siendo los valores de mercado respectivamente de 1.000.000 de € y 700.000 €.

Contablemente, los asientos a practicar son:

Entidad participada

300.000 (118) Aportaciones de socios o propietarios	a	(211) Inmueble 1 (211) Inmueble 2	180.000 120.000
---	---	--------------------------------------	--------------------

Fiscalmente, la entidad participada tendría un ingreso fiscal por la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de cada inmueble.

$$\text{Ingreso fiscal (Inmueble 1)} = 1.000.000 - 180.000 = 820.000$$

$$\text{Ingreso fiscal (Inmueble 2)} = 700.000 - 120.000 = 580.000$$

Socio A

• Por la restitución parcial en 2016:

1.000.000 (211) Inmueble 1	a	(1240) Cartera de valores de la participada	900.000
		(760) Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio	100.000

El socio A tiene un ingreso contable que constituye ingreso fiscal, por lo que no hay que realizar ajuste extracontable alguno por este concepto en la liquidación del Impuesto sobre Sociedades. El socio persona jurídica puede valorar la posibilidad de acogerse a la exención de dividendos y participaciones de fuente interna establecida en el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Socio B

• Por la restitución parcial en 2016:

700.000 (211) Inmueble 2	a	(1240) Cartera de valores de la participada	600.000
		(760) Ingresos de participaciones en Instrumentos de patrimonio	100.000

El socio B tiene un ingreso contable que constituye ingreso fiscal, por lo que no hay que realizar ajuste extracontable alguno por este concepto en la liquidación del Impuesto sobre Sociedades. El socio persona jurídica puede valorar la posibilidad de acogerse a la exención de dividendos y participaciones de fuente interna establecida en el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

2. Socio persona física

El artículo 25.1.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, considera rendimientos del capital mobiliario la

distribución de la prima de emisión. Por tanto, el importe obtenido disminuye el valor de adquisición hasta su anulación y el exceso constituye rendimiento de capital mobiliario no sujeto a retención o ingreso a cuenta (art. 75.3.h) del reglamento del IRPF).

Valor de lo recibido > Valor de adquisición	→	R.º del capital mobiliario para el socio persona física
---	---	---

En el caso de distribución de primas de emisión de valores no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE, se considera rendimiento del capital mobiliario el importe obtenido o el valor normal de mercado de los bienes y derechos obtenidos, con el límite de la diferencia positiva entre el valor de los fondos propios de las acciones o participaciones correspondientes al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de la distribución de la prima (fecha de la devolución) y su valor de adquisición, en la parte que corresponda a la participación del socio.

Para calcular el límite anterior, los fondos propios se minorarán en el importe de los beneficios repartidos procedentes de reservas incluidas en los citados fondos propios con anterioridad a la fecha de distribución de la prima de emisión, así como en el importe de las reservas legalmente indisponibles incluidas en los citados fondos propios que se hubieran generado con posterioridad a la adquisición de las acciones o participaciones.

Si el reparto de la prima de emisión se hubiera computado como rendimiento del capital mobiliario en su totalidad, o en parte, y con posterioridad se hubieran obtenido dividendos o participación en beneficios por las acciones que han permanecido en el patrimonio desde la distribución de la prima de emisión, el importe obtenido minorará el valor de adquisición con el límite de los rendimientos del capital mobiliario previamente computados por el reparto de la prima de emisión al objeto de eliminar la doble imposición que se pudiera producir.

EJEMPLOS

En una sociedad unipersonal, la Junta general decide la devolución de la *cuenta 118, Aportaciones de socios y propietarios*, devolución que se realiza en el mes de febrero de 2016 cumpliendo con todos los requisitos mercantiles de equilibrio patrimonial. El socio A (persona física) percibe 500.000 € como propietario del 100% del capital social. Se supone que el ejercicio económico coincide con el año natural, que el socio A adquirió la participación en 200.000 € y que el importe de los fondos propios del ejercicio 2015 ascendió a 600.000 euros.

Si los fondos propios en 2015 son superiores al valor de adquisición de la participación, la diferencia constituye rendimiento del capital mobiliario para el socio persona física.

SOCIO A		
$600.000 - 200.000 = 400.000$	➡	R.º Capital mobiliario
$500.000 - 400.000 = 100.000$	➡	Menor valor de adquisición futuro (cuando se vendan las acciones)

Una sociedad tiene dos socios personas físicas, A y B, que participan en el 50% del capital social cada uno de ellos. En el año 2014 cada socio aporta 1.000.000 de € para reestablecer el equilibrio patrimonial. En el año 2016, la Junta acuerda restituir 500.000 € a cada socio, cumpliendo con todos los requisitos mercantiles de equilibrio patrimonial. El valor de adquisición de la participación del socio A fue de 200.000 € y del socio B de 500.000 €. Se supone que el ejercicio económico coincide con el año natural y que los fondos propios ascendieron a 3.200.000 € en el año 2015.

La diferencia entre los fondos propios y el valor de adquisición de las participaciones constituye rendimiento del capital mobiliario. El valor de adquisición computable está formado por el precio de adquisición más las aportaciones de socios realizadas a lo largo de la tenencia de la participación. En el caso del socio A, el valor de la adquisición ascendería a 1.200.000 € (200.000 + 1.000.000), y para el socio B sería de 1.500.000 € (500.000 + 1.000.000).

SOCIO A		
$1.600.000 - 1.200.000 = 400.000$	➡	R.º Capital mobiliario
$500.000 - 400.000 = 100.000$	➡	Menor valor de adquisición futuro (cuando se vendan las acciones)

SOCIO B		
$1.600.000 - 1.500.000 = 100.000$	➡	R.º Capital mobiliario
$500.000 - 100.000 = 400.000$	➡	Menor valor de adquisición futuro (cuando se vendan las acciones)

Supongamos ahora que los fondos propios del año 2015 fueron 3.000.000 de €.

APORTACIONES DE SOCIOS NO INTEGRADAS EN EL CAPITAL SOCIAL

SOCIO A		
$1.500.000 - 1.200.000 = 300.000$	➡	R.º Capital mobiliario
$500.000 - 300.000 = 200.000$	➡	Menor valor de adquisición futuro (cuando se vendan las acciones)

SOCIO B		
$1.500.000 - 1.500.000 = 0$	➡	R.º Capital mobiliario
$500.000 - 0 = 500.000$	➡	Menor valor de adquisición futuro (cuando se vendan las acciones)

El socio A, persona física, posee el 100% de una sociedad con valor de adquisición de 1.000.000 de € y en el año 2013 realizó una aportación de 1.000.000 de € para reestablecer el equilibrio patrimonial. En el año 2015 vende el 40% de su participación por 300.000 € al socio B, persona física, siendo el valor de los fondos propios en dicho año de 1.000.000 de €. En el año 2016, ante la mejora de la situación económica de la sociedad, se acuerda restituir aportaciones por importe total de 1.200.000 €, cumpliendo con todos los requisitos mercantiles de equilibrio patrimonial: al socio A le corresponden 720.000 € y al socio B 480.000 €.

	SOCIO A	SOCIO B
Valor adquisición	1.000.000 €	300.000 €
Aportación	1.000.000 €	—
Valor adquisición total	2.000.000 €	300.000 €
Devolución aportación	720.000 €	480.000 €
Fondos propios	600.000 € (60% × 1.000.000)	400.000 € (40% × 1.000.000)

La diferencia entre los fondos propios y el valor de adquisición constituye rendimiento del capital mobiliario.

SOCIO A		
$(1.000.000 \times 60\%) - (2.000.000) = -1.400.000$	➡	No R.º Capital mobiliario
720.000	➡	Menor valor de adquisición futuro (cuando se vendan las acciones)

SOCIO B		
$(1.000.000 \times 60\%) - (300.000) = 100.000$	➡	R.º Capital mobiliario
$480.000 - 100.000 = 380.000$	➡	Menor valor de adquisición futuro (cuando se vendan las acciones)

V. CONCLUSIÓN

La doctrina asimila el tratamiento fiscal de la devolución de las aportaciones de los socios no integradas en el capital social al establecido en el reparto de la prima de emisión, justificando esta analogía en la misma naturaleza del *derecho abstracto a la distribución de reservas*.

El tratamiento fiscal es diferente según se trate de socio persona física o socio persona jurídica. Dado que se equipara la devolución de aportaciones a la devolución de la prima de emisión, en el caso de que el socio sea persona física habrá que estar a lo preceptuado en el artículo 25.1.e) LIRPF, donde se establece la forma de tributación de las mismas, y de forma especial la fiscalidad de estas operaciones en sociedades no cotizadas, por cuanto la devolución de primas de emisión para los socios personas físicas se considera rendimiento del capital mobiliario con unos límites. Para los socios personas jurídicas habrá que estar a lo establecido en el artículo 17 LIS, considerar la naturaleza monetaria o en especie de la devolución con sus efectos fiscales en la sociedad y en los socios, y habrá que contabilizar la operación de devolución de aportaciones de acuerdo a los principios y normas de valoración establecidas en el Plan General Contable.

*(Trabajo recibido el 1/12/2016
y aceptado para su publicación el 22/12/2016)*

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

DERECHO CONTRACTUAL

COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 9 DE MAYO DE 2014

ÍÑIGO REVILLA FERNÁNDEZ

Notario de San Javier

RESUMEN

En el presente trabajo se comenta de forma crítica la resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, el día 9 de mayo de 2014, con ocasión de la calificación desfavorable de un registrador mercantil por no haberse hecho constar en la escritura objeto de calificación si el apoderado de una sociedad actuaba o no en virtud de poder especial, ante la necesidad de inscripción del mismo en caso negativo.

Keywords: poder especial, poder general, inscripción obligatoria, calificación registral, juicio de suficiencia.

COMMENT ON THE RESOLUTION DATED MAY 9TH, 2014, BY THE DIRECTORATE-GENERAL FOR PUBLIC REGISTRIES AND NOTARIES PUBLIC

ÍÑIGO REVILLA FERNÁNDEZ

Notary public in San Javier

ABSTRACT

The present paper gives a critical commentary on the resolution handed down by the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public on May 9th, 2014, on the

occasion of the unfavourable assessment of a Companies' Registrar through not having had the deed under consideration reflect whether or not a company's proxy was acting pursuant to special powers of attorney, in view of the need to have the said powers entered on the register if not already done.

Keywords: special powers of attorney, general powers of attorney, obligatory registration, classification by the registrar, assessment of sufficiency of powers.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. HECHOS.—III. COMENTARIO.

I. INTRODUCCIÓN

Comentamos a continuación una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) que no es de excesiva actualidad —de 9 de mayo de 2014, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 3 de julio del mismo año—, pero que en nuestra opinión ha pasado desapercibida, no obstante lo cual tiene a nuestro juicio una grandísima importancia.

Como decimos, estamos ante un comentario a una RDGRN, puede que ni siquiera a eso, sino a uno de los puntos de ella que a juicio del autor reviste mayor interés. No estamos, por tanto, ante un artículo doctrinal, ni tiene pretensiones de sentar un modo concreto de ver las cosas ante determinada situación. Su único objetivo es explicar el criterio del Centro Directivo dirimente sobre un tema siempre espinoso: la valoración por los notarios de la suficiencia de la representación acreditada por los intervinientes, especialmente en el ámbito mercantil.

Sentadas las premisas anteriores, tras una exposición y aclaración de los hechos y de los fundamentos de derecho sobre los cuales descansa la mencionada RDGRN en lo que concierne al tema que hemos indicado, nos permitiremos, con toda humildad y con todo el respeto que nos merece tanto la Dirección General, como sus Resoluciones hacer un breve comentario crítico, cuya valoración dejemos al benévolo lector.

II. HECHOS

Los hechos que a estos efectos nos interesan son los siguientes:

El notario recurrente autorizó una escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales de fusión por absorción de una sociedad limitada a otra mercantil del mismo tipo societario.

Comparece al otorgamiento de la escritura una sola persona física en representación de ambas sociedades en uso de sendos poderes otorgados al compareciente en escrituras autorizadas por el propio notario recurrente.

La escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales fue presentada a los oportunos efectos al Registro Mercantil competente, el cual, entre otros motivos, calificó desfavorablemente la escritura presentada por el siguiente motivo, que transcribimos literalmente del entrecomillado de la resolución:

«En cuanto al apoderado que comparece, Sr. (...), en el supuesto de que el poder en virtud del cual comparece sea general y no especial únicamente para esta escritura, lo cual no resulta de la Escritura Presentada, deberá ser objeto de inscripción previa en el registro Mercantil».

El notario autorizante, disconforme, entre otros que no vienen al caso, con este motivo de calificación desfavorable, instó calificación sustitutoria, y el registrador sobre el cual ésta recayó confirmó en su totalidad la calificación del registrador mercantil.

El notario autorizante, ante esta nueva e inesperada negativa a practicar la inscripción que pretendía, elevó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, literalmente, en los siguientes términos:

«El notario autorizante ha cumplido con los requisitos del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de reseñar los datos identificativos del poder y su valoración, por lo que es evidente que ésta alcanza la ausencia de inscripción obligatoria. De aquí se deduce que los poderes utilizados de ambas sociedades son especiales para el acto que se realiza.»

La Dirección General resolvió la cuestión en Resolución de 9 de mayo de 2014, pronunciándose, entre otros, sobre este motivo de impugnación en los siguientes términos, que transcribimos literalmente:

«1. Respecto del primer motivo de recurso, esta Dirección General se ha ocupado reiteradamente de la cuestión por lo que su doctrina debe ser ahora confirmada (Resoluciones de 22 de octubre de 2012, por todas).

2. Señala el apartado primero del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que “en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera”. Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo 98 establece que “la reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de

la representación acreditada, bajo responsabilidad del Notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación”.

3. De acuerdo con dicha doctrina cuando se trate de personas jurídicas y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, su actuación debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y las normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas.

4. Cuando dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil y los mismos se hayan inscrito, la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales (cfr. artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil).

5. Como señala el Tribunal Supremo (vid. Sentencia de 20 de mayo de 2008) dentro de la expresión, a que se refiere el artículo 165 del Reglamento Notarial “datos del título del cual resulte la expresada representación”, debe entenderse que “uno de los cuales y no el menos relevante es su inscripción en el Registro Mercantil cuando sea pertinente, por lo que la constancia de tal circunstancia está implícita en el precepto y no puede justificarse en el mismo su falta de reflejo en el documento”.

6. Es cierto que la circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales (cfr. artículo 94.1.5.º del Reglamento del Registro Mercantil), no significa que dicha inscripción en el Registro Mercantil tenga carácter constitutivo pero sí que en el ámbito de dicho Registro es presupuesto previo de la inscripción de los actos que aquéllos hayan podido otorgar por aplicación de las exigencias del principio de tracto sucesivo (artículo 11.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

7. En otro caso, es decir cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquélla y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil (vid. Resoluciones de 17 de diciembre de 1997 y 3 de febrero y 23 de febrero de 2001).

8. Como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 5 de octubre de 2012), en el ámbito del Registro de la Propiedad, la falta del dato de la inscripción en el Registro Mercantil como revelador de la válida existencia de la representación alegada (en el caso de un poder general no inscrito o en el de un poder especial), puede ser suplida por la reseña en el título inscribible de aquellos datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante social o apoderado por haber sido nombrado con los requisitos y

formalidades legales y estatutarias por órgano social competente, debidamente convocado, y vigente en el momento del nombramiento (vid. en el mismo sentido la Resolución de 4 de junio de 1998), incluyendo la aceptación del nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral (vid. artículos 12, 77 a 80, 108, 109 y 111 del Reglamento del Registro Mercantil, 222.8 de la Ley Hipotecaria y 110.1 de la Ley 24/2001).

9. En este sentido, la apariencia legitimadora del apoderado por la exhibición de la copia autorizada del poder representativo no es suficiente para acreditar la válida existencia de su representación, pues dicho poder puede estar otorgado por órgano no legitimado para ello o con cargo no vigente en el momento de su nombramiento.

10. En el supuesto que da lugar a la presente el notario autorizante del título calificado ha reseñado el documento del que nace la representación directamente invocada por el compareciente, la escritura pública de apoderamiento, mediante indicación del notario autorizante, fecha y número de protocolo, pero ha omitido toda referencia a su eventual inscripción en el Registro Mercantil, a la persona concedente del poder, al título representativo que vincule a este último con la sociedad, y a la inscripción registral de dicho título, así como respecto del carácter general o especial del citado poder, de lo que nada se dice en la reseña.

12. Resulta en definitiva que de la reseña realizada no puede saberse si estamos ante el ejercicio de un poder general no inscrito (lo que exigiría su previa inscripción por aplicación del artículo 11.3 del Reglamento del Registro Mercantil), o ante un poder especial que exigiría la reseña de las circunstancias anteriormente especificadas a fin de verificar debidamente la licitud de la actuación representativa.

13. Hay que recordar que, tratándose de poderes inscritos en el Registro Mercantil, al juicio de suficiencia notarial se superpone la presunción de exactitud y validez de los asientos del Registro (cfr. artículo 20 del Código de Comercio). Resulta por ello prescindible la expresión de quien concedió el poder. Pero tratándose de poderes no inscritos, no puede invocarse dicha presunción, por lo que, como se desprende “a fortiori” de lo razonado en los fundamentos anteriores, la reseña del documento en que funda su representación el apoderado debe comprender también el título representativo del concedente del poder, ya que la validez del poder otorgado (representación de segundo grado) dependerá, entre otras circunstancias, de la validez del nombramiento del órgano societario o del apoderado que lo haya otorgado (representación de primer grado). Procede en consecuencia la desestimación de este primer motivo de recurso.»

III. COMENTARIO

En la transcripción que hemos hecho de la Resolución, como se puede ver, hemos distribuido su redacción en párrafos, para hacerla más inteligible al lector,

lo cual, a nuestro parecer, siempre se agradece, y hemos numerado estos párrafos del 1 al 13 para facilitar nuestra posterior exposición. Asimismo, nos hemos tomado la licencia de resaltar en negrita los párrafos de la Resolución que nos parecen más dignos de explicación y crítica, lo cual no excluye que, a juicio de otros más doctos, haya párrafos no resaltados que tengan un contenido mollar no apreciado por el que escribe estas líneas.

Comencemos, pues, con el párrafo quinto, que recoge el principal —en realidad, el único— apoyo jurisprudencial sobre el que descansa esta Resolución, en cuanto al asunto de que tratamos: la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de mayo de 2008, dictada por la Sala 3.^a de lo Contencioso Administrativo y de la que es magistrado ponente el Excmo. Sr. don Octavio Juan HERRERO PINA.

Como sabrá el lector, y si no se lo recordamos aquí, esta sentencia fue dictada en recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España contra el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

Dice la sentencia en su Fundamento de Derecho duodécimo:

«Impugnación del artículo 165 (que dice):

“Cuando alguno de los otorgantes concurra al acto en nombre de una Sociedad, establecimiento público,

Corporación u otra persona social, se expresará esta circunstancia, designando, además de las relativas a la personalidad del representante, el nombre de dicha entidad y su domicilio, datos de inscripción y número de identificación fiscal en su caso, e indicando los datos del título del cual resulte la expresada representación. El representante suscribirá el documento con su propia firma, sin que sea necesario que anteponga el nombre ni use la firma o razón social de la entidad que represente.”»

Se impugna este precepto en cuanto «el requisito de la inscripción en el Registro Mercantil de la representación alegada brilla por su ausencia», pues la referencia a «datos de inscripción» se refiere a los de la entidad y no de la representación. Esta impugnación no puede compartirse, pues, aparte de los datos de inscripción de la entidad de que se trate, el precepto se refiere a la indicación de «los datos del título del cual resulte la expresada representación» uno de los cuales y no el menos relevante es su inscripción cuando sea pertinente, por lo que la constancia de tal circunstancia está implícita en el precepto y no puede justificarse en el mismo su falta de reflejo en el documento. Cabe añadir, que la recurrente se refiere a la obligatoriedad de inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento y cese de administradores y poderes generales concedidos por las sociedades mercantiles, ex art. 22 del Código de Comercio, sin tener en cuenta que el art. 165 del RN se refiere a «Sociedad, establecimiento público, Corporación u otra persona social», en general, a las que puede no ser aplicable dicha

exigencia, lo que justifica la genérica redacción del precepto que, por lo demás, en nada afecta al régimen de inscripción de tales nombramientos y apoderamientos ni a las decisiones de la jurisdicción civil sobre la inscripción de los documentos otorgados en relación con la previa inscripción en el Registro Mercantil a que se refiere el citado art. 22 del Código de Comercio. La impugnación, por lo tanto, debe ser desestimada.»

En nuestra opinión, la Resolución yerra al traer a colación este considerando en apoyo de su criterio resolutivo. En primer lugar porque el fundamento de derecho por el que se desestima la impugnación de la redacción dada al artículo 165 del RN por el Real Decreto 45/2007 es, precisamente, que el artículo 165 se refiere a la entidad representada, no a la persona del representante, siendo el comentario que se hace en la sentencia —y al que se alude en la Resolución—, «uno de los cuales y no el menos relevante es su inscripción cuando sea pertinente», no es verdaderamente un Fundamento de Derecho de la sentencia, sino un «*obiter dictum*» o, en román paladino, un comentario hecho de paso.

No obstante, imaginemos que se tratase de un verdadero Fundamento de Derecho, de un pronunciamiento jurisprudencial a tener en cuenta. Aun si así fuera, parece difícil su acomodación en apoyo del criterio del Centro directivo en esta Resolución. La pertinencia a la que se refiere el magistrado es, precisamente, la circunstancia de que deba estar inscrito en el Registro Mercantil el cargo del representante orgánico o del apoderado general, pero cuando no se dé esa circunstancia, es decir, cuando nos encontremos ante apoderados especiales, esta pertinencia desaparece.

¿Quién debe determinar esta pertinencia? ¿El registrador mercantil o el notario? Parece que la Resolución se inclina por el primero. Pero, ¿es esto verdaderamente compatible con el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre: «la reseña por el Notario de los datos identificativos del documento auténtico, y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe, por sí solas de la representación acreditadas»? En nuestra opinión, difícilmente. La valoración de quién tiene poder de representación y de que sus facultades le han sido otorgadas por sujeto apto para otorgarlas corresponde al notario, conforme a una norma de rango legal.

Este es el desajuste fundamental entre nuestro modesto parecer y el del Centro Directivo, y se pone de manifiesto en todo el análisis que haremos a continuación.

Seguidamente, en los párrafos sexto y séptimo, dice la Resolución que, en efecto, la inscripción en el Registro Mercantil de los representantes orgánicos y de los apoderados generales es obligatoria, pero no constitutiva —¡sólo faltaría!—, pero que es requisito previo indispensable por exigencias del principio del tracto

sucesivo, y a falta de inscripción del representante, cuando no sea necesaria, una reseña de las circunstancias del apoderamiento que aseguren que dicha inscripción no es necesaria y que, por tanto, actúa válidamente.

Nos gustaría detenernos en este punto, muy relacionado, como veremos, con el último párrafo de la Resolución ¿A qué tracto sucesivo se refiere la Resolución? No hay duda de que el principio del tracto sucesivo es fundamental en el sistema registral mercantil, igual que en el hipotecario, de manera que exista un encadenamiento perfecto, o lo más perfecto posible, entre quienes van ostentando, en el ámbito hipotecario titularidades y, en el ámbito del registro mercantil, hechos inscribibles relacionados con la estructura de las entidades que se han de inscribir el Registro Mercantil.

Este tracto sucesivo, que es indudable que ha de respetarse, no ha de confundirse con otra especie de tracto sucesivo que se pretende «crear» por el centro Directivo, un tracto sucesivo, referido a todos los apoderamientos voluntarios que puedan otorgar los órganos o apoderados de las entidades inscritas.

Una cosa es el tracto sucesivo referido a los hechos que se han de inscribir en el Registro Mercantil —por ejemplo, si un administrador otorga un poder general habrá de estar inscrito su nombramiento para que pueda inscribirse el del apoderado general—, y otra cosa muy distinta es que se establezca la exigencia de que en cada apoderamiento que otorgue un órgano, o apoderado general, o apoderado especial, en nombre de la sociedad, se haya de reseñar las circunstancias del acto por el que se otorga el poder, no para poder inscribir el nombramiento del apoderado, que no se pretende, sino para comprobar —el registrador mercantil— si el apoderado tiene legitimación suficiente para actuar y, por tanto, para que el acto que realiza pueda inscribirse.

En nuestra opinión, no es el principio de tracto sucesivo registral. Esto es una especie de «tracto sucesivo cautelar» que no tiene apoyo legal. Esta cautela no es necesaria, precisamente, porque la Ley ha encomendado al notario y no al registrador determinar si las facultades del representante son suficientes. Y si para que el representante tenga suficiencia de facultades es necesario que su cargo o apoderamiento esté inscrito en el Registro Mercantil, es el notario quien ha de apreciar esta circunstancia porque la Ley así lo manda.

Lo dicho en los párrafos 9 a 12 es la trasposición al caso concreto de lo que hemos tratado inmediatamente antes. La Resolución viene a decir que, como nada se dice por el notario sobre si los poderes otorgados al representante son generales o especiales, «no puede saberse si estamos ante el ejercicio de un poder general no inscrito o ante un poder especial que exigiría la reseña de las circunstancias anteriormente especificadas a fin de verificar debidamente la licitud de la actuación representativa».

Insistimos, esta verificación corresponde por Ley al notario. Si el notario ha determinado esta licitud, no ha de ponerse en duda, porque es su cometido y su responsabilidad determinar si existe o no. En este caso, por ejemplo, si el compareciente hubiera sido un apoderado general no inscrito, el notario, simplemente, no lo habría reputado hábil para elevar a público los acuerdos sociales.

En el último párrafo, la Resolución nos recuerda lo siguiente: al juicio de suficiencia notarial se superpone la presunción de exactitud y validez de los asientos del Registro. Es muy cierto. Sin embargo, parece que aquí la Resolución aplica la famosa Ley del embudo, porque admite las presunciones derivadas del principio de legitimación registral, es decir, de que los asientos practicados por los registradores son perfectamente ajustados a los hechos y al derecho mientras no se demuestre lo contrario y, sin embargo, no aplica la presunción, implícita en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de que el juicio del notario sobre la suficiencia de las facultades representativas —la cual está, al igual que la calificación registral, sujeta a responsabilidad— también ha de presumirse correcta mientras no se demuestre lo contrario.

En definitiva, y reiterando el grandísimo respeto que nos merece la Dirección General de los Registros y del Notariado, sus letrados, cuadros y resoluciones, consideramos que en la Resolución que comentamos estamos ante un erróneo intento de crear una especie de «tracto sucesivo cautelar» en los apoderamientos y subapoderamientos, principalmente de los otorgados por los órganos de las sociedades de capital, basado en una, moral y legalmente, injustificada desconfianza hacia el control de la legalidad del notario, cuando no, lo cual sería mucho más grave, en una convicción —no expresada con palabras, pero sí con actos— de que dicho control de la legalidad no existe.

Y esto, viniendo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sería lo más penoso. Ojalá no sea así.

*(Trabajo recibido el 05/11/2016
y aceptado para su publicación el 30/11/2016)*

DERECHO SOCIETARIO

COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 4 DE MAYO DE 2016

SOFÍA BAÑUELOS
Notario de Barberá del Vallés

RESUMEN

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2016 permite la convocatoria de Junta general por dos de los tres administradores mancomunados siempre que exista una previsión estatutaria que les faculte para ello.

Recordemos que la Dirección General de los Registros y del Notariado, desde su resolución de 28 de enero de 2013, mantiene que aun cuando la representación de la sociedad corresponda a dos de los tres administradores mancomunados es necesaria actuación conjunta de todos los administradores para convocar la Junta general. Esta doctrina reiterada del Centro Directivo se basa en que, en el ámbito interno o de gestión, no cabe aplicar la posible actuación de dos de los tres administradores conjuntos, sólo prevista en el ámbito externo o de representación.

Sin embargo, en todos los supuestos analizados por las distintas resoluciones no existían estatutos que facultaran a dos de los administradores mancomunados para convocar la Junta general. En esta Resolución de 4 de mayo de 2016 señala el Centro Directivo que una previsión estatutaria de este tipo no sólo no es contraria a la Ley ni a los principios configuradores del tipo social escogido elegido, caracterizado por la flexibilidad de su régimen jurídico, sino que facilita la convocatoria de la Junta general. Considera que por tratarse de relaciones completamente internas a nivel societario debe admitirse el amplio juego de la autonomía de la voluntad, superándose así la rigidez existente en materia de convocatoria de Junta que había sido muy criticada por la doctrina.

Palabras clave: convocatoria, Junta general, administradores mancomunados, estatutos, actos de gestión, actos de representación.

COMMENT ON THE DGRN RESOLUTION DATED MAY 4TH, 2016

SOFÍA BAÑUELOS
Notary public in Barberá del Vallés

ABSTRACT

The Resolution dated May 4th, 2016, by the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public allows General Meetings to be convened by two out of three joint directors provided there is a provision in the Articles of Association empowering them to do so.

Let us recall that, since its resolution dated January 28th, 2013, the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public has maintained that, even when the company's representation corresponds to two of the three joint directors, it is necessary for all of the directors to act together in order to convene a General Meeting. This oft-repeated opinion of the Management Centre is based on the fact that, in the internal or management sphere, it is not possible to apply the possibility for two out of three joint directors to act, as this is only foreseen in the external or representation sphere.

Nonetheless, in all the scenarios analysed by the various resolutions, there were no Articles of Association empowering any two of the joint directors to convene a general meeting. In this Resolution dated May 4th, 2016, the Management Centre points out that a provision of this kind in the Articles of Association is not only not contrary to statute or the principles setting up the type of company chosen, characterized by flexibility of the legal regime, but also facilitates the convening of General Meetings. It now considers that, as these deal with purely internal relations at company level, the extensive application of independent will should be respected, thus overcoming the current rigidity with regard to the calling of general meetings that had been criticized by analysts.

Keywords: convening, general meeting, joint directors, Articles of Association, management acts, representative acts.

SUMARIO: —I. INTRODUCCIÓN.—II. ACTOS DE GESTIÓN Y ACTOS DE REPRESENTACIÓN.—III. LA CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL.

I. INTRODUCCIÓN

La Junta general puede definirse como un órgano no social, soberano, de carácter necesario y no permanente constituida por una reunión de socios con el objeto de decidir sobre los asuntos propios de su competencia.

Las reuniones de la Junta general deben reunir una serie de requisitos formales regulados en el art. 166 de la Ley de Sociedades de Capital. Es de vital importancia que la convocatoria reúna todos los requisitos establecidos en la ley y en los estatutos, pues si existiera un defecto en la convocatoria de la Junta sería motivo suficiente para impugnarla y con ella todos los acuerdos adoptados. Por tanto, podemos decir que la correcta convocatoria de la Junta general es un requisito *sine qua non* para la validez de los acuerdos de la Junta.

En esta línea, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 10 de octubre de 2012, ha dicho: *«La validez de los acuerdos que puede adoptar la Junta General dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no solo a que lo hayan sido por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia Junta, lo que exige su previa convocatoria incluyendo el orden del día. Esta exigencia cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno»*.

La importancia de la convocatoria está relacionada con el derecho a la información de los socios, los cuales, de no hacerse la convocatoria válidamente,

quedarían en una situación de indefensión cuando se celebre la Junta. Las normas que regulan la convocatoria de las Juntas tienen por objeto garantizar y proteger los derechos de todos los socios, que todos ellos tengan conocimiento de la celebración de la reunión.

La facultad de convocatoria de la Junta general está reservada por la Ley al órgano de administración con carácter exclusivo, según el artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital, al margen de supuestos singulares como el relativo a la sociedad en fase de liquidación —como resulta del mismo precepto legal—, el de convocatoria judicial (artículos 169 y 171, párrafo primero, de la Ley de Sociedades de Capital) o el de órgano de administración incompleto y con objetivo limitado (como admite el párrafo segundo del artículo 171 de la misma Ley).

Por tanto, aunque la Junta general sea el órgano soberano de la sociedad, al que corresponde adoptar las decisiones fundamentales de la sociedad, el órgano a través del cual la sociedad se relaciona *ad extra* es el órgano de administración. Consecuencia de esto es que la competencia para convocar la Junta dependerá de la configuración en cada caso concreto del órgano de administración.

Es tradicional la consideración de que las sociedades, como en general las personas jurídicas con capacidad de obrar, necesitan para hacer efectiva ésta la intervención de determinadas personas que, como órganos de la sociedad y formando por tanto parte de su estructura, manifiesten la voluntad de la persona jurídica misma. Esta actuación a través de los propios órganos competentes da lugar a la representación orgánica en la que, en contraposición a la voluntaria, se entiende que los actos del representante, siempre que se produzcan dentro de su ámbito de competencia, son actos de la propia persona jurídica.

Resulta indudable que, si solo existe un administrador único, será competente el mismo y en caso de que haya varios administradores solidarios cualquiera de ellos podrá hacerlo. Sin embargo, los problemas se plantean en el caso de que la administración esté encomendada a varios administradores mancomunados, lo que vamos a tratar a continuación.

La necesidad de esta representación lleva a que el legislador atribuya la facultad de representación a los administradores, pero no necesariamente a todos ellos. En concreto, en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, con más de dos administradores conjuntos, el art. 233.2 d) establece que el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos. Es frecuente que los socios en las sociedades de responsabilidad limitada no quieran encomendar a un solo administrador la representación de la sociedad y opten por la actuación conjunta de dos para controlarse recíprocamente. Esta forma de administración tiene el inconveniente de que puede llegar a darse un bloqueo en la toma de decisiones de la sociedad; por ello, con relativa frecuencia se opta por

acudir al sistema que marca la ley en el art. 233.2 d) antes mencionado. Aquí surge la pregunta, ¿pueden dos de los tres administradores mancomunados convocar Junta general?

II. ACTOS DE GESTIÓN Y ACTOS DE REPRESENTACIÓN

Los administradores tienen dos tipos de competencias: por un lado, la representación y por otro la gestión.

La competencia de gestión está relacionada con la representación, pero mientras que esta última se manifiesta en el ámbito externo de la sociedad y sus relaciones con terceros, la gestión tiene un ámbito eminentemente interno, sin perjuicio de que muchos actos de gestión tengan una manifestación externa.

ARANGUREN URRIZA¹ dice que en la gestión social cabe distinguir dos esferas: la esfera interna, que se refiere a aspectos organizativos de la sociedad, tales como los relacionados con la información de los socios, el funcionamiento interno de la Junta y la ejecución de sus acuerdos y a los aspectos propios de la gestión contable y económica; y la esfera externa, que se refiere a los actos encaminados al cumplimiento y consecución del objeto social, para los cuales los administradores gozan de un ámbito de decisión amplio.

Contempla el artículo 161 LSC la posibilidad de que la Junta pueda intervenir en asuntos de gestión, impartiendo instrucciones al órgano de administración o sometiendo a su autorización la adopción de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, salvo que otra cosa establezcan los estatutos y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234 LSC, pues en todo caso esta falta de autorización de la Junta a un acto de gestión concreto llevado a cabo por el órgano de administración no resultará oponible a terceros.

En la esfera interna de esta competencia de gestión, los administradores quedan igualmente sujetos a una obligación de diligencia y de buena fe, cuyo incumplimiento genera responsabilidad frente a los socios y la propia sociedad se puede hacer valer por distintas vías según sea el supuesto.

Existen una serie de funciones que se integran dentro de las competencias de gestión y representación de los administradores, que son indisponibles tanto por los estatutos como por el propio órgano de administración y no puede ser delegadas sin desnaturalizar el órgano de administración.

¹ ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «El administrador, El Consejo de administración», *Instituciones de Derecho Privado*, tomo VI, volumen 2, Thomson-Civias, 2.ª edición, pág. 479.

En cuanto a la convocatoria de la Junta, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha manifestado en numerosas ocasiones que no puede dudarse que la misma es una de las actuaciones que corresponden a los administradores en ejercicio de su poder de gestión o administración y tiene una dimensión estrictamente interna, en la medida que afecta al círculo de relaciones de la sociedad y sus socios.

III. LA CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL

Dos cuestiones fundamentales se han planteado en relación a la convocatoria de Junta General:

- i. ¿Pueden dos de los tres administradores mancomunados convocar la Junta General?
- ii. El régimen que marca la ley, ¿puede modificarse en estatutos?

En cuanto a la primera de las cuestiones, ha sido doctrina reiterada de la DGRN que la disposición sobre el ejercicio del poder de representación se limita a las relaciones externas de la sociedad, al establecimiento de vínculos jurídicos con terceros, pero no al funcionamiento interno a cuyo ámbito pertenece el régimen de la propia organización y, por tanto, el del funcionamiento de la Junta general comenzando por su convocatoria. Esta atribución de la facultad de representación a dos de los administradores mancomunados no puede hacerse extensiva a las restantes facultades, como la de convocar Junta general, que tienen legalmente atribuida los administradores conjuntos para ejercerlas mancomunadamente.

Por tanto, en el caso de la administración mancomunada, existe una disociación entre la titularidad del poder de representación, según resulta del art. 233.2 c) de LSC y el poder de gestión.

No puede dudarse que la convocatoria de la Junta es una de las actuaciones que corresponden a los administradores en ejercicio de su poder de gestión o administración y tiene una dimensión estrictamente interna, en la medida que afecta al círculo de relaciones de la sociedad y sus socios. Como señala la RDGRN de 28 de enero de 2013, así se deduce también de la propia definición legal del ámbito de la representación contenida en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque tal vez sin la claridad de la Primera Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas —68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968—, a la que se adaptó nuestra legislación, con su rúbrica de la Sección II o las concretas referencias al «poder de obligar a la sociedad por parte del órgano de administración o a los casos en que la sociedad» quedará obligada frente a terceros por los actos que realicen sus órganos.

El pacto estatutario recogido en el artículo 233.2. c), que dice que, en caso de varios administradores mancomunados, el poder de representación se ejercerá por dos de ellos, se limita a las relaciones externas de la sociedad, al establecimiento de vínculos jurídicos con terceros, pero no al funcionamiento interno.

No obstante, parte de la doctrina, como BARRIOS ALVAREZ² opina que no está justificada suficientemente la doctrina de la Dirección General, que exige que todos los administradores convoquen la Junta general y ello porque no se está protegiendo ningún interés. Se exige la unanimidad de los administradores para convocar Junta, con lo que ello implica acuerdo sobre orden del día, lugar y fecha de celebración cuando dicha unanimidad no se exige para las actuaciones representativas de los administradores frente a terceros. Si en las actuaciones representativas no se da a ese tercero un derecho de veto, no tiene por qué dársele en las actuaciones de gestión, como es el caso de la convocatoria de Junta.

Alegando además al sentido común, en una sociedad en la que existan múltiples administradores mancomunados parece lógico que a efectos internos se imponga el criterio de la mayoría para actuar, ya que, en caso de oposición de uno solo de ellos, la sociedad se vería obligada a acudir a una convocatoria judicial de Junta, con las dilaciones y gastos que ello supone, lo que en mi opinión resulta desproporcionado y excesivo, puesto que la tendencia hoy es facilitar y agilizar el tráfico y conseguir una mayor eficiencia tanto a nivel económico como jurídico.

Por otro lado, el propio centro directivo ha admitido la convocatoria por el consejero delegado, y éste, según el artículo 149.3 del Reglamento del Registro Mercantil, tiene el mismo poder de representación que los administradores; si puede convocar el consejero delegado, ¿por qué no pueden convocar dos administradores mancomunados?

Otra argumento para la defensa de la convocatoria por dos de los tres administradores mancomunados es acudir a la reciente resolución de 13 de octubre de 2016, en la que la Dirección General admite en un procedimiento extrajudicial la notificación a uno solo de los administradores mancomunados por entender que se trata de la gestión ordinaria de la sociedad y alega que la necesidad en este tipo de procedimientos a todos los administradores puede hacer que el trámite sea infructuoso en numerosas ocasiones. Este argumento bien podría aplicarse a la convocatoria de Junta para impedir que la sola oposición de uno de los administradores lleve a un bloqueo de la sociedad.

² BARRIOS ÁLVAREZ, Juan: «La doctrina de la DGRN sobre la convocatoria de Junta por dos de los tres administradores mancomunados», *El Notario del siglo XXI*, número 62, Colegio Notarial de Madrid.

En cualquier caso, la doctrina del centro directivo es clara y, exceptuando el caso que vamos a ver a continuación, exige que se convoque por todos los administradores mancomunados.

La segunda cuestión planteada ha sido resuelta por la Resolución de la Dirección General de 4 de mayo de 2016. Superando la discusión anterior y siguiendo la doctrina del centro directivo afirmando que la norma es clara, y que únicamente se refiere a los actos de representación y no a los de gestión y, por tanto, todos los administradores conjuntamente deben convocar la Junta general; surge ahora otra cuestión de gran importancia: ¿puede modificarse por la partes el régimen marcado por la ley?

La Dirección General de los Registros y del Notariado opinaba hasta el momento que no es susceptible de modulación en el caso de gestión y únicamente se admite en el caso de representación, porque esta última está fundada en la protección de los vínculos jurídicos con terceros, así como el tráfico y la agilidad del mismo. La resolución de 23 de marzo de 2015 señala que no es posible acudir a la regulación de la forma de ejercicio del poder de representación para determinar la forma de ejercicio del poder de gestión. Literalmente dice: *«se ha de estar exclusivamente a las consecuencias de la estructura del órgano, que en el presente caso pasan por la exigencia de la actuación conjunta de todos los administradores mancomunados, de manera que la decisión de convocatoria ha de adoptarse por todos ellos»*.

Esta resolución ha sido duramente criticada por la doctrina más actual, señalando que, a la vez que ilógico y poco fundamentado, las palabras «no modulable» eran contrarias a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. La lectura de esta resolución hace surgir preguntas clave: ¿Por qué puede modificarse el régimen de representación y no el de gestión? ¿A qué terceros se protege? ¿Por qué no se aplica el principio de autonomía de la voluntad? Todas estas cuestiones han sido resueltas por la resolución de 4 de mayo de 2016.

La cuestión fundamental de esta resolución no es diferenciar entre poder de gestión y poder de representación, sino de analizar y enjuiciar la facultad soberana de la Junta general para modificar los estatutos sociales, fijando una disposición que permita a dos cualesquiera de los tres administradores mancomunados a convocar Junta general para asegurar un mejor funcionamiento de la sociedad. Con esto se evita que uno de los administradores por su sola voluntad pueda paralizar o al menos dificultar el buen funcionamiento de la sociedad.

La DGRN lo admite por tratarse de relaciones internas en las que deben primar el juego de la autonomía de la voluntad a la hora de aplicar el artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que *«es indudable que no se infringen*

normas imperativas sobre el capital social, responsabilidad frente a terceros, derechos de las minorías ni otros elementos esenciales como el ámbito del poder de representación orgánica o las competencias mínimas del órgano de administración».

Por tanto, los estatutos podrán regular la forma y legitimación para convocar la Junta general entre los administradores y los liquidadores.

*(Trabajo recibido el 30/12/2016
y aceptado para su publicación el 31/12/2016)*

DERECHO CONCURSAL

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2016, SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 97 BIS.1 DE LA LEY CONCURSAL, SOBRE MODIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS RECONOCIDOS EN EL TEXTO DEFINITIVO DE LA LISTA DE ACREEDORES

IGNACIO PÉREZ-OLIVARES DELGADO

Notario

RESUMEN

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2016, dictada por la Sala 1.^a, fija doctrina jurisprudencial sobre la modificación de créditos concursales reconocidos en el texto definitivo de la lista de acreedores, cuando después de la aprobación del convenio se produce la apertura de la fase de liquidación. Una de las principales lagunas de las que adolecía, según la doctrina, la ley concursal con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 13 de octubre, estaba en la modificación de créditos después de la presentación de los textos definitivos, donde el artículo 97 LC no permitía dicha modificación. El legislador, consciente de que en determinados supuestos, como procedimientos judiciales o administrativos pendientes al inicio del proceso concursal, se producían modificaciones de los créditos, las cuales no podían preverse en el momento de la elaboración del texto definitivo de la lista de acreedores. Por ello, en aras de la seguridad jurídica, se introdujo la posibilidad de modificación de los créditos concursales en el artículo 97 y los artículos 97 bis y 97 ter introducidos por la ley 38/2011, de Reforma Concursal. Ignacio SANCHO GARGALLO, como ponente de la sentencia objeto de análisis en el presente artículo, fija doctrina jurisprudencial sobre la materia, en el siguiente sentido: Al amparo del artículo 97.3 LC, que regula los requisitos exigibles para la modificación de los créditos concursales una vez presentados los textos definitivos, determina el límite temporal aplicable a dicha modificación, previsto en el artículo 97.1 bis LC, en todos aquellos supuestos donde, después de frustrado el convenio, se produce la apertura de la fase de liquidación. Estableciendo que será el determinado para la liquidación.

Palabras clave: créditos concursales, lista de acreedores, artículo 97 bis, textos definitivos, calificación créditos, comunicación tardía.

**COMMENT ON THE SUPREME COURT JUDGMENT
DATED NOVEMBER 4TH, 2016, ON THE
INTERPRETATION OF ARTICLE 97 BIS.1 OF THE
INSOLVENCY ACT, ON THE MODIFICATION
OF RECOGNIZED CREDITS IN THE DEFINITIVE TEXT
OF THE LIST OF CREDITORS**

IGNACIO PÉREZ-OLIVARES DELGADO
Notary public in Monesterio

ABSTRACT

The Supreme Court Judgment dated November 4th, 2016, handed down by its Division 1, establishes a case-law precedent on the modification of insolvency credits recognized in the definitive text of the list of creditors when liquidation phase begins after the approval of the agreement with creditors. According to legal commentators, one of the main lacunae affecting the Insolvency Act (LC in its Spanish acronym) prior to the reform implemented by Law 38 dated October 13th, 2011, lay in the modification of credits after the presentation of the definitive texts, where article 97 of the LC did not allow such modification. Legislators are aware that, in certain scenarios such as judicial or administrative proceedings pending at the start of the insolvency process, changes in the credits could arise and were impossible to foresee at the moment when the definitive text of the list of creditors was drawn up. For this reason, in terms of legal certainty, the possibility of altering insolvency-related credits was introduced by articles 97, 97 bis and 97 ter through the Insolvency Reform Act (Law 38/2011). Ignacio Sancho Gargallo, as the rapporteur for the Judgment under analysis in the present article, established case-law precedent on the matter in the following sense: pursuant to article 97.3 of the LC, which regulates the requirements to be met for the amendment of insolvency-related credits after the definitive texts have been submitted, the deadline applicable to such a modification, foreseen in article 97.1 bis of the LC, is determined in all those scenarios where the liquidation phase begins after the agreement with creditors is frustrated. He establishes that the deadline will be that determined for settlement.

Keywords: insolvency-related credits, list of creditors, article 97 bis, definitive texts, ranking of credits, late notification.

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN.— II. PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN E INCLUSIÓN TARDÍA DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES REGULADO EN LOS ARTÍCULOS 96 Y SIGUIENTES DE LA LEY CONCURSAL.— III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL LÍMITE TEMPORAL APLICABLE A LAS MODIFICACIONES SOLICITADAS EN FASE DE CONVENIO, CUANDO FRUSTRADO ÉSTE SE ABRE LA FASE DE LIQUIDACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos asistido a una constante revisión de la legislación concursal, siendo múltiples las causas que el legislador ha esgrimido en los preámbulos de dichas reformas. Con carácter general podríamos decir que en su mayoría se deben a la situación económica, en la que la confluencia de múltiples circunstancias han revelado insuficiente y puesto de manifiesto lagunas de las que adolecía la legislación concursal. Es cierto que la ley 22/2003, de 9 octubre, supuso un paso importantísimo, al dotar a nuestro ordenamiento jurídico de un único régimen jurídico para regular los procedimientos de insolvencia. Prescindiendo de las recientes reformas que, sobre todo, han buscado articular soluciones que permitan la viabilidad de las sociedades como solución que maximiza el recobro de los acreedores y el mantenimiento del tejido empresarial, nos referimos ahora a la introducción de la posibilidad de modificación de créditos concursales con posterioridad a la presentación de los textos definitivos, y en concreto cuando se produzcan, una vez abierta la fase de liquidación, como consecuencia la imposibilidad de cumplir un convenio aprobado.

Ciñéndonos al contenido de la sentencia hay que hacer una breve referencia a las novedades y motivos que llevaron al legislador a introducir la posibilidad de modificación, inclusión o exclusión de los créditos concursales, una vez presentado el texto definitivo con carácter previo a la resolución por la que se apruebe una propuesta de convenio o los informes previstos para la liquidación en los artículos 152.2 y 176 bis de la Ley concursal.

La reforma del artículo 97 por la ley 38/2011, de 13 de octubre, tiene su causa en el vacío legal existente en la Ley, en todos aquellos supuestos donde concurren circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta en el momento de la elaboración de la lista de acreedores y que inexorablemente conllevan una modificación de los créditos. Con anterioridad a la reforma, el artículo 96 LC preveía la posi-

bilidad de impugnación de la lista de acreedores, para la inclusión o modificación de créditos concursales, siempre que no se hubiera presentado el texto definitivo de la lista de acreedores, e incluso dentro de los diez días siguientes a la presentación de esta lista «definitiva». Nuestro legislador es consciente de las carencias de la Ley por la imposibilidad de pretender hacer una foto estática e inamovible del pasivo de la concursada, al existir posibles procesos penales, expedientes administrativos o el cumplimiento de condiciones que pueden afectar a los créditos concursales y que no podían conocerse en el momento de la presentación de los textos definitivos. No podemos obviar que dicha modificación en ningún caso sería imputable al acreedor, pues es necesaria la concurrencia de circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta en el momento de la comunicación de los créditos. Y como se pone de manifiesto en el propio preámbulo de la ley 38/2011, una de las finalidades tanto de las reformas en el ámbito del derecho concursal, como de la propia ley concursal, junto con buscar en todo caso la continuidad de la empresa es la de dar satisfacción a las pretensiones de los acreedores, mediante la satisfacción de sus créditos, y el primer paso para ello es asegurar un sistema que permita su reconocimiento.

Por tanto, esta reforma supone un afianzamiento de seguridad jurídica, en el devenir de concurso, arbitrando un mecanismo, donde, ante la concurrencia de circunstancias sobrevenidas, se permite la modificación de la lista definitiva, garantizando así la adecuada satisfacción de los intereses de los acreedores. No obstante, regula un procedimiento que exige el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 97 bis LC, así como los efectos derivados de la modificación de la lista de acreedores en el artículo 97 ter LC. Entre los aspectos destacables de la modificación de lista definitiva se encuentra el de la calificación de los créditos modificados. Esta reforma no ha obviado una de las principales problemáticas que plantea la posible modificación de los textos definitivos, como es la calificación de los créditos modificados o cuya inclusión o exclusión se pretende, manteniendo en algunos casos su calificación, conforme a su naturaleza como regla general y en otros dándole la condición de subordinados. En este sentido, dispone el artículo 97 bis, apartado tercero, en su último párrafo, que no perderán su calificación inicial y no se les dará el carácter de subordinados, sin perjuicio de las reglas establecidas en el apartado cuarto del mismo artículo. Conjuntamente con la introducción de estos artículos que abren las puertas a la modificación de los textos definitivos de la lista de acreedores, se introduce el sistema de comunicación informática de créditos, que, sin duda, es un instrumento que ha dado celeridad a la formación de la lista de acreedores agilizando la comunicación de créditos. La comunicación informática se convierte en ese momento en la prioritaria, eliminando la comunicación a través del juez que tantas dilaciones provocaba, y permite no solo la celeridad, sino una interlocución fluida entre acreedores y administración concursal que evita judicializar cuestiones de calificación y cuantía de créditos fácilmente solucionables extrajudicialmente.

Hecha una breve introducción a los aspectos generales de la modificación, que en esta materia opera la ley 38/2011, y para una mejor comprensión de la sentencia, pasamos al estudio del procedimiento para la modificación o comunicación tardía de los créditos concursales.

II. PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN E INCLUSIÓN TARDÍA DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES, REGULADO EN LOS ARTÍCULOS 96 Y SIGUIENTES DE LA LEY CONCURSAL

El artículo 96, LC como ya se ha puesto de manifiesto en los párrafos anteriores, prevé diferentes supuestos, como son: la impugnación incidental de la lista de acreedores, ya sea mediante la comunicación tardía de créditos o su exclusión, como la alteración de la cuantía o la clasificación de los ya reconocidos.

Por su parte, el artículo 96 bis, que lleva como título «*Comunicaciones posteriores de créditos*», va más allá y regula la posibilidad de que los acreedores puedan solicitar la inclusión o exclusión de créditos o su modificación hasta la presentación de los textos definitivos, debiendo resolver la administración concursal en ese momento.

El apartado tercero permite, por último, que, dentro de los diez días siguientes a la presentación del texto definitivo a que se refiere el artículo 76 de la ley concursal, se solicite la modificación, inclusión o exclusión de créditos concursales. Estos diez días no permiten nuevas comunicaciones de créditos, sino la impugnación de lo reconocido por la administración concursal, ya sea por diferencias en la cuantía como en la calificación.

Hasta ahí llegan los sistemas, que podríamos considerar ordinarios, para la modificación de créditos. Pero la concurrencia de situaciones sobrevenidas que afectaran a los créditos con posterioridad a estos plazos y por causas no imputables al acreedor motivó que el artículo 97.3 regulara aquellos supuestos en los que debe admitirse la modificación de los textos definitivos, una vez transcurrido el plazo legal de diez días. Son casos excepcionales y por eso se restringen y tasan los supuestos: a) cuando se resuelva la impugnación de las modificaciones previstas en el artículo 96 bis; b) cuando después de presentado el informe inicial del artículo 74 LC o el texto definitivo de la lista de acreedores se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho Público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos; c) cuando en el mismo supuesto de la letra anterior se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal, y d) cuando después de presentados los textos definitivos se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía.

En conclusión, a la luz de los artículos mencionados, esta modificación solo podría tener lugar en los supuestos contemplados en el artículo 97 LC, apartados tercero y cuarto, y siempre con los efectos del artículo 97 ter LC. Lo contrario supondría eliminar la seguridad jurídica por la incertidumbre constante respecto al pasivo de la concursada.

El procedimiento se establece en el artículo 97 bis LC. Como primer presupuesto, ya puesto de manifiesto, es necesario que haya sido aprobada la propuesta de convenio o se hubieran presentado en el Juzgado los informes que para la fase de liquidación exigen los artículos 152 y 176 bis LC. Dicha solicitud de modificación debe ser justificada en todo caso. Debiendo la Administración concursal contestar en el plazo de cinco días.

El motivo del establecimiento de estos límites temporales viene dado por el perjuicio que, en caso de aprobación de un convenio, podría generar la constante modificación de la lista de acreedores y en los supuestos de la conclusión de la liquidación o la inexistencia de activos por la ausencia de sentido de la modificación, una vez que procede repartir el activo o se ha confirmado que no existen bienes para abonar ni siquiera los créditos contra la masa y, por tanto, no podría abonarse ninguno concursal.

Si el informe fuera contrario a la inclusión, modificación o exclusión pretendida por los acreedores, se rechazará la solicitud, salvo que en el plazo de diez días el acreedor interesado promueva incidente concursal. Si, por el contrario, el informe es favorable a la modificación pretendida se dará traslado a las partes en el plazo de diez días. En todos los casos el Juez resolverá mediante auto.

Finalmente, los efectos son regulados en el artículo 97 ter, que podemos resumir en los siguientes: a) la admisión de la solicitud de modificación no impide que continúe la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio de que el Juez del concurso adopte medidas cautelares cuando vea probable el reconocimiento de la pretensión; b) la modificación no afectará a la validez del convenio ni a las operaciones de liquidación realizadas, sin perjuicio de que, a instancia de parte interesada, el Juez acuerde la ejecución provisional de la resolución que admite la modificación de la lista.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL LÍMITE TEMPORAL APLICABLE A LAS MODIFICACIONES SOLICITADAS EN FASE DE CONVENIO, CUANDO FRUSTRADO ÉSTE SE ABRE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

La doctrina jurisprudencial fijada por la presente sentencia viene a dar solución a un supuesto no previsto por la Ley Concursal, en la determinación de la

masa pasiva del concurso, y bastante común en el día a día, como es la imposibilidad de cumplir el convenio, que lleva aparejada la apertura de la fase de liquidación.

Metiéndonos en antecedentes, en primera instancia se desestima el recurso interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, para la modificación del crédito. Los motivos esgrimidos por el Juez son: a) que el procedimiento de comprobación se abrió con posterioridad a la lista definitiva, y b) porque la solicitud de modificación se hizo con posterioridad a la aprobación del convenio. Dos motivos claros, pero no exentos de matizaciones. El artículo 97.3. 2.º LC, en los supuestos de procedimientos administrativos de comprobación, exige que dicho procedimiento se inicie después de presentado el informe del artículo 74 LC o de la presentación del texto definitivo. Por tanto, el primer motivo alegado sería en todo caso discutible, y así lo confirma la Audiencia provincial en la sentencia que finalmente es recurrida en casación.

La segunda cuestión es la que es objeto de casación y, en consecuencia, la que origina la doctrina jurisprudencial, que con esta sentencia fija el Tribunal Supremo.

A priori, en una interpretación literal del artículo 97 bis LC, no cabe duda alguna de que una solicitud de modificación, instada tras la aprobación del convenio, será rechazada mediante el informe desfavorable de la Administración Concursal y el posterior auto del Juez de lo mercantil, conforme al artículo 97 ter LC. El interés casacional se centra en determinar qué plazo de los establecidos en el artículo 97 bis.1 LC debe tomarse en consideración para la modificación de los créditos concursales cuando, frustrado el convenio previamente aprobado, se abre la liquidación.

Son dos las opciones que cabe plantearse a la hora de interpretar el artículo 97 bis.1 LC. O bien entender que, al haberse aprobado el convenio, con posterioridad frustrado, el acreedor tuvo los medios y garantías suficientes a su alcance para defender sus intereses, en la formación de la lista definitiva, pudiendo haber solicitado la modificación en ese momento. O, por el contrario, la frustración del convenio que, desde el inicio, resultó de imposible cumplimiento por parte del concursado, y la consiguiente apertura de la fase de liquidación, hace que el plazo que deba tenerse en cuenta para la solicitud de modificación del crédito sea el señalado para la fase de liquidación en el artículo 97.1 bis LC; esto es, antes de los informes previstos en los artículos 152 y 176 bis LC.

Como señala la sentencia, y se expone en el párrafo anterior, la Ley Concursal fija un «momento preclusivo» para solicitar la modificación, según se trate de convenio o de liquidación; siendo, en el primer caso, la aprobación judicial del convenio, y en el segundo, los referidos informes de los artículos 152 y 176 bis

LC, que se refieren a la comunicación de la masa activa y a la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, respectivamente. Estos informes reflejan dos situaciones; en el caso del artículo 152 LC, de carácter ordinario, donde se justifica la preclusión, en la conclusión de las operaciones de liquidación que conllevan la determinación final de la masa activa, mediante la realización de todos los activos y el destino de lo obtenido a la satisfacción de los créditos; y en el caso del artículo 176 bis, de carácter extraordinario ante la obviedad de que si la masa activa es insuficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa más aún para la satisfacción de los restantes.

El carácter preclusivo de los límites temporales establecido en el artículo 97 bis.1 LC son, como se deduce de la sentencia, determinantes a la hora de aplicar el fijado para el convenio o para la liquidación, según los casos, como veremos a continuación.

El Tribunal Supremo no duda en afirmar que en aquellos casos donde, después de aprobar el convenio, éste queda frustrado, produciéndose la apertura de la fase de liquidación, *«sólo resulta oponible el límite temporal previsto duplicado en el artículo 97.1 bis LC, para la liquidación»*.

Resulta lógico que, si el convenio se hubiera cumplido, no hubiera cabido la modificación del crédito. Sin embargo, el incumplimiento del convenio y la apertura de la liquidación impiden que concurra el momento preclusivo del artículo 97 bis.1 LC para poder solicitar la modificación de los créditos concursales, en caso de convenio.

Por tanto, no tiene sentido que, deviniendo ineficaz el momento preclusivo, exigido para el caso de convenio por la apertura de la liquidación, deba impedirse la modificación de créditos. La lógica jurídica nos obliga a acudir a lo establecido para la liquidación, donde su momento preclusivo atiende a la propia ratio y fundamento de la liquidación, esto es, a que la solicitud de modificación se realice antes de la presentación de uno de los dos informes a que se refieren los artículos 152.2 LC y 176 bis LC. Ya vimos que el fundamento de esta restricción, en caso de convenio, era evitar que constantes modificaciones del pasivo afectaran al plan de viabilidad que sirviera de base al convenio aprobado, por lo que una vez abierta la liquidación carece de fundamento impedir cambios en los créditos.

No podemos concluir sino citando la fijación de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia, que resume claramente todo lo expuesto. Pronunciándose en los siguientes términos:

- «i) El límite temporal previsto en el artículo 97 bis.1 LC para solicitar la modificación de la lista de acreedores al amparo del artículo 97.3 LC, varía según se esté en fase de cumplimiento de convenio o de liquidación;

- ii) Cuando la modificación se solicita durante la fase de liquidación, con independencia de que haya venido o no precedida de una aprobación judicial de convenio, el límite temporal aplicable es el propio de la liquidación, la presentación de cualquiera de los dos informes previstos en el artículo 152.2 LC y el artículo 176 bis LC;
- iii) Frustrado el convenio y abierta la fase de liquidación, sobre la posterior petición de modificación de la lista de acreedores, solo resulta oponible con el límite temporal previsto en el artículo 97 bis. 1 LC para la liquidación.»

*(Trabajo recibido el 20/12/2016
y aceptado para su publicación el 02/01/2017)*

RECENSIONES

LOS DEBERES Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL EN CRISIS

Autor: EVA RECAMÁN GRAÑA

Obra publicada en Cizur Menor, 2016

BLANCA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA

Doctora en Derecho. Notario

La obra recientemente publicada por la autora RECAMÁN presenta un gran interés jurídico, por cuanto se estudian, sobre la base de distintos ordenamientos jurídicos, los deberes de conducta que han de observar los administradores de sociedades de capital en situaciones de crisis empresariales, así como la eventual responsabilidad en que podrán incurrir por incumplimiento de aquéllos. La profesora RECAMÁN realiza un estudio pormenorizado no sólo del ordenamiento jurídico español, sino también de otros del entorno, como el Derecho estadounidense o el alemán, lo que le permite realizar una exposición global y profunda de las distintas regulaciones.

La obra se divide en dos partes. La primera se titula «Crisis empresarial, interés social y diligencia», y la segunda, «Deberes y responsabilidad de administradores en la crisis empresarial. En especial, en tutela de acreedores».

La primera parte está integrada, a su vez, por tres capítulos. En el primero se estudia el concepto «estado de crisis empresarial», partiendo de su indefinición jurídica. La autora recurre a una serie de parámetros clásicos —pérdidas e insolvencia— para la determinación de dicho estado y, asimismo, termina el primer capítulo con un estudio de indicios que permitirían arbitrar presunciones judiciales del estado de crisis empresarial. En el segundo capítulo se analiza el significado del interés social en el marco de las crisis empresariales, manifestando la autora RECAMÁN la conveniencia de considerar en éste también el interés de los acreedores. Por su parte, en el capítulo tercero se aborda el deber de diligencia e información, así como sus concreciones, que han de observar los administradores

sociales en situaciones de crisis, defendiendo la autora que dicho estado de crisis ha de modular los deberes generales de los administradores. Asimismo, recalca RECAMÁN, en los casos de delegación de competencias por el órgano de administración, la importancia de la información transparente entre órgano delegante y delegado a los efectos de depurar responsabilidades.

La parte segunda de la obra se divide a su vez en cuatro capítulos. En el primero de ellos se detiene la autora en estudiar cuál ha de ser el comportamiento legalmente exigible al administrador en la gestión de los contratos de la sociedad con terceros, cuando ésta se encuentra en situación de crisis empresarial. Se analizan estos deberes, tanto en la fase precontractual como en la de ejecución del contrato ya celebrado. En el capítulo segundo se abordan los deberes que han de observar los administradores sociales ante la disolución por pérdidas de las sociedades de capital, conforme al artículo 363 del texto refundido, por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), así como la naturaleza de la responsabilidad en que incurrirán por incumplimiento de dichas obligaciones, conforme al artículo 367 LSC. El tercer capítulo se detiene en el estudio de los deberes de los administradores ante la inminente y actual situación de insolvencia de las sociedades de capital y su responsabilidad por incumplimiento de los mismos, para lo cual la profesora RECAMÁN realiza un estudio pormenorizado de la legislación concursal. Por último, el cuarto capítulo de esta segunda parte aborda la extensión subjetiva de la responsabilidad societaria y concursal, analizando la posible aplicación de dicho régimen a personas que *de facto* actúan como administradores sociales o que la Ley asimila a éstos.

Todo lo anterior revela el acierto de la autora en la elección del tema, así como en el desarrollo de su contenido, por lo que su publicación resultará, sin duda, de gran interés para los juristas teóricos y prácticos.

*(Trabajo recibido el 02/09/2016
y aceptado para su publicación el 31/10/2016)*

NORMAS DE PUBLICACIÓN

- Los trabajos han de ser originales.
- Los trabajos habrán de ser aprobados por la Dirección y por el Comité Evaluador Externo.
- El título del trabajo a publicar ha de figurar en mayúscula.
- Los trabajos tendrán una extensión mínima de 5.000 palabras.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 puntos; interlineado: sencillo.
- Todos los estudios deben ir precedidos de un breve resumen en español y en inglés (con un mínimo de seis líneas cada uno), palabras claves en español e inglés (con un mínimo de cinco). Asimismo, los estudios doctrinales irán precedidos de un SUMARIO, que seguirá el siguiente esquema:
- Los epígrafes habrán de redactarse en mayúscula e ir numerados con números romanos.
- Los subepígrafes habrán de ir en minúscula y numerarse a partir del 1 de forma correlativa.
- De existir epígrafes dentro de los subepígrafes se redactarán también en minúscula y se numerarán como 1.1, 1.2, etc.
- Habrá de finalizar el trabajo con la BIBLIOGRAFÍA, a no ser que la misma haya quedado debidamente reflejada mediante las notas a pie de página.
- Para las citas a pie de página se seguirán las siguientes normas:
 - a) Si se trata de libros:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Título del libro*, editorial, lugar y fecha de edición.
 - b) Si se trata de artículos:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Título del libro», *Título de la revista*, número *, fecha, pp. * a *.

PRINCIPIOS ÉTICOS DE PUBLICACIÓN

La revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* está comprometida con los principios éticos que deben presidir la actividad científica y reflejo de ello son las normas éticas de publicación que siguen:

1. Aceptación de las normas y responsabilidad de los autores

- La remisión de cualquier trabajo a la revista presupone la aceptación de todas las normas editoriales y de publicación de aquélla.
- Todos los autores que suscriben un trabajo a la revista deben haber contribuido de manera real y relevante a su elaboración y no podrán excluir a otros autores.
- Los trabajos que se remitan a la revista han de ser inéditos.
- Todos los datos e informaciones utilizados para la elaboración de los trabajos deben ser reales. Ante cualquier sospecha sobre la posible falsedad o inexactitud de alguno de dichos datos, los autores tienen la obligación de ponerlo en conocimiento de la revista.

2. Normas sobre autoría

Todos los trabajos que sean remitidos a la revista deben ser plenamente respetuosos con las normas vigentes en cada momento sobre propiedad intelectual y, en particular, con aquéllas que persiguen el plagio y demás clases de fraude científico. A título ejemplificativo, se considera como plagio la copia literal o sustancial de contenidos sin entrecomillar y/o sin citar la fuente, el parafraseo o reproducción de ideas sin citar la fuente y la reutilización abusiva o encubierta de textos propios ya publicados. Y se considera como fraude científico, entre otros supuestos, el uso deliberado de informaciones o datos falsos o falseados, la usurpación de trabajos ajenos y el ocultamiento de la existencia de un conflicto de interés relevante que afecte al autor.

3. Obligaciones del Consejo de Dirección

- El Consejo de Dirección se compromete a respetar la confidencialidad durante el proceso de selección.
- El Consejo de Dirección asume la responsabilidad de aceptar o rechazar los trabajos recibidos, basando sus decisiones en criterios científicos y en el juicio emitido por los evaluadores externos.
- El Consejo de Dirección se reserva el derecho de retirar cualquier trabajo recibido, aceptado o ya publicado, si se constata que tal trabajo incurre en plagio o en otro supuesto de fraude científico.
- El Consejo de Dirección velará por el cumplimiento de estas normas éticas de publicación.

