

CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

ADMINISTRATIVO *

1 · LEGISLACIÓN

[Portugal]

**Alterações à
regulação do
funcionamento e
gestão do portal dos
contratos públicos**

Portaria n.º 284/2019, de 2 de setembro (DR 167, Série I, de 2 de setembro de 2019)

A Portaria n.º 284/2019, de 2 de setembro ("Portaria 284/2019") veio alterar a Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro, a qual procedeu à regulação do funcionamento e gestão do portal dos contratos públicos, denominado "Portal BASE".

De acordo com o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que veio alterar e republicar o Código dos Contratos Públicos ("CCP"), o Portal BASE destina-se a divulgar informação pública sobre os contratos sujeitos ao CCP, constituindo ainda o instrumento central de produção de informação estatística sobre a contratação pública nacional, nomeadamente para efeitos de elaboração dos relatórios estatísticos a remeter à Comissão Europeia.

A Portaria 284/2019 vem introduzir alterações à forma de funcionamento do Portal BASE, nomeadamente: (i) cria a possibilidade de transmissão de forma agregada, por entidade, dos dados referentes aos ajustes diretos simplificados; (ii) vem permitir um acesso direto às peças do procedimento para uma maior transparência e uniformização da informação pública; e (iii) introduz a publicitação do número de convidados e concorrentes nos procedimentos de consulta prévia que não sejam tramitados por plataforma eletrónica.

A Portaria 284/2019 entrou em vigor no dia 2 de março de 2020.

[Portugal]

**Alteração ao Estatuto
dos Tribunais
Administrativos e
Fiscais ("ETAF")**

Lei n.º 114/2019, de 12 de setembro (DR 175, Série I, de 12 de setembro de 2019)

A Lei n.º 114/2019, de 12 de setembro ("Lei 114/2019"), veio proceder à décima segunda alteração ao ETAF, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro.

Ao abrigo desta lei, passa a prever-se no artigo 9.º do ETAF a possibilidade de desdobramento dos tribunais administrativos de círculo em juízos de competência especializada administrativa, nomeadamente: (i) juízo administrativo comum; (ii) juízo administrativo social; (iii) juízo de contratos públicos; e (iv) juízo de urbanismo, ambiente e ordenamento do território.

Por sua vez, o novo artigo 44.º-A do ETAF vem delimitar a competência de cada juízo de competência especializada administrativa. De acordo com o novo artigo 44.º-A do ETAF, cada juízo de competência especializada administrativa terá as seguintes competências:

(*) Esta sección ha sido coordinada por Javier Abril, y ha sido elaborada, en su parte portuguesa, por João Louro, Guilherme Drummond Ludovice y Maria Estela Lopes, y en la parte española, por Marina Pulido, abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

- (i) O juízo administrativo social será competente para conhecer de todos os processos relativos a litígios emergentes do vínculo de trabalho em funções públicas e da sua formação, bem como de litígios relacionados com formas públicas ou privadas de proteção social;
- (ii) O juízo de contratos públicos será competente para conhecer de todos os processos relativos à validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de todos os contratos administrativos ou de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, incluindo a efetivação da responsabilidade civil pré-contratual e contratual;
- (iii) O juízo de urbanismo, ambiente e ordenamento do território será competente para conhecer de todos os litígios em matéria de urbanismo, ambiente e ordenamento do território sujeitos à competência dos tribunais administrativos; e
- (iv) O juízo administrativo comum terá uma competência residual em matéria administrativa relativamente aos restantes juízos de competência especializada administrativa.

Nos termos do n.º 2 do artigo 44.º-A do ETAF, havendo cumulação de pedidos entre os quais haja uma relação de dependência ou subsidiariedade, deve a ação ser proposta no juízo competente para apreciar o pedido principal.

A Lei 114/2019 entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2019.

Estatuto da Entidade para a Transparência

Lei Orgânica n.º 4/2019, de 13 de setembro (DR 176, Série I, de 13 de setembro de 2019)

A Lei Orgânica n.º 4/2019, de 13 de setembro ("Lei Orgânica 4/2019"), veio criar a Entidade para a Transparência e aprovar o respetivo estatuto, procedendo ainda à nona alteração da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, que aprova a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional.

A Entidade para a Transparência é um órgão independente que funciona junto do Tribunal Constitucional e tem como atribuição a apreciação e fiscalização da declaração única de rendimentos, património e interesses dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos.

A Entidade para a Transparência é composta por três membros, um presidente e dois vogais, eleitos pelo Tribunal Constitucional.

A partir da sua criação, os titulares de cargos políticos e altos cargos públicos ficam obrigados a entregar à Entidade para a Transparência as declarações previstas no regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos e a prestar os esclarecimentos que lhes sejam solicitados por esta entidade, cabendo depois à Entidade para a Transparência proceder à sua análise e fiscalização.

A Lei Orgânica 4/2019 prevê ainda que dos atos decisórios da Entidade para a Transparência relativos ao acesso e consulta das declarações únicas cabe recurso para o Tribunal Constitucional, com efeito suspensivo, a interpor mediante requerimento apresentado junto da Entidade para a Transparência, no prazo de 15 dias a contar da data da notificação.

A Lei Orgânica 4/2019 entra em vigor no início da XIV Legislatura.

Alteração ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos e ao Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação

Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro (DR 178, Série I, de 17 de setembro de 2019).

A Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro ("Lei 118/2019"), vem proceder à sexta alteração ao CPTA, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e à décima quinta alteração ao RJUE, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro.

Quanto às alterações ao CPTA, a Lei 118/2019 passa a consagrar como regra no processo administrativo a tramitação eletrónica. Os atos processuais que devam ser praticados por escrito pelas partes são agora apresentados em juízo por via eletrónica, com as exceções presentes no n.º 5 e no n.º 6 do artigo 24.º do CPTA.

Ao abrigo desta lei, passa igualmente a ser obrigatória a publicação por via informática das sentenças dos tribunais administrativos de círculo.

A Lei 118/2019 vem introduzir uma alteração de relevo no artigo 103.º-A do CPTA, relativamente ao efeito suspensivo automático do ato de adjudicação. De acordo com a alteração introduzida, o efeito suspensivo automático do ato de adjudicação ou da execução do contrato, se este já tiver sido celebrado, passa apenas a verificar-se nos casos de ações de contencioso pré-contratual que tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação relativos a procedimentos aos quais é aplicável ou (i) o disposto no n.º 3 do artigo 95.º do CCP; ou (ii) o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do CCP; e desde que as ações sejam propostas no prazo de 10 dias úteis contados desde a notificação da adjudicação a todos os concorrentes.

Em todos os outros casos em que não se aplique o efeito suspensivo automático do ato de adjudicação, o autor passa a poder requerer ao juiz a adoção de medidas provisórias, nos termos do artigo 103.º-B do CPTA, tal como alterado pela Lei 118/2019.

A Lei 118/2019 veio ainda introduzir alterações ao artigo 128.º do CPTA, o qual prevê a suspensão da eficácia de ato administrativo. Na nova redação que foi conferida a este artigo, quando seja requerida a suspensão da eficácia de um ato administrativo, tanto a entidade administrativa, como os beneficiários do ato não podem, após a citação, iniciar ou prosseguir a sua execução, salvo se, mediante remessa ao tribunal de resolução fundamentada na pendência do processo cautelar, se reconhecer que o diferimento da execução seria gravemente prejudicial para o interesse público.

Por fim, verificou-se a introdução de alterações pela Lei 118/2019 em artigos relativos ao regime da arbitragem administrativa. Destaca-se, designadamente, a modificação do n.º 3 do artigo 180.º do CPTA, o qual vem alargar a possibilidade de recurso de decisões arbitrais relativas à impugnação de atos pré-contratuais. Assim, o n.º 3 do artigo 180.º vem estabelecer que, quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º do CPTA por via do recurso à arbitragem, da decisão arbitral passa a caber recurso urgente para o tribunal administrativo competente, com efeito meramente devolutivo, no caso de litígios de valor igual ou inferior ao previsto no n.º 5 do artigo 476.º do CCP, desde que essa possibilidade tenha sido salvaguardada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento ou declarada por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas ou candidaturas.

Relativamente às alterações ao RJUE, a Lei 118/2019 veio introduzir alterações nos seus artigos 69.º e 98.º.

A Lei 118/2019 entrou em vigor no dia 16 de novembro de 2019.

Regime jurídico do autoconsumo de energia renovável

Decreto-Lei n.º 162/2019, de 25 de outubro (DR 206, Série I, de 25 de outubro de 2019)

O Decreto-Lei n.º 162/2019, de 25 de outubro ("Decreto-Lei n.º 162/2019"), veio aprovar o regime jurídico aplicável ao autoconsumo de energia renovável, transpondo parcialmente a Diretiva 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis.

Ao abrigo do regime anterior apenas era permitido o autoconsumo individual. Porém, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 162/2019, passa a ser permitida a prática da atividade de autoconsumo não só por autoconsumidores individuais, mas também por autoconsumidores coletivos e por Comunidades de energia renovável ("CER"), nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 5.º.

De acordo com o artigo 6.º, os autoconsumidores coletivos, organizados em condomínios de edifícios em regime de propriedade horizontal ou não, ou um grupo de autoconsumidores situados no mesmo edifício ou zona de apartamentos ou de moradias, em relação de vizinhança próxima, unidades industriais, comerciais ou agrícolas, e demais infraestruturas localizadas numa área delimitada, podem aproveitar-se de uma só unidade de produção para autoconsumo ("UPAC"). Tal utilização pode ser aplicada em condomínios, devendo a sua instalação ser precedida de autorização da respetiva assembleia de condóminos, de acordo com o n.º 2 do artigo 6.º.

Por sua vez, as CER, reguladas no artigo 19.º, resultam da constituição, por autoconsumidores e demais participantes dos projetos de energia renovável, de pessoas coletivas para a produção,

consumo, partilha, armazenamento e venda de energia renovável. De acordo com o n.º 7 do artigo 19.º, a DGEG deve promover e facilitar o seu desenvolvimento.

Com estas medidas, o Decreto-Lei n.º 162/2019 visa cumprir o Plano Nacional de Energia-Clima para 2021-2030, nomeadamente alcançando uma quota de 47% de energia vinda de fontes renováveis no consumo final bruto em 2030.

O Decreto-Lei n.º 162/2019 entra em vigor:

- A partir de 1 de janeiro de 2020, relativamente aos projetos de autoconsumo individual e projetos para autoconsumo coletivo ou CER que cumulativamente (i) disponham de um sistema de contagem inteligente e (ii) sejam instalados no mesmo nível de tensão.
- A partir de 1 de janeiro de 2021, relativamente aos demais projetos de autoconsumo.

Juizados de competência especializada *Decreto-Lei n.º 174/2019, de 13 de dezembro (DR 240, Série I, de 13 de dezembro de 2019)*

No seguimento da recente revisão do ETAF, o Decreto-Lei n.º 174/2019, de 13 de dezembro ("Decreto-Lei 174/2019") veio proceder à criação de juizados de competência especializada, nos termos dos artigos 9.º e 9.º-A do ETAF.

O Decreto-Lei 174/2019 veio criar juizados de competência comum e social nos Tribunais Administrativos de Círculo de Lisboa e do Porto e nos Tribunais Administrativos e Fiscais de Almada, Aveiro, Braga, Leiria e Sintra.

Os Tribunais Administrativos de Círculo de Lisboa e do Porto passam a integrar também um juízo de contratos públicos com jurisdição alargada, no caso de Lisboa, ao conjunto das áreas de jurisdição atribuídas ao Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa e aos tribunais administrativos de Almada e Sintra e, no caso do Porto, ao conjunto das áreas de jurisdição atribuídas ao Tribunal Administrativo de Círculo do Porto e aos tribunais administrativos de Aveiro, Braga e Penafiel.

O Decreto-Lei 174/2019 entrou em vigor no dia 14 de dezembro de 2019.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

La prórroga de la duración de una concesión existente para la construcción y explotación de una autopista sin publicar un anuncio de licitación resulta contraria a la normativa de la Unión Europea

Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de septiembre de 2019 (asunto C-526/17)

La sentencia resuelve el recurso interpuesto por la Comisión por el que imputa a la República Italiana la infracción de los artículos 2 y 58 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007 (la "Directiva 2004/18"), al haber prorrogado del 31 de octubre de 2028 al 31 de diciembre de 2046 la concesión de la autopista A 12 Livorno-Civitavecchia (Italia) sin publicar anuncio de licitación.

El contrato de concesión para la construcción y explotación de la autopista se celebró en 1969, aunque se modificó su duración inicial (30 años a contar desde la fecha de apertura al tráfico) en varias ocasiones. En lo que interesa, en 1999 se celebró un contrato entre el poder adjudicador y la adjudicataria por el cual fijaron la expiración de la concesión para el 31 de octubre de 2028 y con posterioridad, en 2009, firmaron un acuerdo por el que disponían como nueva fecha de vencimiento de la concesión el 31 de diciembre de 2046. En ninguna de esas ocasiones se publicó ningún anuncio de licitación.

El TJUE, en primer lugar, verifica la aplicabilidad de la Directiva 2004/18 al aplazamiento de la finalización de la concesión controvertida, del 31 de octubre de 2028 al 31 de diciembre de

2046. Así, considera que, de conformidad con su jurisprudencia (en este sentido, cita la sentencia de 11 de julio de 2013, Comisión/Países Bajos, C-576/10, apartado 54), la legislación de la Unión aplicable es la vigente en el momento de la modificación y que, por tanto, desde ese punto de vista, el hecho de que la celebración del contrato de concesión fuera anterior a la adopción de la normativa de la Unión en la materia no es relevante.

En segundo lugar, el TJUE examina la supuesta vulneración de la Directiva 2004/18 por el aplazamiento del vencimiento de la concesión y considera que la prórroga de dieciocho años y dos meses efectuada en el acuerdo de 2009 constituye una modificación sustancial de las condiciones de la concesión existente, ya que esa modificación ofrece un importante lapso de tiempo adicional a la concesionaria para explotar un tramo de la autopista y que, en la medida en que dicha concesionaria se retribuye mediante esa explotación, incrementa considerablemente su retribución.

Por consiguiente, el TJUE concluye que la prórroga del 31 de octubre de 2028 al 31 de diciembre de 2046 equivale a una nueva concesión y que la falta de publicación de un anuncio de licitación al respecto incumple la obligación de igualdad de trato establecida en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 así como la obligación de publicar un anuncio de licitación establecida en el artículo 58 de dicha Directiva.

Los Estados miembros disponen de libertad para elegir la modalidad de gestión (contrato público u operación interna) que consideren más adecuada para la ejecución de obras o la prestación de servicios siempre que se respeten los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia

Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2019 (asunto C-285/18)

En esta sentencia el TJUE resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania para la interpretación (entre otros) del artículo 12 apartado 1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18 (la "Directiva 2014/24").

La controversia surge porque inicialmente se celebró un contrato público para la prestación de servicios de mantenimiento y gestión de plantaciones, bosques y parques forestales con una empresa y, con posterioridad, el poder adjudicador celebró con una entidad distinta sobre la que ejerce un control análogo al de sus propios servicios (posee el 100 % de su capital y recibe casi la totalidad de los servicios prestados por la entidad —un 90,07 % de su volumen de negocios—) una operación interna que tenía por objeto servicios esencialmente análogos a los contemplados en el contrato inicial.

A pesar de que la Oficina de Contratación Pública del país autorizó la celebración de la operación interna, la empresa que había resultado adjudicataria del contrato inicial con el poder adjudicador consideró incompatible esa operación interna con la existencia de un contrato público previo y la recurrió, lo que dio lugar al procedimiento del que se deriva la cuestión prejudicial.

Como cuestión preliminar, el TJUE resuelve sobre el derecho aplicable al caso. Sobre esta cuestión, recuerda que la directiva aplicable a un contrato público es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que el poder adjudicador elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si es necesario proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público (SSTJUE de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti, C 213/13, apartado 31; y de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C 324/14, apartado 83). Y resuelve que una situación como la del litigio principal, en la que se adjudica un contrato público en un procedimiento iniciado mientras estaba aún en vigor la Directiva 2004/18, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, ya que el poder adjudicador obtuvo la necesaria autorización de la Oficina de Contratación Pública para la operación interna cuando ya estaba en vigor la Directiva 2014/24.

A continuación, el TJUE pasa a considerar las dudas elevadas por el órgano judicial nacional relativas a la Directiva 2014/24. La más relevante es si el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que este se opone a que una norma nacional supedita la celebración de operaciones internas a determinados requisitos y, en particular, al de que la adjudicación de un contrato público no permita garantizar la calidad, disponibilidad o la continuidad de los servicios que han de prestarse. Es decir, debe dilucidarse si el Derecho de la

Unión prohíbe que los Estados miembros eleven las exigencias para que sus poderes adjudicadores puedan acudir a las operaciones internas, estableciendo una tendencia hacia la contratación pública o externalización de los servicios.

En este punto, el TJUE considera que el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 se limita a precisar las condiciones que un poder adjudicador debe respetar cuando desea celebrar una operación interna y, por tanto, considera que esa disposición faculta a los Estados miembros a excluir una operación de este tipo del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 aun cuando se cumplan las condiciones previstas en el artículo 12, apartado 1. En apoyo de esta conclusión, también cita el considerando 5 de la Directiva por cuanto establece que *“ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva”*.

Por consiguiente, el TJUE resuelve que no puede interpretarse que el Derecho de la Unión prive a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras.

A lo anterior añade que esa libertad de que disponen los Estados miembros debe ejercerse respetando en todo caso las normas fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Dentro de estos límites, un Estado miembro puede imponer a un poder adjudicador condiciones no previstas en el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 para que celebre una operación interna, en concreto a fin de garantizar la continuidad, una calidad óptima y la disponibilidad del servicio.

[España]

Doctrina sobre la procedencia del incidente de nulidad de actuaciones frente a resoluciones judiciales no dictadas en única o última instancia

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional n.º 112/2019, de 3 de octubre

La sentencia resuelve el recurso de amparo dirigido contra (i) la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, de 4 de noviembre de 2016, que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso interpuesto al apreciar que el acto impugnado en ese proceso no había agotado la vía administrativa (art. 69 c) de la LJCA, y (ii) contra la Providencia de 6 de abril de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por la que se inadmitió el recurso de casación interpuesto por carecer de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (art. 90.4 d LJCA).

Como cuestión previa, se indica que el asunto planteado en el recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional porque da ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o modificar su doctrina en relación con la necesidad de interponer incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo (art. 44.1 a) LOTC) en aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental no se imputa a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior, y esta vulneración ha quedado imprejujada porque el recurso interpuesto contra esta decisión judicial ha sido inadmitido por razones procesales que no son imputables a la falta de diligencia de la parte.

A este respecto, el Tribunal Constitucional considera que la interposición del incidente de nulidad de actuaciones en supuestos como el examinado, al no derivarse de forma clara su procedencia del tenor del 241.1 LOPJ, no será un requisito necesario para agotar la vía judicial previa al amparo ante ese Tribunal; pero, si se presenta, ha de considerarse un cauce idóneo para obtener la tutela de los derechos fundamentales que se imputan a la resolución frente a la que se interpuso el recurso inadmitido y, por tanto, no podrá considerarse un recurso manifiestamente improcedente que pueda conllevar la extemporaneidad de un posterior recurso de amparo.

En cuanto a la cuestión de fondo, el Tribunal Constitucional entiende que la sentencia del TSJ de Murcia, al acordar la inadmisión del recurso sin examinar si, como alegaba la recurrente, el acto impugnado no había sido debidamente notificado, ha supuesto una aplicación rigorista de la

causa de inadmisión prevista en el art. 69 c) LJCA. Ha de tenerse en cuenta que el art. 58 de la LRJPAC —norma aplicable al supuesto enjuiciado, actual art. 40 de la LPACAP— obliga a la Administración a notificar sus resoluciones indicando, entre otros extremos, si el acto es o no definitivo en la vía administrativa y los recursos que puede interponer contra él y, además, dispone que las notificaciones que no contengan esta información no surtirán efectos hasta que el interesado interponga el recurso procedente. Por ello, a juicio del Tribunal Constitucional, el órgano judicial, antes de acordar la inadmisión por este motivo, debería haber examinado si la resolución impugnada había sido debidamente notificada.

En consecuencia, declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en su modalidad de acceso a la jurisdicción, anula las resoluciones judiciales dictadas por el TSJ de Murcia y el Tribunal Supremo, y ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia del TSJ.

Interpretación del uso de las excepciones a la revisión de oficio que impiden que la Administración pueda declarar la nulidad de un acto administrativo (tiempo transcurrido, buena fe y confianza legítima)

Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo n.º 1026/2019, de 10 de julio

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por una empresa frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 31 de octubre de 2016, por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la Orden de 4 de junio de 2013, desestimatoria del recurso de reposición contra la Orden de 10 de diciembre de 2012, de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, por la que se resolvió el procedimiento de revisión de oficio relativo a unas subvenciones concedidas a la recurrente por valor de 1.150.000 euros, acordándose la nulidad de las resoluciones de su otorgamiento y la devolución de su importe.

El Tribunal Supremo parte de la concurrencia objetiva de la causa de nulidad del art. 62.1.e) de la LRJPAC —actual art. 47.1.e) de la LPACAP— al omitirse una serie de trámites esenciales en el otorgamiento de las subvenciones. Concurriendo tal causa de nulidad, el Tribunal Supremo entiende que resulta procedente el ejercicio de la potestad de revisión prevista en el art. 106 de la vigente LPACAP.

El Tribunal Supremo interpreta a continuación algunos de los límites de la revisión establecidos en el art. 106 de la LRJPAC —actual art. 110 de la LPACAP—, que reza que *“las facultades de revisión no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*.

Respecto al tiempo transcurrido, el Tribunal Supremo indica que para que opere esa excepción se debe razonar cumplidamente que el transcurso del tiempo tiene fuerza capaz de enervar el ejercicio de la potestad de revisión. Además, señala que en el caso examinado, al ser la sentencia desestimatoria, tal carga debe atribuirse al beneficiario y que, sin embargo, no hay constancia de razón atendible en ese sentido.

En lo relativo a la buena fe y, ligada a ella, a la confianza legítima del beneficiario, concretada en su creencia de que la actuación administrativa era regular, el Tribunal Supremo mantiene que no cabe alegar esas excepciones en una mercantil que recibe 1.150.000 euros *“al margen de toda legalidad”*, en palabras de la sentencia de instancia.

A este respecto, el Tribunal Supremo recuerda que, con base en su jurisprudencia, si concurre una causa de nulidad del art. 62.1.e) de la LRJPAC y de oficio no se aprecia la concurrencia de alguna de las circunstancias del art. 106 de la LRJPAC capaces de enervar o limitar el ejercicio de la potestad de revisión, procede declarar la nulidad del acto con las consecuencias que le sean propias, sin que proceda apreciar esas circunstancias solo para que actúen sobre esas consecuencias. Y recuerda también que, en el caso de las subvenciones, el art. 36.4 de la Ley 38/2006, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, implica que la declaración de oficio de la nulidad del otorgamiento de la subvención comporta la devolución de lo percibido.

En caso de allanamiento de la Administración a las pretensiones de la parte actora en el plazo de contestación a la demanda, opera la regla objetiva del vencimiento derivada del art. 139.1 LJCA y, en consecuencia, resulta procedente la imposición de costas a aquella, salvo criterio subjetivo del juzgador

Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1100/2019 y 1101/2019, de 17 de julio de 2019

El Pleno de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, en dos sentencias que cuentan un voto particular formulado por el Magistrado D. Jesús Cudero Blas, al que se adhirieron otros siete magistrados, ha establecido el criterio interpretativo de las normas sobre costas procesales en los supuestos de allanamiento de la Administración en primera o única instancia, y ha declarado aplicable la regla del vencimiento objetivo recogida en el art. 139.1 LJCA, en la redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal ("Ley 37/2011").

Recuerda el Tribunal Supremo que, aunque es criterio jurisprudencial reiterado que los pronunciamientos relativos a las costas impuestas por los tribunales de instancia no son, en principio, revisables en casación —de suerte que son ellos quienes deben apreciar y valorar, en cada caso, las "serias dudas", la "temeridad" o la "mala fe", entre otros extremos, con la nueva regulación del recurso de casación realizada por la LOPJ de 2015—, puede ocurrir que, en ocasiones, como la que nos ocupa, se considere que tenga interés casacional un pronunciamiento que verse sobre costas procesales.

A continuación, el Tribunal Supremo aclara que la regulación que ofrece la LJCA en materia de costas es completa y que, en consecuencia, para resolver la cuestión que suscita interés casacional no procede acudir a lo establecido en el art. 395 LEC, sino a la propia LJCA. Añade que la LJCA contiene una regla específica referida a las costas en el supuesto de desistimiento, pero no en el de allanamiento, y remarca que no considera equiparables ambas figuras, por lo que tampoco estima aplicable analógicamente a este la solución legal prevista para aquel.

A la vista de lo anterior, y siguiendo el razonamiento de que la LJCA da una respuesta completa a las costas procesales, concluye el Alto Tribunal que la solución se halla en el art. 139 de la LJCA, que acoge el criterio del vencimiento y, por tanto, también es aplicable en caso de allanamiento en los términos previstos en su apartado primero, pero no solo en él. Puntualiza al respecto que el párrafo primero de ese apartado contiene una regla general que se excepciona si el juez de instancia aprecia y motiva la concurrencia de ciertas circunstancias ("serias dudas de hecho y de derecho"), y que también el apartado cuarto, y antes el apartado tercero, se remiten al criterio subjetivo del juzgador, quien habrá de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, estando excluida la revisión de su criterio en casación.

Con todo, el Tribunal Supremo responde a la cuestión con interés casacional consistente en determinar si, tras la reforma operada en el art. 139.1 LJCA por la Ley 37/2011, resulta o no procedente imponer las costas procesales causadas a la Administración que se allanó a las pretensiones de la parte demandante en el plazo de contestación a la demanda, declarando que *"la regla objetiva del vencimiento es la que deriva de lo dispuesto en ese nuevo artículo y, por consiguiente, resulta procedente la imposición de costas, salvo criterio subjetivo del juzgador, quien habrá de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y quien, igualmente, podrá también acudir al apartado 4 del art. 139 LJCA y antes en el apartado 3 en moderación del criterio objetivo"*.

Por su parte, el voto particular entiende que el TSJ Andalucía yerra al imponer las costas a la Administración que se allanó a la demanda antes del escrito de contestación. Y ello porque, a tenor del art. 139.1 LJCA, al no contestar a la demanda, la Administración no ejercitó en el proceso pretensión alguna ni, por tanto, pudo ver rechazadas totalmente sus pretensiones como exige el referido precepto como presupuesto para imponer las costas procesales.

La resolución de un contrato a instancia de la contratista por el incumplimiento de obligación de pago por parte de la Administración no enerva su derecho a percibir los beneficios dejados de percibir por ese motivo

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1243/2019, de 25 de septiembre de 2019

La sentencia resuelve el recurso interpuesto por Cespa, S.A., frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía (Granada), de 27 de septiembre de 2016. En primera instancia, la mercantil impugnó ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Almería la desestimación, por silencio del Ayuntamiento de Albox, de su solicitud de resolución del contrato administrativo de concesión del servicio de limpieza de dependencias municipales y otros edificios públicos, limpieza viaria y mantenimiento de parques, plazas y jardines municipales. Cespa, S.A., invocó como causa de resolución la demora de más de seis meses en el pago de facturas (art. 168.a) de la LCAP de 1995 —aplicable al

caso—) y pretendía que se condenase al citado ayuntamiento al pago de 1.280.979,85 euros en concepto de lucro cesante. Estimada en parte la demanda, se condenó a dicho pago, pero en apelación la sentencia impugnada revocó en ese aspecto la sentencia de instancia y dejó sin efecto la indemnización por lucro cesante.

Pues bien, el Tribunal Supremo reconoce que, cuando la resolución del contrato de gestión o concesión de servicios trae por causa la demora superior a seis meses en el pago al contratista de la contraprestación por parte de la Administración, aquel tiene derecho a que la indemnización por daños y perjuicios englobe el lucro cesante. Y ello porque, según lo razonado por el Alto Tribunal:

- (i) La regla general es que el resarcimiento no excluye como concepto resarcible el lucro cesante (art. 170.3 de la LCAP de 1995 en relación con el art. 1106 del Código Civil).
- (ii) La voluntariedad en la decisión del contratista que opta por solicitar la resolución del contrato no enerva que esta decisión tenga como causa el incumplimiento de la Administración que incurre en mora en el pago de lo debido.
- (iii) El hecho de que la LCAP de 1995 expresamente regule que, respecto a las causas de resolución consistentes en rescate, supresión e imposibilidad de prestación del servicio (apartados b, c y d del art. 168), el resarcimiento a la contratista incluye el lucro cesante obedece a la lógica de que son causas atribuibles a la determinación de la Administración, pero no a su voluntad incumplidora, y de ello se deduce que, en caso de no haberse excluido *ex lege* el lucro cesante en esos tres supuestos, no se resarciría, mientras que en el caso de incurrir en mora, el lucro cesante sí está implícito en el resarcimiento.
- (iv) Todas las causas de resolución del art. 168 de la LCAP de 1995 implican un efecto sorpresivo en la contratista, que ve frustrada la expectativa del beneficio por una demora relevante en lo temporal, luego no ocasional o mera demora, de la que resulta antieconómico mantener la relación contractual.

A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que la causa alegada para la resolución del contrato fue la demora superior a seis meses en el pago al contratista y comoquiera que el Ayuntamiento no cuestionó la cuantía de lo reclamado por lucro cesante ni el criterio de cálculo, sino que solo se opuso por razón de la interpretación de los artículos 168.a) y 170.3 y 4 de la LCAP, el Tribunal Supremo estima el recurso y anula la sentencia dictada por el TSJ que denegó el derecho a la mercantil a ser resarcida por lucro cesante en la cuantía de 1.280.979,85 euros.

Fundada la reclamación en la inconstitucionalidad del art. 107.1 y 2 a) TRLH, declarada por STC 59/2017, la recurrente no prueba que no haya habido incremento del valor de los terrenos transmitidos. No concurre, por tanto, un daño susceptible de ser indemnizado por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1303/2019, de 3 de octubre de 2019

La sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo deducido por una promotora contra la desestimación presunta, por parte del Consejo de Ministros, de la solicitud de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por pago indebido de las liquidaciones de plusvalía (IIVTNU) giradas por la venta de las viviendas y locales construidos en una parcela de la que resultó adjudicataria en concurso público. El Tribunal Supremo considera que, aunque la antijuridicidad del daño queda fuera de toda duda dada la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional de la norma en cuya virtud se gira la liquidación, la promotora no acredita la existencia de un daño indemnizable.

Recuerda la Sala que el pronunciamiento de inconstitucionalidad del art. 107 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que efectuó la STC 59/2017 no tiene carácter absoluto, sino que, al contrario, está limitado a los supuestos que graven situaciones de inexistencia de plusvalía, inexistencia que debe ser demostrada por el contribuyente.

Respecto al caso que nos ocupa, la sentencia indica que *“la prueba practicada no realiza un estudio individualizado del valor del suelo que es objeto del presente recurso, sino que se parte del valor genérico del suelo en el municipio de Getafe y en la Comunidad de Madrid, esto*

es, si para conocer si ha existido incremento o no de valor en los terrenos habría de estarse al precio de compra y venta del suelo concreto, tal determinación no se contiene en el informe que se acompaña, que realiza un estudio genérico del precios en un ámbito territorial mucho más amplio, sin que se acredite que los datos obtenidos son directamente extrapolables al supuesto litigioso”.

A la vista de lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que la promotora no ha logrado acreditar la inexistencia del incremento de valor, por lo que no concurre en este supuesto un daño susceptible de ser indemnizado por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, desestimando, en consecuencia, la pretensión ejercitada.

El incumplimiento de la contratista permite a la Administración incautar de manera automática la garantía constituida sin necesidad de una previa valoración de los daños y perjuicios en procedimiento contradictorio

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1277/2019, de 30 de septiembre de 2019

La sentencia resuelve el recurso interpuesto por Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía (Sevilla), de 17 de febrero de 2017, que desestima el recurso de apelación deducido contra la dictada en instancia, que a su vez desestimaba el recurso contencioso-administrativo deducido por aquella mercantil contra la resolución del director-gerente del Hospital Universitario San Cecilio de Granada y Virgen de las Nieves de Granada. Esta resolución del director-gerente acordó la resolución de un contrato de suministro de víveres, con incautación de la garantía definitiva constituida por importe de hasta 410.105,43 euros. El Tribunal Supremo indica que el contrato de suministro fue resuelto porque la contratista cometió múltiples irregularidades, a saber, suministro de mermelada con moho, entrega de fruta podrida, carne no apta para el consumo, productos caducados, etc.

En concreto, la cuestión de interés casacional objetivo que se resuelve es la atinente a si, como sostiene la sentencia del TSJ, el artículo 208, apartados 3 y 4 de la LCSP de 2007, cuyo tenor literal reproduce el artículo 225, apartados 3 y 4 del TRLCSP de 2011, habilita a la Administración a la incautación automática u *ope legis* de la garantía constituida por el contratista en el caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable de este, o bien si dicha garantía queda afecta a la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento y hasta la cuantía que por este concepto se fije, procediendo su devolución en la suma en su caso del remanente tras hacerse efectiva la indemnización.

A este respecto, el Tribunal Supremo concluye que la incautación de la garantía es una medida prevista legalmente tendente a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados por la resolución del contrato tras el incumplimiento del contratista, sin que sea preciso realizar una valoración previa de esos daños en un procedimiento contradictorio. En apoyo de esa conclusión, el Alto Tribunal señala que la citada normativa de contratos dispone que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este debe indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, haciéndose esta efectiva en primer lugar sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la cuantía de la garantía incautada.

Así pues, la sentencia niega que en ningún momento se exija una previa valoración de los daños. Afirma, por el contrario, que solo se exige a la Administración contratante la obligación de pronunciarse acerca de la garantía, pero esta obligación debe entenderse referida a un pronunciamiento sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

[Portugal]

Documento Europeo Único de Contratación Pública - Concurso Público

Acórdão de 11 de setembro de 2019 (Processo n.º 0829/18.3BEAVR) – Supremo Tribunal Administrativo (“STA”)

No caso em apreço, o STA veio analisar um recurso interposto de uma ação de contencioso pré-contratual intentada por uma sociedade (“Recorrente”) contra o Ministério da Educação e

da Ciência ("Recorrido"), relativa a um concurso público para a aquisição de 14.000 resmas de papel branco. Na presente ação, a Recorrente veio pedir a anulação do ato de adjudicação e a condenação do Recorrido a excluir as propostas apresentadas pela adjudicatária e outros dois concorrentes e a consequente adjudicação do contrato à Recorrente.

A Recorrente vem alegar na presente ação que as propostas da adjudicatária e de outros dois concorrentes deviam ter sido excluídas, uma vez que não tinha sido junto por eles o Documento Europeu Único de Contratação Pública ("DEUCP").

Tanto o TCAN, como o tribunal de primeira instância entenderam que as propostas da adjudicatária e dos outros dois concorrentes não deviam ser excluídas, visto que o DEUCP não era solicitado nas peças do concurso.

No mesmo sentido decidiu o STA, afirmando ainda que, mesmo que a sua exigência constasse do programa do concurso, tal não seria motivo de imediata exclusão das propostas, devendo ser antes feito um convite ao suprimento de formalidades não essenciais, nos termos do n.º 3 do artigo 72.º do CCP.

Assim, o STA decidiu negar provimento ao recurso e manter a decisão recorrida.

**Concurso Público –
Anulação –
Adjudicação – Decisão
de Não Adjudicação**

Acórdão de 10 de outubro de 2019 (Processo n.º 0889/18.7BESNT) - STA

No caso em apreço, o STA veio analisar um recurso de revista interposto numa ação de contencioso pré-contratual intentada por um consórcio ("Recorrente") contra o Município de Cascais ("Recorrido"), relativamente a um concurso público internacional para celebração de um acordo-quadro para a aquisição de serviços de vigilância e serviços de portaria. Na presente ação, o Recorrente veio pedir: (i) a anulação da decisão camarária que decidiu não adjudicar, revogar a decisão de contratar e autorizar novo procedimento; (ii) a anulação da decisão camarária que anulava o ato de adjudicação do concurso a favor do Recorrente, por este não ter indicado os custos com um vigilante a que seria atribuída a função de Chefe de Grupo Aeroportuário; e (iii) a condenação do Recorrido a adjudicar-lhe o contrato.

O Recorrente veio alegar na presente ação, no que aqui importa, que não existia nenhum fundamento para a exclusão da sua proposta devido ao facto de não ter obrigação de indicar os custos com o Chefe de Grupo Aeroportuário, por tal não constar do mapa de quantidades, e, ainda, porque o preço por si apresentado seria suficiente para fazer face às despesas com o elemento dessa categoria. O Tribunal de 1.ª instância e o TCAS julgaram improcedente o pedido do Recorrente de anulação da decisão camarária que anulava o ato de adjudicação do concurso a favor do Recorrente por se verificar uma causa de exclusão da sua proposta.

Quando confrontado com a questão, o STA acordou que perante a aceitação expressa do Caderno de Encargos e, em particular, perante a afirmação pelo Recorrente de que cumpria com todos os custos legalmente exigidos, uma "minudência" no âmbito da justificação de preços não constituía uma causa de exclusão da proposta.

Deste modo, decidiu dar provimento parcial ao recurso e, em conformidade, revogar o acórdão recorrido relativamente ao pedido de anulação da decisão camarária que anulava o ato de adjudicação da favor do Recorrente, por não considerar que se verificava no caso uma causa de exclusão da proposta do Recorrente.

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN *

1 · JURISPRUDENCIA

[España]

El JM de Santander suspende los efectos de la cláusula de arbitraje internacional que vinculaba a un conocido DJ con una promotora de conciertos, en concurso de acreedores, interpretando de manera amplia el artículo 52.1 de la Ley Concursal

Sentencia 266/2019, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander, de 30 de septiembre de 2019

El presente caso tiene su origen en un contrato suscrito entre una promotora de conciertos y un conocido DJ por el que el artista se comprometía a prestar sus servicios y, concretamente, a dar un concierto en Santander en julio de 2018. El contrato entre la promotora y el artista contenía una cláusula arbitral según la cual cualquier disputa en relación con el contrato se debería resolver mediante un arbitraje con sede en Londres, el idioma del procedimiento sería el inglés y la ley aplicable al contrato sería la de Inglaterra y Gales, sin más especificaciones.

Llegada la fecha del concierto, el artista no compareció y, en consecuencia, devolvió parte de su caché a la promotora. Esta, que se encontraba en concurso de acreedores, consideraba, sin embargo, que el artista le debía también el resto del caché, así como gastos y daños y perjuicios. Ante esta situación, la promotora solicitó ante el juez del concurso la suspensión de los efectos de la cláusula arbitral del contrato. El supuesto derecho de crédito que la promotora quería hacer valer ante el juez del concurso constituía prácticamente el único elemento integrante de la masa activa en el momento de la interposición del incidente.

El razonamiento del juez al resolver esta cuestión se puede dividir en tres bloques:

Primero, el juez analizó la cláusula arbitral y consideró que el arbitraje sería (en caso de llevarse a cabo) de carácter internacional de acuerdo con la legislación española (artículo 3.1 a y b de la Ley de Arbitraje), ya que el arbitraje previsto en la cláusula arbitral tendría sede en Londres y las partes residían en Estado distintos.

Segundo, ante el carácter internacional de la cláusula arbitral, el juez trató de determinar cuál era la legislación aplicable para determinar los efectos del concurso sobre el convenio arbitral y en concreto cuál era la norma de conflicto en esta cuestión. Consideró que la norma de conflicto era el Reglamento UE 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia ("REI"), y, en particular, los apartados e) y f) del artículo 7. 2 REI, donde se indica que los contratos vigentes y las ejecuciones individuales, con excepción de los procesos en curso, serán regulados por la *lex concursus*. Es decir, la ley del Estado miembro en que se haya abierto el procedimiento concursal.

En el caso concreto, en el momento en que la promotora solicitó la suspensión de los efectos del convenio arbitral no se había iniciado la tramitación de ningún procedimiento arbitral en virtud del contrato en cuestión, y el concurso de la promotora se estaba desarrollando en España. En consecuencia, el juez acordó que los efectos del concurso sobre el convenio arbitral se habrían de regir por la Ley Concursal española ("LC").

Tercero, en aplicación del artículo 52.1 LC, el juez estableció que la declaración del concurso, por sí sola, no afectaba a los convenios arbitrales que hubiera suscrito el concursado, salvo que pudiesen suponer un "*perjuicio para la tramitación del concurso*".

(*) Esta sección ha sido coordinada por Heidi López Castro, y en su elaboración han participado Olga Puigdemont Sola, Jesús Saracho Aguirre, Sebastián Green Martínez, Carlos Hernández Durán, Ana Amorín Fernández, Atenea Luana Martínez, Jana Lamas de Mesa, Santiago Rodríguez Sénior, Daniel García Clavijo, Victoria García Verón, Juan Domingo Araque, Alberto de Unzurrunzaga, Alfonso Gómez Rodríguez y Julia de Castro Velasco, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

El Juzgado resolvió que el perjuicio para la tramitación del concurso habría de definirse a la luz del interés colectivo de los acreedores y del interés de la masa, lo que inevitablemente implicaba utilizar un criterio económico (es decir, ir más allá de una interpretación estricta, que podría llevar a pensar solo en perjuicios para la "tramitación"). Además, el Juzgado tuvo en cuenta la imprecisión de la cláusula arbitral y su carácter *ad hoc*, que según el juez conllevaría una dilación temporal, así como los elevados costes de un arbitraje internacional en Londres, que calificó como "*inasumibles para un concurso sin tesorería ni apenas masa activa*".

A la vista de estas consideraciones, el Juzgado suspendió los efectos del convenio arbitral suscrito entre la promotora y el artista, al entender que existía un perjuicio para el concurso y su tramitación.

El TSJ de Navarra resolvió que no se podía poner en duda la falta de imparcialidad e independencia de un árbitro cuando las circunstancias que daban lugar a esas dudas hubiesen surgido durante el arbitraje y no se hubiesen puesto de manifiesto en ese momento. Asimismo, concluyó que una decisión basada en el derecho material no era opuesta a la equidad

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y de lo Penal, de 28 de noviembre de 2019

El litigio tuvo su origen en la liquidación de una sociedad mercantil de la que eran socios dos hermanos. Los hermanos acudieron a un arbitraje de equidad y, tras un procedimiento de nombramiento judicial de árbitros, se designó una terna de árbitros de la que salió elegida mediante sorteo la árbitro en cuestión. El entonces abogado del demandado había compartido despacho con la árbitro quince años antes y renunció a su defensa al finalizar el procedimiento de nombramiento judicial. En la fase previa al arbitraje, la árbitro invitó a las partes a llegar a un acuerdo e, incluso, les hizo una propuesta de acuerdo de liquidación.

El demandante, ante una resolución desfavorable de la árbitro, decidió interponer una acción de anulación (art. 41.1 de la Ley de Arbitraje). Destacamos dos de las causas de anulación invocadas:

- (i) falta de imparcialidad e independencia de la árbitro; y,
- (ii) resolución de una cuestión en derecho y no en equidad como se había pactado.

Falta de imparcialidad e independencia de la árbitro:

El demandante denunció la parcialidad de la árbitro alegando que (i) había "*abanderado*" una negociación entre las partes "*para tratar de imponer*" al demandante su propuesta; (ii) había omitido dar traslado de todas las actuaciones al demandante, y (iii) porque "*de manera un tanto forzada* [había acogido] *íntegramente la postura del demandado*". El actor también basó sus quejas en la relación de la árbitro con el antiguo letrado del demandante.

En la sentencia se destacó primero que en arbitraje no hay un listado de causas de abstención, sino una referencia genérica a la necesaria independencia e imparcialidad (inicial y continuada) de la árbitro. El Tribunal trajo a colación las Directrices de la IBA (*International Bar Association*) sobre conflictos de interés.

La Sala determinó a continuación que no bastaba con acreditar la realidad y trascendencia de las circunstancias que justificasen las dudas sobre la independencia e imparcialidad de la árbitro. Además, la Sala señaló que el demandante debería haber planteado esas cuestiones durante el procedimiento arbitral, mediante la petición de una aclaración preliminar o de recusación. Asimismo, el Tribunal consideró que la relación de la árbitro con el antiguo abogado del demandado no permitía, por sí sola, objetiva y fundadamente, dudar de la independencia e imparcialidad de la árbitro.

En consecuencia, la Sala resolvió que debía estimarse renunciada la impugnación de la falta de imparcialidad.

Resolución de una cuestión en Derecho y no en equidad como se había pactado:

El demandante sostuvo que se había vulnerado el orden público, dado que la árbitro resolvió la controversia en derecho.

Sin embargo, el Tribunal destacó que fue la propia parte actora quien introdujo en el debate referencias jurídicas a la sucesión de empresa —citando el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores— y a la doctrina del levantamiento del velo. La Sala determinó que, por tanto, el deman-

dante no podía reprochar la respuesta ofrecida, en esa clave jurídica, a las cuestiones de derecho por él planteadas.

Adicionalmente, el Tribunal destacó que la equidad del arbitraje no se vulneraba resolviendo con base en el derecho material, ya que la justicia y la equidad inspiran el ordenamiento jurídico y, por ello, una resolución acorde con sus reglas y principios no tenía por qué ser opuesta a la equidad. En ese sentido, la Sala consideró natural que un árbitro jurista hiciese uso de sus conocimientos técnicos en la resolución del caso correspondiente.

El órgano jurisdiccional recordó que la acción de anulación no atribuía al TSJ la jurisdicción originaria exclusiva de los árbitros ni la facultad revisora del juicio, en este caso de equidad de la arbitraje; solamente podía realizar un juicio externo del laudo. Por todo ello, la Sala desestimó también este motivo de anulación.

El TSJ del País Vasco resolvió que un laudo dictado en un arbitraje de equidad debe basarse en criterios de justicia material y que su motivación no ha de ser tan exhaustiva como en un laudo dictado en derecho

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y de lo Penal, de 11 de diciembre de 2019

Este procedimiento de anulación de un laudo arbitral dictado en equidad tuvo su origen en un conflicto societario. La causa del conflicto fue el fallecimiento del administrador único de la sociedad correspondiente y la aprobación de unas cuentas anuales no formuladas correctamente debido a dicho fallecimiento.

Destacamos los motivos primero y tercero de anulación.

En el primer motivo se alegó que el arbitraje de equidad no autorizaba a emitir un laudo *contra legem* y que en el laudo se habían vulnerado normas imperativas de derecho societario, en particular los artículos sobre (i) la convocatoria de la junta general (arts. 168-171 LSC); (ii) la comunicación a la sociedad de la adquisición de participaciones para poder ejercitar los derechos derivados de la condición de socio (arts. 104-106 LSC); y (iii) las normas de llevanza de contabilidad y cuentas anuales (arts. 253 y ss.).

La Sala dictaminó que las resoluciones de equidad no deben aplicar de forma rigurosa y exclusiva las normas de derecho positivo. El Tribunal destacó que esas decisiones, basadas en criterios de justicia material, se fundan en principios y premisas de carácter extrasistemático. Para la Sala, arbitrar en equidad no comportaba aplicar la norma de forma plana, al margen de su posible interpretación y de las circunstancias del caso.

Asimismo, la Sala señaló que el arbitraje como vía extrajudicial de resolución de conflictos no era idéntico a la jurisdicción, sino un medio heterónomo de arreglo de controversias fundamentado en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados —principio que, a juicio de la Sala, vinculaba constitucionalmente al arbitraje con la libertad como valor superior del ordenamiento—.

La Sala desestimó este motivo, al considerar que los acuerdos societarios en cuestión no vulneraban normas imperativas que afectasen a la esencia del sistema societario.

En el tercer motivo de anulación, entre otras cosas, se impugnó el laudo por falta de exhaustividad y de motivación. El órgano jurisdiccional determinó que, si bien el artículo 37.4 de la Ley de Arbitraje requería que los laudos arbitrales estuviesen motivados, no se podía exigir en un laudo dictado en un arbitraje de equidad el mismo rigor que en una decisión jurisdiccional o que en un laudo dictado en un arbitraje de derecho.

En la resolución desestimó este motivo por considerar que:

- (i) el laudo contenía los elementos y razones de juicio que permitiesen conocer cuáles fueron los criterios jurídicos y las razones de justicia que fundamentaron la decisión;
- (ii) el laudo daba respuesta a todas las pretensiones;
- (iii) no constaba que el demandante hubiese solicitado una aclaración o complemento del laudo; y
- (iv) no se había justificado la indefensión del demandante.

2 · ARBITRAJE DE INVERSIÓN

[Resoluciones arbitrales]

Se aplica por primera vez el test de nacionalidad “dominante y efectiva” que aparece en varios acuerdos internacionales de inversión

Laudo Final CPA N.º 2016-17, de 3 de septiembre de 2019, Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. la República Dominicana

Los demandantes son una pareja que, desde inicios de la década del 2000, desarrollaron un proyecto inmobiliario en la República Dominicana. Se establecieron en este país en 2006. Tenían doble nacionalidad: dominicana (adquirida en 2010) y estadounidense (de nacimiento). El proyecto experimentó dificultades con la normativa ambiental, ya que nunca fue aprobada la licencia necesaria para completar dicho proyecto. Según los demandantes, la denegación de la licencia ambiental en numerosas ocasiones violó las obligaciones de la República Dominicana derivadas del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA-RD).

La República Dominicana se opuso a la jurisdicción del Tribunal con base en que los demandantes tenían nacionalidad estadounidense y dominicana. Según la República Dominicana, a efectos de determinar si un inversor estaría cubierto por el tratado conforme al artículo 10.28 del CAFTA-RD, solo se podría tener en cuenta la nacionalidad “dominante y efectiva” de las personas naturales con doble nacionalidad. La demandada sostenía que, en este caso, la nacionalidad dominante y efectiva era la nacionalidad dominicana y que, por lo tanto, el Tribunal no tenía jurisdicción.

El Tribunal concluyó primero que del análisis de las disposiciones del CAFTA-RD surgía que las fechas críticas para evaluar el cumplimiento del requisito de nacionalidad de los demandantes era el momento en que se había realizado la inversión (*i. e.*, 2011) y el momento en que se había iniciado el arbitraje (*i. e.*, 2014). Ambas fechas, según el Tribunal, establecían el contexto temporal dentro del cual se debían interpretar los términos del artículo 10.28 de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).

El Tribunal reconoció que el CAFTA-RD no definía cuál era el criterio para determinar la nacionalidad “dominante y efectiva”, por lo que recurrió al derecho internacional consuetudinario, tomando en cuenta el contexto particular del artículo 10.28, dentro del objeto y fin general del CAFTA-RD. El Tribunal concluyó que existían precedentes de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales que arrojaban una serie de elementos a estudiar, “pese a que reflejan una interpretación desarrollada en un periodo específico y bajo circunstancias diferentes de las que se aplican [...] [en] un caso de doble nacionalidad relacionado a la protección de una inversión prevista en el [CAFTA-RD]”: i) residencia habitual; ii) afecto personal por un país en particular; iii) centro de la vida económica, social y familiar de la persona; y, iv) circunstancias en las que se adquirió la segunda nacionalidad, teniendo en cuenta el contexto específico de la controversia. El Tribunal reconoció que estos elementos no eran una lista rígida, sino elementos orientadores que permitían un estudio holístico de la situación de una persona con doble nacionalidad.

En el caso de los demandantes, la mayoría de los criterios no arrojaba ninguna señal concluyente de una relación preponderante con Estados Unidos o con la República Dominicana. Sin embargo, el Tribunal concluyó que el hecho de que los demandantes se hubiesen mudado a la isla con miras a residir allí permanentemente y hubiesen adquirido la nacionalidad dominicana mediante naturalización eran señales de preponderancia. Asimismo, los demandantes habían reconocido que habían solicitado la nacionalidad dominicana para proteger su inversión.

Por esta razón, el Tribunal concluyó que la nacionalidad dominante y efectiva de los demandantes era la dominicana y que, por esta razón, no eran inversores protegidos por el CAFTA-RD. En consecuencia, declaró que carecía de jurisdicción para conocer de la demanda del matrimonio.

Un laudo rechaza la jurisdicción para conocer de unas reclamaciones presentadas por dobles nacionales germano-venezolanos bajo el Tratado entre Alemania y Venezuela de protección de inversiones

Laudo de Jurisdicción CPA N.º 2017-18, de 29 de octubre de 2019, Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. la República Bolivariana de Venezuela

El Tribunal Arbitral dictó un laudo en el que denegaba jurisdicción en la disputa interpuesta por los hermanos Heemsen frente al Estado venezolano conforme al tratado bilateral de inversiones entre Alemania y Venezuela de 1996 (Tratado), en relación con un terreno llamado La Salina situada en Carabobo, propiedad de la compañía Sucesión Heemsen, C.A.

En mayo de 2011, la compañía estatal Bolivariana de Puertos, S.A., informó a los hermanos Heemsen de su intención de expandir un puerto estatal y ambas partes comenzaron negociaciones para la adquisición por parte de Venezuela de una parte del terreno de La Salina. Finalmente, las partes no lograron llegar a un acuerdo y Venezuela emitió un decreto de expropiación en el que ordenaba que La Salina pasara a ser propiedad del Estado por razones de interés público y social.

Además de las cuestiones levantadas por Venezuela en cuanto a la falta de jurisdicción *ratione voluntatis* para someterse a un arbitraje *ad hoc* bajo el Tratado y las razones que llevaron a los hermanos Heemsen a recurrir a este procedimiento, la problemática del caso que destacamos gira en torno a la doble nacionalidad de los hermanos Heemsen, accionistas de la compañía Sucesión Heemsen, C.A., quienes nacieron en Venezuela pero poseían también la nacionalidad alemana por *ius sanguinis*.

Venezuela negaba que los demandantes estuviesen protegidos bajo el Tratado, alegando que no habían probado ser alemanes al realizar la inversión. Para el caso de que se considerase que eran alemanes, Venezuela negaba que el Tratado se aplicase a los dobles nacionales venezolanos-alemanes, tanto por la vía interpretativa bajo la Convención de Viena del Derecho de los Tratados (CVDT) como bajo los principios de derecho internacional público. Alternativamente, incluso si el Tribunal considerara que el Tratado cubría a los dobles nacionales, Venezuela alegaba el principio de nacionalidad dominante y efectiva, y concluía que los demandantes tenían un vínculo más estrecho con Venezuela y que, por tanto, no estaban protegidos por el Tratado.

Por su parte, los hermanos Heemsen afirmaban estar protegidos por el Tratado al ostentar la nacionalidad alemana en todos los momentos relevantes. Agregaban que el Derecho internacional no excluía a los binacionales germano-venezolanos de la protección del Tratado y sostenían que era inaplicable el principio de nacionalidad dominante y efectiva y que era suficiente probar que eran alemanes para quedar protegidos por el Tratado.

Al respecto de esta problemática y aunque la jurisdicción se rechazó por el Tribunal por la falta de consentimiento de Venezuela a un arbitraje *ad hoc* bajo el Tratado, lo cierto es que el Tribunal Arbitral *obiter dicta* comunicó su posición acerca de reclamaciones presentadas por personas con doble nacionalidad contra uno de sus países de nacionalidad bajo el Tratado.

En primer lugar, el Tribunal concluyó que la falta de prohibición expresa en el Tratado para que los dobles nacionales presentasen reclamaciones contra uno de los Estados de los que eran nacionales no suponía una autorización para hacerlo, ya que, si bien no excluía de protección a estos dobles nacionales, tampoco los incluía explícitamente.

En segundo lugar, el Tribunal explicaba que las partes habían acordado como principal foro de resolución de controversias el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), cuyo convenio no permitía reclamaciones por dobles nacionales que tuviesen la nacionalidad del Estado demandado. Así, el concepto de "nacional" en el Tratado debía ser interpretado como un nacional que poseía la nacionalidad de una de las partes, pero no la de ambas partes a la vez. Una interpretación contraria llevaría a concluir que el tratado protegía a dobles nacionales, pero que estos no tendrían acceso a la cláusula de resolución de controversias, lo que para el Tribunal no era una interpretación razonable. El hecho de que en teoría pudiesen aplicar reglas diferentes del convenio CIADI (pues había foros subsidiarios previstos en el Tratado) no era un argumento de entidad suficiente para el Tribunal para cambiar la conclusión alcanzada.

De esta manera, el Tribunal interpretaba el Tratado a la luz del artículo 31(1) de la CVDT, quedando el convenio CIADI incorporado por referencia en el contexto del Tratado.

Doctrina de las declaraciones unilaterales de los Estados, por la que declaraciones unilaterales realizadas con la intención de producir obligaciones bajo el Derecho internacional son vinculantes internacionalmente; no se aplica a declaraciones realizadas a particulares en un contexto nacional

Finalmente, el Tribunal concluía que eran aplicables los principios de Derecho internacional y que el Derecho internacional sobre la protección diplomática aplicaba el principio de nacionalidad dominante y efectiva, por lo que concluía que los hermanos Heemsen poseían como nacionalidad dominante la venezolana.

Decisión de Jurisdicción, Responsabilidad y Directrices para la determinación de la Cuantía CIADI N.º ARB/15/16, de 2 de diciembre de 2019, BayWa r.e. Renewable Energy GmbH y BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. Reino de España

Los demandantes reclamaron bajo el Tratado de la Carta de la Energía (TCE) con base en su participación accionarial en dos sociedades de nacionalidad española: Parque Eólico La Carracha, S.L., y Parque Eólico Plana de Jarreta, S.L. Desde 2009, los demandantes invirtieron indirectamente en las dos sociedades españolas, llegando su participación accionarial al 74 % a partir del año 2012.

Entre los argumentos de los demandantes, se encontraba la pretendida violación de la cláusula paraguas (última oración del artículo 10.1 TCE), en virtud de la cual se alegaba la responsabilidad generada por supuestas promesas unilaterales realizadas por funcionarios públicos españoles. Según los demandantes, tales promesas se habían materializado a través de medidas regulatorias asumidas por España a partir de 2012. En otras palabras, los demandantes consideraban que las medidas regulatorias adoptadas por España constituían compromisos protegidos por la cláusula paraguas del artículo 10.1 del TCE.

Para sustentar sus argumentos, los demandantes se basaban en el criterio establecido por la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a Pruebas Nucleares, que posteriormente se articuló en los *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas* (Principios Rectores) aprobados en 2006.

El Tribunal señaló que este criterio no era aplicable a declaraciones realizadas frente a particulares en un contexto nacional. También concluyó que ni los Principios Rectores ni sus comentarios se referían a que la legislación doméstica de un Estado podía ser caracterizada como un acto unilateral vinculante en Derecho internacional. Finalmente, explicó que, en el caso en comento, las medidas no habían sido dirigidas específicamente a inversores extranjeros o a sus inversiones, sino que eran de aplicación general.

Por tanto, el Tribunal rechazó el argumento de los demandantes basado en la cláusula paraguas (última oración del artículo 10.1 TCE).

COMPETENCIA *

1 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia confirma que las acciones de reclamaciones de daños derivadas del cartel de camiones pueden interponerse ante los tribunales del lugar en el que el adquirente final compró el camión, siempre que este se encuentre dentro del EEE

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 julio 2019, en el asunto Tibor-Trans (as. C-451/18)

El 19 de julio de 2016, la Comisión Europea sancionó a cinco fabricantes de camiones por haber cometido una infracción del derecho de la competencia consistente en el intercambio de incrementos de listas de precios de camiones medianos y pesados y la colusión sobre el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones exigida por las normas EURO 3 a 6.

Los adquirentes de camiones afectados por la decisión han presentado acciones de reclamación de daños y perjuicios contra los fabricantes en diferentes Estados miembros alegando que pagaron un sobreprecio al comprar el camión. En la gran mayoría de los casos, estas acciones se han presentado ante los tribunales del lugar en el que el demandante adquirió el camión.

En el marco de una reclamación de daños y perjuicios presentada por la empresa húngara Tibor-Trans contra DAF Trucks N.V., domiciliada en los Países Bajos, ante los tribunales de Hungría, el juez decidió plantear una cuestión prejudicial sobre la competencia de los tribunales de Hungría para conocer de dicha acción de acuerdo con el artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I, considerando que ninguno de los acuerdos había tenido lugar en Hungría y que Tibor-Trans no había adquirido los camiones de DAF Trucks NV, sino a través de contratos de *leasing* suscritos con entidades financieras que, a su vez, los habían adquirido de concesionarios independientes.

El Tribunal de Justicia considera que los tribunales de Hungría son competentes para conocer de la acción interpuesta contra DAF Trucks N.V.

En primer lugar, el Tribunal recuerda que la decisión se extiende a todo el EEE, por lo que la infracción produjo un falseamiento de la competencia también en Hungría. Cuando el mercado afectado se encuentra en el Estado miembro en cuyo territorio sobrevino el daño alegado, procede considerar que el lugar donde se materializó el daño a efectos de la aplicación del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I se encuentra en dicho Estado.

Asimismo, el Tribunal de Justicia entiende que el daño que puedan haber sufrido las entidades como Tibor-Trans no es una mera consecuencia financiera del daño que habrían podido sufrir los compradores directos (*e. g.*, los concesionarios). Por el contrario, se trata de un daño directo que permite fundamentar la competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se haya producido.

(*) Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Tomás Arranz, María Carrasco, Cristina Areces, Pablo Solano, Jokin Beltrán de Lubiano, Alberto Pérez, Patricia Cano, Eduardo Novella, Violeta Marinas, Rocío Mackinlay y Ana Belén Blasco, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Bruselas).

[España]

El Tribunal Supremo confirma que las normas de defensa de la competencia no resultan de aplicación a la actuación y regulación de los Colegios de Abogados en sus funciones de organización del turno de oficio

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de julio de 2019, en el recurso n.º 4232/2018, entre la Administración General del Estado y el Ilustre Colegio de Abogados de Guadalajara

El Alto Tribunal analiza si la regulación de las condiciones de prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita por los abogados del turno de oficio, por la naturaleza de esta actividad profesional que trata de dar cumplimiento a una obligación constitucionalmente impuesta de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y de asegurar el ejercicio del derecho de defensa de todos aquellos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, está sometida al ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

Tras analizar el régimen jurídico regulador de los servicios de asistencia jurídica gratuita que prestan los abogados incorporados al turno de oficio, el Tribunal constata que el beneficiario de la relación profesional no tiene facultad de designar al letrado que asuma su defensa ni de pactar su remuneración, que es sufragada por el Estado. Además, el legislador califica la actividad de servicio público de carácter prestacional. Por todo ello, el Tribunal Supremo confirma que no se trata de un mercado en que entren en juego las reglas de la libre competencia.

No obstante, aclara que el Colegio de Abogados sí es susceptible de vulnerar las normas de competencia cuando inciden en la regulación del ejercicio profesional de los abogados que corresponde a la actuación en el mercado de libre prestación de servicios de defensa y de asesoría jurídica. En consecuencia, la inaplicabilidad de la Ley de Defensa de la Competencia al ámbito estricto de la regulación corporativa del servicio de asistencia jurídica gratuita no implica que los acuerdos de los Colegios de Abogados adoptados respecto de la ordenación del servicio de asistencia jurídica gratuita estén exentos del control de jurisdicción que corresponde a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

La Audiencia Nacional aclara que los periodos de interrupción de la participación de una empresa en la infracción no han de ser tomados en consideración por la CNMC al calcular la sanción económica incluso aunque se haya declarado la participación de la empresa sancionada en una infracción única y continuada

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de julio de 2019, en el recurso n.º 251/2015, entre ADVENTURE CENTER, S. L., y la Administración General del Estado

La Audiencia Nacional ha confirmado, en los recursos seguidos a instancias de varios concesionarios de automóviles sancionados por la CNMC, que la autoridad de competencia puede declarar la existencia de una infracción única y continuada a pesar de la presencia de lapsos temporales en los que no se haya podido acreditar la participación de una empresa en la infracción. La sentencia indica que si el cártel funciona en los mismos términos antes y después del lapso temporal, y no ha habido una manifestación pública de separación de la actividad colusoria, se entiende que la participación de una empresa en dicho cártel únicamente se ha interrumpido, pero la empresa es responsable de la infracción desde el inicio de su participación hasta el fin.

Sin embargo, la Audiencia Nacional concluye que el periodo temporal en el que no conste acreditada la participación de una empresa en la infracción única y continuada ha de excluirse a efectos del cálculo de la sanción económica. En consecuencia, la Audiencia Nacional ordena a la CNMC que dicte una nueva resolución en la que se fije un nuevo importe de multa que atienda al inferior periodo de participación en la infracción de la empresa sancionada.

La Audiencia Nacional confirma la validez de la inspección realizada en la sede de una empresa a pesar de que el auto judicial omitiera incluir a uno de los funcionarios de la CNMC que realizaron la inspección

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de julio de 2019, en el recurso n.º 246/2015, entre Kobe Motor, S. L., y la Administración General del Estado

La Audiencia Nacional ha declarado que la omisión en el auto judicial de la identificación de uno de los funcionarios de la CNMC incluidos en la orden de inspección supone un mero error, pues, en otro caso, el auto tendría que haber razonado por qué le excluía. Por ello, la sentencia concluye que el auto judicial avala la orden de investigación que incluía a los inspectores, perfectamente identificados, que iban a llevarla a cabo.

Puntualiza asimismo que la intervención del funcionario omitido en el auto no arrastra la nulidad de la inspección si se tiene en cuenta que, como resulta del acta correspondiente, la empresa inspeccionada no opuso reparo alguno a la actuación del funcionario en cuestión, que con-

sistió en recabar información del ordenador de dos empleados. La Audiencia Nacional manifiesta que corresponde a la demandante identificar qué elementos de prueba fueron obtenidos por un inspector no autorizado para ello con el fin de valorar la incidencia que esa prueba pudo tener en el conjunto del material intervenido. Y, al no hacerse así, no puede pretenderse que su intervención tenga alguna relevancia sobre la validez de lo actuado.

2 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

La Comisión Europea ha impuesto al fabricante de procesadores Qualcomm una multa de 242.042.000 euros por un supuesto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de precios predatorios en relación con procesadores de banda base 3G

Decisión de la Comisión, de 18 de julio de 2019, en el asunto AT.39711 Qualcomm (predación)

La decisión de la Comisión Europea de 18 de julio de 2019 considera que Qualcomm goza de una posición de dominio en el mercado de ámbito mundial de los procesadores de banda base que cumplen con el estándar *Universal Mobile Telecommunications System* (UMTS), denominado de tercera generación (3G). La existencia de una posición de dominio se justificó en atención a su elevada cuota de mercado (60 %), que era tres veces superior al del siguiente competidor, y las elevadas barreras a la entrada derivadas de las significativas inversiones iniciales en investigación y desarrollo necesarias para comenzar a fabricar procesadores de banda base y de las patentes de Qualcomm.

La Comisión Europea ha considerado que Qualcomm abusó de esta posición de dominio mediante la aplicación de precios predatorios entre mediados de 2009 y mediados de 2011, aplicados en las ventas a los clientes estratégicos Huawei y ZTE de tres de sus procesadores UMTS más expuestos a la competencia. La Comisión Europea concluyó que la intención de Qualcomm era expulsar a su principal rival en aquel momento, Icera, del segmento correspondiente a los procesadores que ofrecen alto rendimiento de transferencia de datos, en el que Icera se estaba posicionando como una amenaza para Qualcomm. El análisis se basó en una comparación del precio y el coste de los tres tipos de procesadores afectados, en un conjunto de pruebas cualitativas que corroboró el objetivo de exclusión y en la ausencia de evidencia de justificación objetiva o eficiencias derivadas de la conducta. Finalmente, la Comisión Europea entendió que la práctica de Qualcomm tuvo el efecto de impedir a Icera competir en el mercado y, de hecho, Icera fue adquirida en 2011 por Nvidia, que desinvertió el negocio de procesadores de banda base en 2015.

La sanción impuesta, que ascendió a 242.042.000 euros, representa el 1,27 % de la facturación de Qualcomm en 2018 y se calculó atendiendo a la duración y gravedad de la infracción sobre la base de las ventas directas e indirectas de procesadores de banda base UMTS en el Espacio Económico Europeo (el "EEE") durante el periodo relevante.

La Comisión Europea ha aprobado los compromisos finales de Visa y MasterCard en relación con las tasas multilaterales de intercambio interregionales

Compromisos definitivos de 23 de septiembre de 2019 en relación con las decisiones de la Comisión, de 29 de abril de 2019, en los asuntos AT.39398 Visa MIF y 40049 MasterCard II

El pasado 29 de abril de 2019, la Comisión Europea adoptó sendas decisiones que hacían vinculantes los compromisos presentados por Visa y MasterCard para despejar las objeciones suscitadas en relación con las tasas multilaterales de intercambio (las "TMI") aplicables a las operaciones interregionales. Por operaciones interregionales se entiende las operaciones realizadas en establecimientos comerciales situados en el EEE utilizando tarjetas emitidas por entidades situadas fuera de este territorio. Estas TMI son aplicables por defecto en ausencia de acuerdo bilateral expreso entre el banco emisor de la tarjeta y el banco adquirente que, conforme a la información proporcionada por las partes, se produce en un porcentaje ínfimo de las operaciones.

En concreto, la opinión preliminar emitida por la Comisión Europea en los pliegos de cargos dirigidos a Visa y MasterCard imputaba a estas entidades, en su condición de representantes de asociaciones de empresas, una posible infracción por objeto del artículo 101.1 del TFUE consistente en la fijación colectiva de las normas sobre las TMI aplicables en defecto de acuerdo bilateral a las operaciones interregionales. Así, la Comisión sostuvo que una práctica hori-

zonal de este tipo tendía a fijar un componente significativo del precio que aplican los bancos, competidores entre sí, en la forma de la tasa de descuento a los comerciantes por los servicios de adquisición que prestan a estos. La Comisión Europea también entendió que tendrían el efecto de restringir la competencia en el mercado de adquisición de pagos con tarjeta dentro del EEE, puesto que las TMI de Visa y de Mastercard determinan un componente significativo del precio cobrado a los comerciantes en forma de la tasa de descuento y se aplican directamente a prácticamente todas las operaciones interregionales realizadas con comerciantes dentro del EEE.

El conjunto final de compromisos considerado suficiente por la Comisión Europea incluye la limitación de las TMI a determinados porcentajes fijos en función de si se trata de operaciones con tarjeta de crédito o de débito y presenciales o a distancia. La duración establecida para los compromisos es de cinco años y seis meses.

[España]

La CNMC ha sancionado a varias empresas de montaje y mantenimiento industrial por un acuerdo de fijación de precios

Resolución de la CNMC de 1 de Octubre de 2019 en el Expte. S/DC/0612/17, Montaje y mantenimiento industrial

La CNMC ha sancionado a 19 empresas por su participación en un cártel, consistente en acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial y la fijación de los precios de estas a través de la presentación de ofertas de cobertura.

El expediente se inició como consecuencia de una solicitud de clemencia presentada por una empresa que participó en el cártel. Sin embargo, la resolución sanciona a uno de los directivos de esta empresa que no fue incluido en la solicitud. La CNMC considera que para que el directivo pudiera haberse beneficiado de la solicitud de clemencia presentada por su empleador, una vez que constató que no estaba incluido en dicha solicitud, debería haber presentado una solicitud personal.

Esta es la tercera resolución en la que la CNMC declara la aplicación de la prohibición de contratar con el sector público a aquellas empresas que prolongaron sus conductas anti-competitivas más allá del 22 de octubre de 2015, fecha en que dicha prohibición entró en vigor.

Por último, en aplicación de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, la CNMC ha determinado el importe de la multa de las empresas sancionadas a partir de su volumen de negocios mundial, según aparezca reflejado en sus cuentas anuales.

La CNMC ha sancionado a una empresa por la inclusión de restricciones verticales en sus contratos con empresas independientes que prestaban servicios de asistencia técnica ("SAT") de calderas y aparatos de calefacción y agua caliente

Resolución de la CNMC de 29 de Octubre de 2019 en el Expte. S/DC/0629/18, Asistencia Técnica Vaillant

La CNMC considera acreditado que varias empresas del grupo Vaillant habrían incluido restricciones verticales en sus contratos con los SAT independientes que limitarían su actuación en el mercado de postventa de calderas, aparatos de calefacción y agua caliente. En concreto, los contratos impedían a los SAT realizar ventas pasivas fuera del territorio exclusivo que se les había asignado, fijaban los precios que debía aplicar su red de servicios técnicos a los consumidores finales y obligaban al aprovisionamiento exclusivo de piezas de repuesto de Vaillant, no permitiendo las ventas cruzadas entre miembros de la red.

Esta es una de las primeras resoluciones recientes en las que la CNMC sanciona a una empresa por la aplicación de restricciones en sus contratos de distribución. Nótese que las empresas obtuvieron atenuantes en el importe de la multa por su colaboración activa y efectiva con la CNMC, así como por la finalización de la infracción de manera voluntaria con anterioridad a la notificación del Pliego de Concreción de Hechos.

La CNMC ha sancionado a Mediaset y Atresmedia por prácticas anticompetitivas en la comercialización de la publicidad en televisión y obliga a ambas a modificar sus estrategias comerciales en un período máximo de tres meses

Resolución de la CNMC de 12 de Noviembre de 2019 en el Expte. S/DC/0617/17, Atresmedia/ Mediaset

La CNMC ha sancionado a Mediaset y Atresmedia por haber celebrado acuerdos de distribución de la publicidad en sus canales de televisión que imponían a los compradores obligaciones de marca única, imponiendo cantidades mínimas de compra. La resolución considera acreditado que ambas compañías han desarrollado políticas comerciales en la venta de la publicidad televisiva, cuyo resultado ha llevado a concentrar en sus canales una cuota conjunta que supera el 85 % del mercado, lo que aumentaba el riesgo del resto de los canales de televisión de verse expulsados del mercado al no poder captar ingresos por publicidad.

Por un lado, la resolución considera que estas empresas imponían a sus anunciantes una elevada cuota mínima de inversión, que suponía un porcentaje significativo de su campaña publicitaria. El incumplimiento de dicho compromiso de inversión podía ser penalizado. Por otro lado, ambas cadenas pagaron unos incentivos a las agencias de medios (*extraprimas*) para que concentraran un determinado volumen o cuota de inversión sobre el conjunto de la publicidad facturada en Mediaset y Atresmedia. El importe de estas *extraprimas* era muy significativo en la cuenta de resultados de las agencias y, por tanto, la CNMC considera que, en la práctica, el pago de estas *extraprimas* provocaba que las agencias concentraran gran parte de su presupuesto de publicidad en ambas cadenas.

Fruto de la comercialización de la publicidad en paquetes o módulos de canales, incluyendo siempre uno de los canales con mayor audiencia en cada paquete, han conseguido que la concentración publicitaria se produzca también en los canales de menor audiencia de Mediaset y Atresmedia. Este efecto se ha visto reforzado por la pauta *simulcast*, que supone la transmisión simultánea de la publicidad en los distintos canales de la cadena, siguiendo la pauta del que tiene más audiencia.

Entiende la CNMC que el efecto combinado de dichas prácticas conlleva que el resto de los operadores televisivos tenga dificultades para competir en igualdad de condiciones, viéndose excluidos del mercado de publicidad televisiva. Estas conductas también han tenido un impacto significativo en la demanda de contenido audiovisual y en la competencia en el mercado de televisión en abierto. Dada la dificultad para rentabilizar las audiencias, terceros operadores ven limitada su capacidad para adquirir contenido audiovisual atractivo que les permita mejorar su audiencia.

Por último, la CNMC clarifica que cada grupo televisivo ha llevado a cabo estos acuerdos de forma independiente, a pesar de la similitud entre las condiciones comerciales aplicadas por cada una de las cadenas. En consecuencia, en la valoración de los efectos, la autoridad tiene en cuenta su carácter acumulativo, que viene representando el 85 % del mercado de la publicidad televisiva en España.

3 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

[Unión Europea]

La Comisión Europea aprueba la adquisición de control exclusivo de Celgene por parte de BMS

Decisión de la Comisión de 29 de julio de 2019, asunto M.9294 – BMS / CELGENE

La decisión se refiere a la adquisición de Celgene Corporation ("Celgene") por parte de Bristol-Myers Squibb ("BMS"). Las dos empresas farmacéuticas se caracterizaban por el desarrollo y la comercialización de medicamentos innovadores.

La Comisión analizó el impacto sobre la competencia que provocaba que la entidad resultante pudiera controlar dos proyectos *pipeline* innovadores: uno que estaba desarrollando BMS y otro para el que Celgene tenía una opción de compra y estaba siendo producido por otra farmacéutica (en un nivel muy temprano de desarrollo). En la resolución, la Comisión

concluye que no era factible que este hecho afectase a la innovación (y que, por tanto, la operación fuese una *killing acquisition*), ya que no considera probable que la entidad resultante comprase el proyecto *pipeline* para luego suprimirlo. Esto hubiese supuesto un desembolso muy importante para un producto que se encontraba en una fase de desarrollo muy temprana y se desconocía si iba a resultar finalmente viable. La Comisión tampoco considera probable que la entidad resultante utilizase la opción de compra del proyecto *pipeline* que estaba desarrollando la otra farmacéutica para retrasar su progreso y así evitar presión competitiva en el proyecto de BMS, ya que estos dos *pipeline* se encontraban en estadios de desarrollo muy diferentes y, por tanto, no competían entre sí.

La Comisión aprobó la operación en primera fase y sin compromisos al considerar que no afectaría de forma significativa a la competencia en el mercado.

La Comisión Europea impone una multa de 28 millones de euros a Canon por un *gun jumping* en la adquisición de Toshiba Medical Systems Corporation

Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2019, asunto M.8179 – CANON / TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS CORPORATION

La Comisión ha sancionado a Canon por haber ejecutado una operación de concentración sin haber obtenido la preceptiva autorización de competencia. La resolución considera que Canon cometió dos infracciones, a saber, la ausencia de notificación de la operación y su ejecución anticipada, e impone multas de 14 millones de euros por cada infracción.

La operación de compra de Toshiba Medical Systems Corporation (“TMSC”) por parte de Canon se articuló a través de una doble operación consistente, por un lado, en transferir el control de TMSC a un comprador interino hasta que se aprobara la operación (la “transacción interina”) y, por otro lado, una vez obtenida la autorización, en transferir el control de TMSC de ese comprador interino a Canon (la “transacción final”). La operación se estructuró así, ya que Toshiba necesitaba recibir el importe de la venta de TMSC de forma inmediata. Por ello, Canon abonó la totalidad del precio a Toshiba en el momento de la transacción interina. El análisis de la Comisión concluyó que ambas transacciones obedecían a una única transacción destinada a otorgar el control exclusivo de TMSC a Canon. En este sentido, la Comisión consideró que la transacción interina ya suponía un cambio de control sobre TMSC, y, por lo tanto, dicho cambio de control ya daba lugar a la obligación de notificación.

[España]

La CNMC condiciona una concentración a determinados compromisos impuestos por las autoridades estadounidenses

Resolución de la Sala de Competencia Consejo de la CNMC, 25 de julio de 2019, en el Expediente C/1053/19 BSC-BTG 2

La CNMC ha autorizado sin compromisos, pero con la condición de que las partes procedan a implementar los compromisos acordados con las autoridades de defensa de la competencia en Estados Unidos, la adquisición por parte de BCS del control exclusivo sobre BTG. La concentración, que fue notificada a la CNMC y a las autoridades austriaca y estadounidense, fue objeto de un estudio de mercado en el que se identificaron solapamientos horizontales significativos en varios mercados.

En la medida en que las partes estaban negociando compromisos con las autoridades estadounidenses, las notificaciones en Austria y España fueron retiradas hasta que tales compromisos fuesen definidos. La autoridad estadounidense impuso determinados compromisos de desinversión que afectaban al negocio de la adquirente adquirido a nivel mundial. Una vez que la operación fue modificada, la CNMC analizó la nueva estructura y la autorizó sobre la base de los compromisos aceptados por la autoridad estadounidense.

4 · DECISIONES EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO

La Comisión Europea declara que el impuesto danés sobre ciertos productos con grasas saturadas no es selectivo al estar justificado en atención a la lógica general del impuesto

Decisión de la Comisión de 6 de junio de 2019 en el asunto SA.33159 —Dinamarca—. Impuesto sobre grasas saturadas

A raíz de la denuncia de una empresa de margarina, la Comisión analizó si Dinamarca había otorgado ayudas de Estado en el sector de productos alimenticios con elevadas grasas saturadas con motivo de un impuesto que gravaba ciertos productos con un alto contenido de esas grasas.

La Comisión Europea centro su análisis en determinar si la medida podía considerarse selectiva. Para ello, utilizó el test habitual de tres fases, consistente en (i) identificar el sistema de referencia; (ii) determinar si la medida concreta constituye una excepción a dicho régimen en cuanto que diferencia entre operadores económicos que se encuentran en una situación comparable (selectividad *prima facie*); y (iii) excluir que la excepción esté justificada por la naturaleza y configuración general del sistema.

En este caso, la Comisión consideró que el sistema de referencia del impuesto debía incluir todos los productos con contenido de grasas saturadas, es decir, también los que no estaban gravados. Así, las exenciones contempladas en la ley son, con carácter general, selectivas *prima facie*. Por el contrario, la Comisión estimó que la exención de los productos para uso animal no es selectiva, ya que se refiere a productos que no se encuentran en una situación comparable a la de los productos sujetos al gravamen.

En cuanto a las exenciones que la ley hacía para ciertos productos, independientemente de la cantidad de grasas saturadas, la Comisión observa que estos productos son excluidos, dado que, o bien estos productos tienen bajas proporciones de grasas saturadas o componen un porcentaje pequeño de las grasas saturadas consumidas totales, o bien están excluidos por ser parte de una dieta sana. Como estas exclusiones —aun pudiendo ser *prima facie* selectivas— persiguen los objetivos de salud del impuesto, están justificadas a la luz de la lógica global del impuesto.

Además, la denuncia había argumentado que el límite de grasas saturadas por encima del cual se gravaba el impuesto había sido establecido de forma que se dejaba la leche justo por debajo de este y que, por tanto, se beneficiaba de forma selectiva al sector lácteo. Dinamarca justifica esta medida en que su política sanitaria incluye la promoción de la ingesta de leche en niños de menos de un año, y esta política se habría puesto en peligro si el precio de la leche se hubiera incrementado. A juicio de la Comisión, este sistema está justificado para perseguir objetivos de sanidad y, por tanto, está justificado a la luz de la lógica global del impuesto.

Por último, la Comisión concluye que la exención en favor de ciertas pequeñas empresas no es selectiva, puesto que los objetivos de sistema fiscal de referencia (en concreto, los objetivos de asegurar la gestión adecuada del sistema y centrarse en las principales fuentes de grasas saturadas) justificaban la citada exención.

1 · PROPIEDAD INTELECTUAL. JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que, a los efectos de la tributación del IVA en los Estados miembros de la Unión Europea, una fotografía tiene naturaleza artística si su autor la toma, revela e imprime (o supervisa tales acciones), firma y numera generando un determinado número de ejemplares

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 5 de septiembre de 2019 (as. C145/18)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") responde a cuatro cuestiones prejudiciales elevadas por el Consejo de Estado francés (Conseil d'État) y surgidas en el seno de un conflicto sobre la tributación a efectos del impuesto sobre el valor añadido ("IVA") con respecto a la venta de fotografías tomadas en bodas, bautizos y eventos similares. La empresa que realizaba y vendía estas fotografías las consideraba "objetos de arte" y por ello les aplicaba el tipo reducido fijado por la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido ("Directiva 2006/112/CE"), y por el Código General Tributario francés (*Code général des impôts*) para la venta de estos artículos, puesto que en ambas normas se entiende como "objeto de arte" aquellas fotografías "tomadas por el artista y reveladas e impresas por el autor o bajo su control, firmadas y numeradas con un límite de treinta ejemplares en total". Sin embargo, la Administración tributaria francesa discrepaba de tal consideración, en aplicación de una Instrucción de la Dirección General de Impuestos, que califica a las fotografías de "artísticas" solo cuando "reflejen una intención creadora manifiesta de su autor", excluyendo expresamente las fotografías de eventos.

Las cuestiones elevadas fueron las siguientes: (i) si la exigencia de la Directiva 2006/112/CE es la única aplicable para tratar las fotografías como objetos de arte y someter su transferencia a un IVA reducido; (ii) si los Estados miembros de la Unión Europea pueden además excluir de la aplicación del IVA reducido otras fotografías carentes de carácter artístico; (iii) si hay más requisitos que deban reunir las fotografías para beneficiarse del IVA reducido; y (iv) si tales requisitos han de tener una interpretación uniforme en la Unión o admiten ser desarrollados por cada Estado.

El TJUE responde, respecto de las cuestiones primera y tercera, que los únicos requisitos que pueden exigirse a una fotografía para que se beneficie de un tipo reducido como obra de arte son los que se recogen en la Directiva 2006/112/CE, y excluye expresamente la posibilidad de que su tributación pueda depender de la valoración del carácter artístico que la administración fiscal competente pueda hacer. En cuanto a la segunda pregunta, el Alto Tribunal responde que, pese a que los Estados miembros pueden delimitar la aplicación del IVA reducido a un concreto tipo de fotografías, tal delimitación debe hacerse aislando aspectos concretos y específicos de las fotografías y respetando el principio de neutralidad fiscal, lo cual no ocurre en la normativa francesa alegada. En vista de las respuestas anteriores, el TJUE no considera necesario responder a la cuarta cuestión.

En conclusión, solo lo dispuesto en la Directiva 2006/112/CE o en las regulaciones nacionales que, respetando la neutralidad fiscal, acoten un círculo más reducido de objetos puede estable-

(*) Esta sección de Derecho Digital, en su parte de Propiedad Intelectual, ha sido coordinada por Agustín González García y Rafael Sánchez Arísti, y elaborada por Nerea Sanjuan Rodríguez, Rafael Fernández Jordano, Pilar Bravo de Lallana, Nicolás Pulido Azpiroz, Oriol Castells y Antonio García Vázquez, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid); en su parte de Comunicación y Entretenimiento, ha sido coordinada por Pablo González-Espejo y elaborada por Nerea Sanjuán Rodríguez, Pablo Hernández Collado y José Javier Ariza Rossy, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid); en su parte de Comercio Electrónico, Protección de Datos y Privacidad, ha sido coordinada por Leticia López-Lapuente y elaborada por Carolina Moniz Pina, Lidia Gimeno Rodríguez y Joana Mota, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa); y en su parte de Propiedad Industrial y Competencia Desleal, ha sido coordinada por Carles Vendrell y Fernando Azcona, y elaborada por Oriol Castells, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

cer, a efectos de la aplicación del impuesto, qué es una obra de arte cuyas transacciones merezcan la aplicación de un tipo reducido de IVA, sin que tal calificación pueda quedar al mero juicio de valor de la administración competente.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que las acciones derivadas de la infracción de derechos de propiedad intelectual no gozan de naturaleza únicamente extracontractual, por lo que son susceptibles de ser ejercitadas ante incumplimientos contractuales

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de 18 de diciembre de 2019 (as. C-666/18)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") se pronuncia respecto de si las acciones por infracción de derechos de propiedad intelectual tienen únicamente naturaleza jurídica extracontractual, o si también pueden ejercitarse en el marco de un incumplimiento contractual, y ello en el marco de un conflicto surgido en Francia entre dos empresas que habían suscrito un contrato por virtud del que la primera otorgaba a la segunda una licencia de uso de un paquete de aplicaciones de *software* de su titularidad. Dicha licencia excluía el ejercicio del derecho de transformación, indicándose expresamente que se prohibía a la licenciataria la modificación, adaptación, corrección o creación de obras derivadas de dichos programas. Habiendo detectado la existencia de modificaciones en sus aplicaciones, la empresa licenciante ejerció acción por infracción de los derechos de propiedad intelectual frente a la licenciataria, solicitando la indemnización correspondiente. Dicha demanda fue desestimada en primera instancia, al entender el Tribunal de Grande Instance de París que la licenciante no podía ejercitar una acción por infracción de derechos de propiedad intelectual, al ser estas acciones aplicables únicamente a responsabilidades de naturaleza extracontractual.

En segunda instancia, el tribunal de apelación de París (Cour d'Appel de Paris) elevó cuestión prejudicial en la que solicitaba que el TJUE determinase si los hechos narrados constituyen una infracción de los derechos de propiedad intelectual de la licenciante, con aplicación del régimen derivado de la transposición al derecho francés de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual ("Directiva 2004/48/CE"), o si, por el contrario, dicha infracción debe quedar sujeta únicamente al régimen de responsabilidad contractual común.

El TJUE afirma que la Directiva 2004/48/CE y la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, deben interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de una cláusula de un contrato de licencia de un programa de ordenador, relativa a derechos de propiedad intelectual, está comprendido dentro del concepto de "infracciones de los derechos de propiedad intelectual" definido por la Directiva 2004/48/CE, por lo que las garantías previstas en esta última Directiva deben asistir al titular cuyos derechos hayan sido infringidos, independientemente del régimen de responsabilidad contractual que pueda ser igualmente aplicable.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que la comercialización en línea de libros electrónicos constituye un acto de comunicación pública y, por tanto, su reventa no está sometida a la regla del agotamiento

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 19 de diciembre de 2019 (as. C-263/18)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") se pronuncia sobre la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de La Haya (rechtbank Den Haag), con el objeto de determinar si la comercialización en línea de libros electrónicos supone, dentro de las modalidades de ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, un acto de explotación del derecho de distribución —al igual que en el caso de los libros en formato físico— o del derecho de comunicación al público.

La sentencia trae causa del litigio suscitado entre dos asociaciones que protegen los derechos de los editores de los Países Bajos y una sociedad neerlandesa que gestiona un "club de lectura", que es a su vez un mercado virtual de libros de segunda mano. A través de dicho mercado, la compañía suministra a sus usuarios libros electrónicos mediante descarga a cambio de un precio, lo cual constituye, a juicio de las asociaciones demandantes, un acto no autorizado de comunicación pública. En este contexto, el órgano remitente plantea varias preguntas al TJUE que tienen por finalidad, en esencia, determinar si la actividad de venta en línea de libros electrónicos —como la realizada por la demandada— queda abarcada por el derecho de distribución, en el marco del artículo 4.1 de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los

derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (“DDASI”) y, en consecuencia, es de aplicación la regla del agotamiento a sus posibles reventas.

Para resolver el caso, el TJUE realiza una interpretación de la DDASI conforme con los principios que inspiraron su promulgación, así como con base en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor adoptado el 20 de diciembre de 1996 en Ginebra (“TDA”), y establece que el derecho de distribución únicamente es ejercitable respecto de obras incorporadas a soportes tangibles; no así el derecho de puesta a disposición del público, que constituye una modalidad de comunicación pública y es ejercitable al respecto de soportes intangibles. De acuerdo con ello, el Alto Tribunal afirma que el suministro al público de un libro electrónico, mediante descarga, para su uso permanente está comprendido dentro del concepto de “comunicación al público” y, más específicamente, del de “puesta a disposición del público”, en el sentido del artículo 3.1 de la DDASI.

El TJUE descarta los argumentos aducidos de contrario, al afirmar que no es de aplicación la doctrina contenida en su sentencia de 3 de julio de 2012 (as. C-128/11), ya que ésta se refiere a la venta de una concreta clase de bienes —los programas de ordenador— sujeta a las disposiciones específicas de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (“Directiva 2009/24”), que es *lex specialis* con respecto a la DDASI. La Directiva 2009/24 asimila las copias materiales e inmateriales de los programas de ordenador, de modo que el agotamiento del derecho de distribución previsto en su artículo 4.2 se refiere a la totalidad de esas copias. Además, desde un punto de vista económico y técnico, la venta de un programa de ordenador en un soporte material y mediante descarga de Internet son similares, puesto que la modalidad de transmisión en línea es el equivalente funcional de la entrega de un soporte material. Por el contrario, esa asimilación no puede predicarse de los libros electrónicos, y la DDASI no pretende que así sea. Es más, desde un punto de vista económico no cabe equiparar funcionalmente los libros electrónicos y en papel, ya que los libros electrónicos no se deterioran con el paso del tiempo, de modo que las copias de segunda mano son el sustituto perfecto de las copias originales. Asimismo, sus costes de producción son sustancialmente menores a los de un libro en papel.

En consecuencia, el TJUE concluye que, en la comercialización en línea de libros electrónicos en un mercado virtual como el del presente caso, se dan las dos notas que definen la comunicación pública: (i) un acto de comunicación, en virtud del cual se pone a disposición de los usuarios del club de lectura los contenidos para su acceso en cualquier momento, y (ii) dirigido a un público constituido por un número indeterminado de destinatarios potenciales que se identifica con la totalidad de los cibernautas que se registren en el club de lectura de la demandante.

[España]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), de 5 de julio de 2019

Se confirma una indemnización de 85.000 euros impuesta a una compañía aérea por sincronizar una versión de una canción en un anuncio sin recabar previamente la autorización de los autores de la canción originaria

La Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto por una compañía aérea en su calidad de anunciante, que había sido codemandada junto con la productora audiovisual que realizó para ella dos spots publicitarios, contra la sentencia de primera instancia que había condenado a ambas solidariamente al abono de una indemnización a una editorial musical por la sincronización no autorizada en sendos anuncios de una versión de una famosa canción, cuyos derechos de propiedad intelectual eran titularidad de la demandante.

Entre los motivos aducidos por la compañía apelante, se expone que ésta había obtenido la autorización correspondiente de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre la versión de la canción en conflicto utilizada en los spots. Sin embargo, dicho motivo se desestima, ya que para la explotación económica de una obra derivada es necesario contar con la autorización tanto de los titulares de los derechos sobre esta como de los derechos sobre la obra originaria —en este caso, la editorial demandante— con base en lo previsto en el artículo 21.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (“TRLPI”). La Audiencia descarta, asimismo, la argumentación adicional expuesta por la apelante, basada en que la versión de la canción utilizada figuraba registrada en el registro de obras de la Sociedad General de Autores y

Editores ("SGAE"), puesto que para que las demandadas hubieran podido efectuar lícitamente la sincronización de la obra derivada era necesario haber constatado la autorización de la transformación por parte de los titulares de la obra preexistente, lo cual no queda acreditado con el mero registro ante la SGAE de la obra derivada.

Mediante otro de los motivos formulados en su recurso, la apelante impugnaba la cuantía fijada como indemnización en favor de la apelada, quien, con base en el artículo 140.2.b) del TRLPI, escogió como criterio indemnizatorio la cantidad que habría percibido si la compañía aérea le hubiera solicitado la correspondiente autorización. La apelación tampoco prospera en este punto, ya que no queda acreditada la necesidad de reducir la cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta que los hechos del caso apuntan precisamente a lo contrario. Así, la Audiencia Provincial toma como base varios argumentos fácticos para desestimar este motivo de recurso: (i) el precio fue el solicitado por la parte demandante a la segunda codemandada para autorizar en España el uso de la obra en televisión por dos años; (ii) tras serle notificado el precio a la entidad apelante, esta se negó a pagarlo; (iii) ese importe es análogo al percibido por la actora por el uso de otras canciones de su repertorio, y (iv) los pactos que la apelante pueda haber celebrado con terceros en los que se fije la distribución de la remuneración obtenida por la sincronización —incluida la licencia firmada con la editorial en virtud de la cual se cedieron los derechos sobre la canción original— son irrelevantes a estos efectos y no influyen en el *quantum* indemnizatorio.

La aportación de modelos que inspiren la creación no impide considerar al dibujante de una obra como su autor exclusivo, sin perjuicio de que se entiendan cedidos los derechos de propiedad intelectual sobre dicha obra a la empresa comitente

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), de 19 de julio de 2019

Una empresa dedicada a la venta de bicicletas de segunda mano encargó a un diseñador la realización de un logo con una bicicleta para ser la imagen visual de la primera. El diseñador demandó a la empresa, al amparo del Texto Refundido de la ley de Propiedad Intelectual ("TRLPI") formulando una acción de cesación (artículo 139.1.a, b, c y d del TRLPI) y otra indemnizatoria (artículo 140 del TRLPI) en defensa de sus derechos de autor sobre el logo realizado para la empresa comitente y utilizado por ésta de forma no consentida.

En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid desestimó las pretensiones del demandante al entender que éste no podía ser considerado autor exclusivo, sino en todo caso coautor del logo en conflicto, por cuanto para su elaboración, el representante de la empresa le había facilitado una serie de imágenes obtenidas de Internet. No obstante, el Juzgado no estima original el dibujo, al tiempo que entiende que en todo caso los derechos de propiedad intelectual corresponderían, en su caso, a la empresa, en calidad de comitente.

La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante, si bien advierte que el conocer las concretas fuentes que inspiraron el dibujo no impide apreciar que la obra resultante tiene un cierto grado de creatividad, sin que su carácter de obra menor pueda perjudicarle. Así, concluye que si nos hallamos ante una obra protegible por derechos de autor y que el dibujante debe ser considerado su autor exclusivo, por cuanto la intervención del representante de la empresa tuvo lugar en una fase preliminar a la de creación artística. No obstante, la Audiencia entiende que los derechos de explotación de la propiedad intelectual de la obra fueron cedidos a la empresa, dado que el dibujo fue fruto de un contrato de arrendamiento de obra por virtud del cual el dibujante recibió el encargo expreso de realizar dicha obra a fin de ser utilizada como imagen corporativa.

La inserción de la traducción de un relato en una antología no queda amparada por el límite de cita si no cumple con la finalidad de dicho límite y, además, supone una infracción de los derechos de propiedad intelectual de la autora de la traducción

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), de 25 de julio de 2019

La autora de una traducción al castellano de un relato japonés interpuso demanda contra una editorial por haber incorporado dicha traducción a una antología sobre literatura japonesa sin su previa autorización. La demanda fue desestimada íntegramente por el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid, que consideró que la incorporación del relato quedaba amparada por el límite de cita, previsto en el artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ("TRLPI").

Por el contrario, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación presentado por la autora. Tras destacar que la citada antología presenta dos partes diferenciadas —una que consiste en un estudio de la literatura japonesa y otra que se dedica a incorporar una selección de textos representativos—, el órgano de segunda instancia hace hincapié en que la traducción

había sido incluida en el segundo bloque. De este modo, el incorporar la traducción en la antología no cumple con la finalidad docente o de ilustración que caracteriza al límite de cita y, por tanto, la parte apelada vulneró los derechos de propiedad intelectual que la traductora en tanto que autora de una obra derivada (artículos 17 y 11.1 del TRLPI) ostenta.

Para el caso de que se estimase producida una infracción de los derechos de propiedad intelectual, la apelante había solicitado que se condenara a la apelada al pago de una indemnización en concepto de daños morales y otra en concepto de beneficios dejados de obtener, más un 5 % de las ventas totales del libro.

En lo que se refiere a los daños morales, la Audiencia Provincial estimó su concurrencia por la infracción de los derechos de propiedad intelectual de la autora, una infracción que en este caso viene motivada por la falta de autorización para explotar económicamente una obra a la que aquella dedicó considerable esfuerzo y dedicación. Ahora bien, realizando una estimación sobre la entidad de dicho esfuerzo, la indemnización es rebajada por el órgano juzgador. En relación con la segunda petición, la apelante había calculado la indemnización con base en los criterios del artículo 140.2.a) del TRLPI, esto es: los beneficios dejados de obtener por ella, y los beneficios obtenidos por la editorial. La Audiencia Provincial niega la cantidad solicitada, ya que (i) no se había aportado prueba alguna que justificase dicho importe; (ii) no se habían facilitado bases para su liquidación en fase de ejecución, de acuerdo con el artículo 219 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y, sobre todo, (iii) es incompatible sumar los beneficios dejados de obtener por el perjudicado a los que haya obtenido el infractor. En cambio, sí otorga una indemnización por los beneficios obtenidos por la editorial, reducida a un 2 %, de acuerdo con dos factores: el peso específico del relato en la extensión total de la obra y las dificultades propias de la traducción de dicho texto.

El derecho de opción preferente sobre la próxima obra de un autor recogido en un contrato editorial no se agota con la publicación de una aportación a modo de entrevista del autor en obra colectiva

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 26 de septiembre de 2019

En el año 2009, el escritor demandado suscribió un contrato de edición con la demandante, editora de libros y publicaciones, por el que además de acordarse la edición de una primera obra del demandado, se otorgaba un derecho de opción preferente a la editorial sobre la próxima obra que creara el autor durante el periodo de vigencia del contrato (15 años). En el año 2012, el demandado participó, en calidad de entrevistado, en una obra colectiva coordinada por dos escritoras y encargada a ambas por la editorial demandante. En 2015, el demandado publicó, de la mano de otra editorial, una nueva obra. La primera editorial formuló demanda contra el escritor por incumplimiento del contrato edición, a lo cual el autor se opuso argumentando que (i) un contrato de edición no puede tener por objeto una obra inexistente, en los términos de lo previsto en el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril ("TRLPI"), (ii) la transmisión de derechos de una obra futura está sujeta a limitaciones, en aplicación del artículo 43 del TRLPI, y (iii), en todo caso, el derecho de opción se habría agotado con la publicación de la obra colectiva.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y concluyó que el TRLPI únicamente prohíbe la cesión conjunta de las obras futuras del autor, lo que no había ocurrido en el presente caso, dado que el demandado solo había cedido los derechos sobre su primera obra. La concesión de un derecho de opción a la demandante, por tanto, es válida, conforme a lo dispuesto en los artículos 1089 y 1091 Código Civil, derecho que no fue respetado por el demandado.

La Audiencia confirma la sentencia de instancia y declara que en el contrato de edición analizado no se compromete la edición de una obra inexistente, sino que simplemente se otorga un derecho de adquisición preferente sobre los derechos de explotación de la siguiente obra que publicara el demandante durante la vigencia del contrato. Ni tan siquiera se fijan las condiciones de la futura cesión. Por tanto, el supuesto enjuiciado no debe analizarse a la luz del artículo 59 del TRLPI, sino del artículo 43 de esa misma norma, cuyo apartado tercero únicamente impide la cesión del conjunto de la obra futura del autor, lo que no se ha producido en el caso analizado. Asimismo, se descarta que la obra colectiva agotara el derecho de opción de la editorial demandante. A este respecto, se afirma que la prueba acredita que la segunda obra fue ideada

por la editorial demandante y que, por tanto, es de su titularidad en los términos del artículo 8 del TRLPI, habiéndose limitado la contribución del demandado a participar en la ronda de entrevistas conjuntamente con el resto de las personas entrevistadas. Es más, el demandado ni tan siquiera la incluye como obra propia en su bibliografía.

Condena a un cibernauta por infracción de los derechos de reproducción y puesta a disposición del público de varios productores de fonogramas por la puesta a disposición de sus fonogramas mediante la publicación de enlaces

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), de 27 de septiembre de 2019

Un usuario de internet fue condenado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona a cesar en la puesta a disposición de fonogramas pertenecientes a compañías discográficas asociadas a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales ("AGEDI"), por vulneración de los derechos de reproducción y puesta a disposición del público de aquellas, en los términos de los arts. 115 y 116 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril ("TRLPI"). El Tribunal de Primera Instancia consideró probado que dicho usuario había subido una página web hiperenlaces o "URLs" que permitían el acceso directo y gratuito a contenidos musicales, llegando a subir en un periodo de tres años un total de 29.660 enlaces, por lo que le condena a la cesación en su actividad, así como al borrado y/o destrucción de cualesquiera copias ilícitas de fonogramas en su poder, así como de todos los enlaces o *e-links* publicados.

Dicha sentencia de primera instancia fue objeto de recurso de apelación por ambas partes. La parte demandada no discutió que se hubiera producido una infracción de derechos de propiedad intelectual, sino que alegaba que no había quedado suficientemente demostrado que hubiera sido ella quien, a través de su cuenta de usuario, hubiese subido los contenidos musicales a la página web en cuestión.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de la parte demandada por considerar que sí había quedado probado que había sido ella quien, a través de su cuenta, procedió a la carga de tales contenidos, y ello sobre la base de los siguientes hechos: (i) la coincidencia de su nombre personal con el de su perfil en la página web en cuestión; (ii) la coincidencia de datos y contenidos de ese perfil del demandado con sus perfiles en redes sociales, y (iii) los comentarios que había realizado en páginas web, en los que afirmaba obtener ingresos procedentes de la descarga de contenidos musicales, o bien en los que hacía referencia directa a su domicilio.

Por su parte, las demandantes también recurrieron en apelación la sentencia de primera instancia por considerar que, al contrario de lo establecido en ésta, se puede solicitar la reserva de liquidación de la condena en un procedimiento posterior. La Audiencia Provincial accede a las pretensiones de las apelantes y estima el recurso para establecer que el artículo 219 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, permite al demandante solicitar que se condene al demandado al pago de una indemnización o una cantidad indeterminada, sin perjuicio de su posterior determinación en una fase posterior. Considera la Audiencia que existe un nexo entre la acción declarativa y las potenciales acciones de condena que pueden solicitarse con base en aquella. Así, el reconocimiento obtenido en fase declarativa constituye un título genérico de la actora a percibir una indemnización, sin perjuicio de que los concretos daños y perjuicios que alegue haber sufrido y su cuantificación se ventilen *a posteriori*.

La Audiencia Provincial de Barcelona rebaja la tarifa aplicada por la SGAE con respecto a actos de comunicación al público en un concierto del 8,5 % al 3 % de los ingresos brutos de taquilla

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), de 7 de noviembre de 2019

La presente sentencia resuelve el recurso de apelación interpuesto por una productora musical contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, que estimaba íntegramente la demanda de reclamación de cantidad formulada por la Sociedad General de Autores y Editores ("SGAE") contra la ahora recurrente por la comisión de actos de comunicación al público en una gira de conciertos llevada a cabo en junio de 2013.

En contra del criterio seguido por el Juzgado, la Audiencia Provincial estima íntegramente el recurso. En primer lugar, el tribunal de instancia considera que la resolución recurrida ha cometido una incongruencia *extra petita*, puesto que, aunque la demandada no tenga legitimación activa para impugnar las tarifas generales de la SGAE, sí la tiene para solicitar la nulidad de pleno derecho de los contratos de licencia invocados. A estos efectos, la Audiencia advierte que, si para juzgar adecuadamente la nulidad del contrato el análisis debe pasar por analizar la vali-

dez de las tarifas generales, tal análisis será de carácter prejudicial, sin que un juzgado pueda dejar de conocer la alegación.

En segundo lugar, la Audiencia Provincial se remite a la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ("CNMC") de 6 de noviembre de 2014, expediente S/O460/13 *SGAE Conciertos a instancias de la Asociación de Promotores Musicales (APM)*, confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de abril de 2019. Esta resolución declara que SGAE había abusado de su posición de dominio en la fijación de sus tarifas para la comunicación pública de su repertorio en conciertos musicales, en la medida en que se declaraba que (a) esas tarifas eran excesivas, y (b) se acompañaban de una serie de prácticas desproporcionadas, a saber: (i) exigencia de obtener la licencia de la SGAE antes de iniciar la venta de entradas; (ii) obligación de depósito de una fianza/aval que cubra el total de la recaudación correspondiente a los derechos de autor o, alternativamente, (iii) distribución de las entradas a través de un operador de *ticketing* que tenga convenio de colaboración con la SGAE y que debía retener y liquidar lo adeudado.

Habida cuenta de lo anterior, la sentencia declara la nulidad del contrato de licencia firmado por las partes. No obstante, acto seguido advierte que ello no puede conllevar desestimar la demanda de la SGAE. A tal efecto, desechada la posibilidad de llegar a un convenio y, sin ser una opción legítima recurrir a las tarifas generales (rebajadas por la SGAE del 10 % sobre los ingresos brutos de taquilla, sin impuesto de valor añadido, a 8,5 % a fin de cesar en la conducta infractora), la Audiencia fija unas tarifas *ad hoc*, que consisten en el 3 % del importe bruto de la facturación de cada uno de los conciertos, parámetro que toma del tarifario existente en Reino Unido para dichos actos de comunicación pública.

El Tribunal Supremo confirma la nulidad del acuerdo de la Junta Directiva de la SGAE por el que se aprobaba la modificación de las normas de reparto interno de los ingresos televisivos, afirmando que el que en la Asamblea General Extraordinaria no se alcanzasen los votos necesarios para su aprobación no permite a la Junta Directiva rescatar su competencia original y aprobar dicha reforma unilateralmente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 9.ª), de 14 de noviembre de 2019

El pleito tiene origen en una demanda formulada por un grupo de socios de la Sociedad General de Autores y Editores ("SGAE"), dirigida a impugnar el acuerdo adoptado por la Junta Directiva de la entidad de gestión de 5 de febrero de 2015, por el que se aprobaba la modificación de los artículos 202 bis, 205, 206, 216 y 220 del Reglamento de SGAE, en lo relativo al sistema de reparto de los ingresos procedentes de televisión, por ser contrario a los estatutos de la entidad. Los demandantes denunciaban que, una vez que la Junta Directiva había acordado en su sesión de 27 de noviembre de 2014 someter a la Asamblea General Extraordinaria la aprobación de la modificación de esos artículos del Reglamento, tras ser debatida esta propuesta por la Asamblea sin lograrse la mayoría de dos tercios requerida para su aprobación, la Junta Directiva carecía de competencia para aprobar dicha modificación.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 82 de Madrid había dictado sentencia desestimatoria de la demanda y, por tanto, declaraba válido el acuerdo impugnado. Por el contrario, en segunda instancia, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, hizo suyo el razonamiento jurídico de éstos y formuló, a mayor abundamiento, la doctrina de los actos propios, para en último término declarar la nulidad de los acuerdos adoptados. La SGAE interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia alegando infracción del artículo 22 de la Constitución española, en relación con los artículos 7, 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, y con los artículos 36 y 37 del Código Civil, e infracción del principio o doctrina general de los actos propios.

En primer lugar, el Tribunal Ssupremo ("TS") declara que el recurso parte de una aproximación equivocada, puesto que no tiene en cuenta que el principio de autoorganización de las asociaciones no impide el control judicial de cualquier decisión adoptada por ellas, que deberá efectuarse cuando la dirección de la asociación se aparte de su propia normativa o contravenga normas imperativas, principios o derechos constitucionales. En segundo lugar, afirma que la sentencia recurrida no sustituye la voluntad de la entidad en cuestión ni juzga la procedencia de lo acordado, sino que decide sobre la competencia del órgano que adopta el acuerdo impugnado. En consecuencia, en el presente caso, la Audiencia Provincial estaba legitimada para revisar la validez de los acuerdos impugnados. En este sentido, el TS constata que dichos acuerdos conllevaban una modificación del Reglamento de SGAE, siendo competente a tal efecto el

Consejo de Dirección, sin perjuicio de la ratificación por la Junta Directiva. No obstante, el artículo 40.3 c) de los estatutos permite que la Junta Directiva traslade a la Asamblea General de socios la potestad de decidir sobre una determinada cuestión, que originariamente pudiera no ser competencia de ella. Una vez trasladada esta potestad, le corresponde a la Asamblea adoptar la decisión correspondiente sin que, a la vista del resultado de la votación, la Junta Directiva pueda rescatar la competencia para decidir sobre el asunto en cuestión, siendo esto lo ocurrido en el caso analizado.

Por último, en cuanto a la aplicación de la doctrina de los actos propios, el TS declara que la referencia a esta doctrina al final de la argumentación de la Audiencia, es una razón añadida a la principal por la que se estima la impugnación del acuerdo. Lo que vincula es la norma estatutaria, sin perjuicio de que ésta resulte de aplicación una vez que la Junta Directiva haya decidido trasladar a la Asamblea la decisión sobre un concreto asunto que era de su competencia. No es que la Junta Directiva esté vinculada por un acto propio, sino que, al activar una previsión estatutaria de atribución de competencia para un determinado asunto a la Asamblea, pasa a estar vinculada por esa previsión estatutaria. Y es ésta la razón empleada por la sentencia recurrida para estimar la impugnación. En definitiva, el TS desestima el recurso de casación, ratificando la sentencia de la Audiencia Provincial.

Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual tienen la condición de interesadas en los procedimientos administrativos tramitados para autorizar la constitución y entrada en funcionamiento de nuevas entidades de gestión y, en consecuencia, están legitimadas para impugnar en vía administrativa y judicial las resoluciones administrativas de autorización y entrada en funcionamiento que recaigan en ellos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª), de 14 de enero de 2020

La entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España ("AIE") interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ("TSJPV"), de fecha 15 de marzo de 2017, por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto a su vez por AIE (i) contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de un recurso interpuesto contra la resolución de 20 de octubre de 2014 del director de Patrimonio Cultural del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco por la que se autorizaba a la entidad Euskal Kulturgileen Kidegoa ("EKKI") para actuar de manera exclusiva o mayoritaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco como entidad de gestión de los derechos reconocidos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ("TRLPI"), y (ii) frente a la resolución de 28 de octubre de 2015 del consejero de Cultura Juventud y Deportes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, por la que se inadmitió el recurso de alzada deducido contra aquella resolución, por considerarse que las recurrentes carecían de legitimación para recurrir la resolución de autorización.

Por su parte, el Tribunal Supremo ("TS") admitió el recurso de casación por entender que ostentaba interés casacional objetivo, en particular en lo relativo a determinar (i) si, a tenor de lo dispuesto en los artículos 147, 150 y 151.2 del TRLPI, en relación con el artículo 62.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ("Ley 30/1992"), las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual tienen la condición de interesadas en los procedimientos administrativos tramitados para autorizar la constitución y entrada en funcionamiento de nuevas entidades de gestión de tales derechos; y (ii) si, de acuerdo con lo previsto en aquellos preceptos y en el artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ("LJCA"), las mencionadas entidades están legitimadas para recurrir en sede administrativa o en vía judicial las resoluciones administrativas de autorización y funcionamiento de nuevas entidades de gestión.

El Alto Tribunal concluye que estas cuestiones ya han sido resueltas en su sentencia de 21 de mayo de 2019, en el marco del recurso de casación n.º 1584/2017, en la que se afirmaba que, a tenor del artículo 150 del TRLPI y en relación con los artículos 107.1, 31 y 34 de la Ley 30/1992 y del artículo 19 de la LJCA, las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual sí tienen la condición de interesadas en los procedimientos administrativos tramitados para autorizar la constitución y entrada en funcionamiento de nuevas entidades de gestión de tales derechos. En consecuencia, también debe contestarse afirmativamente a la segunda pregunta planteada. Por tanto, se estima el recurso de casación presentado por AIE, se anula la sentencia dictada por el TSJPV y

se retrotraen las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia a fin de que por el tribunal *a quo* se resuelvan las cuestiones de fondo suscitadas en el recurso ante él planteado.

El Tribunal Supremo confirma la condena por plagio a un profesor universitario que reprodujo epígrafes de una tesis doctoral de uno de sus doctorandos, por cuanto la originalidad de la obra no se juzga por las ideas que contiene, sino por la novedad de su expresión

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), de 16 de enero de 2020

Un profesor universitario, acusado por quien fuera su doctorando de haber plagiado dos epígrafes de su tesis doctoral, fue absuelto en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Burgos del ilícito de infracción de los derechos de autor del demandante, bajo el entendimiento de que no hubo plagio, habida cuenta de que el profesor, reconocido especialista en la materia, había proporcionado al demandante información precisa y detallada sobre el tema. Recurrida en apelación la sentencia del juzgado, la Audiencia Provincial de Burgos estimó el recurso interpuesto por el demandante, declarando la existencia de una infracción de los derechos de autor de este último y condenando al demandado al pago de una indemnización. A la hora de categorizar la infracción, el tribunal de apelación argumentó que, cuando la conducta consiste en la reproducción literal (o casi literal) de un texto original, no existe plagio, sino vulneración del derecho de reproducción.

Por su parte, el Tribunal Supremo ("TS") desestima el recurso de casación interpuesto por el profesor, con lo que confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos. Al respecto del ilícito declarado en segunda instancia, señala el Alto Tribunal que el juicio de creatividad no se asocia con la originalidad de las ideas, sino con la originalidad de su expresión. No obstante, el TS matiza que el plagio se confirma por la reproducción literal de dichos epígrafes, y con ello se separa de la frontera demarcada por la Audiencia Provincial entre el plagio y la vulneración del derecho de reproducción.

2 · COMUNICACIÓN Y ENTRETENIMIENTO. LEGISLACIÓN

[España]

Concesión de subvenciones a prestadores del servicio público de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal y autonómico destinadas a compensar los costes derivados de la liberación del segundo dividendo digital

Real Decreto 579/2019, de 11 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a prestadores del servicio público de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal y autonómico, destinadas a compensar los costes derivados de la emisión simultánea y transitoria de sus canales de televisión durante el proceso de liberación de la banda de frecuencias 694-790 MHz (segundo dividendo digital)

A través del Real Decreto 579/2019, de 11 de octubre, (i) se declara como servicio de interés económico general la emisión simultánea y transitoria por los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual televisiva de sus canales de televisión que vienen emitiendo en las frecuencias afectadas por el proceso de liberación del segundo dividendo digital (banda de 694-790 MHz); y, en consecuencia, (ii) se prevé la concesión directa de subvenciones, por un importe máximo total de diez millones de euros, para compensar los costes derivados de la emisión durante dicho proceso de liberación.

Esta concesión de ayudas viene motivada, entre otros y principalmente, por la excepcionalidad del proceso de liberación del segundo dividendo digital al implicar la reubicación de numerosos canales públicos y privados de televisión, así como por la existencia de razones de interés público y social, consistentes en evitar la pérdida de acceso al servicio público de radiodifusión de una parte de la población española hasta que se complete la adaptación de su equipamiento de recepción.

Los beneficiarios de estas subvenciones podrán ser los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual televisiva tanto de ámbito estatal como autonómico que reúnan los requisitos previstos en el artículo 5 del Real Decreto. El artículo 7 del Real Decreto establece, entre otros, el importe máximo de subvención por beneficiario que podrá otorgarse a través de este régimen de ayudas.

El procedimiento de concesión de estas ayudas se regirá por lo establecido en este Real Decreto, así como, de forma subsidiaria, en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y, en particular, en sus artículos 22.2.c) y 28, y en su reglamento de desarrollo. La Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información será el órgano gestor competente para ordenar e instruir el procedimiento y la ministra de Economía y Empresa será competente para resolverlo.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprueba la resolución que establece y hace pública las relaciones de operadores principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil

Resolución de 13 de noviembre de 2019, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen y publican, a los efectos de lo previsto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") establece y hace públicas, a los efectos de lo previsto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, las relaciones de operadores principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil aprobadas en su sesión de 13 de noviembre de 2019, con base en los datos relativos al año 2018 que obran en su poder, en los siguientes términos.

Por una parte, se consideran operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija Telefónica de España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U., Orange Espagne, S.A.U., MásMóvil Ibercom, S.A., y Euskaltel, S.A. Por otra parte, se identifica como operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil a Telefónica Móviles España, S.A.U., Orange Espagne, S.A.U., Vodafone España, S.A.U., MásMóvil Ibercom, S.A., y Lycamobile, S.A.

Como consecuencia de ello, los accionistas directos e indirectos de dichos operadores principales estarán sometidos, hasta que se lleve a cabo la siguiente determinación anual, a las limitaciones y restricciones previstas en el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, antes citado, y en su norma de desarrollo.

3 · COMUNICACIÓN Y ENTRETENIMIENTO. JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El Tribunal Supremo ha estimado el recurso de casación interpuesto por un prestador de servicios de comunicación audiovisual televisiva, anulando la resolución de la CNMC que le imponía sendas multas por dos ilícitos de publicidad encubierta y ordenándole que lo sancione como autor de una única infracción continuada

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2019

En mayo de 2016, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") impuso a un prestador de servicios de comunicación audiovisual televisiva dos multas, por importes de 258.956 euros y 269.417 euros, por dos infracciones graves del artículo 18.2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual ("LGCA"), que prohíbe "la comunicación comercial encubierta". El prestador de servicios sancionado habría cometido sendos ilícitos de publicidad encubierta al incorporar en unos programas televisivos emitidos los días 11 y 30 de junio de 2015 dos microespacios publicitarios (telepromoción) que a su vez sucedían —tras una pausa publicitaria— a una intervención de expertos en nutrición, salud y belleza que precisamente abordaban los trastornos que supuestamente solucionaban los productos publicitados en dichos microespacios.

La resolución de la CNMC fue ratificada por la Audiencia Nacional ("AN"), que desestimó el recurso planteado por el prestador de servicios de comunicación audiovisual televisiva, basándose en que "se trata de espacios televisivos que, bajo la apariencia de entrevistas y sin ser formalmente publicitarios, albergan un claro ensalzamiento de determinados productos; e incluso en los casos en que no se indica expresamente la marca o nombre comercial del producto, se ofrecen datos suficientes para su completa identificación y se facilita el cauce comercial para su adquisición". En consecuencia, la AN declara que los referidos microespacios emitidos inducen al error a los telespectadores, al crear una falsa sensación de separación entre la actividad del doctor

como prescriptor sanitario, por un lado, y como promotor indirecto de consumo de los productos telepromocionados, por otro.

Por su parte, el Tribunal Supremo ("TS") estima el recurso de casación planteado por el prestador de servicios, puesto que, aunque comparte con la AN y la CNMC la opinión de que dichos micro-espacios son constitutivos de actos de publicidad encubierta, considera que los micro-espacios integran una única infracción continuada, y no dos infracciones graves, de la LGCA. En particular, el TS estima que concurren en este caso las circunstancias para apreciar que se trata de infracción continuada: una pluralidad de acciones llevadas a cabo en términos sustancialmente coincidentes, realizadas con unidad de propósito y que infringen el mismo precepto (identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad). De este modo, el TS ordena a la CNMC que anule la resolución impugnada y que dicte nueva resolución en la que se sancione al prestador de servicios de comunicación audiovisual televisiva como autor de una única infracción continuada y fije la cuantía de la multa con base en las circunstancias concurrentes.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que la actividad de transmitir paquetes de canales de televisión de pago a través de una red de satélites pertenecientes a terceros no puede equipararse con el servicio de "suministro de una red de comunicación electrónica", y no se opone a que los Estados miembros impongan la obligación de transmitir determinados programas de televisión a las empresas que realicen ese tipo de actividad

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2019 (C-87/19)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Lituania (Lietuvos vyriausias administracinis teismas) en el contexto de un procedimiento iniciado por un prestador de servicios de comunicación audiovisual televisiva lituano contra la Comisión Lituana de Radio y Televisión (Lietuvos radijo ir televizijos komisija) ("LRTK"), que trae causa de la denegación, por parte de esta última, de la solicitud por parte del primero de que se le eximiera de la obligación de retransmitir un determinado canal.

La recurrente es un prestador de servicios audiovisuales lituano que transmite paquetes de canales de televisión de pago en Lituania a través de una red de satélites pertenecientes a terceros. A raíz de la modificación, en el año 2015, de la Ley de información, su actividad de distribución de paquetes de canales se asimiló a la actividad de retransmisión de programas de televisión, lo que conllevaba la obligación de retransmitir las cadenas públicas de la Radio y Televisión Nacional de Lituania, entre las que se encuentra la cadena LRT Kultūra.

La recurrente solicitó a la LRTK que se le eximiera de la obligación de retransmitir ese canal, pero su exención fue denegada y, por ello, inició el procedimiento administrativo que dio lugar a las cuestiones prejudiciales analizadas por el TJUE. Dichas cuestiones que versan sobre la interpretación del artículo 2.m) de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (la "Directiva Marco") y del artículo 31.1 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (la "Directiva de Servicio Universal").

Por una parte, el tribunal lituano plantea al TJUE si una actividad de retransmisión de programas de televisión por medio de redes de satélites pertenecientes a terceros, como es la que lleva a cabo la recurrente, está comprendida en el concepto de "suministro de una red de comunicación electrónica" en el sentido del artículo 2.m) de la Directiva Marco. Dicho artículo define "suministro de una red de comunicación electrónica" como "la creación, la explotación, el control o la puesta a disposición de dicha red". El TJUE considera que esta disposición debe interpretarse en el sentido de que la actividad mencionada no está comprendida en el concepto de "suministro de una red de comunicación electrónica", sino que la actividad de retransmisión descrita únicamente consiste en dar acceso a los contenidos de servicios audiovisuales ofrecidos en esas redes de comunicaciones electrónicas.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 31.1 de la Directiva de Servicio Universal se opone a que los Estados miembros impongan la obligación de transmitir un programa de televisión a las empresas que, a través de redes de satélites pertenecientes a terceros, retransmiten programas de televisión protegidos por un sistema de acceso condicional y ofrecen a sus clientes paquetes de programas de televisión. El TJUE considera que dicho artículo no se opone a que los Estados miembros impongan la obligación mencionada a dichas

empresas, ya que la actividad que éstas desarrollan, consistente en la puesta a disposición de contenidos televisivos, es equiparable a la que desarrollan las empresas que ofrecen el visionado de programas de televisión en Internet, a las cuales el TJUE ha reconocido que es posible imponerles tal obligación.

El TJUE añade que el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") también debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la imposición de dicha obligación siempre que, (i) esta obligación de transmisión permita que un número o porcentaje significativo de usuarios finales del conjunto de medios de transmisión de programas de televisión pueda acceder al canal objeto de dicha obligación, y (ii) se tengan en cuenta la distribución geográfica de los usuarios finales de los servicios prestados por el operador obligado, el hecho de que el operador retransmita tal canal sin codificar y la circunstancia de que el mencionado canal sea de libre acceso a través de Internet y de la red de televisión terrestre, extremos que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

[España]

La Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un prestador de servicios de comunicación audiovisual televisiva, anulando la resolución de la CNMC por la que se le multaba por una infracción grave de carácter continuado en relación con el emplazamiento de un determinado producto en sus series de televisión

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de julio de 2019

La Audiencia Nacional ("AN") estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un prestador de servicios de comunicación audiovisual televisiva, y anula la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") por la que se imponía una multa de 200.030 euros.

Según la CNMC, el prestador de servicios de comunicación audiovisual televisiva habría infringido el artículo 17.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual ("LGCA"), que recoge los requisitos del emplazamiento de productos, al incluir emplazamientos de un determinado producto alimenticio en una serie de televisión emitida en sus canales entre septiembre de 2015 y diciembre de 2016.

Sin embargo, la AN considera que la presencia de los envases de dicho producto en la serie emitida está incorporada a la acción del programa, como parte integrante del guion, en el que se inserta de manera natural, sin alterar en lo más mínimo el normal desarrollo de la narración. Además, en opinión de la AN, tampoco puede considerarse que la aparición del producto se produzca de forma reiterada, ya que, de todos los capítulos de la serie emitidos entre septiembre de 2015 y diciembre de 2016, solo se consideran sancionables tres de ellos y, teniendo cada capítulo una duración de hora y media, son escasos los minutos en los que se producen los referidos emplazamientos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Liga Nacional de Fútbol Profesional en el contexto del conflicto surgido en lo relativo a las restricciones de acceso a los partidos de fútbol impuestas a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual con la finalidad de elaborar resúmenes de los partidos de fútbol

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de diciembre de 2019

La Liga Nacional de Fútbol Profesional ("LNFP") interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional ("AN") que desestimó el recurso contencioso administrativo deducido por la LNFP contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") en el procedimiento iniciado ante dicha Comisión por un prestador de servicios de comunicación audiovisual televisiva contra la LNFP, en relación con el cumplimiento de lo previsto en el artículo 19.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual ("LGCA").

El conflicto surgió como consecuencia, fundamentalmente, de la decisión de la LNFP de limitar el derecho a realizar breves resúmenes informativos de los partidos de fútbol organizados por ella y que podían emitir los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva, en el sentido de reducir su duración a 90 segundos de imágenes de juego por cada día de jornada, en lugar de 90 segundos por cada partido, como condición para garantizarle el acceso a los estadios de fútbol. A este respecto, el artículo 19.3 de la LGCA establece que "el derecho de emisión en exclusiva no puede limitar el derecho a la información de los ciudadanos", de tal forma que "los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que hayan contratado en exclusiva la emisión de un acontecimiento de interés general para la sociedad deben permitir a los restantes prestadores la emisión de un breve

resumen informativo". Según la LNFP, dicho artículo 19.3 lesiona los derechos de propiedad y libertad de empresa, en cuanto perjudica gravemente su facultad de comercializar contenidos audiovisuales.

En la resolución de la CNMC, de 14 de enero de 2016, se había acordado que la LNFP debía garantizar al prestador de servicios reclamante el acceso a los espectáculos en los que se celebraran los acontecimientos deportivos objeto de resumen, así como que la condición establecida por la LNFP de solo emitir en los programas generales de información un máximo de 90 segundos de imágenes de juego por cada día de jornada, en relación con el campeonato de fútbol nacional, no es compatible con el derecho reconocido en el mencionado art. 19.3 de la LGCA. En su decisión, la CNMC consideró que, en contra de lo alegado por la LNFP, el breve resumen informativo al que se refiere la LGCA no limita de forma desproporcionada el derecho de propiedad, puesto que concurre un interés general en el acceso a la información y los medios de comunicación tienen derecho a informar mínimamente sobre tales acontecimientos.

La AN desestimó el recurso presentado por la LNFP contra dicha resolución y, a su vez, el Tribunal Supremo ("TS") ha desestimado el recurso de casación presentado por la LNFP contra la resolución de la AN, avalando en último término la resolución de la CNMC sobre los resúmenes de la LNFP. Además, el TS reitera que el breve resumen informativo se debe identificar con cada evento individualmente considerado, con independencia de que se encuadre o no en una competición deportiva o en un conjunto unitario de eventos. Por tanto, sobre cada partido de la LNFP, se considera que 90 segundos es un tiempo suficiente y adecuado para asegurar el derecho a la información de los ciudadanos. No obstante, puntualiza que el derecho de uso de estos resúmenes informativos caduca a las 24 horas desde la finalización del partido y, dentro de este periodo de caducidad, los medios de comunicación solo podrán utilizar las imágenes de los partidos en dos informativos de carácter general, quedando excluidos los programas específicamente deportivos.

4 · COMERCIO ELECTRÓNICO, PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD. OTROS

[Unión Europea]

El Comité Europeo de Protección de Datos emite unas directrices para dar pautas a los responsables del tratamiento para el cumplimiento de los principios de privacidad desde el diseño y por defecto

Directrices 4/2019 sobre el artículo 25 sobre privacidad desde el diseño y por defecto

El Comité Europeo de Protección de Datos ("CEPD") publicó el pasado 13 de noviembre de 2019 unas directrices para ayudar a los responsables del tratamiento a cumplir con los novedosos principios de privacidad desde el diseño y por defecto reconocidos en el artículo 25 del Reglamento (UE) 2016/679 ("RGPD"). En estas directrices, el CEPD desarrolla e interpreta de forma más extensiva los distintos criterios establecidos por el artículo anteriormente indicado para la correcta implementación de estos principios. Asimismo, el organismo también procede a abordar los elementos que considera clave para poner en práctica estos principios dentro de las organizaciones, exponiendo una serie de ejemplificativos sobre estos elementos.

Entre estos elementos podemos destacar los incluidos en relación con la integridad y confidencialidad de la información, exponiendo el CEPD la importancia, entre otros, de que (i) se hayan desarrollado políticas y procedimientos internos de seguridad de la información, (ii) se haya llevado a cabo un análisis de riesgos de la seguridad de los datos personales, (iii) se hayan implementado medidas para que el tratamiento soporte cambios, incidentes o ciberataques, (iv) se configuren accesos del personal a los datos solo en aquellos casos en los que dicho acceso sea necesario para poder ejecutar sus funciones, y (v) se elaboren procedimientos de gestión de incidentes de seguridad que contengan los procesos a seguir en el caso de tener que llevar a cabo una notificación a la autoridad de control y/o proporcionar información a los interesados.

Estas directrices, cuya consulta pública finalizó el pasado 16 de enero de 2020, serán adoptadas en su versión definitiva en los próximos meses.

El Comité Europeo de Protección de Datos publica la primera parte de unas directrices sobre el derecho al olvido en buscadores de internet

Directrices 5/2019 del Comité Europeo de Protección de Datos sobre los criterios del derecho al olvido en los buscadores de Internet bajo el Reglamento (UE) 2016/679 (parte 1)

El pasado 2 de diciembre de 2019, el Comité Europeo de Protección de Datos (“CEPD”) adoptó la primera parte de unas directrices en las que desarrolla los criterios a tener en cuenta para la estimación o desestimación del derecho al olvido en los buscadores de Internet. Estas directrices, que aún deben de adoptarse de forma definitiva tras haber transcurrido el plazo de consulta pública, se centran en analizar y desarrollar los distintos supuestos en los que concurre el derecho de los interesados a la supresión de enlaces en buscadores de Internet según se establece en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679 (“RGPD”) o, como comúnmente se le denomina, el “derecho al olvido”. Este derecho, creado por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “TJUE”) a partir de la Sentencia Costeja en el año 2014, reconoce que los interesados pueden requerir a los buscadores de Internet la desindexación de ciertos contenidos tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona siempre y cuando se den ciertos requisitos.

El CEPD destaca la importancia de las excepciones al derecho al olvido que se establecen en el artículo 17 del RGPD, en concreto, destaca dos supuestos: la prevalencia del derecho a la libertad de expresión e información, y que el tratamiento tenga fines de archivo en interés público, científico o histórico. Respecto al primero —límite que más controversia plantea en los distintos casos que se analizan tanto en la Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) como en sede jurisdiccional—, el CEPD recuerda la necesidad de aplicar los criterios establecidos por el TJUE en la Sentencia Costeja, es decir, analizar la solicitud teniendo en cuenta (i) la naturaleza de la información publicada y (ii) la sensibilidad hacia la vida privada de los interesados y el interés público de los usuarios de Internet a acceder a dicha información. Como conclusión, el CEPD destaca que cualquier interferencia en el derecho a la protección de datos debe justificarse en el prevalente interés público de los usuarios de Internet a tener acceso a dicha información.

El Supervisor Europeo de Protección de Datos publica una opinión preliminar sobre el tratamiento de datos llevado a cabo en el contexto de la investigación científica

Opinión preliminar en protección de datos e investigación científica

El Supervisor Europeo de Protección de Datos (“EDPS”) ha emitido una opinión sobre el tratamiento de datos personales en el contexto de las investigaciones científicas. En este sentido, resulta importante destacar que el artículo 89 del Reglamento (UE) 2016/679 (“RGPD”) establece una regulación específica sobre este tipo de tratamientos de datos, que proporciona una mayor flexibilidad en determinadas obligaciones de los responsables del tratamiento, y enfatiza la necesidad de que estos adopten medidas adecuadas adicionales para asegurar el cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva o *accountability*.

Asimismo, el EDPS, a lo largo de la opinión, destaca ciertos elementos clave a tener en cuenta en el contexto de este tipo de tratamientos de datos, entre los que se destacan los siguientes:

- (i) La necesidad de que el consentimiento otorgado por parte del participante en la investigación científica sea “libre”. El RGPD exige que el consentimiento para el tratamiento de los datos otorgado por un interesado sea “libre”, lo que implica que este debe haber tenido capacidad de decisión sin presiones para poder aceptar o no ese tratamiento. Respecto a ello, el EDPS destaca que en el contexto de ensayos clínicos pueden existir problemas en determinar la existencia de esta libertad cuando el consentimiento se proporcione por parte de un participante enfermo o que pertenezca a un grupo en peligro de exclusión social.
- (ii) El interesado debe tener la capacidad de retirar su consentimiento en cualquier momento. Otro de los elementos requeridos por el RGPD es que el interesado pueda indicar libremente al responsable que ya no desea que este trate sus datos personales, retirando el consentimiento que otorgó en su momento, debiendo el responsable cesar en el tratamiento de sus datos personales. A pesar de ello, el EDPS destaca que el responsable podría seguir tratando estos datos si existiera otra base legal que justificara ese tratamiento, como por ejemplo el cumplimiento de obligaciones legales.

- (iii) El responsable debe proporcionar información clara sobre el tratamiento que va a llevar a cabo, la cual debe contener información sobre la finalidad de la investigación, los métodos utilizados, los posibles resultados de la investigación y cualesquiera riesgos que pudieran surgir en el contexto de la investigación.
- (iv) Los datos solo deben conservarse por un periodo de tiempo determinado de conformidad con el principio de limitación del plazo de conservación. Si bien dicho principio establece que los datos podrán conservarse por un plazo más amplio para este tipo de finalidades, ello no excepciona la aplicación de este principio al tratamiento de datos en el contexto de una investigación científica.

El Reino Unido salió formalmente de la Unión Europea el 31 de enero del 2020, con la firma de un acuerdo que regula —entre otras materias— los temas de protección de datos personales

Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica

El pasado 31 de enero de 2020, el Reino Unido (“RU”) formalizó su salida de la Unión Europea (“UE”), tras la ejecución del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Desde su entrada en vigor, el Reglamento General de Protección de Datos era aplicable al RU, en cuanto Estado miembro de la UE, por lo que su aplicación post-Brexit es una materia que ha generado un clima de inseguridad tanto para las empresas que actúan como responsables del tratamiento en este territorio como para los titulares de datos afectados. Así, con el objetivo de clarificar el futuro de la protección de datos en este contexto, este acuerdo de retirada del RU regula también algunas materias de datos personales.

El RU y la UE acordaron una fase de transición de 11 meses, *i. e.*, hasta el 31 de diciembre de 2020, durante la cual van a negociar los aspectos más relevantes de la nueva relación aquí establecida, entre ellos las materias de transferencias de datos personales.

Durante dicho periodo, el Reglamento seguirá aplicándose al RU, tal y como refiere la propia autoridad de control inglesa (Information Commissioner’s Office o “ICO”). En este sentido, las empresas inglesas deben seguir regulándose por esta normativa y por las guías y opiniones emitidas respecto a ella.

Por otro lado, transcurrido el periodo de transición, el RGPD ya no será directamente aplicable al RU, pero según la ICO sus principios, derechos y obligaciones fundamentales serán incorporados en la ley nacional, asegurando de esta forma la uniformización normativa en Europa en materia de protección de datos, existiendo un “UK GDPR”, complementado y modificado por el UK Data Protection Act 2018 (tal y como sucede actualmente con el RGPD).

A este respecto, también hay que clarificar que, aunque el RGPD deje de ser aplicable en el RU tras el periodo de transición, las organizaciones británicas con establecimientos en la UE que ofrezcan bienes o servicios a interesados que residan en la UE o que controlen su comportamiento en dicho territorio tendrán que seguir cumpliendo con las obligaciones previstas en el RGPD, teniendo en cuenta el ámbito territorial de aplicación de dicho Reglamento, el cual trasciende el territorio de la Unión.

En este sentido, ¿en qué medida afecta el Brexit las transferencias de datos del Espacio Económico Europeo (“EEE”) para el RU? El RGPD regula las transferencias de datos para fuera del EEE (“transferencias internacionales de datos”). Durante el periodo de transición, las transferencias de datos del EEE para el RU no deberán ser limitadas, siguiendo los mismos términos que anteriormente. No obstante, transcurrido ese periodo, las organizaciones deberán tener en cuenta las reglas establecidas en el RGPD respecto a transferencias internacionales de datos.

El Comité Europeo de Protección de Datos emite directrices sobre vehículos conectados.

Directrices 1/2020, sobre el tratamiento de datos personales en el contexto de vehículos conectados y aplicaciones relacionadas con movilidad

A medida que la tecnología evoluciona, la cantidad de datos generados por vehículos sobre sus conductores y pasajeros va creciendo. En este sentido, el Comité Europeo de Protección de Datos (“CEPD”) adoptó el 28 de enero estas directrices sobre vehículos conectados, en su pri-

mera versión que será sometida a consulta pública. Las directrices del CEPD se centran en el tratamiento de datos personales en relación con el uso no laboral de vehículos conectados por los interesados. Este documento aborda, en particular, los datos personales tratados por el vehículo y los datos comunicados por el vehículo como un dispositivo conectado.

A grandes rasgos, el CEPD considera particularmente relevante en este ámbito que los responsables del tratamiento (fabricantes de los vehículos, aseguradoras, concesionarios, entre otros) tengan en cuenta los principios de la minimización y protección de datos desde el diseño y por defecto, que aseguren la prestación de información a los interesados de forma transparente y clara, y que adopten las medidas de seguridad adecuadas para mitigar los riesgos inherentes a este tipo de tratamiento de datos. Además, considerando el volumen y la sensibilidad de estos datos (sobre todo, datos de geolocalización, biométricos y relativos a condenas e infracciones penales), el CEPD también señala la necesidad —en los casos que no sea obligatorio, será recomendable— de realizar una evaluación de impacto relativa a la protección de datos.

Por fin, estas directrices se enfocan en el análisis de los siguientes casos específicos de tratamiento de datos personales en el contexto de vehículos conectados: (i) los seguros “*pay as you drive*”; (ii) el servicio de emergencia eCall; (iii) los estudios de accidentología; (iv) el robo de vehículos; y (v) la información personal recogida y almacenada en coches alquilados. Respecto a cada uno de estos ejemplos, el CEPD analiza la licitud del tratamiento, las categorías de datos recogidos, la información prestada a los interesados, los plazos de retención admisibles y las principales medidas de seguridad a implementar por el responsable. De este modo, las directrices en cuestión podrán ser muy útiles para los responsables que procedan a este tipo de tratamiento de datos, en particular, en el ámbito de la realización de evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos.

[España]

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Liga Nacional de Fútbol Profesional en el contexto del conflicto surgido en lo relativo a las restricciones de acceso a los partidos de fútbol impuestas por la Liga a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual con la finalidad de elaborar resúmenes de los partidos de fútbol

Introducción al hash como técnica de seudonimización de datos personales.

La Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) publicó en octubre de 2019 un estudio sobre la utilización de la función *hash* (un proceso que transforma cualquier conjunto arbitrario de datos en una nueva serie de caracteres con una longitud fija, independientemente del tamaño de los datos de entrada) para seudonimizar o anonimizar datos personales. Para asegurar este tratamiento de datos, las personas involucradas en dicho proceso necesitan tener un conocimiento básico de las varias técnicas de *hash* y sus posibles riesgos. En este sentido, la Agencia realizó un análisis bastante técnico de estos mecanismos, donde trata los fundamentos de las funciones *hash*, sus propiedades y el riesgo de reidentificación de la información original, y establece breves guías para verificar la adecuación de un tratamiento que utilice estas funciones.

Si el objetivo es anonimizar los datos (*i. e.*, sustituir datos personales por información no susceptible de identificar a un individuo), una de las principales ventajas del uso de técnicas de *hash*, frente a las demás, es la dificultad asociada a la reconstrucción del mensaje original a partir del resultado de la función desarrollada. No obstante, uno tiene que ser extremadamente cuidadoso al utilizar estas funciones, ya que una mínima variación en el mensaje original producirá un *hash* totalmente distinto.

El *hash* es un identificador único, aspirando a ser irreversible. No obstante, el orden, que garantiza la efectividad del *hash* como identificador único, también aumenta la probabilidad de identificar el mensaje original a partir del *hash*. Los bits (elementos en lo que se transforma el mensaje original tras la aplicación del *hash*) contienen la información necesaria respecto a dicho mensaje original. De este modo, al reducir el número de bits (p. ej., convertir un *hash* de 90 bits a uno de 60) hará el *hash* irreversible, pero también hará con que necesariamente se pierda información, lo que puede comprometer su característica de identificador unívoco. Así, según la AEPD, la medida de la cantidad de información —que es muy distinta del número de bits que se está empleando para registrar un mensaje— es uno de los análisis más importantes que hay que realizar siempre que se pretende proteger un mensaje. De todos modos, cuanto más información personal (sobre todo, identificadores directos) se vincule con el *hash*, mayor la probabilidad de identificar su contenido.

En este ámbito, la Agencia atribuye particular relevancia a las siguientes estrategias para dificultar la reidentificación de los datos personales objeto de *hashing*: (i) utilización de un algoritmo de cifrado con una clave almacenada de forma confidencial por el responsable o intervinientes en el tratamiento, por forma a asegurar el secreto de la huella digital generada; (ii) introducción de una función *hash* “con sal”, *i. e.*, en la que se añade un valor aleatorio y no secreto —conocido como “sal”— al mensaje original; (iii) utilización de una sal de un solo uso: cuando se genera un elemento aleatorio distinto para cada mensaje, y (iv) aplicación de modelos de privacidad diferencial: añadir al mensaje un valor de ruido (p. ej., información gráfica, sonora u otro tipo de datos de datos escalares) que, al contrario que una sal —que se incluye como cabecera del mensaje—, se incorpora al mensaje en sí.

A la luz de lo anterior, la AEPD considera por fin que la utilización de las técnicas de *hash* para seudonimizar o anonimizar la información de carácter personal debe ir precedida de un análisis cualitativo riguroso de los riesgos de reidentificación que tiene la técnica de *hash* concreta empleada en el tratamiento.

La Agencia Española de Protección de Datos publica la guía sobre el uso de *cookies* y tecnologías similares con el fin de establecer criterios para el cumplimiento de las obligaciones establecidas tanto en la Ley de Servicio de la Sociedad de la Información como en el Reglamento (UE) 2016/679.

Guía sobre el uso de cookies y tecnologías similares de la Agencia Española de Protección de Datos

El pasado 8 de noviembre de 2019, la Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) publicó la guía sobre el uso de *cookies* y tecnologías similares. Esta guía actualiza los criterios establecidos por la AEPD sobre el uso de estas tecnologías, hace ya seis años, y que quedó desactualizada con la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 (“RGPD”) y la Ley Orgánica 3/2018 sobre Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“LOPDGDD”).

La guía ofrece orientaciones sobre cómo cumplir con las obligaciones previstas en la norma especial que regula el uso de *cookies* y tecnologías similares, como *web beacons* o *bugs*, que es el artículo 22 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (“LSSI”), a la luz del nuevo marco jurídico en materia de protección de datos. La guía señala que estas obligaciones son aplicables también a las técnicas de toma de huella digital del dispositivo (*fingerprinting*). Las obligaciones son, en particular, el cumplimiento del deber de transparencia y la obtención del consentimiento informado de los usuarios.

Respecto al deber de transparencia, la AEPD propone que la información se facilite a través de un sistema de capas, si bien podrían plantearse otras vías para mostrar esta información (p. ej., medios *offline* o informando al solicitar el alta en un servicio). La primera capa (el *banner* de *cookies*) debería incluir la información esencial sobre el uso de *cookies* y la segunda capa (*i. e.*, la política de *cookies* completa) debería facilitar el resto de la información exigida.

- (i) La primera capa debería contener (i) identificación del editor responsable del sitio web, (ii) identificación de las finalidades de las *cookies* que se utilizarán, (iii) identificación de si las *cookies* son propias o de terceros, (iv) información genérica sobre el tipo de datos que se van a recopilar y utilizar en caso de que se elaboren perfiles de los usuarios, (v) información sobre la forma de aceptar, configurar y rechazar las *cookies* (especificando qué acción implicará que el usuario acepta el uso de las *cookies*), (vi) enlace claramente visible dirigido a una segunda capa informativa en la que se incluya información más detallada sobre las *cookies* (*i. e.*, la política de *cookies*) y (vii) enlace directo al panel de configuración de las *cookies*.
- (ii) La segunda capa debería contener (i) definición y función genérica de las *cookies*, (ii) información sobre el tipo de *cookies* que se utilizan y su finalidad, (iii) identificación de quién utiliza las *cookies*, (iv) información sobre la forma de aceptar, denegar o revocar el consentimiento o eliminar las *cookies*, (v) información sobre las transferencias internacionales a terceros países realizadas por el editor del sitio web o de la aplicación móvil, (vi) información sobre la lógica utilizada, así como sobre la importancia y las consecuencias previstas, cuando se elaboren perfiles que impliquen la toma de decisiones automatizadas con efectos jurídicos para los usuarios o que les afecten significativamente de modo similar, (vii) información sobre el período de conservación de los datos personales. El resto de información exigida por el artículo 13 del RGPD se podrá facilitar remitiendo a los usuarios a la política de privacidad.

Respecto a la obtención del consentimiento para el uso de este tipo de tecnologías, la AEPD —a diferencia de otras autoridades europeas— admite la opción de “seguir navegando” como fórmula válida para obtener el consentimiento inequívoco de los usuarios en algunos casos, advirtiéndole que (i) puede presentar mayores dificultades a la hora de probar la obtención del consentimiento y (ii) no será válido respecto aquellos tratamientos de datos en los que se requiera un consentimiento explícito (p. ej., cuando se traten categorías especiales de datos). En este sentido, la AEPD destaca que deberán incorporarse procedimientos sencillos para la denegación del consentimiento. Por ello, en el panel de configuración de las *cookies* deberá habilitarse un botón para rechazar todas las *cookies*.

Además, la guía apunta otras cuestiones que podrían resultar relevantes, entre las que destacan las siguientes:

- Panel de configuración de las *cookies*. La información sobre las *cookies* de la primera capa se debe completar con un sistema o panel de configuración en el que el usuario pueda optar entre aceptar o no las *cookies* de forma granular, o un enlace que conduzca a dicho sistema o panel. La guía recoge que, para facilitar la selección de las *cookies* por parte del usuario, en dicho panel podrán implementarse dos botones: uno para aceptar todas las *cookies* y otro para rechazarlas todas, siendo esta opción recomendable cuanto mayor sea el número distinto de *cookies* que se utilicen. Si se utiliza la modalidad de “seguir navegando” como forma de obtención del consentimiento, deberá incluirse —como señalábamos anteriormente— en el panel un botón para rechazar todas las *cookies*, para respetar el requisito de que sea tan fácil retirar el consentimiento como darlo.
- Posibilidad de denegación de acceso al servicio en caso de rechazo de las *cookies*. Se reconoce la posibilidad, en ciertos supuestos, de denegar acceso a un servicio de la sociedad de la información si no se aceptan las *cookies*. No obstante, no podrá restringirse dicho acceso en aquellos supuestos en los que la denegación impida el ejercicio de un derecho legalmente reconocido al usuario, por ejemplo, si el acceso a dicho sitio web es el único medio que se facilita al usuario para ejercitar tal derecho.

En relación con el cumplimiento de la guía, cabe destacar que, a fecha de hoy, la AEPD ya ha impuesto varias sanciones por el incumplimiento de los deberes anteriormente expuestos, principalmente por no cumplir con los deberes de información.

La Agencia Española de Protección de Datos emite una nota técnica en la que establece las medidas de responsabilidad proactiva a adoptar por parte de las entidades que desarrollan, distribuyen y explotan apps para dispositivos móviles

Nota técnica de la Agencia Española de Protección de Datos sobre el deber de informar y otras medidas de responsabilidad proactiva en apps para dispositivos móviles

La Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) publicó el pasado 30 de noviembre de 2019 una nota técnica en la que desarrollaba las medidas de responsabilidad proactiva que deben adoptar aquellas entidades que desarrollen, distribuyan y exploten *apps* para dispositivos móviles. El principio de responsabilidad proactiva o *accountability*, reconocido en el artículo 5.2 del Reglamento (UE) 2016/679 (“RGPD”), establece la obligación de los responsables del tratamiento de cumplir con todas las obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos, así como la necesidad de implementar medidas que le permitan acreditar dicho cumplimiento.

Entre las medidas que la AEPD establece en la nota, deben destacarse las siguientes:

- Deber de información. El responsable del tratamiento debe proporcionar la información sobre el tratamiento de datos de los usuarios de la aplicación cumpliendo con los requisitos generales de información establecidos en los artículos 13 y 14 del RGPD y 11 de la Ley Orgánica 3/2018 sobre Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“LOPDGDD”). Dicha información —que deberá estar disponible tanto en la aplicación como en la tienda de aplicaciones— deberá ser fácilmente accesible por los usuarios, requiriendo de ellos un número de interacciones reducido. Además, el lenguaje en el que se redacte dicha información deberá ser adecuado al público objetivo de la aplicación, teniendo en cuenta tanto su edad, nivel de conocimiento como idioma utilizado. Por último, la AEPD destaca la importancia de proporcionar información clara al

usuario sobre (i) cuándo se van a tratar sus datos (por ejemplo, si existe un tratamiento de datos solo cuando la aplicación se está ejecutando en primer plano o necesita también acceder y tratar datos cuando se ejecuta en segundo plano), (ii) la gestión de permisos y (iii) los plazos de retención de la información.

- Terceros. La AEPD también hace hincapié en la importancia de regular el acceso a datos de terceros que se encarguen del desarrollo, puesta en producción y/o explotación de las aplicaciones, con los cuales los responsables deberán firmar un contrato de encargo del tratamiento de conformidad con el artículo 28 del RGPD.
- Por último, la AEPD establece ciertas medidas de protección hacia los usuarios, tales como proporcionarles un control total y claro sobre los permisos de acceso al dispositivo (por ejemplo, limitar los permisos de acceso a un recurso en lugar de otorgar permisos genéricos de acceso al almacenamiento del dispositivo), que no se lleven a cabo intercambios de datos con servicios de analítica y publicidad desde el mismo inicio de la aplicación sin que se le permita al usuario hacer ajustes, e implementar métodos avanzados de cifrado de las comunicaciones.

La Agencia Española de Protección de Datos publica una guía para ayudar a las compañías a cumplir con el principio de privacidad desde el diseño

Guía de la Agencia Española de Protección de Datos sobre Privacidad desde el diseño

El pasado 12 de noviembre de 2019, la Agencia Española de Protección de Datos ("AEPD") publicó una guía para ayudar a las compañías a cumplir con el principio de privacidad desde el diseño. Este principio, creado desde hace más de veinte años y desarrollado en la década de los noventa por la Comisionada de Protección de Datos de Ontario, Ann Cavoukian, ha visto su reconocimiento dentro de la normativa europea a través del artículo 25 del Reglamento (UE) 2016/679 ("RGPD"). El objetivo de este principio radica en que la privacidad debe incorporarse desde el mismo momento del proceso de desarrollo y diseño de los sistemas, tratamientos o herramientas, con el fin de que dicho producto haya sido diseñado teniendo en cuenta la protección de la protección de los datos de los interesados.

La guía busca proporcionar herramientas y recursos a las compañías para el cumplimiento de dicho principio. En resumen, la AEPD destaca la necesidad de implementar las siguientes medidas: (i) que, a partir del análisis de riesgos que se realice de conformidad con el artículo 32 del RGPD, las compañías deberán establecer objetivos tanto de protección de datos como de seguridad para garantizar el cumplimiento de los principios del artículo 5 del RGPD; (ii) que, tras realizar dicho análisis, las compañías deberán analizar las estrategias de privacidad (enumeradas por la AEPD como minimizar, ocultar, separar, abstraer, informar, controlar, cumplir y demostrar) e identificar para cada una de ellas las tácticas a utilizar para su implementación; (iii) que, una vez adentrados en la fase de diseño, deberán integrarse dichas tácticas mediante soluciones conocidas y de confianza, y (iv), por último, ya en la fase de desarrollo, deberán implementarse dichas soluciones con el fin de poder implementar la protección de los principios anteriormente indicados.

La Agencia Española de Protección de Datos sanciona a un particular por la difusión sin consentimiento de fotografías íntimas y conversaciones privadas a través de los estados de WhatsApp

Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos en procedimiento sancionador N.º PS/00334/2019.

La Agencia Española de Protección de Datos ("AEPD") publicó recientemente una resolución en la que impuso una multa de 10.000 euros a un particular por la difusión sin consentimiento de fotografías íntimas y conversaciones privadas de una mujer a través de los estados de WhatsApp. Según lo indicado en la resolución, dichas fotos y conversaciones se encontraban en un *pen drive* propiedad de la reclamante que le había sido previamente sustraído.

En este sentido, la AEPD considera que, al no existir el consentimiento de la reclamante para el tratamiento de sus datos personales por parte del particular, no existiría una base legal para el tratamiento de sus datos personales, incumpliendo el principio de licitud establecido en los artículos 5.1.a) y 6 del RGPD, y estableciendo, en consecuencia, la imposición de una multa de 10.000 euros.

Resulta destacable que en dicha resolución la AEPD no se adentró en analizar la aplicabilidad de la exención doméstica reconocida en el artículo 2.2.c) del RGPD, el cual establece que el

RGPD no resulta de aplicación al tratamiento de datos personales "efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas".

La Agencia Española de Protección de Datos emite un informe jurídico en el que establece que las concesionarias administrativas de servicios de gestión municipal tratan los datos de los administrados en calidad de encargados del tratamiento

Informe Jurídico del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos n.º 0007/2019

El pasado 4 de diciembre de 2019, la Agencia Española de Protección de Datos ("AEPD") emitió un informe jurídico, a petición de una entidad concesionaria, sobre la posición de las entidades concesionarias administrativas de servicios de gestión municipal (como, por ejemplo, servicios de aprovechamiento y explotación de dominio público o las concesiones de agua) respecto de los datos personales de los administrados que hacen uso de dichos servicios.

En este sentido, la AEPD destaca en su informe que solo tendrá la consideración de responsable del tratamiento aquella entidad que tenga la potestad de determinar los fines y medios del tratamiento, y que deberán ostentar la posición de encargado del tratamiento aquellas entidades en las que concurren dos elementos clave: (i) que dichas entidades no puedan decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, y (ii) que no exista una relación directa entre el afectado y el encargado del tratamiento.

Derivado de lo anterior, y de lo expresamente regulado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (concretamente, en su disposición adicional vigésima) y en el artículo 33 de la Ley Orgánica 3/2018 sobre Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales ("LOPDGDD"), la AEPD interpreta que, como regla general, el propio legislador nacional ha regulado en la normativa aplicable que las concesionarias administrativas de servicios públicas ostentan la posición de encargadas del tratamiento de los datos de los administrados que hacen uso de dichos servicios en tanto son las entidades públicas contratantes (*i. e.*, la Administración pública, órgano administrativo o ente público actuante) las entidades que determinan los fines y medios del tratamiento al corresponder dichos tratamientos a la actividad de los servicios públicos de su competencia.

La Agencia Española de Protección de Datos publica el listado de tratamientos de datos personales que no requieren de una evaluación de impacto

Lista orientativa de la Agencia Española de Protección de Datos de tipos de tratamientos que no requieren una evaluación de impacto relativa a la protección de datos según el artículo 35.5 del Reglamento (UE) 2016/679

Tras su aprobación por parte del Comité Europeo de Protección de Datos ("CEPD"), la Agencia Española de Protección de Datos ("AEPD") publicó el pasado 4 de septiembre de 2019 la lista orientativa de aquellos tratamientos que no requieren una evaluación de impacto relativa a la protección de datos ("EIPD"). Las EIPD, reguladas en el artículo 35 del Reglamento (UE) 2016/679 ("RGPD"), son un tipo de análisis de riesgos en materia de protección de datos que busca analizar con detenimiento los riesgos existentes en tratamientos de datos de "alto riesgo" y determinar las medidas a aplicar para la debida protección de los datos personales de los interesados.

En la lista, la AEPD excepciona de la obligación de llevar a cabo este tipo de análisis en los siguientes casos: (i) tratamientos que se realizan estrictamente bajo las directrices establecidas o autorizadas por la AEPD mediante circulares o decisiones; (ii) tratamientos que se realizan estrictamente bajo las directrices de códigos de conducta aprobados por la Comisión Europea o autoridades de control, siempre y cuando, para la realización y validación del código de conducta, se haya llevado a cabo una EIPD y en dicho tratamiento se hayan implementado las medidas y salvaguardas definidas en la EIPD; (iii) tratamientos necesarios para cumplir con una obligación legal, cumplimiento de una misión realizada en interés público o en ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, siempre que en la norma que establezca la obligación de llevar a cabo el tratamiento de datos no se imponga el deber de realizar una EIPD; (iv) tratamientos desarrollados por trabajadores autónomos en el ejercicio de su actividad cuando ejerzan de forma individual —en particular, médicos, profesionales de la salud o abogados—; (v) tratamientos obligatorios por ley y realizados con relación a la gestión interna del personal de pymes con finalidad de contabilidad, gestión de recursos humanos y nóminas, seguridad social y salud laboral; (vi) tratamientos realizados por comunidades y subcomunidades de pro-

pietarios; y (vii) tratamientos llevados a cabo por colegios profesionales y asociaciones sin ánimo de lucro para la gestión de los datos personales de asociados y donantes —siempre que no se incluyan datos sensibles—.

La Agencia Española de Protección de Datos crea un canal prioritario para la interposición rápida de reclamaciones relacionadas con la difusión de contenido sexual o violento

La Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) presentó el pasado 24 de septiembre de 2019 la creación del canal prioritario para comunicar a la AEPD la difusión de contenido sensible y solicitar su retirada. El objetivo de la creación de dicho canal radica en evitar la difusión de contenido sensible a través de las redes sociales, dispositivos móviles e Internet, como por ejemplo la difusión de contenido violento o de carácter sexual.

[Portugal]

Deliberação da Comissão Nacional de Proteção de Dados – Desaplicação de normas da Lei de Execução do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

Deliberação n.º 494/2019, de 3 de setembro, da Comissão Nacional de Proteção de Dados

Através desta Deliberação n.º 494/2019 (“Deliberação”), a Comissão Nacional de Proteção de Dados (“CNPd”) entendeu desaplicar algumas normas da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (“Lei 58/2019”), que assegura a execução em Portugal do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“RGPD”), nas situações de tratamento de dados pessoais que venha a apreciar no futuro. O fundamento adiantado pela CNPD para a desaplicação destas normas prende-se com o facto de as mesmas contradizerem o estatuído no RGPD, o que, no seu entender, prejudica a aplicação uniforme do RGPD e, por conseguinte, a sua plena eficácia e consistência no território dos Estados-Membros.

Nesta deliberação, a CNPD afirma ainda que a sua tomada de posição em relação à desaplicação das normas do diploma português decorre do princípio do primado do direito da UE, que estatui que as entidades administrativas estão obrigadas a desaplicar as normas nacionais que contrariam o direito da UE, e que a adoção nacional de normas jurídicas em contradição com o estatuído no RGPD não só viola o princípio do primado, como prejudica seriamente o funcionamento adequado do mecanismo de coerência, colocando a respetiva autoridade nacional em risco de violar uma das normas em antinomia.

Entre as normas da Lei 58/2019 que a CNPD deliberou desaplicar, destacam-se: (i) o artigo 20.º, n.º 1, o qual estatui que “[o]s direitos de informação e de acesso a dados pessoais previstos nos artigos 13.º e 15.º do RGPD não podem ser exercidos quando a lei imponha ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratante um dever de segredo que seja oponível ao próprio titular dos dados”, por considerar existir uma restrição legal infundada ao exercício destes direitos por parte dos titulares dos dados; (ii) o artigo 28.º, n.º 3, alínea a), o qual estabelece que “[s]alvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais: [se desse] tratamento resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador, porque limita de forma excessiva a relevância do consentimento dos trabalhadores, com isso eliminando qualquer margem de livre arbítrio dos trabalhadores mesmo quando há condições para a sua manifestação sem risco para os seus direitos e interesses; (iii) o artigo 37.º, n.º 1 alíneas a), h) e k) e o artigo 38.º, n.º 1 alínea b), na medida em que contrariam o elenco taxativo das infrações previstas no RGPD e o respetivo enquadramento sancionatório; e finalmente (iv) o artigo 37.º, n.º 2 e o artigo 38.º, n.º 2 por definirem molduras sancionatórias distintas em função da dimensão das empresas e da natureza coletiva ou singular dos sujeitos que realizem tratamento de dados quando o RGPD não prevê a adoção destes critérios na medida da determinação das sanções aplicáveis.

A consequência da desaplicação das disposições da Lei 58/2019 acima referidas é a aplicação direta das regras constantes do RGPD que, de acordo com a Deliberação, estavam a ser manifestamente restringidas, contrariadas ou prejudicadas no seu efeito útil por aquelas.

Limites ao exercício do direito ao esquecimento no âmbito do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) de 24 de setembro de 2019 (C-507/17, Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés)

O acórdão em apreço foi proferido no âmbito de um litígio que opôs, em França, a Google LLC ("Google"), sucessora da Google Inc., à Commission nationale de l'informatique et des libertés (Comissão Nacional de Informática e das Liberdades) ("CNIL") a respeito de uma sanção de € 100,000 aplicada pela CNIL à Google pelo facto desta última, quando aceitou dar cumprimento a um pedido de uma pessoa singular de supressão de referências (i.e. supressão da lista de resultados que é exibida após uma pesquisa efetuada a partir do seu nome de hiperligações que conduzem a páginas web), se ter recusado a aplicar essa supressão a todas as extensões de nome de domínio do seu motor de busca, limitandose a suprimir unicamente as hiperligações em causa dos resultados que são exibidos em resposta a pedidos efetuados a partir dos nomes de domínio que correspondem às declinações do seu motor nos Estados-Membros. Por outro lado, a proposta complementar de "bloqueio geográfico" apresentada pela Google, que consistia na supressão da possibilidade de aceder, a partir de um endereço IP (Internet Protocol) supostamente localizado no Estado de residência da pessoa em causa, aos resultados controvertidos na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, independentemente da declinação do motor de busca escolhido pelo internauta, foi considerada insuficiente.

Em sede de requerimento apresentado no Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França, pela Google no sentido de pedir a anulação desta deliberação da CNIL, este órgão decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE") a questão de saber se o direito à supressão de referências com fundamento nas disposições dos artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados ("Diretiva 95/46") e no artigo 17.º, n.º 1 do RGPD, deve ser interpretado no sentido de que o operador de um motor de busca é obrigado, quando acolhe um pedido de supressão de referências de uma hiperligação, a efetuar essa supressão de referências em todos os nomes de domínio do seu motor, de forma a que as hiperligações controvertidas deixem de ser exibidas, seja qual for o local a partir do qual é efetuada a pesquisa com base no nome do requerente, incluindo fora do âmbito de aplicação territorial da Diretiva 95/46, bem como se o direito à supressão de referências deve ser interpretado no sentido de que o operador de um motor de busca, quando acolhe um pedido desta natureza é obrigado, através da técnica designada "bloqueio geográfico", a partir de um endereço IP supostamente localizado no Estado de residência do beneficiário do direito à supressão de referências, a suprimir os resultados controvertidos das pesquisas efetuadas a partir do seu nome, ou mesmo, de forma mais genérica, a partir de um endereço IP supostamente localizado num dos Estados-Membros aos quais se aplica a Diretiva 95/46, independentemente do nome de domínio utilizado pelo internauta que efetue a busca.

O TJUE entendeu que o artigo 12.º, alínea b), e o artigo 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46, bem como o artigo 17.º, n.º 1, do RGPD, devem ser interpretados no sentido de que, quando aceita um pedido de supressão de referências ao abrigo destas disposições, o operador de um motor de busca não tem de efetuar essa supressão de referências em todas as versões do seu motor, devendo fazê-lo nas versões deste que correspondem a todos os Estados-Membros, e isto, se necessário, em conjugação com medidas que, embora satisfaçam as exigências legais, permitam efetivamente impedir ou, pelo menos, desencorajar seriamente os internautas que efetuam uma pesquisa a partir do nome da pessoa em causa dentro de um dos Estados-Membros de, através da lista de resultados exibida após essa pesquisa, aceder às hiperligações que são objeto desse pedido.

Apesar desta conclusão, o TJUE refere ainda que o direito da UE não imponha, atualmente, que a supressão de referências que seja aceite incida sobre todas as versões do motor de busca em causa, o direito da UE também não a proíbe. Por conseguinte, uma autoridade de controlo ou uma autoridade judiciária de um Estado-Membro continua a ser competente para efetuar, à luz dos padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, uma ponderação entre, por um lado, o direito da pessoa em causa ao respeito pela sua vida

Diretiva relativa à Privacidade e às Comunicações eletrónicas – Consentimento do Titular dos Dados

privada e à proteção dos seus dados pessoais e, por outro, o direito à liberdade de informação, para no final dessa ponderação e se for caso disso, emitir uma injunção de que será destinatário o operador desse motor de busca e nos termos da qual deverá proceder à supressão de referências em todas as versões do referido motor.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) de 01 de outubro de 2019 (C-673/17, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV c. Planet49 GmbH)

O presente acórdão do TJUE foi proferido no âmbito de um litígio que opôs a Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV (Federação das organizações e associações de consumidores — Federação das organizações de consumidores, Alemanha) (“Federação”) à Planet49 GmbH (“Planet49”), sociedade que propõe jogos em linha, a propósito da utilização por esta última de uma opção prévalidada, através da qual os utilizadores da página onde se realiza o jogo promocional, www-dein-macbook.de, manifestavam o seu consentimento para a colocação de cookies nos seus equipamentos terminais destinados a avaliar os seus hábitos de navegação e utilização de sítios web de parceiros publicitários, possibilitando assim uma publicidade orientada para os seus interesses.

Depois de um litígio que opôs as partes em causa nos tribunais alemães, o Supremo Tribunal Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof) remeteu para o TJUE a interpretação do artigo 2.º, alínea f) e do artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (“Diretiva 2002/58/CE”), do artigo 2.º, alínea h) da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (“Diretiva 95/46/CE”), bem como do artigo 6.º, n.º 1, alínea a) do RGPD.

Neste contexto, o TJUE considerou que o consentimento não é validamente dado quando o armazenamento de informações ou o acesso a informações já armazenadas no equipamento terminal do utilizador de um sítio Internet, por intermédio de cookies, são autorizados mediante uma opção pré-validada que esse utilizador deve desmarcar para recusar o seu consentimento. Por outro lado, entendeu também o TJUE que o facto de as informações armazenadas ou consultadas no equipamento terminal do utilizador de um sítio Internet constituírem ou não dados pessoais, na aceção do RGPD, da Diretiva 95/46/CE e da Diretiva 2002/58/CE, não deve ter qualquer influência naquele resultado. Por último, o TJUE sublinhou também que o consentimento deve ser específico, pelo que o facto de um utilizador ativar o botão de participação no jogo promocional não basta para considerar que deu validamente o seu consentimento à colocação de cookies. Para além disso, as informações que o prestador de serviços deve dar ao utilizador de um sítio Internet incluem a duração do funcionamento dos cookies e a possibilidade ou não de terceiros terem acesso a esses cookies.

5 · PROPIEDAD INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL. JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve que el foro alternativo de competencia judicial en supuestos de infracción de marcas de la Unión debe interpretarse en el sentido de que, si la infracción se produce mediante publicidad y ofertas de venta presentadas por vía electrónica, la competencia judicial debe corresponder a los tribunales del Estado miembro donde se encuentren los consumidores y distribuidores a quienes se dirige esa publicidad y ofertas de venta

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 5 de septiembre de 2019 (C-172/18)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales relativa a la interpretación del foro alternativo de competencia judicial marcario previsto en el artículo 97.5 del Reglamento (CE) n.º 207/2009, de 26 de febrero de 2009, sobre marca comunitaria ("Reglamento 207/2009"), en la actualidad derogado y sustituido por el idéntico artículo 125.5 del Reglamento (UE) 2017/1001, de 14 de junio de 2017. En particular, el referido foro alternativo de competencia judicial dispone que los procedimientos de infracción marcario "podrán también llevarse ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho o el intento de violación [...]".

Los demandantes sostenían que la entidad demandada había puesto a la venta para consumidores en el Reino Unido imitaciones de determinados equipos de audio comercializados previamente por la entidad demandante. Según se probó en el litigio principal, en el sitio web y las redes sociales de la demandada se enumeraban expresamente, en un epígrafe denominado «*Dónde comprar*», distribuidores establecidos en el Reino Unido. Del mismo modo, se demostró que las condiciones generales de venta de la entidad preveían la aceptación pedidos procedentes del Reino Unido.

En primera instancia, la Intellectual Property Enterprise Court se declaró incompetente para conocer del litigio, y ello por considerar que estaba sujeto, según las reglas de competencia judicial del Reglamento 207/2009, a la competencia de los tribunales del Reino de España, pues era en aquel territorio donde la demandada tenía su domicilio social. Dicho órgano jurisdiccional precisó asimismo que la competencia de los tribunales españoles también se desprendería del referido foro alternativo previsto en el artículo 97.5 del Reglamento 207/2009, pues consideraba que era en España donde se habría cometido la infracción de las marcas. Los demandantes recurrieron dicha resolución, y el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la cuestión prejudicial.

El TJUE resuelve varias cuestiones sobre la interpretación del foro alternativo de competencia judicial del artículo 97.5 del Reglamento 207/2009 en el siguiente sentido:

- (i) En primer lugar, el TJUE dispone que, cuando los actos de infracción marcario que se imputan al demandado consisten en publicidad y ofertas de venta *online*, ha de considerarse si tales actos han sido cometidos en el territorio en el que se encuentran los consumidores a quienes se destinan la referida publicidad y ofertas de venta. En particular, el TJUE aclara que debe reputarse como irrelevante (i) que el demandado esté establecido en otro territorio; (ii) que el servidor de la red electrónica que se utilizó para llevar a cabo la publicidad *online* se encuentre en otro territorio; o incluso (iii) que los productos objeto de esa publicidad y esas ofertas de venta se ubiquen en otro territorio.
- (ii) Considera el TJUE que si los términos "*territorio del Estado miembro en que se hubiere cometido el hecho de violación*" se interpretaran en el sentido de que se refieren al Estado miembro en cuyo territorio el autor de dichos actos comerciales ha organizado su sitio web, bastaría con que los infractores que operan electrónicamente y que desearan impedir que los titulares de la marca dispusieran de un foro alternativo, hicieran coincidir el territorio de su establecimiento con el territorio desde el que se produce la publicación en Internet (privando así de toda eficacia al referido foro alternativo de competencia).

- (iii) De manera análoga, interpretar los términos "*territorio del Estado miembro en que se hubiere cometido el hecho de violación*" en el sentido de que se refieren al lugar en el que se han adoptado las decisiones y medidas técnicas que inician la presentación en Internet resultaría excesivamente gravosa para el titular marcario, pues podría ser demasiado difícil (o incluso imposible) que el demandante pudiera llegar a conocer dicho lugar.
- (iv) Por último, el TJUE añade que esta interpretación es corroborada por el hecho de que los tribunales de marcas de la Unión del Estado miembro donde se encuentran los consumidores a los que se dirige la publicidad son los órganos jurisdiccionales mejor ubicados para evaluar si se ha vulnerado o no la marca, así como para llevar a cabo la correspondiente práctica de la prueba (criterio de proximidad).

ENERGÍA *

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Retribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos

Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación (BOE de 23 de noviembre de 2019)

El 22 de noviembre de 2019 el Gobierno español promulgó el Real Decreto-ley 17/2019 ("RDL 17/2019"), que fue aprobado por el Parlamento el 27 de noviembre de 2019 y entró en vigor del 1 de enero de 2020.

El RDL 17/2019 establece la tasa de rentabilidad razonable aplicable a las instalaciones de producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovable en un 7,09 % para el período regulatorio 2020-2025.

A su vez, para aquellas instalaciones de producción de energía renovable que tuvieren reconocida la retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, el RDL 17/2019 establece un derecho a congelar la rentabilidad razonable que actualmente perciben dichas instalaciones (*i. e.*, una tasa de retorno del 7,398 %) durante los dos próximos períodos regulatorios a partir del 31 de diciembre de 2019, es decir, hasta 31 de diciembre de 2031 incluido.

No obstante, aquellas instalaciones de producción de energía renovable respecto de cuya rentabilidad se haya iniciado previamente un procedimiento arbitral o judicial fundado en la modificación del régimen retributivo especial operado con posterioridad al Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo, incluyendo las derivadas de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y de sus normas de desarrollo, no podrán acogerse a la rentabilidad razonable del 7,398 % referida en el párrafo anterior, salvo que, con anterioridad al 30 de septiembre de 2020, estas instalaciones acrediten ante la Dirección General de Política Energética y Minas la renuncia fehaciente al reinicio o a la continuación de dichos procedimientos judiciales o arbitrales, o la renuncia a la percepción de indemnización o compensación que haya sido reconocida como consecuencia de tales procedimientos.

El RDL 17/2019 define lo que deberá entenderse por "procedimientos judiciales o arbitrales" a los efectos de la referida disposición:

- (i) Los procedimientos planteados por el titular, directo o indirecto, de la instalación. En el caso de ser varios los titulares, los que se hayan planteado por cualquiera de ellos. Es indiferente que, con posterioridad al inicio del procedimiento, se hayan transmitido la totalidad o parte de las instalaciones a un tercero.
- (ii) Los procedimientos planteados por quienes pretendan hacer valer sus derechos como consecuencia de ser titulares de una inversión en relación con esas instalaciones en los términos de un Tratado.
- (iii) Los procedimientos planteados por terceros en virtud de cesión, subrogación, sucesión procesal y cualesquiera otro título jurídico de efecto análogo o equivalente, y en los

(*)Esta sección ha sido coordinada por María José Descalzo, y en su elaboración han participado Michelle Lezama Molina y Ángela Gil Arrondo, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

que la pretensión resarcitoria se fundamente en la modificación del régimen retributivo especial de esas instalaciones operada con posterioridad al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, incluyendo las derivadas de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y de sus normas de desarrollo.

En el caso de que se constate que alguna de las instalaciones a las que se les aplique por defecto la tasa de rentabilidad razonable del 7,398 % ha percibido alguna indemnización o compensación del Reino de España como resultado de alguno de los procedimientos descritos anteriormente, la Dirección General de Política Energética y Minas acordará la revocación del régimen retributivo excepcional (*i. e.*, la tasa de rentabilidad razonable del 7,398 %) con efectos desde el 1 de octubre de 2020. A tal efecto, la CNMC detraerá de la retribución que corresponda percibir a la instalación la cantidad a que ascienda la diferencia entre la retribución que haya sido abonada y la que hubiese correspondido percibir de conformidad con el valor actualizado de la tasa de rentabilidad razonable del periodo regulatorio correspondiente.

Instalaciones de producción de energía eléctrica proveniente de energía eólica o solar fotovoltaica en Cataluña

Decreto-Ley 16/2019, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la emergencia climática y el impulso a las energías renovables (BOE de 14 de enero de 2020)

El Decreto-Ley tiene como objetivo la simplificación de la regulación de las instalaciones de producción de energía eléctrica proveniente de energía eólica o solar fotovoltaica para promover la implantación de la energía eólica en Cataluña.

Entre otras medidas, el Decreto-Ley establece un procedimiento conjunto de autorización que integra:

- (i) la vertiente energética: la autorización administrativa previa y de construcción del parque eólico o de la planta solar fotovoltaica;
- (ii) la vertiente urbanística y paisajística: la aprobación de un proyecto de actuación específica de interés público en suelo no urbanizable; y
- (iii) la vertiente ambiental: la evaluación de impacto ambiental del proyecto del parque eólico o de la planta solar fotovoltaica, cuando esta sea exigible de acuerdo con lo que establece la normativa básica en la materia.

Asimismo, establece que la intervención administrativa deberá realizarse sobre el conjunto del proyecto, que incluye también, entre otros, la línea eléctrica de evacuación, la subestación del parque o la planta y los viales de acceso y de servicio.

Mercado de producción de energía eléctrica

Resolución de 10 de octubre de 2019 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueba la adaptación de las reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario y de determinados procedimientos de operación para permitir el adelanto de la apertura del mercado intradiario continuo en el mercado eléctrico ibérico a las 15:00 CET, de acuerdo a la Decisión de la Agencia Europea para la Cooperación de Reguladores n.º 04/2018, de 24 de abril de 2012, adoptada al amparo del Reglamento (UE) 2015/1222 de la Comisión, de 24 de julio de 2015, por el que se establece una directriz sobre la asignación de capacidad y la gestión de las congestiones (BOE de 21 de octubre de 2019)

Metodología de cálculo de la retribución financiera de las actividades de transporte, distribución de energía eléctrica, y regasificación, transporte y distribución de gas natural

Circular 3/2019, de 20 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las metodologías que regulan el funcionamiento del mercado mayorista de electricidad y la gestión de la operación del sistema (BOE de 2 de diciembre de 2019)

Circular 2/2019, de 12 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, y regasificación, transporte y distribución de gas natural (BOE de 20 de noviembre de 2019)

Circular 5/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica (BOE de 19 de diciembre de 2019)

Circular 6/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica (BOE de 19 de diciembre de 2019)

Circular 7/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica (BOE de 19 de diciembre de 2019)

**Metodología de
cálculo de la
retribución del
operador del sistema**

Circular 4/2019, de 27 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de retribución del operador del sistema eléctrico (BOE de 3 de diciembre de 2019)

INMOBILIARIO Y URBANISMO *

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Andalucía. Edificaciones irregulares

Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA de 25 de septiembre de 2019)

Afecta a distintas normas, entre la que se encuentra la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística, e introduce un nuevo régimen jurídico para las edificaciones irregulares, aisladas o agrupadas, en las que no resulte posible adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística ni de restablecimiento del orden jurídico perturbado por haber transcurrido el plazo para su ejercicio. Entre otros aspectos, se introduce la posibilidad de formular planes especiales para la adecuación ambiental y territorial de las agrupaciones de edificaciones irregulares, aunque estos no estén previstos por los planes generales o planes territoriales y, también, en ausencia de ellos.

La convalidación de este Decreto-ley fue aprobada por Resolución de 25 de octubre de 2019 del Parlamento de Andalucía (BOJA de 15 de noviembre de 2019).

Mediante Resolución de 17 de diciembre de 2019, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, se publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con el Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE de 13 de enero de 2020).

Andalucía. Proyectos de interés estratégico

Decreto-ley 4/2019, de 10 de diciembre, para el fomento de iniciativas económicas mediante la agilización y simplificación administrativas en la tramitación de proyectos y su declaración de interés estratégico para Andalucía, para la creación de una unidad aceleradora de proyectos de interés estratégico (BOJA de 19 de diciembre de 2019)

Entre otros, se modifican los artículos 38 y 39 y el anexo II —“Actividades de intervención singular”— de la Ley 1/1994, con el objetivo de clarificar el procedimiento y alcance de la declaración de interés autonómico de las inversiones empresariales de interés estratégico.

La convalidación de este Decreto-ley fue aprobada por Resolución de 9 de enero de 2020 del Parlamento de Andalucía (BOJA de 27 de enero de 2020).

Cantabria. Viviendas de uso turístico

Decreto 225/2019, de 28 de noviembre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 10 de diciembre de 2019)

Se establece el procedimiento para el inicio y ejercicio de la actividad de alojamiento turístico (modalidad de vivienda de uso turístico de cesión temporal, completa o compartida) y las obligaciones impuestas a los titulares y usuarios de dichos alojamientos. Asimismo, se prescribirá que la cesión es temporal y con fines turísticos cuando la oferta se realice y comercialice a través de cualquier canal de oferta turística.

(*) Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Belén Simbor, Andrea Sandi, Piedad Medina, Héctor Nogués, Iván Abad, Ignacio Nägele, Rafael Castillo, Miguel Herráiz, Maria Goreti Rebêlo, Sara Rebordão Topa y João Terrinha, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

- Cataluña. Cambio climático y energías renovables** *Decreto-ley 16/2019, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la emergencia climática y el impulso a las energías renovables (DOGC de 28 de noviembre de 2019)*
- Entre otras, modifica el Decreto legislativo 1/2010 para facilitar y simplificar la implantación de instalaciones de aprovechamiento de energía eólica y solar.
- La convalidación de este Decreto-ley fue aprobada por Resolución 687/XII del Parlamento de Cataluña (DOGC de 20 de diciembre de 2019).
- Cataluña. Acceso a la vivienda** *Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda (DOGC de 30 de diciembre de 2019)*
- Modifica la normativa en materia de vivienda con el fin de incrementar la oferta de viviendas a precios moderados y, en especial, de viviendas de protección pública en régimen de alquiler, así como facilitar el acceso a ellas a la población con recursos económicos insuficientes. Destacan las siguientes modificaciones: (i) los alquileres sociales tendrán una duración de 5 o 7 años dependiendo de si el arrendador es persona física o jurídica, teniendo los arrendatarios derecho a una prórroga obligatoria —siempre que sigan dentro de los parámetros de exclusión—; (ii) la obligación de ofrecimiento de un alquiler social se extiende a cualquier acción ejecutiva derivada de la reclamación de una deuda hipotecaria y a determinadas demandas de desahucio —incluso respecto a ocupantes sin título en ciertos casos—; (iii) se reducen los requisitos objetivos para ostentar la condición de gran tenedor de vivienda a 15 viviendas; (iv) se amplía la potestad de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración autonómica respecto de viviendas adquiridas en un proceso de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria, a segundas y ulteriores transmisiones; (v) se incluye el derecho de tanteo en virtud del artículo 25.7 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; y (vi) se eleva el porcentaje de reservas de vivienda de protección pública para el suelo urbanizable delimitado y el suelo urbano no consolidado al 40 % del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación en el área metropolitana de Barcelona.
- Cataluña. Vivienda vacía** *Decreto-ley 1/2020, de 21 de enero, por el que se modifica el Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda (DOGC de 22 de enero de 2020)*
- Se modifica la definición de vivienda vacía que había introducido el Decreto-ley 17/2019 (descrito en esta misma edición de *Actualidad Jurídica*). La convalidación de este Decreto ley fue aprobada por Resolución 732/XII del Parlamento de Cataluña (DOGC de 12 de febrero de 2020).
- Galicia. Suelo** *Decreto 92/2019, de 11 de julio, por el que se modifica el Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (DOG de 31 de julio de 2019)*
- Persigue actualizar la redacción del anterior reglamento, en vistas de insuficiencias y dificultades interpretativas. Revisa la definición de los distintos tipos de suelo urbano no consolidado y modifica el régimen jurídico del suelo rústico, buscando la revitalización del medio rural.
- Galicia. Protección del dominio público marítimo-terrestre** *Decreto 97/2019, de 18 de julio, por el que se regulan las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre (DOG de 9 de agosto de 2019)*
- Clarifica y unifica el régimen jurídico aplicable en esta zona y se adecua a la normativa estatal al introducir la declaración responsable para la ejecución de determinadas actuaciones. Regula los usos y actuaciones que pueden llevarse a cabo, ya sea libremente o mediante una autorización administrativa o declaración responsable.

- Galicia. Planeamiento urbanístico** *Orden de 10 de octubre de 2019 de aprobación de las normas técnicas de planeamiento urbanístico de Galicia (DOG de 25 de noviembre de 2019)*
- Se aprueban las normas técnicas de planeamiento urbanístico de conformidad con la Ley y Reglamento del suelo de Galicia.
- Galicia. Medidas fiscales y administrativas** *Ley 7/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (DOG de 27 de diciembre de 2019)*
- Modifica la Ley 2/2016 (suelo), la Ley 1/2019 (rehabilitación, regeneración y renovación urbanas), la Ley 8/2013 (carreteras) y la Ley 7/2011 (turismo).
- Hace extensible al suelo urbano no consolidado y al urbanizable la posibilidad de cumplir el deber de cesión mediante la sustitución de la entrega del suelo por su valor en metálico. En carreteras, introduce un régimen de declaración responsable para determinadas obras. Por último, modifica el concepto de viviendas de uso turístico, si bien sigue sin permitirse el arrendamiento por habitaciones y, además, impone nuevas obligaciones (p. ej., el deber de que figure, en los canales de promoción utilizados, el código de Registro de Empresas y Actividades Turísticas o, en su caso, el código acreditativo correspondiente).
- Murcia. Viviendas de uso turístico** *Decreto 256/2019, de 10 de octubre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia (BORM de 19 de octubre de 2019)*
- Regula el marco jurídico de las viviendas de uso turístico, distinguiendo entre las que son cedidas en su totalidad y las que son cedidas por habitaciones. Establece tanto las prescripciones técnicas de equipamiento, accesibilidad y capacidad como las obligaciones del arrendador frente a la Administración (p. ej., el deber de realizar la declaración responsable).
- Murcia. Protección del mar Menor** *Decreto-ley 2/2019, de 26 de diciembre, de Protección Integral del Mar Menor (BORM de 27 de diciembre de 2019)*
- Adopta medidas normativas urgentes para la protección de este ecosistema. Destacan dos aspectos: (i) el establecimiento de un área de exclusión temporal para nuevos desarrollos urbanísticos mientras no se apruebe el Plan de Ordenación Territorial (y, en todo caso, durante el plazo de cinco años); y (ii) distintas disposiciones para nuevos desarrollos urbanísticos no afectados por la exclusión.
- La convalidación de este Decreto-ley fue aprobada por la Resolución de la Diputación Permanente de la Asamblea Regional de Murcia de 10 de enero de 2020 (BORM de 6 de febrero de 2020).
- País Vasco. Centros residenciales para personas mayores** *Decreto 126/2019, de 30 de julio, de centros residenciales para personas mayores en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV de 9 de septiembre de 2019)*
- Actualiza los requisitos mínimos materiales, funcionales y de personal para estos centros.
- País Vasco. Vivienda y suelo. Colaboración entre entidades de crédito y la Administración** *Decreto 210/2019, de 26 de diciembre, de colaboración financiera entre las entidades de crédito y la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de vivienda y suelo y de modificación de disposiciones reglamentarias en materia de vivienda (BOPV de 20 de enero de 2020)*
- Regula los tipos de interés de los préstamos cualificados otorgados por las entidades de crédito en relación con las actuaciones protegibles en materia de vivienda y suelo para los próximos años (2019 a 2020 con posibilidad de prórroga por un año más, y en el caso del nuevo instrumento financiero especial para la rehabilitación, desde 2019 hasta el 31 de diciembre de 2023).
- Asimismo, modifica la normativa de viviendas de protección pública introduciendo, entre otros, (i) cambios en los procedimientos de adjudicación y en los límites para acceder a viviendas de protección oficial; (ii) la unificación de los plazos durante los que no se pueden transmitir *inter*

vivos viviendas y locales que hayan sido objeto de ayudas directas para su compra; o (iii) la obligación de constituir e inscribir en el Registro de la Propiedad una hipoteca unilateral a favor de la Comunidad Autónoma para garantizar la reversión.

País Vasco. Directrices de ordenación territorial *Decreto 128/2019, de 30 de julio, por el que se aprueban definitivamente las Directrices de Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV de 24 de septiembre de 2019)*

Se aprueban definitivamente las directrices, integradas por una memoria, un mapa síntesis y la normativa aplicable. En concreto, se le da especial relevancia a la ordenación del suelo no urbanizable, al introducir directrices sobre elementos y procesos del medio físico y sobre el control de actividades.

País Vasco. Programa de intermediación en el mercado de alquiler de vivienda libre *Decreto 144/2019, de 17 de septiembre, por el que se regula el Programa de Intermediación en el Mercado de Alquiler de Vivienda Libre ASAP (Alokairu Segurua, Arrazoizko Prezioa) (BOPV de 30 de septiembre de 2019)*

Amplía y redefine este programa creado por el Decreto 42/2012, de 27 de marzo, para, entre otros, destinar las viviendas de ASAP a beneficiarios con ingresos comprendidos entre 21.000 y 39.000 euros y referenciar las rentas a la nueva estadística EMA (Encuesta Mercado de Alquiler).

Valencia. Medidas fiscales y administrativas *Ley 9/2019, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat (DOGV de 30 de diciembre de 2019)*

Introduce diversas modificaciones en la Ley 5/2014, de 25 de julio. Destacan los siguientes aspectos: (i) cambios respecto a qué actuaciones están sujetas a licencia urbanística y cuáles a declaración responsable; (ii) el establecimiento del plazo de caducidad de la acción de restauración de la legalidad urbanística como el aplicable según la ley urbanística en vigor a fecha de finalización de la actuación urbanística ilegal; y (iii) modificaciones en materia de planes de acción territorial, ordenación pormenorizada, proyectos de inversión estratégica sostenible, derecho a la expropiación rogada y procedimiento de modificación de los programas de actuación integrada.

Asimismo, modifica la normativa autonómica de vivienda, carreteras, comercio, turismo y vías pecuarias.

[Portugal]

Primeira alteração ao Regime Jurídico da Estruturação Fundiária *Lei n.º 89/2019, 3 de setembro (DR 168, Série I, de 3 de setembro de 2019)*

A Lei n.º 89/2019, de 3 de setembro constitui a primeira alteração ao regime jurídico da estruturação fundiária ("RJEF"), constante da Lei n.º 111/2015, de 27 de agosto.

As principais modificações introduzidas pela presente Lei resumem-se no seguinte:

- Extensão da falta de necessidade de aprovação por parte do município territorialmente competente ou da Direção-Geral de Agricultura e Desenvolvimento Rural dos projetos de emparcelamento rural simples relacionados com aquisições de prédios contíguos e não só de prédio confinante;
- Para além de aplicável a prédios resultantes de operações de emparcelamento simples, a proibição de fracionamento durante 15 anos passa a aplicar-se também a prédios resultantes das seguintes operações:
 - (i) aquisição de prédio rústico confinante ou de prédios contíguos com prédio da mesma natureza, propriedade do adquirente, se a aquisição contribuir para melhorar a estrutura fundiária da exploração e desde que a operação de emparcelamento respeite os valores previstos na portaria que fixa a superfície máxima de redimensionamento; e

- (ii) aquisições de prédios rústicos que excedam o quinhão ideal do adquirente em ato de partilha ou divisão de coisa comum que ponham termo à compropriedade e quando a unidade predial ou de exploração agrícola não possam fracionar-se sem inconveniente.
- Nulidade dos atos de justificação da posse de terrenos aptos para cultura ao abrigo do regime da usucapião, sempre que a referida posse tenha sido adquirida por ato de fracionamento contrário ao artigo 1376.º do Código Civil;
- Inclusão do requisito mediante o qual a operação de emparcelamento tem de respeitar os valores previstos na portaria que fixa a superfície máxima de redimensionamento para a aquisição de prédio rústico confinante ou de prédios contíguos com prédio da mesma natureza, propriedade do adquirente, se a aquisição contribuir para melhorar a estrutura fundiária da exploração, para beneficiar da isenção de IMT e de IS;
- Isenção de imposto do selo relativamente a operações de crédito concedido para a realização das seguintes operações:
 - (i) Transmissões de prédios rústicos ocorridas em resultado de operações de emparcelamento rural realizadas ao abrigo do RJEF;
 - (ii) Aquisição de prédio rústico confinante ou de prédios contíguos com prédio da mesma natureza, propriedade do adquirente, se a aquisição contribuir para melhorar a estrutura fundiária da exploração e desde que a operação de emparcelamento respeite os valores previstos na portaria que fixa a superfície máxima de redimensionamento;
 - (iii) Compra ou permuta de prédios rústicos, a integrar na reserva de terras;
 - (iv) Aquisições de prédios rústicos que excedam o quinhão ideal do adquirente em ato de partilha ou divisão de coisa comum que ponham termo à compropriedade e quando a unidade predial ou de exploração agrícola não possam fracionar-se sem inconveniente.
- Alargamento da isenção de IMT durante 10 anos em relação a prédios rústicos resultantes do emparcelamento, de anexação ou em que se fez cessar a compropriedade nas situações descritas imediatamente acima nos pontos (i), (ii) e (iv);
- Possibilidade da criação de um sistema de incentivos destinados a fomentar a venda de prédios rústicos que contribuam para a melhoria da estrutura fundiária das explorações, desde que o emparcelamento rural atinja a unidade mínima de cultura;
- Aumento das coimas aplicáveis tanto a pessoas singulares como coletivas em caso de prática de contraordenações ao abrigo do RJEF.

A Lei entrou em vigor no dia 8 de setembro de 2019.

Primeira alteração ao Regime das Sociedades de Investimento e Gestão Imobiliária

Lei n.º 97/2019, 4 de setembro (DR 169, Série I, de 4 de setembro de 2019)

A Lei n.º 97/2019, de 4 de setembro constitui a primeira alteração ao regime das sociedades de investimento e gestão imobiliária ("SIGI") constante do Decreto-Lei n.º 19/2019, de 28 de janeiro.

Quanto à aquisição de direitos sobre imóveis, o objeto social das SIGI compreendia a aquisição de direitos de propriedade, superfície ou equivalentes, sobre imóveis, para arrendamento ou outra forma de exploração económica. Esta Lei veio restringir o objeto social das SIGI de modo a que não abarque qualquer outra forma de exploração económica do imóvel para além do arrendamento, mas vem admitir a celebração por parte das SIGI de contratos atípicos que incluam prestações de serviços necessárias à utilização do imóvel, como por exemplo contratos de prestação de serviços que compreendem a utilização do imóvel e a prestação de serviços de limpeza, fornecimento de eletricidade, água, gás entre outros.

A presente alteração obriga também a que a que, pelo menos a cada sete anos, todos os ativos das SIGI sejam avaliados por um auditor externo independente registado junto da CMVM.

Esta Lei veio ainda estabelecer novos limites mínimos e prazos para a dispersão das ações representativas do capital social das SIGI por investidores que sejam titulares de participações correspondentes a menos de 2 % dos direitos de voto imputados nos termos do artigo 20.º do CVM, nomeadamente:

- (i) 20 % a partir do final do terceiro ano civil completo após admissão ou seleção para negociação das ações das SIGI numa plataforma de negociação;
- (ii) 25 % a partir do final do quinto ano civil completo após admissão ou seleção para negociação das ações das SIGI numa plataforma de negociação.

Esta alteração veio prever a aplicação às SIGI do regime fiscal dos organismos de investimento coletivo, incluindo o regime de tributação dos rendimentos pagos por organismos de investimento coletivo aos seus participantes, ambos constantes respetivamente dos artigos 22.º e 22.º-A do EBF, com a especificidade de que os rendimentos resultantes da alienação onerosa de direitos reais sobre bens imóveis só serão excluídos de tributação se os imóveis tiverem sido detidos para arrendamento, incluindo contratos atípicos que compreendam prestações de serviços necessárias à utilização do imóvel, durante pelo menos três anos.

Por último, no que toca ao regime sancionatório, o incumprimento isolado do prazo de três anos de detenção dos direitos e participações adquiridos pelas SIGI passa a implicar a perda da qualidade de SIGI.

A Lei entrou em vigor no dia 9 de setembro de 2019.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Declaración de inconstitucionalidad y nulidad de preceptos de la Ley 4/2017 de 13 de julio del suelo de los espacios naturales protegidos de Canarias

Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 2019

El Tribunal Constitucional declara la nulidad de únicamente tres preceptos de la Ley del suelo de los espacios naturales protegidos de Canarias de 2017 por invadir las competencias estatales establecidas en materia de protección del medio ambiente y régimen local. Considera conformes el resto de los preceptos recurridos.

Nulidad de compraventa y de préstamo hipotecario por incumplimiento de las obligaciones de la sociedad de tasación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2020 (sentencia 28/2020)

La sentencia objeto de análisis trata la influencia de una deficiente tasación en la escritura de compraventa de dos naves industriales, así como en el préstamo hipotecario suscrito simultáneamente.

Las naves industriales no disponían de suministro eléctrico y tanto en el proyecto como en la licencia de obras constaba la obligación de la vendedora de acometer dos estaciones de transformación de energía eléctrica. A pesar de ello, la sociedad de tasación en su informe no mencionó la ausencia de las estaciones de transformación de energía eléctrica ni la ausencia de suministro eléctrico definitivo a pesar de que dicha información aparecía en la licencia de obras.

El Tribunal Supremo afirma que, si la tasación se hubiese efectuado conforme a derecho y a una buena praxis profesional, la parte compradora habría conocido que las naves adquiridas no podían destinarse a su uso industrial por la falta de la instalación eléctrica definitiva y no habría firmado la escritura de compraventa. Este hecho determina la existencia de un vicio en el consentimiento del comprador que da lugar a la nulidad radical del contrato de compraventa.

Asimismo, el Tribunal Supremo condena a la sociedad de tasación y al banco, de forma solidaria, al pago de una indemnización por daños y perjuicios a la parte demandante, habida cuenta de que el banco debe responder de la negligencia de la sociedad de tasación al haberla designado él mismo.

Declaración de inconstitucionalidad de un precepto de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura

Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 noviembre 2019

El TC afirma que la legislación de suelo estatal establece unas condiciones básicas en el ejercicio del derecho de propiedad sobre el suelo rural, normas mínimas de protección medioambiental que las Comunidades Autónomas no pueden rebajar, y determina unas reglas mínimas a tener en cuenta y una regla general a aplicar en este tipo de suelos, que será la de preservar, salvo las autorizaciones expresamente previstas en la legislación de protección, sin que la legislación autonómica pueda autorizar alteraciones del estado natural allá donde la legislación europea y la básica estatal no lo contemplen.

El TC puntualiza, además, que los terrenos que se deben preservar en todo caso son aquellos que en el momento de su inclusión en la Red Natura 2000 estén en terrenos en estado natural y no aquellos que estuvieran urbanizados.

La acción pública urbanística y el plazo de su ejercicio

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) n.º 1621/2019, de 21 noviembre

El Tribunal Supremo determina que el ejercicio de la acción pública contra actos de otorgamiento de licencia será diferente según se haya tenido o no conocimiento del otorgamiento de la licencia.

El TS establece que, si no se ha conocido la licencia, el plazo para ejercitar la acción pública será aquel durante el que se ejecutan las obras y hasta el transcurso del plazo que establezca la legislación autonómica para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística, mientras que, si se ha conocido la licencia, el plazo para ejercitar la acción pública será el plazo general de impugnación.

[Portugal]

Alojamento Local em Fração Autónoma – Proibição pelo título constitutivo

Acórdão de 7 de novembro de 2019 (Processo n.º 25192/16.3T8PRT.P1.S1) – STJ

O STJ foi chamado a decidir sobre a licitude da utilização para alojamento local de uma fração autónoma inserida num prédio constituído em propriedade horizontal.

No caso em apreço, o regulamento de condomínio, que integrava o título constitutivo da propriedade horizontal, dispunha sobre a utilização a dar a cada fração autónoma do prédio, determinando a proibição dos condóminos de usarem as respetivas frações para instalação de «pensão ou equivalente», e proibindo o exercício de «qualquer atividade comercial ou de prestação de serviços nas frações ou partes comuns do edifício».

Entendeu o STJ que (i) o título constitutivo da propriedade horizontal determina o estatuto da propriedade horizontal e tem natureza real, (ii) que pode conter um regulamento de condomínio que discipline o uso, fruição e conservação, quer das partes comuns, quer das frações autónomas e, (iii) que o alojamento local é uma prestação de serviços.

Assim, o STJ decidiu que no referido prédio é proibida a utilização de uma fração autónoma para alojamento local.

3 · RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y NOTARIADO

Constitución de hipoteca en fase de liquidación de concurso

Resolución de 2 de diciembre de 2019 (BOE de 21 de enero de 2020)

En esta resolución, la Dirección General afirma la procedencia de la constitución de una hipoteca durante la fase de liquidación de concurso de una persona física para garantizar un préstamo otorgado por una entidad financiera con la finalidad de refinanciar la deuda del concursado y hacer posible la conclusión del concurso. Según la DGRN, abierta la fase de liquidación, la operación esencial que se lleva a cabo es la realización de los bienes y derechos de la masa activa,

bien conforme al plan de liquidación aprobado por el juez del concurso (artículo 148 de la Ley Concursal), bien conforme a las reglas legales supletorias (artículo 149 de la Ley Concursal), para, con lo obtenido, proceder al pago de los acreedores.

Así, si bien la DGRN entiende que, con carácter general, la constitución de una hipoteca no puede calificarse como una operación de liquidación, en el presente caso ocurre que la hipoteca es constituida por el deudor, sustituido por la administración concursal, a favor de una entidad para satisfacer íntegramente un crédito reconocido a su favor en el concurso, cuyo efectivo pago determinó que el Juzgado dictara auto de conclusión del concurso.

Condición resolutoria, consignación y moderación equitativa de la pena. Problema de derecho interregional *Resolución de 29 de agosto de 2019 (BOE de 30 de octubre de 2019)*

Se resuelve el recurso interpuesto por la Sareb frente a la negativa del registrador de la propiedad de Granollers 3 de inscribir el negocio de transmisión de una cartera de inmuebles (situados en varias comunidades autónomas, incluida Cataluña) para el que las partes acordaron sujetarse al derecho civil común (art. 10.5 CC) y pactaron una condición resolutoria explícita a favor del vendedor (arts. 1504 CC, 11 LH y 59 RH) para asegurar el pago de precio aplazado con pérdida por la compradora de las sumas entregadas en concepto de cláusula penal, renunciando además a la moderación judicial de la pena (art. 1154 CC).

A pesar de la sujeción expresa de las partes al derecho civil común, se deniega la inscripción por entender el registrador que vulnera el art. 621-54 del CC-Cat ("pacto de condición resolutoria"), de aplicación imperativa para todos los inmuebles sitos en Cataluña, sobre la base de que la condición resolutoria es un derecho real de garantía, y ello determina la aplicación del art. 10.1 CC (*lex rei sitae*) y no del art. 10.5 CC.

La DGRN estima el recurso y confirma la válida elección del derecho civil común, ya que la condición resolutoria no es un derecho real. De igual modo, confirma la no imperatividad del art. 621-54 CC-Cat, por el principio de libre exclusión voluntaria de las normas civiles autonómicas del art. 111-6 CC-Cat y por la propia dicción del art. 621-54 (que no establece expresamente su imperatividad ni tampoco resulta de su contenido), teniendo en cuenta que se trataba de una compraventa entre empresarios (no consumidores).

Merece la pena destacar que el mismo recurso fue previamente resuelto por la DGDEJ-Cat mediante resolución de 25 de julio de 2019, por lo que dos órganos distintos se han pronunciado en sentido contrario: el primero (DGDEJ-Cat) confirma la calificación del registrador y desestima el recurso, y el segundo (DGRN) estima íntegramente el recurso y revoca la calificación. La resolución de la DGDEJ ha sido impugnada ante los juzgados de primera instancia de Barcelona por la Sareb. Al tiempo, la Generalidad de Cataluña ha interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de la DGRN ante la Audiencia Nacional por pretendida invasión competencial.

LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL *

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019*

El *Diario Oficial de la Unión Europea* publicó el 12 de julio de 2019 la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (en lo sucesivo, la “Directiva 2019/1158”).

La Directiva 2019/1158 establece los requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres en lo relativo a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, mediante la facilitación a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores de la conciliación de la vida familiar y profesional. Con esta finalidad, la Directiva 2019/1158 establece (i) derechos individuales relacionados con el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores; y (ii) fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores.

En relación con el primer punto, la Directiva 2019/1158 establece:

- (i) la necesidad de que normativa nacional de los países miembros de la Unión Europea (“UE”) prevea un permiso de paternidad de diez días laborales, a disfrutar con ocasión del nacimiento de su hijo, para el progenitor (o, cuando esté reconocido por la legislación nacional, para un segundo progenitor equivalente);
- (ii) la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para que cada trabajador tenga derecho a un permiso parental de cuatro meses, que deberá disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad —como máximo ocho años—, que se especificará por cada Estado miembro o por los convenios colectivos. Dos de los meses de este permiso parental no podrán ser transferidos; y
- (iii) la exigencia de incorporar a la legislación nacional un permiso de cinco días laborales al año para cuidadores en caso de enfermedad grave o dependencia de un familiar.

En relación con el segundo punto, la Directiva 2019/1158 establece la necesidad de que la normativa nacional prevea, para los trabajadores con hijos hasta una edad determinada —que será como mínimo de ocho años— el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para atender a sus obligaciones de cuidado, así como la obligación de los empleadores de estudiar y atender a las solicitudes en un plazo razonable de tiempo y de justificar cualquier denegación. Los trabajadores que hayan ejercitado este derecho con carácter temporal, podrán reincorporarse en su modelo de trabajo original al término del período pactado. Por último, los Estados miembros podrán supeditar el ejercicio de este derecho a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses.

Por último, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2019/1158 a más tardar el 2 de agosto de 2022.

(*) Esta sección ha sido elaborada por Raúl Boo Vicente, Borja de la Macorra Pérez, Sonia López Muñoz, Belén Velasco Pardo, Inés Martínez Arteta, Paula Alonso Barrera, Victoria López Díaz, Rubén González Rodríguez, Tânia Oliveira dos Santos y Susana Bradford Ferreira, del Área Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Bilbao, Valencia y Lisboa).

Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea *Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019*

El *Diario Oficial de la Unión Europea* publicó el 11 de julio de 2019 la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (en adelante, la "Directiva 2019/1152"). La Directiva 2019/1152 deroga la anterior Directiva 91/533/CEE, justificándose en la necesidad de contar con una norma que se aplique de manera uniforme a todos los trabajadores de la UE, así como en la necesidad de superar las deficiencias de protección en relación con las nuevas formas de empleo creadas como resultado de la evolución del mercado desde 1991.

La Directiva 2019/1152 tiene por finalidad mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una mayor transparencia y previsibilidad, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral, estableciendo unos "*derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral*".

A tal efecto, pretende garantizar que los empresarios faciliten a los empleados información esencial de su relación contractual, entre la que se incluye la identidad de las partes y el lugar de trabajo; la calidad del puesto de trabajo; la fecha de inicio del contrato y su duración, la retribución, la jornada laboral habitual y los convenios colectivos que regulan las condiciones laborales del trabajador. Esta información deberá entregarse al trabajador, por escrito, en un plazo de dos meses desde el inicio de la relación laboral.

La Directiva 2019/1152 establece los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la UE que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral, remitiéndose a la legislación nacional de cada país de la UE a efectos de determinar cuándo debe apreciarse la existencia de un contrato de trabajo y cuáles son sus elementos. Por lo tanto, corresponde a la legislación interna de cada Estado miembro definir los términos "trabajador", "contrato" y "relación laboral".

Los Estados miembros podrán decidir no aplicar las obligaciones de la Directiva 2019/1152 a los trabajadores que tengan una relación laboral con un tiempo de trabajo real y predeterminado igual o superior a menos de tres horas semanales de media en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas, salvo que no se haya fijado previamente una cantidad garantizada de trabajo remunerado antes de que se inicie el empleo.

Por último, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2019/1152 a más tardar el 1 de agosto de 2022.

[España]

Medidas en materia tributaria, catastral y de seguridad social *Real Decreto-ley 18/2019, de 27 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria, catastral y de seguridad social (BOE de 28 de diciembre de 2019)*

El Real Decreto-Ley 18/2019, de 27 de diciembre, y con entrada en vigor el 29, establece una serie de medidas de seguridad social y también en materia tributaria y catastral. En relación con las medidas de Seguridad Social, el artículo 7 del Real Decreto-Ley 18/2019 regula la revalorización de las pensiones y otras prestaciones públicas, las bases y topes de cotización, la cotización de determinados colectivos y otras medidas conexas. Las medidas se establecen provisionalmente desde el 1 de enero de 2020 y en tanto entre en vigor la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año u otra norma con rango legal que regule esta materia.

Respecto a la revalorización de las pensiones, el Real Decreto-Ley 18/2019 establece que estas mantendrán el mismo importe que tuvieron reconocido a 31 de diciembre de 2019, manteniéndose asimismo las cuantías de pensiones y prestaciones, así como los límites de ingresos aplicables que figuran en el anexo I del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre.

A estos efectos, se suspende la aplicación del artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre ("LGSS"), y del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. La exposición de motivos del Real

Decreto-Ley 18/2019 señala que el Gobierno mantiene la intención de cumplir con el compromiso de preservar el poder adquisitivo de los pensionistas en el próximo ejercicio a través de una actualización de las pensiones del 0,9 %.

En cuanto a las cuantías del tope máximo y de la base máxima de cotización en el sistema de Seguridad Social, el Real Decreto-Ley 18/2019 se remite a lo establecido en el artículo 3 del Real Decreto-ley 28/2018. También se remite a lo dispuesto en el Real-Decreto Ley 28/2018 en cuanto a la cotización de Empleados de Hogar, Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios y Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Finalmente, la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 18/2019 prorroga el plazo de vigencia del Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019, hasta que se apruebe el real decreto por el que se fije el salario mínimo interprofesional para el año 2020.

Contratación fraudulenta y uso irregular de la contratación a tiempo parcial

Instrucción N.º 4/2019, de 7 de agosto de 2019, sobre la aprobación y ejecución en el año 2019 de sendos Planes de choque contra la contratación fraudulenta y contra el uso irregular de la contratación a tiempo parcial

El 7 de agosto de 2019 la Dirección del organismo estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ("ITSS") emitió la Instrucción N.º 4/2019 sobre la aprobación y ejecución en el año 2019 de sendos Planes de choque contra la contratación fraudulenta y contra el uso irregular de la contratación a tiempo parcial (la "Instrucción") en consonancia con el Plan Director por un Trabajo Digno para el periodo 2018-2019-2020 aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2018.

La Instrucción centra la actividad de la ITSS de los próximos años en la lucha contra el fraude en la contratación temporal y en los contratos a tiempo parcial como medio para prevenir prácticas abusivas.

En concreto, la Instrucción establece dos mecanismos: (i) el Plan de choque contra el fraude en la contratación temporal, que tiene como objeto el análisis de los datos disponibles sobre los contratos temporales que se hayan podido suscribir de forma fraudulenta o con la superación de los límites temporales de duración, y proceder a su regularización; y (ii) el Plan de choque contra la utilización irregular de la contratación a tiempo parcial, que tiene por objeto el análisis de los contratos a tiempo parcial en los que la jornada declarada en el contrato no se corresponda con la realmente realizada, y regularizar la jornada y la situación de la seguridad social de los trabajadores afectados.

La metodología seguida por parte de la ITSS a la hora de fiscalizar el fraude en la contratación temporal y los contratos a tiempo parcial se dividirá en dos fases.

En la primera fase, la ITSS detectará situaciones de fraude a través de la Herramienta de Lucha contra el Fraude y emitirá una comunicación a las empresas con los datos obtenidos para que realicen las revisiones o regularizaciones correspondientes en el plazo de un mes.

En la segunda fase, la ITSS comprobará que las empresas que recibieron las comunicaciones hayan realizado las modificaciones pertinentes.

[Portugal]

Alterações ao Código do Trabalho e ao Código Contributivo

Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro (DR 169, Série I, de 4 de setembro de 2019)

No passado dia 4 de setembro foi publicada a Lei n.º 93/2019 que procedeu à 15.ª alteração do Código do Trabalho e respetiva regulamentação (Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro), bem como do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (Código Contributivo).

De entre as principais alterações, destacam-se as seguintes:

- (i) O período experimental nos contratos de trabalho por tempo indeterminado celebrados com trabalhadores à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração passa a ser de 180 dias.
- (ii) Em matéria de contratação a termo: (a) o motivo referente ao lançamento de nova atividade de duração incerta, bem como o início de funcionamento de empresa ou estabelecimento passa a reportar-se a empresa com menos de 250 trabalhadores, ao invés de 750 trabalhadores; (b) deixa de ser considerado motivo justificativo para a celebração de contrato de trabalho a termo a contratação de trabalhadores à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração; (c) a duração máxima dos contratos de trabalho a termo certo é reduzida de três para dois anos, passando de seis para quatro anos nos contratos a termo incerto; (d) mantém-se o limite das três renovações por contrato de trabalho, no entanto a duração total das renovações não poderá exceder a do período inicial do contrato.
- (iii) A duração máxima permitida dos contratos de muito curta duração é aumentada de 15 para 35 dias, generalizando-se a sua aplicação a todos os setores que enfrentem um “acréscimo excepcional e substancial da atividade da empresa cujo ciclo anual apresente irregularidades decorrentes do respetivo mercado ou de natureza estrutural que não seja passível de assegurar pela sua estrutura permanente, nomeadamente em atividade sazonal no setor agrícola ou do turismo”.
- (iv) É eliminada a figura do banco de horas individual, sendo certo que, de acordo com as normas transitórias, os regimes de banco de horas individuais que estejam em vigor cessarão no prazo de um ano a contar da data de entrada em vigor deste diploma. Por seu turno, a implementação do banco de horas grupal passa a ser possível mediante a aprovação de referendo por pelo menos 65% dos trabalhadores abrangidos.
- (v) O número mínimo de horas de formação contínua a que o trabalhador tem direito é aumentado de 35 para 40 horas por ano.
- (vi) É aprovada a aplicação de uma taxa contributiva adicional, de aplicação progressiva, com base na diferença entre o peso anual de contratação a termo e a média setorial, até ao máximo de 2%. A contribuição adicional será aplicável às entidades que, no mesmo ano civil, apresentem um peso anual de contratação a termo resolutivo superior ao respetivo indicador setorial em vigor, a ser publicado através de portaria no primeiro trimestre de cada ano civil, e destina-se a financiar a proteção na eventualidade de desemprego. A efetiva entrada em vigor da contribuição adicional está dependente da publicação do respetivo decreto regulamentar.

As alterações introduzidas pela Lei n.º 93/2019 entraram em vigor, com algumas exceções, no dia 1 de outubro de 2019.

Para mais desenvolvimentos sobre a presente alteração legislativa, poderá consultar o artigo incluído nesta publicação.

Reforço da Proteção na Parentalidade

Lei n.º 90/2019, de 4 de setembro (DR 169, Série I, de 4 de setembro de 2019)

No passado dia 4 setembro foi publicada a Lei n.º 90/2019 que alterou o Código do Trabalho e os Decretos-Leis n.º 89/2009 e 91/2009, ambos de 9 de abril, que estabelecem os regimes jurídicos de proteção na parentalidade dos trabalhadores que exercem funções públicas integrados no regime de proteção social convergente e dos trabalhadores integrados no âmbito do sistema previdencial e no subsistema de solidariedade, respetivamente.

O diploma teve por objetivo o reforço da proteção na parentalidade, sendo de destacar (de entre outras) as seguintes alterações:

- (i) O período obrigatório da licença parental exclusiva do pai é aumentado de 15 para 20 dias úteis, reduzindo-se de 10 para 5 dias úteis o período de gozo facultativo que devem ser gozados em simultâneo com a licença parental inicial da mãe. Esta alteração entra em vigor com o próximo Orçamento do Estado.

- (ii) Passa a prever-se que a licença parental inicial será acrescida do período de internamento hospitalar devido a necessidade de cuidados médicos especiais para a criança, quando o mesmo ocorra imediatamente após o período recomendado de internamento pós-parto, até ao limite máximo de 30 dias. Nestas situações, se o parto ocorrer até às 33 semanas, inclusive, a licença parental inicial é acrescida de todo o período de internamento. Esta alteração entra em vigor com o próximo Orçamento do Estado.

Sem prejuízo do direito referido no parágrafo anterior, nas situações em que o parto ocorra até às 33 semanas inclusive, a licença parental inicial será acrescida de 30 dias.

O subsídio parental inicial passará a abranger os períodos referidos nos parágrafos anteriores. Estas medidas entrarão em vigor com o próximo Orçamento do Estado.

- (iii) Relativamente à licença por adoção, havendo dois candidatos a adotantes, estes passam a poder beneficiar de um acréscimo de 30 dias no caso de cada adotante gozar, em exclusivo, por um período de 30 dias consecutivos ou dois períodos de 15 dias consecutivos, após o gozo obrigatório de seis semanas pelo outro, tal como já se encontrava previsto no âmbito da licença parental inicial. Este direito fica garantido a partir do dia 4 de outubro de 2019.
- (iv) A partir da entrada em vigor do próximo Orçamento do Estado, será também alterado o prazo de garantia para atribuição do subsídio parental inicial exclusivo da mãe após o parto e do subsídio parental inicial exclusivo do pai concedido para o período de gozo obrigatório, passando a respetiva atribuição a depender de os beneficiários terem registo de remunerações em pelo menos um dos seis meses imediatamente anteriores ao facto determinante da proteção, podendo relevar, se necessário, o mês em que ocorre o evento.
- (v) É criada uma nova licença para deslocação a unidade hospitalar localizada fora da ilha de residência da trabalhadora grávida, bem como uma licença para assistência a filho com doença oncológica.
- (vi) O empregador passa a estar obrigado a comunicar à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, sempre que estiver em causa trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou trabalhador no gozo de licença parental, (a) a intenção de denunciar o contrato de trabalho durante o período experimental e (b) os motivos da não renovação do contrato de trabalho a termo.

Parte das alterações entrou em vigor no dia 4 de outubro de 2019, ocorrendo a entrada em vigor das restantes com o Orçamento do Estado para 2020.

Numa última nota, foi posteriormente publicada a Declaração de retificação n.º 48/2019, de 3 de outubro, procedendo à retificação do diploma em apreço, esclarecendo-se apenas que a alteração referente ao regime de licença para assistência a filho com doença oncológica apenas entrará em vigor com o Orçamento do Estado para 2020.

Alterações ao Código de Processo do Trabalho

Lei n.º 107/2019, de 9 de setembro (DR 172, Série I, de 9 de setembro de 2019)

O escopo essencial deste diploma reside na atualização do CPT à luz da realidade normativa que sobreviveu – sem aparente razão – à última revisão global de que foi objeto, procedendo à tão esperada adequação ao novo Código de Processo Civil.

Por outro lado, o legislador procurou também adaptar o CPT à nova Lei de Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto), bem como harmonizá-lo com o direito laboral substantivo, nomeadamente o próprio Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na sua redação atual, e o Regime Jurídico dos Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais, aprovado pela Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro.

Por fim, o diploma introduziu ainda algumas modificações adicionais, aperfeiçoando alguns aspetos do processo laboral que pareciam ter ficado esquecidos.

De entre as alterações introduzidas, destacamos em particular as seguintes:

(i) Procedimentos cautelares

Assinalamos, em particular, a consagração expressa da aplicação do instituto da inversão do contencioso aos procedimentos cautelares especificados previstos no CPT, excluindo-se, porém, o procedimento cautelar de suspensão de despedimento quando seja requerida a impugnação da regularidade e licitude do despedimento nos termos dos artigos 34.º, n.º 4 e 98.º-C do CPT.

É ainda alargado o âmbito do procedimento cautelar especificado de suspensão de despedimento, prevendo o novo artigo 33.º-A do CPT que o mesmo passe a ser aplicável a qualquer modalidade de despedimento por iniciativa do empregador, seja individual ou coletivo, independentemente do modo ou da forma de comunicação da decisão de despedimento.

(ii) Processo declarativo comum

São introduzidas alterações significativas na tramitação do processo comum laboral, aproximando-o ao processo civil:

- A fixação de base instrutória ainda prevista no processo de trabalho é substituída pela figura dos temas da prova instituída aquando da revisão do Código de Processo Civil em 2013, mantendo-se a possibilidade de o juiz se abster de proferir aquele despacho sempre que a matéria de facto controvertida se revista de simplicidade.
- É revogada a norma constante do artigo 65.º do CPT nos termos da qual as partes não podiam produzir mais de três testemunhas sobre cada facto.
- Mantêm-se o limite de dez testemunhas para cada parte no litígio para prova dos fundamentos da ação e da defesa, determinando-se, agora, que nas ações de valor não superior à alçada do tribunal de primeira instância o limite do número de testemunhas é reduzido para metade.
- Deixa de ser admissível réplica para resposta às exceções invocadas pelo réu na contestação, sendo aquele articulado admitido apenas para resposta à reconvenção eventualmente deduzida. Adicionalmente, e tal como já se prevê no âmbito do processo civil, às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência prévia ou, não havendo lugar à mesma, no início da audiência final.
- Determina-se a obrigatoriedade de gravação da audiência, dispensando-se o requerimento das partes para a referida gravação.
- À arguição de nulidades da sentença passa a ser aplicável o regime previsto nos artigos 615.º e 617.º do CPC. Acompanhando a evolução do direito civil adjetivo, cai, portanto, a obrigatoriedade de arguir expressa e separadamente as nulidades da sentença no requerimento de interposição de recurso.
- O prazo de interposição de recurso de apelação é alargado para 30 dias, sendo de 15 dias nos processos com natureza urgente, bem como nos casos previstos nos n.ºs 2 a 5 do artigo 79.º-A do CPT e nos casos previstos nos n.ºs 2 e 4 do artigo 671.º do CPC.

(iii) Impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento

No âmbito da ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, assinalamos as seguintes alterações:

- O formulário do qual consta a declaração do trabalhador de oposição ao despedimento que dá início à ação passa – tal como já vinha a ser o entendimento dos nossos Tribunais – a poder ser apresentado também pelo mandatário judicial constituído pelo trabalhador.
- Deixa de estar prevista a cominação de absolvição do empregador do pedido nos

casos em que o trabalhador não compareça na audiência de partes nem se faça representar por mandatário judicial com poderes especiais para confessar, transigir ou desistir. Com efeito, passa agora a prever-se que, nestes casos, o juiz ordena simplesmente a notificação do empregador para apresentar o seu articulado e fixa a data da audiência final.

- Estabelece-se que caso o Tribunal conclua pela ilicitude do despedimento, o empregador é condenado a reintegrar o trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da categoria profissional e antiguidade.

(iv) Tutela da personalidade do trabalhador

É aperfeiçoado o processo especial urgente de tutela da personalidade do trabalhador previsto nos artigos 186.^o-D a 186.^o-F do CPT.

Anteriormente, o artigo 186.^o-E, relativamente a tramitação do processo, previa apenas que os requeridos eram citados para contestar no prazo de 10 dias e que, independentemente de haver ou não contestação, o tribunal decidiria após apreciação das provas produzidas. Este tipo de ação é agora devidamente regulamentado, estabelecendo o novo artigo 186.^o-E o seguinte:

- a) Apresentado o requerimento pelo trabalhador que pretenda evitar a consumação de alegada violação dos seus direitos de personalidade ou atenuar os efeitos de ofensa alegadamente já praticada, o juiz designa imediatamente dia e hora para a audiência, a realizar num dos 20 dias subsequentes, salvo se houver motivo para indeferimento liminar.
- b) A contestação é apresentada na própria audiência.
- c) Na falta de alguma das partes ou frustrada a tentativa de conciliação, e independentemente de haver ou não contestação, o tribunal ordena a produção de prova e decide por sentença sucintamente fundamentada.
- d) Se o pedido for julgado procedente, o tribunal determina o comportamento concreto a que o requerido fica sujeito e, sendo caso disso, o prazo para o respetivo cumprimento, bem como a sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.
- e) Pode ser proferida uma decisão provisória, irrecorrível e sujeita a posterior alteração ou confirmação no próprio processo quando o exame das provas oferecidas permita reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível da personalidade física ou moral do requerente ou se, em alternativa, o tribunal não puder formar convicção segura sobre a ameaça ou consumação da ofensa ou razões justificativas de especial urgência impuserem o decretamento da providência sem audiência da parte contrária.
- f) Quando não tiver sido ouvido antes da decisão provisória, o requerido pode contestar no prazo de 20 dias a contar da notificação daquela decisão.

A Lei n.º 107/2019, de 9 de setembro entrou em vigor no dia 9 de outubro de 2019.

No geral, as alterações são imediatamente aplicáveis às ações, procedimentos e incidentes pendentes na data da sua entrada em vigor.

No entanto, entre outras exceções, é de salientar que as alterações introduzidas pelo diploma em apreço em matéria de admissibilidade e de prazos de interposição de recurso apenas se aplicam aos recursos interpostos de decisões proferidas após a sua entrada em vigor.

Medida Converte+

Portaria n.º 323/2019, de 19 de setembro (DR 180, Série I, de 19 de setembro de 2019)

Este diploma regula a criação da medida “CONVERTE+” que consiste num apoio transitório à conversão de contratos de trabalho a termo em contratos de trabalho por tempo indeterminado, através da concessão de um apoio financeiro à entidade empregadora.

São elegíveis no âmbito da medida CONVERTE+ as conversões realizadas em data posterior à entrada em vigor da portaria em apreço, desde que relativas a contratos a termo celebrados em

data anterior à abertura do período de candidatura definido (20 de setembro de 2019), e ainda as conversões de contratos de trabalho a termo apoiados na medida Contrato-Emprego, regulada pela Portaria n.º 34/2017, de 18 de janeiro, ainda que ocorridas em data anterior à entrada em vigor da medida CONVERTE+.

A candidatura das entidades empregadoras à medida CONVERTE+ depende do preenchimento dos requisitos elencados no diploma, dentro do período de candidaturas definido por deliberação do Conselho Diretivo do Instituto do Emprego e Formação Profissional ("IEFP") e divulgado no respetivo sítio eletrónico.

As entidades empregadoras poderão candidatar-se à medida CONVERTE+ em momento anterior à conversão do contrato de trabalho. Nestes casos, se o IEFP vier a decidir pela aceitação da candidatura, a entidade empregadora irá receber a correspondente notificação da decisão de concessão do apoio financeiro, devendo ser apresentado o documento comprovativo da conversão do contrato de trabalho a termo em contrato por tempo indeterminado nos 60 dias úteis após a data da referida notificação de aceitação. Quando a conversão do contrato seja anterior à candidatura, esta última deverá ser acompanhada do comprovativo da conversão.

O valor do apoio financeiro a conceder à entidade empregadora, cujo pagamento é efetuado em três prestações, é equivalente a quatro vezes a remuneração base mensal prevista no contrato de trabalho sem termo até um limite de sete vezes o valor do Indexantes dos Apoios Sociais. O valor do apoio financeiro poderá ser acrescido de uma majoração em 10% em determinadas situações relativas ao trabalhador (e.g. conversão de contratos de trabalho celebrados com trabalhadores com deficiência ou incapacidade ou que sejam vítimas de violência doméstica, entre outras) e quando o posto de trabalho esteja localizado em território economicamente desfavorecido.

A entidade responsável pela decisão da candidatura é o IEFP, que deverá decidir no prazo de 30 dias úteis, contados a partir da sua apresentação, após a verificação dos requisitos de concessão e dentro da dotação orçamental existente.

Assinalamos, porém, que a concessão do apoio financeiro determina a obrigação de manter o contrato de trabalho apoiado, bem como do nível de emprego (nos termos devidamente identificados no diploma), por um período de 24 meses a contar da data de início de vigência do contrato de trabalho sem termo. Outras obrigações da entidade empregadora são também definidas no termo de aceitação do apoio financeiro.

O incumprimento por parte da entidade empregadora das obrigações relativas ao apoio financeiro concedido, determina a imediata cessação do mesmo e a restituição, integral ou proporcional, dos montantes já recebidos, relativamente a cada contrato de trabalho.

O apoio financeiro não é cumulável com outros apoios diretos ao emprego aplicáveis ao mesmo posto de trabalho nem com o prémio de conversão previsto na Portaria n.º 34/2017, de 18 de janeiro, que criou a medida Contrato-Emprego. É, porém, cumulável com a medida Emprego Apoiado em Mercado Aberto e os incentivos previstos no Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21 de junho.

O diploma que cria a medida CONVERTE+ entrou em vigor no dia 20 de setembro de 2019 e vigorará apenas até 31 de março de 2020.

Subsídio social de desemprego - prazo de garantia

Decreto-Lei n.º 153/2019, de 17 de outubro (DR 200, Série I, de 17 de outubro de 2019)

O presente diploma versa sobre a alteração do prazo de garantia para efeitos de acesso ao subsídio social de desemprego, procedendo assim à alteração do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro (que estabelece o regime jurídico de proteção social da eventualidade de desemprego dos trabalhadores por conta de outrem).

Desta forma, o prazo de garantia para atribuição do subsídio social de desemprego é de 180 dias de trabalho, com o correspondente registo de remunerações, num período de 12 meses imediatamente anterior à data do desemprego.

Nas situações de desemprego involuntário, por caducidade do contrato de trabalho a termo, o prazo de garantia corresponderá a 120 dias de trabalho (e correspondente registo de remunerações), num período de 12 meses imediatamente anterior à data do desemprego.

O mesmo prazo de garantia será igualmente aplicável nas situações de denúncia do contrato de trabalho, por iniciativa entidade empregadora, durante o período experimental, pese embora os trabalhadores só possam aceder ao subsídio de desemprego, por esta via, uma vez em cada dois anos.

Esta alteração entrou em vigor no dia 1 de novembro de 2019.

Aumento da retribuição mínima mensal garantida

Decreto-Lei n.º 167/2019, de 21 de novembro (DR 224, Série I, de 21 de novembro de 2019)

A retribuição mínima mensal garantida para os trabalhadores a tempo completo é atualizada para € 635, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2020.

Atualização das tabelas salariais para os trabalhadores administrativos não abrangidos por regulamentação coletiva específica

Portaria n.º 441-A/2019, de 31 de dezembro (DDR 251, Série I, de 31 de dezembro de 2019)

Procede à primeira alteração da Portaria n.º 182/2018, de 22 de junho (Portaria de condições de trabalho para trabalhadores administrativos não abrangidos por regulamentação coletiva específica), atualizando o valor das retribuições mínimas mensais e do subsídio de alimentação, com efeitos a partir do dia 1 de julho de 2019.

2 · JURISPRUDENCIA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos rectifica su criterio en el asunto López Ribalda contra España

Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019

En la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") dictada el 17 de octubre de 2019, en el caso de López Ribalda y otros contra España (Solicitudes núms. 1874/13 y 8567/13), se ha concluido, por 14 votos contra tres, que no existe ninguna violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ("CEDH") y, por unanimidad, que tampoco puede apreciarse la violación del artículo 6.1 (derecho a una audiencia imparcial).

El Tribunal ha determinado que los tribunales españoles habían sopesado cuidadosamente los derechos de los solicitantes y los del empleador, y que habían examinado en detalle la justificación para la utilización de medidas de control y vigilancia a través de videocámaras. Uno de los argumentos de los solicitantes fue que no habían sido advertidos de antemano de la supervisión, a pesar de que así lo establecía la Ley de Protección de Datos vigente en ese momento, pero el TEDH dictamina que dicha medida era claramente justificada por la existencia de sospechas legítimas de graves irregularidades y pérdidas. Por tanto, concluye que los tribunales españoles habían actuado correctamente, sin exceder su margen de apreciación, al considerar que la supervisión fue proporcionada y legítima.

Los hechos que dieron lugar al citado pronunciamiento fueron los siguientes. En 2009, todas las solicitantes estaban empleadas como cajeras o asistentes de ventas en una cadena de supermercados. Habiéndose notado descuadres de caja mensuales entre el inventario de la tienda y su ventas, así como pérdidas durante más de cinco meses, el gerente del supermercado instaló cámaras de videovigilancia en junio de ese año, unas visibles y otras ocultas que enfocaban exclusivamente a las cajas. Poco después de instalar las cámaras, le mostró a un representante del sindicato algunas fotos de solicitantes y otro personal involucrado en el robo de bienes en la tienda. Tras un período de grabación, la compañía citó a las empleadas que aparecían implicadas en los robos, y todas ellas reconocieron que se encontraban involucradas en los hechos. Catorce empleados, incluidos las solicitantes, fueron despedidos por razones disciplinarias. Los despidos disciplinarios fueron impugnados ante la jurisdicción social, y el principal argumento de las demandantes fue que la videovigilancia oculta había vulnerado el derecho a la protección de su intimidad.

Tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmaron la procedencia de los despidos al considerar, en síntesis, que el uso de la videovigilancia encubierta en el lugar de trabajo sin una comunicación previa era conforme al artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, al resultar la medida proporcionada: estuvo justificada (debido a las funda-

das sospechas de robo), era apropiada al objetivo legítimo perseguido, necesaria y proporcionada. Sin embargo, en un primer pronunciamiento el TEDH, en su sentencia del 9 de enero de 2018, sostuvo, por seis votos contra uno, que se había vulnerado el artículo 8 CEDH al considerar que los tribunales españoles no mantuvieron un adecuado equilibrio entre el derecho a la vida privada de los trabajadores y el derecho a la propiedad privada del empresario. El TEDH descarta que el uso en juicio de la grabación constituyera una vulneración del derecho de defensa *ex* artículo 6.1 del CEDH.

El 28 de mayo de 2018, se aceptó la solicitud del Gobierno español de presentar el caso ante la Gran Sala.

En su sentencia 17 de octubre de 2019, el TEDH comienza señalando que los principios sentados en el asunto *Barbelescu* contra Rumania pueden ser transpuestos al ámbito de la videovigilancia en el lugar de trabajo. Con este fin, los tribunales nacionales tuvieron que considerar si los empleados habían sido informados de estas medidas de vigilancia; el alcance de la vigilancia y el grado de intrusión; la justificación para esta medida por motivos legítimos; la posibilidad de adoptar medidas menos intrusivas; la consecuencias de la supervisión para los empleados; y la existencia de salvaguardas apropiadas, en particular la información proporcionada o la posibilidad de presentar una queja.

El TEDH observa que, desde el principio de sus actuaciones, los tribunales españoles identificaron claramente los diversos intereses en juego, haciendo referencia explícita al derecho de las solicitantes a respetar sus vidas privadas y a buscar la adecuada ponderación entre este derecho y el interés del empleador para garantizar la protección de su propiedad y la buena marcha de su negocio. Los tribunales internos —continúa— tomaron en consideración también otros criterios, incluidos motivos legítimos que justificaban la vigilancia, tales como la sospecha de robo. También subrayaron el alcance de la medida, señalando que las cámaras enfocaban exclusivamente a las cajas. Se señala, además, que las solicitantes trabajaron en un área abierta al público. En este punto, el TEDH hace una distinción entre el grado de intimidad que un empleado puede esperar dependiendo de la ubicación. La expectativa puede ser muy alta en lugares de intimidad, como baños o vestuarios, donde se puede justificar una prohibición total de la videovigilancia, y puede ser alta en espacios de trabajo cerrados, como oficinas. Sin embargo, es reducida en lugares visibles o accesibles para compañeros o para una amplia audiencia. El TEDH pone en valor, igualmente, que la vigilancia duró solo diez días y que las grabaciones fueron vistas por un número reducido de personas.

Además, aunque las consecuencias del seguimiento para las solicitantes han sido significativas, dado que fueron despedidas, los registros no fueron utilizados por el empleador para otros fines que aquellos vinculados con el objetivo de encontrar a los responsables de la pérdida de ingresos, y ninguna otra medida hubiera permitido alcanzar dicho objetivo legítimo.

En cuanto a la alegación relativa a la falta de notificación a la vigilancia, el Tribunal considera que existe un amplio consenso internacional en torno a la obligación de notificación. De este modo, si falta dicha notificación —dice el TEDH—, las garantías de otros criterios de privacidad resultan tanto más relevantes. Por ello, considera que solo un imperativo preponderante relativo a la protección de los intereses públicos o privados importantes podría justificar la falta de información previa. Sobre esta base, señala que, si bien la Corte no puede aceptar que la más mínima sospecha de que las irregularidades han sido perpetradas por los empleados puede justificar la implementación de videovigilancia secreta por parte del empleador, la sospecha razonable de que se habían cometido graves irregularidades puede considerarse una justificación seria. Más aún, como aquí ocurría, porque se sospechaba que la acción había sido concertada entre varios empleados. Además, los solicitantes tenían otros medios para solicitar la reparación de la presunta violación de sus derechos en virtud de la Ley de Protección de Datos, unos medios que, sin embargo, no han utilizado. Por todo ello, el TEDH concluye que las autoridades nacionales no exceden su facultad discrecional y que no hubo violación del artículo 8 CEDH.

Se analiza, finalmente, si el uso de grabaciones de vídeo como prueba ha afectado negativamente a la equidad del juicio en su conjunto, vulnerando así lo establecido en el art. 6.1 CEDH. Tal posibilidad es descartada, dado que los solicitantes tuvieron la oportunidad de oponerse a la utilización de pruebas y que los tribunales han dado una amplia argumentación para sus

decisiones. El TEDH razona que las grabaciones no eran los únicos elementos del expediente y que las demandantes no han refutado su autenticidad y exactitud, por lo que considera que se trataba de pruebas sólidas. Por otro lado, los Tribunales han tomado en cuenta para su decisión otros elementos, como por ejemplo las declaraciones de las partes. El Tribunal concluye, por todo ello, que el uso de imágenes no socavó la equidad del procedimiento.

Las sentencias de la Gran Sala son definitivas e irrecurribles de acuerdo con lo establecido en artículo 44 CEDH.

[Unión Europea]

Un complemento de pensión por maternidad es contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 12 de diciembre de 2019

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") responde a una cuestión prejudicial planteada por un juez español y resuelve que la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres en situación de incapacidad permanente que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados (artículo 60.1 de la LGSS), mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión. En concreto, el artículo 60.1 LGSS reconoce un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados (complemento del 5 % de la cuantía de la pensión en caso de dos hijos, 10 % en caso de tres y 15 % en caso de cuatro o más hijos) y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

El TJUE recuerda que la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables y que el carácter comparable de dos situaciones ha de apreciarse a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida. El TJUE concluye que el objetivo perseguido por el artículo 60.1 de la LGSS —recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social— no puede justificar por sí solo que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido, puesto que la aportación demográfica de los hombres es tan necesaria como la de las mujeres. En cuanto al objetivo consistente en reducir la brecha de género entre las pensiones de las mujeres y las de los hombres, el TJUE estima que no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores.

Además, la norma nacional no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto, lo que podría legitimar una excepción al principio de igualdad de trato.

La normativa de la Unión Europea no exige el aplazamiento de las vacaciones si coinciden con una enfermedad para los periodos de vacaciones que excedan de las cuatro semanas

Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2019

En el marco de dos litigios en los que se discute la negativa empresarial a conceder un aplazamiento del disfrute de los días de vacaciones reconocidos en un convenio colectivo de una duración superior a la garantizada por la Directiva 2003/88, de ordenación del tiempo de trabajo, a dos trabajadores que se encontraban de baja por enfermedad, se plantean dos cuestiones prejudiciales.

Los órganos jurisdiccionales remitentes plantean al TJUE si (i) una norma nacional o convencional que no permite al trabajador el aplazamiento del disfrute de vacaciones por encontrarse en situación de incapacidad se opone al derecho a las vacaciones anuales reconocido en el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88; y si (ii) las vacaciones que excedan del periodo vacacional mínimo

son objeto de la protección del derecho a un periodo de vacaciones anuales retribuidas reconocido en el artículo 31.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ("Carta").

El TJUE considera que aunque el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88 contiene disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, ello no impide que los Estados miembros apliquen a su nacionales normas más favorables al margen del régimen establecido en la citada Directiva.

De este modo, la concesión de días de vacaciones adicionales al periodo mínimo de cuatro semanas es una norma más favorable. Por ello, las condiciones de concesión y extinción de esos días deben regirse por el Derecho nacional, que puede excluir el aplazamiento de su disfrute en caso de enfermedad.

Asimismo, el TJUE concluye que no resulta aplicable el artículo 31.2 de la Carta en relación con normativas nacionales o convenios colectivos que prevean la concesión de días de vacaciones anuales retribuidas que excedan del periodo mínimo de cuatro semanas, por cuanto se trata de una regulación al margen de ella.

Se crean así dos ámbitos diferenciados en materia de derecho a vacaciones: (i) el periodo mínimo de cuatro semanas, garantizado por la Directiva 2003/88 y amparado por las garantías establecidas en el Derecho de la Unión Europea; y (ii) el periodo excedente, que se rige por la normativa nacional de cada Estado miembro y al margen del ámbito de aplicación de la Carta.

El derecho a la adscripción a un turno fijo sin reducción salarial no está previsto en la normativa europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 18 de septiembre de 2019

El TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada en el seno de un procedimiento de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en el que un trabajador que presta sus servicios en turnos rotativos solicita poder trabajar en el turno de mañana, sin disminución de jornada ni de salario, para ocuparse de sus hijos.

Tras indicar que el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores ("ET"), en el que se enmarca la solicitud del trabajador y según el cual no puede adaptarse el horario si no es reduciendo la jornada y horario de trabajo, no es indirectamente discriminatorio en perjuicio de las trabajadoras, por cuanto dicho precepto se aplica indistintamente a hombres y mujeres, el TJUE concluye que la Directiva 2010/18 no se aplica a aquel precepto. Y ello porque tal normativa europea no contiene disposición alguna que permita obligar a los Estados miembros a conceder el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable.

El despido objetivo de un trabajador especialmente sensible no es necesariamente discriminatorio por motivos de discapacidad

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 1 de septiembre de 2019

El TJUE resuelve una cuestión prejudicial en la que el órgano jurisdiccional remitente pregunta (i) si el concepto de "trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo" está comprendido en el concepto de "discapacidad"; y (ii), en caso afirmativo, si los criterios de selección utilizados en la empresa para extinguir objetivamente el contrato de una trabajadora especialmente sensible vulneran directa o directamente el derecho a la igualdad de trato de las personas con discapacidad.

Sobre la primera cuestión, el TJUE expone que el mero hecho de que se reconozca la condición de trabajador especialmente sensible no significa, de por sí, que esa persona sea discapacitada, pues este último concepto, en el sentido de la Directiva 2000/78, debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de la actividad profesional, no como la imposibilidad de ejercerla. El TJUE concluye que aquel colectivo solo está comprendido en el concepto de "discapacidad" en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad productiva a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores.

Sobre la segunda cuestión, a la vista de los criterios de selección adoptados por la empresa para determinar qué personas iban a ser despedidas y que motivaron el despido de la trabajadora reconocida como especialmente sensible (a saber: presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo en la empresa y un elevado índice de absentismo), habrá de tenerse en cuenta si el empresario adoptó medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, y solo en caso negativo procedería calificar el despido de la trabajadora como discriminatorio.

[España]

El despido objetivo de un trabajador por ausencias justificadas pero intermitentes es válido

Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2019

El Tribunal Constitucional ("TC") resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en la que el órgano jurisdiccional remitente cuestiona si el artículo 52.d) del ET que habilita al empleador a extinguir la relación laboral por causa de absentismo derivado de enfermedades intermitentes de corta duración del trabajador, hayan dado lugar o no a la expedición de partes oficiales de baja médica, vulnera el derecho a la integridad física, el derecho al trabajo y el derecho a la protección de la salud, reconocidos en los artículos 15, 35.1 y 43 de la Constitución española ("CE"), respectivamente.

Sobre la posible vulneración del derecho a la integridad física, el TC expone que, para que pudiera apreciarse, sería necesario que se produjera una actuación de la que se derivase un riesgo o se produjese un daño a la salud del trabajador, y ello no se advierte en la aplicación del precepto legal impugnado, puesto que se limita a autorizar el despido para el caso de que se supere un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado período de tiempo.

Asimismo, el TC se alinea con el órgano judicial promotor de la cuestión y recuerda que el legislador ha excluido del precepto legal los supuestos de bajas médicas prolongadas y los derivados de enfermedades graves, sin duda atendiendo a que en estos casos puede existir un riesgo grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados.

Sobre la posible vulneración del derecho al trabajo, el TC resuelve que el precepto cuestionado contiene una limitación parcial del derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, pero esa limitación se encuentra justificada por la libertad de empresa, así como por la defensa de la productividad, en la que se encuadra el objetivo legítimo de paliar el gravamen económico que las ausencias al trabajo suponen para las empresas.

Sobre la posible vulneración del derecho a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, el TC considera que mediante el precepto legal impugnado el legislador ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, derivado de la defensa de la productividad y el derecho a la libertad de empresa, y la protección de la salud, no apreciando por ello dicha vulneración.

Concluye el TC que se han ponderado adecuadamente los derechos e intereses en conflicto, especialmente a través de las excepciones a la cláusula general que permite la extinción del contrato de trabajo por absentismo, así como mediante el establecimiento de la correspondiente indemnización al trabajador en caso de que el empresario opte por la decisión extintiva.

La sentencia incorpora tres votos particulares formulados por cuatro magistrados.

Entre las distintas discrepancias que se exponen en los votos particulares, se pone de manifiesto que, para que verdaderamente pueda manifestarse la existencia de un fenómeno de absentismo en el seno de una empresa que afecte a la productividad, los datos de las ausencias del trabajador deberían ponerse en relación con el índice de absentismo del conjunto de la empresa.

Por otra parte, los magistrados disidentes sostienen que el artículo 52.d) del ET vulnera el derecho a la integridad física y moral, al disuadir al trabajador del derecho al cuidado de su salud, y que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse para apreciar dicha vulneración.

En esencia, discrepan con la sentencia en la valoración final mediante la cual se antepone la libertad de empresa o la defensa de la productividad al derecho a la integridad física y moral de los trabajadores, y recuerdan que el interés empresarial no puede legitimarse a través de medidas contrarias a los derechos constitucionales de los trabajadores y que el control del absentismo no tiene una dimensión constitucional.

Asimismo, en los votos particulares se argumenta la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, por cuanto el despido por absentismo afecta en mayor medida a la mujer, debido a la incidencia que tiene en su salud, su mayor dedicación al cuidado de hijos, discapacitados y dependientes, junto a su jornada laboral.

Prohibición de discriminación en el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial

Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2019

La sentencia del TC de 3 de julio de 2019 resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 688-2019 planteada por la Sala Segunda del TC en relación con la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la LGSS, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

El TC analiza el método de cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, que se determina en función de la base reguladora y el periodo de cotización, el cual sirve, a su vez, para fijar un porcentaje sobre la base reguladora, con el que se obtiene el importe a cobrar.

El TC señala que la base reguladora, tal como ha sido configurada legalmente, salvaguarda el principio de proporcionalidad entre trabajadores a tiempo completo y parcial. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el cálculo del periodo de cotización, puesto que:

(i) En los trabajadores a tiempo completo, el tiempo se computa por años y meses de cotización, sin aplicar sobre ellos ningún coeficiente o fórmula reductora.

(ii) En los trabajadores a tiempo parcial, a los años y meses cotizados se les aplica un coeficiente de parcialidad, por el cual se asigna un porcentaje a cada periodo de trabajo a tiempo parcial respecto de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, incrementándose el valor resultante con un coeficiente del 1,5. No obstante, cuando el coeficiente de parcialidad es inferior al 67 %, al no quedar compensado por la aplicación del 1,5, se reduce proporcionalmente la cuantía de la pensión por debajo de la base reguladora.

El TC señala que este método de cálculo provoca que el periodo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponda con el que de manera natural deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo.

Tal distinción entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial no reúne los requisitos de justificación objetiva y razonable exigibles para una desigualdad de trato constitucionalmente admisible, y no es proporcional porque además de reducir la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, reduce también del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación, presupuesto que no ocurre con los trabajadores a tiempo completo.

Además, el TC aprecia que se produce una discriminación indirecta por razón de sexo, puesto que el porcentaje de mujeres que desempeñan un trabajo a tiempo parcial en España es claramente superior al de hombres.

Por todo ello, el TC declara la inconstitucionalidad y nulidad del precepto, por lo que el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial deberá realizarse sin tomar en consideración el referido coeficiente de parcialidad.

No obstante, el alcance de esa declaración de inconstitucionalidad y nulidad se modula estableciendo que habrá de preservarse la cosa juzgada, así como que, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE, la modulación de los efectos del pronunciamiento se extenderá a las posibles situaciones administrativas firmes.

Los trabajadores de empresas de trabajo temporal tienen derecho a que se les aplique el plan de igualdad de la empresa usuaria

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de noviembre de 2019

El Tribunal Supremo ("TS") ha resuelto, en el seno de un procedimiento de conflicto colectivo, que los trabajadores puestos a disposición por las empresas de trabajo temporal ("ETT") tienen derecho a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria.

Para llegar a esta conclusión, el TS realiza una interpretación literal del artículo 11 de la Ley de 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal ("LETT"), que dispone que los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a que se les apliquen las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir discriminaciones basadas en el sexo.

El TS afirma que este precepto tiene por objeto garantizar el principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por las ETT y los trabajadores de las empresas usuarias que realicen el mismo trabajo. Por ello, una interpretación que excluyese la aplicación de las medidas laborales del plan de igualdad de la empresa usuaria a los trabajadores de las ETT no tendría ningún sentido y sería contraria a la finalidad de la LETT y al principio general de igualdad contenido en los artículos 9.2 y 14 CE y desarrollado en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Además, apunta el TS, el hecho de que en las ETT exista un plan de igualdad propio no es obstáculo para la aplicación al trabajador del plan de igualdad de la empresa usuaria de manera complementaria.

La indemnización obligatoria de las extinciones de los contratos de alta dirección por desistimiento del empresario está exenta de tributación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de noviembre de 2019

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS confirma la sentencia de instancia que consideró que la empresa no estaba obligada a practicar una retención sobre la indemnización abonada a una trabajadora con contrato de alta dirección, al estar exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("IRPF") hasta el límite de siete días de salario por año trabajado con el tope de seis mensualidades.

Para alcanzar dicha conclusión, el TS analiza dos normas jurídicas: (i) el artículo 7.e) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("LIRPF"), que determina que estarán exentas las indemnizaciones percibidas por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET o en su normativa de desarrollo; y (ii) el artículo 11.Uno del Real Decreto 1382/1985 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección ("RD de Alta Dirección"), que determina la obligación de abonar una indemnización equivalente a siete días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades si el contrato se extingue por desistimiento del empresario. En ese sentido, el TS entiende que el RD de Alta Dirección adquiere la consideración de normativa de desarrollo del ET, a los efectos del artículo 7.e) de la Ley del IRPF.

Asimismo, la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada se asienta sobre el pronunciamiento de la Sala de lo Social del TS en sentencia de 22 de abril de 2014, que declaró la obligatoriedad del pago de la indemnización a un trabajador de alta dirección cuyo contrato se extingue por desistimiento del empresario, por entender que se trataba de un derecho legalmente atribuido.

Por todo ello, el TS concluye que, a la luz de la doctrina unificadora de la Sala Social del TS, la indemnización prevista en el artículo 11.Uno del RD de Alta Dirección debe considerarse como indemnización mínima obligatoria en los supuestos de extinción del contrato de trabajo de alta dirección por desistimiento del empresario, incluso cuando exista pacto expreso. Y, en la medida en la que se considera una indemnización obligatoria, esa cuantía de la indemnización debe estar exenta de tributación en el IRPF.

Las ausencias por vacaciones y otros descansos no permiten acudir justificadamente a la contratación temporal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de octubre de 2019

El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y declara improcedente el despido de una trabajadora con categoría de limpiadora del Hospital Clínic de Barcelona que había suscrito 242 contratos de interinidad por sustitución en un periodo de ocho años.

El TS indica que las causas señaladas en los contratos (disfrute de vacaciones y otros descansos) no son situaciones que permitan acudir válidamente al contrato de interinidad, puesto que no suponen la suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva de plaza, sino una mera interrupción ordinaria de la prestación de servicios que no genera vacante reservada.

Finalmente —recuerda el TS—, el derecho al descanso y a las vacaciones forman parte de la previsión organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador. Por ello, tampoco concurren las circunstancias no previsibles que permitirían validar una modalidad contractual distinta, como la del contrato eventual, lo que ha sido admitido de manera excepcional en supuestos de insuficiencia de plantilla de las Administraciones públicas, que han de seguir procedimientos reglados de creación de plazas.

Es nula la cláusula de un convenio colectivo que regula un contrato de trabajo con jornada variable

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de octubre de 2019

El TS analiza, entre otras cosas, la validez de la cláusula 32 del Convenio Colectivo de Michelín España-Portugal para los años 2015 a 2018, en la que se regula un contrato de trabajo con jornada variable.

La cláusula regula, resumidamente, una modalidad de “contrato temporal” que tendrá una duración máxima de dos años, tiempo cuyo transcurso determina su conversión en “contratos indefinidos a jornada variable”, siempre que concurren determinadas circunstancias.

El TS entiende que este tipo de contrato es nulo, en primer lugar, por ser contrario al art. 15 del ET y demás disposiciones que regulan la contratación temporal (puesto que no expresa la causa que justifica la temporalidad del contrato ni su modalidad) y, en segundo lugar y principalmente, porque encubre la posibilidad de un contrato a tiempo parcial que no se sujeta a las disposiciones del artículo 12 del ET. Se trataría de una modalidad de contrato que permitiría a la empresa modificar a su arbitrio el horario del trabajador no solo en la fijación del horario, sino también en la fijación de la duración de su jornada (lo que es contrario a los preceptos estatutarios citados y al art. 41 del ET).

La modificación sustancial de condiciones de trabajo negociada con la totalidad de la plantilla tiene carácter y eficacia colectiva

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 2019

El TS ha declarado que es conforme a derecho la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo aplicada por una empresa que carece de representantes legales de los trabajadores, tras el acuerdo negociado directamente con la totalidad de los trabajadores que integran su plantilla, que habían optado por no designar la comisión *ad hoc* del art. 41. 4 letra a) ET.

Señala la Sala que las circunstancias del caso son coincidentes con los criterios de excepcionalidad aplicados en la sentencia del TS de 23 de mayo de 2015 (recurso núm. 287/2014) para concluir la validez al acuerdo negociado con la totalidad de los trabajadores, esto es: (i) el escaso número de trabajadores que conforman la plantilla de la empresa; (ii) la voluntad unánime de estos para negociar personalmente las modificaciones de condiciones de trabajo (iii); y la aprobación claramente mayoritaria del acuerdo, del que tan solo discrepa una escasa minoría de los trabajadores.

Finalmente —apunta el TS—, estos acuerdos no pueden calificarse como simples acuerdos plurales de naturaleza individual, sino como acuerdos con carácter y eficacia colectiva. Los trabajadores han negociado en la misma condición colectiva que correspondería a la comisión representativa que sustituyen, en cuyo estatuto jurídico han venido a subrogarse a efectos de la negociación y eventual conclusión de un acuerdo con la empresa. Por todo ello, el acuerdo adoptado es aplicable a todos los trabajadores de la empresa, incluso a aquellos que hubieran votado en contra.

La sentencia absolutoria penal del trabajador despedido no da lugar a la revisión de la calificación de su despido

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2019

El TS resuelve la demanda de revisión interpuesta por un trabajador frente a la sentencia firme que declaró la procedencia de su despido por entender que, tras ser absuelto en el ámbito penal por la misma conducta que motivó su despido, procede modificar la calificación de procedencia.

El trabajador fue despedido disciplinariamente por una conducta constitutiva de fraude, deslealtad y abuso de confianza en el trabajo que llevaron a la Jurisdicción Social a declarar la proce-

dencia del despido. Coetáneamente al proceso laboral, se siguieron diligencias penales que dieron lugar a una sentencia absolutoria por falta de pruebas, señalándose en la resolución penal que no es posible extrapolar las valoraciones realizadas en el Orden Social, pues ello supondría una interferencia entre dos órdenes jurisdiccionales.

A la vista de la sentencia absolutoria y con recurso al artículo 86.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ("LRJS"), que permite la revisión en casos de sentencia absolutoria "*por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo*", el trabajador pretende que se declare la improcedencia o nulidad del despido por ser falsos los hechos imputados. El TS, sin embargo, estima que no procede la revisión, por cuanto en sede penal no se excluyó la existencia de los hechos objeto de enjuiciamiento, sino que la absolución vino motivada por la inexistencia de prueba suficiente, aplicándose, en consecuencia, el derecho a la presunción de inocencia.

Nulidad de una nota empresarial por modificar las condiciones de trabajo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de julio de 2019

La Sentencia del TS de 3 de julio de 2019 analiza un conflicto colectivo acerca del derecho a emplear el sistema de cambios de guardia previsto en el art. 15 del Convenio Colectivo de EPE Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima ("SASEMAR") no solo de forma puntual o en los turnos inmediatamente anteriores o posteriores a las vacaciones.

El TS constata que, en aplicación del artículo 15 del Convenio Colectivo de SASEMAR, la empresa venía admitiendo que, previa petición del personal, mediante los cambios de guardia se realizasen turnos en los que los días de trabajo y descanso se distribuían de la forma siguiente: 6-6, 9-9 y 15-15, sin más requisito que el acuerdo entre ellos. De esta forma, trabajadores con destino alejado de su domicilio habitual podían trabajar quince días seguidos y descansaban quince, regresando a sus domicilios.

Sin embargo, la ITSS extendió acta de infracción por entender que tal sistema contravenía el propio artículo 12 del Convenio Colectivo de SASEMAR, que obligaba a que los ciclos de trabajo/descanso fueran de tres días, y que provocaba un deterioro de la salud física de los trabajadores.

En consecuencia, la dirección de SASEMAR emitió una nota empresarial por la cual se detallaba que la prestación de servicios se debía realizar en régimen de turnos en ciclos de tres días de trabajo y tres días de descanso, y que solo se podía alterar tales ciclos (i) en los turnos inmediatamente anterior y posterior a las vacaciones o (ii) mediante solicitud del trabajador *ex* artículo 15 de forma puntual.

El TS señala que la nota altera sustancialmente los derechos laborales, por lo que la empresa debería haber seguido el cauce del artículo 41.4 del ET por considerarse una modificación sustancial de las condiciones de trabajo ("MSCT"), o del artículo 82.3 del ET si conduce a inaplicar parcialmente el convenio.

En este sentido, el TS considera que el acta de la ITSS no puede servir de justificación a la nota empresarial, que modificó las condiciones habituales de trabajo sin emplear el procedimiento legal oportuno por lo que declara su nulidad.

No es necesario notificar la decisión de despido colectivo a los representantes de los trabajadores cuando se alcanza acuerdo en el periodo de consultas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2019

La Sentencia del TS de 13 de mayo de 2019 resuelve la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por la Confederación General del Trabajo ("CGT") contra el grupo empresarial Lindorff. Son tres los motivos principales en que se fundamenta la impugnación:

En primer lugar, la demandante alega la inexistencia de un grupo empresarial a efectos laborales y, en consecuencia, la nulidad del despido tramitado sobre la base de la existencia de este. La Sala 4.^a del TS concluye que estamos ante un grupo empresarial a efectos laborales como consecuencia de las siguientes circunstancias: los contratos de arrendamientos de los centros de trabajo y otros servicios son compartidos sin que las sociedades del grupo abonen cantidad alguna por su disfrute a la sociedad arrendataria; los trabajadores comparten los mismos centros de trabajo y son empleados en las diferentes empresas del grupo, cubriendo vacantes y promo-

ciones en todas ellas y configurándose equipos de trabajo comunes; los empleados hacen uso de las mismas herramientas informáticas y reciben una formación común; los trabajadores disfrutan de las vacaciones conforme a un protocolo común y perciben un bonus que se rige por el mismo sistema de incentivos; el servicio de prevención y el de limpieza es mancomunado; y la dirección a todo el grupo societario es común.

En segundo lugar, se discute si las tres sociedades del grupo empresarial promotoras del despido colectivo tienen legitimación para ser promotoras en exclusiva o si hubiera sido necesario que lo fueran todas las sociedades del grupo. El TS concluye que, en los supuestos de despido por causas productivas y organizativas, es suficiente con que sean promotoras del despido colectivo aquellas sociedades del grupo afectadas por las causas.

Por último, la CGT alega que, con independencia de la existencia de acuerdo con los representantes de los trabajadores, la decisión de despido colectivo debe ser notificada siempre a estos. Sobre este punto, el TS concluye que, cuando se alcanza un pacto con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas, solo es necesario comunicar la decisión de despido a la autoridad laboral; mientras que, en aquellos supuestos en que no se alcanza dicho acuerdo, es necesaria una segunda notificación dirigida a los representantes de los trabajadores.

El acuerdo colectivo que establece un factor de corrección para el tiempo de comida en el registro de jornada no modifica el régimen de jornada y horario del convenio colectivo aplicable

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 29 de octubre de 2019

La Audiencia Nacional ("AN") desestimó la demanda de conflicto colectivo en la que UGT impugnaba el acuerdo suscrito entre Comisiones Obreras ("CC. OO.") y la dirección de las empresas Zurich Services, AIE; Zurich Insurance PLC, Sucursal en España; Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, que tiene por objeto dar cumplimiento a la regulación del registro de jornada y que en su punto 3.º establece un "factor corrector de 2 horas al día para el personal a jornada partida y 30 minutos para el personal a jornada continuada que pretende contemplar descansos, pausa para la comida y/o desayuno, permisos no retribuidos, cualquier clase de pausa o descanso, etc.". El demandante consideraba que este acuerdo supone una modificación del régimen de jornada y horario que establece convenio vigente en las empresas demandadas, por cuanto supone en la práctica la supresión de la posibilidad de reducir el tiempo previsto para la comida de los trabajadores a jornada partida a una hora.

La AN, tras recordar los criterios de interpretación de los convenios colectivos y demás pactos colectivos, consideró que (i) una interpretación literal del acuerdo que se impugna no nos lleva a dicha conclusión; (ii) que la intención de las partes no fue modificar el régimen de jornada y horario establecidos en el Convenio colectivo, sino simplemente dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 34.9 ET, que no hace referencia al establecimiento de nuevos horarios; (iii) que las consecuencias de la aplicación práctica del acuerdo no impiden la posibilidad de reducir el tiempo de comida a una hora, especificando además el acuerdo que "la Empresa se compromete a no utilizar este registro horario como medida disciplinaria"; y (iv) que el trabajador podrá en todo caso acreditar el tiempo efectivamente utilizado para la pausa de comida que haya acordado con el mando responsable.

No hay obligación legal de aportar las evaluaciones de desempeño de los trabajadores en el periodo de consultas de un procedimiento de despido colectivo

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 16 de octubre de 2019

La AN desestima la demanda interpuesta por los sindicatos frente al despido colectivo llevado a cabo por una entidad financiera en el que, entre otros motivos, se alegaba que la empresa no había aportado toda la documentación solicitada, concretamente, las evaluaciones de desempeño de los trabajadores afectados.

El empleador aportó toda la información solicitada por los sindicatos, a excepción de las indicadas evaluaciones individuales de desempeño, y adujo que ello afectaría a la intimidad de los trabajadores cuya evaluación se aportase.

La relevancia de la falta aportación de las evaluaciones de desempeño para los sindicatos reside en que el criterio de designación de trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo es la voluntariedad y, en caso de que con dicho criterio no se alcance el número de trabajadores que se considera excedente estructural, se aplica el criterio de menor valoración en

la evaluación de desempeño frente a otros trabajadores dentro de la unidad, departamento, dirección, área o división.

No obstante, la AN considera que no es necesario aportar las evaluaciones de desempeño de los trabajadores afectados, debido a que nada exige al respecto el artículo 51 del ET ni el Real Decreto que regula el procedimiento de despido colectivo, por lo que dicha pretensión excede del mandato legal.

Asimismo, la AN considera que los trabajadores afectados que hipotéticamente impugnen su despido, en el ejercicio de su derecho de defensa, podrán solicitar, en todo caso, a su empleador los datos que consideren necesarios, así como los relacionados con su desempeño, para poder comparar su situación con la de sus compañeros no afectados por el procedimiento de despido colectivo.

La reducción del volumen de una contrata puede operar como causa de extinción del contrato de obra o servicio cuando así se ha estipulado en convenio

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 16 de septiembre de 2019

La AN desestima la demanda de CGT en la que solicitaba la declaración de nulidad del artículo 17 del II convenio colectivo del sector del *contact center*, que permite la extinción del contrato por obra o servicio por disminución del volumen de la campaña contratada.

La impugnación se funda en dos razones: (i) de un lado, se considera que esta extinción es una causa no prevista legalmente en el ET; y (ii) de otro lado, porque se considera que implica una diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales en cuanto a la indemnización que perciben por la extinción de su contrato de trabajo por la misma causa.

La AN desestima la demanda, puesto que (i) la propia doctrina de la Sala ya había fallado, con anterioridad, a favor de la validez de dicha causa de extinción; (ii) el mismo precepto del anterior convenio fue objeto de examen por el TS, que lo declaró ajustado a derecho; (iii) el TS ha avalado igualmente la posibilidad de vincular el objeto del contrato de obra a la ejecución de una determinada contrata, cuya finalización puede operar como causa legal de extinción del contrato temporal; (iv) aunque recientemente el TS (en Sentencia de 4 de abril de 2019) defendió que las extinciones fundadas en el precepto impugnado deben ser objeto de cómputo a efectos de un despido colectivo de hecho, no considerándolas supuestos de extinción de contratos temporales, dicho pronunciamiento ni constituye jurisprudencia, por no suponer doctrina reiterada, ni considera abiertamente que el precepto sea contrario a la legalidad; y (v) no aprecia una diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales, puesto que los trabajadores con contratos al amparo del artículo 17 son conscientes de que su relación puede extinguirse no solo por la finalización de la contrata, sino también por la disminución de su volumen (a diferencia de los despidos por causas objetivas, que se extinguen por advenimiento de circunstancias).

La modificación sustancial no permite al empresario la sustitución, de forma unilateral, del convenio colectivo aplicable

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 30 de julio de 2019

La AN analiza, en el seno de un procedimiento de conflicto colectivo, si la sustitución del convenio colectivo que la empresa demandada venía aplicando a sus trabajadores se ha realizado cumpliendo los requisitos exigidos legalmente.

En el caso examinado, la empresa procede al cambio de convenio acudiendo al cauce de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo (artículo 41.4 ET), limitándose a indicar la conveniencia de aplicar otro convenio colectivo, pero sin alegar en ningún momento la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o productiva que justificara la medida.

Tras advertir que la aplicación del convenio es indisponible y que el artículo 41 del ET no permite una modificación indiscriminada, sino que exige del concurso de probadas razones que la justifiquen, la Sala estima que la actuación empresarial —cuya única justificación fue un informe donde se concluye cuál es el convenio que mejor se adapta a la empresa— se realizó en fraude de ley y, por lo tanto, resulta nula la medida adoptada, en coherencia con el artículo 138.7 de la LRJS.

Modificación colectiva de las condiciones de trabajo

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2019

La Sentencia de la AN de 22 de julio de 2019 analiza si constituye una MSCT el hecho de que una empresa dedicada a la edición de revistas que entregaba a sus trabajadores ejemplares impresos de todas las publicaciones de marca propia, decida dejar de entregar las publicaciones en papel y posibilite a los trabajadores el acceso a algunas de ellas, pero en formato digital, con el objetivo de conseguir mayor ahorro, eficiencia y mejora del medioambiente.

La AN concluye que la decisión empresarial constituye una MSCT, ya que, con independencia del interés empresarial en que la plantilla conociera o no el contenido de las publicaciones del grupo, sus suplementos y alguno de sus regalos promocionales, los trabajadores de la empresa hasta la fecha de la comunicación impugnada tenían derecho a acceder a todas las publicaciones en papel y, por tanto, llevarlas a su domicilio y compartirlas con sus familiares.

Tal derecho suponía una ventaja económica de 1075 euros anuales, que era el precio de venta al público de la totalidad de las publicaciones disponibles.

Asimismo, el cambio a la suscripción a una plataforma digital suponía la minoración de la ventaja que traía consigo la situación anterior, ya que no se permitía el acceso a la totalidad de las publicaciones y, para poder efectuar la lectura desde el domicilio, el trabajador debía adquirir un dispositivo electrónico (móvil, tablet u ordenador) y disponer de una conexión a internet, mientras que antes bastaba con el traslado material del ejemplar en papel desde el puesto de trabajo al domicilio.

Por ello, la AN señala que la decisión supone un empeoramiento de las condiciones económicas de la plantilla, con independencia de que la medida sea más o menos razonable en términos económicos o medioambientales.

Así, al considerar la decisión una MSCT, debería haberse adoptado con arreglo al procedimiento del artículo 41.4 del ET. En consecuencia, la AN señala que la medida debe considerarse nula y condena a la empresa a la reposición de las condiciones laborales iniciales.

La exención en IRPF de la indemnización por despido no se aplica en los pactos sobre extinción de la relación laboral

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de julio de 2019

La AN estudia si las cantidades satisfechas por una empresa a quince trabajadores en concepto de indemnización por despido impropcedente en sede de conciliación prejudicial están o no exentas de tributación por el IRPF.

La AN recuerda que, para que las indemnizaciones por despido estén exentas, es necesario que sean obligatorias, sin que quepa amparar bajo esa exención las indemnizaciones establecidas en virtud de convenio, pacto o contrato.

A partir de esa premisa, la AN expone los indicios que le permiten llegar a la conclusión de que aquellos ceses se produjeron por mutuo acuerdo, y que debe negarse, por lo tanto, la aplicación de la exención correspondiente a indemnizaciones por despido. Así: (i) la existencia de un política de contención de costes salariales en la empresa; (ii) la edad próxima a la jubilación de los trabajadores en el momento de la extinción —todos ellos mayores de 60 años—; (iii) la aceptación de cantidades inferiores a las que resultarían de una declaración de improcedencia; (iv) el hecho de fijar la indemnización en función del tiempo que restaba a los trabajadores para alcanzar la edad de jubilación, en lugar de su antigüedad; (v) que los despidos fueran verbales y sin alegación de causa; (vi) que todos los trabajadores presentaran idénticas papeletas de conciliación y todas las conciliaciones finalizaran con avenencia; y (vii) la existencia de un despido de un trabajador más joven (49 años) al que sí se le calculó la indemnización en función de su antigüedad.

La discriminación en el convenio colectivo

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 2019

El sindicato CC. OO. impugna el convenio colectivo del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco por ser supuestamente discriminatorio por, en opinión del sindicato, limitar el acceso de las mujeres a las labores de carga y descarga. Según CC. OO., la siguiente cláusula tendría carácter discriminatorio por impedir el acceso de mujeres a las labores

de carga y descarga: *"e) Las labores de carga y descarga que exijan subirse a camiones y buques, serán realizadas por el personal que con cargo a su clasificación profesional corresponda, respetando el que en la actualidad esté adscrito a dichas tareas"*.

Según CC. OO., la cláusula tendría carácter discriminatorio por remitirse al *"personal que con cargo a su clasificación profesional corresponda"*, sin embargo, según la Sala de lo Social de la AN, en tanto que el convenio colectivo no encomienda la carga y descarga a ningún grupo profesional ni tampoco a ninguna categoría profesional, no puede concluirse que la cláusula —en abstracto— limite el acceso de las mujeres a las labores de carga y descarga.

Por otra parte, según CC. OO., como la anterior redacción del convenio colectivo tenía carácter discriminatorio, la obligación actual de respetar a los trabajadores que actualmente se encuentren adscritos a dichas tareas es también discriminatoria. Pues bien, en primer lugar, concluye la Sala que la versión anterior del convenio colectivo —que establecía *"e) Las empresas se obligan a no utilizar personal femenino en las labores de carga y descarga que exijan subirse a camiones y buques"*— efectivamente que tenía carácter discriminatorio por excluir, sin causa justificada, el acceso de las trabajadoras a la prestación de esos servicios. Sin embargo, según la AN, la redacción actual no es discriminatoria porque no impide ni limita el acceso de mujeres a las labores de carga y descarga.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid cambia el criterio y declara la existencia de relación laboral entre Glovo y los riders

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 27 de noviembre de 2019

El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ("TSJ de Madrid") ha llegado a una conclusión distinta a la mantenida por la Sección 4.^a de la Sala de lo Social del mismo Tribunal, que declaró, en sentencia de 19 de septiembre de 2019 (recurso núm. 195/2019), que los *riders* de Glovo eran verdaderos autónomos.

El TSJ de Madrid concluye así, al igual que ya hizo el Tribunal Superior de Justicia de Asturias ("TSJ de Asturias") en sentencia de 25 de julio de 2019 (recurso núm. 1143/2019), que en la relación entre Glovo y sus *riders* se dan todas las notas de la relación laboral común, haciendo un detallado análisis de las circunstancias que determinan la ajenidad y dependencia de la relación.

En primer lugar, señala el TSJ de Madrid que hay ajenidad en cuanto a los frutos, los medios y los riesgos: (i) hay ajenidad en los frutos o resultados en la medida en que Glovo fija las tarifas y las hace suyas en parte; (ii) hay ajenidad de los medios, puesto que Glovo pone a disposición de los *riders* la plataforma digital, medio indispensable para el desarrollo de la actividad y de un valor mucho mayor que la motocicleta y el móvil propiedad de los *riders*; (iii) hay ajenidad de los riesgos, puesto que el hecho de no cobrar por el servicio si este no llega a materializarse no es sino consecuencia obligada de la tipología de retribución por unidad de obra, sin que ello suponga responder de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura.

Respecto a la dependencia, concluye el TSJ de Madrid que no puede hablarse de autoorganización de los *riders*, pues debe atenderse a las instrucciones de Glovo en cuanto a la forma de prestar los servicios (por ejemplo, en un máximo de 60 minutos) y necesitan la aplicación informática para realizar su actividad y no pueden fijar los precios de los servicios que prestan. Además, Glovo ejerce un control efectivo sobre los *riders* mediante el sistema de valoración, que puede suponer una penalización indirecta en caso de rechazar un servicio. Finalmente, señala el TSJ de Madrid, muchas de las causas justificadas de resolución del contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente se asemejan en gran medida a una sujeción de los *riders* al poder disciplinario del empresario.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid valida el modelo de negocio de Glovo al considerar autónomos a sus riders

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2019

El TSJ de Madrid ha fallado a favor de la naturaleza mercantil de la relación entre los repartidores de la plataforma digital Glovo.

El pronunciamiento hace suyos los argumentos de la sentencia de instancia y rechaza la existencia de una relación laboral entre el *rider* y la empresa de reparto al entender que no concurren los dos elementos más destacados de una relación laboral, que son la dependencia y la ajeni-

dad. Para ello, se basa en la libertad de elección de la franja horaria, la libertad de aceptar los pedidos que desea realizar y la libertad de elegir la ruta. También alude a otras características, como la retribución basada en el número de servicios prestados y no fijada por unidad de tiempo, la inexistencia de pacto de exclusividad, la no necesidad de justificar las ausencias, la organización con total autonomía de la propia actividad y el disponer de la infraestructura y materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

Bajo estos argumentos, el TSJ de Madrid desestima el recurso de suplicación interpuesto por el repartidor y confirma la sentencia de instancia y la inexistencia de relación laboral.

El informe del servicio de prevención ajena es insuficiente para despedir a un trabajador por ineptitud sobrevenida *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 11 de junio de 2019*

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ("TSJ del País Vasco") confirma la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido objetivo por ineptitud sobrevenida de un trabajador, y ello porque la decisión extintiva se sirve única y exclusivamente de la calificación de no apto del trabajador realizada en un informe del servicio de prevención ajeno ("SPA").

El trabajador despedido ejercía funciones de mozo-almacenero, sin que la Administración de la Seguridad Social tuviera constancia de que estuviera afectado por cualquier grado de incapacidad permanente que le impidiera tener la capacidad física y psíquica suficiente para el mantenimiento de la actividad que realizaba.

A la vista de que la única prueba aportada es el informe del SPA, y no habiéndose apreciado ni administrativa ni judicialmente limitaciones para la prestación de servicios por parte del trabajador en su actividad habitual, se exige una actividad probatoria añadida con mayores vigencias de análisis de causa y prueba, y con una información más detallada de la no aptitud.

Por ello, el TSJ del País Vasco concluye que no cabe que el empresario extinga el contrato de trabajo unilateralmente de manera libérrima con el simple respaldo de una información que considera menor.

El empleado no debe probar que no puede conciliar la jornada laboral para ejercer su derecho de reducción de jornada *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 2019*

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ("TSJ de Galicia"), de 28 de mayo de 2019 conoce de la acción interpuesta por una trabajadora que solicita la modificación de su jornada laboral y resuelve que los empleados no deben probar que no pueden conciliar su vida laboral y familiar para ejercer su derecho de reducción de jornada.

Según el TSJ de Galicia, nos encontramos ante un derecho de carácter individual, por lo que la persona que lo ejerce no tiene por qué acreditar la imposibilidad de acudir a otros mecanismos para conciliar la vida laboral y familiar. En concreto, para el TSJ de Galicia, no resulta necesario para el ejercicio del derecho acreditar que el otro progenitor no puede adaptar su jornada ni que no se dispone de ayuda de otros familiares o de terceros, así como tampoco debe atenderse a la posibilidad de que el menor acuda a actividades extraescolares o al comedor. En definitiva, al recibir una petición de concreción horaria, la compañía debe ceñirse a lo que es simplemente el horario lectivo y no entrar a valorar otras circunstancias personales.

Únicamente en aquellos supuestos en que la petición de reducción o modificación de jornada realizada por el empleado suponga una imposibilidad o sea notablemente gravosa podrá la empresa, de forma oportuna y justificada, negar la reducción o adaptación de jornada. Según el TSJ de Galicia, en aquellos supuestos en que la empresa acredite la existencia de razones que impidan o dificulten la aceptación de la adaptación de la jornada, deberá realizarse una ponderación de los intereses en juego, esto es, el interés del trabajador en el ejercicio de su derecho y el interés de la empresa en mantener la jornada laboral existente. En este juicio de ponderación deberá atenderse, también, al coste económico al que se vería sometido el empleado en caso de que se denegara la reducción o adaptación de jornada (por ejemplo, el posible coste económico de contratar un servicio de guardería).

**Aplicación de la
reducción fiscal al
exceso indemnizatorio
producido en dos o
más periodos
impositivos**

Resolución de la Consulta de la Dirección General de Tributos de 24 de junio de 2019

La Resolución de la Dirección General de Tributos V1523-19, de 24 de junio de 2019, (la "Resolución") tiene como objeto la evacuación de una consulta planteada sobre la posibilidad de aplicar a la parte no exenta de una indemnización por despido la reducción del 30 % establecida para los rendimientos con un período de generación superior a dos años u obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo previsto en el artículo 18.2 de la LIRPF.

Los hechos que se valoran por la DGT son los siguientes:

- (i) Un trabajador es despedido por causas objetivas con fecha 9 de octubre de 2018 y efectos del 20 de diciembre de 2019.
- (ii) A causa del despido, la empresa le satisface una indemnización por importe de 363.451,07 euros, a la que se practica retención a cuenta por el IRPF sobre el importe no exento (183.451,07 euros) y aplica la reducción del 30 % regulada en el artículo 18.2 LIRPF.
- (iii) El trabajador reclama contra el despido interponiendo papeleta de conciliación ante el Servicio de mediación, arbitraje y conciliación. En el acto de conciliación, la empresa reconoció la improcedencia del despido y una indemnización adicional.

La DGT puntualiza que la cuantía total del rendimiento del trabajo a computar viene determinada por la suma aritmética de los rendimientos del trabajo procedentes de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, independientemente del período impositivo al que se impute cada rendimiento.

Por ello, si la indemnización se percibe en forma de capital, al exceso indemnizatorio sobre el límite exento de 180.000 euros regulado en el artículo 7.1 del LIRPF se le aplicará la reducción del 30 % cuando el período de tiempo trabajado para la empresa sea superior a dos años. Asimismo, la cuantía del rendimiento íntegro sobre la que se aplica la citada reducción no puede superar los 300.000 euros anuales.

No obstante, si la indemnización se fracciona en dos o más períodos impositivos, solo puede aplicarse la reducción, en caso de que el cociente resultante de dividir el número de años de generación, computados de fecha a fecha, entre el número de períodos impositivos de fraccionamiento, sea superior a dos, como recoge el artículo 12.2 del Reglamento del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

A dichos efectos, deben computarse como períodos impositivos de fraccionamiento todos aquellos en los que se perciba la indemnización, incluidos los ejercicios en los que la indemnización esté exenta.

Por lo tanto, si el cociente resultante de dividir el período de generación (determinado por los años de servicios en la empresa, contados de fecha a fecha) por el número de períodos impositivos de fraccionamiento fuera superior a dos, resulta de aplicación la reducción del 30 %.

[Portugal]

**Direito de ocupação
efetiva – assédio
moral – danos não
patrimoniais – sanção
pecuniária
compulsória**

Acórdão de 24 de outubro de 2019 (Processo n.º 37718.8T8VCT.G1) – TRG

No acórdão em apreço, o TRG considerou adequado o montante indemnizatório de € 30.000 por danos não patrimoniais causados pelo assédio consistente em manter o trabalhador "inativo, colocando-o durante largo período de tempo numa sala especificamente destinada a trabalhadores na mesma situação", por ter recusado uma alteração definitiva das suas funções, não correspondentes à sua categoria profissional, tendo o trabalhador ficado afetado por força da situação de "perturbação depressiva maior".

O TRG, salientando a relevância do direito de ocupação efetiva, até como "elemento constituinte da dignidade humana" e "componente incontornável da realização pessoal na sociedade", considerou incontestáveis os efeitos psicológicos negativos provocados no trabalhador. Assim,

ponderando os valores arbitrados pela jurisprudência em casos semelhantes, o TRG revogou a decisão de primeira instância que condenava a entidade empregadora no pagamento de uma indemnização por danos morais correspondente a € 10.000, fixando a indemnização agora nos € 30.000.

Por outro lado, o TRG veio confirmar a decisão recorrida na parte que condenou a entidade empregadora no pagamento da quantia de € 500,00, a título de sanção pecuniária compulsória, por cada dia de atraso no cumprimento do dispositivo condenatório (note-se que, de acordo com a sentença proferida em primeira instância, a entidade empregadora deveria abster-se dos comportamentos que vinha assumindo relativamente ao trabalhador e atribuir-lhe, de imediato, funções compatíveis com a sua categoria profissional), considerando que o valor se mostrava adequado à função coerciva da sanção pecuniária.

**Sanção disciplinar
conservatória –
decisão disciplinar –
caducidade**

Acórdão de 6 de novembro de 2019 (Processo n.º 4199/17.9T8BRR.L1-4) - TRL

No presente acórdão, o TRL debruçou-se sobre a possibilidade da aplicação ao procedimento disciplinar com vista a aplicação de sanções disciplinares conservatórias (i.e. que não determinem a cessação da relação laboral) da norma constante do artigo 357.º, n.º 1, do CT, que prevê um prazo de caducidade para prolação da decisão final de despedimento por facto imputável ao trabalhador.

No caso em apreço, o trabalhador havia sido notificado da decisão final da entidade empregadora de aplicação de uma sanção disciplinar conservatória de suspensão com perda de retribuição e antiguidade no dia 13 de setembro de 2017, quando o parecer da Comissão de Trabalhadores havia sido emitido já em 03 de julho de 2017.

Defendeu a entidade empregadora que, não estando previsto qualquer prazo para a prolação da decisão de sanção conservatória, não havia que aplicar o disposto no artigo 357.º, n.º 1 do CT, nos termos do qual “recebidos os pareceres referidos no n.º 5 do número anterior ou decorrido o prazo para o efeito, o empregador dispõe de 30 dias para proferir a decisão de despedimento, sob pena de caducidade do direito de aplicar a sanção”.

O TRL, constatando a inexistência de uma norma legal que fixe o prazo para prolação da decisão de aplicação de sanções disciplinares conservatórias, veio decidir que a norma constante do artigo 357.º, n.º 1 do CT deverá ser aplicada por analogia, nos termos gerais do artigo 10.º do CC, ditando que em “caso omissivo valem as mesmas razões justificativas de regulamentação prevista na lei”, sendo o prazo de 30 dias considerado, por maioria de razão, igualmente razoável para a decisão de sanções disciplinares menos gravosas do que a de despedimento.

**Pacto de não
concorrência –
delimitação
geográfica – nulidade**

Acórdão de 4 de dezembro de 2019 (Processo n.º 3889/16.8T8BRR.L1-4) – TRL

O acórdão em apreço versou sobre a questão de saber se a falta de delimitação geográfica numa cláusula de um pacto de não concorrência determinaria a nulidade da referida cláusula inserida no contrato de trabalho celebrado entre o empregador e o trabalhador com a categoria profissional de Delegado de Vendas.

A este respeito, considerou o TRL que, pese embora o artigo 136.º do CT não imponha que o pacto de permanência delimite a área geográfica em que vigora a proibição de não concorrência, tem-se entendido que a limitação da atividade à qual o trabalhador se obriga por força do pacto de não concorrência não pode ter uma amplitude geográfica excessiva, tendo por referência o interesse do empregador a proteger. Neste seguimento e apoiado em doutrina relevante, o TRL entendeu que o fator geográfico, embora não decorra da lei, pode constituir um elemento a ter em conta na avaliação do carácter prejudicial da atividade concorrente, na medida em que casos haverá em que as restrições de índole espacial não poderão existir sob pena de o pacto de concorrência ficar sem efeito útil.

Atendendo às circunstâncias do caso em apreço, o TRL entendeu não existir um “constrangimento inadmissível da sua liberdade de trabalho que importe a invalidade da cláusula”, uma vez que o Réu (trabalhador) ocupava na Autora (Empregador) as funções de Delegado de Vendas

de produtos petrolíferos - que consistiam especificamente, no fornecimento de cartões de combustível e passagem de portagens a um círculo restrito de clientes que se dedicam ao transporte internacional de mercadorias. Daqui se retira que, abrangendo a atividade do empregador não apenas o território nacional mas também diversos países europeus, a obrigação de não concorrência estaria limitada geograficamente pelo âmbito da área da sua atuação, no mínimo no território nacional, pelo que não poderá falar-se em falta de delimitação geográfica.

Todavia, ainda que se concluisse que o âmbito geográfico delimitado pelo âmbito de atividade do empregador era excessivo, o TRL pugnou no sentido em que a consequência não seria a nulidade mas antes a redução do seu âmbito, nos termos do artigo 292.º do CC.

Declaração de inconstitucionalidade parcial, com força obrigatória geral, do artigo 398.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais

Acórdão de 17 de dezembro de 2019 (Processo n.º 276/2019) – TC

O presente acórdão versa o pedido fiscalização abstrata e sucessiva da constitucionalidade da norma constante do n.º 2 do artigo 398.º do CSC, na parte que determina a extinção do contrato de trabalho se celebrado há menos de um ano antes da nomeação de um trabalhador como administrador. Note-se que tal norma já havia sido julgada inconstitucional em três casos concretos pelo TC. A norma em apreço disciplina as consequências da designação como administrador de uma pessoa que exerça, até esse momento, funções laborais na mesma sociedade anónima ou em outra que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo. Com efeito, tal preceito estabelece a suspensão ou extinção do contrato de trabalho, consoante este haja sido celebrado há mais de um ano ou menos de um ano.

Antecipando conclusões, o TC declarou a inconstitucionalidade da norma em apreço com força obrigatória geral na parte que determina a extinção do contrato de trabalho se celebrado há menos de um ano antes da nomeação de um trabalhador como administrador, por violação do disposto na alínea d) do artigo 55.º e na alínea a) do n.º 2 do artigo 57.º, ambos da CRP.

De modo a sustentar a sua conclusão, o TC considerou que a introdução de uma causa de caducidade do contrato de trabalho, enquanto causa da sua extinção, não pode deixar de ser entendida como contida no conceito jurídico-constitucional de legislação do trabalho.

Sem prejuízo, manter-se-á válida e eficaz a parte da norma que determina a suspensão dos contratos de trabalho celebrados há mais de um ano antes da designação como administrador.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma apenas produziram efeitos a partir da data da publicação do acórdão.

Assédio – violação de deveres de respeito e urbanidade – despedimento com justa causa

Acórdão de 18 de dezembro de 2019 (Processo n.º 5488/19) – TRL

De entre outros temas de índole meramente formal e processual, no âmbito do presente acórdão, o TRL pronunciou-se sobre a questão de saber se o comportamento assumido por um trabalhador consubstancia justa causa de despedimento. Em concreto estava em causa o facto de este ter dirigido comentários de índole sexual às trabalhadoras suas subordinadas, nomeadamente em relação ao seu corpo sem que lhe tenha sido dada confiança para tal, convidando-as para irem com ele para um motel, insistindo em dar-lhes boleia.

Em face da factualidade provada, o TRL concluiu que a conduta do ora trabalhador configurava a violação do dever de “respeitar e tratar o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e as pessoas que se relacionem com a empresa com urbanidade e probidade”, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 128.º do CT. Ademais, atendendo às circunstâncias concretas do caso em apreço, e tendo resultado provado que as trabalhadoras em causa ficaram constrangidas e incomodadas com este comportamento do trabalhador (seu superior hierárquico), qualificou TRL a violação dos deveres do trabalhador como “grave, ilícita e culposa” na medida em que lhe “era exigível um comportamento conforme às regras de convívio social e profissional”.

Com efeito, considerando a posição que o trabalhador ocupava na organização da entidade empregadora (Restaurant Manager), o TRL considerou que o comportamento ora assumido não seria tolerável nem justificável, minando assim a relação de confiança imprescindível numa

relação laboral. Tal infração é assim manifestamente gravosa para fundamentar o despedimento com justa causa, de acordo com o disposto no artigo 351.º, n.º 1 e 2 do CT, uma vez que o seu comportamento seria gerador de “uma crise contratual de tal modo grave e insuperável que provoca uma rutura irreversível entre as partes contratantes de modo a não ser exigível a um empregador normal e razoável a continuação da relação laboral”.

Numa última nota, confirmou-se a decisão proferida pelo Tribunal de 1ª Instância, no sentido da declaração de licitude do despedimento com justa causa, tendo o TRL esclarecido ser adequada in casu, a aplicação extintiva do vínculo laboral porquanto a tolerância deste tipo de comportamentos obstará à concretização da obrigação que impende sobre a entidade empregadora de proporcionar aos restantes trabalhadores boas condições de trabalho, físicas e morais (ao abrigo do disposto no artigo 127.º, n.º 1, alínea c) do CT).

MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA *

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Transporte por carretera

Directiva (UE) 2019/1161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva 2009/33/CE relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (DOUE L 188/116, de 12 de julio de 2019)

La Directiva exige a los Estados miembros que garanticen que los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras en la contratación pública relativa a determinados vehículos de transporte por carretera tengan en cuenta los impactos energético y medioambiental de estos durante su vida útil, incluidos el consumo de energía y las emisiones de CO₂. La finalidad no es otra que promover y estimular el mercado de vehículos limpios y energéticamente eficientes, así como mejorar la contribución del sector del transporte a las políticas en materia de medio ambiente, clima y energía de la Unión Europea.

Los Estados miembros pondrán en vigor, a más tardar el 2 de agosto de 2021, las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en esta Directiva.

Transporte marítimo

Reglamento (UE) n.º 2019/1239 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea un entorno europeo de ventanilla única marítima y deroga la Directiva 2010/65/UE (DOUE L 198/64, de 19 de noviembre de 2019)

El Reglamento tiene por objeto el establecimiento de un marco que provea un entorno europeo de ventanilla única marítima (EMSWe), tecnológicamente neutro, interoperable y con interfaces armonizadas, con objeto de facilitar la transmisión electrónica de información relacionada con las obligaciones de información de los buques que entren, permanezcan y salgan de un puerto de la Unión Europea.

Cada Estado miembro creará una ventanilla única marítima nacional a través de la cual se suministrará de una sola vez, por medio del conjunto de datos EMSWe, toda la información necesaria para el cumplimiento de las obligaciones de información correspondientes, con el objetivo de que esta se ponga a disposición de las autoridades competentes de los Estados miembros para que puedan desempeñar sus funciones.

[España]

Transporte marítimo

Real Decreto 596/2019, de 18 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1247/1999, de 16 de julio, sobre reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje que realicen travesías entre puertos españoles (BOE de 8 de noviembre de 2019)

El Real Decreto tiene como finalidad incorporar al ordenamiento nacional la Directiva 2017/2108, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje. El Real Decreto excluye de su ámbito de aplicación a las embarcaciones auxiliares, los barcos de vela y los buques que transporten a personal especializado que no se dedique a actividades mercantiles propias del buque, mientras que sí se aplica

(*) Esta sección ha sido coordinada por Luz Martínez de Azcoitia, y en su elaboración han participado María João Dias, Sofía Rodríguez Torres, José Sánchez-Fayos, Nicolás Nägele García de Fuentes, Magdalena Oriol y Laura Peláez, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

a los buques de pasaje nuevos o existentes, de eslora igual o superior a 24 metros, así como a las naves de pasaje de gran velocidad, cualquiera que sea el pabellón que enarbolen, que realicen viajes nacionales desde o entre puertos españoles.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Derechos de los viajeros que acceden sin billete al tren

Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2019 en los asuntos acumulados C-349/18 a C-351/18

A través de esta sentencia, el Tribunal de Justicia examina las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el juez de paz de Amberes (Bélgica) en el marco de unos procedimientos iniciados por la Sociedad Nacional de los Ferrocarriles Belgas (NMBS) contra varias personas que habían realizado diversos trayectos en tren sin haber adquirido el título de transporte correspondiente.

El juez de paz se pregunta si, en este tipo de situaciones, se establece una relación jurídica contractual entre la empresa de transportes y el viajero, así como si resulta aplicable la teoría de las cláusulas abusivas para el supuesto de que, de conformidad con las condiciones de la NMBS, se le impusiera a ese viajero un recargo sobre el precio del billete impagado.

El Tribunal de Justicia concluye que, a los efectos del Reglamento (CE) n.º 1371/2007 sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril, debe entenderse que el concepto de “contrato de transporte” incluye la situación en la que un viajero accede a un tren de libre acceso sin haber adquirido un billete. Cuestión distinta —añade el Tribunal— son las consecuencias que pudieran derivarse de que una de las partes incumpla sus obligaciones contractuales que siguen rigiéndose por el derecho nacional aplicable.

En relación con la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el Tribunal de Justicia concluye que no cabe que el juez nacional, una vez constatado el carácter abusivo de una cláusula penal, module el importe de la sanción que dicha cláusula impone al consumidor en vez de excluir la cláusula del contrato. Tampoco cabe sustituir la referida cláusula por una disposición de derecho nacional, salvo que el contrato no pueda subsistir en caso de supresión de la cláusula abusiva y si la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias perjudiciales.

[España]

Imposibilidad de exigir un mínimo de tres vehículos para autorizar el transporte de mercancías por carretera

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 23 de julio de 2019

La Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el abogado del Estado en defensa y representación de la CNMC contra la Resolución del Servicio Territorial de Transportes de Valencia, confirmada por la de la Dirección General de Transportes y Logística de la Generalitat (las “Resoluciones”), que denegaba el otorgamiento de una autorización de transporte público pesado de mercancías por carretera en virtud de lo establecido en el artículo 19 de la Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (la “Orden”). En concreto, el citado precepto establecía como requisito para obtener la autorización la necesidad de disponer de tres vehículos que representaran una carga útil de 60 toneladas.

En su demanda, el abogado del Estado solicitaba la nulidad de las Resoluciones y del precepto al considerar que la exigencia de tres vehículos era contraria a los principios de proporcionalidad, necesidad y no discriminación previstos en los artículos 3, 5 y 17 de la Ley 20/2013,

de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en cuanto implicaba una traba para acceder al sector del transporte de mercancías sin que hubiera razones de interés general que la justificaran.

En el ínterin del proceso, el artículo 19 de la Orden se derogó por el Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero, y aunque la derogación no tiene efectos retroactivos respecto de las Resoluciones impugnadas, la Audiencia Nacional estima el recurso del abogado del Estado sobre la misma base jurídica de la derogación: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de febrero de 2018, que estableció que, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 1071/2009, cualquier empresa que disponga al menos de un vehículo debe poder obtener una autorización de transporte público.

Interpretación de la cláusula full container load

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 8 de octubre de 2019

En este procedimiento, el actor cargador ejercitó frente al demandado transitario una acción de reclamación de cantidad por los daños sufridos en las mercancías durante su transporte marítimo desde China. Por su parte, el demandado alegó la exoneración de cualquier tipo de responsabilidad invocando la cláusula FCL (*full container load*) contenida en la carta de porte marítimo, conforme a la cual el transportista no responde por las labores de carga, estiba o descarga de la mercancía en el interior del contenedor, que se le entrega ya cerrado y cuyo estado interior no puede conocer. En estos casos, el porteador no manipula el contenido y responde por el traslado del contenedor, como carga unitaria, hasta el destino elegido en las condiciones en que se le entrega. El juzgado de primera instancia, de conformidad con la cláusula FCL, desestimó la demanda y absolvió al demandado transitario de las pretensiones contra aquel ejercitadas.

Teniendo en cuenta la fecha en que se realizó el transporte, la sentencia considera que el marco legal de referencia lo constituye la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (artículos 277 y 278), y las Reglas de La Haya-Visby, recogidas en el Convenio de Bruselas de 1924 y en sus Protocolos de reforma de 1968 y 1979 (artículo 4.2). Partiendo de la normativa aplicable, la Audiencia concluye que el transitario queda sometido, en todo caso, al régimen de responsabilidad del porteador efectivo y analiza el alcance de la cláusula FCL. En este sentido, la cláusula determina la exoneración por las concretas tareas de carga, estiba y descarga, pero no supone una cláusula de exoneración absoluta para el porteador respecto de otras circunstancias o incidentes ajenos a estas tareas.

Así, la sentencia indica que las Reglas de La Haya-Visby establecen la presunción de culpa del porteador por los daños ocasionados durante el transporte, de forma que le incumbe la carga de acreditar que el daño procede de una causa contemplada como de exoneración de responsabilidad. Teniendo en cuenta que el transitario no ha logrado neutralizar dicha presunción de culpabilidad, la sentencia estima el recurso de apelación interpuesto por el actor cargador y estima íntegramente la demanda.

Interpretación de las cláusulas de sumisión en conocimiento de embarque antes y después de la entrada en vigor de la Ley de Navegación Marítima

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 7 de octubre de 2019

La Audiencia Provincial resuelve un recurso de apelación planteado contra el auto del juzgado de primera instancia, que estima la declinatoria de jurisdicción formulada por el transportista efectivo, demandado por la aseguradora del cargador, tras haberle indemnizado por la pérdida total de la mercancía debido a un incendio en el buque. Así, el porteador efectivo hizo valer la cláusula de sumisión a la jurisdicción de los tribunales de Londres, contenida en la correspondiente carta de porte firmada entre este y el portador contractual.

El auto revisa la doctrina de la Audiencia Provincial en relación con la eficacia de las cláusulas de sumisión a jurisdicción extranjera contenidas en conocimientos de embarque, tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (artículos 251 y 468). Así, la Audiencia diferencia los supuestos en que la relación se establece entre cargador y porteador, o entre destinatario o sucesivos tenedores del conocimiento de embarque y el porteador. En el primer caso, cuando quien acciona es el cargador, haya firmado o no el conocimiento de embarque, la Ley de Navegación Marítima no modifica la validez de las cláusulas de sumisión expresa inserta en conocimientos de embarque. En el segundo caso, sí queda modificado el régimen de oponibi-

lidad de las cláusulas de sumisión a los terceros que no son parte del contrato (destinatario que recibe el conocimiento de embarque del cargador y los sucesivos tenedores).

Aplicando esta doctrina al caso de autos, la Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la actora, revoca el auto apelado y desestima la declinatoria. El auto razona que el conocimiento de embarque firmado por el cargador y el porteador contractual no contenía ninguna cláusula de sumisión a los tribunales ingleses. Tampoco resulta probado que el cargador conociera la cláusula de sumisión contenida en el acuerdo existente entre porteador contractual y efectivo, ni consta que el porteador contractual informase al cargador sobre el hecho de que el transporte efectivo lo haría un tercero con el que había establecido una cláusula de sumisión. Así, la cláusula de sumisión no vincula a la aseguradora recurrente.

MEDIO AMBIENTE *

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Primer Programa Nacional de Control de la Contaminación Atmosférica

El 27 de septiembre de 2019, el Consejo de Ministro aprobó el primer Programa Nacional de Control de la Contaminación Atmosférica ("PNCCA"), de acuerdo con el mandato de la Directiva (UE) 2016/2284 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a la reducción de las emisiones nacionales de determinados contaminantes atmosféricos

El PNCCA contiene 57 medidas agrupadas en ocho paquetes sectoriales (entre ellos, transporte, industria, gestión de residuos y agricultura) con el objetivo de cumplir con los compromisos nacionales de reducción de emisiones previstos para 2020 y 2030 para el dióxido de azufre, óxidos de nitrógeno, compuestos orgánicos volátiles no metánicos, amoníaco y partículas finas. Por ejemplo, el PNCCA prevé mejorar la descarbonización en el sector transporte fomentando el uso de biocarburantes y de electricidad renovable, así como la implementación de medidas para reducir el depósito en vertedero de residuos o la mejora de la sostenibilidad ambiental del sector ganadero mediante una fertilización más eficiente o la reducción del uso de amoníaco.

Responsabilidad ambiental

Orden TEC/1023/2019, de 10 de octubre, por la que se establece la fecha a partir de la cual será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria para las actividades del anexo III de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, clasificadas como nivel de prioridad 3, mediante Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio (BOE de 15 de octubre de 2019)

Esta orden fija la fecha de exigibilidad de la garantía financiera a las actividades del anexo III de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, y clasificadas con nivel de prioridad 3 en la Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio.

Estas actividades deberán disponer de una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental inherente al desarrollo de su actividad en el plazo de dos años desde la fecha de entrada en vigor de la Orden, es decir, a partir del 11 de octubre de 2021. Como excepción, las actividades de cría intensiva de aves de corral o de cerdos dispondrán de un año adicional de plazo, hasta el 11 de octubre de 2022.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

La reactivación y diferimiento del cese de centrales nucleares deben ser sometidos a previa EIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de julio de 2019 (as. C-411/17)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") resuelve una cuestión prejudicial relativa a la posibilidad de eximir de evaluación de impacto ambiental ("EIA") la reactivación de unas centrales nucleares y el consiguiente diferimiento de su cese por un periodo de diez años.

(*) Esta sección ha sido coordinada por Jesús Andrés Sedano Lorenzo, y en su elaboración ha participado Bárbara Fernández Cobo, Claudia Lastella Ortega y Luis Villar González, del Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez.

En primer lugar, el TJUE considera que los trabajos de modernización, adaptación y actualización a la normativa vigente de las centrales integran el concepto de “proyecto” previsto en la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (“Directiva de EIA”), en la medida en que exigen importantes inversiones —unos setecientos millones de euros— y que se altera la realidad física de los emplazamientos con nuevas construcciones.

A continuación, el TJUE analiza si dicho proyecto se encuentra entre los sometidos a EIA. En ese sentido, el TJUE aprecia que los trabajos inherentes a las medidas de reactivación y diferimiento del cese, por sus características, entrañan un riesgo de efectos significativos en el medio ambiente comparables a las medidas de arranque inicial de dichas centrales, y que, por tanto, deben ser sometidos a EIA.

A continuación, el TJUE valora si el no sometimiento a EIA podría justificarse en razones ligadas a la seguridad de suministro de electricidad del Estado miembro en cuestión.

A tal fin el TJUE concluye que, si bien en casos excepcionales ello es posible, en este caso no se han cumplido los requisitos requeridos para ello, tales como examinar la conveniencia de otra forma de evaluación, poner a disposición del público afectado la información recogida al respecto, informar a la Comisión sobre los motivos que justifican la exención previamente a otorgar la autorización y demostrar que el riesgo para la seguridad de suministro que invoca es razonablemente probable y que la urgencia del proyecto justifica que se prescinda de la evaluación.

Por tanto, el TJUE resuelve que los proyectos de reactivación de la producción industrial de electricidad de las centrales nucleares controvertidas y el consiguiente diferimiento de su cese constituyen proyectos que deben ser sometidos a EIA.

Los Estados miembros no están obligados a adoptar sistemas de apoyo para fomentar el uso de energía procedente de fuentes renovables

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima), de 11 de julio de 2019 (as. ac. C-180/18, C-286/18 y C-287/18)

Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial cuyo objeto es la interpretación del artículo 3.3.a) de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (la “Directiva 2009/28”). La Directiva 2009/28 fija objetivos nacionales obligatorios en relación con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía y, con el fin de alcanzarlos, el artículo 3.3.a) permite los Estados miembros aplicar “sistemas de apoyo”.

La cuestión prejudicial se enmarca en sendos litigios entre varias empresas y el Ministerio de Desarrollo Económico de Italia, en los que aquellas alegan su derecho a acogerse a las más ventajosas tarifas de incentivación fijadas en el “Cuarto Plan de Energía” y no a las del “Quinto Plan de Energía”, que redujo considerablemente los incentivos para la producción de energía eléctrica a partir de instalaciones solares fotovoltaicas.

El Tribunal parte de la premisa de que los Estados miembros no están obligados a adoptar sistemas de apoyo para fomentar el uso de energía procedente de fuentes renovables y que, además, disponen de un margen de apreciación para adoptar, modificar o suprimir sistemas de apoyo, siempre que los objetivos marcados se alcancen. Ello sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del derecho en relación a la seguridad jurídica.

Así, el TJUE llega a la conclusión de que el artículo 3.3.a) de la Directiva 2009/28, siempre que queden garantizados los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite a un Estado miembro establecer la reducción, o incluso la supresión, de las tarifas de incentivación fijadas con anterioridad para la energía producida por instalaciones fotovoltaicas.

No se justifica con suficiente detalle el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 39 del Reglamento de Planificación Hidrológica para el dragado del Guadalquivir

[España]

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 8 de julio de 2019

Se resuelve el recurso interpuesto contra el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de diversos Planes Hidrológicos, en lo que atañe al Plan Hidrológico del Guadalquivir ("PHG").

En concreto, se cuestiona la inclusión del dragado del Río Guadalquivir dentro del PHG con base en dos motivos: (i) semejante decisión no puede ser adoptada por un Gobierno en funciones, por cuanto supone una actuación medioambientalmente discutida que pone en riesgo el Parque de Doñana; y (ii) no concurren las condiciones previstas para exceptuar el cumplimiento de los objetivos ambientales exigidas por el artículo 39 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica ("RPH"), y por el artículo 4.7 de la Directiva Marco de Aguas (2000/60/CE).

El Tribunal Supremo rechaza el primer motivo sobre la base de que la revisión del PHG no responde a una iniciativa política del Gobierno, sino a una previsión legal de revisión sexenal prevista en la normativa. La decisión de realizar el dragado "no puede dissociarse del planeamiento [PHG], ha de integrarse en el mismo", por lo que está reconocida la capacidad del Gobierno en funciones para su aprobación. Así, la aprobación del PHG no puede identificarse con el establecimiento de nuevas orientaciones políticas, sino con el "despacho ordinario de los asuntos públicos".

No obstante, la Sala estima el segundo motivo por entender que el PHG no acredita suficientemente el cumplimiento de las condiciones necesarias para realizar el dragado. En particular, considera que tal actuación exige una valoración precisa y circunstanciada de las condiciones previstas en el artículo 39 RPH en relación con los concretos efectos negativos y riesgos para el ecosistema afectado, especialmente cuando se afecta a un espacio con la máxima protección ambiental como el Parque de Doñana.

En consecuencia, el Tribunal Supremo anula las previsiones del PHG relativas al dragado en cuestión.

La aprobación de planes municipales requiere para su validez el sometimiento a EAE y los informes preceptivos del organismo de cuenca, en materia de evaluación de impacto normativo sobre la identidad o expresión de género y sobre el impacto por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 654/2019 de 22 de octubre (Recurso núm. 1528/2017)

El TSJ de Madrid resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por varias asociaciones contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid que aprueba definitivamente el Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos ("PECUAU") para un edificio del distrito centro de Madrid, promovido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid.

La parte recurrente solicitó la anulación del PECUAU argumentando los siguientes motivos: (i) la ausencia de sometimiento a Evaluación Ambiental Estratégica ("EAE"); (ii) la omisión de informes preceptivos tales como el informe favorable del organismo de cuenca sobre disponibilidad de recursos hídricos, de evaluación de impacto de género y por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género; (iii) la desviación de la potestad de planeamiento al encubrir la legalización de eventos y actividades que ya se venían realizando; (iv) la imposibilidad de implantar usos terciarios-recreativos como asociados al uso cualificado del complejo (dotacional de servicios públicos en su clase servicios de la Administración Pública); y (v) el rechazo de la contabilización independiente de los aforos para cada espacio.

El TSJ estima todos los motivos esgrimidos por las recurrentes, salvo el relativo a la desviación de la potestad de planeamiento (iii), ya que considera que carece de sustento probatorio.

En primer lugar, el TSJ considera que el PECUAU debe someterse a EAE con independencia del carácter restringido de su objeto, contenido y alcance, y del hecho de que la ordenación aplicable a la parcela hubiera sido sometido a EAE con anterioridad. En cualquier caso, la exclusión del trámite de EAE habría requerido el pronunciamiento correspondiente del órgano ambiental, lo que no se produjo.

En segundo lugar, el TSJ establece que debería haberse incorporado al procedimiento de aprobación del PECUAM el informe favorable del organismo de cuenca acreditativo de los recursos hídricos existentes para atender las necesidades de la actuación urbanística proyectada, de conformidad con los artículos 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y 22.3.a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, en la medida en que el PECUAM podría suponer un incremento de la demanda de los recursos hídricos como consecuencia de la implantación como uso asociado el terciario-recreativo.

Asimismo, también debería haberse obtenido durante la tramitación del PECUAM el informe de evaluación de impacto normativo sobre la identidad o expresión de género y el informe sobre su impacto por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género. Ambos son informes preceptivos exigidos en la aprobación de las normas (legales y reglamentarias) y resoluciones de la Comunidad de Madrid, de conformidad con los artículos 45.1 de la Ley de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, y 21.2 de la Ley de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual de la Comunidad de Madrid, encontrándose el PECUAM dentro de su ámbito de aplicación.

A continuación, el TSJ estima la imposibilidad de implantar usos terciarios-recreativos como asociados al uso cualificado del complejo, ya que dichos usos no contribuyen al desarrollo de la prestación de servicios administrativos de atención a los ciudadanos en el marco de las funciones propias de la Administración, de acuerdo con las definiciones normativas de los citados usos previstas en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid.

Por último, el TSJ establece que el tipo de actividad terciaria a llevar a cabo debe tomar en consideración la suma de los locales en los que se va a desarrollar, incluso simultáneamente, el uso terciario-recreativo, y no cada local de forma independiente, lo que tiene incidencia, por ejemplo, en la dotación de plazas de aparcamiento.

Así las cosas, el TSJ declara la nulidad de pleno derecho del PECUAM.

Protocolo de alta contaminación

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 177/2019, de 6 de marzo (Recurso 139/2017)

El TSJ de Madrid estima parcialmente el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia que desestimó la impugnación del Decreto 576/2015, de 11 de noviembre, de la Delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, por el que se adoptan las medidas de restricción del tráfico previstas en el protocolo de medidas a adoptar durante episodios de alta contaminación por dióxido de nitrógeno en la ciudad de Madrid (el "Decreto").

El Tribunal estima la existencia de incongruencia omisiva en la sentencia de instancia al no pronunciarse sobre la validez de los apartados impugnados del Decreto, el cual señala que, "en el supuesto de que, durante la aplicación de las medidas anteriormente ordenadas, se modificaran las circunstancias de contaminación, suponiendo el paso a alguno de los otros escenarios previstos en el protocolo de medidas a adoptar durante episodios de alta contaminación por dióxido de nitrógeno, entrarán automáticamente en vigor las medidas de restricción del tráfico previstas para el escenario en cuestión, que se concretan en el vigente protocolo".

A este respecto, la Sala anula tal previsión a la vista de que la norma de la que trae causa el Decreto —el Protocolo de medidas a adoptar durante episodios de alta de alta contaminación por dióxido en el de nitrógeno, aprobado por Acuerdo de 5 de febrero de 2015 de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid (el "Protocolo")— establece que se anunciará la aplicación de las correspondientes medidas una vez alcanzado el escenario que corresponda. Entiende que, por tanto, las medidas de restricción del tráfico no pueden entrar automáticamente en vigor, pues deben acordarse expresamente por el órgano competente y anunciarse debidamente.

En este sentido, la Sala también estima el motivo de recurso según el cual el Decreto surtirá efectos desde su firma, precisamente porque la eficacia del Decreto debía quedar demorada a la señalización oportuna y la publicación del correspondiente anuncio en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*.

En definitiva, se declara la nulidad del punto segundo del Decreto impugnado, en lo que se refiere a que entrarán automáticamente en vigor las medidas de restricción del tráfico, y la nulidad del punto quinto de dicho Decreto, en lo que se refiere a que surtirá efectos desde la fecha de su firma, desestimando el recurso contencioso-administrativo en lo demás.

Licencia ambiental

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 223/2019, de 7 de junio (Recurso núm. 97/2018)

El TSJ de Aragón confirma la anulación acordada en instancia del otorgamiento de licencia de obras para el acondicionamiento de un local social de una peña de un municipio por no haber exigido la oportuna licencia ambiental o de actividad.

Confirma el TSJ que la actividad a desarrollar por la peña en el local (reunión de 99 personas en un local cerrado sito en el bajo de un edificio de viviendas de nueve plantas, con el fin del esparcimiento social, con inclusión de clase de baile en el horario nocturno de los fines de semana hasta las 3 de la mañana), era una actividad clasificada conforme al artículo 71 de la Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón, que establece como actividades molestas *"las que constituyan una perturbación por los ruidos o vibraciones o que produzcan manifiesta incomodidad por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen"*. Por tanto, la actividad debía obtener una licencia de actividad clasificada.

No se atiende así al argumento del Ayuntamiento de Jaca sobre la exención de tal licencia aplicable a celebraciones privadas del artículo 4 de la Ley 11/2005 de 28 de diciembre, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de Aragón: *"Está excluida del ámbito de aplicación de esta Ley los actos o celebraciones privadas, de carácter familiar o social, que no estén abiertos a pública concurrencia y los que supongan el ejercicio de derechos fundamentales consagrados en la Constitución"*. Entiende la Sala que es indiferente si la actividad es de pública concurrencia o no, pues lo relevante es si la actividad es inocua o si, por el contrario, constituye una actividad molesta o insalubre.

A la vista de las circunstancias del caso, la Sala entiende que la actividad puede ocasionar tantas molestias como un establecimiento público y confirma la sentencia anulatoria de instancia.

MERCANTIL *

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Empresas de servicios de inversión *Reglamento (UE) 2019/2033 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 relativo a los requisitos prudenciales de las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 1093/2010, (UE) 575/2013, (UE) 600/2014 y (UE) 806/2014*

De conformidad con la exposición de motivos, los actuales regímenes prudenciales se basan en gran medida en iteraciones sucesivas de normas internacionales de regulación establecidas para los grandes grupos bancarios por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea y abordan solo parcialmente los riesgos específicos inherentes a las diversas actividades de un gran número de empresas de servicios de inversión. Por lo tanto, las vulnerabilidades y los riesgos específicos inherentes a esas empresas de servicios de inversión deben tratarse específicamente mediante medidas prudenciales apropiadas y proporcionadas a nivel de la Unión.

A estos efectos, el Reglamento establece los requisitos prudenciales uniformes que se aplican a las empresas de servicios de inversión autorizadas y supervisadas conforme a la Directiva 2014/65/UE, y supervisadas en cuanto al cumplimiento de los requisitos prudenciales con arreglo a la Directiva 2019/2034.

- Directiva (UE) 2019/2034 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 relativa a la supervisión prudencial de las empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican las Directivas 2002/87/CE, 2009/65/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/59/UE y 2014/65/UE

La Directiva establece diversas normas relativas al capital inicial de las empresas de servicios de inversión, las facultades y los instrumentos para la supervisión prudencial de las empresas de servicios de inversión por parte de las autoridades competentes, la supervisión prudencial de las empresas de servicios de inversión por parte de las autoridades competentes de manera coherente con las normas que establece el Reglamento 2019/2033 y los requisitos de publicación de las autoridades competentes en el ámbito de la reglamentación y la supervisión prudenciales de las empresas de servicios de inversión.

Información sobre sostenibilidad *Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad*

El Reglamento establece normas armonizadas sobre la transparencia que deberán aplicar los participantes en los mercados financieros y los asesores financieros en relación con la integración de los riesgos de sostenibilidad y el análisis de las incidencias adversas en materia de sostenibilidad en sus procesos y la información en materia de sostenibilidad respecto de productos financieros.

Fusiones y escisiones transfronterizas *Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas*

La Directiva establece normas armonizadas sobre las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas con el fin de contribuir a la supresión de las restricciones a la libertad de esta-

(*) Esta sección ha sido elaborada por Ignacio Klingenberg, Raquel López, Ane Lamela, Luis Knörr, María Fernández, Joana Torres Ereio, Sofia Calado Ferreira y Belén García Martínez, del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Bilbao y Lisboa).

blecimiento y, al mismo tiempo, reforzar la protección de las partes interesadas (en particular, los trabajadores, los acreedores y los socios).

Protección de los consumidores

Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión

La Directiva modifica diversos aspectos de las normas de protección de los consumidores de la Unión con el fin de, entre otros, (i) facilitar una aplicación más coherente de las sanciones, en particular en el caso de las infracciones dentro de la Unión, las infracciones generalizadas y las infracciones generalizadas con dimensión en la Unión; (ii) regular la oferta de bienes y servicios digitales a consumidores a través de motores de búsqueda; (iii) fomentar la transparencia en el posicionamiento de productos y servicios en buscadores en línea; (iv) reforzar el ejercicio del derecho de desistimiento; (v) regular los supuestos de recomendaciones de productos o servicios por parte de otros usuarios; y (vi) uniformizar la regulación europea en materia de prácticas agresivas o engañosas frente a consumidores.

En definitiva, la norma incluye diversas disposiciones encaminadas a la mejora de la aplicación y la modernización de la legislación en materia de protección de los consumidores.

Bonos garantizados

Directiva (UE) 2019/2162 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la emisión y la supervisión pública de bonos garantizados y por la que se modifican las Directivas 2009/65/CE y 2014/59/UE

Tiene por objeto establecer normas de protección de los inversores en relación con bonos garantizados, incluyendo novedades acerca de, entre otros, los requisitos para su emisión, sus características estructurales, la supervisión pública de los bonos garantizados y sus requisitos de publicación.

- Reglamento (UE) 2019/2160 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por el que se modifica el Reglamento (UE) 575/2013 en lo que respecta a las exposiciones en forma de bonos garantizados

El Reglamento tiene por objeto garantizar la aplicación coherente del nuevo marco que establece las características estructurales de la emisión de bonos garantizados y los requisitos modificados en materia de trato preferente. Por tanto, debe aplicarse en conjunción con las disposiciones de derecho nacional de transposición de la Directiva (UE) 2019/2162.

A fin de garantizar la aplicación coherente de este nuevo marco, la aplicación del Reglamento se aplaza para que coincida con la fecha a partir de la cual los estados miembros deban aplicar las disposiciones de derecho nacional de transposición de dicha Directiva.

Convergencia en la supervisión

Reglamento (UE) 2019/2175 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2019, por el que se modifican el Reglamento (UE) 1093/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea); el Reglamento (UE) 1094/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación); el Reglamento (UE) 1095/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados); el Reglamento (UE) 600/2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros; el Reglamento (UE) 2016/1011, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión; y el Reglamento (UE) 2015/847 relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos

Modifica varias normas de la Unión con el objetivo de seguir avanzando en la convergencia de la supervisión a fin de completar la Unión de los Mercados de Capitales, de manera que los servicios financieros y la Unión de los Mercados de Capitales cuenten con un marco reglamentario y de supervisión adecuado para aprovechar el impulso creciente de la financiación sostenible y la innovación tecnológica.

Ello requerirá una contribución activa de las Autoridades Europeas de Supervisión (esto es, la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, y la Autoridad Europea de Valores y Mercados), a cuyos efectos se modifican varias normas de la Unión para otorgarles facultades reforzadas, en particular con el objetivo de prevenir y combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Transparencia, intercambio de información y prevención del blanqueo de capitales

Directiva (UE) 2019/2177 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 2009/138/CE sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros y la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo

Modifica varias normas de la Unión a fin de reforzar (i) la transparencia en los mercados financieros (en materia de calidad de los datos de negociación y del tratamiento y suministro de dichos datos); (ii) el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades de supervisión y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación; y (iii) la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

Supervisión del sistema financiero. Riesgo sistémico

Reglamento (UE) 2019/2176 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2019, por el que se modifica el Reglamento (UE) 1092/2010 relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico

Modifica la composición y organización de la Junta Europea de Riesgo Sistémico a fin de adecuarla a los recientes cambios en la estructura de supervisión financiera de la Unión (en particular, la creación de una Unión Bancaria) y facilitar el intercambio de la información relacionada con medidas destinadas a subsanar los riesgos sistémicos en todo el sistema financiero de la Unión.

Reparto de dividendos *Recomendación del Banco Central Europeo de 17 de enero de 2020 sobre las políticas de reparto de dividendos*

Establece recomendaciones específicas para el reparto de dividendos correspondientes al ejercicio 2019 durante el ejercicio 2020 con el objetivo de que las entidades de crédito establezcan las políticas de dividendos sobre la base de presunciones prudentes y conservadoras, de manera que, después de repartir dividendos, cumplan los requisitos de capital aplicables y lo establecido conforme al proceso de revisión y evaluación supervisora.

[España]

Bancario y Mercado de Valores

Real Decreto 736/2019, de 20 de diciembre, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago y por el que se modifican el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE de 24 de diciembre de 2019)

Regula la creación de las entidades de pago, así como los aspectos básicos de su actuación, tales como su procedimiento de creación y autorización, la modificación de sus estatutos, la ampliación de sus actividades o las modificaciones estructurales en las que intervenga una entidad de pago.

Asimismo, se regula la actividad transfronteriza de las entidades de pago, incluyendo (i) la actuación en España de entidades de pago autorizadas en otro Estado miembro (sobre la base de un procedimiento de comunicación de información entre las autoridades de supervisión de cada Estado miembro); (ii) el procedimiento de autorización en los casos en que una entidad española pretenda abrir una sucursal o acceder a la libre prestación de servicios en el territorio de un Estado no miembro de la Unión Europea; y (iii) el procedimiento para la creación o

adquisición de participaciones, por parte de una entidad española, en entidades de un Estado no miembro de la Unión Europea que puedan considerarse análogas a una entidad de pago.

Por otra parte, el Real Decreto regula el recurso a agentes y la externalización de funciones por parte de las entidades de pago, estableciendo la exigencia de remitir al Banco de España determinada información sobre los agentes y de inscribirlos en el Registro Especial del Banco de España. Respecto a la externalización de funciones operativas importantes, la norma define qué funciones operativas pueden considerarse como tales, establece la obligación de comunicación previa al Banco de España en estos casos e introduce las condiciones para el ejercicio de dicha externalización.

Igualmente, contiene disposiciones relativas a las garantías de solvencia y a la protección al usuario, estableciendo las obligaciones que sobre dichas cuestiones deben cumplir las entidades de pago, incluidas las prestadoras del servicio de iniciación de pagos y las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas.

Por último, recoge el régimen sancionador y el de supervisión en cuanto a la estructura de capital y en materia de conducta aplicables a las entidades de pago.

- Circular 4/2019, de 26 de noviembre, del Banco de España, a establecimientos financieros de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros

La circular regula los documentos que los establecimientos financieros de crédito y sus grupos deben publicar, así como las normas de reconocimiento, valoración, presentación, información para incluir en la memoria y desglose que se deben aplicar en su elaboración, incluyendo los modelos de estados financieros públicos y reservados. Mantiene la convergencia de la normativa contable nacional con las Normas Internacionales de Información Financiera adoptadas por la Unión Europea (NIIF-UE), conforme a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 1606/2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad (Reglamento NIC).

- Circular 2/2019, de 27 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 1/2017, de 26 de abril, sobre los contratos de liquidez

Las disposiciones de la Circular pretenden (i) facilitar el acceso a los contratos de liquidez a un mayor número de sociedades emisoras (especialmente, a aquellas cuyas acciones tienen una liquidez menor); (ii) establecer un nuevo límite aplicable en aquellos contratos suscritos por sociedades emisoras cuyas acciones no dispongan de un mercado líquido y se negocien en un mercado regulado a través de un sistema de contratación de *fixing* o en un sistema multilateral de negociación (sin perjuicio de la posibilidad de que la CNMV excepcionalmente autorice su aplicación a los contratos suscritos por emisores cuyas acciones negocien en un mercado regulado a través del sistema de contratación general); y (iii) regular las condiciones aplicables en los períodos de subasta.

- Resolución de 9 de enero de 2020, de la Presidencia del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se crea y regula la sede electrónica y el registro electrónico de la entidad

En virtud de la resolución se crea la sede electrónica y el registro electrónico del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y se determina su régimen de funcionamiento. Inicialmente, podrán tramitarse a través del registro electrónico del FROB instancias generales o solicitudes, quejas y sugerencias, recursos y reclamaciones, y solicitudes de ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

País Vasco. Otras materias

Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi (BOPV de 30 de diciembre de 2019)

Esta nueva Ley unifica la regulación vasca en materia de sociedades cooperativas e introduce ciertas novedades en materias tales como (i) la responsabilidad de la sociedad y de las personas socias frente a terceros, así como el régimen de imputación de pérdidas y la flexibilización del límite de imputación al fondo de reserva obligatorio; (ii) el buen gobierno corporativo (inclu-

yendo normas relativas a la composición del órgano de administración, los deberes de diligencia y lealtad de los administradores, la remuneración de estos o la protección de la discrecionalidad empresarial); (iii) la obligatoriedad de que ciertas cooperativas cuenten con un sistema de prevención de delitos; (iv) la flexibilización del régimen de contratación de trabajadores por cuenta ajena en las cooperativas de trabajo asociado; (v) las modificaciones estructurales de las cooperativas; o (vi) la creación de nuevos tipos de cooperativas, como las cooperativas "junior".

- Decreto 115/2019, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco (BOPV de 1 de agosto de 2019)

El Decreto tiene como objeto el desarrollo de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco, en ejecución de lo previsto en su disposición final primera. Asimismo, la necesidad y oportunidad de su aprobación derivan de las modificaciones y novedades introducidas por la citada Ley que se prevé desarrollar, concretar e interpretar.

Como novedad, regula en un mismo cuerpo normativo las cuestiones relativas al protectorado y registro de fundaciones del País Vasco. Asimismo, se regulan diversos aspectos relativos al órgano de gobierno de las fundaciones y otras cuestiones de naturaleza más sustantiva relacionadas con el patrimonio, el funcionamiento y las actividades de aquellas.

[Portugal]

Crowdfunding – Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo

Regulamento n.º 686/2019, de 2 de setembro (DR 167, Série II, de 8 de agosto de 2019)

O Regulamento n.º 686/2019 ("Regulamento"), publicado no dia 8 de agosto de 2019, que deverá ser aplicado em conjunto com a Lei nº 83/2017, de 18 de agosto ("Lei"), veio especificar quais são os deveres de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo a que estão sujeitas as entidades gestoras de plataformas de financiamento colaborativo por donativo ou com recompensa.

A Lei 83/2017, estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, tendo vindo alargar o tipo de entidades obrigadas ao seu cumprimento, bem como o catálogo de deveres e obrigações a estas aplicáveis.

Em especial, a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica passa agora a ter competência para fiscalizar as entidades gestoras de plataformas de financiamento colaborativo por donativo ou com recompensa (que exerçam atividade em território nacional ou que nele sejam produzidos efeitos derivados do exercício da sua atividade), as quais passaram agora a estar obrigadas ao cumprimento do Regulamento e da Lei.

Os deveres mais importantes estabelecidos no Regulamento são: (i) registo e comunicação prévia junto da Direção-Geral das Atividades Económicas; (ii) registo, por cada projeto, da identificação dos beneficiários e apoiantes, dos montantes concedidos de maneira individualizada e do modo de pagamento; (iii) conservação destas informações em suporte informático pelo período de cinco anos.

Fundos De Crédito E Supervisão Prudencial De Sociedades Gestoras De Fundos De Investimento E De Fundos De Titularização De Créditos

Decreto-Lei n.º 144/2019, de 23 de setembro (DR 182, Série I, de 23 de setembro de 2019)

O Decreto-Lei n.º 144/2019, de 23 de setembro ("Decreto-Lei 144/2019"), veio introduzir a figura dos fundos de créditos ou *loan funds* ("Fundos de Créditos"), com o intuito de dinamizar o mercado de capitais e diversificar as fontes de financiamento das pequenas e médias empresas.

Os Fundos de Créditos são qualificados como organismos de investimento alternativo especializado de créditos e estão regulados no Regime Jurídico do Capital de Risco, do Empreendedorismo Social e do Investimento Especializado, aprovado pela Lei n.º 18/2015, de 4 de março.

As principais especificidades dos Fundos de Créditos são as seguintes:

- (i) Objeto: concretiza-se na concessão e aquisição de créditos;
- (ii) Comercialização: os Fundos de Créditos apenas podem ser comercializados junto de investidores qualificados;
- (iii) Operações proibidas: encontra-se vedada aos Fundos de Créditos:
 - A realização de vendas a descoberto de instrumentos financeiros, a utilização de operações de financiamento direto ou indireto de valores mobiliários, incluindo o empréstimo de valores mobiliários, e a utilização de instrumentos financeiros derivados, exceto com finalidades de cobertura de risco;
 - A concessão de empréstimos a (i) pessoas singulares; (ii) instituições de crédito; (iii) participantes diretos e indiretos nos respetivos Fundos de Créditos; (iv) à respetiva entidade gestora e entidades que se encontram em relação de domínio ou de grupo com a entidade gestora, ou as entidades com quem aquelas se encontrem em relação de domínio ou de grupo; (v) ao depositário e entidades subcontratadas ou em relação de domínio ou de grupo com aquelas; e (vi) a outros organismos de investimento coletivo.
- (iv) Limites ao endividamento: os Fundos de Créditos podem contrair empréstimos destinados à concessão de crédito, desde que observados os seguintes limites: (i) com duração não inferior à duração dos respetivos ativos que pretendem financiar; e (ii) até ao limite de 60% do respetivo ativo total;
- (v) Supervisão: os Fundos de Créditos ficam sujeitos à supervisão da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários ("CMVM").

Por último, o regime normativo aplicável aos Fundos de Créditos será desenvolvido através de regulamento da CMVM.

O Decreto-Lei 144/2019 procedeu ainda à transferência do Banco de Portugal ("BdP") para a CMVM das competências de supervisão prudencial sobre as sociedades gestoras de fundos de investimento e de fundos de titularização de créditos, de modo a concentrar as funções de supervisão prudencial e comportamental numa única autoridade de supervisão.

O Decreto-Lei 144/2019 entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2020.

ECOMPENSA – Sistema eletrónico de Compensação voluntária de Créditos

Decreto-Lei n.º 150/2019, de 10 de outubro (DR 195, Série I, de 10 de outubro de 2019)

Este diploma veio criar o ECOMPENSA, um sistema eletrónico de compensação voluntária de créditos cujo objetivo é promover uma maior eficiência na extinção de obrigações, visando evitar o recurso a mecanismos de endividamento e reduzir a existência de crédito malparado.

O ECOMPENSA está integrado por plataformas eletrónicas devidamente credenciadas para efeitos de compensação voluntária de créditos de que sejam pessoas coletivas ou pessoas singulares, titulares de um número de identificação fiscal e que a elas tenham aderido voluntariamente. O Decreto-Lei esclarece ainda que apenas são compensáveis as obrigações pecuniárias emergentes de ato ou negócio jurídico, vencidas e exigíveis.

Por forma a garantir a utilidade, segurança e eficácia do recurso a este sistema, o Decreto-Lei estabelece como momento da produção de efeitos da compensação o registo da ordem de compensação na plataforma (não se aplicando, assim, a retroatividade prevista no artigo 854.º do Código Civil), e a irrevogabilidade e oponibilidade perante terceiros em caso de insolvência ou equivalente das ordens de compensação.

Requisitos de qualificação, formação e aperfeiçoamento contínuo dos profissionais afetos à atividade de distribuição de seguros e resseguros

Norma Regulamentar n.º 6/2019-R, de 3 de setembro (DR 200, Série II, de 17 de outubro de 2019)

Foi publicada a Norma Regulamentar da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (“ASF”) n.º 6/2019-R, de 3 de setembro (“Norma Regulamentar n.º 6/2019-R”), que veio definir os requisitos a observar em termos de qualificação, formação e aperfeiçoamento profissional contínuo dos candidatos a mediadores de seguros ou de resseguros que sejam pessoas singulares, dos membros do órgão de administração do mediador de seguros ou de resseguros responsáveis pela atividade de distribuição de seguros e das pessoas diretamente envolvidas na atividade de distribuição de seguros ou de resseguros.

Em especial, a Norma Regulamentar da ASF veio estabelecer, nos termos e para os efeitos dos artigos 13.º e 25.º do regime jurídico da distribuição de seguros e de resseguros, aprovado em anexo à Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro:

- (i) os procedimentos para reconhecimento dos cursos sobre seguros;
- (ii) os requisitos em matéria de qualificação adequada, incluindo o programa e a duração dos cursos sobre seguros e a possibilidade de formação à distância;
- (iii) o funcionamento da comissão técnica, referida no n.º 4 do artigo 13.º do regime jurídico da distribuição de seguros e de resseguros;
- (iv) os procedimentos e requisitos mínimos para o reconhecimento de entidades formadoras responsáveis pela formação e aperfeiçoamento profissional contínuo; e
- (v) os procedimentos e requisitos aplicáveis em relação à conformação da qualificação adequada obtida e dos cursos sobre seguros reconhecidos ao abrigo do Decreto-lei n.º 114/2006, de 31 de julho.

Com a entrada em vigor da Norma Regulamentar n.º 6/2019-R, são revogados os artigos 16.º a 22.º-A da Norma Regulamentar da ASF n.º 17/2006-R, de 29 de dezembro.

A Norma Regulamentar n.º 6/2019-R entrou em vigor no dia 18 de outubro de 2019.

Instituição e Registo de Fundações

Decreto-Lei n.º 157/2019, de 22 de outubro (DR 203, Série I, de 22 de outubro de 2019)

O presente Decreto-Lei, com entrada em vigor a 1 de janeiro de 2020, veio regulamentar o registo das fundações, previsto na Lei-Quadro das Fundações e aplicável às fundações portuguesas e estrangeiras que desenvolvam os seus fins no território nacional.

Esta medida proporcionará informação relativa às fundações através de uma base de dados para consulta pública mantida e disponibilizada pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I. P.

Este diploma veio também possibilitar a instituição de fundações através de documento particular autenticado, em alternativa ao já previsto regime de instituição por escritura pública.

“Whistleblowing” – Proteção das Pessoas que denunciam Violações do Direito da UE

Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019 (JOUE L 305/17, de 26 de novembro de 2019)

A Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho em referência (a “Diretiva”) tem como finalidade a criação de um conjunto de mecanismos que confirmam uma proteção eficaz para as pessoas que, no âmbito da sua atividade profissional, tomam conhecimento e pretendem denunciar violações do Direito da União Europeia, no mais variado conjunto de matérias, onde se incluem as seguintes: (i) contratação pública; (ii) serviços, produtos e mercados financeiros e prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo; (iii) segurança e conformidade dos produtos; (iv) proteção do ambiente; (v) saúde pública e (vi) proteção da privacidade e dos dados pessoais e segurança da rede e dos sistemas de informação. A proteção conferida pela Diretiva abrange ainda as denúncias de violações que sejam lesivas dos interesses financeiros da UE ou que estejam relacionadas com o mercado interno, o que inclui violações de regras europeias em áreas como a concorrência, os auxílios estatais ou a fiscalidade societária.

Relativamente ao âmbito de aplicação subjetivo da Diretiva, este aplica-se a denunciante que, trabalhando no setor público ou privado, tenham obtido informações sobre violações em con-

texto profissional, ficando aberta a possibilidade de interpretação do que pode ser considerado contexto profissional para estes efeitos, na medida em que a Diretiva prevê um elenco não taxativo de denunciadores protegidos.

Por outro lado, a Diretiva articula um sistema de denúncias por três canais distintos: (i) um sistema interno, a ser aplicado no seio das entidades jurídicas dos setores privados e públicos; (ii) um sistema externo, que implica a criação por parte dos Estados-Membros de uma autoridade competente para receber, dar retorno de informação e dar seguimento a denúncias; e (iii) revelação pública de informação sobre infrações (por exemplo, através dos meios de comunicação).

No âmbito da criação do mecanismo interno - ao qual é dada primazia nos casos em que o denunciante considere não existir risco de retaliação - a Diretiva prevê a criação de canais de receção de denúncias que sejam apresentadas de forma escrita ou verbal, de mecanismos de aviso de receção, a designação de uma pessoa ou serviço imparcial competente para dar seguimento às denúncias e mecanismos de retorno de informação de forma clara e facilmente acessível, num prazo razoável, após a apresentação da denúncia.

Por sua vez, o sistema externo deve promover a criação de canais de denúncia nos termos elencados acima, com a garantia de que os canais beneficiam de autonomia e independência, através da limitação ao seu acesso por pessoal autorizado, assegurando a integridade e confidencialidade da informação. Os Estados-Membros deverão, ainda, garantir a divulgação das informações relativas à possibilidade de denúncia através desta via, nomeadamente através da respetiva página da internet.

Por último, a divulgação pública entende-se como a disponibilização ao público de informação sobre infrações em relação às matérias acima identificadas. Esta forma de divulgação é um mecanismo subsidiário que poderá ser utilizado quando: (i) tenham sido esgotados os mecanismos supra referidos sem que tenham sido tomadas medidas adequadas; (ii) se considere que existe um perigo iminente/manifesto para o interesse público; ou (iii) em caso de denúncia externa, exista um risco de retaliação ou haja uma perspetiva diminuta de que a violação seja resolvida de forma eficaz.

A par da criação dos mecanismos de denúncia que foram elencados, os Estados-Membros devem garantir que é respeitada a obrigação de confidencialidade quanto à identificação do denunciante, o que não obsta à partilha de informação que seja considerada essencial no âmbito de uma investigação pelas autoridades competentes. Deve ser, ainda, assegurado o cumprimento do RGPD no intercâmbio de informação de dados pessoais realizado pelas autoridades competentes, os quais não deverão sequer ser recolhidos caso se mostrem manifestamente irrelevantes para o tratamento da denúncia.

Os Estados-Membros encontram-se vinculados a aprovar as disposições legais necessárias para dar cumprimento à Diretiva até 17 de dezembro de 2021 e no que respeita às normas dirigidas às entidades jurídicas do setor privado, estas encontram-se obrigadas a criar os mecanismos ali exigidos até 17 de dezembro de 2023.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada

Resolución de 10 de julio de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de agosto de 2019)

En este caso, se suspende la inscripción de la escritura de disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada porque en el balance figuraba la cuenta "118: Aportaciones de socios" con signo negativo. A criterio del registrador, dicha cuenta solo puede tener un saldo positivo o con importe cero, de modo que se trataría de una aportación a fondo perdido realizada por el socio único para compensar las pérdidas de la sociedad, y su importe no podría ser negativo, pues, una vez compensadas las pérdidas, su resultado final sería cero.

La DGRN entiende que la información sobre las aportaciones del socio único resulta superflua a los efectos de la liquidación societaria, dado que lo determinante es que el liquidador manifiesta en la escritura que *"tal y como consta en el balance incorporado no hay activo ni pasivo exigible, habiendo superado las pérdidas el importe correspondiente al capital social y habiendo sido necesario realizar por el socio único aportaciones a fondo perdido. Por lo que dado que no existe haber partible, su cuota de liquidación asciende a 0 euros"*.

En este sentido, destaca la DGRN que, a efectos de la cancelación de asientos registrales, debe admitirse la manifestación que realice el liquidador, bajo su responsabilidad —y confirmada por el contenido del balance aprobado— en relación con la inexistencia de activo y de acreedores. Por ello, se estima el recurso y se revoca la nota de calificación del registrador.

Modificación de estatutos sociales. Convocatoria de junta general

Resolución de 19 de julio de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 7 de agosto de 2019)

Debe decidirse en el presente caso si es inscribible la disposición de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada que establece que las juntas generales deberán ser convocadas *"por medio de cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, incluyendo medios electrónicos, realizada tanto por el servicio postal universal como por un operador distinto, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o que conste en la documentación de la sociedad (considerándose como tal el que figure en el Libro Registro de Socios, y a falta de él, el domicilio que conste en el documento o título de adquisición de la condición de socio) o en la dirección de correo electrónico facilitada por cada socio y que conste asimismo en el Libro Registro de Socios (con confirmación de lectura teniendo en cuenta que la negativa de confirmación a la petición de lectura del envío del correo de convocatoria producirá los efectos de la misma siempre que no hubiera sido devuelto por el sistema)"*.

A criterio de la DGRN, el sistema previsto permite asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio. Respecto de la prueba de la recepción, considera que, en el estado actual de los envíos telemáticos, puede fácilmente obtenerse, por ejemplo, mediante los sistemas de la denominada "confirmación de entrega". Además, la disposición estatutaria incluye la confirmación de lectura, sin que ello pueda quedar empañado por el inciso final que establece que *"la negativa de confirmación a la petición de lectura del envío del correo de convocatoria producirá los efectos de la misma siempre que no hubiera sido devuelto por el sistema"*, pues este solo puede entenderse como una vía para que, acreditada en la forma pactada la remisión y recepción, prevalezca tal procedimiento sobre una eventual actitud obstruccionista del socio.

En definitiva, el centro directivo considera que, atendiendo, además, a la realidad social sobre la utilización de las comunicaciones por vía telemática y al principio de autonomía de la voluntad, resulta la admisibilidad de la cláusula estatutaria, lo que conlleva la estimación del recurso y la revocación de la calificación impugnada.

Constitución de sociedad de responsabilidad limitada

Resolución de 9 de agosto de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 30 de octubre de 2019)

Se plantea en este caso la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, unipersonal, en la que las participaciones en que se divide el capital social han sido desembolsadas por la socia única, casada en gananciales, mediante la aportación de determinados bienes muebles. La inscripción es suspendida por el registrador porque, a su juicio, debe consentir a la aportación de tales bienes el cónyuge de la socia única, por aplicación de los artículos 1361, 1375 y 1377 del Código Civil.

La DGRN rechaza el defecto alegado sobre la base de que el objeto propio de inscripción en el Registro Mercantil no son los negocios singulares de asunción de las nuevas participaciones creadas y las consiguientes titularidades jurídico reales que se derivan de ellos, sino el hecho de que la aportación cubre la cifra de capital social. Así, entiende en este caso que el contrato de sociedad celebrado es válido, aun cuando, por no tener pleno poder de disposición el cónyuge aportante, el desplazamiento patrimonial es claudicante mientras el acto pueda ser anulado por el consorte.

Concluye la DGRN que, habiéndose realizado el desembolso del capital social, no puede calificarse como nula la sociedad de acuerdo con el artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital, sin perjuicio de que, si la transmisión del dominio del bien aportado deviene ineficaz, la sociedad podrá reintegrarse por los cauces legalmente establecidos. Por tanto, la eventual declaración de nulidad de la aportación puede suponer que (i) la sociedad siga funcionando al no verse afectado el importe mínimo de capital social, o (ii) entre en un periodo de liquidación, pero en ningún caso puede producirse una nulidad sobrevenida del contrato de sociedad.

A la luz de lo anterior, se estima el recurso y se revoca la calificación impugnada.

Remuneración de administradores

Resolución de 9 de agosto de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 30 de octubre de 2019)

En el presente caso se rechaza la inscripción de una disposición estatutaria relativa a la remuneración de los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada, que señala que "la retribución de los miembros del consejo de administración (...) estará compuesta por (i) una asignación fija, dinerario y en especie y, en su caso, (ii) dietas por asistencia a las reuniones del Consejo de Administración (...)". El registrador argumenta que "está indeterminado si existen o no dietas como parte de la retribución".

Tras recordar que el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en los estatutos, el centro directivo apunta que, interpretada en el sentido más adecuada para que produzca efecto, la disposición estatutaria transcrita debe reputarse válida: se prevé, efectivamente, el sistema de retribución mediante dietas de asistencia, cuya cuantía deberá ser determinada por la junta general y cuya percepción solo procederá "en su caso" (i. e., cuando el consejero asista a las reuniones del consejo). Consecuentemente, la DGRN estima el recurso y revoca la calificación registral.

Apoderamiento

Resolución de 10 de septiembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de noviembre de 2019)

En el presente caso se analiza la posibilidad de que una persona física, representante de una sociedad ("Sociedad A") que ostenta el cargo de administradora única de otra ("Sociedad B"), otorgue, en su condición de representante de la administradora única de la Sociedad B, un poder en favor de ella misma para actuar en nombre de la Sociedad B, con determinadas facultades.

El registrador considera que no es posible inscribir dicho apoderamiento, ya que "al tratarse de persona física, representante del Administrador Único, ya ostenta las facultades como tal, sin que proceda reiteración o limitación de las mismas; y además el apoderamiento no puede ser objeto de revocación sin contar con la voluntad de dicho apoderado, lo cual haría ilusoria la revocación de la representación voluntaria en este supuesto".

La DGRN desestima el recurso presentado contra la nota de calificación del registrador, dado que, en el supuesto planteado, el apoderado no es propiamente la sociedad administradora única (Sociedad A), sino la persona natural designada por esta para ejercer el cargo de administrador. Continúa afirmando que, tal y como alega la recurrente, el apoderamiento se otorga en favor de dicha persona natural como un tercero y no a la propia sociedad administradora. La DGRN aclara, sin embargo, que debe entenderse que mientras concurren en esa misma persona las dos condiciones (representante de la Sociedad A y apoderada) dependería de la propia apoderada, mientras sea también el representante de la Sociedad A (administradora única de la Sociedad B), la subsistencia del poder conferido, de modo que sería ilusoria la revocabilidad de la representación voluntaria en tal supuesto y la exigencia de responsabilidad que al administrador correspondería (de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 15 de marzo de 2011).

Constitución de sociedad civil profesional

Resolución de 18 de septiembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 8 de noviembre de 2019)

La cuestión que debe decidirse es si resulta o no inscribible la escritura de constitución de una sociedad profesional "stricto sensu" de notarios.

El registrador rechaza su inscripción al considerar inescindibles las condiciones de funcionario público y profesional del derecho del notario y dada la imposibilidad de que su actividad como funcionario público (el ejercicio de la fe pública) pueda ser objeto de una sociedad profesional.

La recurrente alega que, al realizar el análisis, el artículo 1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales debe ponerse en relación con el artículo 5 de la citada ley, que distingue el ejercicio de la actividad profesional y la imputación de sus resultados, de tal modo que la prestación de la fe pública por el notario no podría ser realizada directamente por la sociedad, pero sí imputarse a ella los resultados económicos de tal ejercicio individual.

La DGRN considera que, atendiendo a la vertiente funcional del estatuto jurídico del notario, resulta imposible que dicha función pueda ser ejercida por una sociedad profesional en los términos previstos en la citada Ley 2/2007, dado que la responsabilidad disciplinaria del notario (en tanto que funcionario público) es individual, y también ha de ser individual el seguro de responsabilidad civil que debe concertar obligatoriamente (como profesional del derecho).

En consecuencia, la DGRN desestima el recurso y confirma la calificación registral impugnada.

Escisión parcial

Resolución de 19 de septiembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 8 de noviembre de 2019)

Se rechaza la inscripción de una escisión parcial de una sociedad de responsabilidad limitada, con transmisión en bloque y por sucesión universal en favor de otra sociedad de responsabilidad limitada, íntegramente participada por aquella, de una unidad económica que consiste en la totalidad de las participaciones sociales de la propia sociedad beneficiaria. Adicionalmente, se reduce el capital social y las reservas de la sociedad beneficiaria y se adjudican a los socios de la sociedad escindida, en la proporción correspondiente, las mismas participaciones objeto de transmisión.

El registrador sostiene que (i) no se produce ninguna alteración en el patrimonio de la sociedad beneficiaria de la escisión, siendo nula (*ex* artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital) la transmisión a esta de todas las participaciones, además de efímera, debido a que en la misma operación se entregan dichas participaciones a los socios de la sociedad escindida; y (ii) el objeto de toda escisión tiene que ser una unidad económica, pero no puede tener tal consideración el conjunto de participaciones de otra sociedad.

La DGRN, en contra del criterio del registrador, declara que no puede entenderse que sea nula la adquisición, por la sociedad beneficiaria de la escisión, de sus propias participaciones, dado que lo permite el artículo 140.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital (*i. e.*, la adquisición derivativa por la sociedad de sus participaciones sociales cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal).

Añade, asimismo, el centro directivo que no puede defenderse el parecer del registrador en cuanto a que las participaciones sociales traspasadas no pueden constituir una unidad económica, apoyándose en que el legislador fiscal (*ex* artículo 76.2.1.c) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades) lo admite.

Finalmente, la DGRN, a la vista de que la justificación económica de la escisión es la reestructuración del grupo societario familiar con separación del negocio inmobiliario (que se desarrolla mediante la sociedad beneficiaria) respecto de otros negocios, remarca que el fin de la operación es separar los riesgos propios de cada actividad, racionalizando recursos y articulando una gestión separada de cada negocio, de modo que el negocio inmobiliario, que desarrolla la sociedad beneficiaria, deja de estar participado por la sociedad escindida para pasar a estar participado directamente por la familia, pudiendo llevar a cabo, asimismo, el relevo generacional correspondiente.

En consecuencia, la DGRN estima el recurso y revoca la calificación registral.

Cese y nombramiento de representante persona física de una sociedad de responsabilidad limitada

Resolución de 20 de septiembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 13 de noviembre de 2019)

Se pretende la inscripción de una escritura de cese y nombramiento de persona física representante de una sociedad de responsabilidad limitada para ejercer el cargo de administrador de una sociedad anónima, en la que la propia sociedad administradora manifiesta que la persona nombrada no está incurso en ninguna de las causas de incompatibilidad previstas en la legislación vigente.

La registradora suspende la inscripción por entender que, debido al carácter permanente de la designación de la persona física representante y de su régimen de responsabilidad, es necesario que dicha persona acepte la designación, y es la persona física designada representante a la que corresponde realizar la manifestación sobre la ausencia de incompatibilidades.

En relación con la primera cuestión, a criterio de la DGRN, se desprende inequívocamente del artículo 212 bis, apartado 2 *in fine*, de la Ley de Sociedades de Capital, como requisito para la inscripción, la necesidad de aceptación por parte del representante persona física designado, toda vez que del artículo 215 Ley de Sociedades de Capital al que se remite aquel resulta que, solo una vez aceptada dicha designación, se podrá presentar esta a inscripción.

Por el contrario, respecto a la manifestación sobre la ausencia de incompatibilidades, la DGRN considera que, puesto que ninguna norma exige expresamente para la inscripción de la designación la necesidad de que dicha manifestación sea realizada por parte del representante designado, no existe ningún impedimento para considerar suficiente la manifestación realizada por el poderdante en la escritura calificada.

Por tanto, se estima parcialmente el recurso en cuanto al primer defecto y se desestima en cuanto al segundo.

Convocatoria de junta general

Resolución de 2 de octubre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 14 de noviembre de 2019)

En el presente caso se impugna la calificación registral que rechaza la inscripción de unos acuerdos sociales por el hecho de que la forma de convocatoria de la junta general (realizada mediante burofax) no se ajusta a lo establecido en los estatutos, que exigen “*carta certificada con aviso de recibo*”.

El centro directivo sostiene que cuando los estatutos exigen la convocatoria de la junta general mediante el envío de carta certificada con aviso de recibo determinan las características concretas de la comunicación de la convocatoria, sin que sea competencia del órgano de administración su modificación. Ello se sustenta, como argumenta el centro directivo, en que los socios tienen derecho a saber en qué forma específica han de ser convocados, que es la única forma en que esperarán serlo y a la que deberán prestar atención.

Concluye el centro directivo señalando que podría admitirse que la convocatoria se hubiera realizado mediante burofax con certificación del acuse de recibo, por tratarse de un sistema equivalente a la remisión de carta certificada con acuse de recibo (y que incluso permitiría al socio, como apunta la DGRN, disponer de más plazo entre la recepción de la convocatoria y la celebración de la junta —habida cuenta de la rápida recepción del burofax por el destinatario—, pues se recuerda que la antelación con que debe ser convocada la Junta se computa desde la fecha en que se remite el anuncio y no desde su recepción, *ex* artículo 176.2 de la Ley de Sociedades de Capital). No obstante, en el presente caso solo se había dejado constancia de que la convocatoria se realizó mediante burofax, sin que se acreditara o señalara nada en relación con el acuse de recibo.

A la luz de lo anterior, la DGRN desestima el recurso y confirma la calificación registral.

Lugar de celebración de la junta general

Resolución de 30 de octubre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 27 de noviembre de 2019)

Se pretende la inscripción de una cláusula estatutaria que establece que “*las juntas generales se celebrarán en cualquier parte del territorio de la Comunidad Autónoma donde la sociedad*

tenga su domicilio", debiendo decidirse si es o no fundada la negativa del registrador a practicar la inscripción porque, a su juicio, "la posibilidad establecida en el artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital para fijar otros lugares alternativos de celebración de la junta distintos de aquel en que la sociedad tenga su domicilio social, debe entenderse limitada a la fijación de otros términos municipales, o espacios menores, perfectamente determinados, sin posibilidad de que la sociedad pueda decidir libremente el lugar de celebración de la junta dentro de un ámbito geográfico mayor".

Reitera la DGRN su doctrina en torno al artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital, según la cual (i) el lugar de celebración previsto en los estatutos debe estar debidamente determinado, y (ii) dicho lugar de celebración debe estar referido a un espacio geográfico determinado por un término municipal o espacio menor, como una ciudad o un pueblo.

Respecto del requisito número (i), señala el centro directivo que es necesario que en estatutos esté debidamente determinado el lugar, de modo que socios y terceros puedan conocer su ámbito y actuar consecuentemente, quedando garantizado un mínimo de predictibilidad. La DGRN recuerda, precisamente, que el lugar de celebración de la junta general está íntimamente ligado al ejercicio de los derechos de asistencia y voto de los socios

En relación con el requisito número (ii), señala el centro directivo que los estatutos no pueden otorgar una libertad absoluta a los administradores para convocar la junta general donde tengan por conveniente y que los estatutos pueden prever que la convocatoria se realice en el ámbito geográfico de un término municipal distinto a aquel donde está situado el domicilio social (habiéndose admitido un término municipal como alternativo —a elección de los administradores— al lugar previsto legalmente para la celebración de la junta general).

Dado que la cláusula estatutaria discutida excedería de las limitaciones derivadas de la interpretación que hace del artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital el centro directivo, este desestima el recurso y confirma la nota de calificación.

Disolución de sociedad

Resolución de 5 de noviembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 27 de noviembre de 2019)

Se debe determinar si son inscribibles los acuerdos de disolución y nombramiento de liquidadores adoptados por la junta general de una sociedad anónima. La registradora se opone porque, a su juicio, al resultar inscritas la declaración de quiebra de la sociedad y la aprobación del convenio de acreedores, deberán inscribirse previa o simultáneamente las resoluciones judiciales firmes relativas al cumplimiento o incumplimiento del convenio que fue aprobado con los acreedores.

Apunta la DGRN que la disolución de la sociedad puede tener lugar aun cuando esté incurso en un procedimiento para la satisfacción de los derechos de los acreedores por insolvencia. Solo en el supuesto de que se abra la fase de liquidación se llevaría a cabo la satisfacción de los acreedores mediante la extinción de la sociedad. Asimismo, recuerda el centro directivo que durante la tramitación del concurso se mantienen los órganos de la sociedad deudora, no impidiendo la declaración del concurso realizar modificaciones estatutarias o estructurales compatibles con su finalidad.

Por otro lado, sostiene la DGRN que del régimen legal vigente se deduce que la existencia de un convenio aprobado por el juez no pone fin al procedimiento concursal. Este solo finalizará cuando así lo declare el propio juez. Y si bien es cierto, como señala la DGRN, que vigente el convenio cualquier acreedor puede instar la acción de incumplimiento, también lo es que desde la aprobación judicial del convenio cesan los efectos de la declaración del concurso, que quedan sustituidos por los previstos en el propio convenio (ello sin perjuicio de los deberes de colaboración e información recogidos en el artículo 42 de la Ley Concursal, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento, en cuyo marco se pueden establecer medidas limitativas y prohibitivas sobre las facultades de administración y disposición del deudor, que tendrán carácter inscribible).

A la luz de lo anterior, concluye el centro directivo que (i) durante la fase de ejecución o cumplimiento del convenio, la sociedad puede disolverse si concurre alguna causa legal o estatuta-

ria (salvo la establecida en el artículo 363.1.e de la Ley de Sociedades de Capital); y (ii) la disolución y la liquidación no afectan al concurso, de modo que deberá seguir cumpliéndose el correspondiente convenio.

En consecuencia, se estima el recurso y se revoca la calificación impugnada.

Convocatoria de junta general *Resolución de 6 de noviembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 27 de noviembre de 2019)*

Se presenta en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada relativos a la disolución, nombramiento de liquidador y liquidación de dicha sociedad. A la junta general asistió un solo socio, que era también el administrador único, titular de participaciones representativas del 96 % del capital social. Esta persona manifiesta en la escritura, en su condición de liquidador único nombrado en la junta, que dicha junta general *"fue convocada, con cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios, por el procedimiento de comunicación individual y escrita prevista en los Estatutos sociales"*, y añade que, a tal efecto, en su condición de administrador único de la sociedad, remitió al otro socio de la sociedad, en su domicilio (que es el que resulta del libro registro de socios), el anuncio de la convocatoria de la junta general.

Ahora bien, dicho anuncio fue remitido mediante notificación certificada postal, utilizando los servicios de la empresa "Logalty Servicios de Tercero de Confianza, S.L.", y el artículo 20 de los estatutos sociales de la sociedad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital, establece como forma de convocatoria de las juntas generales el sistema de carta certificada con acuse de recibo.

La DGRN desestima el recurso al entender que la forma de convocatoria de la junta general debe ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema pues el derecho de asistencia a la junta general que a los socios reconoce el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital ha de ser integrado con el de ser convocados no de cualquier forma, sino a través de la específicamente prevista a tal fin, en tanto que será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Con tales requisitos se pretende garantizar al socio una publicidad que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir.

Elevación a público de acuerdos sociales *Resolución de 21 de noviembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 24 de diciembre de 2019)*

Se pretende la inscripción de una escritura en la cual los dos únicos socios de la sociedad, previa acreditación de la titularidad de sus participaciones sociales mediante exhibición de copias de las correspondientes escrituras de adquisición de aquellas y juicio notarial de capacidad, dan a dicho acto el carácter de junta general universal y por unanimidad adoptan el acuerdo de reducir el capital social con restitución de aportaciones, si bien a dicha junta no asistió la administradora única. El registrador suspende la inscripción porque, a su juicio, es necesario que dicho acuerdo se eleve a público por quien tiene facultades para ello —la administradora única—, pues los socios, a excepción del socio único, carecen de tal facultad conforme a los artículos 107 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil.

En el presente caso, se da la circunstancia de que ninguno de los dos socios es administrador de la sociedad ni la administradora única concurre al acto del otorgamiento al que se da carácter de reunión de junta general de socios. Por ello, la DGRN considera que el recurso no puede ser estimado.

Los socios de una sociedad pluripersonal no tienen atribuida colectivamente facultad para certificar acuerdos sociales ni para elevarlos a público. Por ello, aunque es posible que una escritura de elevación a público de acuerdos sociales tenga como base el acta de la junta aun cuando en esta no conste la firma del administrador, tal circunstancia no permite admitir que la inscripción en el Registro se realice teniendo como base una escritura como la calificada en que los dos únicos

socios, sin intervención alguna de persona que tenga facultad certificante o para elevar a público acuerdos sociales, se constituyan en junta general y adopten los acuerdos de que se trata.

DGRN desestima el recurso y confirma la calificación impugnada

Resolución de 4 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 21 de enero de 2020)

En este expediente se discute si es o no inscribible la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada a la que se aporta, entre otros bienes, el denominado "know how". El registrador se opone a la inscripción solicitada porque, a su juicio, tal como está descrita dicha aportación parece que se trata de un trabajo o prestación de servicios. Los recurrentes alegan que el objeto de aportación son conocimientos técnicos, secretos, identificables de los que derivan un beneficio económico, y son imprescindibles para la actividad social.

La DGRN indica que, según el artículo 58.1 de la Ley de Sociedades de Capital, solo podrán ser objeto de aportación a las sociedades de capital los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. Y el objeto de aportación cuestionado en la calificación registral, aun cuando sea un bien inmaterial, tiene carácter patrimonial y es susceptible de valoración económica y de apropiación, por lo que puede aportarse a la sociedad y es apto para producir una ganancia. La DGRN concluye indicando que es diferente de la mera obligación de hacer, por lo que no se infringe la norma que impide que sean objeto de aportación el trabajo o los servicios y, en consecuencia, acuerda estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Reducción de capital social

Resolución de 9 de septiembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 4 de noviembre de 2019)

Se debe determinar si es inscribible el acuerdo adoptado unánimemente por la junta general universal de una sociedad de responsabilidad limitada por el que se acuerda la reducción de capital social con la finalidad de devolver a un socio la totalidad del valor de sus aportaciones sociales. La devolución del valor de las aportaciones se lleva a cabo reembolsando al socio (i) una parte mediante la adjudicación de un inmueble; (ii) otra parte en efectivo; y (iii) aplazando el pago del importe restante, debiendo efectuarse el pago, mediante transferencia bancaria o mediante entrega de cheque bancario nominativo, dentro del plazo fijado.

El registrador deniega la inscripción solicitada porque, a su juicio, no puede acceder al Registro una reducción de capital cuya ejecución queda aplazada, en parte, en cuanto a la restitución de las cantidades a los socios.

Recuerda el centro directivo que la obligación de pago del crédito de reembolso derivado del acuerdo de reducción de capital es una obligación dineraria (artículo 1170 del Código Civil), que admite aplazamiento por acuerdo de las partes. Por lo tanto, a efectos de lo establecido en el artículo 201.3.1.º del Reglamento del Registro Mercantil, la DGRN estima suficiente la declaración del otorgante de la escritura sobre el hecho de la restitución del valor de las aportaciones y el aplazamiento de parte de ellas, añadiendo que dicho extremo deberá reflejarse en la inscripción.

Adicionalmente, la DGRN hace hincapié en que, en el supuesto analizado, la ejecución del acuerdo de reducción no se ha aplazado, sino que ya se ha ejecutado mediante el reconocimiento de un crédito dinerario a favor del socio cuyas participaciones sociales se amortizan.

Por ello, se estima el recurso y se revoca la calificación registral.

Aumento de capital. Cese y nombramiento de administradores

Resolución de 23 de julio de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 25 de septiembre de 2019)

Se suspende la inscripción de determinados acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada por adolecer de los siguientes defectos: (i) debe inscribirse previamente un acuerdo de aumento de capital; (ii) respecto del punto (i) anterior no puede admitirse la manifestación del presidente de la junta sobre la válida constitución de esta, dado que no pueden considerarse como socios a quienes han ejercitado el derecho de adquisición

preferente (previsto en los estatutos para el caso de transmisión *mortis causa* de participaciones), pero no han pagado el precio en que se han de valorar las participaciones afectadas; y (iii) el cese de un administrador mancomunado no produce una situación de acefalia que haga necesario acordar un cambio en la estructura del órgano de administración.

En relación con el primer defecto, la DGRN afirma que el título calificado está en conexión con el anterior cuyo asiento de presentación está vigente (en este caso, la escritura de aumento del capital social), toda vez que dicho aumento tiene innegable transcendencia en el número de participaciones correspondientes a los socios y, por ende, en el cómputo del *quorum* y mayorías para la adopción de acuerdos de la junta general.

Adicionalmente, sobre el segundo de los defectos, el centro directivo establece que, aun cuando el presidente de la junta general es la persona llamada a declarar válidamente constituida la junta, el registrador no queda vinculado por la declaración del presidente cuando esta resulta contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil en términos tales que aquella no puede mantenerse.

Por último, en relación con el tercer defecto, la DGRN manifiesta que, para evitar una situación de paralización de la vida social, la junta podría nombrar a otro administrador mancomunado, pero no cambiar la estructura del órgano de administración sin que figure este extremo en el orden del día.

Por ello, se desestima el recurso y se confirma la calificación registral.

[Portugal]

Sociedades Anónimas – Imperatividade das Regras sobre Quórum Constitutivo

Acórdão de 19 de setembro de 2019 (Processo n.º 795/17.2T8LRA-C1.S1) – Supremo Tribunal de Justiça

No acórdão em apreço, o Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”) veio pronunciar-se sobre a imperatividade do artigo 383.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais (“CSC”), que dispõe que “[e]m segunda convocação, a assembleia pode deliberar seja qual for o número de acionistas presentes ou representados e o capital por eles representado”.

A este respeito, e admitindo porém a possibilidade de os estatutos preverem quóruns deliberativos superiores aos legalmente prescritos, o STJ veio considerar que o artigo 383.º, n.º 3, do CSC é uma norma imperativa, pelo que as regras estatutárias que estabelecem um quórum deliberativo em deliberações em segunda convocação por referência ao capital social, e não aos votos emitidos, são inválidas, por estabelecerem, ainda que de forma indireta, um quórum constitutivo mínimo, contrário àquela disposição legal.

No presente caso, o STJ também se pronunciou sobre o valor da proclamação do resultado da deliberação social pelo presidente da mesa da assembleia geral das sociedades anónimas.

Relativamente a este tema, o STJ esclareceu que esta proclamação constitui uma declaração de conhecimento (tendo por objeto o resultado da votação) com eficácia certificativa e valor decisório exceto nos casos em que a proclamação não constitua “a expressão da aparência da deliberação tomada”, o que acontecerá quando “na própria assembleia geral tenham surgido dúvidas susceptíveis de determinar incerteza acerca do resultado do procedimento deliberativo”. Nestes casos, acrescenta o STJ, poderão os interessados recorrer a uma ação de simples apreciação para confirmação do sentido da deliberação.

Letra Cambiária Prescrita – Força de Título Executivo

Acórdão de 12 de setembro de 2019 (Processo n.º 125/16.0T8VLF-A.C1.S1) – Supremo Tribunal de Justiça

Neste acórdão, a questão em análise pelo STJ consistia em saber se, estando prescrita uma letra poderia a mesma constituir título executivo contra os avalistas do aceitante à luz do artigo 703.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil (“CPC”), segundo o qual podem servir de base à execução “os títulos de crédito, ainda que meros quirógrafos, desde que, neste caso, os factos

constitutivos da relação subjacente constem do próprio documento ou sejam alegados no requerimento executivo”.

O STJ veio esclarecer que, de facto, as letras prescritas perdem a natureza de títulos de crédito cambiários, “passando a constituir meros documentos particulares quirógrafos da dívida causal ou relação substantiva que está na base da sua emissão, constituindo meio próprio para o reconhecimento dessa dívida pré-existente”, ou seja, títulos executivos desta dívida “desde que, tal como impõe o citado art. 703, nº 1, al. c) do CPC, o exequente alegue no requerimento inicial os factos constitutivos da relação subjacente à sua emissão” e apenas no âmbito das relações imediatas (isto é, as relações em que os sujeitos cambiários são concomitantemente os sujeitos das convenções extracartulares).

Mais acrescentou o STJ que “[o] aval, como os outros negócios cambiários, tem uma relação subjacente que pode ser de natureza e configuração variável”, não podendo, desde logo, confundir-se aval e fiança, uma vez que o aval constitui uma obrigação autónoma, não dependente da validade da obrigação garantida nem da existência da obrigação do avalizado, apresentando-se, por isso, “despedida das características da subsidiariedade e acessoriedade típicas da fiança”. Precisamente por isso, “não se pode, assim, presumir que na base do aval está um negócio extracambiário de fiança, pelo que, mesmo nos casos em que a prestação do aval, tem como relação subjacente uma fiança relativamente à obrigação que advinha para o avalizado (...), se a obrigação cambiária do avalista prescrever, torna-se necessário alegar e demonstrar que o avalista pretendia obrigar-se como fiador pelo pagamento da obrigação principal”.

Concluiu o tribunal que tendo prescrito a obrigação cartular resultante do aval, e não tendo o exequente alegado factos concretos demonstrativos de que os avalistas se assumiram como fiadores pelo cumprimento das obrigações do avalizado, as letras prescritas não eram suficientes para figurar como títulos executivos, “impondo-se a extinção da execução”.

Sociedades Anónimas – Convocação Judicial de Assembleia Geral

Acórdão de 3 de outubro de 2019 (Processo n.º 189/18.2T8GRD-C1.S1) – Supremo Tribunal de Justiça

No acórdão em apreço, o STJ veio pronunciar-se sobre os requisitos que devem estar verificados para a convocação judicial da assembleia geral, estabelecidos no artigo 375.º do CSC, sendo estes:

- (i) o requerimento por parte de acionista(s) que possua(m) ações representativas de pelo menos 5% do capital social;
- (ii) a indicação com precisão, nesse requerimento, dos assuntos a incluir da ordem do dia;
- (iii) a justificação da necessidade da reunião; e
- (iv) não ter sido promovida a publicação da convocatória pelo presidente da mesa da assembleia geral nos 15 dias seguintes à receção do requerimento, sem justificação pertinente.

O STJ considerou que o requisito (iii) supra mencionado, relativo à justificação da necessidade da reunião, fica preenchido com a mera indicação de assuntos a incluir na ordem do dia que sejam legal e estatutariamente sujeitos a deliberação dos sócios, sobretudo quando se trate de deliberações do conselho de administração nulas. Ou seja, de acordo com o entendimento do STJ no presente acórdão, não é exigível que o requerente indique, de modo preciso, os factos e as razões que fundamentam a proposta a apresentar em assembleia geral, os quais devem ser apresentados e apurados na própria assembleia geral.

Cláusula penal compulsória

Acórdão de 3 de outubro de 2019 (Processo n.º 2020/16.4T8GMR.G1.S2) – Supremo Tribunal de Justiça

No presente acórdão, o STJ veio qualificar como cláusula penal compulsória o acordo das partes pelo qual se estabelece que, em caso de não pagamento pontual de uma das prestações devidas, além de haver lugar ao pagamento de juros de mora sobre o capital em dívida, existe uma obrigação de pagamento de uma outra quantia.

O acórdão define cláusula penal de natureza compulsória como uma cláusula “[...] em que há uma pena que cresce ao cumprimento ou que cresce à indemnização pelo incumprimento: a finalidade das partes, nesta última hipótese, é a de pressionar o devedor a cumprir, e já não a de substituir a indemnização.”. E acrescenta que “[...] a cláusula penal puramente compulsória não tem qualquer influência sobre a indemnização. As partes acordam que a pena convencional, não cumprindo o devedor voluntariamente, acrescerá à execução específica da prestação ou à indemnização correspondente.”.

Afirma ainda o STJ que, existindo no acordo entre as partes uma estatuição de pagamento para os casos de mora, estaria, por esta via, acautelada a garantia da indemnização pelos prejuízos resultantes da mora, e, portanto, não poderia ver-se naquela cláusula penal uma função ressarcidora, mas, apenas, uma função de ameaça, ou meio compulsório, através da qual se pretende compelir o devedor a cumprir pontualmente o contrato, acrescentando esta quantia da cláusula penal compulsória ao mais devido a título de indemnização, sem que sobre esta tenha qualquer influência.

O STJ considera que esta figura da cláusula penal puramente compulsória é uma “[...] espécie que escapa ao figurino do instituto da cláusula penal, tal como se acha concebido no artigo 810.º, n.º 1 do CC [...]”, por não estar em causa a fixação de um montante indemnizatório, mas de um montante compulsório, concluindo pela sua aceitação ao abrigo do princípio da liberdade contratual, consagrado no artigo 405.º do Código Civil (“CC”). Ainda assim, o tribunal considera aplicável à cláusula penal puramente compulsória o regime da redução, previsto no artigo 812.º do CC.

**Cláusula penal –
Limites de
Proporcionalidade e
Boa Fé**

Acórdão de 10 de outubro de 2019 (Processo n.º 97793/18.8YIPRT.G1) – Tribunal da Relação de Guimarães

Neste acórdão, o Tribunal da Relação de Guimarães (“TRG”) analisou a validade de uma cláusula penal incluída num contrato de prestação de serviços que previa que “O não pagamento das prestações devidas por um período superior a 90 dias, confere à [Recorrente] o direito de comunicar a resolução com justa causa e a ser indemnizado pelos prejuízos inerentes, num valor mínimo de 50% do valor das prestações devidas até ao termo do contrato se esse incumprimento ocorrer até ao decurso de metade do tempo de vigência do contrato (no seu período de vigência inicial ou da renovação em curso), ou de 25% se houver já sido ultrapassado mais de metade do mesmo período.”

O TRG concluiu que a referida cláusula não era desproporcional (desde logo, por não exceder o valor do prejuízo resultante do incumprimento, nos termos do artigo 811.º, n.º 3, do CC), nem, de harmonia com as exigências dos artigos 15.º, 16.º e 19.º, alínea c) do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), contrária aos princípios da boa fé, confirmando, assim, a sua validade.

O tribunal assentou a fundamentação da sua decisão no disposto no artigo 810.º, n.º 1, do CC, que permite às partes fixar por acordo o montante da indemnização exigível, ou seja, uma cláusula penal, referindo que, por força deste artigo, as partes podem sempre fixar o valor de indemnização devido em caso de incumprimento definitivo ou de mora do devedor.

**Uniformização de
Jurisprudência –
Indemnização de
Clientela nos
Contratos de
Concessão Comercial**

Acórdão de 19 de setembro de 2019 (Processo n.º 391/06.0TBBNV.E1.S1 -A) – Supremo Tribunal de Justiça

Neste acórdão, o STJ veio uniformizar a jurisprudência sobre a aplicação analógica da norma relativa à indemnização de clientela prevista no artigo 33.º do Regime Jurídico do Contrato de Agência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho (“Regime Jurídico do Contrato de Agência”) aos contratos de concessão comercial.

Concretamente, o STJ veio esclarecer que, para que a indemnização de clientela possa ser concedida ao concessionário, este deve demonstrar não só a verificação dos requisitos estabelecidos nas alíneas a) e b) do artigo 33.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Contrato de Agência (angariação de novos clientes para o concedente pelo concessionário ou aumento substancial do volume de

negócios do concedente por ação do concessionário e benefício considerável, pelo concedente, após a cessação do contrato, da atividade desenvolvida pelo concessionário), mas também - aqui se centrando a uniformização de jurisprudência - do requisito constante da alínea c) do mesmo artigo, aspeto relativamente ao qual existiam divergências na doutrina e na jurisprudência.

Afirma o STJ que este requisito, que consiste em o concessionário deixar de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes que tenha angariado por força da relação contratual de concessão comercial ou relativamente aos quais tenha aumentado o volume de negócios do concedente, tem igualmente de estar verificado para que possa ser feita uma aplicação analógica do regime da indemnização de clientela previsto para os contratos de agência.

Veio notar o STJ que a mencionada norma está delineada para o contrato de agência, daí que se fale em retribuição do agente, e que, por esse motivo, de forma a adaptar a norma ao contrato de concessão comercial, onde se lê “[o] agente deixe de receber qualquer retribuição [...]” deve ler-se “[o] agente/concessionário deixe de receber qualquer compensação por contratos concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes que angariou para o principal/concedente”. Assim, conclui o STJ que existindo uma compensação por via convencional com a mesma finalidade da indemnização de clientela, esta última deixará de ser devida.

Responsabilidade por Rutura de Negociações – Responsabilidade Contratual

Acórdão de 21 de novembro de 2019 (Processo n.º 1541/11.0TVLSB.L3-8) – Tribunal da Relação de Lisboa

No acórdão em apreço, o Tribunal da Relação de Lisboa (“TRL”) analisa a natureza da responsabilidade pré-contratual, que é caracteristicamente a responsabilidade pela rutura de negociações.

Recorda o TRL que o facto de as partes estabelecerem contactos com vista à realização de um determinado negócio as obriga a atuarem de boa fé e com lealdade ética nas negociações. A interrupção de negociações para a formação de um contrato é, em princípio, lícita, só não o sendo quando seja criada numa das partes a expectativa justificada de conclusão, prorrogação ou renovação de um contrato e a outra parte venha frustrar essa expectativa de maneira desleal.

Citando Ana Prata, o TRL expõe que a ampla liberdade de autonomia e decisão conferida às partes na fase que antecede a celebração de um contrato vinculativo “vai, porém, sendo progressivamente restringida, à medida e na medida em que, pelos seus comportamentos (positivos ou omissivos), cada uma das partes cria, na respectiva contraparte, uma convicção crescente de confiança na iminência da celebração do contrato”.

Discute-se na doutrina se a natureza da responsabilidade por rutura de negociações é contratual, extracontratual ou ainda um *tertium genus* (um misto de ambos), uma vez que a lei não o esclarece.

No presente acórdão, o TRL considera que a responsabilidade por rutura de negociações é uma responsabilidade contratual, baseando a sua argumentação, em particular, no facto de existir uma relação obrigacional entre os negociadores e classificando como contratual não só a responsabilidade resultante de incumprimento dos contratos, mas também a responsabilidade pela violação de obrigações assumidas - designadamente, deveres de informação, de lealdade e de cuidado.

Afirma ainda o TRL que o dano indemnizável deve ser, por regra, o do interesse contratual negativo, ou o dano de confiança, i.e., o lesado deve, através da indemnização, ser colocado na situação em que estaria se não lhe tivesse sido criada a confiança de conclusão, prorrogação ou renovação de um contrato.

Obrigações Instantâneas – Prazo de Prescrição

Acórdão de 13 de novembro de 2019 (Processo n.º 126848/17.2YIPRT.C1) – Tribunal da Relação de Coimbra

No origem do presente acórdão estava uma obrigação, decorrente de um contrato de crédito pessoal, de pagamento do montante mutuado em prestações mensais e sucessivas, cuja pres-

crição o devedor/recorrido veio invocar, com fundamento no disposto no artigo 310.º, alínea e), do CC (que prevê um prazo de prescrição de 5 anos).

O credor/apelante, por seu lado, alegou que o prazo de prescrição aplicável àqueles créditos era o prazo geral de 20 anos, previsto no artigo 309.º do CC.

O credor/apelante argumentou que numa situação de incumprimento do contrato de crédito pessoal, em conformidade com o artigo 781.º do CC e com o clausulado no próprio contrato, consideram-se vencidas todas as prestações vincendas até ao termo do contrato, passando a ser devido o valor correspondente à soma das mesmas. Segundo o credor/apelante, esta circunstância é impeditiva de se considerar que estão em causa obrigações periódicas e renováveis, estando-se, pelo contrário, perante uma obrigação instantânea fracionada, na medida em que corresponde a uma única obrigação diferida no tempo através da sua divisão em prestações com diferentes vencimentos.

O Tribunal da Relação de Coimbra ("TRC") subscreveu o entendimento do credor/apelante quanto à natureza da obrigação em causa (obrigação instantânea fracionada). No entanto, relativamente ao prazo de prescrição deste tipo de obrigações, decidiu que sempre que o contrato contenha uma cláusula de vencimento antecipado de acordo com o artigo 781.º do CC o prazo de prescrição das quotas de amortização do capital pagáveis com juros é de 5 anos e reporta-se ao plano de pagamento inicial contratualmente previsto, por aplicação do artigo 310.º, alínea e), do CC. Já quanto à prescrição do montante de capital mutuado, segundo o TRC, é aplicável o prazo ordinário de prescrição (20 anos) do artigo 309.º do CC, correndo, assim, os dois prazos em simultâneo.

PROCESAL CIVIL *

1 · LEGISLACIÓN

[Portugal]

Regime da resolução dos conflitos de jurisdição entre os tribunais judiciais e os tribunais administrativos e fiscais

Lei n.º 91/2019, de 4 de setembro (DR 169, Série I, de 4 de setembro de 2019)

O diploma em apreço estabelece o regime da resolução dos conflitos de jurisdição entre os tribunais judiciais e os tribunais administrativos e fiscais, regulando a composição, a competência, o funcionamento e o processo perante o Tribunal dos Conflitos.

De acordo com o mencionado diploma, existe uma situação de conflito de jurisdição sempre que dois ou mais tribunais de ordens jurisdicionais diferentes se arroguem titulares do poder de conhecer a mesma questão ou quando declinem tal poder e não seja possível interpor recurso ordinário das decisões proferidas sobre a questão da jurisdição.

Têm legitimidade para suscitar a resolução do conflito de jurisdição o tribunal que se aperceba do conflito, as partes e o Ministério Público, devendo o pedido ser deduzido mediante requerimento dirigido ao Presidente do Tribunal de Conflitos, que será o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça ou o Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, dependendo da jurisdição do tribunal no qual se suscitou a questão do conflito.

A consulta prejudicial poderá ser requerida pelo tribunal, oficiosamente ou a pedido das partes, quando na pendência de uma ação, incidente, providência ou recurso, se suscitem fundadas dúvidas sobre a questão da jurisdição competente. Porém, a consulta prejudicial não tem lugar em processos urgentes. Da decisão de submeter ou não submeter a questão da jurisdição competente à apreciação do Tribunal dos Conflitos não cabe recurso.

O processo perante o Tribunal dos Conflitos tem natureza urgente e corre nos próprios autos quando esteja em causa uma situação de conflito negativo. Este processo requer obrigatoriamente a constituição de advogado e é isento de custas, sendo subsidiariamente aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil.

Alteração ao Código de Processo Civil em matéria de processo executivo, recurso de revisão e processo de inventário

Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro (DR 176, Série I, 13 de setembro de 2019)

O presente diploma introduziu algumas alterações ao Código de Processo Civil (CPC), designadamente em matéria de processo executivo, recurso de revisão e processo de inventário, revogou o regime jurídico do processo de inventário, aprovado pela Lei n.º 23/2013, de 5 de março, aprovou o regime do inventário notarial e alterou o regime dos procedimentos para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de setembro.

(*) Esta sección ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra y Laura Salas Gómez, y en su elaboración han participado Guillermo García Berdejo, Miguel Ángel Cepero Aranguez, Adrián Jareño Torrente, Mandy Goyos Ball, Francisco José Caamaño Rodríguez, Natalia Cadarso Díaz, Marcos Aurelio Rodrigo Henfling, Jorge Izquierdo Fernández, Javier Alberite Carreño, Linda Guerra Henríquez, Eduardo Soria Salvo, Jorge Azagra Malo, Xuan Wu Zhou, Sonia Borges Fernández, David García Martín, Miguel Moratinos López, Laura Lozano García, Ana Belén Ruiz Ruiz, Kevin Kumar Rohira Abad, Borja Sabater Torrontegui, Valentina Pacella Garay, Carlos Francés Ballester, Luís Bertolo Rosa, Marina Gallo Sarmiento y Filipe de Oliveira Casqueiro, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Bilbao y Lisboa).

Merecem especial destaque as alterações introduzidas em matéria de recurso de revisão e em matéria de processo de inventário.

No que respeita ao recurso de revisão, é de realçar a introdução da alínea h) do n.º 1 do artigo de 696.º do CPC, que vem acrescentar um novo fundamento de recurso de revisão: a suscetibilidade de a decisão revidenda originar responsabilidade civil do Estado por erro judiciário.

Neste caso, o recurso de revisão deverá ser interposto também contra o Estado, conforme decorre do n.º 2 do recém introduzido artigo 696.º-A do CPC. Para que a revisão seja admitida, estabelecem as alíneas a) e b) do aludido artigo 696.º-A do CPC, que o recorrente não poderá ter contribuído por ação ou por omissão para o vício que imputa à decisão e que terão que se encontrar esgotados todos os meios de recurso disponíveis e aplicáveis à matéria passível de gerar responsabilidade civil do Estado.

Caso o fundamento da revisão seja julgado procedente, o recorrente será notificado para, no prazo de 30 dias, apresentar o respetivo pedido de indemnização, sendo, posteriormente, o Estado notificado para exercer o seu direito ao contraditório no prazo de 30 dias. Em seguida, o processo tramitará de acordo com o critério do relator para o apuramento da indemnização devida ao recorrente, cabendo ao relator as mesmas funções atribuídas em primeira instância ao juiz de direito e existindo a possibilidade de reclamação para a conferência.

Em matéria de processo de inventário, a principal alteração legislativa diz respeito à competência para a tramitação processual. Com a reforma operada pela Lei n.º 23/2013, de 5 de março, a competência geral para a tramitação dos processos de inventário foi atribuída aos notários, estabelecendo-se concomitantemente um conjunto restrito de atos a praticar pelo juiz.

Com a presente alteração legislativa, a competência nestes processos é devolvida aos Tribunais, atribuindo-se, porém, competência alternativa aos notários que desejem continuar a tramitar estes processos, desde que os interessados que representem mais de metade da herança concordem com o processo de inventário notarial (seja por acordo ou por não oposição a inventário instaurado em cartório notarial).

Não obstante, a lei atribui competência exclusiva aos tribunais nos casos em que (i) algum dos herdeiros não possa, por motivo de ausência em parte incerta ou de incapacidade de facto permanente, intervir em partilha realizada por acordo; (ii) o inventário constitua dependência de outro processo judicial; e (iii) o inventário seja requerido pelo Ministério Público ou este entenda que o interesse do incapaz a quem a herança é deferida o exige.

Foram também aprovadas alterações respeitantes à própria tramitação processual, incluindo em matéria de recursos e de prazos. Destaca-se a condensação dos atos iniciais do processo, passando o requerimento inicial a incluir as informações e documentos prestados anteriormente em sede de declarações do cabeça-de-casal (incluindo, ainda, o compromisso de honra do fiel exercício do cargo).

O novíssimo regime do processo de inventário entrará em vigor no dia 1 de janeiro de 2020, aplicando-se as alterações apenas aos processos instaurados após essa data. Porém, os processos pendentes em cartório notarial serão remetidos para Tribunal caso existam interessados diretos menores, maiores acompanhados ou ausentes. Podem ainda ser remetidos para os tribunais os processos pendentes em cartório (i) que estejam suspensos há mais de um ano por força do artigo 16.º da Lei n.º 23/2013, de 5 de março; (ii) que estejam parados, sem realização de diligências úteis, há mais de seis meses; ou ainda, (iii) a requerimento de quaisquer interessados diretos que representem, isolada ou conjuntamente, mais de metade da herança. Caso o processo seja remetido do cartório notarial para o tribunal, passará a estar sujeito ao regime aprovado pela nova lei.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

El Pleno del Tribunal Constitucional declara inconstitucional y nulo el artículo 454 bis 1, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por impedir que se recurran determinadas decisiones de los letrados de la Administración de Justicia

Sentencia del Pleno Tribunal Constitucional de 28 de enero de 2020

El Pleno del Tribunal Constitucional ha estimado la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por su Sala Segunda y ha declarado inconstitucional y nulo el art. 454 bis 1, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC"), en la redacción dada por la Ley 3/2011, de medidas de agilización procesal.

El precepto anulado establecía, en el marco del recurso de revisión que debía ser resuelto por los letrados de la Administración de Justicia, que *"contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión, necesariamente, en la primera audiencia ante el tribunal tras la toma de la decisión y, si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar mediante escrito antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvante en ella"*.

En la sentencia, el Tribunal Constitucional señala que este precepto *"vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque ha creado un régimen de impugnaciones de las decisiones de los letrados de la Administración de Justicia generador de un espacio inmune al control jurisdiccional"*.

En este sentido, el Tribunal señala como ejemplo los procesos de ejecución no dineraria. En ellos —afirma— la ley impedía el recurso de revisión directo ante el juez o tribunal frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia que decidía sobre si había existido incumplimiento de la obligación de hacer por el ejecutado que permitiera a instancia del ejecutante facultarlo para llevarlo a cabo él mismo con encargo a un tercero. Y ello, pese a ser una decisión que indudablemente concierne a cuestiones relevantes en el marco de ese proceso de ejecución no dineraria que atañen a la función jurisdiccional reservada en exclusiva a jueces y magistrados.

Asimismo, el Tribunal también advierte la existencia de problemas para identificar en estos procesos ejecutivos una resolución judicial definitiva que, a semejanza de lo que ocurre en los procesos declarativos, se pronuncie sobre las pretensiones planteadas por las partes.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional concluye que el precepto cuestionado no permite descartar la eventualidad de que existan supuestos en los que la decisión del letrado de la Administración de Justicia concierna a cuestiones relevantes en el marco del proceso que atañen a la función jurisdiccional reservada en exclusiva a jueces y magistrados y que, sin embargo, quedan excluidos por el legislador del recurso directo de revisión ante los titulares de la potestad jurisdiccional. Por ello, declara que *"en tanto que el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia resolutivo de la reposición ha de ser el directo de revisión al que se refiere el propio art 454 bis LEC"*.

Concursal. No se puede emplear el mismo desvalor para apreciar dos causas distintas de culpabilidad del concurso

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 2019

La Sala Primera del Tribunal Supremo, confirmando la jurisprudencia contenida en sus sentencias n.º 650/2016, de 3 de noviembre, y n.º 298/2012, de 21 de mayo, reitera que un mismo hecho no puede dar lugar a la concurrencia de más de una de las causas de culpabilidad del concurso reguladas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal ("LC") si el desvalor que justifica la apreciación de esas causas es el mismo.

En concreto, el hecho analizado por la Sala es la probada inexactitud grave de uno de los documentos contables aportados con la solicitud del concurso de acreedores: el balance de situación. Este hecho, como expresa el Tribunal Supremo, podría incardinarse tanto en la causa de culpabilidad contenida en el artículo 146.2.1.º de la LC (incumplimiento sustancial del deber de contabilizar) como en la causa contenida en el artículo 146.2.2.º (inexactitud grave en el balance aportado junto con la solicitud de concurso). La Sala Primera concluye que en la medida en que

ambas causas de culpabilidad contemplan el mismo desvalor, el concurso solo podría haber sido declarado culpable por una de las dos causas.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo destaca la falta de efecto útil del recurso, puesto que el análisis jurídico que realiza no afecta en modo alguno a la declaración del concurso como culpable ni al resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia de segunda instancia recurrida.

Concursal. Clasificación del crédito derivado del incumplimiento de una obligación de hacer de la concursada. El crédito nace con el incumplimiento tras haber sido requerido el deudor

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019

El 6 de mayo de 2013, el Ayuntamiento de Santander declaró la ruina urbanística de un inmueble propiedad de una sociedad y le concedió un plazo de dos meses para que lo demoliera. No obstante, el 13 de junio siguiente la sociedad solicitó que fuera el propio Ayuntamiento el que, a su costa, demoliera el inmueble en régimen de ejecución subsidiaria. Con posterioridad, el 4 de julio de 2013, la sociedad fue declarada en situación legal de concurso de acreedores y, tras ello, el Ayuntamiento dictó un decreto de demolición del inmueble en cuestión.

La contienda judicial suscitada por estos hechos tuvo por objeto determinar si el crédito que el Ayuntamiento pasó a ostentar contra la sociedad, con motivo de la demolición, debía ser calificado como concursal o contra la masa.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santander dictó sentencia el día 22 de abril de 2016. El Juzgado concluyó que el crédito del Ayuntamiento había nacido con la orden de demolición, de fecha anterior a la declaración de concurso de la sociedad, por lo que el crédito debía ser calificado como concursal.

Frente a esta resolución, el Ayuntamiento formuló recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4.ª) mediante sentencia de 8 de noviembre de 2016. La Sala determinó que el crédito del Ayuntamiento debía calificarse como crédito contra la masa, en tanto que habría nacido con el decreto que acordó la ejecución subsidiaria, de fecha posterior a la declaración de concurso.

La administración concursal interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, invocando la infracción de, entre otros preceptos, el artículo 84.2.º10 de la Ley Concursal, relativo a la fecha de devengo de las obligaciones nacidas de la ley.

El Tribunal Supremo razonó que los créditos que surgen de una ejecución forzosa no nacen en el mismo momento que la obligación de hacer, sino al tiempo de su incumplimiento por el obligado. No obstante, admitió que en el caso de autos concurrió una situación intermedia, dado que la sociedad obligada solicitó la ejecución subsidiaria por parte del Ayuntamiento antes de que hubiera expirado el plazo de cumplimiento voluntario. Teniendo en cuenta esta particularidad, el Tribunal Supremo concluyó que el crédito del Ayuntamiento nació en el momento de solicitud de la ejecución subsidiaria y, al ser esta previa a la declaración de concurso, calificó el crédito del Ayuntamiento como concursal.

Concursal. Imputación de los pagos realizados por el Fondo de Garantía Salarial en el seno del concurso de acreedores de la sociedad empleadora

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de enero de 2020

En el marco de un procedimiento concursal, varios trabajadores eran titulares de créditos por salarios adeudados por la sociedad concursada. Algunos de esos créditos tenían la consideración de créditos contra la masa por tratarse de salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso; otros también lo eran, pero por tratarse de salarios devengados con posterioridad a la declaración del concurso; el resto eran créditos concursales.

El Fondo de Garantía Salarial ("FOGASA") abonó parte de las cantidades adeudadas y se subrogó en la posición que ostentaban los trabajadores en el concurso. Sin embargo, no realizó ninguna imputación de pagos concreta, por lo que se discutía a qué créditos debían imputarse esos pagos realizados.

Los trabajadores, conforme a las reglas de imputación de pagos del Código Civil, defendían que los pagos debían imputarse a los créditos concursales (al ser la deuda más onerosa) y, solo en

el exceso, a los créditos contra la masa. La administración concursal, por su parte, consideraba que los pagos del FOGASA debían imputarse al pago de créditos contra la masa.

El Tribunal Supremo, equiparando la posición jurídica del FOGASA a la de un fiador (que al pagar no extingue la deuda del empleador, que continúa con la subrogación del FOGASA en la posición del trabajador), descarta la aplicación de las normas de imputación legal del Código Civil. Partiendo de los principios concursales y de la ratio subyacente a las reglas de preferencia de pagos dentro del concurso, concluye que el pago debe imputarse a los salarios que hubieran dado lugar a créditos contra la masa y, solo en el exceso, a créditos concursales.

El confesante sobre el carácter privativo de los bienes adquiridos durante el matrimonio puede desvirtuar su propia manifestación aportando una prueba eficaz y contundente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2020

En el año 1975, vigente el régimen de gananciales entre los cónyuges, la esposa adquirió un inmueble con su propio dinero. Este hecho, que se hizo constar tanto en la escritura de compraventa como en el Registro de la Propiedad, fue confirmado por el marido ("confesante de privatividad") en el momento de la adquisición. En consecuencia, se eliminó la presunción de ganancialidad del inmueble.

Sin embargo, tras la separación de los cónyuges, el marido sostiene que el dinero empleado en el pago de la vivienda era de ambos. Por ello, impugna su propia manifestación e interpone una acción declarativa de carácter ganancial, solicitando asimismo que se rectifiquen las inscripciones registrales correspondientes. En apoyo de su pretensión, el demandante defiende que la verdadera naturaleza ganancial del inmueble había sido reconocida por la esposa en dos actos posteriores a su adquisición: una escritura de préstamo hipotecario otorgada en 1991 y en el convenio regulador acordado con ocasión de su separación en el año 2009.

La demanda es desestimada tanto en primera como en segunda instancia. El demandante recurre en casación por infracción del artículo 1.4 del Código Civil al entender que no se ha aplicado la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

A pesar de las inexactitudes de la escritura de préstamo hipotecario, advertidas por la Sala, esta concluye que la intervención de las partes en ella es clara: el esposo actuó como único prestatario, mientras que la esposa compareció como hipotecante no deudora. Entiende la Sala que la confusión que presenta la escritura viene dada por la "ambigüedad" con la que el sistema jurídico vigente en el momento de su otorgamiento trataba a los bienes confesados adquiridos por un cónyuge. Aunque el bien fuera privativo de la mujer, se exigía para los actos de disposición el consentimiento del marido.

Frente al contenido del convenio regulador, que no analiza la naturaleza de los bienes, sino el uso y disfrute de ellos, el Tribunal Supremo destacó la rotundidad de la manifestación, expresa y rigurosa, del marido sobre la privatividad del bien en el momento de su adquisición.

En definitiva, aunque la sentencia declara que la confesión de privatividad no es un medio de prueba absoluto y que el confesante puede impugnar su propia confesión, debe aportarse para ello una prueba "eficaz y contundente" con fuerza suficiente para desvirtuarla.

El Tribunal Supremo reitera y aclara su doctrina por la que una sociedad de capital que contrata un préstamo con una entidad financiera tendrá la consideración de empresario siempre que opere en el tráfico mercantil

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2020

La sentencia analiza el supuesto en el que una sociedad limitada contrató en el año 2009 un préstamo hipotecario que incorporaba una cláusula de limitación a la variabilidad del interés remuneratorio (esto es, una cláusula suelo). La sociedad interpuso demanda contra la entidad financiera en la que solicitaba la nulidad de la cláusula suelo y la devolución de las cantidades cobradas por la entidad como consecuencia de la aplicación de esta cláusula.

En primera instancia, el Juzgado estimó la demanda considerando que la sociedad era una consumidora y que la cláusula suelo no superaba el control de transparencia. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, al entender que no se había acreditado que el préstamo hubiera sido adquirido para financiar una actividad empresarial.

El Tribunal Supremo, en cambio, ha estimado el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera y ha recordado que, de conformidad con su doctrina ya desarrollada en la Sentencia

núm. 307/2019, de 3 de junio, se ha de presumir que una sociedad de responsabilidad limitada opera en el tráfico mercantil con ánimo de lucro y que, además, toda sociedad de capital tiene siempre carácter mercantil de conformidad con su normativa reguladora y reúne, por tanto, la condición de empresario también a los efectos de la normativa de consumidores y usuarios.

Descartada la condición de consumidora de la sociedad demandante, el Alto Tribunal concluye que tampoco proceden, en consecuencia, los controles de transparencia y abusividad pretendidos en la demanda (Sentencias 230/2019 de 11 de abril y 414/2018, de 3 de julio, entre otras muchas).

3 · RESOLUCIONES DE LA DGRN

Concursal. Hipoteca constituida en fase de liquidación del concurso

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de diciembre de 2019

El Registro de la Propiedad n.º 4 de Mallorca suspendió la inscripción de un préstamo con garantía hipotecaria, otorgado por Banco Mare Nostrum, S. A., a un deudor persona física, que se encontraba en situación legal de concurso de acreedores, en fase de liquidación.

El registrador fundamenta la suspensión en que durante la fase de liquidación no resultaría posible constituir un préstamo con garantía hipotecaria, en tanto que excedería de la finalidad estrictamente liquidatoria *ex* artículos 148 y 149 de la Ley Concursal ("LC"). Además, el registrador condicionó la inscripción a que se acreditara previamente la cancelación del concurso y a que se otorgara una nueva escritura de préstamo hipotecario.

Frente a esta calificación, el deudor interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado ("DGRN"). Los motivos del recurso fueron, fundamentalmente, que en la LC no existiría prohibición alguna sobre la constitución de préstamos hipotecarios y, además, que la constitución del préstamo fue autorizada por el administrador concursal y consentida por el juez del concurso, que posteriormente dictó auto de conclusión.

La DGRN estimó el recurso y revocó la calificación. Por regla general, no es posible la suscripción de préstamos hipotecarios durante la fase de liquidación concursal, pero en el supuesto planteado su otorgamiento permitió al deudor satisfacer el crédito concursal de Banco Mare Nostrum, S. A., y, con ello, concluir el concurso en la forma prevista por el artículo 176.1.4.º de la LC.

Posibilidad de que los estatutos de una sociedad anónima incluyan como prestación accesoria no retribuida de los socios la obligación de cumplir las disposiciones pactadas de un acuerdo de socios, para lo que es suficiente una remisión al protocolo elevado a público

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de junio de 2018

En la órbita de las empresas familiares, surgen diversas cuestiones tan relevantes como la transmisión de acciones o participaciones entre distintas ramas familiares, la sucesión del negocio de la familia o la solución de diversos conflictos provocados dentro de la empresa familiar, entre otras. Todo ello conduce de forma habitual a que entre los miembros de la familia se suscriban acuerdos privados en los que se establezcan los valores y principios que deben regir para evitar o afrontar cualquier problema que concurra en el seno de la familia y que pueda tener una afectación en la sociedad que subyace de esta.

Dentro de la tipología de acuerdos que suelen emplearse con mayor frecuencia, el protocolo familiar es la fórmula con mayor aceptación. Sin embargo, no son pocos los problemas que han surgido tradicionalmente cuando se ha querido imponer a una sociedad (en el caso, con un componente familiar) el contenido de los diversos pactos suscritos entre los socios fuera de la sociedad. Estos acuerdos extrasocietarios tienen como única barrera en su contenido las limitaciones generales de la autonomía de la voluntad.

Tradicionalmente, la posibilidad de reconocer en los estatutos sociales las disposiciones de esos acuerdos hechos a medida de los socios, pese a contar con un sólido respaldo doctrinal, ha encontrado una férrea oposición de los registros mercantiles sobre la base de la rigidez de los estatutos, los cuales no pueden contener pactos que se opongan a las leyes ni contradigan los llamados "principios configuradores del tipo social elegido".

Pues bien, la resolución de la DGRN da un vuelvo a esta concepción tradicional. El notario de Valencia, al que alude la resolución, autorizó en escritura pública incluir en los estatutos sociales de una sociedad anónima *"la prestación accesorio no retribuida del cumplimiento y observancia de las disposiciones pactadas por los socios en el protocolo familiar o pactos sociales que consta en escritura pública"* (el referido protocolo se encontraba de forma previa aprobado unánimemente mediante acuerdo de todos los accionistas/familiares).

El contenido del pacto aprobado por los socios versaba sobre la necesaria autorización de la sociedad para la transmisión de las acciones, *ex* artículo 88 de la Ley de Sociedades de Capital ("LSC"). La infracción del compromiso adoptado, a criterio del órgano de administración, conllevaba la exclusión de la sociedad del socio incumplidor. Esta cláusula, no obstante, obtuvo una calificación negativa de forma unánime por los registradores mercantiles de Valencia.

Ante esta calificación, que impedía registrar y hacer oponible en el seno de la sociedad el pacto acordado en el protocolo familiar, formuló recurso el mismo notario de Valencia que autorizó la cláusula en escritura pública. La DGRN, tras analizar el supuesto, sin embargo, revierte la calificación y la resuelve como inscribible, ya que la cláusula cumple la exigencia legal de expresar en los estatutos sociales el "contenido concreto y determinado" de cualquier prestación accesorio, *ex* artículo 86.1 de la LSC, todo ello, sobre la base de que la disposición se encuentra perfectamente referida a través de la alusión a la escritura pública en que se formalizó el acuerdo adoptado, en este caso en el protocolo familiar. Asimismo, y bajo una sucinta fundamentación, la resolución revoca el otro vicio alegado por los registradores, en relación con que se estaría sujetando a la sociedad a unos pactos que legalmente son inoponibles a la sociedad, *ex* artículo 29 de la LSC.

La resolución analizada se desmarca de un criterio extendido en los registros mercantiles y de nuestra tradición jurídica, lo que permite vislumbrar el problema sobre la eficacia frente a la sociedad de los pactos fuera de los estatutos en la regulación actual. De esta forma, la DGRN abre la posibilidad de otorgar eficacia en la óptica societaria de los pactos fuera de los estatutos, como sucede en este caso con la obligación originada en el protocolo familiar. En concreto, obliga a los actuales y futuros socios a cumplir la prestación accesorio determinada en el protocolo bajo el apercibimiento de ser excluidos de la sociedad.

PROCESAL PENAL *

1 · JURISPRUDENCIA

[España]

La admisión de la “Lista Falciani” como prueba en el proceso penal no supone la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo y con todas las garantías, aun cuando en su obtención se vulnerase el derecho a la intimidad

Sentencia n.º 97/2019 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 16 de julio

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) n.º 116/2017, de 23 de febrero, que a su vez desestimó el previo recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, por la que se condenó al ahora recurrente en amparo por dos delitos contra la Hacienda Pública.

El caso trae causa de la utilización como prueba en un procedimiento penal de la conocida como “Lista Falciani”. Esta lista fue confeccionada por Hervé Falciani, empleado del banco HSBC en Ginebra, quien habría sustraído información bancaria de distintos particulares —contribuyentes extranjeros que ocultarían a las Haciendas de sus respectivos países los fondos depositados en las cuentas de la sucursal suiza— y la habría recopilado en una serie de archivos con intención de venderla.

A resultas de un registro practicado en el domicilio del Sr. Falciani, la Fiscalía francesa obtuvo esos archivos y los compartió, entre otras autoridades, con la Agencia Tributaria española. Como consecuencia de ello se incoó, entre otros, el procedimiento penal que culminó en la condena del recurrente en amparo por delitos contra la Hacienda Pública.

Doctrina general sobre la prueba ilícita

La cuestión fundamental que se dirimió en instancia y en casación, y sobre la que versa igualmente esta sentencia, es la licitud o ilicitud probatoria de la “Lista Falciani”. El recurrente alegaba que, puesto que el Sr. Falciani vulneró el derecho a la intimidad de los contribuyentes afectados —cuestión que el Tribunal Supremo ya aceptó— la lista debería ser expulsada del acervo probatorio en virtud de la regla de exclusión del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional hace un repaso de su propia jurisprudencia acerca de la prueba ilícita y recuerda que la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado, sino de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento. Es decir, que un derecho fundamental sustantivo —por ejemplo, el derecho a la intimidad— no incluye dentro de su contenido el derecho a la inadmisión de las pruebas obtenidas con vulneración de ese derecho. La regla de exclusión es, antes bien, “una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales” y forma parte del contenido del derecho fundamental a un proceso justo con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución).

Por tanto, una vez acreditada la vulneración de un derecho fundamental sustantivo, es necesario realizar un juicio ponderativo a los efectos de valorar si el derecho a un proceso justo y con todas las garantías exige la exclusión del material probatorio. La intensidad y naturaleza del juicio ponderativo difieren según se trate de “prueba originaria” —esto es, prueba que resulta de forma directa de la actuación vulneradora de derechos— o de “prueba derivada” —aquella

(*) Esta sección ha sido coordinada por Enrique Rodríguez Celada, y en su elaboración han participado Pablo López Ferrer, Mario Montes Santamaría, Alejandro Virumbrales de Rojas, Guillermo Galbe Traver, Marta Hernani Fernández, María Vázquez Fernández, Luís Bertolo Rosa, Marina Gallo Sarmiento y Filipe de Oliveira Casqueiro, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

que no ha sido directamente obtenida con vulneración de derechos, pero que deriva de otra prueba que sí se ha obtenido con infracción de un derecho fundamental—.

En los casos de “prueba derivada”, el juicio ponderativo debe efectuarse valorando dos parámetros de control:

- a) Parámetro interno. Este tiene a su vez dos niveles:
 - (i) En primer lugar, debe determinarse si la vulneración del derecho fundamental ha estado dirigida de forma instrumental a la obtención de pruebas por el Estado o por particulares, al margen de los cauces constitucionalmente exigibles.
 - (ii) En segundo lugar, aunque la vulneración del derecho no se haya dirigido de forma instrumental a la obtención irregular de pruebas, la evidencia será inadmisibles cuando la vulneración del derecho fundamental sea de tal intensidad que afecte *“al núcleo axiológico más primordial de nuestro orden de derechos fundamentales”*.
- b) Parámetro externo. Exige valorar si la admisión de la prueba puede suponer un incentivo para que se lleven a cabo nuevas vulneraciones de derechos fundamentales.

En los casos de “prueba originaria” la regla de exclusión tampoco opera de manera automática, sino que también debe aplicarse un juicio ponderativo, aunque debe tenerse en cuenta que *“la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental”*. Es decir, el juicio ponderativo debe ser más estricto y por ello más tendente a la conclusión de la ilicitud probatoria. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no detalla los pasos que han de seguirse para efectuar ese juicio ponderativo en estos supuestos.

Aplicación al caso concreto

El Tribunal Constitucional no cuestiona en ningún momento que la obtención de los datos bancarios y la subsiguiente elaboración de la lista por el Sr. Falciani vulneraran el derecho a la intimidad del recurrente. Así lo declaró el Tribunal Supremo en su sentencia previa.

Sin embargo, y en aplicación de la doctrina general examinada, el Tribunal afirma que esa vulneración del derecho fundamental no implica por sí misma la obligatoria exclusión del material probatorio.

La vulneración de derechos fundamentales generada por el Sr. Falciani no tuvo conexión instrumental con actividad investigativa o probatoria alguna —la obtención de los datos, aunque fuera ilegal, no tenía por finalidad aportarlos a un procedimiento penal, sino obtener un lucro—. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que en este caso la admisión de la prueba no supuso una infracción del derecho al debido proceso. Con ello se rechaza implícitamente el argumento del recurrente, que adujo que *“el valor económico de la información que [el Sr. Falciani] pretendía vender derivaba exclusivamente de su idoneidad para ser utilizada en los procesos penales de persecución de los delitos fiscales que hubieran podido cometer los integrantes de la lista”* y que, por tanto, sí existía conexión entre la conducta del Sr. Falciani y la actividad probatoria en sede penal.

Además, el Tribunal Constitucional sostiene que la admisión de la lista como prueba no supone un incentivo para que se produzcan otras vulneraciones de derechos fundamentales. Y ello porque en España el secreto bancario no opera como en Suiza, sino que las autoridades tienen acceso a los datos bancarios de los particulares a efectos de comprobar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales. Por tanto, la admisión de la lista como prueba no incrementa el riesgo de que las autoridades españolas o los particulares vulneren derechos fundamentales para la obtención de pruebas destinadas a ser utilizadas en procedimientos penales.

Por último, el Tribunal Constitucional refuerza su decisión afirmando que los datos contenidos en la lista solo afectan a aspectos periféricos de la intimidad económica de los contribuyentes. Así, y dado que *“sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona [podría] alcanzar proyección universal”*, el Tribunal concluye que esa vulneración del derecho a la intimidad no puede obstar a la admisión de ese material como prueba en un procedimiento penal en España.

Las criptomonedas, como activo inmaterial de contraprestación, pueden ser objeto de disposición patrimonial en el delito de estafa. Sin embargo, no pueden ser consideradas dinero ni tener tal consideración legal a los efectos de responsabilidad civil, debiendo restituirse la cantidad equivalente en euros

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 326/2019, de 20 de junio

En la sentencia de 20 de junio de 2019, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ratificó la condena de dos años de prisión establecida por la Audiencia Provincial de Madrid por un delito de estafa al administrador único de una compañía de asesoramiento dedicada al *trading*. La compañía, a través de su administrador, firmó contratos de gestión ("Trading de Alta Frecuencia") con cinco personas que le entregaron diferentes cantidades de criptomonedas en depósito (*bitcoins*) para que, a cambio de una comisión, los gestionara y les entregara las ganancias obtenidas. Sin embargo, de acuerdo con los hechos probados de la sentencia, el condenado se apoderó de los *bitcoins* que recibió sin cumplir con sus obligaciones acordadas con las víctimas.

Además de la pena de prisión, la Audiencia Provincial de Madrid impuso al condenado una indemnización de daños y perjuicios por el valor de la cotización de los *bitcoins* en el momento de la finalización de cada uno de sus respectivos contratos (que se determinaría en ejecución de sentencia).

Frente a dicho pronunciamiento, las víctimas del delito interpusieron recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el que alegaron que el condenado debía restituir los *bitcoins* sustraídos en lugar de la cantidad equivalente en euros. Así, los perjudicados esgrimían en su recurso que solo procedía la restitución del equivalente en caso de que, en la fase de ejecución de sentencia, el condenado no restituyese los *bitcoins*.

En su sentencia, el Alto Tribunal estima, en primer lugar, que el *bitcoin* no puede ser considerado dinero ni tener tal condición legal a los efectos de la responsabilidad civil derivada del delito. Así, para el Tribunal Supremo el *bitcoin* es "un activo patrimonial inmaterial en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading Bitcoin". Por ello, aun cuando el precio de cada *bitcoin* se fija al coste del intercambio realizado y no existe, por tanto, un precio mundial o único del *bitcoin*, el importe de cada unidad en las diferentes operaciones de compra (por las mismas reglas de la oferta y de la demanda) tiende a equipararse en cada momento.

Para el Tribunal Supremo, este coste —semejante al de las unidades de cuenta en cada momento— permite utilizar el *bitcoin* como un activo inmaterial de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción bilateral en la que los contratantes lo acepten. Sin embargo, en modo alguno es dinero o puede tener tal consideración legal, dado que la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, indica en su artículo 1.2 que por dinero electrónico se entiende solo el "valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el artículo 2.5 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico".

En consecuencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo sostiene que no cabe acordar la restitución de los *bitcoins* aunque el contrato de inversión se hubiera perfeccionado entregando al acusado *bitcoins* y no euros, y ello a pesar de que la propia jurisprudencia del Alto Tribunal haya establecido la obligación de restituir cualquier bien objeto del delito, incluso el dinero. Lo adecuado en este caso es reparar el daño e indemnizar a los perjudicados en la forma que se indicó en la sentencia de instancia, esto es, retornándoles el importe de la aportación dineraria realizada (daño), con un incremento como perjuicio que concreta en la rentabilidad que hubiera ofrecido el precio de las unidades *bitcoin* entre el momento de la inversión y la fecha del vencimiento de sus respectivos contratos.

En la valoración sobre la ilicitud en la obtención de una prueba por vulneración de la intimidad debe realizarse un juicio de proporcionalidad entre la injerencia producida y el deber constitucional de persecución de delitos

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, n.º 14/2019, de 2 de julio

En la sentencia de 2 de julio de 2019, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra estimó los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular contra la sentencia dictada el 15 de enero de 2019 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, que absolvió al acusado de los delitos de abusos sexuales sobre menores y tenencia de pornografía infantil. El Tribunal Superior de Justicia acuerda, en consecuencia, anular la sentencia y retrotraer los efectos al momento de la práctica de la prueba en el juicio oral. La sentencia cuenta con el voto particular de uno de los magistrados.

La investigación se inició como consecuencia de un hallazgo casual. Una viandante encontró una cartera en la vía pública, en cuyo interior había una memoria USB. La mujer entregó la cartera en una comisaría de la Guardia Civil y uno de los agentes procedió a inspeccionar su contenido en su ordenador, así como a realizar una copia de seguridad. Durante dicha inspección, el agente halló fotografías de contenido sexual explícito de menores con un adulto, al que se identificó por la documentación contenida en la cartera. Sin dar parte a la autoridad judicial del hallazgo, la Guardia Civil inició diversas actuaciones de investigación que no comunicó al Juzgado hasta seis días después, cuando se solicitó la autorización para la entrada y registro del domicilio del sospechoso. Las diligencias de investigación que siguieron (registros domiciliarios, intervenciones de ordenadores, discos duros, etc.) sí contaron con autorización judicial previa, pero se derivaron todas ellas de ese primer acceso a la memoria USB.

En primera instancia, la Audiencia Provincial declaró la ilicitud de toda la prueba de cargo (la originaria, por haberse accedido al USB con vulneración de derechos fundamentales, y la derivada de esta, por contaminación *ex* artículo 11.1 LOPJ), y rechazó practicar la prueba propuesta (por la acusación) y admitida (encaminada precisamente a cuestionar dicha ilicitud), y, consecuentemente, absolvió al acusado.

El Tribunal Superior de Justicia, no obstante, decide anular la sentencia para que se practique en juicio oral la prueba admitida, con el objetivo de que contribuya a dilucidar la licitud de la actuación de la Guardia Civil, pues en su opinión la vulneración del derecho fundamental a la intimidad durante el acceso a la memoria USB no es una cuestión clara, de acuerdo con, entre otros, los siguientes razonamientos:

- (i) El análisis del Tribunal parte de la doctrina jurisprudencial asentada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Brezzi C. Italia, Ivashchenko C. Rusia) sobre la necesidad de llevar a cabo un juicio de proporcionalidad en los supuestos en que se producen vulneraciones a la tutela de la intimidad como consecuencia del deber de perseguir delitos. Esta jurisprudencia tiene especial importancia precisamente en los delitos sexuales, en que puede resultar proporcional la adopción de medidas que se inmiscuyan en los derechos individuales, en aras de cumplir el deber del Estado de garantizar los derechos de las víctimas. El Tribunal sostiene que en el caso de autos la Audiencia realizó un juicio previo sobre la ilegitimidad del acceso a la memoria USB del acusado que no incluía ese juicio de proporcionalidad, para el cual hubieran sido necesarias las pruebas propuestas por la acusación.
- (ii) Asimismo, el Tribunal sostiene que, para que la ilicitud de una prueba se extienda a otras obtenidas de modo independiente, debe haber sido probado el nexo de antijuridicidad entre ellas, haciendo suya de nuevo la jurisprudencia constitucional y del TEDH por la cual se establece que la exclusión de pruebas posteriores por contaminación requiere que medie "*una seria, deliberada o arbitraria quiebra de las reglas del procedimiento*", lo que no se considera probado en el caso de autos.
- (iii) Finalmente, el Tribunal cuestiona que el artículo 588 sexies c de la LECrim —por el cual se exige autorización judicial previa para el examen de los dispositivos masivos "incautados o aprehendidos" (y, en caso de urgencia, en plazo no superior a las veinticuatro horas posteriores)— resulte de aplicación al presente caso. El Tribunal considera que el acceso al USB puede tenerse por una actividad rutinaria del agente frente a la aparición de objetos perdidos, ajena a cualquier medida de investigación a las que

se refiere la rúbrica del título VIII, donde se encuentra contenido dicho artículo, produciéndose, por tanto, un hallazgo casual, para el cual no rige la exigencia de autorización judicial, sino de comunicación al juez en plazo perentorio tras la valoración de nuevos indicios.

Por su parte, el magistrado discrepante fundamenta el voto particular sobre el concepto de “entorno virtual”, un término que la jurisprudencia ha acuñado para designar y definir el derecho que es objeto de protección respecto de los datos que pueden ser almacenados en dispositivos de memoria. Desarrollando este razonamiento, el voto sostiene que la naturaleza de dichos datos, la cual puede afectar al núcleo más profundo y reservado de la personalidad, demanda una especial protección que es la que ha llevado a la jurisprudencia constitucional —tras acoger el criterio del TEDH— a desarrollar los principios, límites y garantías para la preservación de la privacidad que posteriormente se plasman en el título VIII, pero cuyo alcance no puede entenderse limitado a la investigación criminal, sino que se extiende a cualquier actividad u operación de las autoridades públicas.

De acuerdo con lo anterior, el magistrado discrepante considera que el acceso de la policía al contenido del USB requería autorización judicial previa o consentimiento de su titular y que no puede reputarse cometido en el ejercicio de un deber (ni de identificación del titular de la cartera perdida, para lo que ya contaban con su documentación, ni de salvaguarda de los datos de la memoria, ya que su deber se limita a la custodia del objeto entregado). El juicio de proporcionalidad debía realizarse en el momento del acceso al USB, en el cual solo existía un deber de proteger la intimidad de su titular, pero no un interés legítimo de persecución de un delito que todavía no se conocía ni sospechaba, pues este aparece *ex post*. Y si el acceso fue ilícito —concluye—, no es posible considerar el descubrimiento de los archivos un hallazgo casual, pues la validez del hallazgo casual presupone que el descubrimiento ha de producirse en el desarrollo de una diligencia de investigación no afectada de nulidad.

Delitos contra la propiedad intelectual: imposibilidad de aplicar de forma retroactiva interpretaciones jurisprudenciales posteriores. Atipicidad de la conducta en el momento de los hechos, prueba de ello es la reforma normativa operada con posterioridad

Sentencia del Juzgado de lo Penal de Murcia n.º 222/2019, de 21 de junio

El Juzgado de lo Penal de Murcia absuelve a quienes fueron administradores de las páginas web películasyonkis.es, seriesyonkis.es y videosyonkis.es entre 2008 y 2014 de un delito continuado contra la propiedad intelectual (art. 270 CP). Se considera probado que dichas páginas contenían enlaces o hipervínculos (*links*) estructurados, ordenados y clasificados según diferentes criterios, si bien se limitaban a redirigir a megaservidores externos (fundamentalmente Megavideo y Megaupload) donde terceras personas no identificadas habían alojado previamente obras audiovisuales protegidas por derechos de propiedad intelectual.

La sentencia expone la discrepancia de criterios existente en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y realiza un profuso análisis de los diversos pronunciamientos referidos a páginas webs de enlaces que redirigen a otras, en las que se pone a disposición del usuario las obras protegidas de forma no autorizada, tanto a través de servidores de descarga como mediante redes P2P. El Juzgado concluye que, mayoritariamente, las Audiencias Provinciales han considerado atípico el funcionamiento de páginas de enlaces en la época en que se cometieron los hechos objeto de enjuiciamiento.

El Juzgado también analiza el encaje de los hechos probados en la conducta típica de “comunicación pública” —ofrecimiento de una obra al público sin consentimiento del titular— prevista por el Código Penal antes de la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015. El Juzgado recuerda que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014, conocida como “Caso Svensson”, supuso un cambio jurisprudencial al considerar, entre otras cosas, que el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de “acto de comunicación”. Sin embargo, el Juzgado se muestra desfavorable a la aplicación retroactiva de la interpretación jurisprudencial posterior a casos anteriores, “*máxime cuando estamos hablando de materia penal donde rige el principio de taxatividad*”. A ello añade que no fue hasta la reforma operada en 2015 cuando se produjo la tipificación específica de esta conducta en el apartado segundo del art. 270 CP, por lo que, según el Juzgado, ello es indicativo de que anteriormente dicha conducta no estaba incluida. En este sentido, concluye que “*la página de enlace no realiza la conducta típica de puesta a disposición*”

que a su vez integraría el concepto civil de comunicación pública, que serviría para llenar el concepto penal del art 270.1 CP, sino de facilitación de esa puesta a disposición".

Además, en la sentencia se destaca la ausencia de ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto que debía de concurrir junto a la conducta típica para entender consumado el delito contra la propiedad intelectual en el momento de los hechos. Los ingresos obtenidos por los acusados eran siempre indirectos, pues derivaban del volumen de visitas en la página web y el acceso a la publicidad en ella alojada, y no por el redireccionamiento o enlace facilitado, ni por el número de descargas. Por ello, la juzgadora concluye que *"a la fecha de producción de los hechos objeto de autos, no se podía considerar el beneficio indirecto como contenido en el concepto de ánimo de lucro para colmar las exigencias de tipicidad"*. Prueba de ello es, nuevamente, la redacción del art. 270.2 CP, donde el elemento subjetivo del tipo ha sido modificado, bastando ahora con la existencia del ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero. Por todo ello, el Juzgado considera que la conducta de los acusados debe considerarse atípica y, en consecuencia, procede a absolverlos.

Al margen de lo anterior, la sentencia contiene una interesante (aunque breve) reflexión acerca de la preservación de la prueba y, más concretamente, de la falta de preservación de la prueba digital. El Juzgado de lo Penal resuelve la cuestión previa planteada por uno de los letrados de la defensa, que alegaba que existían dos fuentes de prueba en el procedimiento (la página web y el servidor) que no habían sido preservados por las Fuerzas de Seguridad que llevaron a cabo la investigación ni por el Juzgado Instructor. En la resolución de esta cuestión previa, el Juzgado considera que *"la falta de preservación de prueba tecnológica tendrá repercusión a la hora de la valoración de la (prueba) que verdaderamente consta en autos sin las debidas garantías"*. Sin embargo, aclara que *"no se trata tanto de vulneración de derechos fundamentales con la falta de preservación aludida"*. En definitiva, según argumenta el Juzgado, la preservación hubiera permitido asegurar la permanencia y acceso al contenido de los documentos digitales a lo largo del tiempo, con independencia de su soporte, formato o sistema, pero su ausencia no conduce a la nulidad de lo realizado sin dicha preservación, *"sino que formará parte de la valoración de dicha prueba y habrá de ser tenida en cuenta"*.

[Portugal]

O despacho genérico ou tabelar de admissão de impugnação de decisão de autoridade administrativa não adquire força de caso julgado formal

Acórdão n.º 5/2019 de 4 de julho de 2019 – Supremo Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) uniformizou jurisprudência no sentido de que o despacho genérico ou tabelar de admissão de impugnação de decisão de autoridade administrativa, proferido ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 63.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO), não adquire força de caso julgado formal.

Na sua fundamentação, o STJ esclareceu que o despacho que apenas se refere tabelarmente à questão da tempestividade do recurso sem fundamentar tal decisão não impede que, posteriormente, se proceda à apreciação desta questão em concreto e se profira uma decisão fundamentada sobre a mesma.

O STJ entende que este entendimento é aquele que melhor se compagina com artigo 97.º, n.º 5, do Código de Processo Penal (CPP) – referente ao dever de fundamentação dos atos decisórios – aplicável ex vi artigo 41.º do RGCO, decorrente do artigo 205.º, n.º 1, da CRP e do artigo 6.º da CEDH.

Ademais, o STJ destaca que, mesmo que se entendesse que o despacho liminar proferido nos termos do artigo 63.º do RGCO seria análogo ao despacho de recebimento de recurso previsto no artigo 414.º do CPP, ainda assim se teria que concluir que o despacho que apenas tabelarmente incide sobre a questão da tempestividade não tem força de caso julgado formal. Isto porque decorre do disposto no n.º 3 do artigo 417.º do CPP *"que a decisão que admita o recurso ou que determine o efeito que lhe cabe ou regime de subida não vincula o tribunal superior"*.

PROPIEDAD INDUSTRIAL. COMPETENCIA DESLEAL. DERECHOS DE IMAGEN. HONOR PROFESIONAL *

1 · MARCAS

[Unión Europea]

El TJUE resuelve sobre la posibilidad de que una legislación nacional obligue al solicitante de una marca a declarar que ésta se utilizará para los productos y servicios a los que se refiere su solicitud. Asimismo, la sentencia confirma que los Estados miembros no pueden introducir causas de denegación de registro o de nulidad no previstas por las directivas europeas

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 29 de enero de 2020 (as. C-371/18)

Las cuestiones prejudiciales planteadas se enmarcan en un litigio de infracción de marcas comunitarias y de una marca nacional iniciado en Reino Unido. Las sociedades demandadas solicitaron la declaración de nulidad de las marcas controvertidas por vía reconventional, sobre la base de que los titulares no habían explicado con suficiente claridad ni precisión para qué productos habían sido registradas. Asimismo, sostuvieron que las marcas controvertidas fueron registradas de mala fe, en la medida en que los demandantes no tuvieron en ningún momento intención de utilizarlas en relación con todos los productos y servicios a los que se refería su registro.

Dado que las marcas controvertidas se solicitaron entre el 14 de abril de 2003 y el 20 de octubre de 2008, les es de aplicación el Reglamento (CE) n.º 40/94 sobre la marca comunitaria y la Directiva 89/104/ CEE de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

En primer lugar, el TJUE concluye que no puede declararse la nulidad total o parcial de una marca comunitaria o de una marca nacional simplemente por aducirse la falta de claridad y precisión de los términos empleados para designar los productos y servicios para los que se registró. Esto se debe a que, aunque los Estados miembros puedan establecer las disposiciones de procedimiento que consideren adecuadas en materia de registro de marcas, en ningún caso pueden introducir causas de denegación de registro o de nulidad no previstas por la normativa europea.

Asimismo, del análisis de la referida normativa se deduce que el artículo 3 de la Directiva 89/104 y los artículos 7, apartado 1, y 51, apartado 1, del Reglamento 40/94 deben interpretarse como una lista taxativa de causas de nulidad absoluta de una marca, la cual no contempla la obligación del solicitante de declarar que ésta se utiliza o que tiene la intención, de buena fe, de utilizarse para los productos y servicios a los que se refiere su solicitud. En cualquier caso, una marca nacional o comunitaria registrada para un conjunto de productos o servicios cuya designación carece de claridad y precisión puede ser protegida respecto de los productos y servicios para los que ha sido objeto de un uso efectivo.

En segundo lugar, y en conexión con lo anterior, tampoco puede presumirse la mala fe del solicitante de una marca por el mero hecho de que en el momento de la presentación de su solicitud de registro no desarrollara una actividad económica que se correspondiera con los productos y servicios a los que se refiere la solicitud. Es más, el solicitante de una marca no está obligado a indicar, y ni siquiera a conocer con precisión, el uso que hará de la marca cuando presenta —o es examinada— su solicitud de registro.

Por ello, la solicitud de registro de marca presentada sin intención de utilizarla para los productos y servicios a los que se refiere solo se considerará un acto de mala fe si existen indicios

(*) Esta sección ha sido coordinada por Carles Vendrell y Fernando Azcona, y en su elaboración han participado Lidia Vidal, Oriol Castells, Antonio Mas, Mercedes Ferrer, Marc Calvo, Almudena Ramos y Carlos Rivera, del Grupo de Coordinación de Propiedad Industrial y Competencia Desleal, Área de Proceso y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

objetivos que demuestren que se presentó con una clara intención de menoscabar de forma desleal los intereses de terceros o de obtener un derecho exclusivo con fines diferentes a los correspondientes a las funciones de la marca. Y, en todo caso, solo constituiría un acto de mala fe en la medida en que se refiera a dichos productos o servicios, no respecto de la totalidad de los productos o servicios incluidos en la solicitud de registro de marca.

El TJUE resuelve que el foro alternativo de competencia judicial en supuestos de infracción de marcas de la Unión debe interpretarse en el sentido de que, si la infracción se produce mediante publicidad y ofertas de venta presentadas por vía electrónica, la competencia judicial debe corresponder a los tribunales del Estado miembro donde se encuentren los consumidores y distribuidores a quienes se dirige esa publicidad y ofertas de venta

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 5 de septiembre de 2019 (as. C-172/18)

Veánse los comentarios de esta sentencia que se incluyen en esta misma sección de "Crónica de Legislación/Jurisprudencia" (Derecho Digital) de este mismo número de la revista.

[España]

No procede aplicar el criterio indemnizatorio del artículo 43.5 LM en los casos en los que la infracción de la marca no ha conllevado ni un perjuicio para su titular ni un beneficio económico para el infractor

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2019 (Rec. 986/2017)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2019 estima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2016.

En su recurso de casación, la parte recurrente impugna la condena a pagar a la parte recurrida una indemnización correspondiente al uno por ciento de la cifra de negocio obtenida en el ejercicio de su actividad identificada bajo el signo "Nuba", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.5 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas ("LM"), pues consideraba que no procedía su aplicación en el caso en que la infracción de dicha marca no había ocasionado daño o perjuicio alguno a su titular.

Conviene señalar que el artículo 43.5 LM establece que el titular de la marca cuya violación haya sido declarada judicialmente tiene, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el uno por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con la explotación de los productos o servicios ilícitamente marcados en el tiempo en el que se haya producido la infracción.

En síntesis, en el recurso de casación se argumenta que la LM distingue entre los "presupuestos de la indemnización de daños y perjuicios" del artículo 42 LM y el "cálculo de la indemnización de daños y perjuicios" del artículo 43 LM. Por lo tanto, una cosa es la prueba de la existencia del daño y otra su cuantificación (se señala, además, que el artículo 43.5 opera sobre el presupuesto de la existencia del daño y se dirige fundamentalmente a superar las dificultades prácticas de prueba que presenta el cálculo de la indemnización para el titular de una marca infringida).

En su sentencia, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina general en materia de resarcimiento de daños y perjuicios (esto es, que los daños no se presumen, sino que deben acreditarse por quien los reclama —tanto su existencia como su importe—). También recuerda que esta doctri-

na tiene una excepción en la propia jurisprudencia, que estima correcta la presunción de existencia del daño en supuestos en que la existencia del daño se deduce “necesaria y fatalmente” del ilícito o del incumplimiento, si el daño es consecuencia “forzosa, natural e inevitable” o si los daños son “incontrovertibles, evidentes o patentes”. Así, se produce una situación en que “habla la cosa misma” (*ex re ipsa*), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella. A su vez, el Tribunal Supremo aclara que una cuestión es que la situación del caso revele la existencia del daño sin necesidad de tener que fundamentarla en un medio de prueba y otra distinta que exista una presunción legal que excluya en todo caso la necesidad de la prueba.

Pues bien, el Tribunal Supremo acoge las tesis de la parte demandada y señala que el criterio indemnizatorio del artículo 43.5 LM exige como presupuesto previo la existencia de un perjuicio, con independencia de su entidad. Concluye nuestro Alto Tribunal que, en un caso como el presente, en el que la infracción de la marca no ha conllevado ningún perjuicio para su titular ni un beneficio económico para el infractor, no procede aplicar la regla del apartado 5 del artículo 43 LM.

2 · PATENTES

[España]

El auto concluye que, en atención a las circunstancias del caso y aun no existiendo acuerdo entre las partes, los tribunales pueden suspender un procedimiento si aprecian la concurrencia de prejudicialidad administrativa

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de mayo de 2019 (Rec. 1686/2018)

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de mayo de 2019 estima una solicitud de suspensión de un procedimiento de infracción de patente por prejudicialidad administrativa en relación con un órgano supranacional. Esta solicitud se enmarca en los hechos que se exponen a continuación.

La División de Oposición de la Oficina Europea de Patentes declaró la nulidad de la patente objeto del procedimiento (la “Patente”) por falta de novedad y acordó conceder una versión modificada de ella. Esta decisión se encontraba recurrida por las dos partes frente a la Cámara de Recursos del mismo órgano, sin que, en la fecha del auto, la Cámara se hubiese pronunciado sobre los motivos de impugnación.

Ante esta situación, en el procedimiento ordinario por infracción de patente (que se encontraba en fase de apelación) se interesó por la demandada reconviniendo la suspensión del procedimiento por prejudicialidad administrativa.

Concretamente, la recurrente alegó que la futura decisión de la Cámara de Recursos (i) prejuzgaría la decisión que hubiera de tomarse en el seno del procedimiento español; (ii) conllevaría la carencia sobrevenida de objeto de la demanda reconvencional (esto es, la nulidad de la Patente); e (iii) implicaría la desestimación de la demanda principal (es decir, la infracción de la Patente).

También destacó en su escrito (i) la prontitud con que iba a ser emitida la decisión de la Cámara de Recursos (debido a su tramitación mediante el trámite de urgencia); (ii) la ausencia de cauces para su impugnación ante los tribunales nacionales; y (iii) la posibilidad de asemejar la Cámara de Recursos a un tribunal administrativo, a estos efectos. Por ello, en aras del principio de economía procesal, interesó la suspensión del procedimiento.

De contrario, la oposición a la solicitud de suspensión se basó en (i) la ausencia de amparo en alguno de los motivos del artículo 42.3 de la LEC; (ii) la validez de la Patente hasta que no recaiga resolución definitiva de la Cámara de Recursos; y (iii) la negación del carácter prejudicial de dicha resolución como consecuencia de la existencia del artículo 102 de la Ley de Patentes, que prevé los efectos de las resoluciones declarativas de nulidad de una patente.

No obstante, los argumentos de la demandante no son acogidos por la Audiencia, que, tras analizar el tenor literal del artículo 42.3 de la LEC, considera que la procedencia de suspender

el procedimiento en los supuestos de prejudicialidad administrativa debe ser decidida por el juzgador en atención a las circunstancias del caso concreto.

Así, la Audiencia estima la solicitud de suspensión con base en la existencia de efectos prejudiciales derivados de la resolución de la Cámara de Recursos sobre el procedimiento español debido a su mismo objeto, la imposibilidad de recurrir esta resolución ante tribunales nacionales ni ante la propia Oficina Europea de Patentes y su tramitación por el trámite de urgencia.

3 · DISEÑOS

[Unión Europea]

El TJUE interpreta los requisitos exigidos para que una creación intelectual consistente en unos modelos de prendas de vestir puedan ser considerados obra a los efectos de la legislación de derecho de autor y, en este sentido, descarta que una legislación nacional pueda condicionar tal protección a que, más allá de su finalidad práctica, esa obra genere un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2019 (as. C-683/17).

En su sentencia de 12 de septiembre de 2019, el TJUE da respuesta a dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de Portugal en relación con la compatibilidad de la protección de los dibujos y modelos comunitarios (regulado en la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos —la “Directiva de Dibujos y Modelos”—) con la protección por derecho de autor (recogida en la Directiva 2001/297/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información —la “Directiva de Derechos de Autor”—).

En particular, las preguntas versan sobre la posibilidad de que una ley nacional confiera protección con arreglo a la normativa de derecho de autor a modelos que, más allá de su finalidad práctica, generan un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético.

El TJUE recuerda la intención del legislador de la Unión Europea de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de dos regímenes diferenciados: por un lado, la Directiva de Dibujos y Modelos y, por el otro, la Directiva de Derechos de Autor.

En realidad, la normativa de los dibujos y modelos pretende otorgar un plazo de protección limitado pero suficiente a sus titulares para que puedan rentabilizar la inversión realizada en la obtención de objetos que, *“aun siendo nuevos e individualizados, presentan carácter práctico y se conciben para la producción en masa”*, sin obstaculizar con ello la competencia. Por su parte, la protección del derecho de autor debe limitarse a aquellas creaciones que pueden considerarse una obra, por lo que su periodo de protección es mucho mayor.

No obstante, aunque de entrada las normativas persiguen objetivos diferentes y se someten a regímenes distintos, puede existir entre ellas, en algunos casos, un principio de acumulación (sin perder de vista los riesgos de una aplicación excesiva de la protección del derecho de autor).

El TJUE señala que deben concurrir dos requisitos cumulativos para que un modelo o dibujo pueda considerarse una “obra” (y, por tanto, ser susceptible de protección por el derecho de autor):

- (i) En primer lugar, el objeto debe ser original, en el sentido de constituir un reflejo de la personalidad del autor, sin que normas técnicas, reglas u otras exigencias hayan condicionado su libertad creativa.
- (ii) En segundo lugar, la calificación como obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual, lo que implica necesariamente la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad.

Aquellos modelos que cumplan los dos requisitos anteriores podrían ser considerados obras y, por tanto, ser protegibles por el derecho de autor.

Sin embargo, el efecto estético que produce un modelo está condicionado por la percepción subjetiva de belleza de cada persona que lo observa. Dicha naturaleza subjetiva no permite identificar la existencia de un objeto con suficiente precisión y objetividad a los efectos de cumplir con el segundo requisito de originalidad. En consecuencia, el TJUE concluye que no puede condicionarse la protección de un dibujo o modelo como obra a la concurrencia de este requisito adicional.

4 · COMPETENCIA DESLEAL

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve que una modalidad de contratación a distancia vía Internet en la que el consumidor debe tomar una decisión definitiva sobre una transacción en presencia de un mensajero no constituye una práctica comercial agresiva por sí misma

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de 12 de junio de 2019 (as.C-628/17)

El TJUE da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Polonia en relación con la interpretación que debe darse, en el contexto de la contratación a distancia vía Internet, al concepto de prácticas comerciales agresivas establecido en la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, y, en concreto, al concepto de influencia indebida.

La sentencia analiza una modalidad contractual a distancia en la que el consumidor se ve obligado a tomar una decisión definitiva sobre un producto adquirido vía Internet en el momento de su entrega por parte de un mensajero. En este contexto, el consumidor debe firmar los contratos tipo (a los cuales había tenido acceso previamente a través de la página web de la empresa oferente, pero en ningún caso había declarado conocerlos ni los había aceptado) en presencia del mensajero.

El TJUE resuelve sobre la compatibilidad de esta modalidad contractual con la Directiva 2005/29 en el siguiente sentido:

(i) En primer lugar, el TJUE aclara que esta modalidad contractual no constituye una práctica comercial agresiva en cualquier circunstancia, por lo que es necesario tener en cuenta el contexto en el que se realiza para determinar su potencial ilicitud.

(ii) En segundo lugar, el TJUE manifiesta que la mera presencia del mensajero en el momento en el que el consumidor debe tomar la decisión definitiva sobre la transacción no genera, por sí misma, una influencia indebida sobre este consumidor. A este respecto, el TJUE valora especialmente el hecho de que el consumidor podía acceder a toda la información contractual disponible en la página web de la empresa oferente antes de la llegada del mensajero.

(iii) Por último, el TJUE resuelve que la modalidad contractual analizada solamente podría constituir una práctica comercial agresiva si el mensajero o la empresa llevasen a cabo conductas adicionales que pudieran incomodar al consumidor o turbar su reflexión.

5 · DERECHOS DE IMAGEN. HONOR PROFESIONAL

[España]

A efectos del plazo de caducidad de la acción de protección del honor profesional, el Tribunal Supremo resuelve que los daños producidos por la publicación de una obra infractora del derecho al honor son de carácter permanente, salvo que el autor lleve a cabo una conducta de difusión relevante con posterioridad a dicha primera publicación, en cuyo caso, podrán considerarse daños de carácter continuado. Asimismo, el Tribunal Supremo insiste en la menor intensidad de la protección del derecho al honor cuando su titular es una persona jurídica

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2019 (rec. 596/2019)

El TS resuelve un recurso de casación por infracción de los artículos 7.7 y 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El diario *La Región* de Ourense presentó una demanda de protección de su derecho al honor contra un particular, por considerar que el relato de tono satírico y burlesco titulado “La Región no es una fábrica de tornillos” que el demandado había publicado en formato papel y en un blog, y que había difundido a través de Twitter y Facebook tras un conflicto entre ellos, constituía una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

Tras desestimarse la demanda en primera instancia (por considerar el Juzgado que la conducta del demandado estaba amparada en su libertad de expresión), así como su recurso de apelación (por entender la Audiencia Provincial que la acción estaba caducada), la parte actora presentó recurso de casación.

El recurso de casación se basa en dos motivos. En primer lugar, el recurrente plantea que la acción por vulneración de su derecho al honor no se encontraba caducada al entender que los daños eran de carácter continuado. En segundo lugar, alega que, junto con el componente objetivo de la conducta (el contenido de la obra vulneradora de su derecho al honor), existía un componente subjetivo consistente en la intención del demandado de desprestigiar al recurrente.

La sentencia comienza recordando la distinción entre los daños permanentes (aquellos que “*se produce[n] en un momento determinado, pero persiste[n] a lo largo del tiempo, con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya ajenos a la acción u omisión del demandado*”) y los daños continuados (aquellos “*de producción sucesiva causados por una conducta continuada en el tiempo*”).

Esta distinción es relevante a los efectos de conocer el *dies a quo* para el ejercicio de la acción. Mientras que en el caso de los daños permanentes el *dies a quo* coincide con el momento en el que el perjudicado tiene conocimiento del daño (así como de su trascendencia mediante un pronóstico razonable), en el caso de los daños continuados el cómputo del plazo no se inicia hasta la producción del resultado definitivo (siempre y cuando no existan etapas o hechos diferenciados en la producción del daño).

A continuación, el TS argumenta que en la publicación de una obra vulneradora del derecho al honor en Internet no concurren las mismas circunstancias que en los supuestos de inclusión indebida en ficheros de morosos —como argumentaba el recurrente—.

En el caso de los ficheros de morosos, la imputación de ser moroso persiste en el tiempo y su lesividad al derecho al honor se prolonga hasta su cancelación (de hecho, esa es su finalidad). Sin embargo, la publicación de una obra en Internet no tiene la intención de crear un continuo intercambio de información y, además, una vez publicada, puede difundirse sin la intervención de quien realizó la primera publicación.

En este contexto, el TS concluye que, en principio, en el caso de publicaciones de obras en Internet, no estaríamos ante daños continuados, sino ante daños permanentes (sin perjuicio de que sus consecuencias puedan mantenerse e incluso agravarse con el tiempo).

Sin embargo, en el caso en concreto, en la medida en que el demandado llevó a cabo una conducta de difusión relevante de la obra en las redes sociales tiempo después de su primera publicación, el TS concluye que existe una conducta continuada en el tiempo y en dos etapas diferenciadas (la difusión de la obra en 2011 y las posteriores acciones de difusión realizadas entre 2015 y 2016). Por tanto, la acción no estaría caducada al menos en lo que se refiere a las actuaciones de difusión realizadas entre 2015 y 2016.

Finalmente, respecto del segundo motivo del recurso, tras analizar las circunstancias específicas del caso, el TS concluye que no existió una intromisión en el derecho al honor del recurrente. Ello porque estaríamos ante una obra satírica y burlesca que no cuenta con entidad ofensiva suficiente para considerarse una intromisión ilegítima en el honor (máxime cuando se trata de una persona jurídica, cuyo honor goza de una protección de menor intensidad que el de las personas físicas).

SALUD Y ALIMENTACIÓN *

1 · JURISPRUDENCIA

[España]

Modificación de ciertos aspectos relativos al procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de medicamentos de uso humano

Real Decreto 717/2019, de 5 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente (BOE de 6 de diciembre de 2019)

El Real Decreto 717/2019 introduce una serie de modificaciones en el Real Decreto 1345/2007, algunos de cuyos artículos pasan a tener una nueva redacción. Así, el Real Decreto 717/2019:

- (i) elimina la categoría de medicamentos de especial control médico (aquellos destinados a pacientes ambulatorios, pero cuya utilización pueda producir reacciones adversas muy graves, y que requerían prescripción por determinados médicos especialistas y una vigilancia especial durante el tratamiento), ya que los procedimientos de control a los que eran sometidos han quedado superados por la actual legislación de farmacovigilancia;
- (ii) precisa ciertos aspectos relativos a la obligación que tienen los titulares de las autorizaciones de comercialización de medicamentos de notificar su comercialización efectiva, así como su suspensión y cese, y de actualizar el estado de su comercialización;
- (iii) aclara aspectos relacionados con los medicamentos homeopáticos (*i. e.*, categorías y procedimientos de autorización y registro en función de si tienen indicaciones terapéuticas o no) y la comercialización efectiva y la puesta en el mercado de vacunas bacterianas; e
- (iv) introduce el marco normativo del sistema de verificación y autenticación de medicamentos (SEVeM), con el objeto de evitar las falsificaciones. Regula así determinados aspectos de los dispositivos de seguridad de los medicamentos (*e. g.*, identificadores únicos en los envases) y establece el Nodo SNSFarma. Este instrumento permitirá a las comunidades autónomas y al resto de las entidades gestoras del Sistema Nacional de Salud el envío de los datos de verificación de medicamentos dispensados con cargo al Sistema Nacional de Salud por las oficinas de farmacia o por los servicios de farmacia que gestionan, para su anonimización previa a la verificación en el repositorio nacional, dando asimismo soporte a las tareas de supervisión y control por parte de las autoridades u órganos competentes, tanto en materia de verificación como de gestión de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

(*) Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina, y ha sido redactada por Alejandro Abad Chamorro y Leticia Manzano Velasco, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Transparencia: acceso a los documentos presentados a la Agencia Europea del Medicamento en el marco de una solicitud de autorización de comercialización de un medicamento

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 22 de enero de 2020 (as. C-175/18 P)

La sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por el laboratorio farmacéutico PTC Therapeutics International Ltd ("PTC" o la "recurrente") mediante el que se solicitaba que se anulase la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea ("TGUE") de 5 de febrero de 2018 (la "sentencia recurrida"). La sentencia recurrida desestimaba el recurso de anulación que PTC interpuso contra la decisión de la Agencia Europea del Medicamento ("EMA"), de 25 de noviembre de 2015, por la que se concedía a un tercero, en virtud del Reglamento (CE) 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (el "Reglamento 1049/2001"), acceso a un documento que contenía datos presentados por PTC en el marco de la solicitud de autorización de comercialización del medicamento Translarna (la "Decisión"). En el procedimiento de casación interviene también, como parte coadyuvante de la recurrente, la European Confederation of Pharmaceutical Entrepreneurs (Eucope).

El origen del litigio se encuentra en la Decisión de la EMA impugnada por PTC. En esta Decisión, la EMA resolvió no otorgar tratamiento confidencial a un informe de ensayo clínico contenido en el expediente de solicitud de autorización de comercialización del Translarna (medicamento desarrollado por PTC), y concedió al solicitante, una sociedad farmacéutica, acceso al informe en su integridad, previa supresión de algunos pasajes (*e. g.*, referencias a las conversaciones sobre la elaboración de protocolos mantenidas con la autoridad farmacéutica estadounidense la descripción cuantitativa y cualitativa del método de medición de la concentración del medicamento, y las fechas de inicio y de finalización del tratamiento y otras que pudieran permitir la identificación de los pacientes).

En particular, la EMA estimó que no todo el contenido del informe podía disfrutar de las excepciones al derecho de acceso contempladas en el artículo 4 del Reglamento 1049/2001, ya que PTC no había demostrado que todos y cada uno de los elementos del informe constituyesen información comercial sensible. Además, la EMA consideró que la divulgación del informe controvertido se ajustaba al Reglamento 1049/2001, a su política de transparencia y al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo ADPIC").

En la sentencia, el TJUE desestima el recurso interpuesto por PTC, respaldando la postura adoptada por el TGUE y, previamente, por la EMA. Lo hace por los siguientes motivos:

- (i) En primer lugar, el TJUE recuerda que si una institución, órgano u organismo de la Unión ante el que se ha presentado una solicitud de acceso a un documento decide denegarla sobre la base de alguna de las excepciones previstas en el artículo 4 del Reglamento 1049/2001 (entre las que se encuentra que la divulgación del documento suponga un perjuicio para la protección de "*los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual*"), debe explicar las razones por las que el acceso al documento podría perjudicar concreta y efectivamente al interés protegido por tal excepción, debiendo el riesgo de perjuicio ser razonablemente previsible y no meramente hipotético.

En determinados casos, nada impide a la institución u organismo de la Unión basarse en presunciones generales que se apliquen a determinadas categorías de documentos de la misma naturaleza. Sin embargo, la aplicación de una presunción general de confidencialidad no es más que una simple facultad de la institución u organismo de la Unión en cuestión, que siempre conserva la posibilidad de efectuar un examen concreto e individual de los documentos de que se trate para determinar si están protegidos por una o varias de las excepciones contempladas en el artículo 4 del Reglamento 1049/2001.

Así, el TJUE señala que *"el examen concreto e individual permite garantizar que la institución, órgano u organismo de la Unión ha comprobado si la divulgación de todos los documentos o partes de estos a los que se solicitaba el acceso podía perjudicar concreta y efectivamente a uno o varios de los intereses protegidos por las excepciones mencionadas en el artículo 4 del Reglamento n.º 1049/2001"*. Y, en el caso que nos ocupa, la EMA llevó a cabo efectivamente un examen concreto e individual del informe que la llevó a expurgar ciertos pasajes. Por ello, no puede mantenerse que el TGUE hubiera incurrido en error de derecho por haber considerado que el informe controvertido no disfrutaba de una presunción general de confidencialidad.

- (ii) Por otro lado, PTC sostenía que el TGUE vulneró la protección de los intereses comerciales conferida por el Reglamento 1049/2001.

El TJUE reconoce que es cierto que *"la EMA no puede excluir de plano la posibilidad de que determinados pasajes de un informe de ensayo clínico, específicamente identificados por una empresa, puedan contener datos cuya divulgación perjudicaría a sus intereses comerciales"* en el sentido del artículo 4 del Reglamento 1049/2001. El perjuicio podría acreditarse *"en la medida en que tal empresa identificase un riesgo concreto y razonablemente previsible de que determinados datos no publicados obrantes en un informe como el controvertido, que no formasen parte del estado general de los conocimientos en la industria farmacéutica, fueran utilizados en uno o varios Estados terceros por un competidor para obtener una autorización de comercialización, aprovechándose así deslealmente del trabajo desarrollado por ella"*.

Sin embargo, el TJUE considera que, en este caso, la recurrente no había identificado concreta y precisamente, ni ante la EMA ni en la demanda presentada ante el propio TGUE, qué pasajes del informe podían perjudicar a sus intereses comerciales en caso de que se divulgasen. Aceptar la argumentación de la recurrente equivaldría a invocar una presunción general de confidencialidad que, como se ha expuesto en el apartado (i) anterior, no procede con carácter automático.

Además, dado que la EMA no había concluido que el informe controvertido debía estar protegido por una o varias de las excepciones del artículo 4 del Reglamento 1049/2001, no tenía la obligación de evaluar el interés público en la divulgación del informe ni de ponderarlo con el interés de la recurrente en que permaneciera confidencial (esto es, la obligación de ponderación solo procede cuando efectivamente se ha aplicado alguna de estas excepciones).

- (iii) PTC sostenía también que para determinar si con la divulgación del informe controvertido se corría el riesgo de causar un perjuicio a sus intereses comerciales, el TGUE apreció erróneamente la utilidad de dicho informe y el riesgo de que fuera utilizado abusivamente por sus competidores, en particular en procedimientos de expedición de autorizaciones de comercialización fuera de la Unión.

A este respecto, el TJUE señala, de manera similar a lo dispuesto en el apartado anterior, que corresponde a quien solicita la aplicación de alguna de las excepciones del Reglamento 1049/2001 demostrar la existencia de tal riesgo y facilitar explicaciones al organismo correspondiente sobre la naturaleza, el objeto y el alcance de los datos en cuestión que permitan concluir que existe el riesgo invocado, lo que no había sido satisfecho efectivamente por la recurrente en este caso.

Esta obligación de facilitar explicaciones sobre la manera concreta en que la divulgación podría perjudicar al interés protegido por la excepción invocada del Reglamento 1049/2001 no es incompatible con el Acuerdo ADPIC, que impone a sus miembros la obligación de proteger los datos no divulgados resultantes de ensayos.

- (iv) Finalmente, PTC consideraba que el proceso de toma de decisiones de la EMA en el que se inscribe el informe controvertido todavía no había concluido, por lo que el TGUE habría infringido el artículo 4, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento 1049/2001, que prohíbe con carácter general el acceso a un documento que pueda afectar al proceso de toma de decisiones de una institución.

En este sentido, el TJUE recuerda que la recurrente había aportado el informe controvertido a la EMA en el marco de un procedimiento de solicitud de autorización de comercialización del medicamento Translarna, que ya había concluido cuando se presentó la solicitud de acceso a dicho informe. Además, tampoco puede considerarse que un proceso de toma de decisiones esté en curso durante toda la duración del período de exclusividad de datos contemplado en el Reglamento 141/2000, sobre medicamentos huérfanos.

[España]

Transparencia: acceso a información de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios sobre la autorización de un medicamento sin trámite de audiencia al laboratorio afectado

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de noviembre de 2019

Esta sentencia viene motivada en origen por la negativa de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios ("AEMPS") a entregar información solicitada por un particular sobre la autorización de comercialización de un medicamento. En particular, se solicitaba información sobre la fecha en la que se solicitó la autorización del medicamento, la persona física o jurídica que solicitó dicha autorización y el sentido de la resolución expresa recaída, en su caso, sobre dicha solicitud.

La AEMPS denegó la solicitud por considerar que la información es confidencial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 16.4 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. El solicitante recurrió la resolución denegatoria de la AEMPS ante el Consejo Transparencia y Buen Gobierno ("CTBG") que, en su acuerdo de 29 de junio de 2018, estimó parcialmente la reclamación e instó a la AEMPS a remitir al reclamante en el plazo de 5 días la información sobre la fecha en que se solicitó la autorización del medicamento en cuestión. La AEMPS recurrió el acuerdo del CTBG ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 5, que en sentencia de 30 de abril de 2019 desestimó las pretensiones de la AEMPS. Ante dicha desestimación, la AEMPS interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Nacional.

La parte apelante consideraba que la información solicitada a la AEMPS afectaba a los intereses comerciales de terceros, en particular a un laboratorio concreto al que se le debería haber dado audiencia, según lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

A este respecto, la Audiencia Nacional señala, en línea con el juez de instancia, que la resolución de la AEMPS no hacía referencia a la protección de intereses de terceros, sino a la confidencialidad de los datos solicitados. No obstante, la única información a la que concede acceso la resolución del CTBG es la fecha en la que se solicitó la autorización del producto en cuestión, que es un dato que no afectaría a los intereses del laboratorio. En definitiva, la Audiencia Nacional desestima el recurso, por entender que "el medicamento en cuestión no consta como autorizado, pero ello no impide que se haya efectuado una solicitud de autorización, y solo se va a conceder información referida a la fecha en que se solicitó la autorización y no se van a facilitar datos o los documentos que suelen acompañar las solicitudes, por lo que en modo alguno se están perjudicando derechos de terceros a los que sea necesario dar audiencia [sic]".

Aprobación de la financiación de un tratamiento por vía de uso compasivo sobre la base del derecho a la igualdad

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de julio de 2019

Esta sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo, tramitado por las normas del procedimiento de protección de derechos fundamentales (*i. e.*, derecho a la vida y a la integridad física, y derecho a la igualdad), frente a la Resolución de la de la Directora General de Planificación, Investigación, Farmacia y Atención al Ciudadano de la Comunidad Autónoma de Murcia, de fecha 31 de julio de 2018. Esta Resolución da el visto bueno al dictamen emitido por

la Comisión Regional de Farmacia y Terapéutica de la Región de Murcia que desestima la solicitud formulada por la familia de un menor con una enfermedad genética grave (el "recurrente") de que el Servicio Murciano de Salud le financie durante 48 semanas el suministro del medicamento Atalureno como tratamiento prescrito por el Servicio de Neuropediatría de un hospital de esta región.

La cuestión que se plantea en este litigio consiste en determinar si la Resolución impugnada, en cuanto deniega la financiación y el suministro del medicamento Atalureno, vulnera o no los derechos fundamentales a la vida en su dimensión de derecho a la integridad física y a la salud del art. 15 de la Constitución española ("CE") y el derecho a la igualdad del art. 14 CE, teniendo en cuenta que el medicamento había sido prescrito como tratamiento para el menor recurrente durante 48 semanas (como uso compasivo, según lo dispuesto en el Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales), y con la prevención de suspenderlo desde el momento en que se aprecie que los efectos no son beneficiosos.

- (i) En primer lugar, el tribunal entiende que *"es muy dudoso que los actos impugnados vulneren el derecho a la vida considerado en sentido estricto, ni tampoco que la omisión del tratamiento afecte directamente a su integridad física (art. 15 CE) o vulnere su derecho a la protección de su salud"*. En una argumentación poco clara, el tribunal se apoya aquí en las declaraciones como testigo del jefe de Servicio de Neuropediatría del hospital en cuestión, quien señaló que, *"aunque la falta de tratamiento podría afectar a la calidad de vida y bienestar del menor al entender que su aplicación retrasaría los efectos perniciosos de la enfermedad y que cuando antes se suministrara sus efectos beneficiosos serían más beneficiosos [...], tales beneficios consistían en posibilitar que el menor pudiera deambular y correr, mantener la verticalidad, levantarse de una silla, además de retardar la aparición de otras complicaciones graves... etc..., concluyendo que el tratamiento con atalureno era el más idóneo que se le podía dar a través de la autorización de un uso compasivo o especial del mismo, ya que los corticoides eran a la larga perjudiciales para la salud de los enfermos"*.
- (ii) Sin embargo, el tribunal sí que resulta claro al determinar que la falta de suministro del referido tratamiento vulnera el derecho a la igualdad (art. 14 CE). En este caso, *"ha quedado demostrado que existen en todo el territorio español menores que están recibiendo el tratamiento financiado por las correspondientes Comunidades Autónomas como ha acreditado la parte recurrente con la información aportada a este procedimiento que facilitó la AEMPS. Además, en esta Región [de Murcia] existe otro menor que padece la misma enfermedad con las mismas características, [...] que está recibiendo el tratamiento con atalureno sufragado por fondos públicos, siendo de destacar que, aunque se reconociera el derecho antes de que se excluyera el medicamento de los que pueden ser financiados por la Seguridad Social, continúa siendo suministrado con posterioridad"*.
- (iii) Por último, el tribunal pone de relieve que la Administración, al adoptar la decisión de no financiar el tratamiento, en ningún momento ha tenido en cuenta el interés superior del menor regulado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Y esta vulneración del interés superior del menor, aunque no sea un derecho fundamental de los que reciben amparo en este procedimiento especial, *"se produce cuando por criterios meramente económicos y de manera inmotivada se rechaza la solicitud del uso compasivo o especial (permitido excepcionalmente por el art. 17 del R.D. 1015/2009) sin considerar estos parámetros clínicos y los principios bioéticos que avalan el interés superior del menor"*.

En consecuencia, el tribunal estima el recurso contencioso-administrativo, anula y deja sin efecto la Resolución impugnada, y reconoce el derecho del menor a que le sea suministrado dicho medicamento financiado por el Servicio Murciano de Salud durante 48 semanas por vía hospitalaria, tal y como había sido solicitado por la recurrente.

Inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración ante un laboratorio farmacéutico por la retirada del mercado de un medicamento comercializado como complemento alimenticio

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de noviembre de 2018

La sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo presentado por un laboratorio farmacéutico frente a la resolución de 19 de julio de 2016, del Ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial que había instado el laboratorio por los supuestos daños derivados de la retirada del mercado de una serie de productos con melatonina por parte de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios ("AEMPS").

Estos productos habían sido comercializados inicialmente como complementos alimenticios a instancia del laboratorio, por lo que no se produjo la previa evaluación y autorización para su comercialización por parte de la AEMPS. Sin embargo, como señala la Audiencia, "el hecho de poseer en su composición la sustancia farmacológicamente activa de la melatonina, confiere al producto la condición legal de medicamento según lo establecido en el artículo 8 [del actual Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios]". En particular, han de considerarse medicamentos, puesto que (i) incluyen en su composición sustancias farmacológicamente activas, como la melatonina, y (ii) presentan como poseedoras de propiedades para el tratamiento de una enfermedad o con el fin de restaurar funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica. Además, existía en el mercado un medicamento autorizado con dosis inferiores del principio activo y sujeto a receta médica.

En términos generales, se consideran como requisitos de la responsabilidad patrimonial, para que resulte viable, (i) que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; (ii) que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; (iii) que exista una relación de causa-efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y (iv) que no sea producida por fuerza mayor.

A este respecto, tal y como señala la sentencia, el Tribunal Supremo ha indicado que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, lo que no es sino una confirmación de un principio general consagrado en nuestra legislación, en virtud del cual, si bien no toda resolución judicial anulatoria comporta, per se, la obligación de indemnizar, tampoco ha de entenderse que se excluya la posibilidad de dicha reparación cuando concurran el resto de los requisitos exigibles de conformidad con las disposiciones que regulan la materia".

La Audiencia reconoce ciertas irregularidades en la tramitación del expediente administrativo incoado por la AEMPS para la retirada de estos productos (e. g., en los plazos). Sin embargo, estas irregularidades no causaron indefensión ni tuvieron carácter invalidante conforme a lo previsto en Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Resultan acreditados los intentos por parte de la AEMPS de poner en conocimiento de las autoridades competentes de la Unión Europea (i. e., la Comisión) la existencia en España de un medicamento que se estaba comercializando como producto alimenticio.

En definitiva, la Audiencia concluye reiterando que la consideración de los productos retirados como medicamentos desvirtúa la responsabilidad patrimonial reclamada y lo aleja de cualquier viso de vulneración del derecho de la Unión, tal y como pretendía la recurrente.

TRIBUTARIO *

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

- *Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1129 de la Comisión, de 2 de julio de 2019, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 79/2012 por el que se establecen las normas de aplicación de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) 904/2010 del Consejo relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del IVA*

[España]

- *Real Decreto 595/2019, de 18 de octubre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio*

- *Resolución de 10 de septiembre de 2019, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se modifica la de 21 de septiembre de 2004, por la que se establece la estructura y organización territorial de la AEAT*

[Portugal]

Contribuição Extraordinária sobre o Setor Energético (“CESE”): Novo modelo oficial

Portaria n.º 286/2019 de 3 de setembro (DR 168, Série I, de 3 de setembro de 2019)

A referida Portaria altera a Portaria n.º 119-B/2015, de 30 de abril, procedendo: (i) à regulamentação necessária imposta pelo artigo 313.º da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro que alterou o regime da CESE; e, (ii) à aprovação da nova declaração de modelo oficial n.º 27 e respetivas instruções de preenchimento, através da qual os sujeitos passivos devem efetuar a correspondente (auto) liquidação da CESE.

Contestação das liquidações de tributos com recurso à cláusula geral anti abuso - Reclamação necessária

Portaria n.º 287/2019 de 3 de setembro de 2019 (DR 168, Série I, de 3 de setembro de 2019)

A Portaria em referência procedeu à alteração do artigo 2.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, passando a estabelecer que não podem ser contestadas por via arbitral as liquidações de tributos emitidas com base na cláusula geral anti abuso que não tenham sido precedidas “(...) de recurso à via administrativa”.

A Portaria em análise entrou em vigor no dia 4 de setembro de 2019.

(*) Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Miguel Bastida Peydro, y en su elaboración han participado Catarina Fernandes y Martim Teixeira, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (“IRC”) - Novo regime fiscal das imparidades registadas por instituições financeiras

Lei n.º 98/2019, de 4 de setembro (DR 169, Série I, de 4 de setembro de 2019)

A Lei em apreço veio alterar os artigos 28.º-A e 28.º-C do Código do IRC, instituindo um novo regime de dedutibilidade, em sede de IRC, das perdas por imparidades para risco específico de crédito registadas em períodos de tributação com início em, ou após, 1 de janeiro de 2019 pelas entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal e pelas sucursais em Portugal de instituições de crédito e outras instituições financeiras com sede noutro Estado Membro (“EM”) da União Europeia (“UE”) ou do Espaço Económico Europeu (“EEE”).

Nos termos do novo regime, as perdas por imparidades acima referidas passam a ser dedutíveis no período em que as mesmas são contabilizadas de acordo com os normativos contabilísticos e regulamentares aplicáveis.

A mesma Lei estabelece ainda o regime aplicável à dedutibilidade das perdas por imparidade registadas em exercícios anteriores ao início de aplicação das novas regras, bem como um período de adaptação automático de até 5 períodos de tributação durante o qual as novas regras não se aplicarão, salvo se o sujeito passivo renunciar a este período de adaptação mediante comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira (“AT”), comunicação esta que deve ser efetuada até ao final do décimo mês do período de tributação relativamente ao qual o sujeito passivo pretenda começar a aplicar o novo regime.

Alterações ao ETAF

Lei n.º 114/2019, de 12 de setembro (DR 175, Série I, de 12 de setembro de 2019)

A referida Lei procedeu à décima segunda alteração ao ETAF passando a estabelecer, designadamente:

- a possibilidade de desdobramento dos tribunais tributários em juízos de competência especializada e, em concreto, em juízos tributários comuns e em juízos de execução fiscal e de recursos contraordenacionais;
- a competência do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) para conhecer dos conflitos de competência estabelecidos na lei (v.g. os conflitos que ocorram entre os plenos das secções, as secções e os tribunais centrais administrativos);
- a competência da secção de contencioso tributário do STA para decidir dos recursos interpostos com exclusivo fundamento em matéria de direito apenas nos casos em que exista decisão de mérito (anteriormente não se verificava esta exigência de existir uma decisão de mérito);
- a competência do plenário do STA para conhecer dos recursos para uniformização de jurisprudência quando exista contradição de ambas as secções do STA;
- a competência dos tribunais centrais administrativos para “(...) conhecer dos conflitos de competência entre tribunais administrativos de círculo, tribunais tributários ou juízos de competência especializada, da área de jurisdição do respetivo tribunal central administrativo”; e,
- a competência dos tribunais tributários para conhecer da “declaração de ilegalidade de normas administrativas emitidas em matéria fiscal.

Por sua vez, o novo artigo 49.º-A do ETAF vem delimitar a competência de cada juízo de competência especializada tributária, nos seguintes termos:

- o juízo tributário comum será competente para conhecer de todos os processos que incidam sobre matéria tributária e cuja competência não esteja atribuída ao juízo de execução fiscal e de recursos contraordenacionais, bem como para exercer as demais competências atribuídas aos tribunais tributários, e;
- o juízo de execução fiscal e de recursos contraordenacionais será competente para conhecer de todos os processos relativos a litígios emergentes de execuções fiscais e de contraordenações tributárias.

A Lei em apreço entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2019.

Alterações aos regimes processuais tributários do Código de Procedimento e de Processo Tributário ("CPPT")

Lei n.º 118/2019 de 17 de setembro (DR 178, Série I, de 17 de setembro de 2019)

A Lei em referência procedeu à trigésima segunda alteração ao CPPT e modificou os regimes processuais no âmbito da jurisdição tributária.

Entre as alterações introduzidas pela referida Lei destacam-se as seguintes:

- passa a estabelecer-se expressamente que os prazos que terminem em dias em que os serviços ou tribunais estiverem encerrados transferem-se para o primeiro dia útil seguinte, em conformidade com aquela que era a posição uniformizada dos tribunais nesta matéria;
- a cumulação de pedidos e a coligação de autores passa a ser possível relativamente a tributos diferentes desde que os mesmos assumam a mesma natureza tendo por base a tripartição constante do artigo 3.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária ("LGT") - impostos, taxas e contribuições financeiras a favor de entidades públicas -, contanto que: (i) aos pedidos corresponda a mesma forma processual e a sua apreciação tenha por base as mesmas circunstâncias de facto ou o mesmo relatório de inspeção tributária; ou, (ii) em alternativa, que os mesmos devam ser decididos com base nas mesmas normas aplicáveis a situações fácticas semelhantes;
- passa a ser possível instaurar uma única oposição judicial nos casos em que sejam instaurados múltiplos processos de execução fiscal relativamente a um contribuinte, contando-se o prazo para apresentação da Oposição Judicial desde a data da primeira citação nos referidos processos;
- passa a estabelecer-se que, nos casos em que sejam intentados, no mesmo tribunal, mais de 10 processos, ou interpostos recursos de decisões relativas a mais de 10 processos que respeitem ao mesmo tributo - impostos, taxas ou contribuições financeiras a favor de entidades públicas - nos quais sejam arguidos os mesmos vícios e esteja em causa a aplicação das mesmas normas, o presidente do referido tribunal tem o dever de determinar, após audição das partes, que seja dado andamento apenas a um dos processos, o qual passará a ter a natureza de "prioritário" nos termos do CPTA, suspendendo-se a tramitação dos demais;
- são modificados diversos prazos judiciais incluindo o prazo de impugnação de atos de fixação dos valores patrimoniais tributários que passa de 90 dias para 3 meses;
- passa a estar expressamente estabelecido o efeito suspensivo das reclamações judiciais das decisões proferidas pelos órgãos de execução fiscal com subida imediata por serem suscetíveis de causar prejuízo irreparável ao contribuinte;
- o prazo que o órgão de execução fiscal dispõe para proceder ao cancelamento das garantias em caso de decisões favoráveis aos contribuintes em primeira instância passa a ser de 30 dias (anteriormente este prazo era de 45 dias); e,
- o regime dos recursos é profundamente reformulado passando a prever-se, de forma expressa, um recurso de revista no âmbito dos recursos dos atos jurisdicionais em matéria tributária contra decisões proferidas pelo TCA nos casos em que esteja em causa questão que se revista de importância fundamental ou quando a sua admissão seja necessária para uma melhor aplicação do direito.

A referida Lei entrou em vigor no dia 16 de novembro de 2019, estabelecendo ainda um regime transitório no que diz respeito a algumas das alterações introduzidas.

Alterações diversas aos Códigos fiscais

Lei n.º 119/2019, de 18 de setembro (DR 179, Série I, de 18 de setembro de 2019)

A Lei em apreço altera diversos diplomas fiscais, com o propósito de melhorar os serviços da AT, procedendo também a pequenos ajustes em diversas normas relativas a obrigações declarativas dos contribuintes, dando igualmente sequência a algumas das disposições fiscais constantes da Lei do Orçamento do Estado para 2019.

Entre as várias alterações agora introduzidas, cumpre destacar as seguintes:

Em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (“IRS”):

- (i) As indemnizações devidas por renúncia onerosa a posições contratuais ou outros direitos inerentes a contratos relativos a bens imóveis passam a estar sujeitas a tributação, em sede de Categoria G, no ano em que são pagas ou colocadas à disposição;
- (ii) Relativamente ao regime das taxas de tributação autónoma reduzidas que devam ser aplicadas a contratos de arrendamento de média ou longa duração: (i) limita-se a aplicação deste regime aos contratos de arrendamento para habitação permanente do arrendatário, e (ii) são expressamente regulados os efeitos da cessação dos contratos de arrendamento, por facto imputável ao senhorio, antes de decorrido o prazo mínimo exigido por lei para beneficiar das referidas taxas reduzidas; e,
- (iii) Os sujeitos passivos que auferirem rendimentos comprovadamente produzidos em anos anteriores àquele em que foram pagos passam a poder optar pela entrega de declarações de substituição referente aos anos em causa, com o limite do quinto ano imediatamente anterior ao do pagamento ou colocação à disposição dos rendimentos (ao invés da tributação da totalidade desses rendimentos no ano do pagamento ou colocação à disposição).

Em sede de IRC:

- É expressamente qualificado como rendimento sujeito a tributação o montante da redução irrevogável do valor do capital em dívida de obrigações subordinadas ou outros títulos subordinados, quando não atribuam ao respetivo titular o direito a receber dividendos nem direito de voto em assembleia geral de acionistas e não sejam convertíveis em partes sociais;
- O regime de preços de transferência é objeto de reformulação, destacando-se entre as várias alterações o (i) alargamento do elenco das operações sujeitas a estas regras para todas as operações efetuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a IRC, independentemente da natureza dessas operações; e, (ii) a possibilidade de utilização de outros métodos de avaliação de ativos especialmente nos casos de transações que respeitem a imóveis, partes de capital de sociedades não cotadas, direitos de crédito e ativos intangíveis, e sempre que os métodos previstos na lei não se revelem adequados devido ao caráter único ou singular dessas transações;
- As entidades sujeitas ao acompanhamento pela Unidade dos Grandes Contribuintes (“UGC”) passam a estar obrigadas à apresentação do processo de documentação respeitante à política adotada em matéria de preços de transferência até ao 15.º dia do 7.º mês do período de tributação seguinte àquele a que respeitam as operações objeto desse processo; e,
- Passa a estar previsto na lei um conceito de “volume de negócios” relevante em sede de IRC e para efeitos de quaisquer outros impostos que direta ou indiretamente incidam sobre os lucros, prevendo-se igualmente regras específicas para as rendas relativas a propriedades de investimento e para os bancos, empresas de seguros e outras entidades do setor financeiro.

Em sede de imposto sobre o valor acrescentado (“IVA”)

- São alteradas as datas limite para pagamento do imposto, as quais passam a ser (i) o décimo quinto dia do segundo mês seguinte ao do período mensal a que o imposto diz respeito, e (ii) o vigésimo dia do segundo mês seguinte ao do período trimestral a que o imposto se refere.

Em sede de Imposto do Selo:

- Passa a estar expressamente prevista a legitimidade dos sujeitos passivos e dos titulares do encargo com o imposto devido pela apresentação de garantias tributadas em Imposto do Selo para apresentarem reclamação graciosa no prazo de 2 anos legalmente estabelecido no artigo 131.º do CPPT.

- Com efeitos a 1 de janeiro de 2020 (i) é alterada a verba 11.2 da Tabela Geral do Imposto do Selo por forma a excluir da incidência daquela verba os prémios de bingo online; e, (ii) é revogado o mecanismo da compensação de imposto em resultado da anulação ou redução de operações, passando a prever-se que quaisquer alterações aos elementos incluídos na declaração mensal de Imposto do Selo devem ser feitas mediante a entrega de declaração de substituição relativamente ao período relevante.

Em sede de imposto municipal sobre imóveis ("IMI")

- Passa a estabelecer-se o agravamento para o triplo da taxa de IMI aplicável relativamente aos prédios urbanos parcialmente devolutos, prevendo-se que no caso de prédios urbanos em propriedade total, o agravamento da taxa incidirá apenas sobre a parte do valor patrimonial tributário ("VPT") correspondente às partes devolutas;
- É expressamente estabelecido o direito de acesso dos advogados e solicitadores à informação das cadernetas prediais em casos de interesse efetivo dos respetivos clientes (v.g. informação relativa a prédios confinantes aos prédios dos clientes) desde que os mesmos estejam vinculados a deveres de confidencialidade relativamente à informação que consultam.

Em sede de regime geral de infrações tributárias ("RGIT")

- As instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades que prestem serviços de pagamento ficam sujeitas a coimas variáveis entre € 3.000 a € 165.000 pela falta ou atraso na apresentação das informações e declarações referentes a: (i) transferências ou envios de fundos para entidades localizadas em paraísos fiscais; (ii) fluxos de pagamentos com cartões de crédito, débito ou outros meios de pagamento eletrónico; e (iii) transferências de fundos realizadas através de sucursais localizadas fora de Portugal ou entidades não residentes com as quais existam "relações especiais", tal como definidas no regime de preços de transferência, sempre que a instituição de crédito, sociedade financeira ou entidade prestadora de serviços de pagamento tenha ou devesse ter conhecimento de que aquelas transferências ou envios de fundos têm como destinatário final uma entidade localizada em paraíso fiscal;
- A falta ou atraso na apresentação da declaração Modelo 54, relativa à identificação da entidade constituinte de um grupo de empresas multinacional que irá proceder à entrega da declaração financeira e fiscal por país ("*Country-by-Country Report*"), passa a ser punível com coima variável entre € 500 e € 10.000, acrescida de 5% por cada dia de atraso.

Em sede de CPPT

- As notificações efetuadas para o domicílio fiscal eletrónico passam a considerar-se feitas no décimo quinto dia posterior ao registo da sua disponibilização (anteriormente as notificações consideravam-se realizadas no quinto dia posterior ao do registo da disponibilização).

Em sede de regime jurídico da arbitragem tributária ("RJAT")

- Passa a ser suscetível de recurso para o STA a decisão arbitral que conheça do mérito da causa e que se encontre em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com outra decisão arbitral ou com acórdão proferido pelos tribunais superiores (anteriormente, apenas as decisões que estivessem em oposição com acórdão proferido por um tribunal superior eram suscetíveis de recurso para o STA).

Outras alterações relevantes

- a prova da qualidade de não residente fiscal para efeitos de aplicação das convenções para evitar a dupla tributação e outros acordos de direito internacional passa a ser feita mediante um modelo específico português (prevendo-se que venha a ser alterado / substituído o atual modelo 21-RFI) acompanhado de documento comprovativo de residência fiscal emitido pelas autoridades fiscais do Estado da residência (anteriormente,

esta prova poderia ser feita através do modelo 21-RFI devidamente preenchido e certificado pelas autoridades fiscais competentes ou, em alternativa, através de certificado de residência fiscal emitido pelas autoridades fiscais competentes do estado de residência acompanhado do modelo 21-RFI devidamente preenchido).

A referida Lei entrou em vigor em 1 de outubro de 2019.

Mecanismos para a resolução de litígios

Lei n.º 120/2019, de 19 de setembro (DR 180, Série I, de 19 de setembro de 2019)

A Lei em referência procedeu à transposição da Diretiva 2017/1852, do Conselho, de 10 de outubro de 2017, estabelecendo mecanismos para a resolução de litígios que envolvam as autoridades competentes de Portugal e de outros EM da UE em resultado da interpretação e aplicação de acordos e convenções internacionais para evitar a dupla tributação de rendimentos.

Declaração Mensal de Imposto do Selo - Novo modelo e instruções de preenchimento

Portaria n.º 339/2019, de 1 de outubro (DR 188, Série I, de 1 de outubro de 2019)

A presente Portaria aprova o novo modelo oficial da Declaração Mensal de Imposto do Selo, e respetivas instruções de preenchimento, a apresentar pelos sujeitos passivos de Imposto do Selo que tenham realizado quaisquer operações, atos, contratos ou outros factos tributados em sede de Imposto do Selo.

Convenção para Eliminar a Dupla Tributação entre Portugal e Angola

Aviso n.º 93/2019 (DR 188, Série I, de 1 de outubro de 2019)

O presente Aviso torna público que, na sequência do cumprimento das formalidades exigidas pelos respetivos direitos internos de ambos os Estados, a Convenção para Eliminar a Dupla Tributação entre Portugal e Angola entrou em vigor em 22 de agosto de 2019.

IRS - Declaração Modelo 39 - Instruções de preenchimento

Portaria n.º 351/2019, de 7 de outubro (DR 192, Série I, de 7 de outubro de 2019)

A Portaria acima identificada aprova as novas instruções de preenchimento da Declaração Modelo 39 (Rendimentos e retenções a taxas liberatórias) destinada ao cumprimento da obrigação de comunicação que recai sobre as entidades devedoras ou pagadoras em declararem os rendimentos sujeitos a retenção na fonte a título definitivo pagos ou colocados à disposição de pessoas singulares com residência fiscal em Portugal.

IRS - Declaração Modelo 37 - Instruções de preenchimento

Portaria n.º 352/2019, de 7 de outubro (DR 192, Série I, de 7 de outubro de 2019)

A Portaria acima identificada aprova as novas instruções de preenchimento da Declaração Modelo 37 destinada a declarar, entre outros, (i) os juros de dívidas com a aquisição, construção ou beneficiação de imóveis para habitação própria e permanente; (ii) os prémios de seguros de saúde; e (iii) as importâncias aplicadas em planos de poupança-reforma, fundos de pensões e outros regimes complementares, pelas instituições de crédito, cooperativas de habitação, empresas de locação financeira, empresas de seguros e empresas gestoras dos fundos.

IRS e IRC - Coeficientes de desvalorização da moeda

Portaria n.º 362/2019, de 9 de outubro (DR 194, Série I, de 9 de outubro de 2019)

A Portaria acima identificada procede à atualização dos coeficientes de desvalorização de moeda a aplicar, nomeadamente em sede do cálculo de mais-valias fiscais, aos bens e direitos alienados durante o ano de 2019.

IRS - Declaração de rendimentos Modelo 3 - Novos modelos e instruções de preenchimento

Portaria n.º 370/2019, de 14 de outubro (DR 188, Série I, de 1 de outubro de 2019)

A presente Portaria aprova os novos modelos de impressos, e respetivas instruções de preenchimento, da Declaração anual de rendimentos Modelo 3 do IRS. Os novos modelos entram em vigor em 1 de janeiro de 2020 e aplicam-se a todas as declarações de rendimentos destinados a declarar rendimentos dos anos de 2015 e seguintes.

- IRS - Declaração Modelo 10 - Novo modelo e instruções de preenchimento** *Portaria n.º 565/2019, de 10 de outubro (DR 195, Série I, de 10 de outubro de 2019)*
- A presente Portaria aprova o novo modelo, e respetivas instruções de preenchimento, da Declaração Modelo 10 (Rendimentos e retenções - Residentes), destinada a declarar os rendimentos sujeitos a imposto, isentos e não sujeitos, que não sejam ou não devam ser declarados na declaração mensal de remunerações, auferidos por sujeitos passivos de IRS residentes no território nacional, bem como as respetivas retenções na fonte.
- Estatuto dos benefícios fiscais ("EBF") - Donativos recebidos - Declaração Modelo 25** *Portaria n.º 366/2019, de 10 de outubro (DR 195, Série I, de 10 de outubro de 2019)*
- A presente Portaria fixa as zonas geográficas no âmbito das quais os tribunais administrativos de círculo e os tribunais tributários funcionam, para efeitos de gestão e presidência, em modelo agrupado.
- ETAF - Zonas geográficas dos tribunais administrativos e fiscais** *Portaria n.º 368/2019, de 11 de outubro (DR 196, Série I, de 11 de outubro de 2019)*
- A presente Portaria vem alterar as instruções de preenchimento da Declaração Modelo 25 (Donativos recebidos) a vigorar no ano de 2020 e seguintes, e mediante a qual as entidades que recebam donativos fiscalmente relevantes devem cumprir a obrigação de comunicação de tais donativos à AT até fevereiro do ano seguinte àquele em que foram recebidos.
- IRC - Declaração de rendimentos Modelo 22 - Novos modelos, anexos e instruções de preenchimento** *Despacho n.º 10551/2019, do Gabinete do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (DR 221, Série II, de 18 de novembro de 2019)*
- O Despacho acima referido aprovou as alterações à declaração periódica de rendimentos Modelo 22, bem como aos respetivos anexos e instruções de preenchimento, a efetuar em consequência das alterações legislativas ocorridas em 2019 e da necessidade de introdução de melhorias nos formulários.
- Convenção Multilateral - Aprovação e ratificação** *Resolução da AR n.º 225/2019 (DR 219, Série I, de 14 de novembro de 2019)*
- A Resolução acima contém as declarações e reservas formuladas pelo Estado Português relativamente à Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros que foi aprovada pela AR e adotada em Paris, em 24 de novembro de 2016.
- Decreto n.º 70/2019, de 14 de novembro, do Presidente da República (DR 219, Série I, de 14 de novembro de 2019)*
- Por via do Decreto em epígrafe, é ratificada a Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros, tal como aprovada pela AR nos termos da Resolução acima referida.
- ETAF - Juízos de competência especializada** *Decreto-Lei n.º 174/2019, de 13 de dezembro (DR 240, Série I, de 13 de dezembro de 2019)*
- Este Decreto-Lei procedeu à criação de juízos de competência especializada em matéria tributária na sequência da última alteração introduzida ao artigo 9.º do ETAF, através da Lei n.º 114/2019, de 12 de setembro, na qual se estabeleceu a possibilidade de desdobramento dos tribunais tributários em juízos de competência especializada e, em concreto, em juízos tributários comuns e em juízos de execução fiscal e de recursos contraordenacionais.
- O presente Decreto-Lei entrou em vigor em 14 de dezembro de 2019.
- Orçamento do Estado para 2020 - Regime transitório de execução orçamental** *Decreto-Lei n.º 176/2019, de 27 de dezembro (DR 249, Série I, de 27 de dezembro de 2019)*
- Em face da impossibilidade objetiva de preparação, apresentação e aprovação de um Orçamento do Estado para 2020 que pudesse entrar em vigor a partir de 1 de janeiro de 2020, o referido Decreto-Lei aprova o regime transitório de execução orçamental a vigorar entre 1 de

janeiro de 2020 e a data da entrada em vigor da Lei que venha a aprovar o Orçamento do Estado para 2020.

Este regime transitório obedece ao princípio da utilização por duodécimos das verbas fixadas para despesas, nos mapas orçamentais que as especificam, de acordo com a respetiva classificação orgânica.

IMI - Modelo de participação das rendas de contratos de arrendamento anteriores ao Regime do Arrendamento Urbano

Portaria n.º 406/2019, de 20 de dezembro (DR 245, Série I, de 20 de dezembro de 2019)

Nos termos do artigo 15.º-N do Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de novembro, prevê-se um regime especial de avaliação do VPT de prédios urbanos que sejam objeto de contratos de arrendamento anteriores à data de entrada em vigor do Regime do Arrendamento Urbano ou, no caso de contratos de arrendamento para fins não habitacionais, para contratos de arrendamento anteriores à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 257/95, de 30 de setembro. Nos termos deste regime, o VPT dos prédios referidos, para efeitos exclusivamente de IMI, não pode exceder o valor que resultar da capitalização da renda anual pela aplicação do fator 15, ficando os sujeitos passivos que pretendam beneficiar deste regime obrigados a declarar anualmente, entre 1 de novembro e 15 de dezembro de cada ano, o valor da última renda mensal devida pelos respetivos inquilinos.

A Portaria em epígrafe vem: (i) aprovar o modelo oficial de participação das rendas à AT para efeitos de aplicação do regime especial acima referido; e, (ii) estabelecer que, exclusivamente no que diz respeito ao ano de imposto 2019, a participação das rendas deverá ser apresentada entre 1 de janeiro de 2020 e 15 de fevereiro de 2020.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Impuesto sobre el Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Inconstitucionalidad. Cuota resultante superior al incremento realmente obtenido

Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 2019 (sentencia 126/2019)

El pleno del Tribunal Constitucional ("TC") declara la inconstitucionalidad del artículo 107.4 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales en relación con aquellos casos en los que la cuota del impuesto sea superior al incremento patrimonial realmente obtenido por el obligado tributario.

En este sentido, el TC considera que la cuota tributaria resultante, en la parte que excede del beneficio realmente obtenido, se corresponde con el gravamen ilícito de una renta inexistente en contra del principio de capacidad económica y de la prohibición de confiscatoriedad que deben operar, en todo caso, respectivamente, como instrumento legitimador y límite del gravamen.

Régimen sancionador. Nulidad del artículo 25.4 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario

En cuanto al efecto temporal de la sentencia, el TC precisa que únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas aquellas que, a la fecha de publicación de la sentencia, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía en ellas una resolución administrativa o judicial firme.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2019 (recurso de casación 83/2018)

El Tribunal Supremo ("TS") declara la nulidad de la disposición que permitía calificar como interrupción justificada del procedimiento sancionador la orden de completar el expediente del procedimiento inspector. Dicha interrupción se producía desde el día siguiente a aquel en el que se dicta la orden de completar hasta que se notifique la nueva acta que sustituya a la anteriormente formalizada o se le dé trámite de audiencia en caso de que no sea necesario incoar una nueva acta.

El TS recuerda que los supuestos de ampliación del plazo del procedimiento sancionador están expresamente regulados en el artículo 211.2 de la Ley 58/2003, de 27 de diciembre, General Tributaria ("LGT"), y dicha regulación abona la idea de que el legislador no ha querido ninguna otra alteración temporal del procedimiento sancionador. En este sentido, y a pesar de reconocer la relevancia del procedimiento inspector en el ejercicio de la potestad sancionadora, la relación entre ambos se puede preservar sin necesidad de acudir a la aplicación de supuestos de ampliación del plazo si el procedimiento sancionador no se inicia hasta la finalización del procedimiento inspector. Esta es de hecho la solución que contempla el artículo 209.2 de la LGT cuando otorga un plazo máximo de tres meses desde la finalización del procedimiento inspector para iniciar el procedimiento sancionador.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de operaciones de reorganización empresarial. Incumplimiento de requisitos formales

Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 2019 (recurso 16/2016)

La sentencia analiza la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal a una fusión por absorción realizada en el ejercicio 2007 y en la que la entidad absorbente no hizo constar la opción por la aplicación de dicho régimen en el proyecto de fusión y tampoco en los acuerdos sociales de fusión o en la escritura pública de la fusión. Tampoco cumplió con la obligación de comunicar la operación al Ministerio de Economía y Hacienda. La Administración tributaria entendió que el cumplimiento de los requisitos formales era condición necesaria para poder disfrutar del régimen fiscal especial de acuerdo con la normativa vigente en el ejercicio 2007.

La Audiencia Nacional estima el recurso del contribuyente y entiende que el incumplimiento de los requisitos formales no tiene efecto constitutivo y, por tanto, no condiciona la aplicación del régimen especial. Todo ello sin perjuicio de que dicho incumplimiento pueda ser constitutivo de infracción tributaria de acuerdo con lo previsto en la LGT.

La normativa actualmente vigente, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, no condiciona la aplicación del régimen especial al cumplimiento de requisitos formales, sino que establece que las operaciones de reorganización que cumplan con los requisitos materiales aplicarán el régimen fiscal especial, salvo que expresamente se indique lo contrario a través de la comunicación que se debe realizar en el plazo de tres meses desde la inscripción de la operación. La falta de presentación de la comunicación será sancionada con multa pecuniaria de 10.000 euros.

Impuesto sobre Sociedades. Deducción de gastos financieros. Calificación como fondos propios de préstamos participativos

Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2019 (recurso 252/2017)

En el supuesto de hecho planteado en el recurso se discute la deducibilidad de los intereses derivados de un préstamo participativo otorgado a una entidad *holding* que participaba en seis entidades residentes que se dedicaban a la distribución y transporte de gas. El origen de dicho préstamo había estado en una reorganización accionarial previa a la adquisición de las acciones de la propia entidad *holding* por su actual socio. Dicha reorganización supuso que el anterior socio transmitiera las acciones de las seis sociedades filiales a la sociedad *holding* y que el precio quedara aplazado. Posteriormente, se transmitieron las acciones de la sociedad *holding* conjuntamente con la deuda derivada de la adquisición de las filiales.

La Audiencia Nacional, en línea con lo que había considerado la Administración tributaria, entiende que la operación previa de la que nace el préstamo no tiene en este caso un contenido económico que la justifique, dado que la reorganización interna con precio aplazado no origina un desplazamiento de la propiedad de las participaciones de las sociedades operativas fuera del patrimonio del grupo vendedor. Por dicha razón, sostiene que el préstamo debe calificarse como una aportación originaria a los fondos propios de la sociedad *holding* posteriormente vendida y ello impide que los intereses derivados del préstamo sean gasto deducible a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Rentas exentas. Indemnizaciones satisfechas a altos directivos

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2019 (recurso de casación número 2727/2017)

El Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, establece que en caso de extinción del contrato por voluntad del empresario el alto directivo tendrá derecho a las indemnizaciones pactadas en el contrato y que, a falta de pacto, la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

El TS había mantenido una jurisprudencia en la que negaba la exención de la indemnización pagada en caso de extinción de la relación laboral de alta dirección por entender que la norma laboral no establecía ninguna indemnización mínima. Sin embargo, y a la vista de la sentencia del TS (Sala de lo Social) de 22 de abril de 2014, que entendió que la indemnización regulada en el Real Decreto 1382/1985 tiene carácter obligatorio, el TS considera que, en caso de extinción de la relación laboral de alta dirección por desistimiento del empresario, sí existe el derecho a una indemnización mínima obligatoria de 7 días de salario por año de trabajo, con el límite de seis mensualidades, y que esta cuantía indemnizatoria está exenta de tributación en su totalidad en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("IRPF").

[Portugal]

Acórdão do Tribunal Constitucional "TC" - Limitação do âmbito da jurisdição arbitral às pretensões relativas a liquidações de impostos administrados pela AT

Acórdão n.º 545/2019 (DR 225, Série II, de 22 de novembro de 2019)

No presente acórdão, o TC foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da norma constante do artigo 2.º, alínea a), da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, quando interpretada e aplicada no sentido de restringir o âmbito da jurisdição arbitral às pretensões relativas a impostos, mesmo que estejam em causa outros tributos (v.g. contribuições financeiras) cuja administração seja conferida por lei à AT, por violação dos princípios constitucionais da igualdade e da tutela jurisdiccional efetiva previstos nos artigos 13.º e 20.º da Constituição da República Portuguesa ("CRP").

O acórdão em apreço foi proferido na sequência de recurso interposto pelo sujeito passivo de decisão arbitral que julgou procedente exceção de incompetência "(...) por a pretensão da Requerente versar sobre um tributo [no caso, sobre a Contribuição Extraordinária sobre a Indústria Farmacêutica ("CEIF")] não incluído na vinculação da Autoridade Tributária e Aduaneira aos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD".

O TC decidiu julgar não inconstitucional a norma que determina o âmbito material da jurisdição arbitral, na interpretação normativa adotada pelo Tribunal Arbitral, na medida em que: (i) por um lado e no que diz respeito à alegada desconformidade de tal interpretação com o princípio da igualdade: "(...) tendo em conta a diferença que existe entre as diversas categorias de tributos, conclui-se não ser arbitraria e destituída de qualquer fundamento a opção do legislador no sentido de limitar o âmbito da jurisdição arbitral às pretensões relativas a impostos, mesmo que estejam em causa outros tributos cuja administração seja conferida por lei à Autoridade Tributária." devendo esta opção ser enquadrada como "(...) uma opção do decisor democraticamente legitimado tomada no exercício da sua liberdade de conformação." e; (ii) por outro lado e no que diz respeito ao princípio da tutela jurisdiccional efetiva, entendeu o TC que: "(...) existindo a possibilidade de recurso aos tribunais tributários estaduais que, como se viu, constitui a principal via de acesso ao direito, não se pode considerar que o regime adjetivo não proporcione aos cidadãos meios efetivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.", motivo pelo qual, no entendimento do TC: "(...) não pode considerar-se que, assegurado que está o recurso aos tribunais estaduais, a não consagração de uma determinada via arbitral no domínio tributário representa uma restrição do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdiccional efetiva, consagrado no artigo 20.º da Constituição. Não existindo uma restrição de um direito fundamental, não existe razão para mobilizar o princípio da proporcionalidade no presente caso."

Em jeito de conclusão, o TC decidiu que a interpretação, adotada pelo Tribunal Arbitral, do artigo 2.º, alínea a), da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, nos termos da qual o âmbito

da jurisdição arbitral abrange apenas pretensões relativas a impostos, não incluindo as pretensões relativas a outros tributos (maxime, a CEIF em análise) cuja administração seja conferida por lei à AT, não se afigura desconforme ao princípio constitucional da igualdade, na vertente da proibição do arbítrio, nem ao princípio da tutela jurisdicional efetiva e, em consequência, o TC decidiu julgar totalmente improcedente o recurso apresentado pelo sujeito passivo.

Acórdão do Tribunal Constitucional - Caducidade da isenção de IMT - Fundos e sociedades de investimento imobiliário para arrendamento habitacional

Acórdão n.º 622/2019 (DR 232, Série II, de 3 de dezembro de 2019)

No presente acórdão, o TC foi chamado a pronunciar-se novamente sobre a conformidade constitucional da norma transitória estabelecida no n.º 2, do artigo 236.º, da Lei 83-C/2013, de 31 de dezembro (“Lei do Orçamento do Estado para 2014”) que veio estabelecer que a isenção de IMT aplicada na aquisição de um imóvel por um Fundo ou Sociedade de investimento imobiliário para arrendamento habitacional, ocorrida antes de 1 de janeiro de 2014, caduca se: (i) o imóvel for vendido antes do decurso do prazo de três anos contado a partir de 1 de janeiro de 2014; ou, (ii) se não for objeto de contrato de arrendamento para habitação permanente.

O acórdão em apreço foi proferido na sequência de recurso interposto pelo Ministério Público (“MP”) de decisão arbitral que recusou a aplicação da norma acima referida com fundamento na sua inconstitucionalidade material.

Antes da aprovação da Lei do Orçamento do Estado para 2014, a aplicação do referido benefício fiscal na aquisição de imóveis pelos fundos ou sociedades de investimento imobiliário para arrendamento habitacional tinha como pressuposto único que o imóvel adquirido de destinasse “exclusivamente a arrendamento para habitação permanente.”. Com as alterações introduzidas pela Lei do Orçamento do Estado para 2014, foram assim aditados dois novos pressupostos necessários à manutenção do referido benefício fiscal: (i) a exigência de celebração efetiva de contrato de arrendamento para habitação; e, (ii) a não alienação do imóvel adquirido por um período de três anos.

O TC retomou assim a posição constante dos Acórdãos n.ºs 489/2018 e 175/2018, tendo reiterado que a norma transitória incluída no artigo 236.º, n.º 2, da Lei do Orçamento do Estado para 2014, ao adicionar ao pressuposto originariamente previsto para a isenção - o destino do imóvel adquirido exclusivamente a arrendamento para habitação permanente - dois novos pressupostos - a exigência de celebração efetiva de contrato de arrendamento para habitação permanente e a não alienação do imóvel adquirido por um prazo mínimo de 3 anos -, deve ser julgada inconstitucional por violação do princípio da proteção da confiança constitucionalmente consagrado no artigo 2.º da CRP e, em consequência, decidiu julgar totalmente improcedente o recurso interposto pelo MP.

3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Régimen especial de operaciones de reorganización empresarial. Motivo económico válido. Capitalización de sociedades para su utilización como vehículo de inversión

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de octubre de 2019 (00/04869/2016)

La operación discutida consistía en un canje de valores por el que una persona física aportaba su participación en una sociedad dedicada a la comercialización y venta de inmuebles y al comercio mayorista de metales preciosos y joyería a una sociedad cuyas acciones había adquirido previamente. Con posterioridad, la sociedad cuyas acciones aportaba distribuía un dividendo a su nuevo accionista.

De acuerdo con lo que alega el contribuyente, esta secuencia de operaciones se justificaba porque necesitaba un vehículo sin ningún tipo de riesgo financiero desde el que realizar una determinada inversión, y la sociedad en la que ya participaba figuraba como avalista de un préstamo. Por tanto, el canje de valores y la posterior distribución de dividendos permitía que la sociedad receptora de la aportación dispusiese de un patrimonio suficiente para asumir la inversión mientras que la sociedad cuyas acciones se aportan pasaba a tener el mismo valor patrimonial que tenía cuando se prestó el aval.

La Administración tributaria consideró que el motivo económico alegado no era válido, puesto que la inversión prevista necesitaba de una gran financiación y el patrimonio existente después del reparto de dividendos era escaso. Por tanto, entendió que todos los indicios apuntaban a que el verdadero motivo de la operación era preservar los fondos en los que se habían materializado las reservas de la posible responsabilidad como avalista de la sociedad participada sin necesidad de distribuirlos al accionista persona física y de que tributaran en el IRPF.

El Tribunal considera, en contra de lo regularizado por la Inspección, que no existía un objetivo de evasión fiscal en las operaciones realizadas por el obligado tributario. Dicha evasión solo se habría producido si, como pretende la Administración tributaria, se hubieran recibido los dividendos como persona física y luego se hubieran reinvertido. Sin embargo, no se puede obligar a los contribuyentes a elegir la opción más gravosa desde el punto de vista impositivo cuando en el fondo nada ha cambiado en su situación patrimonial (tenía los bienes en una sociedad y ahora los tiene en otra).

Ley General Tributaria. Simulación. Efectos exclusivamente tributarios

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de diciembre de 2019 (00/02680/2018)

El supuesto analizado por el Tribunal se produce en el seno de un procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria por el cual se había declarado responsable al administrador de una sociedad que había dejado de ingresar el Impuesto sobre el Valor Añadido ("IVA") devengado en una transmisión de un inmueble.

Por su parte, la propia Administración tributaria había denegado la deducción del IVA soportado por el adquirente por entender que la operación de venta no era un contrato real, sino un contrato simulado realizado de forma fraudulenta para conseguir la devolución del IVA que grava la operación y que el transmitente no había ingresado.

El recurrente sostiene que el principio de seguridad jurídica impide que la Administración pueda reclamar un IVA repercutido en la transmisión de un inmueble que califica de simulada. Es decir, si la entrega es inexistente, no hay hecho imponible susceptible de ser gravado.

El Tribunal reconoce que no le corresponde a la Administración tributaria anular el contrato privado aunque considere que se trata de un contrato simulado, pues tal competencia es exclusiva de los órganos jurisdiccionales. Es decir, tal contrato sigue subsistiendo a efectos civiles o mercantiles pese a la declaración de simulación por la Administración tributaria.

Sin embargo, ello no obsta a que la Administración tributaria deba considerar o tener como nulo a efectos tributarios el acto o negocio declarado simulado. Es decir, no le corresponde a la Administración tributaria acordar la nulidad de un negocio jurídico que califica y declara como simulado, lo que compete a los órganos jurisdiccionales, pero sí deberá considerar o tener por nulo dicho negocio a efectos exclusivamente tributarios y respecto a todas las partes intervinientes.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Deducibilidad del IVA soportado como consecuencia de servicios prestados por agentes de futbolistas

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de noviembre de 2019 (00/03577/2016)

La cuestión que se suscita es la deducibilidad de las cuotas del IVA soportadas por un club de fútbol como consecuencia de los supuestos servicios recibidos de los agentes de futbolistas contratados. En esencia, se discute quién es el destinatario de los servicios prestados por el agente o representante (el club o el futbolista) y, en consecuencia, quién está obligado a soportar las cuotas repercutidas.

El Tribunal considera que, con independencia de la forma jurídica que revista la operación, la verdadera naturaleza económica lleva a considerar que el servicio de intermediación prestado tiene como destinatario beneficiario efectivo al jugador. En este sentido, los clubes que contratan a los jugadores son sociedades con una estructura organizativa permanente y que desarrollan una constante labor de contrataciones, renovaciones, ampliaciones o ceses de contratos con los jugadores para incorporarlos a su plantilla. Por tanto, se presume de ellos que cuentan con los medios y el asesoramiento adecuado y necesario para llevar a cabo dicha labor. A la vista de esta situación, el pago realizado por el club es por cuenta del jugador y constituye parte de su retribución.

En la medida en que se ha probado que el destinatario beneficiario del servicio es el jugador, el club no es el sujeto que efectivamente soporta la repercusión y no tiene derecho a la deducción de la cuota repercutida por el agente o representante.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Exención de rendimientos percibidos por trabajos realizados en el extranjero. Aplicación a los casos en los que existe relación mercantil y no laboral

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de julio de 2019 (00/03934/2017)

La cuestión que se discute en la reclamación es la posibilidad de que se aplique la exención regulada en el artículo 7.p) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("LIRPF"), a los rendimientos percibidos por un consejero delegado como consecuencia de la labor realizada en el extranjero. El contribuyente entiende que es aplicable, dado que la norma no condiciona en ningún momento la aplicación de la exención a la existencia de una relación laboral entre quien desarrolla los trabajos en el extranjero y el pagador de los rendimientos.

No obstante, el Tribunal considera que la exención solo es aplicable para las rentas del trabajo *stricto sensu*, que califica como rendimientos del trabajo por naturaleza. Dichas rentas son aquellas en las que existe una relación de dependencia laboral y están enumeradas en el artículo 17.1 de la LIRPF. Por el contrario, no se podrá aplicar respecto de rentas que la norma asimila a rentas de trabajo, que no proceden del trabajo dependiente, sino que son rendimientos de trabajo por decisión legal del artículo 17.2 de la LIRPF (entre ellos, las retribuciones de los administradores y miembros de los consejos de administración).

4 · CONSULTAS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

[España]

Impuesto sobre Sociedades. Exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades. Transmisión de participaciones en entidades patrimoniales

Consulta de 23 de mayo de 2019 (V1135-19)

De acuerdo con el supuesto de hecho planteado, una entidad transmitió una participación en el capital social de una entidad patrimonial a los efectos del artículo 5 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades ("LIS"). Dicha entidad a su vez participaba en el capital social de una tercera sociedad que sí desarrollaba una actividad económica y que, por tanto, no tenía la consideración de entidad patrimonial.

La consulta plantea la posibilidad de aplicar la exención prevista en el artículo 21.3 de la LIS sobre la totalidad de la plusvalía generada con ocasión de la transmisión. La Dirección General de Tributos entiende que la exención debe estar limitada, puesto que el artículo 21.5.a) de la LIS establece que, en caso de que la entidad cuya participación se transmita sea patrimonial a efectos de la LIS, la exención solo se aplicará a la parte de las rentas obtenidas por la consultante que derive de un incremento de beneficios no distribuidos generados por dicha sociedad durante el tiempo de tenencia de la participación. Por tanto, no toma en consideración el hecho de que parte de la plusvalía se corresponda con la transmisión indirecta de una participación en una sociedad no patrimonial.

Impuesto sobre el Patrimonio. Exención aplicable a determinadas participaciones en sociedades. Asimilación de las rentas procedentes de venta de participaciones como beneficios procedentes de actividades económicas

Consulta de 8 de mayo de 2019 (V0999-19)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio ("LIP"), las participaciones en entidades podrá estar exentas del impuesto siempre que se cumplan determinados requisitos. Entre ellos, es preciso que más de la mitad del activo de la entidad participada no esté formado por valores o por elementos no afectos a actividades económicas.

Para determinar si las sociedades participadas cumplen con dicho requisito, no deben computarse como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere al importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas tanto en

el propio año como en los diez anteriores. A estos efectos, la LIP asimila a tales beneficios los dividendos procedentes de participaciones en entidades superiores al 5 % que se posean con la finalidad de dirigir y gestionar, y siempre que tales entidades realicen actividades económicas (los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 %, de la realización de actividades económicas).

A pesar de que la norma no incluye en esta asimilación a las rentas procedentes de la transmisión de este tipo de participaciones, la Dirección General de Tributos realiza una interpretación finalista y entiende que la asimilación debe extenderse a las rentas procedentes de la transmisión de participaciones en entidades, en la medida en que dicha participación sea superior al 5 % y la entidad participada (cuya participación se transmite) realice una actividad económica.

Impuesto sobre Sociedades. Reserva de capitalización. Cómputo de la reserva indisponible dotada para poder aplicar la reducción de la base imponible

Consulta de 16 de julio de 2019 (V1854-19)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la LIS, para determinar el incremento de fondos propios que sirve de base para calcular la reducción, no se tendrán en cuenta las reservas de carácter legal o estatutario. En la consulta se plantea si los importes destinados a la dotación de la reserva de capitalización deben ser considerados como reservas de carácter legal o estatutario.

La Dirección General de Tributos recuerda que, dentro del concepto de reserva de legal, deben incluirse todas aquellas reservas cuya dotación venga impuesta por algún precepto legal. No obstante, el centro directivo concluye que la propia reserva de capitalización dotada no deberá tener el carácter de reserva legal a los efectos de determinar el incremento de los fondos propios, dado que su consideración como reserva legal excluida del incremento de fondos propios conllevaría efectos no deseados por la norma. En particular, la dotación de la reserva, que es requisito para aplicar el incentivo, supondría un menor importe de los fondos propios a efectos de su aplicación.

Por lo tanto, la contestación concluye que una interpretación razonable de la norma conduce a que la reserva de capitalización dotada por la entidad consultante se compute para determinar el incremento de los fondos propios que sirve para calcular el importe de la reducción de la base imponible.

[Portugal]

Imposto municipal sobre transmissões onerosas de imóveis ("IMT") – Isenção na aquisição de imóveis para um fundo de investimento imobiliário

Instrução de Serviço n.º 40065 - Série I, de 9 de setembro de 2019

Na Instrução de Serviço em referência, a AT vem uniformizar procedimentos e prestar esclarecimentos na sequência da revogação expressa, pela Lei do Orçamento do Estado para 2019, do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 1/87, de 3 de janeiro, que estabelecia que as aquisições de bens imóveis efetuadas para um fundo de investimento imobiliário pela respetiva sociedade gestora estavam isentas de SISA (posteriormente, IMT).

Em consequência da revogação expressa da referida norma, as aquisições de bens imóveis efetuadas para um fundo de investimento imobiliário, pela respetiva sociedade gestora, passaram a estar sujeitas a IMT a partir de 1 de janeiro de 2019.

No entanto, não tendo o legislador atribuído efeitos retroativos à revogação acima mencionada, a AT esclarece que em relação aos procedimentos que se encontrem pendentes de decisão, nomeadamente, reclamações gratuitas, revisões oficiosas, recursos hierárquicos ou impugnações judiciais, no âmbito dos quais esteja em discussão a matéria aqui em causa, a AT deverá reconhecer que as aquisições de bens imóveis que tenham sido efetuadas para um fundo de investimento imobiliário até 31 de dezembro de 2018 beneficiam da isenção de IMT estabelecida no artigo 1.º do Decreto Lei n.º 1/87.

IRS - Residentes Não Habituais - Atividades de Alto Valor Acrescentado

Circular n.º 4/2019, de 8 de outubro de 2019

Por meio da presente Circular a AT vem eliminar o procedimento de reconhecimento prévio necessário relativamente à atribuição do benefício fiscal referente aos rendimentos obtidos por Residentes Não Habituais em resultado do exercício de atividades de elevado valor acrescentado.

De acordo com a nova posição da AT, tal benefício deixa de estar dependente de qualquer ato de reconhecimento prévio por parte da AT, bastando que o contribuinte proceda à sua invocação na declaração anual de rendimentos mediante a inscrição do adequado código de atividade de elevado valor acrescentado no anexo L da declaração modelo 3 de IRS.

Instrução de Serviço n.º 20005/2019, de 9 de outubro de 2019

Na sequência da Circular n.º 4/2019 que veio divulgar a alteração de procedimentos em matéria de reconhecimento do exercício de atividades de elevado valor acrescentado no âmbito do regime dos Residentes Não Habituais, e atendendo a que tais alterações são de aplicação imediata, a presente Instrução de Serviço prevê um conjunto de diretrizes a adotar pelos serviços da AT relativamente aos pedidos de reconhecimento prévio daquelas atividades que se encontrem pendentes.

Declaração Modelo 10 - Esclarecimentos

Ofício Circulado n.º 20214, de 26 de novembro de 2019

Na sequência da aprovação do novo formulário da Declaração Modelo 10 (Rendimentos e retenções - não residentes) pela Portaria n.º 365/2019, de 10 de outubro, vem a AT, nos termos do Ofício-Circulado acima identificado, prestar os esclarecimentos necessários ao correto preenchimento daquele novo modelo de declaração.

UNIÓN EUROPEA *

1 · LEGISLACIÓN

Brexit

- Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido

Con fecha 31 de enero de 2020, se ha producido la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea. Esto ha conllevado la salida del Reino Unido de las instituciones, órganos y organismos de la Unión y el fin del mandato de sus representantes en estos órganos.

El 1 de febrero de 2020, ha entrado en vigor el Acuerdo de retirada del Reino Unido de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica que regula las relaciones entre el Reino Unido y la Unión Europea y estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020, salvo que se acuerde una prórroga.

Durante el periodo transitorio, el derecho de la Unión —incluidos los acuerdos internacionales— debe ser aplicable al y en el Reino Unido, y, por regla general, desplegar los mismos efectos en relación con los Estados miembros. Ello supone que, durante este periodo, las libertades fundamentales de libre circulación de personas, capitales, mercancías y servicios seguirán siendo de aplicación en las relaciones de los Estados miembros con el Reino Unido.

Actualmente, se han iniciado las negociaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido en relación con las futuras relaciones comerciales entre ambos.

- Comunicación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las consecuencias de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como consecuencia de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea, el Tribunal General de la Unión Europea ha puesto fin a los mandatos de los miembros británicos de la institución, con efectos desde el 31 de enero de 2020.

Esta decisión ha conllevado que el número de jueces del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, fijado en uno por Estado miembro para el Tribunal de Justicia y dos por Estado miembro para el Tribunal General se reduzca en consecuencia.

Con arreglo a los términos del Acuerdo de retirada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea seguirá siendo competente para conocer de cualquier recurso interpuesto por o contra el Reino Unido o para resolver cualquier cuestión prejudicial presentada antes del fin del periodo transitorio (*i.e.*, hasta el 31 de diciembre de 2020).

(*) Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración han contribuido Raquel Lapresta y Ana Belén Blasco.

2 · JURISPRUDENCIA

El Tribunal de Justicia entiende que por motivos de orden público, como es la lucha contra la incitación al odio, un Estado miembro puede imponer la obligación temporal de difundir o retransmitir una cadena de televisión procedente de otro Estado miembro únicamente mediante paquetes de pago

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de julio 2019, en el asunto Baltic Media Alliance Ltd/Lietuvos radijo ir televizijos komisija. (as. C-622/17)

Baltic Media Alliance Ltd («BMA»), sociedad registrada en el Reino Unido, difunde la cadena de televisión NTV Mir Lithuania, destinada al público lituano, cuya programación es esencialmente en lengua rusa. En mayo de 2016, la Comisión Lituana de Radio y Televisión («LRTK») adoptó, de conformidad con la legislación lituana, una medida que imponía a los operadores que distribuyeran cadenas de televisión por cable o Internet a los consumidores lituanos la obligación de difundir la cadena NTV Mir Lithuania únicamente con arreglo a fórmulas de pago. La decisión se fundamentaba en que un programa difundido por dicha cadena contenía información que incitaba a la hostilidad y al odio por razón de la nacionalidad contra los países bálticos.

A tenor de la Directiva 2010/13/UE, el Tribunal entiende que es acorde a derecho la medida nacional que persigue un objetivo de orden público y que regula las modalidades de distribución de una cadena de televisión a los consumidores del Estado miembro de recepción, ya que esas modalidades no impiden la retransmisión propiamente dicha de esa cadena.

La LRTK precisó que la decisión de mayo de 2016 se dictó porque uno de los programas emitidos por la cadena NTV Mir Lithuania contenía información falsa que incitaba a la hostilidad y al odio basados en la nacionalidad contra los países bálticos. Concretamente, en referencia a la colaboración de los lituanos y los letones en el Holocausto y a la política interna de los países bálticos supuestamente nacionalista y neonazi, política que, según dicha información, constituía una amenaza para la minoría nacional rusa residente en el territorio de esos países. Según la LRTK, ese programa pretendía influir de manera negativa y sugerente en la opinión de la minoría rusófona de Lituania en relación con la política interior y exterior desarrollada por Lituania, Estonia y Letonia, al hacer hincapié en la tensión creada por los países occidentales en la región de Europa del Este y presentar como víctima a la Federación de Rusia.

La decisión de 18 de mayo de 2016 no suspende ni prohíbe la retransmisión de esa misma cadena en el territorio lituano, pues, según lo acordado en dicha decisión, puede seguir siendo difundida legalmente en dicho territorio y los consumidores lituanos pueden seguir viéndola, siempre que contraten un paquete de pago. Consecuentemente, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que dicha medida no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

El Tribunal de Justicia confirma que la posibilidad de pagar mediante adeudo domiciliado no puede estar supeditada a un requisito de domicilio en el territorio nacional

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de septiembre 2019, en el asunto Verein für Konsumenteninformation/Deutsche Bahn AG (as. C-28/18)

La cuestión surge a raíz de la impugnación, por la asociación austríaca para la información a consumidores, de una cláusula incluida en las condiciones generales de transporte de la empresa ferroviaria alemana Deutsche Bahn, conforme a la cual los billetes reservados en la web de Internet de Deutsche Bahn solo pueden pagarse mediante el régimen de adeudos domiciliados SEPA siempre y cuando se cumpla con el requisito de disponer de un domicilio en Alemania.

El Tribunal de Justicia entiende que el Reglamento (UE) n.º 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) n.º 924/2009, se opone a que una cláusula contractual excluya el pago por adeudo domiciliado SEPA cuando el ordenante no tenga su domicilio en el mismo Estado miembro que aquel en el que el beneficiario haya establecido la sede de sus actividades.

Dado que en la mayor parte de los casos los consumidores disponen de una cuenta de pago en el Estado en el que tienen su domicilio, el requisito de disponer de un domicilio en el territorio nacional equivale indirectamente a designar el Estado miembro en el que debe situarse la cuenta de pago, algo que el Reglamento prohíbe expresamente al beneficiario de un adeudo domiciliado. Mediante esta prohibición, el Reglamento pretende permitir a los consumidores utilizar, respecto de los pagos por adeudo domiciliado, una única cuenta de pago para toda operación

realizada dentro de la Unión, reduciendo así los costes vinculados al mantenimiento de varias cuentas de pago.

El Tribunal de Justicia entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva se opone a que unos litigios relativos a la aplicación del Derecho de la Unión puedan ser de la competencia exclusiva de un órgano que no constituye un tribunal independiente e imparcial

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 noviembre 2019, en el asunto A.K./Krajowa Rada Sądowa y CP y DO/Sąd Najwyższy (as.ac. C-624/18 y C-625/18)

En los asuntos pendientes, tres jueces polacos alegaban —entre otros particulares— que se había incumplido la prohibición de discriminación por razón de edad en materia de empleo debido a su jubilación forzosa anticipada en virtud de la nueva Ley del Tribunal Supremo, de 8 de diciembre de 2017.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia indicó que el hecho de que los jueces de la Sala Disciplinaria sean nombrados por el presidente de la República no es susceptible de crear una situación de dependencia respecto del poder político ni de suscitar dudas en cuanto a su imparcialidad, siempre y cuando no se encuentren sometidos a ningún tipo de presión por parte del ejecutivo. Además, la previa intervención del Consejo Nacional del Poder Judicial, organismo encargado de proponer el nombramiento de los jueces, puede delimitar objetivamente el margen de maniobra del presidente de la República. A este respecto, el Tribunal de Justicia precisó que debían tenerse en cuenta aspectos tanto de hecho como de derecho que se refieran tanto a las condiciones en que fueron designados los nuevos miembros del Consejo Nacional del Poder Judicial como a la manera en que este desempeña concretamente su cometido de velar por la independencia de los jueces y tribunales.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia señaló —entre otros— el hecho de que la Ley del Tribunal Supremo Polaco, declarada contraria a derecho de la Unión por el TJUE, atribuyera a la Sala Disciplinaria una competencia exclusiva para conocer de los litigios relacionados con la jubilación forzosa de los jueces, debiendo estar integrada exclusivamente por jueces de nuevo nombramiento y gozando de un grado de autonomía particularmente elevado en el seno del Tribunal Supremo.

En suma, el órgano jurisdiccional remitente debe comprobar si la nueva Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo polaco es independiente al objeto de determinar si esta puede conocer de los litigios relativos a la jubilación forzosa de los jueces del Tribunal Supremo o si deben ser examinados por otro órgano jurisdiccional que satisfaga la exigencia de independencia.