



10 de
diciembre
2020

Administrativo
Arbitraje y Mediación
Competencia
Derecho digital
Energía
Inmobiliario y Urbanismo
Laboral y Seguridad Social
Marítimo, Transporte y
Logística
Medio ambiente
Mercantil
Next Generation
Procesal Civil
Procesal Penal
Salud y Alimentación
Tributario
Unión Europea



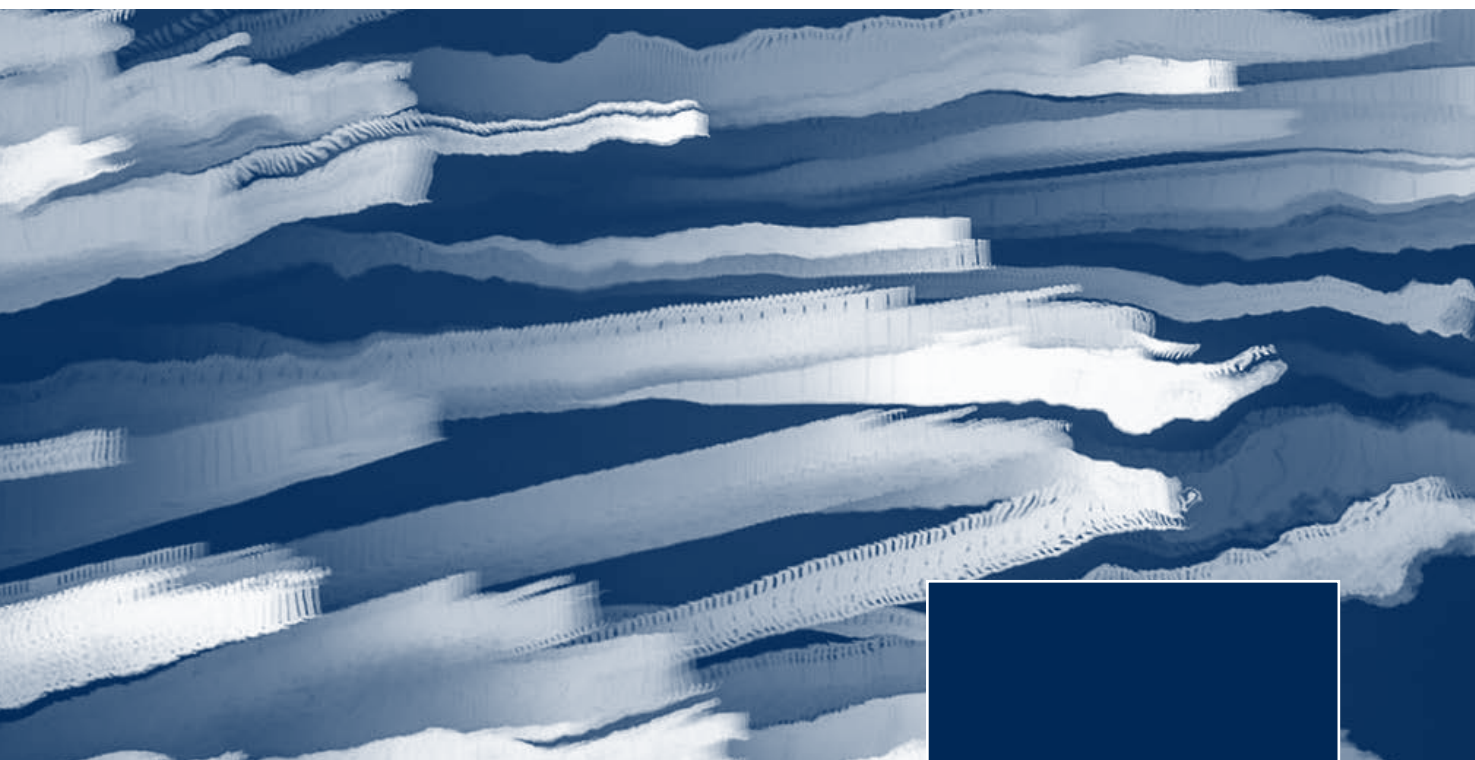
Crónica Legislativa y Jurisprudencial
Unión Europea, España y Portugal

URÍA
MENÉNDEZ

Sumario

5	Administrativo
23	Arbitraje y Mediación
31	Competencia
43	Derecho digital
85	Energía
95	Inmobiliario y Urbanismo
127	Laboral y Seguridad Social
161	Marítimo, Transporte y Logística
169	Medio ambiente
181	Mercantil
219	Next Generation
241	Procesal Civil
273	Procesal Penal
285	Salud y Alimentación
297	Tributario
321	Unión Europea

10 de diciembre de 2020



Administrativo

10 de diciembre de 2020

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 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 para a 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 entra em vigor no dia 2 de março de 2020.

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

Alteração ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

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:

- 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 do 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 entra 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 efeitos suspensivos, 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 entra 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:

- i. 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.
- ii. (A partir de 1 de janeiro de 2021, relativamente aos demais projetos de autoconsumo.

Regime Jurídico das Parcerias Público-privadas

Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de dezembro (DR 233, Série I, de 4 de dezembro de 2019)

O Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de dezembro (“Decreto-Lei 170/2019”) veio alterar o Código dos Contratos Públicos e Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, o qual consagra o regime jurídico das parcerias público-privadas (“RJPPP”).

O Decreto-Lei 170/2019 veio estabelecer que passa a competir ao Conselho de Ministros, mediante Resolução, a criação, modificação e resolução de parcerias público-privadas.

De acordo com o n.º 1 do artigo 6.º do RJPPP, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 170/2019, compete ao Conselho de Ministros, através de Resolução, definir os pressupostos de lançamento e adjudicação do contrato de parceria.

Por sua vez, enquanto, na redação anterior do n.º 3 do artigo 14.º do RJPPP, cabia aos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto em causa decidir quanto à aprovação do lançamento da parceria e respetivas condições, mediante despacho conjunto, o Decreto-Lei 170/2019 veio determinar que passa a competir ao Conselho de Ministros decidir quanto à aprovação do lançamento da parceria e respetivas condições, mediante Resolução.

De igual modo, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 16.º do RJPPP, conforme alterado pelo Decreto-Lei 170/2019, a decisão de contratar, quando se trate de parceria lançada pelo Estado,

entidades públicas estatais ou fundos ou serviços autónomos, passa a competir ao Conselho de Ministros.

Adicionalmente, de acordo com o n.º 1 do artigo 18.º do RJPPP, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 170/2019, a adjudicação em procedimento para a formação de contrato de parceria é realizada mediante Resolução do Conselho de Ministros.

O Decreto-Lei 170/2019 veio ainda determinar que, quando o parceiro público pretenda proceder a uma modificação objetiva unilateral do contrato, esta modificação ficará dependente de Resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do membro do Governo responsável pela área das finanças e do membro do Governo responsável pela área do projeto em causa, nos termos do n.º 1 do artigo 20.º do RJPPP; conforme alterado pelo Decreto-Lei 170/2019.

De acordo com o regime transitório fixado no artigo 7.º do Decreto-Lei 170/2019, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 170/2019 aplicam-se a todos os processos de parcerias, ainda que já tenham sido celebrados os respetivos contratos, salvo as exceções elencas no referido artigo. Designadamente, não são aplicáveis as alterações previstas no referido diploma relativas às fases anteriores ao momento de formação do contrato, no caso dos processos de parceria cujos procedimentos para a formação do contrato de parceria se encontrem em curso. Ademais, da aplicação do Decreto-Lei 170/2019 não podem resultar alterações aos contratos de parceria já celebrados ou derrogações das regras neles estabelecidas, nem modificações a procedimentos de parceria lançados até à data de entrada em vigor do diploma.

O Decreto-Lei 170/2019 entrou em vigor no dia 5 de dezembro de 2019.

Juízos 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 juízos de competência especializada, nos termos dos artigos 9.º e 9.º-A do ETAF.

O Decreto-Lei 174/2019 veio criar juízos 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]

Naturaleza penal de una multa grave en el ámbito aduanero por aplicación de los “criterios Engel”

Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el asunto “Saquetti Ilesias c. España”, demanda n.º 50514/13, de 30 de junio de 2020

La sentencia resuelve la demanda interpuesta por el Sr. Saquetti el 29 de julio de 2013 contra el Reino de España, por vulneración del artículo 2 del protocolo n.º 7 del Convenio, que establece que *“toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior”*. Mediante resolución de 30 de agosto de 2011, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía había sancionado al Sr. Saquetti por haber cometido una infracción grave prevista en el artículo 52.3 de la Ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales y le había impuesto una multa de 153.800 euros. El TSJ de Madrid, mediante sentencia de 17 de enero de 2013, había confirmado la citada resolución. Se le había negado la posibilidad de recurrir en casación, en virtud del artículo 86.2 b) LJCA. Finalmente, el TC, mediante auto de 29 de abril de 2013, había inadmitido su recurso de casación por no haber justificado suficientemente la “relevancia constitucional”.

Según la jurisprudencia reiterada del TEDH, la aplicación del artículo 6 del Convenio en su aspecto penal debe evaluarse sobre la base de tres criterios, comúnmente denominados “criterios Engel”: a) la clasificación de la disposición a nivel interno; b) el tipo de infracción; y c) la gravedad de la sanción impuesta al interesado. En este caso, las indicaciones facilitadas por el derecho interno del Estado demandado tienen un valor relativo.

En cuanto al segundo de los “criterios Engel” —el tipo de infracción—, *“Este Tribunal recuerda que ya ha tenido ocasión de considerar que el aspecto penal del artículo 6 del Convenio podía aplicarse al ámbito de los delitos aduaneros [...]”. La imposición de una multa en el presente caso no tenía por objeto proteger ninguna eventual pérdida de capital por parte del Estado [...], sino que perseguía esencialmente disuadir y castigar al demandante por haber incumplido la obligación legal de cumplimentar una declaración (Nadotchi c. Ucrania, n.º 7460/03, § 21, de 15 de mayo de 2008). Esta consideración por sí sola podría ser suficiente para otorgar a la sanción impuesta una naturaleza delictiva que requiera el beneficio de las garantías”*.

En cuanto al tercero de los “criterios Engel”, es decir, la gravedad de la sanción impuesta, el Tribunal establece lo siguiente: *“La multa impuesta al demandante fue de 153.800 euros, que se corresponde con la casi totalidad de la cantidad descubierta durante el control de los servicios aduaneros. En consecuencia, el Tribunal considera que la gravedad de la sanción impuesta era tal que confería al procedimiento seguido en el presente asunto el carácter penal necesario para aplicar el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio”*.

Al concluir que le es aplicable el artículo 2 del protocolo n.º 7 del Convenio y que no le es aplicable la excepción de “menor gravedad” que excluiría la segunda instancia, el Tribunal considera que el demandante tenía derecho a la revisión de su condena por una instancia superior. Asimismo, por la no consideración de la entidad responsable de poner la multa y del TC como tribunales a estos efectos, se concluye que la única autoridad judicial que había juzgado los hechos había sido el TSJ de Madrid. *“A la vista del conjunto de circunstancias particulares del caso, en especial de la gravedad de la sanción impuesta al demandante, del incumplimiento en examinar las circunstancias personales por parte de las autoridades internas y de la ausencia de una instancia superior, este Tribunal concluye que se ha vulnerado el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio”*.

El artículo 13 de la Directiva 2002/20 no impide que un Estado miembro sujete el derecho de uso de radiofrecuencias a una tasa por reserva del dominio público radioeléctrico y, además, a un impuesto sobre transmisiones patrimoniales por la constitución de concesiones administrativas de ese dominio público. Y ello en la medida en que esa tasa y ese impuesto, en su conjunto, cumplan los requisitos exigidos

Sentencia de la Sala Octava del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de octubre de 2020 (asunto C-443/19)

En el asunto C-443/19 el TJUE resuelve una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, en su versión dada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (la “Directiva 2002/20”), en relación con un impuesto por la concesión administrativa del derecho de uso privativo del dominio público radioeléctrico.

En el marco del asunto litigioso, Vodafone España, S.A.U., resultó adjudicataria de varias concesiones de uso privativo del dominio público radioeléctrico por las que debió proceder al pago de los siguientes conceptos de conformidad con la normativa vigente: (i) la tasa por reserva de dominio público radioeléctrico y (ii) el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Toda vez que la mercantil sostenía que este último impuesto es contrario al derecho de la Unión Europea, solicitó en primer término la devolución de los importes correspondientes al abono de este tributo y, al ver desestimada su solicitud, formuló recurso contencioso-administrativo.

En este contexto, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco formula una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 13 y concordantes y complementarios de la Directiva 2002/20. En particular, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si resulta contrario al citado precepto que España, y concretamente el País Vasco, grave el derecho al uso de radiofrecuencias por parte de la operadora de telecomunicaciones —ya sujeto a la denominada tasa de espectro— con un impuesto general de transmisiones patrimoniales que se aplica a las concesiones administrativas con carácter general.

El TJUE resuelve que el artículo 13 de la Directiva 2002/20 no excluye la acumulación de varios cánones. En este sentido, la sentencia dispone que el precepto en cuestión no se opone a la im-

sición, a través de la normativa nacional, de varios cánones destinados a promover un uso óptimo de las frecuencias, siempre y cuando, considerados conjuntamente, cumplan con los requisitos exigidos.

En relación con el impuesto de transmisiones patrimoniales, el TJUE señala que, para determinar si el tributo se halla comprendido en el ámbito del artículo 13 de la Directiva 2002/20, el órgano jurisdiccional nacional debe analizar si concurren los elementos objetivos, en la medida en que no puede estar vinculado por la calificación dada por el derecho nacional aplicable de este tributo como “impuesto” en lugar de como “canon” (siendo este último el único concepto al que hace referencia el citado precepto).

Por otro lado, la sentencia afirma que el requisito previsto en el artículo 6 de la Directiva 2002/20 —aplicable a la autorización general— no puede extenderse a los cánones regulados en el artículo 13. Por ello, el hecho de que un canon esté regulado por una normativa de derecho nacional que no se refiere específicamente al sector de las comunicaciones electrónicas no obsta, por sí mismo, para la aplicación del artículo 13 de la citada Directiva.

Por último, el TJUE señala que un canon aplicable a todos los operadores económicos puede encuadrarse en el ámbito de aplicación del artículo 13 de la Directiva 2002/20, en la medida en que su hecho imponible esté vinculado a la concesión de los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de ella. Por ejemplo, en el caso de un canon impuesto a las empresas que suministran redes y servicios de comunicaciones electrónicas, como contrapartida al derecho de uso de las radiofrecuencias.

Así las cosas, el TJUE establece que corresponderá al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco analizar si el pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales constituye una condición previa para obtener el derecho de uso de las radiofrecuencias y, como resultado, ostenta las características de un canon previsto como contrapartida al ejercicio de este derecho de uso. En este sentido, de concluirse que el impuesto sobre transmisiones patrimoniales se halla comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 13 de la Directiva 2002/20, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente verificar que se cumplen las exigencias recogidas en él y, en particular, que el canon sea no discriminatorio, transparente, justificado objetivamente, proporcionado al fin previsto y que tenga en cuenta, entre otros, los objetivos del fomento de la competencia y la promoción del uso eficiente de las radiofrecuencias.

Por todo ello, el TJUE concluye que el artículo 13 de la Directiva 2002/20 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro cuya normativa establece que el derecho de uso de radiofrecuencias está sujeto a una tasa por reserva del dominio público radioeléctrico sujeta, además, la constitución de concesiones administrativas de ese dominio público a un impuesto sobre transmisiones patrimoniales, siempre que esa tasa y ese impuesto, en su conjunto, cumplan los requisitos establecidos en el referido artículo, en particular el requisito relativo al carácter proporcionado del importe percibido como contrapartida del derecho de uso de las radiofrecuencias.

[España]

Estimación del recurso de amparo por inadmisión de un recurso de casación autonómico en virtud de una interpretación literal del art. 86.3 LJCA, llegando a un resultado materialmente contrario al derecho de acceso al recurso que consagra el art. 24.1 CE

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional n.º 136/2020, de 6 de octubre. Recurso de amparo n.º 5913/2018

Se otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso al recurso, promovido por la Junta de Extremadura contra el auto de 10 de septiembre de 2018, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, por el que se inadmite el recurso de casación por infracción de normativa autonómica núm. 2-2018, interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Mérida de 2 de marzo de 2018 en el procedimiento abreviado n.º 157-2017, y la providencia de 11 de octubre de 2018 dictada por la misma Sala por la que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones formulado contra la anterior resolución.

Entre otros, la Sala del TSJ argumenta que en el orden contencioso-administrativo, tras la aprobación de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, “*ni la LOPJ ni la LJCA contienen norma que atribuya competencia a las salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia para enjuiciar recursos de casación por infracción de norma autonómica*”. A dicha conclusión llega tras referirse a lo dispuesto en los arts. 86.1 LJCA, 10 y 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y a la derogación por la disposición final tercera de la citada Ley Orgánica de los arts. 99 y 101 LJCA. Señala además que:

“III. El artículo 86.3 segundo párrafo LJCA se refiere al recurso de casación por infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma, pero este precepto, por un lado, no menciona como susceptibles de ser recurridas en casación las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Por otro, el precepto ha sido redactado por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que no tiene rango de ley orgánica sino de ley ordinaria, según prevé la disposición final quinta de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

La atribución competencial de un recurso de casación por infracción de norma autonómica debe regularse en norma con rango de ley orgánica y no en una ley ordinaria, conforme al artículo 122.1 CE. La reserva de ley orgánica debe comprender, como mínimo, además de la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales, la configuración definitiva de los tribunales de Justicia y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso.

IV. Salvo la mención contenida en el artículo 86.3 LJCA, no existe otro precepto que se ocupe de la tramitación del recurso de casación por infracción autonómica. El trámite procedimental de la LJCA está previsto en su integridad para la tramitación del recurso de casación ante la Sala Tercera del

Tribunal Supremo, sin que exista regulación alguna de la tramitación del recurso de casación por las salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia”.

Para decidir, el Tribunal Constitucional se basa en la doctrina sentada por la STC 99/2020, de 22 de julio. De esta manera, concluye que el órgano judicial, al inadmitir el recurso de casación en virtud de una interpretación literal del art. 86.3 LJCA, ha llegado a un resultado materialmente contrario al derecho de acceso al recurso que consagra el art. 24.1 CE.

En efecto, la decisión adoptada, al no tomar en consideración que el art. 86.3 LJCA, al regular el recurso de casación autonómico, contiene una remisión implícita a la regulación del recurso de casación por vulneración del derecho estatal o de la Unión Europea (STC 128/2018, FFJJ 6 y 7) y excluir del recurso de casación autonómico las resoluciones de los juzgados de lo contencioso-administrativo en los supuestos en los que, de acuerdo con lo previsto en el art. 86.1, apartado segundo, LJCA, serían susceptibles de casación, está inadmitiendo este recurso sin que exista una causa legal en la que se prevea esta consecuencia, lo que, de acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal, determina la vulneración del derecho que garantiza el art. 24.1 CE.

El Alto Tribunal estima que los procedimientos administrativos sancionadores deben tramitarse, con carácter general, por personal estatutario de la Administración, sin que quepa que, con carácter general y continuado, pueda externalizarse en entidades públicas empresariales, sin perjuicio de la asistencia técnica puntual que, por razones técnicas, pudiera requerirse

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1160/2020, de 14 de septiembre

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado en la Confederación Hidrográfica del Guadiana (la “CHG”) frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha n.º 77/2019, de 13 de marzo, recaída en el procedimiento ordinario n.º 137/17 (la “Sentencia recurrida”). La Sentencia recurrida anulaba la Resolución del presidente de la CHG de 23 de junio de 2016 (la “Resolución recurrida”), confirmada en reposición, que acordaba sancionar a WMA2 SOCARARGASA, S. L. (la “Sociedad”) por la comisión de una infracción administrativa leve.

La controversia se suscita porque el expediente sancionador no es sustanciado materialmente por personal funcionario de la CHG, sino que esta tiene encomendada la tarea a una sociedad mercantil estatal (Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A.; “TRAGSATEC”). Entre las funciones que tiene encomendadas TRAGSATEC se encuentran la formación de los dosieres equivalentes a los expedientes administrativos, la interacción con los particulares y la elaboración de borradores de cada acto que deban suscribir los órganos instructor y sancionador. Es decir, TRAGSATEC realiza materialmente las actuaciones jurídicas requeridas por un expediente sancionador y eleva sus propuestas, en forma de borradores, al personal estatutario que debe acordar cada actuación.

La Sentencia recurrida anula la Resolución recurrida al entender que ha sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, toda vez que el conjunto de actuaciones

materiales que integran el expediente sancionador no ha sido realizado por la Administración, sino por un tercero externo.

En el anterior contexto, la Abogacía del Estado recurre en casación la Sentencia recurrida y solicita al Tribunal Supremo que se pronuncie sobre si los procedimientos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas deben ser tramitados necesariamente por el personal al servicio de tales Administraciones o si, por el contrario, es admisible que externalicen ciertas funciones, particularmente en un medio propio como es TRAGSATEC. El Tribunal Supremo responde a la cuestión señalando que no resulta admisible que las funciones públicas que conforman un expediente sancionador sean externalizadas con carácter general y de forma continua, sin perjuicio de que las Administraciones puedan asistirse, por razones técnicas y en momentos puntuales, de terceros externos para tareas muy específicas.

- i. Además, el Tribunal Supremo remarca que, en materia sancionadora, la pretensión de la Administración presenta serios problemas de legalidad:
- ii. No se respeta el principio de inmediación de la prueba, toda vez que las alegaciones y medios de prueba aportados por los particulares son recibidos y valorados de forma inmediata por TRAGSATEC, y no por los funcionarios públicos a cargo del expediente. Por el contrario, estos parten de un borrador elaborado por la empresa que solo les permite realizar una valoración mediata. El alegato de la Abogacía del Estado relativo a que siempre pueden acudir a los documentos originales no cabe, puesto que, si ello es así, no tiene sentido la externalización de una valoración que, en todo caso, van a tener que realizar ellos.
- iii. No se respeta el principio de separación entre la fase de instrucción y la de decisión, toda vez que todos los actos adoptados durante el procedimiento están informados por la misma empresa, sin que se prevean prescripciones relativas al diferente personal que debe llevar a cabo unas y otras funciones.
- iv. Se vulnera el derecho a la defensa, porque los particulares no tienen la posibilidad de enfrentar directamente el ejercicio de poder administrativo, sino que sus demandas siempre están mediatizadas por TRAGSATEC. Ello es así incluso en vía de recurso, donde la mercantil también prepara un borrador al órgano administrativo competente para resolver.

Por último, el Tribunal Supremo desarma el argumento pretendido por la Abogacía del Estado consistente en la razonabilidad de la externalización, habida cuenta del gran volumen de expedientes que la CHG gestiona cada año. En este sentido, el Tribunal Supremo señala que, dado que se trata de una carga de trabajo permanente, la CHG debe dimensionar adecuadamente sus recursos humanos, pero no sortear las previsiones legales rectoras del procedimiento sancionador.

Doctrina sobre la aplicación del principio *non bis in idem*: la necesaria concurrencia de la triple identidad subjetiva, de hecho y de fundamento. La condena penal al encargado de obra por un accidente laboral no impide la sanción administrativa a la empresa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, n.º 469/2020, de 18 de junio

La cuestión que resuelve el Tribunal Supremo en el presente recurso de casación es si la aplicación del principio *non bis in idem* impide que pueda imponerse a la empresa una sanción administrativa por infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales contempladas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social ("LISOS"), derivada del mismo accidente de trabajo por el que ha sido condenado en vía penal el encargado de la obra en la que prestaba servicios el trabajador accidentado.

En el supuesto de hecho, el procedimiento administrativo sancionador incoado por la autoridad laboral fue suspendido a la espera de la finalización del proceso penal y, una vez firme la sentencia penal condenatoria, se dictó la resolución de la Consejería de Economía Industria y Empleo del Gobierno de Aragón de 18 de julio de 2016 que imponía a la empresa una sanción administrativa.

El Tribunal Supremo comparte de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio *non bis in idem* que señala que "*únicamente es posible la aplicación del principio «non bis in idem», cuando en la vía penal y administrativa concorra esa triple identidad subjetiva, de hecho y de fundamento, sin perjuicio de que las particularidades concurrentes en el asunto que resuelve la sentencia anteriormente mencionada pudieren haber conducido en aquel concreto caso a un resultado distinto*". Y considera que, en el caso de autos, es evidente la falta de concurrencia de esta triple identidad: "*Si el TC considera que no es aplicable el principio «non bis in idem» cuando la persona física encausada en el proceso penal es el administrador o gerente de la empresa, con mayor razón no podrá aplicarse cuando se trata del encargado de una específica obra que carece de cualquier capacidad de decisión y gestión en la actuación de la empresa*".

En lo que respecta al procedimiento administrativo sancionador, el Tribunal Supremo considera que aplicar el principio *non bis in idem* cuando no existe la triple identidad referida sería una exención de responsabilidad injustificada para la persona jurídica, dejándola a salvo de las infracciones que eran relevantes en el origen del accidente.

La inadmisión de un recurso por haberse apreciado una excepción procesal (y por tanto sin haberse resuelto sobre el fondo) no es obstáculo para deducir nuevamente en sede jurisdiccional la misma acción contra una desestimación presunta, en tanto la Administración no dicte resolución expresa

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1126/2020, de 27 de julio

La sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por el TSJ de Madrid por la que se había inadmitido, por cosa juzgada formal e inexistencia de acto administrativo recurrible, un recurso deducido frente a la desestimación presunta de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas frente a la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Miraflores como consecuencia de la aprobación de un Decreto del Consejo de Gobierno por el que se aprobó la ordenación de los recursos naturales de la Sierra de Guadarrama en el ámbito territorial de dicha comunidad (el Decreto núm. 96/2009, de 18 de noviembre).

La cuestión que se plantea es, si existiendo una sentencia previa firme —con efectos de cosa juzgada formal— en la que, por haberse apreciado una excepción procesal, no hubo pronunciamiento de fondo en relación con la desestimación presunta impugnada, cabe *sine die*, en tanto la Administración no dicte resolución expresa, deducir nuevamente en sede jurisdiccional la misma acción contra dicha desestimación presunta.

La sentencia resuelve en sentido positivo y estima el recurso sobre la base de las siguientes consideraciones:

- i. El silencio administrativo no es un acto presunto de carácter desestimatorio, sino una “ficción legal” para permitir el acceso al proceso en los casos en los que la Administración incumple su deber de resolver expresamente.
- ii. Así entiende el concepto la doctrina constitucional y así queda reflejado en el hecho de que la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el artículo 46 de la LJCA.
- iii. Un recurso inadmitido por razones formales no puede impedir el ejercicio posterior de la acción con idéntica pretensión, pues este efecto negativo de la cosa juzgada material es solo predicable de sentencias estimatorias o desestimatorias (no de las sentencias de inadmisión).
- iv. La desestimación presunta impugnada no es reproducción de la anterior desestimación presunta en el sentido del artículo 28 de la LJCA, sino la misma. El hecho de no haber recurrido la primera sentencia que inadmitió el recurso por un defecto formal no tiene otro significado que el aquietamiento de la parte a esa excepción procesal, pudiendo ejercitarse nuevamente la acción una vez subsanado el defecto.

El magistrado D. Javier Borrego emitió voto particular en el que consideraba que el recurso debió haberse desestimado, pues el derecho de acceso a los tribunales no puede convertirse en una libertad de “reacceso”, máxime en este caso, donde, según el magistrado, la conducta de las recurrentes, pudiendo haber subsanado el error en el primer proceso (o incluso recurrido en el plazo de dos meses tras la sentencia definitiva), resultó descuidada o de desidia, lo que llevó a la situación de repetir de hecho el primer proceso, con los costes que ello supuso, y anulando *de facto* los efectos de la primera sentencia.

[Portugal]

Documento Europeu Único de Contratação Pública – Concurso Público

Acórdão de 11 de setembro de 2019 (Processo n.º 0829/18.3BEAVR) – 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.

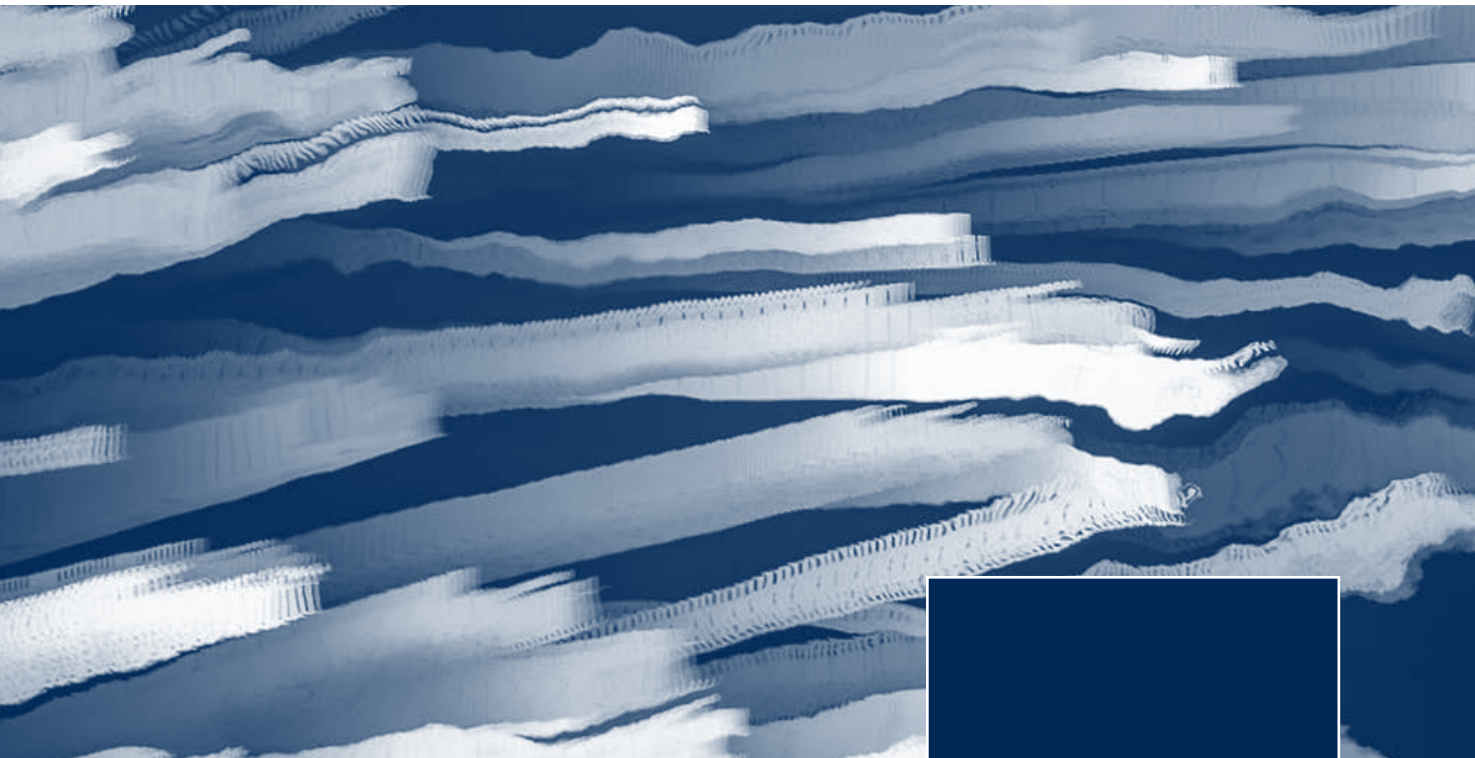
O Recorrente veio alegar na presente ação, no que aqui importa, que não existia nenhum fundamento para a exclusão da sua proposta devido ao facto de não ter obrigação de indicar os custos com o Chefe de Grupo Aeroportuário, por tal não constar do mapa de quantidades, e, ainda, porque o preço por si apresentado 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.

10 de diciembre de 2020



Arbitraje y
Mediación

Arbitraje y Mediación*

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

[España]

Modificación del Código civil de Cataluña y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado

Ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado (BOE de 15 de agosto de 2020)

El pasado 4 de noviembre de 2020 entró en vigor una nueva ley en la Comunidad Autónoma de Cataluña, la Ley 9/2020, de 31 de julio, en virtud de la cual quedan modificados el libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado. Esta ley busca fomentar la mediación como método alternativo de resolución de conflictos. Las modificaciones más relevantes que se introducen en lo relativo a la mediación son las siguientes:

En relación con las novedades introducidas en el segundo libro del Código civil catalán, las modificaciones van encaminadas a potenciar la mediación en el ámbito de los conflictos familiares, especialmente en aquellos que afectan a menores de edad.

Entre otras modificaciones, la nueva redacción del artículo 233-6 establece de manera explícita el carácter obligatorio de la mediación para los cónyuges, cuando así se haya pactado expresamente, con anterioridad al ejercicio de acciones judiciales. Este precepto concede asimismo la posibilidad a la autoridad judicial —a iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes o de terceros— de derivar a las partes a una sesión inicial de mediación de carácter obligatorio. Además, se determina que la falta de asistencia no justificada a esta sesión previa no está sometida a confidencialidad y debe ser comunicada a la autoridad judicial.

* 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).

En lo que respecta a las novedades incorporadas en la Ley 15/2009, podemos destacar las siguientes:

- i. Se introduce la expresión «*con perspectiva de género*», referida al modo en el que se ejercen las funciones del mediador (artículo 6.1).
- ii. Se determina la obligatoriedad de la sesión previa de mediación y, al igual que en el libro segundo del Código civil, la no asistencia injustificada a la sesión queda excluida de lo considerado como confidencial y debe ser comunicada a la autoridad judicial (artículo 11.1).
- iii. Se incluye una denominación más clara del Centro de Mediación de Cataluña —antes Centro de Mediación de Derecho Privado— (disposición adicional primera) y su objeto ahora también incluye la promoción, administración y facilitación del acceso a otros métodos alternativos de resolución de conflictos, además de la mediación (artículo 20).
- iv. Se remarca el cumplimiento de la carga de los colegios profesionales de cumplir la función deontológica y disciplinaria respecto de los colegiados que ejerzan la mediación, y se les añade la función de velar por que el conjunto de colegiados cumpla las obligaciones de información a los clientes, y de fomento y sujeción a la mediación derivada de las leyes o los códigos deontológicos respectivos (nueva letra d del artículo 22).
- v. Se refuerza la obligación de los profesionales colegiados de informar a sus clientes sobre la mediación y otras fórmulas de resolución de conflictos, así como de fomentar su uso (disposición adicional cuarta).

2. Jurisprudencia

[España]

La Audiencia Provincial de Madrid desestima un recurso de apelación presentado contra el despacho de ejecución de un laudo, en el que se alegaba falta de notificación del laudo, al entender que la ejecutada fue válidamente notificada mediante correo electrónico

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 116/2020, de 18 de junio de 2020

El 18 de junio de 2020, la Audiencia Provincial de Madrid (la “AP”) dictó su auto n.º 116/2020 en el que desestimó el recurso de apelación presentado contra el despacho de ejecución de un laudo arbitral.

El litigio tiene su origen en un contrato de arrendamiento en el que ambas partes se sometían de mutuo acuerdo al Consejo Arbitral para el Alquiler de la Comunidad de Madrid. Resuelta una

disputa entre ellas, el laudo fue notificado a la dirección de correo electrónico que se especificaba en el contrato de arrendamiento a efectos de las notificaciones.

La recurrente fundamenta su apelación contra el despacho de ejecución en la falta de notificación del laudo a pesar de que se le había hecho llegar mediante correo electrónico. La recurrente entendía que esa notificación no satisfacía el requisito mínimo de seguridad jurídica que la firmeza de una resolución requiere.

La AP señala en su auto que el artículo 5 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, acepta como válida, salvo acuerdo en contrario de las partes, la comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permita acreditar el envío y recepción de la comunicación. Por su parte, señala la AP, el artículo 162.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece que, cuando conste debidamente remitido el acto de comunicación por medios técnicos, el transcurso de tres días será suficiente para entender que la comunicación se ha efectuado y produzca plenos efectos, aunque el destinatario no acceda a su contenido. El segundo párrafo del citado artículo 162.2, sin embargo, exceptúa de lo anterior aquellos supuestos en los que el destinatario justifique que no tuvo acceso al sistema de comunicaciones durante ese periodo.

A continuación, la AP indica que es el demandado (es decir, la parte ejecutada) el responsable de alegar las causas impeditivas del acceso a la comunicación del laudo, además de ser también en este caso el demandado quien contaba con mayor facilidad probatoria. Es decir, la AP considera que la carga de probar la existencia de una notificación defectuosa corresponde a la ejecutada.

El laudo se envió por correo electrónico y la recurrente lo recibió por este medio, que las partes aceptaron expresamente en el contrato de arrendamiento. Sin embargo, la recurrente no consultó el correo electrónico que contenía el laudo en el transcurso de los diez días siguientes. Dado que la recurrente no logró probar que no hubiera tenido acceso al correo electrónico durante esos días ni que hubiera existido fallo del sistema o en la recepción del correo, la AP desestimó el recurso de apelación.

La Audiencia Provincial de Barcelona confirma un auto de primera instancia que apreciaba una declinatoria arbitral. Aunque el contrato no contenga expresamente una cláusula de arbitraje estándar, entiende que el hecho de que el contrato establezca que "el arbitraje tendrá lugar en Ljubljana (República de Eslovenia)" refleja que la voluntad de las partes era someter a arbitraje las discrepancias derivadas del contrato

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 395/2020, de 22 de junio de 2020

La Audiencia Provincial de Barcelona ("APB") confirma en esta resolución un auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 32 de Barcelona en el que se declaraba la falta de competencia jurisdiccional por existir un convenio arbitral válido.

La disputa surgió a raíz de un contrato de importación suscrito entre una empresa eslovena, comercializadora de productos de limpieza, y otra española, dedicada a la importación, distribución y comercialización de electrodomésticos y artículos de limpieza. En virtud del contrato, la empresa española vendería los productos importados de la empresa eslovena en España.

La empresa española ordenó un pedido por un importe total de 136.700 euros, aunque, en contra de lo estipulado, no efectuó el pago de la factura antes del envío de los productos. No obstante, la empresa eslovena entregó la mercancía, confiando en que la empresa española cumpliría con lo pactado. Tras varios meses, la empresa española pagó una parte del precio acordado, quedando pendiente de cobro por la empresa eslovena un total de 101.700 euros. Al no recibir el pago de esta cantidad, la empresa eslovena inició una reclamación ante los tribunales españoles.

La empresa española compareció en el procedimiento e interpuso una declinatoria por falta de jurisdicción, al entender que las partes se habían sometido válidamente a arbitraje. Para fundamentar su petición, la empresa española se basó en la cláusula 21 del contrato, que establecía: *"Este contrato deberá íntegramente interpretarse y aplicarse de conformidad con las Leyes de la República de Eslovenia. El arbitraje tendrá lugar en Ljubljana, República de Eslovenia"*. De acuerdo con la empresa española, de esta cláusula se desprendía la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje en Liubliana bajo las leyes eslovenas.

En primera instancia se dictó auto estimatorio de la declinatoria, se declaró el sobreseimiento de las actuaciones y se condenó en costas a la demandante. Se entendió que la cláusula 21 del contrato constituía un convenio arbitral válido con sede en Liubliana.

La empresa eslovena presentó un recurso de apelación, en el que alegó falta de motivación del auto e infracción de la normativa y la jurisprudencia aplicables, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La APB entiende, con base en el artículo 6.2.a) del Convenio de Ginebra, que la ley aplicable para determinar si existe un convenio arbitral es la eslovena, por ser la ley a la que se sometieron las partes. Conforme a la ley de arbitraje eslovena —similar a la española—, el único requisito de forma que se exige es que el convenio conste por escrito. No obstante, la APB, citando numerosas sentencias del Tribunal Supremo, considera que lo decisivo para determinar la validez de un convenio arbitral es si la fórmula utilizada por las partes pone de manifiesto su voluntad clara de someter sus controversias a arbitraje. Así, concluye que del tenor literal de la cláusula 21 se desprende la voluntad de las partes de someter a arbitraje las discrepancias que pudieran surgir. En consecuencia, la APB confirma la declinatoria arbitral.

Arbitraje de inversión

Laudo PCA n.º 2017-08, de 7 de octubre de 2020, Muszynianca c. Eslovaquia

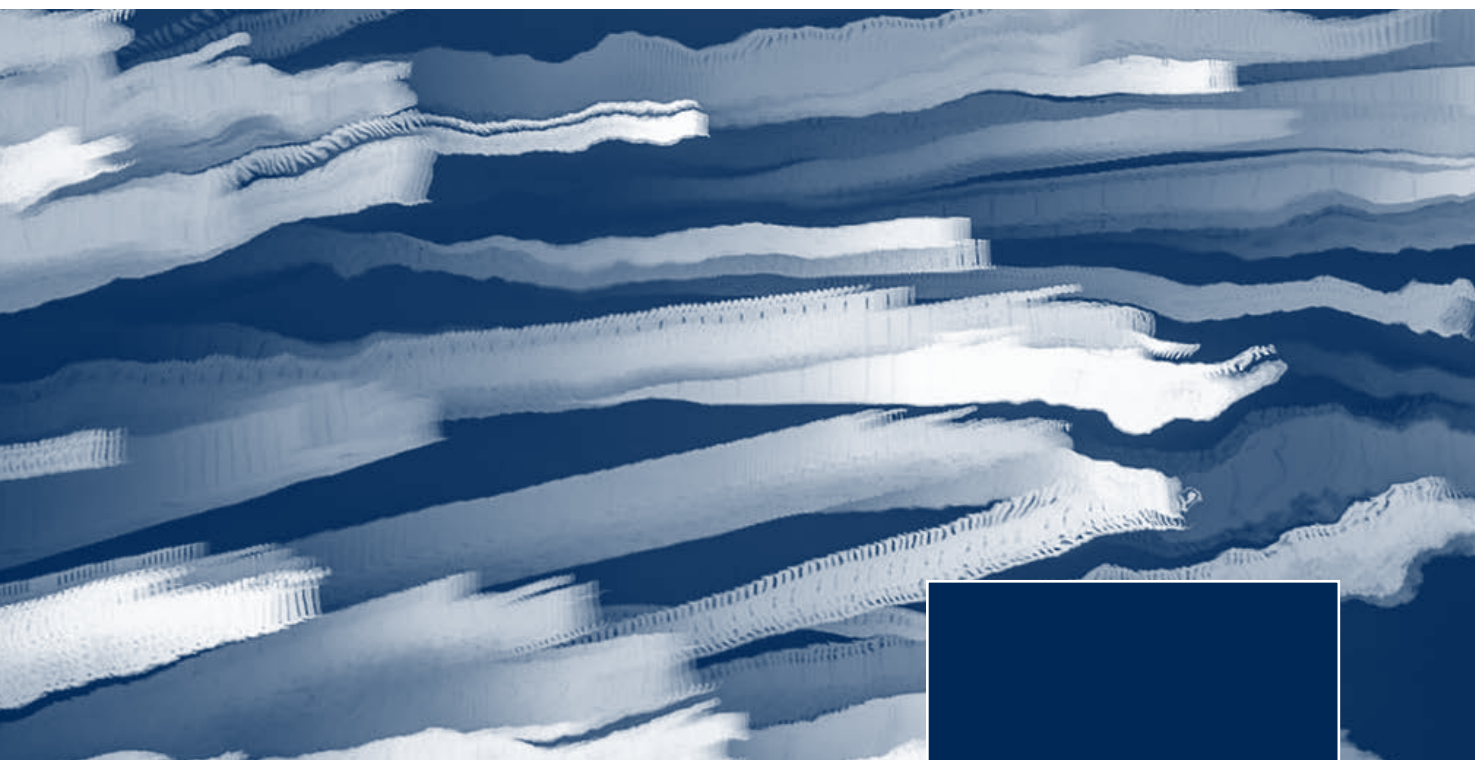
Para condenar a un Estado en el contexto de una controversia internacional inversionista-Estado, no basta con la violación de una obligación. Es necesario que haya causalidad entre dicha violación y un perjuicio sufrido por el inversionista.

La demandante Muszyanka es una compañía polaca que produce y comercializa aguas minerales en mercados por todo el mundo. Muszyanka planeaba exportar grandes cantidades de agua desde fuentes eslovacas hacia sus plantas en Polonia. La aprobación de las autorizaciones para operar el proyecto por parte de las autoridades eslovacas se retrasó y eventualmente fue rechazada como resultado de una reforma constitucional en Eslovaquia que prohibió la exportación de agua sin embotellar. Como resultado, Muszyanka demandó a Eslovaquia por violar el Tratado bilateral de inversiones ("el Tratado") entre Polonia y Eslovaquia.

Muszyanka alegó que Eslovaquia violó la obligación contenida en el Tratado de otorgarle un trato justo y equitativo, y que impidió la realización y disfrute de su inversión mediante medidas irracionales o discriminatorias. El tribunal encontró probado que las autoridades encargadas de otorgar los permisos necesarios para la operación de la inversión retrasaron intencionadamente el otorgamiento del permiso para que la reforma constitucional que se encontraba bajo estudio y que prohibía la actividad del inversionista entrara en vigor con anterioridad. En consecuencia, decidió que Eslovaquia violó las obligaciones de otorgar un trato justo y equitativo y de no impedir la realización y disfrute de la inversión de Muzyanka.

Sin embargo, el tribunal concluyó que esta violación era inconsecuente. No se probó vínculo de causalidad entre la violación al Tratado y los perjuicios reclamados por el inversionista. Muszyanka en ningún momento había tenido permiso alguno para que su proyecto pudiera operar y no tenía ninguna expectativa legítima de que le otorgaran dichos permisos. Según el ordenamiento eslovaco, el trámite para la aprobación de sus permisos hubiera concluido en todo caso después de que la reforma constitucional que le afectaba entrara en vigor. Por lo tanto, el tribunal concluyó que el cálculo de perjuicios que el demandante presentó era inviable por fundarse en la premisa de que el proyecto hubiera sido aprobado, circunstancia cuya probabilidad o certeza el demandante no pudo probar.

10 de diciembre de 2020



Competencia

Competencia*

10 de diciembre de 2020

1. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal General establece el estándar de prueba aplicable en control de concentraciones (probabilidad seria) e indica qué requisitos son necesarios para prohibir una concentración por sus efectos unilaterales no coordinados

Sentencia de 28 de mayo de 2020, en el asunto T-399/16, CK Telecoms UK Investments c. Comisión

El Tribunal General (TG) ha anulado la Decisión de la Comisión por la que se prohibía la adquisición, por parte de Hutchinson 3G UK (Three), de Telefónica UK (O2). Dicha adquisición habría reducido el número de operadores móviles en el Reino Unido de cuatro a tres y, a juicio de la Comisión Europea, habría producido una reducción significativa de la competencia y un incremento de los precios a los consumidores. El TG, al anular la Decisión de la Comisión, formula los estándares y requisitos que la Comisión debe cumplir para prohibir una operación en aquellos casos —como este— en el que la entidad resultante no adquiere o refuerza una posición de dominio en el mercado, pero, no obstante, se obstaculiza la competencia de forma análoga (se trata de los llamados efectos unilaterales no coordinados).

En primer lugar, el TG indica que la Comisión debe probar los efectos anticompetitivos a un estándar de “probabilidad seria”, un nivel más exigente que el estándar de preponderancia de probabilidades habitual. Es más, cuánto más prospectivo es el análisis de la Comisión, entonces el TG exigirá más prueba a la Comisión para aceptar este análisis. En segundo lugar, el TG establece que, en un caso de efectos unilaterales no coordinados, la Comisión debe cumplir con un test jurídico doble. Primero, debe probarse que las partes de la concentración ejercen importantes presiones competitivas entre sí; es decir, que son competidores particularmente cercanos. Segundo, la Comisión ha de establecer que la concentración reducirá también de forma significativa una presión competitiva importante que ejercía la empresa adquirida en el mercado. En tercer lugar, el TG

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Tomás Arranz, Cristina Areces, Pablo Solano, Jokin Beltrán de Lubiano, Alberto Pérez, Patricia Cano, Violeta Marinas 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).

exige a la Comisión un análisis cualitativo y en profundidad de las razones por las que los efectos anticompetitivos de la operación son “significativos”. Por último, el TG considera que la Comisión no tuvo en cuenta las posibles eficiencias derivadas de la operación en su análisis de precios postoperación, tal y como debía haber hecho.

Aplicando el anterior marco de análisis al caso, el TG concluye que la Comisión Europea no fundamentó adecuadamente su decisión de prohibir la operación. En particular, ni Three ejercía una presión competitiva especialmente importante en el mercado ni O2 y Three eran empresas particularmente cercanas entre sí (más de lo que son todas las empresas en un mercado oligopolista). En consecuencia, el TG estima el recurso y anula la decisión.

El TG declara que el antiguo sistema español de arrendamiento financiero de buques constituía ayuda de Estado

Sentencia de 23 de septiembre de 2020, en los asuntos acumulados T-515/13 RENV y T-719/13 RENV, Reino de España y otros c. Comisión

El TG ha confirmado la Decisión de la Comisión Europea que declaraba que el régimen fiscal español aplicable a acuerdos de arrendamiento financiero celebrados por astilleros españoles (el “SEAF”) constituía un régimen de ayudas ilegal. Este régimen generaba eficiencias fiscales mediante la participación de los inversores en agrupaciones de interés económico (“AIE”) en el arrendamiento de buques a empresas navieras.

El TG confirma que, frente a las AIE, el SEAF era una medida selectiva por la discrecionalidad que la normativa del SEAF confería a la Administración para conceder esas ventajas fiscales. La amortización acelerada al amparo del SEAF estaba sujeta a autorización administrativa previa y su concesión estaba basada en criterios vagos. El TG declara que un sistema discrecional *de iure* es una medida selectiva, sin necesidad de comprobar que efectivamente la Administración lo emplease para favorecer a unas empresas en detrimento de otras (discrecionalidad *de facto*).

La sentencia no afecta a la actual configuración del SEAF, sino solo a la posible ilegalidad del marco anterior. La estructura de financiación de buques actual cuenta con la aprobación de la Comisión, mediante su Decisión de 20 de noviembre de 2012 en el asunto SA.34.736, confirmada también ante los tribunales de la Unión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirma que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no puede plantear cuestiones prejudiciales por no ser un órgano jurisdiccional

Sentencia de 16 de septiembre de 2020, en el asunto C-462/19, Anesco y otros

La CNMC presentó el 12 de junio de 2019 una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (“TJ”) en relación con la interpretación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) a determinados acuerdos en el marco de la negociación colectiva del sector de la estiba.

El TJ declara inadmisibile la cuestión prejudicial y afirma que la CNMC no puede remitirle cuestiones prejudiciales porque no es un órgano jurisdiccional. El TJ recuerda que el concepto de “órgano jurisdiccional nacional” solo puede designar a una autoridad que tenga la calidad de tercero en relación con la que adoptó la decisión que constituye el objeto del recurso o que resuelve una controversia entre dos partes. En segundo lugar, el TJ considera que el hecho de que la CNMC actúe de oficio, como administración especializada que ejerce la facultad sancionadora en las materias de su competencia, constituye un indicio del carácter administrativo y no jurisdiccional de la resolución que debe adoptar en el procedimiento. También destaca que las resoluciones del Consejo pueden ser, a su vez, recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que la CNMC tendría consideración de parte demandada.

[España]

El Tribunal Supremo respalda la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento cuando la CNMC debe recabar la actualización del volumen de negocios, así como la ampliación del plazo en atención a la complejidad del procedimiento

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 6 de julio de 2020, en el recurso n.º 3721/2019 entre la Administración General del Estado y Hergo Motor, S.L.

El Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión suscitada en torno a la interpretación del artículo 37.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (“LDC”). Este precepto permite la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento cuando se precisa la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios para dictar resolución. Por ello, concluye que, pese a la posibilidad de haber podido recabar antes los elementos probatorios, lo determinante es que la información solicitada relativa al volumen de negocios sea necesaria para dictar la resolución de fondo.

Respecto a la ampliación del plazo para resolver, el Tribunal aclara que el hecho de que la Administración haya denegado previamente la ampliación del plazo otorgado a las empresas investigadas para formular sus alegaciones no condiciona la decisión sobre la ampliación del plazo máximo de resolución del expediente cuando la complejidad del procedimiento así lo requiere. Solo tendría consecuencias si se acreditase que la denegación de la ampliación del plazo para presentar alegaciones generó indefensión material a las empresas investigadas y así hubiese sido alegado.

El Tribunal Supremo declara la validez de la orden de inspección de la Autoridad Vasca de la Competencia por ser competente para analizar preliminarmente las prácticas denunciadas en atención a su alcance geográfico y haber seguido el procedimiento legalmente establecido

Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 2020, en el recurso de casación n.º 3997/2019 contra Sentencia del TSJPV (Félix de Incharruaga S.L. c. Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco)

A la luz de la dimensión geográfica de las prácticas denunciadas en el momento inicial de la investigación (no superiores a la Comunidad Autónoma del País Vasco), el Tribunal Supremo entiende que la Autoridad Vasca de la Competencia ("AVC") era competente para acordar la orden de inspección domiciliaria. Como consecuencia, descarta la nulidad de pleno derecho de la orden y destaca que solo procedería en caso de tratarse de una incompetencia manifiesta.

Asimismo, aclara que el retraso en la notificación de la denuncia por el Servicio de Defensa de la Competencia del País Vasco a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la "CNMC") no conlleva la vulneración del artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. Es decir, a juicio del Tribunal, habida cuenta de que la AVC notificó la denuncia a la CNMC antes de cualquier decisión sobre el fondo del asunto y de cualquier otra sobre el archivo o incoación del procedimiento sancionador, no puede entenderse que el mero retraso signifique haber prescindido absolutamente de dicho trámite. Por tanto, declara la validez de la orden de inspección.

La Audiencia Nacional anula la Resolución de la CNMC sobre el expediente de Fabricantes de automóviles en lo que se refiere a una de las recurrentes

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.ª), de 23 de diciembre de 2019, en el recurso n.º 663/2015 entre Mazda Automóviles España, S.A., y la Administración General del Estado

La Audiencia Nacional advierte que la propia CNMC indica en su Resolución que, a efectos de individualizar las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras, el factor determinante, de conformidad con los artículos 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, es la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción, relacionada directamente con el volumen del mercado afectado por la infracción y la duración de la conducta imputada a cada empresa.

En relación con la recurrente, la CNMC identificó su cuota de participación en la conducta en función de sus ventas durante los meses de la conducta imputada en el mercado afectado. Pues bien, sobre esta base, la CNMC atribuyó a la recurrente una cuota de participación del 0,0 %, por lo que la Audiencia Nacional aclara que, siguiendo el propio razonamiento de la CNMC, la empresa no tuvo responsabilidad en la infracción. Así, la Audiencia estima el recurso interpuesto y anula la resolución impugnada en lo referente a la recurrente.

2. Decisiones en materia de Expedientes Sancionadores

[España]

La CNMC sanciona un acuerdo de subrogación de trabajadores en el marco de la negociación colectiva

Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 18 de septiembre de 2020 en el Expediente S/DC/O619/17, Acuerdo Marco de la Estiba

La práctica habitual del sector de la estiba indicaba que todas las empresas que desean prestar el servicio portuario de manipulación de mercancías y obtienen la correspondiente licencia deben integrarse como partícipes en el capital de la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP). Estas sociedades anónimas de gestión de trabajadores portuarios tienen por objeto social la gestión de la puesta a disposición de sus accionistas de los trabajadores que dichos accionistas demanden para el desarrollo de sus actividades.

La CNMC considera que la cláusula convencional de subrogación de trabajadores que afectaría a las empresas estibadoras que decidiesen separarse de las SAGEP era contraria a las normas de defensa de la competencia, puesto que limitaba la libertad de organización de la empresa estibadora que optase por separarse de la SAGEP.

En cuanto a la imposición de multas, la CNMC toma en consideración que existe una clara voluntad de las partes de alcanzar un acuerdo sobre el nuevo convenio colectivo, negociado durante la tramitación del procedimiento, que fuera compatible con las normas de defensa de la competencia. Por ello, la CNMC decide imponer “*multas simbólicas*”.

3. Decisiones en materia de control de concentraciones

[Unión Europea]

La Comisión Europea aprueba la adquisición de control conjunto de Inwit por parte de Vodafone Italia y Telecom Italia

Decisión de la Comisión de 6 de marzo de 2020, asunto M.9674 – VODAFONE ITALIA / TIM / INWIT JV

La decisión se refiere a la autorización de la adquisición de Inwit JV (“Inwit”) por parte de Vodafone Italia (“Vodafone”) y Telecom Italia (“TIM”). TIM y Vodafone son operadores de servicios

de telecomunicación e Inwit es una *joint venture* que reúne y gestiona las torres de telecomunicaciones de TIM y Vodafone situadas en Italia. Inwit ya era una empresa subsidiaria de TIM que administraba sus torres y, a partir de la concentración, Inwit reúne las torres de ambos operadores y alquila el espacio sobrante en esas torres a otros operadores de telecomunicaciones.

La Comisión Europea recibió peticiones de terceras partes para que aumentase el alcance de su investigación a toda la operación (que incluía una serie de acuerdos de cooperación con los que TIM y Vodafone tienen el objetivo de desplegar 5G en Italia) y no solo a la concentración. A este respecto, la Comisión Europea examinó si esos acuerdos podían ser considerados como restricciones accesorias a la concentración, y llega a la conclusión de que no eran tales. Por el contrario, la Comisión Europea remarca que es la creación de la *joint venture* la que es instrumental para la aplicación de estos otros acuerdos: sin la *joint venture*, la creación de la red común de TIM y Vodafone mediante estos otros acuerdos podría resultar más costosa o llevar más tiempo.

La Comisión Europea aprueba la adquisición de control exclusivo de Metallo por Aurubis en segunda fase sin compromisos

Decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2020, asunto M.9409 – AURUBIS / METALLO GROUP HOLDING

La Comisión Europea ha aprobado la adquisición de control exclusivo de Metallo Group Holding N.V. (“Metallo”) por Aurubis AG (“Aurubis”) en segunda fase y sin compromisos.

Las partes eran los mayores compradores del Espacio Económico Europeo de chatarra de cobre para la fundición y la refinación (“CRSS”).

Tras abrir la segunda fase, la Comisión Europea aprueba la operación fundamentalmente por las eficiencias que puede traer consigo. La Comisión Europea consideró que la concentración tendría como consecuencia una eficiencia en forma de valorización de la chatarra de cobre por una combinación de los conocimientos técnicos y las tecnologías de las partes. Dado que la transacción altera tanto el poder de compra de la entidad resultante tras la transacción como su tecnología (al combinar los conocimientos y tecnologías disponibles de las partes), tiene como consecuencia dos efectos de precios que van en direcciones opuestas. Por un lado, cabe esperar que el aumento del poder de compra dé lugar a una disminución de los precios de la chatarra CRSS; por otro lado, es probable que el aumento de la capacidad de valorización de los metales incremente los precios de la chatarra, en particular en el caso de los tipos de CSSR que contienen metales que no podían extraerse eficientemente antes de la concentración. La Comisión Europea consideró que la pregunta sobre cuál de los dos efectos dominará es una cuestión empírica, y aunque no se dispone de pruebas concluyentes sobre esta cuestión, concluyó que es posible que, en conjunto, los aumentos de precio debidos a una mejor valorización puedan compensar las reducciones de precio que implica el aumento del poder de compra de la entidad resultante postransacción.

[España]

La CNMC condiciona una operación de concentración a compromisos vinculados a los efectos de cartera

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 12 de junio de 2020, e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia en el Expediente C/1087/19 - Grupo Bimbo / Fábrica de Paterna de Siro

La CNMC ha autorizado con compromisos la adquisición por parte de Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V., a través de su filial española Bakery Iberia Investments, S.L.U. ("Grupo Bimbo"), de Siro Paterna, S.A.U. y Siro Valencia, S.L.U., sociedades del Grupo Siro ("Grupo Siro"). La concentración afectaba principalmente al mercado mayorista de pan envasado bajo la marca de distribuidor y, en menor medida, al mercado HORECA de pan envasado. No obstante, los problemas identificados por la CNMC se referían a los mercados de pan envasado bajo la marca de fabricante, en la medida en que, junto con el contrato de compraventa, el adquirente había suscrito un acuerdo comercial con una de las principales cadenas de supermercados en el que se preveía la posibilidad de dar entrada a referencias adicionales de productos de marca fabricante.

La CNMC consideró que este acuerdo reforzaba la marca de fabricante de Grupo Bimbo y que podría generar efectos de cartera entre productos de panificación de marca blanca. Los compromisos consisten en la modificación del acuerdo, de tal manera que se prescindiera de cualquier vinculación contractual entre los productos de panificación bajo marcas de Grupo Bimbo y el compromiso de adquisición de productos de panificación categorizados como marca de distribuidor, así como de la consideración de Grupo Bimbo como fabricante prioritario.

4. Decisiones en materia de ayudas de Estado

La Comisión Europea aprueba un marco temporal para las medidas de ayudas de Estado aprobadas para apoyar la economía en el contexto de la pandemia del COVID-19

Comunicación de la Comisión Europea - Marco temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 - C(2020) 1863, (2020) 2215, (2020) 3156, (2020) 4509 y (2020) 7127

Ante las numerosas medidas adoptadas por los Estados miembros para hacer frente al impacto económico generado por el COVID-19, la Comisión Europea aprobó el 19 de marzo de 2020 un marco temporal relativo a los aspectos de ayudas de Estado de dichas medidas, que deben ser autorizadas por la Comisión en tanto que incorporen medidas calificables como ayudas de Estado. El citado marco temporal ha sido modificado en cuatro ocasiones.

El marco confirma que los Estados miembros pueden conceder ayudas estatales a las empresas con dos bases normativas: (i) ayudas para compensar a las empresas por los daños causados por “*desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional*” (artículo 107.2.b TFUE) y (ii) ayudas para “*remediar una grave perturbación en la economía de un Estado miembro*” (artículo 107.3.b TFUE).

El marco temporal contempla una serie de medidas de ayudas que podrán utilizar los Estados: (i) subvenciones directas, ventajas fiscales selectivas y anticipos; (ii) garantías estatales para préstamos concedidos por bancos a empresas; (iii) préstamos públicos bonificados a las empresas o adquisición de deuda subordinada; (iv) seguros de crédito a la exportación a corto plazo; (v) subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales para facilitar la investigación y el desarrollo relacionados con el COVID-19; (vi) subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales para la mejora, construcción y ampliación de escala de laboratorios para la producción de productos relacionados con el COVID-19; (vii) subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales para la creación de capacidades adicionales para la producción de productos necesarios para responder al brote; (viii) aplazamiento del pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social; y (ix) subsidios salariales para los empleados a fin de evitar reducciones de plantilla durante el brote.

Además, en una de las modificaciones del marco, también se ha contemplado la posibilidad de conceder ayudas de recapitalización directas a empresas, supeditadas, entre otras condiciones, al establecimiento de un mecanismo de remuneración al Estado y un plan de salida. El beneficiario queda sujeto a ciertas obligaciones para impedir las distorsiones (entre otras, prohibición de reparto de dividendos y de adquisiciones de competidores).

El marco deja fuera de su ámbito de aplicación cualquier ayuda que pueda concederse a entidades financieras.

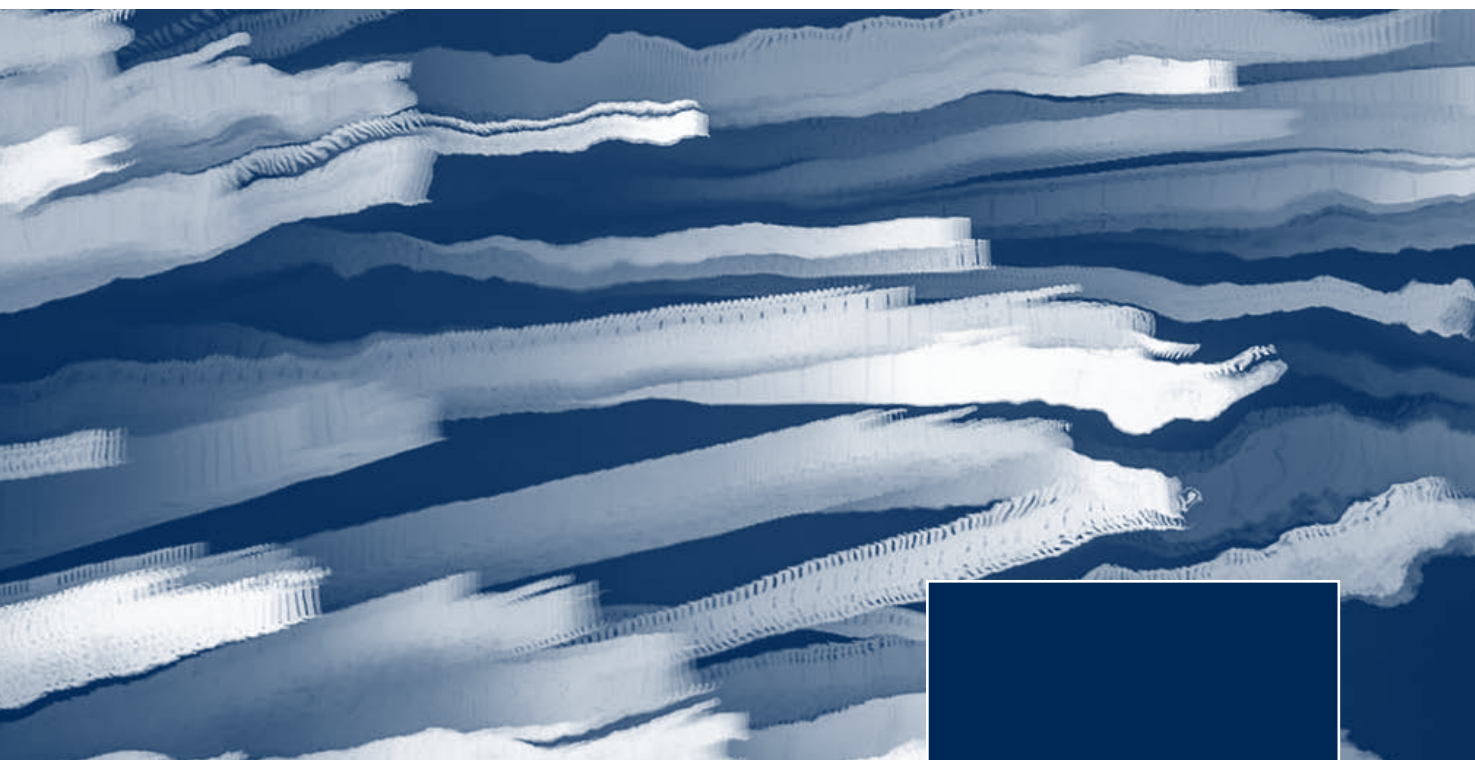
La Comisión Europea concluye que no existieron ayudas de Estado en el seno de la empresa pública de correos de Dinamarca y Suecia, pues estos Estados no habían intervenido en las decisiones adoptadas por dicha empresa

Decisión de la Comisión de 12 de mayo de 2020 en los asuntos acumulados SA.52489 (2018/FC) y SA.52658 (2018/FC) - Dinamarca y Suecia - Supuesta ayuda de Estado a Post-Nord Logistics

En línea con la jurisprudencia *Stardust Marine* y *SACE*, la decisión de la Comisión confirma que es posible que una medida no sea imputable al Estado, pese a que se refiera a recursos estatales, cuando una entidad de propiedad estatal actúa de manera autónoma e independiente del Estado. Para establecer que dicha entidad actúa de manera autónoma —aun siendo propiedad del Estado— deben examinarse los canales a través de los cuales el Estado es capaz de influir en sus decisiones. Así, la Comisión analiza los vínculos orgánicos y administrativos, las directrices emitidas por el Estado o el alcance de la supervisión y escrutinio de este.

De dicho análisis, en su Decisión, la Comisión llega a la conclusión de que no se ha concedido ninguna ayuda estatal porque no había ninguna transferencia de recursos estatales a su favor y no se podía detectar ninguna subvención cruzada. La Comisión considera que no hay pruebas de ninguna participación específica de las autoridades danesas y suecas en la concesión de la inyección de capital. Ni el Reino de Dinamarca ni el Reino de Suecia iniciaron o aprobaron dicha inyección de capital, ni se les informó de manera diferente a lo esperable en una relación entre una empresa y sus accionistas.

10 de diciembre de 2020



Derecho digital

10 de diciembre de 2020

1. Propiedad Intelectual. Legislación

[Internacional]

Entrada en vigor del Tratado de Beijing tras su ratificación por treinta Estados el 28 de abril de 2020

Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, adoptado el 24 de junio de 2012

Tras su ratificación por treinta países, el día 28 de abril de 2020 se produjo la entrada en vigor del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (“Tratado”), conforme a lo dispuesto en su artículo 26. Ni España ni la Unión Europea han ratificado el Tratado, por lo que no se encuentra en vigor en nuestro país.

El Tratado, gestionado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (“OMPI”), tiene por objeto la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, y establece el compromiso de los Estados contratantes a reconocerles una serie de derechos morales y patrimoniales.

Los derechos morales son los derechos de autoría e integridad sobre su interpretación, reconocidos al artista, al menos por el mismo plazo de duración que la legislación de cada Estado contratante prevea para los derechos patrimoniales reconocidos en el Tratado, que no puede ser inferior a cincuenta años, contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada.

Junto con ello, el Tratado establece ciertos derechos económicos sobre dos tipos de interpretaciones: las no fijadas y las fijadas audiovisualmente. Respecto de las primeras, se reconoce a los artis-

* Esta sección, en su parte de propiedad intelectual ha sido coordinada por Agustín González García y Rafael Sánchez Arísti, y elaborada por Nerea Sanjuán Rodríguez, Rafael Fernández Jordano, Nicolás Pulido Azpíroz 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, José Javier Ariza Rossy y Gonzalo Sanz Setién, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid); y en su parte de comercio electrónico, protección de datos y privacidad ha sido coordinada por Leticia López-Lapuente y elaborada por Laia Reyes Rico, Lidia Gimeno Rodríguez, Ignacio Esteban Avedaño, Mirian Goitia de Gústín y Joana Mota, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

tas el derecho exclusivo a autorizar su fijación, así como el derecho exclusivo a autorizar su radiodifusión y la comunicación al público, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida. En cuanto a las fijadas audiovisualmente, el Tratado reconoce los derechos exclusivos del artista a autorizar su reproducción, distribución, alquiler, puesta a disposición, radiodifusión y comunicación al público. No obstante, se permite a los Estados contratantes establecer, en sustitución del derecho exclusivo de radiodifusión y comunicación al público, un derecho de remuneración equitativa por dicha clase de usos. Las partes contratantes podrán también declarar que aplicarán el derecho exclusivo o la remuneración equitativa sustitutoria únicamente respecto de ciertas utilidades, o que limitarán su aplicación de alguna otra manera, o incluso que no los aplicarán en absoluto.

[España]

El Ministerio de Cultura y Deporte concede a la Sociedad Española de Derechos de Autor (SEDA) la autorización para operar como entidad de gestión de los derechos de autor sobre las obras musicales confiadas a la entidad por sus compositores, autores de las partes literarias, editores y derechohabientes

Resolución de 8 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Industrias Culturales, Propiedad Intelectual y Cooperación, por la que se publica la autorización del Ministro de Cultura y Deporte a la Sociedad Española de Derechos de Autor, Entidad de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual, para actuar como entidad de gestión de los derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual

A través de Resolución de 8 de septiembre de 2020 de la Dirección General de Industrias Culturales, Propiedad Intelectual y Cooperación ("Resolución"), el Ministerio de Cultura y Deporte, en el ejercicio de la competencia que le brinda el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia ("TRLPI") concede a la Sociedad Española de Derechos de Autor ("SEDA") la autorización para gestionar derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta e interés de autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual sobre obras musicales.

Al efecto de otorgar dicha autorización, el artículo 148.1 TRLPI determina la necesidad de verificar (i) que los estatutos cumplan los requisitos establecidos en el título IV del libro tercero del TRLPI; (ii) que el ejercicio por la entidad de su actuación asegure las condiciones necesarias para la eficaz administración de los derechos a gestionar en todo el territorio español; y (iii) que dicha autorización favorece los intereses generales de protección de la propiedad intelectual.

Al respecto, cabe destacar que, si bien la Resolución indica que los estatutos de SEDA no cumplen de forma exhaustiva el contenido exigido por el artículo 159 del TRLPI, considera que son deficiencias que no justifican por sí mismas una denegación de la autorización solicitada, sin perjuicio de reseñar la necesaria adaptación por SEDA de sus estatutos al contenido exigido por dicho artículo a la mayor brevedad. La Resolución también aprecia que el plan de viabilidad presentado por SEDA permitirá asegurar la eficaz gestión de los derechos que le sean encomendados en todo el territorio español y, previa confirmación de que la concesión de dicha autorización favorecerá

los intereses generales de protección de la propiedad intelectual, concluye el otorgamiento de la autorización solicitada.

Se modifica el artículo 159.ñ) del TRLPI para permitir la presencia limitada en los órganos de gobierno de las entidades de gestión de aquellos titulares de derechos que también pertenezcan a empresas que sean usuarias del repertorio de la entidad

Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda

La disposición final décima del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (“RD 26/2020”) modifica el apartado ñ) del artículo 159 del TRLPI, relativo a la necesidad de que las entidades de gestión incluyan en sus estatutos disposiciones adecuadas para asegurar una gestión libre de influencias de los usuarios de su repertorio. A diferencia de la redacción anterior, que prohibía totalmente la presencia en los órganos de gobierno de las entidades de titulares de derechos que pertenezcan a empresas usuarias, la reforma del precepto viene a permitir su presencia, siempre que no ocupen “*más del cincuenta por ciento*” de los puestos en dichos órganos.

El preámbulo del RD 26/2020 explica que, si bien la norma en su versión anterior servía a un propósito adecuado, también lo es velar por la regeneración adecuada de los órganos de gobierno de las entidades. Asimismo, señala que algunos miembros de gran relevancia en determinadas industrias culturales se habían visto privados del ejercicio de sus derechos como miembros de las entidades —que habían venido ejerciendo hasta 2019, año en que se introdujo la prohibición que ahora se suaviza— y que deben considerarse suficientes las salvaguardas establecidas en los estatutos de las entidades para evitar los conflictos de intereses.

2. Propiedad Intelectual. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El alquiler de vehículos automóviles equipados con un receptor de radio no constituye un acto de comunicación al público

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de abril de 2020 (C-753/18)

El asunto tiene origen en sendos litigios entre dos entidades suecas de gestión de derechos de propiedad intelectual, una de compositores y editores musicales —Föreningen Svenska Tonsättare Internationella Musikbyrå u.p.a. (“STIM”)— y otra de artistas intérpretes o ejecutantes musicales —Svenska artisters och musikers intresseorganisation ek. för. (“SAMI”)— y dos empresas de alquiler de automóviles —Fleetmanager Sweeden, A.B. (“FM”) y Nordisk Biluthyrning, A.B. (“NB”)— respectivamente. En concreto, STIM reclamaba a FM, y SAMI a NB, ciertas cantidades al

entender que estas empresas, al ofrecer en arrendamiento vehículos equipados con receptores de radio, efectuaban un acto de comunicación al público que afectaba a los derechos de propiedad intelectual que gestionaban dichas entidades.

Mediante las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de Suecia (Högsta domstolen) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"), en esencia se buscaba determinar si el artículo 3.1 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 ("Directiva 2001/29"), y el artículo 8. 2 de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual ("Directiva 2006/115"), deben interpretarse en el sentido de que el arrendamiento de vehículos automóviles equipados con un receptor de radio constituye una comunicación al público en el sentido de esas disposiciones.

Para responder a esta cuestión, el TJUE recuerda que, conforme a su jurisprudencia, la comunicación al público requiere de la concurrencia de dos elementos diferenciados: la producción de un "acto de comunicación", por un lado, y la existencia de un "público", por otro.

En la apreciación de la concurrencia del primero de los elementos en el arrendamiento de vehículos con las características antes descritas, el TJUE pone en contraste dos elementos: por un lado, su jurisprudencia, según la cual para llevar a cabo un «acto de comunicación» un sujeto debe intervenir, con pleno conocimiento de las consecuencias de ese comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, o difícilmente podrían, disfrutar de la obra difundida; y por otro, el considerando 27 de la Directiva 2001/29, que prevé que *"la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de [dicha] Directiva"*.

Pues bien, el TJUE entiende que el arrendamiento de un vehículo que lleva incorporado un receptor de radio, que permite captar, sin ninguna intervención adicional por parte del arrendador, la radiodifusión terrestre accesible en la zona en la que se encuentre el vehículo, es un caso de mera puesta a disposición de instalaciones materiales necesarias para facilitar una comunicación. Y considera que este caso difiere de los actos de comunicación por los que los prestadores de servicios transmiten deliberadamente a su clientela obras protegidas mediante la distribución de una señal a través de receptores que han instalado en su establecimiento.

El TJUE aclara que su interpretación no queda desvirtuada por la alegación de que las demandadas ponían a disposición de sus clientes espacios que STIM y SAMI calificaban de "públicos" (los habitáculos de los vehículos de alquiler), puesto que el suministro de tal espacio, como el de los propios receptores de radio, no constituye un acto de comunicación, aparte de que el carácter privado o público del lugar en el que se produce la comunicación no tiene relevancia alguna.

Al concluir que la conducta de FM y NB no puede calificarse de un acto de comunicación, el TJUE no considera procedente analizar la segunda cuestión, relativa al carácter "público" de la comunicación.

Los Estados miembros de la Unión Europea no pueden excluir de entre los artistas e intérpretes con derecho a una remuneración equitativa y única por la difusión de fonogramas a aquellos que no sean nacionales del Espacio Económico Europeo, con la excepción de aquellos que tengan su domicilio o su residencia en el Espacio Económico Europeo y de aquellos cuya contribución al fonograma se haya realizado en el Espacio Económico Europeo

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de septiembre de 2020 (C-265/19)

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Irlanda (High Court) en el seno de un litigio surgido entre Recorded Artists Actors Performers Ltd., la entidad de gestión colectiva de los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes irlandesa, y Phonographic Performance (Ireland) Ltd., la entidad de gestión colectiva de los derechos de los productores de fonogramas en Irlanda, con respecto a la interpretación del artículo 8.2 de la Directiva 2006/115/CE y, en particular, respecto de si el derecho remuneratorio previsto en esa disposición debe ser repartido por los productores con los artistas intérpretes o ejecutantes, independientemente de la nacionalidad y lugar de residencia de estos.

En sus cuestiones primera y segunda, el Tribunal Superior irlandés pregunta al TJUE sobre cómo determinar qué artistas intérpretes y ejecutantes tiene derecho a la remuneración prevista en el artículo 8 de la Directiva, atendiendo a la exigencia de “trato nacional” que contiene el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996) (“WPPT”), y a la luz también de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1961).

El TJUE responde que el artículo 8 de la Directiva 2006/115 no regula esta materia de forma expresa, si bien el contexto en el que se inscribe esa disposición y los objetivos de esta, así como la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión, obligan a interpretarla de conformidad con el WPPT, el cual exige a la Unión Europea (“UE”) conceder el derecho a una remuneración a los artistas intérpretes y ejecutantes que sean nacionales de otras partes contratantes del WPPT. Bien es cierto que el artículo 15.3 del WPPT prevé que toda parte contratante en dicho acuerdo internacional puede declarar, mediante reserva, que no reconoce el derecho a una remuneración equitativa establecido en el artículo 15.1 o que, aun reconociendo tal derecho, limita su aplicación en su territorio. No obstante, ni la UE ni sus Estados miembros han realizado ninguna reserva a tales efectos. Por tanto, el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115 se opone a que un Estado miembro excluya de la remuneración en él prevista a los artistas intérpretes o ejecutantes de Estados no pertenecientes al EEE, con la excepción de aquellos que tengan su domicilio o su residencia en el EEE y de aquellos cuya contribución al fonograma se haya realizado en el EEE.

La tercera cuestión surge de la reserva efectuada por los Estados Unidos de América (“EE. UU.”) (y otros Estados) en el seno del WPPT (artículo 15.3) respecto de la remuneración de artistas no estadounidenses por la difusión de sus interpretaciones en el territorio de EE. UU., lo cual hace al Tribunal irlandés preguntarse si el principio de reciprocidad previsto en el artículo 21.1 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados permitiría a los Estados miembros de la UE limitar a su

vez el derecho a remuneración de los artistas estadounidenses. El TJUE responde que, pese a que la UE podría no estar obligada por el WPPT a reconocer ese derecho a los artistas de los Estados que no lo reconozcan para los nacionales de la UE, tal limitación debería plasmarse en una norma clara del derecho de la Unión, lo cual no se ha producido.

Por último, en su cuarta pregunta, el Tribunal irlandés se cuestiona sobre si el derecho remuneratorio previsto en el artículo 8 de la Directiva 2006/115 puede limitarse de manera que solo el productor del fonograma obtenga remuneración, sin repartirla con el artista intérprete o ejecutante que haya contribuido al fonograma. A este respecto, el TJUE responde que, aunque la norma permite a los Estados miembros determinar las condiciones de reparto, ello no conlleva que se pueda excluir a una determinada categoría de beneficiarios a nivel nacional.

El artículo 8.2.a) 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, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “direcciones” que figura en esta disposición no comprende, en relación con un usuario que ha puesto en línea archivos infringiendo un derecho de propiedad intelectual, su dirección de correo electrónico, su número de teléfono ni la dirección IP utilizada para subir estos archivos o la dirección IP utilizada en el último acceso a su cuenta de usuario

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de julio de 2020 (C-264/19)

Constantin Film Verleih (“Constantin”), titular en Alemania de derechos exclusivos de explotación de las obras cinematográficas *Parker* y *Scary Movie 5*, solicitó a YouTube LLC y a Google Inc. (“YouTube/Google”) —esta última, sociedad matriz de la primera— que le facilitaran una serie de datos sobre los usuarios que habían subido a la plataforma digital de YouTube las citadas obras durante varios años sin autorización por parte de Constantin. La demandante consiguió, por vía judicial, que las demandadas le facilitaran esos datos, que resultaron ser nombres ficticios, razón por la cual volvió a instar a las demandadas a que le facilitaran datos adicionales de esos usuarios, incluidas sus direcciones de correo electrónico, números de teléfono móvil y direcciones IP. La demanda fue desestimada en primera instancia, pero al conocer del recurso de apelación interpuesto por Constantin, el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno) condenó a las demandadas a facilitarle las direcciones de correo electrónico de los usuarios de que se trataba. Mediante recurso de casación que ambas partes interpusieron ante el órgano jurisdiccional remitente, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán), Constantin se reitera en sus pretensiones de obtener además los números de teléfono móvil y las direcciones IP de los usuarios correspondientes, y YouTube/Google solicitan que se desestimen en su totalidad las pretensiones de Constantin.

En el marco del procedimiento, el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán consideró necesario plantear dos cuestiones prejudiciales al TJUE con respecto a la interpretación del artículo 8.2.a) 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”), que, en esencia, consisten en determinar si debe interpretarse que el concepto de “direcciones” que se emplea en esa disposición comprende, en relación con un usuario que ha subido archivos infringiendo

un derecho de propiedad intelectual, su dirección de correo electrónico, su número de teléfono y la dirección IP utilizada para subir esos ficheros o la dirección IP utilizada en el último acceso a su cuenta de usuario.

A este respecto y, en particular, en lo que se refiere al término “direcciones”, el TJUE considera que, dado que la Directiva 2004/48 no define tal concepto, la determinación de su significado y alcance deben realizarse de conformidad con el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. Y, en cuanto al sentido habitual del término en el lenguaje corriente, este término se refiere únicamente a la dirección postal, es decir, al lugar de domicilio o de residencia de una persona determinada. De ello se deduce que este término, cuando se utiliza sin más precisiones, como sucede en el artículo 8.2.a) de la Directiva 2004/48, no comprenda la dirección de correo electrónico, el número de teléfono o la dirección IP.

El TJUE tiene en cuenta que, al adoptar la Directiva 2004/48, el legislador optó por llevar a cabo una armonización mínima, por lo que el artículo 8.2 de dicha Directiva se refiere a datos bien delimitados, y que su objeto es garantizar un justo equilibrio entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y la protección de los intereses y de los derechos fundamentales de los usuarios de prestaciones protegidas, incluido el derecho a la protección de los datos personales de los usuarios.

De todo ello se desprende que los Estados miembros no están obligados a prever la posibilidad de que las autoridades judiciales competentes ordenen facilitar la dirección de correo electrónico, el número de teléfono o la dirección IP de las personas a las que se refiere esta disposición en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual, aunque sí disponen de dicha facultad, tal y como se infiere, por otra parte, del artículo 8.3.a) de la Directiva 2004/48.

Los artículos 2 a 5 de la Directiva 2001/29 deben interpretarse en el sentido de que la protección del derecho de autor es susceptible de ser aplicada a un producto cuya forma es, al menos parcialmente, necesaria para la obtención de un resultado técnico, cuando ese producto constituye una obra original resultante de una creación intelectual de su autor

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de junio de 2020 (C-833/18)

Brompton Bicycle Ltd. (“Brompton”) es una sociedad inglesa dedicada a la comercialización de una bicicleta plegable con capacidad de adoptar tres posiciones distintas, la cual ha estado protegida por una patente ya caducada. Una segunda entidad, Chedech/Get2Get (“Get2Get”), comenzó a comercializar posteriormente una bicicleta visualmente muy similar a la de Brompton y también con tres posiciones distintas. Brompton interpuso una demanda contra Get2Get ante el Tribunal comercial de Lieja (Tribunal de l’entreprise de Liège) por infracción de derechos de autor. Get2Get basó su defensa en que el diseño de su bicicleta respondía exclusivamente a necesidades técnicas.

El tribunal belga consideró necesario plantear dos cuestiones prejudiciales al TJUE, con la finalidad de determinar si los artículos 2 a 5 de la Directiva 2001/29 deben interpretarse en el sentido de que la protección del derecho de autor que prevén es aplicable a un producto cuya forma es, al menos en parte, necesaria para la obtención de un resultado técnico.

El TJUE responde afirmando, en primer lugar, que —de acuerdo con su reiterada jurisprudencia— el concepto de “obra” se compone de dos elementos: la originalidad, esto es, que constituya una creación intelectual propia de su autor, y la expresión de esa creación. En cuanto al primer elemento, se cumple en la medida en que la obra refleje la personalidad de su autor, manifestando sus decisiones libres y creativas. En este sentido, se considera que cuando la realización de un objeto ha venido determinada por consideraciones técnicas, reglas u otras exigencias que no han dejado espacio al ejercicio de la libertad creativa, no puede considerarse que dicho objeto tenga la originalidad necesaria para constituir una obra. En lo que se refiere al segundo elemento, el Tribunal de Justicia señala que el concepto de “obra” implica necesariamente la existencia de un objeto identificable con precisión y objetividad.

Un objeto que cumpla el requisito de originalidad, en los términos previamente descritos, puede acogerse a la protección del derecho de autor, aunque su realización haya venido determinada por consideraciones técnicas, siempre que esa determinación no haya impedido al autor reflejar su personalidad en ese objeto manifestando decisiones libres y creativas.

En consecuencia, los artículos 2 a 5 de la Directiva 2001/29 deben interpretarse en el sentido de que la protección del derecho de autor que prevén es susceptible de ser aplicable a un producto cuya forma es, al menos parcialmente, necesaria para la obtención de un resultado técnico cuando ese producto constituye una obra original resultante de una creación intelectual de su autor, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional teniendo en cuenta la totalidad de los elementos pertinentes del litigio principal.

El TJUE ordena que el órgano jurisdiccional remitente analice si la forma de la bicicleta controvertida, a pesar de ser necesaria para la obtención de un determinado resultado técnico, constituye una obra original resultante de una creación intelectual, entre otros motivos, por haber existido espacio para el ejercicio de la libertad creativa del autor.

[España]

Se declara la nulidad de pleno derecho de la regla de reparto de la compensación por copia privada para fonogramas y demás soportes sonoros prevista en el artículo 4.1.a) del Real Decreto 1398/2018 por provenir de una versión del Real Decreto que no fue objeto del informe preceptivo y de consulta requeridos a tal efecto

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 2020

El Tribunal Supremo (“TS”) estima el recurso de casación interpuesto por la Sociedad General de Autores y Editores (“SGAE”) frente al Real Decreto 1398/2018, de 23 de noviembre, por el que se

desarrolla el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (“RD 1398/2018”) y, en concreto, frente a su artículo 4.1.a), por el que se fijaban los porcentajes para la distribución de la compensación equitativa por copia privada para fonogramas y demás soportes sonoros entre autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores en un cuarenta por ciento para los autores, un treinta por ciento para los artistas intérpretes o ejecutantes y otro treinta por ciento para los productores (“Regla 40-30-30”).

Dado que el RD 1398/2018 fija, entre otros, la cantidades que los deudores deberán abonar por ese derecho de compensación y la distribución de dicha compensación entre las distintas modalidades de reproducción, su procedimiento estaba sometido a lo dispuesto en el artículo 25.4 del TRLPI, que establecía la necesaria audiencia a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, a los interesados y a las asociaciones mayoritarias que representen a los sujetos deudores, así como la consulta previa a su aprobación del Consejo de Consumidores y Usuarios (“CCU”) y el dictamen preceptivo de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (“SPCPI”).

Tanto el trámite de audiencia a los sujetos antes mencionados como la evacuación de la consulta al CCU y la emisión de su dictamen preceptivo por la SPCPI se produjeron no sobre la versión definitiva del texto finalmente aprobado, sino sobre una versión anterior que, entre otros, establecía —de forma análoga a los reales decretos previos aplicables en la materia (Reales Decretos 1434/1992 y 1657/2012)—, los porcentajes de reparto de la compensación antedicha en un cincuenta por ciento para los autores, un veinticinco por ciento para los artistas y otro veinticinco por ciento para los productores (la “Regla 50-25-25”).

El TS recuerda su doctrina acerca de la naturaleza de los cambios en los textos proyectados durante los procedimientos de tramitación, e incide en que efectivamente es habitual que los textos sufran modificaciones que no necesariamente requieren reiniciar una y otra vez los trámites de audiencia o información, o recabar informes. Ahora bien, esa regla tiene como excepción los supuestos en que una nueva versión del proyecto introduce cambios sustanciales que afectan a aspectos nucleares de lo proyectado, en cuyo caso resultará necesario reiniciar dichos trámites. En el caso, el Alto Tribunal considera que la reforma del artículo 4.1.a) tiene efectivamente un carácter sustancial, dado que el cambio producido en el texto proyectado afecta a los intereses que legitiman a la SGAE, al reducir el porcentaje de lo debido al grupo acreedor de los autores.

Por todo ello, se concluye que, al haber evacuado el CCU su consulta y al haber emitido la SPCPI su informe preceptivo sobre una versión anterior del proyectado RD 1398/2018, que contenía la Regla 50-25-25 —en favor de la que se pronunciaba la SPCPI—, la modificación del RD 1398/2018 para establecer la Regla 40-30-30 requería que dichas instituciones hubieran vuelto a analizar el texto, por lo que su aprobación sin evacuar nuevamente esa consulta e informe preceptivo produce la nulidad de pleno derecho del artículo 4.1.a) que contiene dicha regla de reparto.

Un anuncio de televisión no goza de originalidad para ser considerado obra audiovisual cuando sus características son esencialmente similares a las de otros anuncios que promocionan el mismo tipo productos, o cuando tiene por objeto únicamente exponer las características o método de uso de estos, puesto que esos elementos no reflejan la personalidad del autor

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 25 de febrero de 2020

La compañía EUROPEAN HOME SHOPPING, S.L., interpuso una demanda por plagio contra INTERNATIONAL EDGE, INC., TELEBRANDS CORP. y BEST OPTION PRODUCTS, S.L., por haber creado anuncios publicitarios de televisión idénticos a los de la parte demandante, para promocionar productos de idéntica naturaleza. La sentencia de primera instancia, partiendo de la premisa de la originalidad de los anuncios de las demandantes, estimó parcialmente la demanda de plagio, declaró que la demandada había copiado parte de los anuncios de las actoras para aproximarse o crear confusión en el mercado y, en consecuencia, había infringido los derechos de propiedad intelectual que poseían las demandantes sobre sus anuncios.

La parte demandada interpuso recurso de apelación frente a la Audiencia Provincial de Barcelona, que revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia al considerar que los anuncios elaborados por las demandantes en el litigio no son originales y, por tanto, no son susceptibles de plagio.

El Tribunal indica, en primer lugar, que los anuncios objeto de la demanda pueden incluirse, en principio, dentro del concepto de grabaciones audiovisuales referidas en el artículo 120 del TRLPI, que es un concepto más amplio que el de obra audiovisual, definida en el artículo 86 del mismo texto legal, y que se refiere a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, las cuales están sometidas a los requisitos del artículo 10 del TRLPI y, esencialmente, al requisito de originalidad.

Por tanto, para ser protegido como obra audiovisual, un anuncio publicitario de televisión debe ser original, y ello en los términos definidos por el TJUE, entre otros en el asunto *Cofemel* (C-683/17). De acuerdo con dicha jurisprudencia europea, la originalidad se atribuye a aquella creación intelectual propia de su autor, es decir, que refleje su personalidad, al expresar su capacidad creativa (concepción subjetiva del concepto de originalidad). Por el contrario, cuando la expresión de la creación viene impuesta por su función técnica, el criterio de la originalidad no se cumple.

Al comparar los anuncios en litigio, la Audiencia señala que ambos parten de unas pautas muy determinadas asociadas a identificar y exhibir los productos que comercializan. En este contexto, el método de composición de los anuncios de la demandante está presente en otros anuncios sobre los mismos tipos de productos, y el empleo asiduo o habitual de la misma clase de imágenes y escenas impide apreciar su carácter original, puesto que no proyectan la personalidad del productor o director del anuncio. El tribunal tampoco encuentra originales los anuncios que, empleando alguna técnica compositiva no presente en ninguno de los anuncios referidos, tratan de destacar aspectos funcionales del producto ofertado, ya que tampoco reflejan la personalidad del autor.

En consecuencia, la sentencia de segunda instancia rechaza calificar los anuncios de las demandadas como obras audiovisuales susceptibles de protección por los derechos de autor. A lo sumo

serían grabaciones audiovisuales, respecto de las cuales se reconoce al productor el derecho exclusivo a la reproducción del original y sus copias (art. 121 TRLPI), lo que no es objeto del litigio.

Por último, la sentencia se pronuncia sobre la posibilidad de proteger el formato televisivo de los anuncios de la demandante. La Audiencia se remite a la sentencia de 22 de octubre de 2014 del Tribunal Supremo, que define el concepto de formato televisivo afirmando de nuevo que solo podría ser considerado una obra si fuera original, en los términos del artículo 10.1 del TRLPI, esto es, si permite apreciar un salto cualitativo de lo que son meras concepciones generales a la plasmación "original" de ellas. Y, en el caso, los elementos aparentemente diferenciadores de los anuncios de la actora no tienen especial entidad, sino que responden a razones técnicas y, por tanto, no son originales.

El diseño de una farola es susceptible de protección de forma acumulativa a través de los derechos de autor y de la propiedad industrial, siempre que se reúnan los requisitos a tal efecto, que en el caso de los derechos de autor pasan por que el diseño sea original. En ese supuesto, la exposición al público de ejemplares de inferior calidad del diseño protegido por derechos de autor supone una vulneración al derecho moral a la integridad de la obra

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 6 de marzo de 2020

La demandante, una reputada diseñadora, interpuso demanda frente al Estado de Qatar y un ente público de dicho Estado, ASHGHAL, con el que mantuvo negociaciones entre los años 2005 y 2010 para el montaje e instalación, en una de las principales avenidas de la ciudad de Doha, de un gran número de ejemplares de una farola diseñada por ella (la "Farola"). Tras concluir las negociaciones sin haber alcanzado un acuerdo, un millar de farolas, sustancialmente idénticas a la Farola, fueron instaladas en la citada avenida. La demanda fue estimada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, que, habiendo considerado que era aplicable el derecho español, declaraba que la Farola disponía de originalidad suficiente para ser protegida por el derecho de autor, y que habían sido vulnerados los derechos morales de la diseñadora, en particular, los de divulgación, paternidad e integridad.

Por su parte, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, al considerar que efectivamente se había producido una vulneración de los derechos morales de la creadora de la Farola, pero solo en lo relativo a su paternidad e integridad, no en cuanto a su divulgación.

En primer lugar, el Tribunal se pronuncia sobre si una creación que constituye un diseño industrial y es susceptible de ser reproducido de forma masiva puede a su vez merecer la protección por los derechos de autor. A este respecto, afirma que el derecho de la Unión parte del reconocimiento de un sistema de acumulación de protecciones (*ex* artículo 17 de la Directiva 1998/71/CE, de 13 de octubre, de Protección jurídica de los dibujos y modelos, y artículo 96.2 del Reglamento (CE) 6/2002, de 12 de diciembre, sobre dibujos y modelos comunitarios). A su vez, el artículo 3 del TRLPI también proclama esa posible acumulación, del mismo modo que la disposición adicional 10.^a de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial de 2003. No obstante, la protección

como propiedad intelectual está sometida a que la creación cumpla con el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegida como obra artística. En cuanto a cuál sea ese grado de creatividad y originalidad, existe discrepancia en la doctrina. Así, un sector cualificado de autores entiende que es necesario exigir una altura creativa mayor que la que, con carácter general, exige el art. 10 TRLPI en relación con cualquier otro tipo de obra. Otro sector de la doctrina sostiene, en cambio, que no cabe exigir en este tipo de obras un grado de creatividad más elevado que para cualquier otro tipo de obra.

La Audiencia Provincial reconoce que, si bien en su sentencia de 26 de abril de 2019 se decantaba por la primera de esas dos posturas, a raíz de las sentencias del TJUE en los asuntos *Cofemel* (C-683/17) y *Brompton* (C-833/18), se ve obligada a precisar esa posición. Ello se debe a que el TJUE entiende que, para poder tener protección como obra de autor, no es preciso que la creación en cuestión tenga una especial altura creativa, sino que basta con que refleje la personalidad propia del autor, manifestando sus decisiones libres y creativas.

En cuanto a la doble protección, en el caso *Cofemel*, el TJUE matiza que la acumulación de protecciones solo es admisible “en determinadas situaciones” cuya concreción corresponde al juez nacional, quien deberá valorar en cada caso el equilibrio entre la defensa de los derechos del autor y el interés general, y ello en el sentido de que la protección mediante derechos de autor a un objeto protegido como dibujo o modelo no puede ir en menoscabo de la finalidad y eficacia del sistema de regulación del diseño industrial, que es el régimen que resulta expuesto en mayor medida como consecuencia de esa doble acumulación. Para lograr esta finalidad, en coherencia con el caso *Cofemel*, la Audiencia indica que los aspectos meramente estéticos no pueden ser tomados en consideración a efectos de determinar si ha existido una toma de decisiones libres y creativas por parte del autor, como tampoco se deben tener en cuenta otros aspectos relacionados con la funcionalidad del diseño creado y que no hayan sido fruto de una decisión propia del autor, sino de una exigencia técnica. En el caso objeto de litigio, se concluye que en el diseño de la Farola predominan los aspectos puramente creativos sobre los funcionales, poniéndose de manifiesto la libertad artística y creativa de su creadora. Todo ello hace que ese diseño merezca la protección del derecho de autor.

No obstante, a diferencia de lo sostenido por el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial entiende que la exposición de las copias de la Farola en la vía pública no supone una vulneración del derecho moral a la divulgación de la obra, previsto en el artículo 14 del TRLPI, puesto que ese derecho se agota con la primera divulgación, sino, en todo caso, de los derechos económicos sobre la obra y, en particular, los derechos de publicación o de comunicación pública, los cuales han quedado excluidos del objeto del procedimiento. Ratifica, no obstante, la infracción de los derechos de paternidad y de integridad de la obra, respectivamente, por cuanto no se hizo constar la autoría de la demandante en las farolas y estas presentaban serios defectos de fabricación que se alejaban de la calidad de la Farola, lo cual perjudica la imagen y reputación de la autora. La sentencia incluye un voto particular discrepante, favorable a haber estimado el recurso de las demandadas, por cuanto no se considera suficientemente acreditada la diferencia entre elementos técnicos y estéticos de la Farola que avalen su consideración como obra.

No se pueden facilitar copias de una tesis doctoral por parte de una institución universitaria a sus alumnos, sin contar con la autorización del autor

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 7.ª), de 8 de junio de 2020

El demandante en este procedimiento, un alumno de la Universidad Politécnica de Madrid ("UPM"), había solicitado a esta la entrega de una copia de la tesis doctoral titulada *Procedimientos existentes y propuesta de métodos alternativos para la estimación del peso de la estructura de buques de carga seca*. La UPM denegó la entrega de dicha copia por no contar con el consentimiento del autor para reproducirla, aunque permitió que el solicitante la leyera en las dependencias de la universidad. El solicitante reclamó ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ("CTBG") y este órgano le dio la razón, fallando en contra de la opinión de la UPM. La UPM presentó un recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9, que falló estimando el recurso y anulando la decisión del CTBG y, de este modo, validando la decisión de la UPM de no permitir la realización y entrega de la copia de la tesis sin autorización de su autor, puesto que de otro modo se infringe el derecho de reproducción previsto en el artículo 18 del TRLPI. La sentencia del Juzgado Central fue a su vez recurrida en apelación por el CTBG.

En su sentencia, la Audiencia Nacional desestima el recurso presentado por el CTBG, reafirmando la imposibilidad de compartir la copia de la tesis doctoral sin contar con la autorización de su autor. A estos efectos, la Audiencia Nacional expone que la excepción al derecho de reproducción prevista en el artículo 37 del TRLPI permite la reproducción con fines de investigación o conservación de una obra protegida por derechos de autor sin autorización de su autor solo a las instituciones que enumera en dicho artículo, y solo para los específicos fines del análisis o del mantenimiento de las obras. En ese contexto, entiende la Audiencia Nacional que en ningún caso ese precepto ampara la creación de copias para su entrega a alumnos.

Determinación de las tarifas de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) para las operadoras de TV de pago

Resolución de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual de 23 de julio de 2020 en el procedimiento de referencia E/2017/002

La Sección Primera de la Comisión de la Propiedad Intelectual ("SPCPI") ha resuelto el expediente de determinación de tarifas de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales ("EGEDA") para operadoras de televisión de pago por la actividad de retransmisión de grabaciones audiovisuales, y ha fijado a tal efecto una tarifa de 0,1367 euros por abonado y mes. La tarifa es aplicable *erga omnes* desde el 7 de agosto de 2020, día siguiente a la publicación de la resolución en el *BOE*.

Para establecer dicha tarifa, la SPCPI parte de la premisa de que todos los contenidos que se emiten por televisión constituyen grabaciones audiovisuales, lo que le lleva a no considerar necesario medir aspectos como la intensidad o el grado de uso del repertorio de EGEDA en los canales que son objeto de retransmisión.

En cuanto a los ingresos económicos vinculados con la retransmisión, la SPCPI realiza una estimación a partir de las ofertas comerciales de los dos principales operadores del mercado de la televisión de pago. Y construye, con los precios de sus ofertas y el número de abonados de cada una de ellas, una suerte de oferta sintética de paquete básico, que arroja —según el criterio de la Comisión— un precio medio de la oferta más básica de canales que el mercado puede ofrecer.

Establecido el precio para el paquete básico sintético, la SPCPI trata de aislar la contribución que los canales retransmitidos representan dentro de él, pues esa parte sería el ingreso asociado a la actividad de retransmisión. La SPCPI lleva a cabo ese cálculo, consciente de que el valor que del paquete de canales retransmitidos extraen los abonados al paquete básico no es el mismo para aquellos que no pueden acceder a la parrilla de la televisión digital terrestre (“TDT”) por fuera de la plataforma de pago y los que sí.

Una vez aislada la parte del precio del paquete básico sintético vinculada a la retransmisión, la SPCPI le aplica un tipo tarifario que a su criterio refleja el valor económico del uso de los derechos de retransmisión de grabaciones audiovisuales. Y, finalmente, establece tres niveles de tarifa vinculados a la audiencia que tengan los canales efectivamente retransmitidos por cada operador. Si la audiencia de los canales de la TDT que se retransmiten supera el 50 %, lo que será altamente probable si se retransmiten las cadenas generalistas usuales, se aplicará la ratio tarifaria máxima. Entendida en función de la audiencia de los canales objeto de retransmisión, presumiblemente todos los operadores de televisión de pago se situarán en el nivel máximo de “actividad retransmisora”.

3. Comunicación y entretenimiento. Legislación

[España]

Se modifica el Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional, con la finalidad de facilitar la transferencia de recursos privados generados por el fútbol hacia políticas públicas y, en último término, contribuir a financiar y dotar de estabilidad al deporte federado, olímpico y paralímpico, así como a la internacionalización del deporte español

- Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (en lo relativo a la modificación del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional)

- Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (en lo relativo a la modificación del artículo 1.1. del Real Decreto-ley 5/2015)

El Real Decreto ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo ("RDL 15/2020") modifica el Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional ("RDL 5/2015"), y aprueba una serie de medidas adicionales, todo ello fundamentalmente para facilitar la transferencia de recursos privados generados por el fútbol hacia políticas públicas.

En particular, a través del art. 26 RDL 15/2020 se crea la Fundación España Deporte Global, F.S.P. (la "Fundación"), fundación del sector público estatal adscrita a la Administración General del Estado, a través del Consejo Superior de Deportes, para contribuir a financiar y dotar de estabilidad al deporte federado, olímpico y paralímpico, así como a la internacionalización del deporte español.

Asimismo, la disposición final 5.^a, en su apartado tercero, prevé la modificación del art. 1.1 del RDL 5/2015, con la finalidad de ampliar los eventos a los que afecta, y así incluir todas las competiciones de ámbito estatal, tanto masculinas como femeninas, organizada por la Real Federación Española de Fútbol, eliminándose las referencias a la descripción de los contenidos audiovisuales que comprenden dichos eventos y al derecho a emitir breves resúmenes informativos que prevé la legislación en materia de comunicación audiovisual, redacción que fue posteriormente recuperada por el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

Seguidamente, se modifica el art. 4.4.f) de esa misma norma para indicar que, en lugar de un máximo de tres años, la duración de los contratos de comercialización estará supeditada a las normas de competencia de la Unión Europea.

Por último, se modifica el art. 6.1 en sus apartados a) y c), y se añade un nuevo apartado f), con el fin de reorganizar las obligaciones de contribución impuestas a las entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga para mejorar la promoción y funcionamiento de la competición y contribuir al fomento del deporte en general. En particular, se prevé en el nuevo apartado f) que dichas entidades entregarán un 1,5 % de los ingresos que obtengan por la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales al Consejo Superior de Deportes, para que, a través de la Fundación antes descrita, lo dedique a las finalidades de esta.

Se adoptan medidas generales y específicas de apoyo al sector cultural para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, que incluyen la flexibilización del concepto de estreno comercial de una película para abarcar estrenos digitales

Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 (BOE de 6 de mayo de 2020)

A través del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, el Gobierno de España adopta una serie de medidas de apoyo al sector cultural para

hacer frente a la crisis económica provocada por situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19.

Esas medidas consisten, fundamentalmente, en medidas generales para apoyar a empresas y trabajadores del sector cultural, y medidas específicas para paliar los daños económicos sufridos por las artes escénicas y de la música; medidas de apoyo a la cinematografía y a las artes audiovisuales; y medidas relativas a las actividades culturales subvencionadas que han resultado canceladas como consecuencia del COVID-19.

En cuanto a las medidas adoptadas para apoyar al sector audiovisual, entre otros, se amplían los plazos para el cumplimiento de obligaciones impuestas a películas beneficiarias de ayudas concedidas en el periodo 2016 a 2019, así como se flexibiliza el cumplimiento de determinadas obligaciones que deban realizarse en el año 2020, y se da flexibilidad también con respecto a la exigibilidad de la obligación de inicio y comunicación de rodaje.

Asimismo, y de forma transitoria, hasta el 31 de agosto de 2020, se amplía el concepto de “estreno comercial” de una película previsto en el artículo 4.a) de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (“LdC”), a aquel que se lleve a cabo no solo en salas de cine, sino también a través de determinados servicios de comunicación audiovisual, así como de servicios de comunicación electrónica que difundan canales de televisión o de servicios de catálogos de programas. Ese plazo ha sido posteriormente ampliado hasta el 31 de enero de 2021, por Orden CUD/807/2020, de 27 de agosto, por la que se amplía el plazo establecido para considerar estreno comercial de una película cinematográfica el realizado a través de determinados servicios de comunicación audiovisual o de catálogos de programas. Al proporcionar esta opción alternativa de “estreno comercial” de las películas, las empresas pueden reducir la incertidumbre y tomar las decisiones más convenientes de acuerdo al desarrollo de la situación de la exhibición, las posibilidades de lanzamiento de las películas y su llegada al público al que va dirigido.

Se establecen nuevas bases reguladoras de determinadas ayudas estatales para la producción de largometrajes y cortometrajes y se regula la estructura del Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales

Orden CUD/582/2020, de 26 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas estatales para la producción de largometrajes y de cortometrajes y regula la estructura del Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales (BOE de 30 de junio de 2020)

A través de la Orden CUD/582/2020, de 26 de junio, se establecen las nuevas bases reguladoras de las ayudas estatales para la producción de largometrajes y de cortometrajes previstas en la LdC, las cuales se circunscriben a las ayudas selectivas y generales para la producción de largometrajes sobre proyecto, reguladas en los artículos 25 y 26 de la LdC, y de las ayudas para la producción de cortometrajes sobre proyecto o realizados, que establece el artículo 27 de dicha norma.

Por un lado, se introducen modificaciones de carácter técnico que facilitan la comprensión, cumplimiento y tramitación de las ayudas, con el fin de hacer frente al impacto económico del

COVID-19 en las empresas del sector. Por otro lado, se refuerza la protección de determinados colectivos a través del fomento de las actividades que desarrollan y en relación con los requisitos de acceso a las ayudas. En particular, (i) se establece la obligatoriedad de que las películas cinematográficas incluyan como medidas de accesibilidad universal el subtítulo especial y la audiodescripción, para así acceder a las ayudas generales y selectivas para la realización de largometrajes sobre proyecto; y (ii) se intensifican las medidas para el fomento de la igualdad de género en todas las líneas de ayudas, incluyendo la necesidad de que la participación en determinadas categorías laborales sea exclusivamente femenina para poder obtener una puntuación extra. Asimismo, se regula la estructura del Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales, que no ha sufrido modificaciones respecto a la actual.

Por último, es de destacar la disposición adicional segunda, que, entre otros, establece medidas específicas para hacer frente al impacto económico del COVID-19 en las empresas del sector, cuyo objetivo es fundamentalmente flexibilizar el cumplimiento de determinadas obligaciones relativas a acreditar actividades que afecten al año 2020.

El Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital modifica el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, entre otros, con la finalidad de adecuarlo a la próxima generación (5G)

Orden ETD/666/2020, de 13 de julio, por la que se modifica la Orden ETU/1033/2017, de 25 de octubre, por la que se aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (BOE de 21 de julio de 2020)

Mediante la Orden ETD/666/2020, por la que se modifica la Orden ETU/1033/2017, de 25 de octubre, por la que se aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, se modifica el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias. De este modo, y entre otros, se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico algunas decisiones de ejecución de la Comisión Europea que revisan las condiciones técnicas armonizadas para el uso de distintas bandas de frecuencias, con la finalidad de que sean adecuadas para la próxima generación (5G).

En particular, se fomenta la competencia en la banda 694-790 MHz, identificada como prioritaria para la introducción del 5G en la UE, a través de la fijación de límites en la cantidad de frecuencias a utilizar por un mismo operador o grupo empresarial (2x15 MHz en la banda pareada de 700 MHz y 2x35 MHz en el conjunto de las bandas pareadas de 700, 800 y 900 MHz).

Además, se reservan seis canales en las bandas de frecuencias reservadas para usos civiles del servicio móvil aeronáutico para la protección contra incendios, y se asigna un bloque 2 x 5,5 MHz en la banda 450-470 MHz, y dos bloques (un bloque de 2 x 5 MHz y otro de 2 x 3 MHz) en la banda 700 MHz para servicios de seguridad y emergencias. Por otra parte, mediante la Decisión de Ejecución (UE) 2018/1538 de la Comisión, de 11 de octubre de 2018, sobre la armonización del espectro radioeléctrico para su uso por dispositivos de corto alcance en las bandas 874-876 MHz y 915-921 MHz, se incorporan nuevos usos para aplicaciones específicas de corto alcance, sistemas de transmisión de datos de banda ancha y sistemas de identificación por radiofrecuencia. Por último, se aclara la forma en que se utiliza el espectro a efectos de aumentar la visibilidad a las bandas

de frecuencia que se encuentran armonizadas para facilitar los ejercicios y operaciones militares por los ejércitos de Estados miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).

4. Comunicación y entretenimiento. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se opone a una normativa nacional por la que se prorroga una obligación de pago de un canon por la prestación del servicio público de telecomunicaciones, calculado en función de los criterios de una Directiva que ya no está en vigor y, si bien no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución judicial, aunque ello permitiera poner fin a una infracción de una norma jurídica de la Unión, ello no obsta para que el perjudicado por dicha infracción disponga de una acción de responsabilidad frente al Estado a tal efecto

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 4 de marzo de 2020 (asunto C-34/19)

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia (Tribunale amministrativo regionale per il Lazio), en el contexto de un procedimiento administrativo iniciado por la empresa de telecomunicaciones concesionaria exclusiva del servicio público de telecomunicaciones en dicho país, contra el Ministerio de Desarrollo Económico (Ministero dello Sviluppo Economico) y el Ministerio de Economía y Hacienda (Ministero dell'Economia e delle Finanze) italianos, en relación con la obligación impuesta a la primera de pagar un canon basado en su volumen de negocios de 1998, año en el que dicha compañía ya no era concesionaria en exclusiva de dicho servicio.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 22 de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones ("Directiva 97/13").

En concreto, en su primera cuestión prejudicial, el órgano recurrente solicita al TJUE que se pronuncie sobre la compatibilidad del artículo 22.3 de la Directiva 97/13 con una normativa nacional por la que se prorroga, para el ejercicio 1998, la obligación impuesta a una empresa de telecomunicaciones titular de una autorización existente en la fecha de entrada en vigor de esa Directiva de pagar un canon calculado en función de su volumen de negocios, y no solamente de los gastos administrativos de expedición, control de la gestión y ejecución del régimen de autorizaciones generales y de licencias individuales, tal y como prevé ese artículo 22.3. A este respecto, el Alto Tribunal concluye que el artículo 22.3 de la Directiva 97/13 se opone a una normativa nacional por la que se prorroga esa obligación de pago calculada en función de unos parámetros exigibles con

arreglo al régimen anterior a la Directiva, máxime cuando esos parámetros eran aplicables con respecto a un derecho exclusivo que ya no existía en el periodo en conflicto, en el que la empresa en cuestión era mera titular de una autorización.

Con respecto a la segunda cuestión prejudicial planteada, el TJUE concluye que el derecho de la Unión no obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a reconsiderar sus resoluciones, que hubieran adquirido fuerza de cosa juzgada, para dar cumplimiento a la interpretación de un precepto llevada a cabo por el Tribunal de Justicia. No obstante, ello no es óbice para que aquellos particulares afectados por una violación del derecho de la Unión, tengan la posibilidad de entablar una acción de responsabilidad frente al Estado por los daños que se les han causado como consecuencia de dicha infracción, y así obtener por dicha vía una protección jurídica de los derechos que les ha reconocido el derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta el artículo 3 del Reglamento 2015/2120 en el sentido de considerar que aquellos paquetes de servicios de acceso a Internet contratados por los usuarios finales por los que se da un trato favorable al tráfico de determinados servicios y aplicaciones son incompatibles con el apartado 2 de esa misma disposición, puesto que limitan el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, y son a su vez incompatibles con su apartado 3, dado que ese trato favorable se basa en consideraciones comerciales

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2020 (asuntos acumulados C-807/18 y C-39/19)

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal General de la Capital de Hungría (Fővárosi Törvényszék) en el contexto de dos procedimientos judiciales iniciados por un operador del sector de las tecnologías de la información y la comunicación contra sendas resoluciones del presidente de la Oficina Nacional de Medios y Comunicaciones de Hungría (Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság), en las que dicha autoridad regulatoria consideraba que algunos de los paquetes de servicios ofrecidos por el operador aplicaban medidas de gestión del tráfico contrarias a las exigencias de trato equitativo y no discriminatorio impuestas por el artículo 3.3 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una Internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) n.º 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión (el “Reglamento 2015/2120”), habiendo ordenado al operador que pusiera fin a su comercialización.

Tras señalar la importancia capital del objetivo de garantizar la neutralidad de la red que persigue el Reglamento 2015/2120, el organismo remitente plantea al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales que se centran en determinar si el artículo 3 de dicho Reglamento debe interpretarse en el sentido de que unos paquetes establecidos por un operador que presta servicios de acceso a Internet, a través de acuerdos celebrados con usuarios finales, que permiten a estos usuarios contratar un plan para utilizar un volumen de datos determinado, sin que la utilización de ciertas aplicaciones y servicios —incluidos en una “tarifa cero”— computen a efectos del consumo de

esos datos, y para, una vez agotado este volumen de datos, seguir utilizando sin restricciones esas aplicaciones y servicios específicos, mientras que se aplican medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico a las demás aplicaciones y servicios, son incompatibles con el artículo 3.2 del Reglamento 2015/2120, interpretado conjuntamente con su apartado 1 y, de forma alternativa o cumulativa, también con su apartado 3. El referido artículo 3.2 establece que los acuerdos celebrados entre los proveedores de servicios de acceso a Internet y los usuarios finales, y las prácticas comerciales puestas en marcha por esos proveedores no deben limitar el ejercicio de los derechos de los usuarios finales. Por su parte, el artículo 3.3 establece que los proveedores de servicios de acceso a Internet tratarán todo el tráfico de manera equitativa y sin discriminación, restricción o interferencia, y podrán aplicar medidas razonables de gestión del tráfico, siempre que, entre otros requisitos, no estén basadas en consideraciones comerciales, sino técnicas.

Seguidamente, y con respecto al caso concreto, el TJUE afirma que los paquetes objeto de litigio tienen la capacidad de potenciar la utilización de determinadas aplicaciones y determinados servicios específicos con respecto a otros. Asimismo, señala que, cuanto mayor es el número de clientes que contratan tales paquetes, mayor es la posibilidad de que la incidencia acumulada de esos acuerdos cause una importante limitación del ejercicio de los derechos de los usuarios finales, en el sentido del artículo 3.2 del Reglamento 2015/2120. En lo que se refiere al artículo 3.3, el Alto Tribunal afirma que las medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico que puede adoptar el operador en el marco de los paquetes en conflicto no se basan en requisitos técnicos en materia de calidad de servicio, sino en consideraciones puramente comerciales, y tampoco se amparan en ninguna de las tres excepciones enunciadas con carácter exhaustivo en el artículo 3.3 del Reglamento 2015/2120 (*i. e.*, cumplir con la legislación nacional o europea, preservar la integridad y la seguridad de la red o evitar la inminente congestión de la red).

En consecuencia, el TJUE considera que el artículo 3 del Reglamento 2015/2120 debe interpretarse en el sentido de que los mencionados paquetes contratados por los usuarios finales con el operador son incompatibles con el apartado 2 de esa misma disposición, interpretado conjuntamente con su apartado 1, dado que esos acuerdos y las medidas de bloqueo o de ralentización que los acompañan limitan el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, y son a su vez incompatibles con el artículo 3.3., dado que dichas medidas se basan en consideraciones comerciales.

[España]

El Tribunal Supremo declara que no se han identificado defectos formales ni de fondo en la tramitación del Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico, por lo que dicha tramitación es conforme a derecho

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de febrero de 2020

El TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una asociación de afectados por antenas de telecomunicaciones contra el Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico (el "RD 123/2017"), res-

pecto del que solicita que se declare nulo, alegando una serie de defectos formales y de fondo en su tramitación, incluidos, entre los primeros, que no consta la solicitud de ciertos informes y dictámenes preceptivos (en concreto y, entre otros, de los Ministerios de Sanidad y Medio Ambiente) y, entre los segundos, que ciertas disposiciones del RD 123/2017 carecen de respaldo legal suficiente o son contrarias a las normas comunitarias, la Constitución o las leyes.

El Tribunal, tras examinar los defectos alegados por la parte recurrente, rechaza uno a uno todos los defectos formales y de fondo alegados, y concluye que no se han producido defectos en la tramitación del RD 123/2017, que este no carece de cobertura legal, no infringe el principio de jerarquía normativa y no se opone a lo establecido en la Constitución, en la normativa comunitaria o en las leyes. A juicio del Tribunal, el RD 123/2017 no hace sino limitarse a desarrollar lo establecido en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en relación con el uso del dominio público radioeléctrico, reforzando la seguridad jurídica y reduciendo las cargas administrativas que soportan los operadores de comunicaciones electrónicas. En consecuencia, el TS desestima el recurso interpuesto por la asociación.

El Tribunal Supremo declara que puede calificarse como publicidad encubierta aquella acción que combina la emisión de un contenido aparentemente no publicitario, en el que no se realiza una presentación directa o indirecta de productos, con la emisión de otros espacios de telepromoción, que le siguen en la programación y en los que se realiza una promoción de productos relacionados con el primer contenido aparentemente no publicitario

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de marzo de 2020

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por una empresa prestadora de servicios de comunicación audiovisual televisiva contra la sentencia de la Audiencia Nacional ("AN"), de 8 de octubre de 2018, por la que se confirmaba la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") de 2 de junio de 2015, que imponía a dicha empresa una multa de más de 300.000 euros como responsable de una infracción grave consistente en la sucesiva emisión de publicidad encubierta, tal y como es definida en el artículo 2.32 de la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, y ello en incumplimiento del art. 18.2 de esa misma norma.

El TS admitió a trámite el recurso y declaró que la cuestión que presenta interés casacional objetivo consiste en determinar si puede calificarse como "publicidad encubierta" aquella acción que combina la emisión de un contenido aparentemente no publicitario, en el que no se realiza una presentación directa o indirecta de productos, con otros espacios de telepromoción, que siguen en la programación a ese contenido, en los cuales sí se realiza una promoción de productos relacionados con ese primer contenido.

En su decisión, el Alto Tribunal afirma que de su propia jurisprudencia se deduce que ni la noción de comunicación comercial audiovisual encubierta ni su prohibición y tipificación aluden a una determinada modalidad de programas o de formatos, por lo que debe considerarse que la pro-

hibición se aplica a toda clase de programas, formatos y estrategias multiformato que puedan ser utilizadas a tal efecto.

Con respecto al caso, la sentencia impugnada expone que existe una conexión entre el contenido aparentemente no publicitario y las telepromociones posteriores, dada la coincidencia entre los temas expuestos, además de existir también una conexión explícita e implícita entre ese contenido inicial y el anunciante de las telepromociones, de la que da varios ejemplos, incluida la identidad sustancial entre ambos tipos de espacios, y el carácter complementario y vinculado entre ellos, entre otros. Por tanto, el TS comparte el parecer de la AN en el sentido de señalar que el conjunto de esos espacios constituye una acción publicitaria multiformato o multisoporte en las que se presentan de forma indirecta y visual marcas y productos, cuyas características y propiedades se describen, y ello partiendo de la premisa de que la publicidad encubierta, por su propia naturaleza, implica una promoción comercial no explícita o clara, lo que genera el riesgo de provocar error en los consumidores. Añade el Alto Tribunal que esa conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que no se haya justificado que la recurrente recibiese contraprestación por la emisión de los espacios a los que se refiere la controversia, puesto que para que exista publicidad encubierta no es imprescindible que se acredite la contraprestación, que solo sirve para presumir la intencionalidad.

En definitiva, el TS confirma la resolución de la CNMC y concluye que la conducta llevada a cabo por la recurrente sí debe calificarse como publicidad encubierta, en los términos del artículo 2.32 de la Ley 7/2010, la cual está prohibida por el artículo 18.2 de la misma Ley.

5. Comunicación y entretenimiento. Otros

[Unión Europea]

El Parlamento Europeo aprueba una resolución por la que insta a la Comisión Europea a adoptar medidas para reducir los residuos electrónicos y, en particular, para introducir un cargador común para los equipos radioeléctricos móviles en la Unión Europea

Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre un cargador común para los equipos radioeléctricos móviles (2019/2983 (RSP))

A través de esta Resolución, el Parlamento Europeo hace un llamamiento con respecto a la necesidad de que la Unión Europea adopte medidas reglamentarias urgentes para reducir la cantidad de residuos electrónicos y para garantizar la participación de los consumidores en un mercado interior eficiente.

En este contexto, el Parlamento Europeo insta a la Comisión Europea para que, de forma urgente y antes del mes de julio de 2020, adopte medidas de cara a la introducción de un cargador común para los dispositivos electrónicos portátiles en la Unión Europea, ya sea mediante la adopción

de un acto delegado en complemento de la Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, y por la que se deroga la Directiva 1999/5/CE, o a través de una nueva medida legislativa. Se hace hincapié en que el marco legislativo deberá ser objeto de examen periódico para tener en cuenta el progreso técnico en la materia.

El Parlamento también reclama a la Comisión Europea que adopte medidas para asegurar la interoperabilidad de los distintos cargadores inalámbricos con diferentes dispositivos móviles, estudiar iniciativas legislativas para aumentar el volumen de cables y cargadores recogidos y reciclados, y asegurar que los consumidores no sigan obligados a comprar un nuevo cargador con cada dispositivo.

La Comisión Europea establece orientaciones para que los Estados miembros de la Unión Europea determinen en sus legislaciones nacionales de forma armonizada el modo de cálculo de la proporción de obras europeas a incluir en los catálogos de servicios a petición y las definiciones de “baja audiencia” y “bajo volumen de negocio” con respecto a las obligaciones de promoción de la obra audiovisual europea previstas en la nueva Directiva de servicios de comunicación audiovisual

Directrices en virtud del artículo 13, apartado 7, de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual relativas al cálculo de la proporción de obras europeas en los catálogos a petición y a la definición de “baja audiencia” y “bajo volumen de negocios” (2020/C 223/03)

Con la publicación de las Directrices en virtud del artículo 13, apartado 7, de la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (“Directiva 2018/1808” o “Directiva”), de 7 de julio de 2020 (las “Directrices”), la Comisión Europea pretende proporcionar a los Estados miembros de la Unión Europea (“EE. MM.”) una serie de criterios que les guíen en la transposición de dicha norma en lo que se refiere al cálculo de la proporción de obras europeas en los catálogos de los prestadores de vídeo a petición; y a la definición de los términos de baja audiencia y bajo volumen de negocios en el contexto de las exenciones a la obligación de difundir y/o financiar obras audiovisuales europeas previstas en la Directiva, y sin ser vinculantes estas Directrices.

En primer lugar, en lo que se refiere al cálculo de la proporción de obras europeas que deben incluir los catálogos de los prestadores de servicios a petición, prevista a su vez en el artículo 13.1 de la Directiva 2018/1808, la Comisión Europea considera que se debe realizar en función del número total de los títulos que constan en el catálogo y no del tiempo de difusión (tiempo de visionado). En cuanto a lo que debe entenderse por “título”, los largometrajes y las películas de televisión, incluidas las películas de una franquicia, deben constituir cada uno de ellos un título en un catálogo. En cuanto a las series de televisión u otros formatos presentados de manera seriada, se debe entender que una temporada de una serie debe corresponder a un título. Por otra parte, en lo que se refiere al cálculo por catálogos nacionales, la Comisión considera que corresponde al país de origen velar por que los prestadores de servicios sujetos a su jurisdicción cumplan la obli-

gación relacionada con la proporción de obras europeas con respecto a los distintos catálogos nacionales que pueda difundir en otros EE. MM. Finalmente, la Comisión considera que los EE. MM. pueden decidir libremente qué método adoptar para supervisar el cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 13.1 de la Directiva, ya sea exigiendo el cumplimiento en todo momento o en promedio durante un período predeterminado.

En segundo lugar, con respecto a la definición de los términos de baja audiencia y bajo volumen de negocios, con carácter previo, la Comisión Europea aclara que las orientaciones que se proporcionan en estas Directrices se entienden sin perjuicio de la libertad de los EE. MM. destinatarios de servicios a petición de establecer diferentes límites a escala nacional, así como que los EE. MM. que aplican obligaciones de contribución financiera a los prestadores establecidos en otros EE. MM. deben respetar el principio de no discriminación.

Específicamente, con respecto al límite para el bajo volumen de negocios, la Comisión Europea propone utilizar como referencia el concepto de microempresa desarrollado en la Recomendación 2003/361/CE sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. Sin perjuicio de lo anterior, los EE. MM. con mercados audiovisuales nacionales más pequeños podrán establecer límites inferiores, siempre que eximan a las empresas cuya proporción sea inferior al 1 % de los ingresos globales de los mercados audiovisuales nacionales en cuestión.

En lo que se refiere al límite de baja audiencia, teniendo en cuenta que en los servicios a petición el concepto de audiencia no está establecido, la Comisión Europea sugiere que se determine en función del porcentaje de usuarios activos obtenidos por un determinado servicio en particular, considerándose que una audiencia inferior al 1 % en un Estado miembro debe considerarse baja audiencia. En cuanto a los servicios lineales, la baja audiencia debe entenderse en el sentido de que los canales transfronterizos con un porcentaje de audiencia individual inferior al 2 % en los EE. MM. destinatarios deben considerarse de baja audiencia, y en el caso de los prestadores con múltiples canales de focalización, los EE. MM. pueden considerar la posición global del prestador en el mercado nacional.

Finalmente, la Comisión Europea prevé la posibilidad de realizar ajustes con respecto a la obligación de contribución financiera a la producción de obras europeas teniendo en cuenta las distintas repercusiones de estos tipos de obligaciones sobre los prestadores transfronterizos. En todo caso, se debe tener en cuenta la capacidad financiera de los servicios y respetar los principios de no discriminación y de proporcionalidad.

La Comisión Europea establece orientaciones con respecto a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de “servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma” prevista en la nueva Directiva de servicios de comunicación audiovisual

Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de “servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma” en virtud de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (2020/C 223/02)

Con la publicación de las Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de “servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma” en virtud de la Directiva 2018/1808, de 7 de julio de 2020, la Comisión Europea pretende dar algunas pautas para la aplicación práctica en los EE. MM. del concepto de “funcionalidad esencial” vinculado a dichos servicios. A este respecto, la Comisión Europea entiende que debe considerarse no esencial aquel contenido audiovisual que sea exclusivamente accesorio de una actividad o funcionalidad subyacentes ofrecidas por la plataforma en cuestión. Por otra parte, el contenido audiovisual puede considerarse una “parte mínima” de las actividades de un servicio siempre que, en función de consideraciones cuantitativas y cualitativas, se entienda que desempeña un papel poco significativo en la economía general del servicio. A la hora de evaluar este extremo, debe prestarse especial atención a si el contenido audiovisual contribuye al éxito comercial o al posicionamiento del servicio en el mercado, así como al grado de exposición a contenidos audiovisuales cuando acceden a los servicios pertinentes.

En último término, la Comisión identifica determinados indicadores que deben tener en cuenta las autoridades nacionales a la hora de aplicar el criterio de funcionalidad esencial, los cuales se agrupan en cuatro categorías: (1) la relación entre el contenido audiovisual y la actividad o actividades económicas principales del servicio, teniendo en cuenta la arquitectura general y el diseño externo de la plataforma, el carácter autónomo del contenido audiovisual, las funcionalidades específicas del servicio adaptadas al contenido audiovisual o específicas de este, y la manera en que se posiciona el servicio en el mercado y el segmento del mercado al que está dirigido; (2) la pertinencia cuantitativa y cualitativa del contenido audiovisual disponible en el servicio, teniendo en cuenta la cantidad de contenido audiovisual disponible, su uso en la plataforma y su alcance; (3) la monetización del contenido audiovisual o la generación de ingresos a partir de este, teniendo en consideración la inclusión de comunicaciones comerciales en el contenido audiovisual o en torno a este, la exigencia de un pago para acceder al contenido o de acuerdos de patrocinio con marcas y el seguimiento de las actividades de los usuarios en la plataforma; y (4) la disponibilidad de herramientas destinadas a mejorar la visibilidad o el atractivo del contenido audiovisual, tomando como indicadores las funciones o acciones específicas que inciten al consumo de contenido audiovisual, las herramientas disponibles dentro de o en torno a los vídeos diseñadas para atraer a los usuarios y fomentar su interacción, las herramientas o sistemas que permiten a los usuarios seleccionar el contenido audiovisual que desean que se les ofrezca, así como las herramientas o sistemas para el seguimiento del rendimiento y la gestión del contenido subido a la plataforma.

Estos indicadores no deben aplicarse de manera acumulativa, de modo que la ausencia de uno o más de ellos no lleva automáticamente a la conclusión de que el servicio no es una plataforma de intercambio de vídeos. En cambio, debe considerarse que un servicio cumple el criterio de funcionalidad esencial cuando, sobre la base de una evaluación general, un número suficiente de indicadores analizados respalden la conclusión de que el contenido audiovisual ofrecido no es meramente accesorio.

[España]

El Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital publica la Agenda España Digital 2025 con la finalidad de impulsar la transformación digital de España durante los próximos cinco años

Agenda España Digital 2025, publicada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital el 23 de julio de 2020

A través de la Agenda España Digital 2025, presentada el pasado 23 de julio de 2020 por el presidente del Gobierno, se adapta y actualiza el programa gubernamental de impulso a la transformación digital de España, alineándolo con las agendas digitales europeas. El plan recoge la adopción de alrededor de cincuenta medidas de diversa naturaleza, con el objetivo llevar a cabo una reforma estructural a nivel nacional, que movilizarán un volumen de inversión público-privada de, aproximadamente, 70.000 millones de euros en el periodo 2020-2022, y un total de 140.000 millones de euros en 2025.

La Agenda España Digital 2025 se estructura en torno a diez ejes de actuación, cada uno de los cuales tiene asociada una meta específica en 2025, que se concreta en un conjunto de medidas. Así, los ejes de la Agenda son los siguientes: (i) garantizar la conectividad digital adecuada al 100 % de la población, promoviendo la desaparición de la brecha digital entre zonas rurales y urbanas; (ii) liderar el despliegue del 5G en Europa; (iii) reforzar las competencias digitales de los trabajadores y de la ciudadanía; (iv) reforzar la capacidad española en ciberseguridad; (v) impulsar la digitalización de las Administraciones Públicas; (vi) acelerar la digitalización de las empresas, en particular las micropymes y *start-ups*; (vii) acelerar la digitalización del modelo productivo mediante proyectos tractores de transformación sectorial que generen efectos estructurales; (viii) mejorar el atractivo de España como plataforma europea de negocio, trabajo e inversión en el ámbito audiovisual; (ix) transitar hacia una “economía del dato”; y (x) garantizar los derechos de la ciudadanía en el entorno digital.

Entre las concretas medidas que se prevén, cabe destacar (i) la tramitación y aprobación del proyecto de nueva Ley General de Telecomunicaciones; (ii) la liberación del segundo dividendo digital en 2020; (iii) la elaboración de un Plan Nacional de Competencias Digitales; (iv) la aprobación de una “ley de *start-ups*”; (v) la tramitación y aprobación del proyecto de nueva Ley General de Servicios de Comunicación Audiovisual; y (vi) la elaboración de una Carta de Derechos Digitales.

En último término, la Agenda prevé la reactivación del Consejo Asesor de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que pasará a llamarse Consejo Consultivo para la Transformación Digital, y que actuará como consejo público-privado para garantizar la existencia de un mecanismo de gobernanza adecuado en la implementación de la Agenda España Digital 2025.

6. Comercio electrónico, protección de datos y privacidad. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea invalida el Escudo de Privacidad UE-EE. UU. ("*Privacy Shield*")

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020 (asunto C-311/18)

El pasado 16 de julio de 2020, el TJUE dictó una sentencia en el marco de una decisión prejudicial por la que invalidó el uso de *Privacy Shield* como mecanismo para legitimar las transferencias internacionales de datos desde la UE a entidades localizadas en EE. UU. La sentencia deriva de una petición de decisión prejudicial de la Comisión Irlandesa de Protección de Datos en la que solicita al TJUE que se pronuncie sobre la validez de (i) la Decisión de la Comisión (UE) 2010/87 relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia internacional de datos a encargados del tratamiento establecidos en terceros países (las "Cláusulas Contractuales Tipo") y (ii) la Decisión de Ejecución de la Comisión (UE) 2016/1250 sobre la adecuación de la protección conferida por el escudo de privacidad (el "Escudo de Privacidad").

El TJUE resuelve indicando que el nivel de protección exigido en el marco de transferencias internacionales debe interpretarse en el sentido de que las personas cuyos datos personales se transfieran a un país tercero gocen de un nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado en el derecho de la Unión, independientemente de cuál sea la disposición sobre cuya base se realice la transferencia (decisión de adecuación, cláusulas contractuales tipo) y teniendo en cuenta no solo el acuerdo de transferencia internacional de datos acordado entre el importador y exportador de datos, sino también los elementos pertinentes del sistema jurídico del país tercero.

Por una parte, el TJUE analiza la validez del Escudo de Privacidad y concluye que no es válida en tanto que la normativa interna de EE. UU. no regula exigencias sustancialmente equivalentes a las requeridas en el derecho de la Unión y, en concreto, señala la falta de proporcionalidad en el acceso y utilización de datos personales por las autoridades estadounidenses y la falta de independencia del defensor del pueblo y del carácter vinculante de sus decisiones en relación con los mecanismos de tutela en materia de protección de datos. Por otra parte, el TJUE admite la validez de las Cláusulas Contractuales Tipo, pero recuerda que, debido a su carácter contractual, no vinculan a las autoridades de terceros países ni prejuzga el ordenamiento jurídico del país tercero, por lo que, aunque las Cláusulas Contractuales Tipo incluyen mecanismos que permiten garantizar en la práctica un nivel de protección equivalente al derecho de la Unión, tanto el importador como el exportador de datos deben velar por que el mencionado nivel de protección se respete efectivamente o, en caso contrario, deberán suspender dicha transferencia de datos.

A raíz de esto, el TJUE declara que, conforme al Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE ("RGPD"), las autoridades de control nacionales son competentes para prohibir o suspender transferencias internacionales de datos basadas en las Cláusulas Contractuales Tipo si consideran que, a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, no se ofrece o no puede ofrecerse una protección de datos equivalente a la exigida por el derecho de Unión, no obstante, la autoridad de control no tienen dicha facultad si el país tercero goza de una decisión de adecuación del art. 45 RGPD, puesto que dicha decisión es vinculante mientras no sea declarada inválida por el TJUE.

[España]

El Tribunal Supremo aclara su posición en relación con el tratamiento de datos obtenidos vía GPS en el marco de una relación laboral

Sentencia del Tribunal Supremo n.º 528/2018, de 15 de septiembre de 2020

El día 15 de septiembre de 2020, el TS aclaró su criterio en relación con los datos obtenidos mediante herramientas de GPS en el marco de las relaciones laborales. Entre las conclusiones del TS, resultan especialmente interesantes las siguientes:

(i) El Tribunal reitera en esta sentencia la posición de que el derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental (art. 18.4 CE) autónomo, cuyo poder se manifiesta en la disposición y control que el interesado de los datos tiene sobre ellos. Sin embargo, este poder puede verse limitado en las relaciones laborales siempre que se cumpla con el reconocimiento de bases que justifiquen la limitación y se informe a los trabajadores del control de los medios a aplicar para comprobar el uso correcto y de las medidas a adoptar para garantizar la efectividad laboral del medio informático.

(ii) El debate para valorar si hubo intromisión al derecho a la protección de datos debe centrarse en la existencia de una expectativa de intimidad por parte del trabajador. En esencia, la valoración del requisito de "expectativa de intimidad" se basa en determinar si el control que ejerce la empresa excede de los límites propios de la finalidad que tenía asignada el sistema de captación de datos, y si ese exceso supone una intromisión en el área íntima del trabajador.

En la sentencia, el Tribunal no considera que exista invasión en la esfera privada de la trabajadora, ya que los datos del GPS afectaban únicamente a la ubicación permanente y movimiento del vehículo (*i. e.*, el GPS no captaba datos de sus ocupantes) y la trabajadora había sido informada sobre las finalidades para las que se utilizaba el sistema GPS.

7. Comercio electrónico, protección de datos y privacidad. Otros

[Unión Europea]

La Unión Europea ha adoptado el Libro blanco sobre inteligencia artificial

Libro blanco sobre la inteligencia artificial - Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza

El pasado 19 de febrero de 2020 se adoptó en Bruselas el *Libro blanco sobre inteligencia artificial* ("Libro Blanco"), el cual se ha desarrollado tomando como punto de partida la Estrategia europea para la inteligencia artificial ("IA") presentada en abril de 2018.

El principal objetivo que se persigue con la adopción de este Libro Blanco es regular la IA en la medida en que resulte necesario para controlar los riesgos que intrínsecamente lleva aparejado el uso de esta tecnología. Entre otros, el riesgo más destacado es la opacidad en la toma de decisiones, la cual puede llevar a producir discriminaciones injustificadas o intromisiones en nuestra vida privada.

En este sentido, el Libro Blanco establece que el tratamiento masivo de datos que realiza la IA junto con el riesgo de opacidad (también denominado "*efecto de caja negra*") pueden dificultar el análisis de cumplimiento normativo en lo que respecta al tratamiento de datos personales y, en consecuencia, impedir el cumplimiento efectivo del derecho a la protección de datos personales.

En relación con lo anterior, el enfoque que pretende adoptar la UE en este sentido se basa en promover el desarrollo y la adopción de la IA desde la aplicación de los valores y derechos fundamentales europeos, asegurando de manera destacable la dignidad humana y la protección de la privacidad. De este modo, la Comisión Europea ha establecido la necesidad de adoptar esta vía para garantizar que Europa se convierta en el futuro en líder mundial de la innovación en la economía de datos y sus aplicaciones, promoviendo el uso ético de la IA.

Para lograr que la economía europea sea ágil en el manejo de datos, así como la más atractiva, segura y dinámica del mundo, tal y como expresamente menciona el Libro Blanco, será necesario que aproveche al máximo su posición vanguardista en el desarrollo de tecnología. De este modo, Europa podría ganar protagonismo en el mercado de datos, que actualmente se encuentra dominado por terceros países situados fuera de la UE.

Para que la estrategia europea sea eficaz, será necesario que todos los Estados miembros colaboren de manera coordinada y en la misma dirección. Para ello, resulta esencial que todos los países tengan una regulación sobre IA homogénea, sin fricciones o variaciones entre los distintos Estados miembros.

El Comité Europeo de Protección de Datos ha emitido la Opinión 07/2020 sobre los conceptos de responsable y encargado del tratamiento en el RGPD

Opinión 07/2020 sobre los conceptos de responsable y encargado del tratamiento en el RGPD de 2 de septiembre de 2020

El Comité Europeo de Protección de Datos (el "CEPD") emitió el 2 de septiembre de 2020 la Opinión 07/2020 sobre los conceptos de responsable y encargado del tratamiento en el RGPD. La Opinión, cuya versión definitiva está pendiente de publicación tras su consulta pública, establece criterios orientativos en relación con las partes que intervienen en el tratamiento de datos personales y las instrucciones precisas en relación con el contenido de los contratos que se lleven a cabo entre el responsable y el encargado del tratamiento, así como entre los corresponsables.

Entre las cuestiones más relevantes que se encuentran en la Opinión, destacan las siguientes.

(i) El CEPD advierte que, más allá de lo que se establezca en los términos del contrato sobre quién ostenta la figura de responsable del tratamiento, para su determinación debe atenderse a las actividades concretas que se lleven a cabo en una situación individualizada. En línea con lo anterior, el CEPD recuerda que no es un requisito indispensable para poseer la consideración de responsable del tratamiento el hecho de tener acceso a los datos que estén siendo tratados.

(ii) Además, el CEPD recuerda que, en los términos del RGPD, los datos deben ser recogidos para una finalidad específica, explícita y legitimada. En este sentido, la determinación de los fines y medios del tratamiento resulta equivalente a decidir "por qué" se está llevando a cabo el tratamiento de datos, así como a establecer "cómo" se debe conseguir llegar a tal fin. El responsable debe decidir tanto sobre los fines del tratamiento como sobre los medios, por lo que el responsable no puede determinar únicamente las finalidades del tratamiento, deberá adoptar conjuntamente medidas en relación con los medios que deben ser utilizados en el tratamiento.

(iii) En relación con el encargado del tratamiento, el CEPD ha reconocido cierto margen de maniobra a esta figura, de manera que el encargado tenga cierto poder de decisión en relación con el tratamiento de los datos. Este poder de discrecionalidad del encargado será limitado por el responsable del tratamiento.

(iv) Por último, la Opinión también recuerda la obligación del encargado a firmar un contrato u otro acto jurídico con el responsable del tratamiento. En este sentido, matiza que el acuerdo deberá recogerse por escrito (se admite el formato electrónico) y deberá vincular al encargado respecto del responsable en los términos del artículo 28.3 RGPD.

El Comité Europeo de Protección de Datos ha emitido una opinión sobre el tratamiento de datos de usuarios de medios sociales

Guidelines 08/2020 on the targeting of social media users

El CEPD emitió el pasado 2 de septiembre de 2020 la *Opinión 08/2020 on targeting of social media users*. Estas directrices se adoptan en el marco del artículo 70.1.e) RGPD.

La Opinión 8/2020 se publica como consecuencia del incremento de servicios de *targeting* derivados del aumento del uso de las redes sociales. Mediante la utilización de estos servicios, se posibilita que los usuarios puedan acceder a estas plataformas de Internet, en las que se produce un continuo tráfico de información y contenido.

El objetivo que persiguen las recomendaciones del CEPD se centran en establecer algunos criterios con base en el RGPD y a la más reciente jurisprudencia del TJUE en relación con esta materia, para aclarar:

(i) Por un lado, el régimen de responsabilidad al que se enfrentan tanto los *targeters* como los proveedores de redes sociales, y determinar la manera en la que se debe distribuir la responsabilidad entre ambas partes y en qué ocasiones se encuentran bajo el régimen de corresponsabilidad.

(ii) Por otro lado, los actores involucrados en este tipo de tratamientos, identificando entre ellos principalmente la participación de los proveedores de redes sociales, los usuarios, los *targeters* y otros actores. En este sentido, resulta esencial identificar de manera correcta a las partes involucradas para poder determinar de forma precisa el régimen de responsabilidad aplicable a cada actor.

Por último, la Opinión también destaca los potenciales riesgos que podrían afectar a la esfera de los derechos y libertades de los usuarios, así como sobre los roles que asume cada una de las partes involucradas, todo ello realizando un análisis desde la perspectiva de la protección de los datos personales y los requisitos de cumplimiento obligatorio que su normativa exige.

Entre todos los aspectos mencionados en las recomendaciones, destacan por su relevancia los siguientes:

En primer lugar, en relación con los riesgos que presentan los servicios de *targeting*, se señala la extralimitación de las expectativas razonables del usuario, dado que este tipo de servicios podrían verse fuera de la finalidad para la cual los datos fueron recabados, o incluso, podrían suponer una limitación al ejercicio de control que el individuo tiene sobre sus datos. Del mismo modo, la falta de transparencia de este tipo de servicios puede provocar el difícil ejercicio de los derechos del interesado. Además, el hecho de que sea el algoritmo el que decida qué información se muestra a cada individuo como resultado del análisis de sus preferencias puede afectar de manera negativa el acceso a la información de los usuarios, así como perjudicar gravemente el pluralismo del debate jurídico, tal y como apunta el CEPD.

En segundo lugar, en relación con el régimen de responsabilidad aplicable, las recomendaciones establecen que para determinar este parámetro deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas de cada fase del tratamiento de los datos, dado que la implicación de los responsables en cada una de las fases varía. En este sentido, el CEPD considera, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26.1 RGPD, que el acuerdo entre los *targeters* y los proveedores de redes sociales debe recoger todas las actividades del tratamiento en las que ambas partes sean corresponsables. Estas exigencias conllevan que el acuerdo entre las partes debe ser suficientemente preciso en lo que respecta a la determinación de las distintas actividades del tratamiento. En esta línea, el CEPD recuerda que entre otros tantos requisitos, los *targeters* y los proveedores de redes sociales

deben asegurar el cumplimiento de los principios en materia de protección de datos establecidos en el RGPD y, entre ellos, se hace especial mención al cumplimiento del principio de finalidad del tratamiento de datos.

[España]

La AEPD ha publicado la Guía para la adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial

Guía de la AEPD para la adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial

La guía de la Agencia Española de Protección de Datos (la "AEPD"), publicada el 13 de febrero, para la *adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial* (la "Guía") tiene como objetivo ser una "*primera aproximación*" para la adecuación al Reglamento General de Protección de Datos de productos y servicios que incluyan componentes de IA. La AEPD no pretende realizar, por tanto, un repaso exhaustivo a lo establecido en el RGPD, pero sí abordar las dudas planteadas en el marco de protección de datos personales y señalar los aspectos más relevantes en la relación IA-RGPD que deben ser tenidos en cuenta desde el diseño e implementación de tratamientos que incluyan IA.

En particular, la AEPD facilita en la Guía criterios sobre la información que debe proporcionarse a los interesados cuyos datos se tratan en un sistema de IA, sobre los roles que asumen los distintos actores que participan en la creación, desarrollo y utilización de un sistema de IA, y sobre las medidas técnicas y organizativas a aplicar por parte de los responsables del tratamiento para mitigar o eliminar determinados riesgos inherentes al uso de sistemas de IA.

En este sentido, la Guía se centra en analizar los tratamientos de datos personales que se pueden realizar dentro de una solución de IA, así como en identificar los roles (responsable vs. encargado) de los distintos participantes en el desarrollo y/o gestión de una IA en atención a las distintas fases del ciclo de vida de la IA. Del mismo modo, la AEPD recuerda que no todas las soluciones de IA tratan datos personales en todas las etapas de su ciclo de vida, pero avisa de que, si se considera que no se tratan datos personales (p. ej., porque estos se han eliminado o anonimizado), hay que demostrar que estos procesos han sido realmente efectivos y evaluar cuál es el riesgo de reidentificación.

Entre las cuestiones analizadas por la AEPD resultan especialmente interesantes las siguientes:

En primer lugar, la AEPD dispone que una solución de IA no será madura y, por tanto, no podrá cumplir con el principio de *accountability*, transparencia y legalidad en el caso de que no garantice ciertos elementos técnicos, como la precisión, exactitud y medidas de error, la predictibilidad del algoritmo o la consistencia de los resultados del proceso de inferencia.

En segundo lugar, y en lo que respecta a las categorías especiales de datos, la AEPD recuerda que el RGPD determina que las decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado no se

basarán en categorías especiales de datos, salvo si media el consentimiento del interesado o si el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial.

En tercer lugar, la AEPD recuerda que los responsables del tratamiento deben establecer mecanismos y procedimientos para atender a las solicitudes de ejercicios de derechos de los interesados y recomienda que estos mecanismos y procedimientos se tengan en cuenta desde las fases del diseño del tratamiento o sistema de IA.

Por último, la AEPD hace especial hincapié en el principio de transparencia y dispone que este es un aspecto esencial, dado que la información que se proporcione a los interesados debe permitirles conocer el impacto del uso de las soluciones de IA en el tratamiento de sus datos. Además, añade que el principio de transparencia que se exige en este caso es más extenso de lo habitual. En este sentido, se exige que la información se proporcione de forma dinámica a lo largo de todo el tratamiento de datos, sin que sea suficiente facilitarla únicamente en un momento puntual del tratamiento. En esta línea, la AEPD menciona varios ejemplos ilustrativos a través de los cuales se entendería acreditado el cumplimiento del principio de transparencia.

La AEPD ha publicado un informe jurídico sobre el tratamiento de datos en el marco de la pandemia por COVID19

Informe Jurídico del Gabinete Jurídico de la AEPD n.º 0017/2020

La AEPD publicó el pasado 12 de marzo de 2020 un informe en el que analizó el tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco de la lucha contra el COVID-19. El informe indica que el tratamiento de datos personales en el marco de la actual situación sanitaria puede ampararse, entre otras, en las siguientes bases de legitimación:

- i. El cumplimiento de una obligación legal (art. 6.1.c RGPD).
- ii. El cumplimiento de una misión realizada en interés público (art. 6.1.e RGPD).
- iii. La protección de intereses vitales del interesado u otra persona física (art. 6.1.d RGPD), incluyéndose, en consecuencia, la protección de personas aparentemente no identificadas ni identificables (*i. e.*, la protección de la población general en una epidemia). La AEPD recuerda que conforme al art. 6.3 RGPD, a diferencia de los dos casos anteriores, no es necesario que esta base de tratamiento esté establecida por ley.

No obstante lo anterior, el tratamiento específico de datos de salud, además de una base de legitimación, requiere la concurrencia de alguna de las circunstancias del art.9.2 RGPD, entre las que la AEPD destaca:

- i. El cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos en el ámbito del derecho laboral (art.9.2.b RGPD), como por ejemplo la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.
- ii. Razones de interés público esencial (art.9.2.g RGPD) o razones de interés público en el ámbito de la salud pública (art. 9.2.i RGPD) establecidas por ley.
- iii. Realización de diagnóstico médico, evaluación de la capacidad laboral u otra asistencia sanitaria y social (art. 9.2.h RGPD).
- iv. Protección de intereses vitales del interesado u otra persona física cuando el interesado no esté capacitado física o jurídicamente para dar su consentimiento (art. 9.2.c RGPD).

La AEPD señala que la normativa española para la gestión de situaciones de riesgo sanitario sería la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Sanidad, y en este sentido recuerda que son las autoridades sanitarias las competentes para adoptar las medidas necesarias para la salvaguarda de los intereses públicos en situaciones de emergencia sanitaria y, por tanto, los responsables del tratamiento deberán seguir las instrucciones de las autoridades sanitarias y, en especial, cuando ello suponga el tratamiento de datos de salud.

Finalmente, el informe reitera que, aun en situación de emergencia sanitaria, el tratamiento de datos personales debe observar en todo momento los principios generales de protección de datos del art. 5 RGPD.

La AEPD publica un comunicado sobre la toma de temperatura por parte de comercios, centros de trabajo y otros establecimientos

Comunicado de 30 de abril de 2020 en relación con la toma de temperatura por parte de comercios, centros de trabajo y otros establecimientos

Tras la proliferación de tomas de temperatura en comercios, centros de trabajo y otros establecimientos, la AEPD emitió un comunicado en el que mostraba su posición respecto a este tipo de acciones. En primer lugar, la AEPD recuerda que la temperatura corporal es un dato de salud, tanto en sí mismo como por el hecho de que a partir de la temperatura puede inferirse otra información de salud (como la infección por coronavirus) y, como tal, goza de la protección especial otorgada a los datos especialmente protegidos. En este sentido, la AEPD indica que la toma de temperatura corporal con el fin de permitir el acceso a establecimientos debe tener una base de legitimación conforme a los arts. 6.2 y 9.2 RGPD (p. ej., obligaciones derivadas de la normativa laboral o intereses generales de salud pública establecidos legalmente) y rechaza, en todo caso, el consentimiento como base de legitimación, dado que el interesado no puede dar un consentimiento libre en tanto la negativa a la toma de temperatura tiene consecuencias para el interesado, entre otras, la denegación de entrada.

Sin perjuicio de lo anterior, la AEPD valora la compatibilidad de la toma de temperatura corporal con los principios generales de protección de datos y, en concreto, los principios de finalidad, limitación del tratamiento, minimización de datos y exactitud de los datos.

Respecto al principio de finalidad, la AEPD indica que la toma de temperatura debe circunscribirse a la finalidad de impedir la entrada a personas infectadas con el fin de prevenir el contagio de otras personas. Sin embargo, la AEPD cuestiona la utilidad de la toma de temperatura para esta finalidad, ya que, conforme a las informaciones de las autoridades sanitarias, la temperatura corporal puede no ser un dato fiable para detectar la infección por coronavirus (por ejemplo, porque los pacientes asintomáticos pueden no presentar fiebre o la fiebre puede deberse a otras causas no relacionadas con el COVID-19) y, en algunos casos, pueden establecerse medidas alternativas de protección que no impliquen el tratamiento de datos de salud.

Respecto a la limitación del tratamiento, la AEPD recuerda que el dato de temperatura no debe ser registrado ni conservado, salvo para la atención de reclamaciones derivadas de la denegación de entrada.

Respecto a la minimización, la AEPD recuerda que, junto con la temperatura, no deben tratarse otros datos que no sean estrictamente necesarios para la finalidad pretendida y, en este sentido, critica el uso de cámaras térmicas que conlleven el tratamiento de datos biométricos.

Finalmente, respecto a la exactitud de los datos, la AEPD exige el uso de dispositivos fiables y homologados.

La AEPD publica un análisis de los riesgos y beneficios del uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID-19

El uso de las tecnologías en la lucha contra el Covid19. Un análisis de costes y beneficios

Con la proliferación de soluciones tecnológicas para enfrentarse al COVID-19, la AEPD publicó el pasado 7 de mayo de 2020 un análisis de algunas de ellas comparando, por un lado, el beneficio para la sociedad derivado del control de la pandemia y la protección de la salud y, por otro lado, los riesgos que pueden suponer para los derechos fundamentales de los interesados.

La AEPD reconoce que el uso de las tecnologías de geolocalización de móviles por los operadores de telecomunicaciones y a partir de redes sociales tiene beneficios (analizar patrones de movilidad), pero cuestiona, en particular, el uso de las redes sociales como fuentes de información de geolocalización. La AEPD también reconoce que las aplicaciones, webs y *chatbots* de autotest o cita previa tienen beneficios (acercamiento de la asistencia sanitaria y descarga de otros canales, como el telefónico), pero advierte que el deseo de su rápida implementación no puede conllevar un menor control de la seguridad de los datos. Por el contrario, la AEPD duda de la utilidad de las aplicaciones de información voluntaria de contagios o *covapps* y advierte que, dependiendo de la cantidad o calidad de los datos que posean, su uso puede contribuir a la divulgación de informaciones erróneas o a la discriminación o estigma social (p. ej., residentes de zonas con altos niveles de infección declarados).

Respecto a las aplicaciones de seguimiento de contactos por *bluetooth*, la AEPD pone de manifiesto que el beneficio de estas aplicaciones depende de muchos factores (número de usuarios, declaración responsable del contagio, capacidad de realizar pruebas de diagnóstico) y expresa su preferencia por las opciones con control de tipo descentralizado por parecer más respetuosas con la privacidad. Por lo que se refiere a las aplicaciones de pasaportes de inmunidad, aunque la AEPD reconoce que un uso bien gestionado puede tener utilidad en ámbitos determinados, es escéptica respecto a su extensión generalizada. Finalmente, sobre el uso de cámaras térmicas para lecturas masivas de temperatura, la AEPD reitera lo indicado en su comunicado respecto a la toma de temperatura en establecimientos y cuestiona duramente el uso de estos dispositivos desde la perspectiva de la protección de datos.

La AEPD ha publicado un informe jurídico sobre técnicas de reconocimiento facial en la realización de pruebas de evaluación *online*

Informe Jurídico del Gabinete Jurídico de la AEPD n.º 0036/2020

El Informe Jurídico de la AEPD, publicado el 8 de mayo, establece las pautas que deben seguir los centros educativos al aplicar medidas tecnológicas para la realización de evaluaciones *online*, con el objetivo de recordar las consecuencias que pueden producir este tipo de herramientas de identificación sobre el derecho a la protección de datos de los estudiantes.

Entre otros aspectos, los más destacables que analiza el informe son los siguientes:

- i. La AEPD establece que el consentimiento recabado por los centros educativos en relación con los tratamientos que se encuentren relacionados con las pruebas de evaluación *online* no es válido y se encontraría viciado, ya que no se puede considerar que el individuo goce de verdadera o libre elección si existe una situación de desequilibrio entre las partes, y el individuo no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno.
- ii. Por otro lado, la AEPD aclara que los tratamientos de datos relativos a la grabación de exámenes orales, así como la grabación de sesiones docentes por los profesores, se encuentran legitimados por el interés público (artículo 6.1.e RGPD), reforzado por la base legal contenida en el artículo 46 de la Ley Orgánica de Universidades (donde se recoge la

obligación de que las universidades establezcan procedimientos de verificación de los conocimientos de los estudiantes, incluyendo procedimientos de revisión de las evaluaciones de los alumnos). Por lo tanto, aunque la AEPD declara que la vía del consentimiento no es apropiada para legitimar este tipo de tratamientos, propone una alternativa sólida en la que deberán basarse los centros educativos en el tratamiento de los datos anteriormente descritos.

- iii. En relación con la instalación de videocámaras para la grabación de imágenes de alumnos durante la realización de exámenes, la AEPD destaca que la utilización de este tipo de medidas debe estar justificada en la idoneidad de la medida y en su proporcionalidad en relación con los intereses contrapuestos. En esta línea, el informe de la AEPD establece supuestos en los cuales podría considerarse que esta medida es proporcionada (por ejemplo, cuando no exista otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia).
- iv. En relación con las técnicas de reconocimiento facial, la AEPD trae a colación el Dictamen 3/2012 del Grupo de Trabajo del Artículo 29, en el que se diferencian, por un lado, las técnicas dirigidas a la identificación biométrica y, por otro lado, las técnicas dirigidas a la verificación y autenticación biométrica. La distinción entre ambos criterios se define en el proceso de búsqueda al que se recurre en cada caso:
 - En el primer supuesto, en la “identificación biométrica”, la búsqueda en las plantillas biométricas se realiza en un proceso de correspondencia uno-a-varios, y su tratamiento constituye dato especialmente sensible.
 - Por el contrario, la “autenticación biométrica” se lleva a cabo mediante una única plantilla biométrica almacenada en un dispositivo, por lo que el proceso de búsqueda se basa en un sistema de correspondencia uno-a-uno. En este sentido, la AEPD ha establecido que el reconocimiento facial llevado a cabo de manera continuada implica el tratamiento de datos biométricos de un tercero.

En conclusión, la AEPD reitera la importancia de valorar las implicaciones que este tipo de herramientas para la evaluación *online* producen en la esfera de los derechos fundamentales de los individuos, en especial, sobre el derecho a la protección de datos. En este sentido, recuerda que cualquier intromisión a este derecho deberá encontrarse debidamente justificada y, en cualquier caso, aconseja la adopción de medidas menos intrusivas que puedan perseguir el mismo objetivo.

La AEPD publicó en julio de 2020 una nueva guía de *cookies* adaptando su contenido a las directrices del Comité Europeo de Protección de Datos sobre el consentimiento

Guía de la AEPD sobre cookies

La nueva Guía de *cookies* que publicó la AEPD en julio de 2020 tiene como objetivo actualizar la antigua Guía de *cookies* (noviembre de 2019) en relación con la modificación de las directrices sobre el consentimiento que publicó el CEPD en mayo de 2020.

En este sentido, las actualizaciones que se incorporan a la guía hacen referencia al modo de obtención del consentimiento de las *cookies*, a algunas modificaciones y aclaraciones en relación con la revocación del consentimiento, y al uso de los muros de *cookies*.

Para considerar que el consentimiento del uso de *cookies* fue otorgado de manera válida, este debe ser expreso e inequívoco. En consecuencia, la AEPD advierte que acciones como “continuar navegando” no cumplen con estos requisitos necesarios para considerar el consentimiento otorgado válido. Por ello, en esta nueva guía se prohíbe recabar el consentimiento mediante este tipo de actos, por no considerar que esta sea una conducta inequívoca por parte del usuario. De ahora en adelante, será necesario obtener el consentimiento del usuario de forma expresa. En este sentido, la AEPD considera que la mejor manera de recabar el consentimiento es estableciendo un *banner* en el que se establezcan al menos dos opciones, entre las que se encuentre la posibilidad de aceptar de manera expresa el uso de *cookies*.

En relación con la revocación del consentimiento, la AEPD ha aclarado que en el propio *banner* que se despliega para recabar el consentimiento del uso de *cookies* por parte del usuario debe incorporarse una opción alternativa a la aceptación. Esta segunda opción puede permitir al usuario tanto la oportunidad de rechazar todas las *cookies* como la opción de configurarlas. Sin embargo, en caso de que se opte por la segunda vía, dentro del panel de configuración, deberá darse la posibilidad al usuario de rechazar todas las *cookies* haciendo clic en un único botón. Además, este botón no podrá estar a más de dos clics de la página de inicio donde se encuentra el usuario en primer lugar.

Por último, la AEPD considera que no se puede admitir el uso de *cookie walls* o muros de *cookies* si no se ofrece una alternativa al consentimiento. Así, podrán existir supuestos en los que la no aceptación del uso de *cookies* impida el acceso al sitio web o el uso total o parcial del servicio, siempre y cuando se informe debidamente al usuario al respecto y se ofrezca una alternativa de acceso al servicio sin necesidad de aceptar el uso de *cookies*.

La AEPD ha publicado la Guía de Protección de Datos por Defecto

Guía de la AEPD de Protección de Datos por Defecto

El pasado 8 de octubre la AEPD publicó la nueva Guía de Protección de Datos por Defecto donde se recogen las directrices que el CEPD publicó en las *Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default*. Esta nueva guía tiene como objetivo facilitar la aplicación de este principio en todos los tratamientos de datos, tal y como requiere el artículo 25 RGPD.

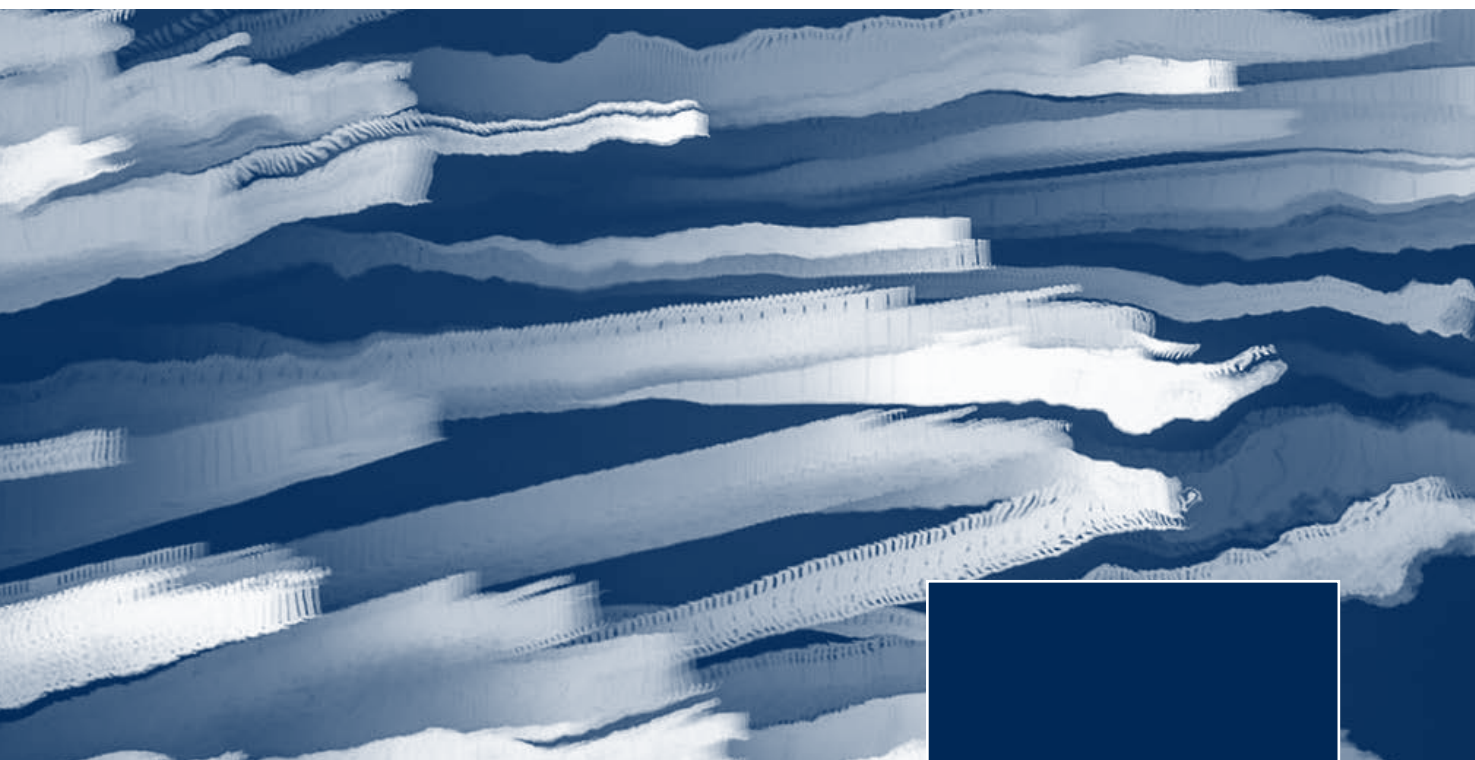
Los destinatarios principales de la nueva guía son los responsables del tratamiento, así como los delegados de protección de datos, y las unidades y departamentos que se encargan de llevar a cabo las actividades de diseño, desarrollo, despliegue y explotación de las aplicaciones. De manera subsidiaria, la AEPD aconseja que estas recomendaciones sean también tenidas en cuenta por los encargados del tratamiento en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de protección de datos, así como por los suministradores y desarrolladores de herramientas informáticas.

El principio de protección de datos por defecto persigue que únicamente sean objeto de tratamiento aquellos datos personales que sean estrictamente necesarios y suficientes para el tratamiento de datos y en relación con los fines perseguidos por ellos. En esencia, la correcta aplicación de este principio implica que, independientemente de los datos que sean recolectados, se produzca una segmentación de esos datos en cada fase del tratamiento, valorando cuáles son los datos suficientes y necesarios para llevar a cabo el tratamiento concreto en cada caso.

Para cumplir con este principio, la AEPD recomienda la adopción de distintas estrategias: (i) adoptar medidas estrictas en relación con la calidad de los datos, la extensión del tratamiento, la conservación de los datos y su accesibilidad, y (ii) poner a disposición del usuario un panel de configuración. Sin embargo, en tal panel deberá estar activada por defecto la configuración más respetuosa con el principio de protección de datos por defecto, es decir, deberá constar habilitado el modo de configuración menos intrusivo. En cualquier caso, será el usuario quien pueda habilitar otras opciones de configuración que resulten más intrusivas en relación con su derecho a la protección de datos personales.

En conclusión, el debido cumplimiento del principio de protección de datos por defecto influye directamente en la adopción de las garantías apropiadas para asegurar el efectivo cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva que recoge el artículo 5.2 RGPD. Por ello, resulta de gran interés conocer las recomendaciones que tanto de la AEPD como el CEPD han adoptado en esta materia, ya que clarifican el camino a seguir para garantizar el debido cumplimiento de los principios que se deben aplicar a todos los tratamientos de datos.

10 de diciembre de 2020



Energía

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

[España]

Medidas en materia de energía para la reactivación económica

Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica (BOE de 24 de junio de 2020)

El 24 de junio de 2020 entró en vigor el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica ("RDL 23/2020").

Se justifica la utilización del real decreto-ley en la "necesidad de impulsar la agenda de descarbonización y sostenibilidad como respuesta la crisis" y en el "papel fundamental de la electricidad en el proceso de descarbonización de la economía". Se considera que "es condición indispensable garantizar el equilibrio y la liquidez del sistema eléctrico, que se han visto amenazados en los últimos tiempos por factores coyunturales, como la caída brusca de la demanda y los precios como consecuencia de la crisis del COVID-19".

El RDL 23/2020 introduce importantes modificaciones en el procedimiento de permisos, licencias y autorizaciones que deben obtener las instalaciones de producción de energía eléctrica:

- i. *Moratoria del derecho de acceso de terceros a la red.* La disposición transitoria 1.^ª del RDL 23/2020 establece una moratoria de los procedimientos para la obtención de los permisos de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución eléctricas hasta que el Gobierno y la Comisión de los Mercados y la Competencia aprueben, respectivamente, el real decreto y la circular normativa que desarrollen el artículo 33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico ("LSE"). Actualmente, el real decreto y la circular de acceso y conexión a la red eléctrica se encuentra en tramitación.

* Esta sección ha sido coordinada por Juan Ignacio González Ruiz, y en su elaboración ha participado Ángela Gil Arrondo, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

- ii. Se exceptúan de la moratoria (a) las solicitudes en las que, antes de la entrada en vigor del RDL 23/2020, los solicitantes hubiesen depositado los avales de acceso y conexión ante la Administración competente para el otorgamiento de la autorización eléctrica; (b) los procedimientos de acceso y conexión en el marco de la “transición justa” en los términos de la disposición adicional 20.^a de la LSE; (c) el acceso y conexión de las plantas de autoconsumo; y (d) los permisos de acceso a los consumidores de energía eléctrica.
- iii. *Criterios para ordenar el acceso y la conexión a las redes de transporte y distribución de electricidad.* El artículo 1 del RDL 23/2020 establece un calendario obligatorio para la obtención de los permisos para la construcción y operación de las instalaciones de producción de electricidad. El calendario varía en función de la fecha en que fue otorgado el permiso de acceso a la red, en los términos de la siguiente tabla:

Hito	Permisos otorgados entre el 28/12/2013 y el 31/12/2017	Permisos otorgados entre el 31/12/2017 y el 25/06/2020	Permisos otorgados después del 25/06/2020
Solicitud y admisión de la autorización administrativa previa	3 meses desde el 25/06/2020 (25/09/2020)	6 meses desde el 25/06/2020 (25/12/2020)	6 meses desde el otorgamiento de los permisos de acceso y conexión
Obtención de la declaración de impacto ambiental favorable	18 meses desde el 25/06/2020 (25/12/2021)	22 meses desde el 25/06/2020 (25/04/2022)	22 meses desde el otorgamiento de los permisos de acceso y conexión
Obtención de la autorización administrativa previa	21 meses desde el 25/06/2020 (25/03/2022)	25 meses desde el 25/06/2020 (25/07/2022)	25 meses desde el otorgamiento de los permisos de acceso y conexión
Obtención de la autorización de construcción	24 meses desde el 25/06/2020 (25/06/2022)	28 meses desde el 25/06/2020 (25/10/2022)	28 meses desde el otorgamiento de los permisos de acceso y conexión
Obtención de la autorización de explotación	5 años desde el 25/06/2020 (25/06/2025)	5 años desde el 25/06/2020 (25/06/2025)	5 años desde el otorgamiento de los permisos de acceso y conexión

El incumplimiento de alguno de los hitos del calendario de desarrollo establecido en el RDL 23/2020 tiene como consecuencias la caducidad automática del permiso de acceso a la red y la ejecución de los avales de acceso y conexión a la red (que, desde 2018, ascienden a la cantidad de 40 €/kW). La única excepción a la ejecución de los avales que establece el RDL 23/2020 es la no obtención de la declaración de impacto ambiental favorable por razones no imputables al titular del permiso de acceso y conexión.

- iv. *Modificación de los permisos de acceso a la red.* El RDL 23/2020 añade una disposición adicional 4.^a al Real Decreto 1955/2000, por la que se establece que los permisos de acceso y conexión otorgados solo tendrán validez para la instalación para la que fueron concedidos. Asimismo, el otorgamiento de un permiso de acceso y conexión a una instalación estará condicionado a que esta pueda ser considerada la misma instalación que aquella a la que se refiere la solicitud con la que se inició el procedimiento de acceso y conexión.
- v. Ello implica que en las instalaciones para las que fueron concedidos los permisos de acceso y conexión solamente se podrán realizar las siguientes modificaciones:

"a) Tecnología de generación. Se considerará que no se ha modificado la tecnología de generación si se mantiene el carácter síncrono o asíncrono de la instalación. Asimismo, en el caso de instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, se considerará que no se ha modificado la tecnología si la instalación pertenece al mismo grupo al que se refiere el artículo 2 del citado real decreto. La adición de elementos de almacenamiento de energía no implicará que se modifique la tecnología de la instalación.

b) Capacidad de acceso. La capacidad de acceso solicitada o concedida no podrá incrementarse en una cuantía superior al 5 % de la capacidad de acceso solicitada o concedida en el permiso de acceso original. A estos efectos, se entenderá como capacidad de acceso aquella que figure en el permiso de acceso o en la solicitud del mismo. Si en el mismo se recogieran varios valores de potencia sin indicar claramente de cual se trata será aquel valor que refleje la potencia activa máxima que puede inyectarse a la red. Este valor no tendrá por qué ser coincidente con la potencia instalada o la potencia nominal de la instalación. No obstante, no se considerará que se mantiene la capacidad de acceso cuando esta disminuya respecto de la solicitada o la otorgada en el permiso de acceso como consecuencia de una reducción de potencia instalada o nominal que resulte de la división de un proyecto en dos o más proyectos de instalación de generación cuya suma de potencias sea igual a la potencia original.

c) Ubicación geográfica. Se considerará que no se ha modificado la ubicación geográfica de las instalaciones de generación cuando el centro geométrico de las instalaciones de generación planteadas inicialmente y finalmente, sin considerar las infraestructuras de evacuación, no difiere en más de 10.000 metros.

En el caso de que se realice una hibridación, a los efectos de los permisos de acceso y conexión, la instalación se considerará la misma siempre que se cumplan los criterios anteriormente señalados. No obstante, en el caso de hibridación de instalaciones ya en servicio o proyectos que ya cuenten con permisos de acceso concedido, la condición (a) solo será de aplicación a los módulos de generación de electricidad existentes o a los que se refiera el permiso de acceso ya otorgado".

La consideración de que una instalación no sea la misma (esto es: que su modificación exceda los anteriores límites) llevará implícita la necesidad de realizar una nueva solicitud de acceso y conexión a la red para la obtención de nuevos permisos.

- vi. *Autorización de modificaciones no sustanciales de las instalaciones de producción de electricidad.* El RDL 23/2020 modifica el régimen de modificación de las instalaciones de producción de electricidad, contenido en el artículo 115 del Real Decreto 1955/2000, flexibilizando las modificaciones que tengan la consideración de “no sustanciales” conforme a este precepto, en los siguientes términos:

“Las modificaciones de instalaciones de generación que hayan obtenido autorización administrativa previa podrán obtener autorización administrativa de construcción sin requerir una nueva autorización administrativa previa cuando se cumplan todas las siguientes condiciones:

a) Las modificaciones no sean objeto de una evaluación ambiental ordinaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 7.1 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

b) Los terrenos afectados por la instalación de producción tras las modificaciones no exceden la poligonal definida en el proyecto autorizado o, de excederse, no requieran expropiación forzosa y cuenten con compatibilidad urbanística.

c) La potencia instalada, tras las modificaciones, no exceda en más del diez por ciento de la potencia definida en el proyecto original [...].

d) Las modificaciones no supongan un cambio en la tecnología de generación.

e) Las modificaciones no supongan alteraciones de la seguridad tanto de la instalación principal como de sus instalaciones auxiliares en servicio.

f) No se requiera declaración, en concreto, de utilidad pública para la realización de las modificaciones previstas.

g) Las modificaciones no produzcan afecciones sobre otras instalaciones de producción de energía eléctrica en servicio.

A los efectos de lo establecido en el artículo 53.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, se consideran modificaciones no sustanciales, debiendo únicamente obtener la autorización de explotación, previa acreditación del cumplimiento de las condiciones de seguridad de las instalaciones y del equipo asociado, las que cumplan las siguientes características:

a) No se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

b) Que no supongan una alteración de las características técnicas básicas (potencia, capacidad de transformación o de transporte, etc.) superior al 5 por ciento de la potencia de la instalación.

c) Que no supongan alteraciones de la seguridad tanto de la instalación principal como de sus instalaciones auxiliares en servicio.

- d) Que no se requiera declaración en concreto de utilidad pública para la realización de las modificaciones previstas.
- e) Las modificaciones de líneas que no provoquen cambios de servidumbre sobre el trazado.
- f) Las modificaciones de líneas que, aun provocando cambios de servidumbre sin modificación del trazado, se hayan realizado de mutuo acuerdo con los afectados [...].
- g) Las modificaciones de líneas que impliquen la sustitución de apoyos o conductores por deterioro o rotura, siempre que se mantengan las condiciones del proyecto original.
- h) La modificación de la configuración de una subestación siempre que no se produzca variación en el número de calles ni en el de posiciones.
- i) En el caso de instalaciones de transporte o distribución que no impliquen cambios retributivos”.

El RDL 23/2020, además de otras modificaciones en el procedimiento autorizador de las instalaciones de producción de electricidad, introduce modificaciones en el régimen de fondo de garantía de eficiencia energética, establece unas “medidas de impulso de nuevos modelos de negocio” energético y permite el establecimiento de “bancos de pruebas regulatorio”.

Regulación del régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica

Real Decreto 960/2020, de 3 de noviembre, por el que se regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica (BOE de 4 de noviembre de 2020)

El 4 de noviembre de 2020 se publicó en el BOE el Real Decreto 960/2020, de 3 de noviembre, por el que se regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica (“RD 960/2020”).

El RD 960/2020 regula establece un marco retributivo, adicional al régimen retributivo específico, para las instalaciones de generación renovables, que recibe el nombre de “régimen económico de energías renovables” (“REER”). Las características más relevantes del marco normativo del nuevo REER son las siguientes:

- i. **Ámbito de aplicación.** Solamente podrán recibir REER las instalaciones de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables incluidas en la categoría b) definida en el artículo 2.1 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que resulten de una nueva inversión acometida con posterioridad a la celebración de la subasta que origine el derecho a su percepción, ya sea por tratarse de una instalación nueva en su totalidad o bien una ampliación o modificación de una instalación existente en los términos que se especifiquen en la orden que regule el mecanismo de subasta y las características de dicho régimen económico.

- ii. (Subastas para el otorgamiento de REER. El otorgamiento del REER “se realizará mediante subastas, garantizando su concesión de una forma abierta, transparente, competitiva, rentable y no discriminatoria”. La entidad administradora de la subasta será OMI-Polo Español S.A. (OMIE) directamente o a través de alguna de sus filiales.
- iii. El producto a subastar será la potencia instalada, la energía eléctrica o una combinación de ambas y la variable de oferta el precio por unidad de energía eléctrica, expresado en euros/MWh.

“Como resultado de la subasta se obtendrá la potencia o energía adjudicada a cada participante, según el producto subastado, así como su precio de adjudicación, que corresponderá con su oferta económica. El resultado de la subasta será público [...]. En el caso de que el producto subastado sea energía eléctrica, se define una potencia mínima a construir, que se calculará a partir de la energía adjudicada y del número máximo de horas equivalentes de funcionamiento anual de cada tecnología, cuyo valor será aprobado en la orden por la que se regule el mecanismo de subasta”.

- iv. *Registro electrónico de régimen económico de energías renovables (“Registro Electrónico”).* Se crea el Registro Electrónico que tiene por objeto el otorgamiento y adecuado seguimiento del REER.

“Las inscripciones en el Registro Electrónico se realizarán en uno de los siguientes dos estados: estado de preasignación o estado de explotación. Para poder realizar la inscripción en el registro en estado de explotación, será condición necesaria la inscripción con carácter previo en estado de preasignación [...].

La orden por la que se regule el mecanismo de subasta podrá establecer mecanismos que garanticen la madurez de los proyectos, así como cualquier otro requisito orientado a garantizar la viabilidad de los mismos, tales como el establecimiento de hitos previos a la finalización de la construcción de los proyectos, en los que se analizará el grado de avance en la tramitación y construcción de los mismos. Su cumplimiento será tenido en cuenta para la inscripción en el registro electrónico y para las cancelaciones o incautaciones parciales de las garantías [...] que correspondan, según se establezca en la citada orden”.

- v. *Garantías para la inscripción en el Registro Electrónico.* Para la inscripción en el Registro Electrónico en estado de preasignación “será necesaria la presentación, ante la Dirección General de Política Energética y Minas, del resguardo de la Caja General de Depósitos acreditativo de haber depositado una garantía económica por la cuantía que se especifique en la orden por la que se regule el mecanismo de subasta. El objeto de la garantía será la inscripción de la instalación en el Registro Electrónico del régimen económico de energías renovables en estado de explotación, cumpliendo, en todo caso, los requisitos establecidos en el artículo 27.1”.

Una vez resuelta favorablemente la solicitud de inscripción en el Registro Electrónico en estado de preasignación, el desistimiento en la construcción de la instalación o el incum-

plimiento de los requisitos establecidos para la percepción del REER supondrá la ejecución de la garantía y la pérdida del derecho a la percepción del REER.

Subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables

Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre, por la que se regula el primer mecanismo de subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables y se establece el calendario indicativo para el periodo 2020-2025 (BOE de 5 de diciembre de 2020)

La Orden TED/1161/2020 establece la regulación del primer mecanismo de subasta para el otorgamiento del REER regulado en el RD 960/2020 y un calendario indicativo para la asignación del régimen económico de energías renovables durante el periodo 2020-2025 que incluye plazos indicativos, la frecuencia de las convocatorias, la capacidad esperada y las tecnologías previstas.

La Orden TED/1161/2020 será de aplicación a las instalaciones de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables incluidas en la categoría b) definida en el artículo 2.1 del Real Decreto 413/2014.

Conforme a lo dispuesto en el RD 960/2020, la Orden TED/1161/2020 establece los aspectos esenciales de las futuras subastas para el otorgamiento del REER, que se convocarán por la Secretaría de Estado de Energía. Entre otras cuestiones, destaca que las garantías para la participación en la subasta y para la inscripción en el Registro Electrónico serán de 60 euros/kW en ambos casos. Respecto de la garantía para la inscripción en el Registro Electrónico, su cuantía se distribuye entre los distintos hitos como sigue: 12 euros/kW se encuentran vinculados a la identificación de la instalación, 18 euros/kW se encuentran vinculados a la acreditación de la autorización administrativa de construcción de las instalaciones identificadas y 30 euros/kW se encuentran vinculados a la inscripción en el Registro Electrónico en estado de explotación.

Convocatoria de la primera subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables

Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se convoca la primera subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables al amparo de lo dispuesto en la Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre (BOE de 12 de diciembre de 2020)

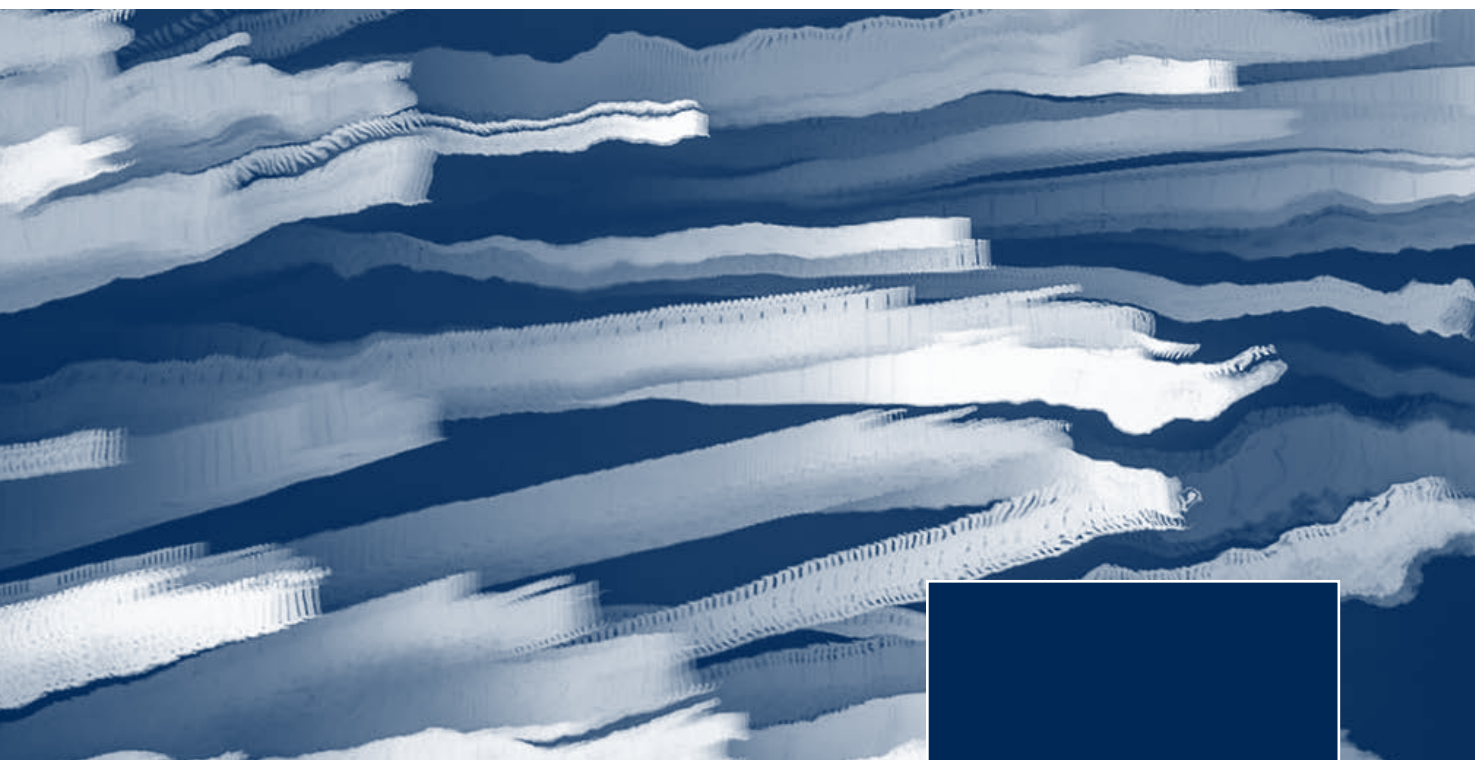
La Resolución convoca una subasta para el otorgamiento del REER, de conformidad con la Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre, y el RD 960/2020.

Serán susceptibles de percibir el REER las instalaciones de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables compuestas por una o varias tecnologías de las incluidas en la categoría b) definida en el artículo 2.1 del Real Decreto 413/2014 que cumplan los siguientes requisitos: (a) ser instalaciones nuevas o ampliaciones de instalaciones existentes; (b) estar situadas en el sistema eléctrico peninsular; y (c) no disponer de sistema de almacenamiento o, en caso

contrario, que el sistema de almacenamiento sea empleado para el almacenamiento exclusivo de la energía producida por la instalación.

Asimismo, la Resolución aprueba, entre otras cuestiones: (i) el calendario de la subasta (de conformidad con el cual ésta se celebrará el próximo 26 de enero de 2021); (ii) el producto a subastar (3000 MW de potencia instalada) y dos reservas mínimas de producto de 1000 MW cada una, para las tecnologías fotovoltaica y eólica terrestre; (iii) un límite de 1500 MW al volumen que se puede adjudicar a una misma empresa o grupo de empresas de conformidad con el artículo 8.6 del RD 960/2020; (iv) las fechas límites de disponibilidad de la instalación, las fechas de expulsión del REER y el plazo máximo de entrega, por cada tipo de tecnología y subgrupo; (v) las especificaciones de detalle y los formularios a cumplimentar; (vi) el precio de reserva; y (vii) la obligación de presentar un plan estratégico con las estimaciones de impacto sobre el empleo local y la cadena de valor industrial.

10 de diciembre de 2020



Inmobiliario y
Urbanismo

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

[España]

Medidas en materia de arrendamientos para uso distinto del de vivienda

Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE de 22 de abril de 2020)

Este Real Decreto-ley establece un conjunto de medidas en materia de arrendamientos para uso distinto del de vivienda en favor de autónomos y pymes cuya actividad se haya visto suspendida o cuyos ingresos se hayan reducido como consecuencia de la crisis provocada por el COVID-19. Dichas medidas están en vigor desde el 23 de abril de 2020.

Podrán beneficiarse de las medidas previstas los autónomos y pymes arrendatarios de inmuebles para uso distinto del de vivienda que se encuentran en situación de incapacidad financiera para hacer frente al cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago bajo tales arrendamientos.

En el caso de autónomos, deberán estar afiliados y en situación de alta en la fecha de la declaración del estado de alarma (14 de marzo de 2020) en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar o, en su caso, en una de las mutualidades sustitutorias; y su actividad se deberá encontrar suspendida como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, o, en el supuesto de que no se haya suspendido, que se haya reducido su facturación del mes natural anterior a aquel en que se solicita el aplazamiento en, al menos, un 75 % en relación con la facturación media mensual del mismo trimestre del año anterior.

* 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 Sandí, Piedad Medina, Emma Villasante, Alicia Martín, M.ª Amparo Guerrero, Esperanza Cots, Garazi Tomás, Héctor Nogués, Iván Abad, Ignacio Nägele, Rafael Castillo, Agustín Quesada, Félix Tirado, Miguel Herráiz y Antonio Hernández, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

En el caso de pymes, se exige que no superen los límites establecidos en el artículo 257 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y que su actividad se encuentre suspendida como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020 o, en el supuesto de que no se haya suspendido, que se haya reducido su facturación del mes natural anterior a aquel en que se solicita el aplazamiento en, al menos, un 75 % en relación con la facturación media mensual del mismo trimestre del año anterior.

La norma establece los documentos a entregar por el arrendatario al arrendador para acreditar el cumplimiento de los requisitos. En todo caso, cuando el arrendador lo requiera, el arrendatario tendrá que mostrar sus libros contables al arrendador para acreditar la reducción de la actividad.

Los arrendatarios que no reúnan los requisitos y, a pesar de ello, soliciten la aplicación de los beneficios previstos en la norma serán responsables de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de las medidas excepcionales, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que su conducta pudiera dar lugar.

Respecto a los arrendamientos con grandes tenedores, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley, los arrendatarios de inmuebles para uso distinto del de vivienda cuyo arrendador sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor tendrán derecho a aplicar una moratoria en el pago de la renta, siempre que no se hubiera acordado ya una moratoria o reducción de la renta. Esta moratoria estará vigente mientras dure el estado de alarma y las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel fuera insuficiente en relación con el impacto provocado por el COVID-19, con un máximo de cuatro meses. Los arrendatarios deberán devolver a los arrendadores las rentas no abonadas mediante su fraccionamiento durante, al menos, los dos años siguientes de vigencia del contrato, sin que puedan aplicarse a los arrendatarios penalizaciones o intereses.

Se prevé un mecanismo de renegociación de la renta para arrendamientos de uso distinto del de vivienda o industria en los que el arrendador no sea alguno de los comprendidos en los apartados anteriores. En este caso, el arrendatario dispondrá de un mes desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 15/2020 para solicitar el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, que no será obligatorio para el arrendador.

Definición de criterios y requisitos de los arrendatarios de vivienda habitual

Orden TMA/378/2020, de 30 de abril, por la que se definen los criterios y requisitos de los arrendatarios de vivienda habitual que pueden acceder a las ayudas transitorias de financiación establecidas en el artículo 9 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE de 1 de mayo de 2020)

El artículo 9 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, autorizaba al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana a que, mediante convenio con el

Instituto de Crédito Oficial, desarrollara una línea de avales con cobertura del Estado —con bonificación total de gastos e intereses para el solicitante— para la obtención de ayudas transitorias de financiación para hacer frente al alquiler de vivienda habitual de los hogares que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad social y económica como consecuencia del COVID-19. Asimismo, preveía que, mediante Orden del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, se definieran los criterios y requisitos para acceder a estas ayudas transitorias de financiación.

De acuerdo con ello, esta Orden define los criterios de concesión y las condiciones subjetivas que deberán cumplir los arrendatarios de vivienda habitual que pueden acceder a estas ayudas transitorias de financiación, las condiciones de los préstamos avalados y subvencionados, presentación de solicitudes, pago, seguimiento y control de las ayudas, así como causas de reintegro e infracciones y sanciones.

Suspensión de actividades de obras en edificios existentes

Orden SND/385/2020, de 2 de mayo, por la que se modifica la Orden SND/340/2020, de 12 de abril, por la que se suspenden determinadas actividades relacionadas con obras de intervención en edificios existentes en las que exista riesgo de contagio por el COVID-19 para personas no relacionadas con dicha actividad (BOE del 3 de mayo de 2020)

Se modifica el apartado 2 del artículo único de la Orden SND/340/2020 para exceptuar de la suspensión aquellas obras en las que no se produzca interferencia con las personas no relacionadas con la actividad de la obra o las que se realicen en locales o zonas no habitadas. Añade un nuevo apartado 4 al artículo único de la citada Orden para permitir el acceso a zonas no sectorizadas del edificio para operaciones puntuales de conexión con las redes de servicio necesarias.

Flexibilización de determinadas restricciones

Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE del 9 de mayo de 2020)

La Orden establece una reducción gradual de las medidas extraordinarias de restricción de la movilidad y del contacto social establecidas por el Real Decreto 463/2020. En el ámbito inmobiliario, se establecen las condiciones en las que podrán reabrir los hoteles y establecimientos turísticos, establecimientos comerciales, bares y restaurantes, y otros establecimientos públicos, todo ello en aplicación de la fase 1 del Plan de transición hacia la denominada nueva normalidad.

Levantamiento de la suspensión de plazos del Registro de la Propiedad

Instrucción de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre levantamiento de medidas adoptadas por la crisis sanitaria del COVID-19 (BOE de 10 de junio de 2020)

Se adoptan ciertas medidas en relación con la suspensión de plazos administrativos en relación con los registros. En particular el cómputo de los plazos de caducidad de los asientos registrales que hubiesen quedado suspendidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, es decir, asientos de presentación, anotaciones preventivas, menciones, notas marginales y de cualesquiera otros asientos registrales susceptibles de cancelación por el transcurso del tiempo, seguirá en suspenso hasta el levantamiento de la suspensión en este ámbito, y su cómputo de los plazos se reanudará al día siguiente de la finalización del estado de alarma y de sus prórrogas. Además, se restablece el plazo ordinario de calificación y despacho a que se refiere el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Competencia territorial con acciones en relación con contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias

Acuerdo de 25 de junio de 2020, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, de manera exclusiva y excluyente o no excluyente, según los casos, el conocimiento de la materia relativa a las acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, con efectos desde el 1 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020 (BOE de 27 de junio de 2020)

Medidas urgentes para la reactivación económica y el empleo

Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo (BOE de 6 de julio de 2020)

Entre otras, se prevén medidas de apoyo al sector turístico español. En concreto, se pone en marcha un sistema de financiación de proyectos para la digitalización y la innovación del sector turístico; se aprueba la creación del instrumento denominado Planes de Sostenibilidad Turística en Destinos, cuyo objetivo es impulsar el desarrollo de los destinos turísticos ubicados en áreas rurales y de interior; y se aprueba una moratoria hipotecaria para inmuebles afectos a actividad turística, a través del otorgamiento de un periodo de moratoria de hasta doce meses para las operaciones financieras de carácter hipotecario suscritas con entidades de crédito. Podrán ser beneficiarios los trabajadores autónomos y las personas jurídicas con domicilio social en España, siempre que experimenten dificultades financieras a consecuencia de la emergencia sanitaria.

Medidas de reactivación económica de transporte y vivienda

Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (BOE de 8 de julio de 2020)

Respecto a las medidas en el ámbito de la vivienda, tiene como objeto dar un primer paso en la regulación del derecho de superficie para la promoción de viviendas destinadas a alquiler ase-

quible por parte de promotoras privadas. Asimismo, con el objetivo de incrementar el parque de viviendas destinadas al alquiler asequible o social para personas especialmente afectadas por la crisis, se pretende dotar a las Administraciones públicas de instrumentos jurídicos que permitan una colaboración efectiva en los distintos ámbitos de su actuación, ya sea estatal, autonómico o local, así como mecanismos adecuados para articular la cooperación con operadores económicos.

Ayudas para la rehabilitación energética

Real Decreto 737/2020, de 4 de agosto, por el que se regula el programa de ayudas para actuaciones de rehabilitación energética en edificios existentes y se regula la concesión directa de las ayudas de este programa a las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla (BOE 6 de agosto de 2020)

Regula el programa de ayudas para actuaciones de rehabilitación energética en edificios existentes y se regula la concesión directa de las ayudas de este programa a las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla. Establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del programa de ayudas para actuaciones de rehabilitación energética en edificios existentes a sus destinatarios últimos, cuya finalidad es contribuir a alcanzar los objetivos medioambientales y energéticos establecidos en la normativa de la Unión Europea, mediante la realización de actuaciones de reforma de edificios existentes, con independencia de su uso y de la naturaleza jurídica de sus titulares, que favorezcan la reducción del consumo de energía final y de las emisiones de dióxido de carbono, mediante el ahorro energético, la mejora de la eficiencia energética y el aprovechamiento de las energías renovables, de modo que se contribuya a alcanzar con ello los objetivos de reducción del consumo de energía final que establece el artículo 7 de la Directiva 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética.

Contabilización de consumos individuales en instalaciones térmicas de edificios

Real Decreto 736/2020, de 4 de agosto, por el que se regula la contabilización de consumos individuales en instalaciones térmicas de edificios (BOE del 6 de agosto de 2020)

Establece los requisitos y obligaciones relacionados con la contabilización de los consumos individuales de calefacción y refrigeración que deben cumplir las instalaciones térmicas centralizadas de los edificios nuevos y existentes, la determinación del coste variable que corresponde a cada unidad de consumo completado con un coste fijo derivado del mantenimiento de las instalaciones del edificio y de la energía térmica irradiada destinada a calentar las zonas comunes del edificio, la determinación de los procedimientos que permitan comprobar su cumplimiento, así como las obligaciones relativas a la información sobre el consumo individual y el coste de acceso a la información sobre medición y liquidación de consumos.

Instrucción sobre delitos de allanamiento morada y usurpación de bienes inmuebles

Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles (BOE de 25 de septiembre de 2020)

Fija criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles.

Medidas sociales en defensa del empleo

Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE del 30 de septiembre de 2020)

Este Real Decreto-ley es producto del tercer acuerdo social en defensa del empleo entre agentes sociales y Gobierno.

En el ámbito inmobiliario, el Real Decreto-ley 30/2020 incluye la prórroga de determinadas medidas denominadas de “escudo social” de los arrendatarios de vivienda en situación de vulnerabilidad. En concreto, se amplía hasta el 31 de enero de 2021 (i) el plazo máximo de suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional, para lo que la persona arrendataria deberá acreditar ante el juzgado encontrarse en una situación de vulnerabilidad sobrevenida como consecuencia del COVID-19; (ii) la posibilidad de solicitar la moratoria o condonación parcial de la renta, cuando el arrendador sea un gran tenedor o entidad pública y la persona arrendataria hubiera suscrito un contrato de vivienda habitual al amparo de la LAU 1994; y (iii) la prórroga de los contratos de arrendamiento de vivienda, que pueden acogerse a la prórroga extraordinaria de seis meses, en los mismos términos y condiciones del contrato en vigor, siempre que no se hubiese llegado a un acuerdo distinto entre las partes y que el propietario persona física no hubiese comunicado la necesidad de la vivienda para sí, de acuerdo con los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos.

Prórroga del plazo para solicitar y formalizar los préstamos avalados y subvencionados por el Estado

Orden TMA/924/2020, de 29 de septiembre, por la que se prorroga el plazo para solicitar y formalizar los préstamos avalados y subvencionados por el Estado previstos en el artículo 8 de la Orden TMA/378/2020, de 30 de abril, y en el Convenio con el Instituto de Crédito Oficial, para la gestión de los avales y de la subvención de gastos e intereses por parte del Estado a arrendatarios en la “Línea de avales de arrendamiento COVID-19” (BOE de 1 de octubre de 2020)

Se prorroga hasta el 30 de noviembre de 2020 el plazo para solicitar los préstamos avalados y subvencionados por el Estado en los términos previstos en el artículo 8 de la Orden TMA/378/2020,

de 30 de abril, y en el apartado c) de la estipulación segunda del Convenio suscrito el 1 de mayo de 2020 entre el Ministerio de Transporte de Movilidad y Agenda Urbana y el Instituto de Crédito Oficial (ICO) para la gestión de los avales y de la subvención de gastos e intereses por parte del Estado a arrendatarios en la “Línea de avales de arrendamiento COVID-19”.

Modificación de plazos para solicitar y formalizar los préstamos avalados y subvencionados por el Estado

Orden TMA/1134/2020, de 30 de noviembre, por la que se modifican los plazos para solicitar y formalizar los préstamos avalados y subvencionados por el Estado establecidos en la Orden TMA/378/2020, de 30 de abril, por la que se definen los criterios y requisitos de los arrendatarios de vivienda habitual que pueden acceder a las ayudas transitorias de financiación establecidas en el artículo 9 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE del 2 de diciembre de 2020)

El artículo 8.1 de la Orden TMA/378/2020 establece que los préstamos avalados y subvencionados por el Estado deberán ser solicitados por el arrendatario ante la entidad de crédito antes del 30 de septiembre de 2020 y deberán formalizarse antes del 31 de octubre de 2020. A propuesta de la comisión de seguimiento prevista en el convenio entre el MITMA y el ICO, mediante orden ministerial, estos plazos podrán prorrogarse hasta el 30 de noviembre y el 31 de diciembre de 2020, respectivamente.

En el mismo sentido se pronuncia el apartado c) de la estipulación segunda del convenio, que, además, señala que el ICO y el MITMA podrán proponer la ampliación de ambos plazos hasta el 30 de noviembre y el 31 de diciembre de 2020, respectivamente, prórrogas que ha efectuado la Orden TMA/924/2020, de 29 de septiembre.

No obstante, la evolución de la pandemia y, en consecuencia, la vulnerabilidad sobrevenida que pueda generar en los arrendatarios de vivienda habitual, así como su incierta proyección en los próximos meses, hace recomendable modificar los plazos inicialmente previstos y ya prorrogados, por lo que la presente Orden TMA/1134/2020 amplía el plazo para solicitar los préstamos avalados y subvencionados por el Estado hasta el 31 de mayo de 2021. Este plazo podrá ser prorrogado hasta el 31 de agosto de 2021 mediante orden ministerial, previa propuesta de la comisión de seguimiento prevista en el convenio entre el MITMA y el ICO.

Andalucía. COVID-19. Atenuación de las restricciones. Playas, procedimientos administrativos, fiscalidad e infraestructuras de telecomunicaciones

Decreto-ley 12/2020, de 11 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes y extraordinarias relativas a la seguridad en las playas, medidas administrativas en el ámbito educativo, y otras medidas complementarias ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA de 12 de mayo de 2020)

Introduce diversas medidas para mejorar las condiciones de seguridad para el uso de playas (e. g., una clasificación de playas, de los usos permitidos y la necesidad de los planes de seguridad y salvamento de playas) y cambios en la legislación urbanística andaluza. Suprime el plan especial o un proyecto de actuación como paso previo a la licencia urbanística para la autorización de las infraestructuras de telecomunicaciones en suelo no urbanizable; y modifica la regulación del suelo no urbanizable para permitir equipamientos, dotaciones, infraestructuras, instalaciones y servicios (vinculados a telecomunicaciones), bajo ciertas condiciones. Se convalidó por resolución de 3 de junio (BOJA de 17 de junio), con corrección de errores en el BOJA de 14 de julio.

Andalucía. COVID-19. Medidas de desescalada y fomento

Decreto-ley 13/2020, de 18 de mayo, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes relativas a establecimientos hoteleros, coordinación de alertas, impulso de la telematización, reactivación del sector cultural y flexibilización en diversos ámbitos ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA de 18 de mayo de 2020)

Entre otros, introduce cambios significativos en relación con la ordenación de los establecimientos hoteleros en Andalucía. Deroga el Decreto 47/2004; regula el régimen jurídico de los establecimientos hoteleros, el acceso a ellos, la unidad de explotación y la compatibilidad en el mismo inmueble de distintos grupos o tipos de establecimientos hoteleros; establece la clasificación de los establecimientos y añade el grupo de albergues; renueva los parámetros para la clasificación de los establecimientos, basándose en la clasificación por puntos; regula las condiciones para ostentar el calificativo de gran lujo; y aborda las funciones de control de los servicios de inspección y el régimen sancionador. Se publicó corrección de errores en el BOJA de 20 de mayo de 2020.

Andalucía. Suelo no urbanizable

Decreto-ley 15/2020, de 9 de junio, por el que con carácter extraordinario y urgente se establecen diversas medidas dirigidas al sector del turismo así como al ámbito educativo y cultural ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA de 9 de junio de 2020)

Modifica y deroga determinados artículos de la Ley 7/2002 para, en suelo no urbanizable, permitir obras y construcciones no prohibidas, siempre que sean de interés público o social, contribuyan a la ordenación rural o deban emplazarse en dicho medio, y para facilitar las segregaciones. También modifica normativa de turismo para crear el distintivo turístico *Andalucía Segura*. Se convalidó por BOJA de 16 de julio y se publicó corrección de errores en el BOJA de 10 de junio y de 15 de julio.

Andalucía. Rehabilitación y regeneración urbanas

Decreto 91/2020, de 30 de junio, por el que se regula el Plan Vive en Andalucía, de vivienda, rehabilitación y regeneración urbana de Andalucía 2020-2030 (BOJA de 3 de julio de 2020)

Incorpora acciones y medidas destinadas a hacer real y efectivo el derecho a una vivienda. Incluye un programa de incorporación al parque público de viviendas procedentes de entidades financieras y similares, previa suscripción del correspondiente convenio. Crea el sistema de información de vivienda y establece la regulación de las viviendas protegidas y programas de rehabilitación de viviendas, e incluye programas de permutas de viviendas (protegidas o libres). Deroga parcialmente el Decreto 141/2016. Se publicó corrección de errores en *BOJA* de 10 de julio.

Andalucía. Áreas de regeneración y renovación urbana

Orden de 23 de noviembre de 2020, por la que se regulan las áreas de regeneración y renovación urbana en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en las mismas (BOJA de 27 de noviembre de 2020)

Regula el procedimiento y los requisitos para delimitar las áreas de regeneración y renovación urbana, a solicitud de los ayuntamientos con más de 50.000 habitantes. Se aprueban las bases reguladoras de concesión de subvenciones para financiar la realización conjunta de obras de rehabilitación en edificios y viviendas, de urbanización o reurbanización de espacios públicos y, en su caso, de edificación de edificios o viviendas en sustitución de aquellos que sean demolidos, dentro de los ámbitos de actuación previamente delimitados como áreas de regeneración y renovación urbana.

Andalucía. COVID-19. Evaluación ambiental estratégica y mitigación de emisiones

Decreto-ley 31/2020, de 1 de diciembre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de evaluación ambiental estratégica de determinados instrumentos de planeamiento urbanístico y para impulsar la realización de proyectos de absorción de emisiones en Andalucía, así como de apoyo económico a las entidades prestadoras de los servicios de atención residencial, centro de día y de noche, y centro de día con terapia ocupacional para personas en situación de dependencia, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA de 2 de diciembre de 2020)

Diversos pronunciamientos judiciales del TSJ de Andalucía han anulado un número importante de instrumentos de planeamiento porque la evaluación ambiental estratégica seguía lo dispuesto en la DA 3.^a de la Ley 3/2015, cuyo contenido no se acomoda a la normativa de la UE. Por tanto, este Decreto-ley trata de dar solución a los procedimientos de evaluación ambiental estratégica de planes urbanísticos que se han llevado a cabo en aplicación de la citada DA, y distingue los casos en los que se ha emitido informe de valoración ambiental o declaración ambiental estratégica y los casos en los que no. Asimismo, trata de impulsar inversiones privadas en la ejecución de proyectos de absorción de CO₂.

Aragón. COVID-19. Plan Aragonés de vivienda 2018-2021

Decreto 83/2020, de 30 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 223/2018, de 18 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el Plan Aragonés de Vivienda 2018-2021 (BOA de 8 de octubre de 2020)

Adapta el Plan Aragonés de Vivienda 2018-2021 a las modificaciones del Real Decreto-ley 11/2020, que recoge la incorporación de un nuevo programa al Plan Estatal de Vivienda, así como dos modificaciones sustanciales de otros dos programas ya existentes. Introduce el procedimiento simplificado de concurrencia competitiva para subvenciones (Ley 5/2015) con el objetivo de agilizar su gestión y resolución.

Baleares. COVID-19. Fomento de la actividad económica y simplificación administrativa

Decreto ley 8/2020, de 13 de mayo de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19 (BOIB de 15 de mayo de 2020)

Entre otros, introduce diversas novedades en materia de carreteras, actividades, turismo y urbanismo. Destacan los siguientes aspectos: el establecimiento de un régimen excepcional de declaración responsable para determinadas obras e instalaciones en suelo urbano; la inclusión de nuevo régimen de incentivos para la mejora y modernización de los establecimientos turísticos; la eliminación de los plazos para que los establecimientos se adapten a los requisitos de autoevaluación; la introducción de mecanismos para fomentar la construcción de viviendas de protección oficial y flexibilizar la regulación de las dotaciones en suelo urbanizable; la simplificación de los trámites para la aprobación de proyectos de reparcelación y de los estatutos y las bases de las juntas de compensación; el establecimiento de una sanción mínima para infracciones urbanísticas; y el establecimiento de un procedimiento urbanístico extraordinario para la ordenación de sistemas generales de infraestructuras y servicios específicos.

Se convalidó mediante resolución de 3 de junio de 2020 y con corrección de errores (ambos de BOIB de 6 de junio de 2020). Proyecto de ley sometido a información mediante BOIB de 13 de junio de 2020.

Baleares. Nueva urbanización y protección del suelo rústico

Decreto Ley 9/2020, de 25 de mayo, de medidas urgentes de protección del territorio de las Illes Balears (BOIB de 25 de mayo de 2020)

Modifica la regulación urbanística con el objetivo de proteger y conservar los valores ambientales, paisajísticos y urbanos. Entre otras medidas, obliga a los consejos insulares —y, posteriormente, al Gobierno de las Islas Baleares— a asumir las potestades de alteración del planeamiento en cier-

tos supuestos si el municipio afectado no ha iniciado la adaptación del planeamiento pertinente; reclasifica automáticamente como suelo rústico los suelos urbanizables indicados en el decreto —básicamente, aquellos cuyo proceso de transformación no se ha iniciado tras agotarse los plazos—; amplía la prohibición de edificar viviendas unifamiliares tanto en ciertas zonas de suelo rústico como en las áreas de prevención de riesgos; y revisa los parámetros urbanísticos aplicables a las edificaciones destinadas al uso de vivienda unifamiliar en el suelo rústico. Se convalidó mediante resolución de 17 de junio de 2020 (BOIB de 25 de junio de 2020).

Baleares. Transmisión de edificios de viviendas. Derechos de tanteo y retracto

Resolución del consejero de Movilidad y Vivienda de 18 de septiembre de 2020 por la que se designa al Instituto Balear de la Vivienda para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto previstos en la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears (BOIB de 24 de septiembre de 2020)

Designa al Instituto Balear de la Vivienda para que pueda ejercer los derechos de tanteo y retracto de que dispone la Administración autonómica en los supuestos previstos en los artículos 26 *ter*, 26 *quater*, 36.4, 74 y 75 de la Ley 5/2018.

Baleares. COVID-19. Simplificación administrativa, personal al servicio de la Administración y fomento de la actividad económica

Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19 (BOIB de 20 de octubre de 2020)

Entre otras, se establecen —extraordinaria y temporalmente— las siguientes medidas: la sujeción de determinadas obras e instalaciones en suelo urbano al régimen de declaración responsable; la introducción de un procedimiento urbanístico para la ordenación de sistemas generales de infraestructuras y servicios específicos; el otorgamiento de incentivos para llevar a cabo obras de modernización en los establecimientos turísticos; y la excepción de limitaciones temporales estivales para ciertas obras.

Baleares. COVID-19. Establecimientos turísticos: obras de modernización (Formentera)

Acuerdo del Pleno del Consell Insular de Formentera de 28 de octubre de 2020 en el sentido que no se permite ningún incremento de edificabilidad, superficie construida y de ocupación, de las legalmente construidas o actualmente permitidas, a la que se hace referencia al artículo 7.5 en relación al artículo 7.1 de la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Islas Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19 (BOIB de 5 de noviembre de 2020)

Las solicitudes de modernización que presentasen establecimientos turísticos legalmente existentes de alojamiento, turístico-residenciales, de restauración, entretenimiento, recreo, deportivo, cultural o lúdico, antes del 31 de diciembre de 2021, y que tuviesen por objeto la mejora de servicios e instalaciones, podían quedar excepcionalmente excluidas del cumplimiento de los parámetros de planeamiento que impidiesen su ejecución. Esta modernización podía llevarse a cabo aunque supusiese un incremento relativo de la superficie edificada y de la ocupación que no podía exceder en un 10 % de las legalmente construidas o permitidas si fueran mayores ni suponer menoscabo de servicios e instalaciones ya implantados. Se acuerda que este incremento de edificabilidad, superficie construida u ocupación ya no está permitido.

Baleares. COVID-19. Establecimientos turísticos. Obras de modernización (Mallorca)

Resolución del Consejero de Modelo Económico, Turismo y Trabajo de 30 de octubre de 2020 por la que, y respecto a la isla de Mallorca, se incrementa al 15% el porcentaje máximo permitido de incremento de superficie edificada y de ocupación a que hace referencia el artículo 7 de la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19 (BOIB de 31 de octubre de 2020)

El artículo 7 de la Ley 2/2020, dispone que, en Mallorca, el incremento relativo de superficie edificada y ocupación no podrá exceder en un 15 % de las legalmente construidas o permitidas si fueran mayores ni suponer menoscabo de los servicios y las instalaciones ya implantados.

Canarias. COVID-19. Medidas urgentes de impulso de los sectores primario, energético, turístico y territorial

Decreto ley 15/2020, de 10 de septiembre, de medidas urgentes de impulso de los sectores primario, energético, turístico y territorial de Canarias (BOC de 11 de septiembre de 2020)

Trata de impulsar el sector turístico a través de la agilización de trámites para actuaciones de renovación y modernización turística (*i. e.*, supresión de autorizaciones previas o sustitución del régimen de licencia por el de comunicación); la autorización de obras por razones de seguridad sanitaria y distanciamiento social (*i. e.*, posibilita el uso de cubiertas o la ampliación de la ocupación edificatoria); y la regulación de nuevos usos complementarios o auxiliares en los establecimientos de alojamiento.

Respecto al sector energético, se permite que la resolución expresa favorable del Ayuntamiento en relación con la consulta del artículo 9 del Reglamento (Decreto 141/2009) y el artículo 14 del Reglamento (Decreto 6/2015) permita entender el proyecto eximido de licencia urbanística.

Cantabria. Desarrollo urbanístico

Ley de Cantabria 1/2020, de 28 de mayo, de Medidas Urgentes para el Desarrollo Urbanístico de Cantabria (BOC de 29 de mayo de 2020)

Introduce cambios en el Plan de Ordenación del Litoral y en la tramitación de la aprobación de un Plan General. En concreto, posibilita la aprobación parcial del Plan General respecto del área que no resulte afectada por las objeciones a la aprobación definitiva del plan o por la adaptación al Plan de Ordenación del Litoral.

Castilla-La Mancha. Declaración de proyectos prioritarios para la economía

Ley 5/2020, de 24 de julio, de Medidas Urgentes para la Declaración de Proyectos Prioritarios en Castilla-La Mancha (DOCM de 31 de julio de 2020)

Establece un marco de tramitación preferente, agilización y simplificación administrativa para el desarrollo de proyectos prioritarios, así como para fomentar e incentivar iniciativas empresariales que atraigan inversiones en sectores económicos estratégicos. Para ello, modifica, entre otras, la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, simplificando procedimientos y requisitos administrativos.

Castilla y León. Simplificación de licencias

Decreto-Ley 4/2020, de 18 de junio, de impulso y simplificación de la actividad administrativa para el fomento de la reactivación productiva en Castilla y León (BOCyL de 19 de junio de 2020)

Somete al régimen de declaración responsable la primera ocupación o utilización y las instalaciones de aprovechamiento de energía solar de autoconsumo; modifica la Ley 5/1999 y normativa ambiental (Decreto 1/2015, Decreto 189/1997 y Decreto 127/2003), y deroga decretos relativos al registro de ayudas. Ha sido convalidado (BOCyL de 1 de junio de 2020).

Cataluña. Medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y prenda catalana

Ley 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente (DOGC de 30 de abril de 2020)

Introduce, entre otras, modificaciones en materia de turismo, vivienda, carreteras y urbanismo. Destacan los cambios en la definición de empresas y alojamientos turísticos, en los requerimientos de las viviendas de uso turístico para iniciar la actividad y respecto al régimen sancionador. En relación con la obligación de conservación y mantenimiento de los edificios de viviendas, sustituye el "certificado de aptitud" de la Administración por un distintivo identificador de la realización y

entrega del informe técnico sobre el estado del edificio (ITE). Introduce la posibilidad de autorizar la utilización de la zona de servidumbre para destinarla a aparcamiento de vehículos y cambios en la medición de la línea de edificación de carreteras, así como cambios en la reparcelación, en la exigibilidad del cobro de los gastos de urbanización y respecto a la posibilidad de exigencia de un informe de idoneidad técnica para el otorgamiento de licencias urbanísticas. Por último, establece la innecesariedad de informe preceptivo para la obtención de licencia para instalar paneles solares en las paredes o en la cubierta de los edificios en ciertos supuestos. Corrección de errores en DOGC de 18 de mayo y 4 de junio de 2020.

Cataluña. Turismo

Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña (DOGC de 6 de agosto de 2020)

Define los requisitos de clasificación de las empresas y las actividades turísticas, y regula la disciplina administrativa y el modelo de gobernanza de acuerdo con las previsiones de la Ley de Turismo. Al hacerlo, integra las distintas normativas turísticas de aplicación mediante su refundición y derogación.

Cataluña. Contratos de arrendamiento de vivienda. Contención de rentas

Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda (DOGC de 21 de septiembre de 2020)

Limita las rentas de los contratos de arrendamiento de viviendas destinadas a residencia permanente, situadas en un área declarada con mercado de vivienda tenso, para las que será de aplicación el índice de referencia de precios de alquiler de viviendas determinado por el departamento competente en materia de vivienda, con la imposición de limitaciones a la hora de suscribir o renovar estos contratos.

Cataluña. Alquiler de viviendas. Índice de referencia de precios

Resolución TES/2318/2020, de 22 de septiembre, por la que se actualiza la relación de los municipios de Cataluña donde es aplicable el índice de referencia de precios de alquiler de viviendas (DOGC de 29 de septiembre de 2020)

Aprueba la relación actualizada de los municipios donde es aplicable el índice de referencia de precios de alquiler de viviendas regulado en la Orden GAH/142/2017.

Cataluña. COVID-19. Locales de negocio arrendados. Medidas urgentes

Decreto ley 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados (DOGC de 22 de octubre de 2020)

Establece, entre otras medidas, la posibilidad de reducir al 50 % la renta y otras cantidades debidas por el arrendatario de locales de negocio, en caso de suspensión del desarrollo de la actividad; o la reducción de la renta y otras cantidades debidas por el arrendatario de estos en una proporción igual a la mitad de la pérdida de aprovechamiento del inmueble, en caso de restricción parcial de su aprovechamiento. Ha sido convalidado (DOG de 10 de noviembre de 2020).

Cataluña. COVID-19. Refuerzo de la protección del derecho a la vivienda

Decreto ley 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la COVID-19 (DOG de 4 de noviembre de 2020)

Modifica la DA 1.^a y añade una DA 3.^a a la Ley 24/2015, para permitir que las personas en riesgo de exclusión residencial puedan permanecer en su domicilio mientras el obligado a ofrecerles una propuesta de alquiler social en los términos regulados en la citada Ley no acredite el cumplimiento de esta obligación; y para evitar el lanzamiento de las personas en riesgo de exclusión residencial mientras estén vigentes medidas que comporten restricciones a la libertad de circulación por razones sanitarias. Ha sido convalidado (DOG de 24 de noviembre de 2020).

Extremadura. COVID-19. Ordenación del territorio

Decreto-ley 10/2020, de 22 de mayo, de medidas urgentes para la reactivación económica en materia de edificación y ordenación del territorio destinadas a dinamizar el tejido económico y social de Extremadura, para afrontar los efectos negativos de la COVID-19 (DOE de 25 de mayo de 2020)

Introduce diversos cambios en la regulación urbanística de Extremadura. Reduce el plazo máximo para el procedimiento de otorgamiento de licencia de primera ocupación o utilización estableciendo un régimen de silencio positivo; exime a las actividades agropecuarias, cinegéticas, forestales, etc., del requisito de obtener calificación rústica; flexibiliza la implantación de usos en edificios; elimina, para los nuevos desarrollos de usos industriales o terciarios en el suelo urbanizable, los condicionantes establecidos en cuanto a estándares mínimos de los que debe gozar el núcleo de población para poder clasificar nuevo suelo como urbanizable; establece que no recibirán el tratamiento de actuaciones disconformes y se considerarán con licencia a todos los efectos las actividades que se hubieran implantado con anterioridad al año 1975; y modifica el régimen transitorio introduciendo la obligación de que todos los planes se adapten en un periodo máximo de seis años.

Galicia. Plan básico autonómico

Resolución de 25 de mayo de 2020 de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, por la que se aprueba la actualización del Plan básico autonómico de Galicia (DOG de 15 de junio de 2020)

Modifica el Plan básico autonómico para su actualización y la inclusión de nuevos instrumentos de ordenación del territorio, espacios protegidos, biodiversidad, información de costas, red hidrográfica, paisaje, carreteras, etc.

Galicia. Paisaje

Decreto 96/2020, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 7/2008, de 7 de julio, de protección del paisaje de Galicia (DOG de 8 de julio de 2020)

Desarrolla la Ley 7/2008 y la Ley 2/2016 para establecer la protección, gestión y ordenación del paisaje. Establece la consideración del paisaje en los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, y regula los catálogos, las directrices y los planes de acción de paisaje.

Galicia. Censo de Suelo Empresarial. Estructura y funcionamiento

Decreto 175/2020, de 15 de octubre, por el que se regula el Censo de Suelo Empresarial de Galicia y su régimen sancionador (código de procedimiento VI500A) (DOG de 27 de octubre de 2020)

Regula la estructura y funcionamiento del Censo de Suelo Empresarial de Galicia, registro público administrativo gestionado por el IGVS, así como el régimen sancionador. Este tiene como finalidad conocer el suelo disponible y el grado de ocupación de las áreas empresariales, con el objeto de ser un instrumento de evaluación, planificación y actualización de las necesidades de suelo empresarial.

Madrid. Viviendas de concesión demanial

Decreto 84/2020, de 7 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el procedimiento de asignación y el uso de viviendas construidas al amparo de concesión demanial en suelos de redes supramunicipales (BOCM de 9 de octubre de 2020)

Establece el procedimiento para la asignación de viviendas que en ejecución de concesión demanial se promuevan en suelos de redes supramunicipales y su régimen de uso por quienes resulten beneficiarios.

Madrid. Suelo. Impulso y reactivación de la actividad urbanística

Ley 1/2020, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística (BOCM de 15 de octubre de 2020)

Se modifica el actual régimen autorizatorio urbanístico previo, revisando los procedimientos de intervención administrativa en los actos de construcción, edificación y uso del suelo, y manteniendo básicamente la necesidad de autorización administrativa previa para aquellos supuestos en los

que así viene determinado por la normativa básica estatal. Se prioriza el mecanismo de declaración responsable en aquellas actuaciones que, por su alcance y naturaleza, no tienen un impacto susceptible de control a través de la técnica autorizatoria.

Murcia. COVID-19. Vivienda e infraestructuras

Decreto-Ley 3/2020, de 23 de abril, de mitigación del impacto socioeconómico del COVID-19 en el área de vivienda e infraestructuras (BORM de 28 de abril de 2020)

Modifica la normativa en materia de, entre otros, urbanismo, vivienda y puertos. En cuanto a urbanismo, define los estudios de detalle como instrumentos complementarios para adaptar pequeñas actuaciones urbanísticas y aclara la no necesidad de someterlos a evaluación ambiental, compatibilizando su tramitación con la obtención de la licencia de edificación; modifica la consideración de modificación estructural del planeamiento y su tramitación; amplía los supuestos sujetos a declaración responsable; y modifica los supuestos sujetos a evaluación ambiental.

Respecto a vivienda destacan las medidas relativas a vivienda protegida (*e. g.*, elimina el tanteo y retracto de la Administración sobre ciertas viviendas de protección y la condición de que toda vivienda protegida estará sujeta al régimen legal de protección mientras se mantenga la calificación del suelo).

Convalidado por acuerdo de 6 de mayo de 2020 (BORM de 16 de julio de 2020).

Murcia. Edificaciones transitorias

Decreto-Ley 7/2020, de 18 de junio, de medidas de dinamización y reactivación de la economía regional con motivo de la crisis sanitaria (COVID-19) (BORM de 19 de junio de 2020)

Amplía el régimen transitorio de edificación y uso en suelo urbanizable sectorizado para permitir edificaciones aisladas destinadas a industria cuando se haya aprobado inicialmente una modificación del planeamiento y no se perjudiquen derechos urbanísticos de los propietarios del sector. Modifica la Ley 13/2015. Ha sido convalidado (BORM de 16 de julio de 2020).

Murcia. Recuperación y protección integral del Mar Menor

Ley 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor (BORM de 1 de agosto de 2020)

Tiene por objeto la protección, recuperación, desarrollo y revalorización de la riqueza biológica, ambiental, económica, social y cultural del Mar Menor, y la articulación de las distintas políticas públicas al efecto. Es de aplicación al Mar Menor y, total o parcialmente, a determinados términos municipales.

Murcia. Lucha contra la ocupación de viviendas

Decreto Ley 10/2020, de 8 de octubre, por el que se establecen medidas de lucha contra la ocupación de las viviendas en la Región de Murcia y se modifica la Ley 2/2012, de 11 de mayo, y el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (BORM de 15 de octubre de 2020)

Entre otras medidas, modifica la Ley 6/2015 para crear un canal de denuncias y perseguir la ocupación; incluir, entre los requisitos de acceso en propiedad a las viviendas de promoción pública, el no haber sido sancionado por ocupación o usurpación en los últimos diez años; dotar de asistencia letrada a víctimas de la ocupación; y compeler a las empresas suministradoras a comunicar la ocupación de una vivienda en cuanto tengan fundadas sospechas sobre su existencia. Ha sido convalidado (BORM de 7 de noviembre de 2020).

Murcia. COVID-19. Ayudas a los alquileres de vivienda habitual

Orden de la Consejería de Fomento e Infraestructuras de 9 de noviembre de 2020 por la que se convocan ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (2.ª convocatoria) (BORM de 13 de noviembre de 2020)

Convoca de nuevo ayudas para los arrendatarios de vivienda habitual que, como consecuencia del impacto del COVID-19, se encuentren en situación de vulnerabilidad. Pueden consistir en ayudas al alquiler en casos de dificultad transitoria para atender al pago de la renta, o para hacer frente a la devolución de las ayudas transitorias de financiación que fueron ofrecidas por las entidades bancarias al amparo de la legislación estatal.

Navarra. Carreteras

Decreto-Ley Foral 6/2020, de 17 de junio, por el que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19) (BON de 23 de junio de 2020)

Autoriza excepcionalmente la instalación de sistemas de generación de energía eólica y su evacuación en una subcategoría de suelo no urbanizable. Además, modifica la Ley Foral 5/2007 para modificar las obras y usos autorizables en las distintas zonas de afección de carreteras (la zona de protección, la explanación y la zona de dominio público y la de servidumbre). Convalidado por acuerdo del 25 de junio (BON de 13 de julio de 2020).

Navarra. Plan de control e inspección en materia de vivienda 2021 y 2022

Orden Foral 33/2020, de 4 de noviembre, del Consejero de Ordenación del Territorio, Vivienda, Paisaje y Proyectos Estratégicos, por la que se aprueba el VII Plan de control e inspección en materia de vivienda para los años 2021 y 2022 (BON de 1 de diciembre de 2020)

El plan establece una serie de ejes estratégicos en relación con la promoción y edificación de viviendas, la adjudicación, transmisión y cesión de vivienda protegida, su destino y uso, la existencia de viviendas deshabitadas y las ayudas para el pago de la renta de alquiler por parte de los jóvenes y de las unidades familiares con bajos ingresos. Describe las líneas de actuación y los objetivos perseguidos, y define medidas de control previo en la actuación administrativa y de control posterior, de vigilancia e inspección.

Navarra. Arrendamientos de vivienda de protección oficial

Resolución 274/2020, de 17 de noviembre, del Director General de Vivienda, por la que se determinan los precios máximos de renta aplicables durante 2021 a los nuevos contratos de arrendamiento de viviendas de protección oficial de régimen especial, viviendas de protección oficial calificadas al amparo de la Ley Foral 10/2010, y viviendas protegidas de todo tipo calificadas en régimen de propiedad arrendadas por propietarios particulares (BON de 30 de noviembre de 2020)

Diferencia el importe máximo mensual de renta de las viviendas (incluyendo garajes, trasteros y otros anejos) de los nuevos contratos de arrendamiento de viviendas de protección oficial de régimen especial (VPOE), viviendas de protección oficial calificadas al amparo de la Ley Foral 10/2010 (VPO), y viviendas protegidas calificadas en régimen de propiedad arrendadas por propietarios particulares, que están sitas en Pamplona y en la comarca de Tudela, Estella y Tafalla, de aquellas situadas en el resto de municipios.

Valencia. Tanteo y retracto

Decreto Ley 6/2020, de 5 de junio, del Consell, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto (DOGV de 11 de junio de 2020)

Refuerza los derechos de tanteo y retracto en transmisiones de vivienda protegida y sujeta determinadas transmisiones de vivienda libre (tanto vía transmisión de activos como por transmisión de acciones o participaciones de las sociedades propietarias) a estos derechos. En concreto, en las transmisiones de viviendas adquiridas mediante dación en pago de deuda con garantía hipotecaria; de viviendas adquiridas en un proceso judicial de ejecución hipotecaria o en un procedimiento de venta extrajudicial en sede notarial; de edificios (mínimo de cinco viviendas y destino principal residencial) si se transmite al menos el 80 %; y de diez o más viviendas.

Modifica la Ley 8/2004, la Ley 2/2017 y el Decreto 75/2007. Ha sido convalidado (DOGV de 23 de julio de 2020).

Valencia. Energías renovables

Decreto ley 14/2020, de 7 de agosto, del Consell, de medidas para acelerar la implantación de instalaciones para el aprovechamiento de las energías renovables por la emergencia

climática y la necesidad de la urgente reactivación económica (DOCV de 28 de agosto de 2020)

Tiene por objeto, entre otros, los siguientes propósitos: establecer las instalaciones eléctricas para el aprovechamiento de las energías solar y eólica como de interés estratégico; regular criterios y requisitos territoriales, urbanísticos, paisajísticos, medioambientales y energéticos exigibles a los proyectos de centrales fotovoltaicas; y establecer un procedimiento administrativo específico, único y coordinado para autorizar la implantación de centrales fotovoltaicas y parques eólicos sobre el suelo no urbanizable. Ha sido convalidado (DOGV de 14 de septiembre de 2020).

Valencia. Tanteo y retracto

Circular número 1/2020, de 17 de noviembre, de la Dirección General de Vivienda y Regeneración Urbana, para la aplicación del Decreto ley 6/2020, de 5 de junio, del Consell, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto (DOGV de 25 de noviembre de 2020)

Delimita el ámbito de aplicación material y temporal del Decreto ley 6/2020. En particular, interpreta los supuestos de transmisiones de edificios y viviendas en que no es necesaria la notificación previa del transmitente ni posterior del adquirente, ni la comunicación por los notarios ni los registradores de la propiedad, a la Dirección General de Vivienda y Regeneración Urbana.

Valencia. Viviendas de protección pública

Orden 7/2020, de 19 de noviembre, por la que se prorroga el régimen excepcional establecido en la disposición transitoria primera del Decreto 191/2013, relativo a los precios, rentas y superficies máximos de las viviendas protegidas de nueva construcción (DOGV de 25 de noviembre de 2020)

El Decreto 191/2013 permitió en su DT 1.^ª que a las solicitudes de calificación de vivienda protegida se les aplicaran condiciones excepcionales de precios, rentas y superficies máximas. Este régimen, que tenía una vigencia de un año, se ha ido prorrogando y vuelve a prorrogarse hasta el 24 de diciembre de 2021.

[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 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 também 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:

- 20 % a partir do final do terceiro ano civil completo após admissão ou seleção para negociação das ações das SIGI numa plataforma de negociação;
- 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

[España]

***Rebus sic stantibus*. COVID-19. Arrendamiento de industria hotelera**

Auto de 25 de junio de 2020, JPI n.º1 de Valencia

El arrendatario de una industria hotelera interpone demanda por la que solicita la modificación del contrato de arrendamiento y la reducción del importe de la renta, al amparo de la doctrina *rebus sic stantibus*. Adicionalmente, solicita medidas cautelares consistentes en que se acuerde un aplazamiento del 50 % de la renta mínima mensual pactada en el contrato de arrendamiento y, subsidiariamente, que se acuerde la suspensión de la ejecutividad del aval bancario a primer requerimiento entregado por la actora a la demandada-arrendadora en garantía del pago de la renta.

Sin prejuzgar el fondo del asunto, respecto de las medidas cautelares, el JPI las estima justificando que se cumplen todos los requisitos legales para ello. Así:

- i. Respecto al *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, se aprecia su existencia, pues efectivamente hay indicios suficientes para entender que podría resultar aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* al ser notorio que la crisis derivada de la pandemia de COVID-19 era imprevisible y que la situación ha afectado de manera inmediata, extraordinaria e intensa a la situación económica de la arrendataria —de hecho, la Orden SND/257/2020 declaró la suspensión de la apertura al público de los establecimientos hoteleros y, aunque posteriormente se volvió a permitir su apertura progresiva, es evidente que las restricciones a la movilidad y al turismo afectan sobremanera a su actividad—.

El JPI desestima la alegación del arrendador de que el riesgo económico era asumido por la arrendataria al haberse acordado el pago de una renta mínima garantizada y una renta variable. Según el JPI, ello supone la asunción tácita de los riesgos ordinarios del negocio (incluso de los derivados de las crisis generadas por ciclos económicos), pero nunca del riesgo generado por una pandemia mundial de la magnitud y virulencia generada, con

confinamiento general de las personas (como tampoco podría haber asumido, en términos razonables, el riesgo de un conflicto armado, por ejemplo).

- ii. Respecto del *periculum in mora*, también lo aprecia el JPI, ya que todos los elementos anteriores llevan a pensar que, si no se adoptara la medida cautelar solicitada, se comprometería la supervivencia de la arrendataria, con lo que no sería posible la efectividad de la tutela judicial efectiva en caso de que posteriormente recayera una sentencia estimatoria de la demanda.

La medida cautelar queda condicionada a que la arrendataria preste fianza o caución en el plazo acordado.

Acción de desahucio y *rebus sic stantibus*

Sentencia de 11 de agosto del JPI e Instrucción n.º 2 de Cáceres

La arrendadora de un local de negocio formuló frente a la arrendataria acción de desahucio por incumplimiento del contrato y de reclamación de la cantidad adeudada, por impago de rentas debidas bajo el contrato de arrendamiento.

La arrendataria se opuso alegando fuerza mayor para justificar la falta de pago de la renta y que concurriría una alteración esencial y sobrevenida de las circunstancias que justificaba la falta de pago de la renta.

El Juzgado resuelve, respecto de la fuerza mayor y con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no resulta aplicable para justificar la imposibilidad del cumplimiento cuando la obligación consiste en una deuda dineraria.

Respecto de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, el Juzgado considera que el cierre forzoso de los negocios al público acordado por el Gobierno al declarar el estado de alarma frustra la finalidad económica primordial del contrato, que en este caso es la venta al público de ropa y complementos en el establecimiento arrendado, quebrando la conmutatividad del contrato, pues para la mercantil arrendataria la posesión del local ya no tiene el valor económico que tenía al concluir el contrato al no poder utilizarlo para desarrollar su negocio. Por otra parte, reconoce que no se trata de un riesgo normal dentro del contrato ni era previsible ni evitable. Asimismo, al objeto de reequilibrar la equivalencia, resalta que el arrendador ha puesto el local a disposición del arrendatario y su posesión le ha proporcionado algunas ventajas que deben remunerarse también (p. ej., ha conservado mercancías y distintos enseres, así como su cartelería, rótulos e imagen exterior, lo que supone una forma de publicidad frente a potenciales clientes futuros), pues en caso contrario se estaría haciendo recaer únicamente sobre el arrendador las consecuencias de la situación excepcional que se ha vivido.

En atención a lo anterior, el Juzgado resuelve, en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, reducir la cantidad de la renta a percibir por la parte arrendadora a un 25 % de la renta pactada durante el tiempo en que tuvo que cerrar el local como consecuencia de la declaración del estado de alarma, y estima, no obstante, la acción de desahucio.

Responsabilidad del *project manager* bajo la LOE

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 15 de octubre de 2020 (sentencia 529/2020)

La sentencia objeto de estudio analiza la naturaleza de la figura del *project manager* y su responsabilidad bajo la LOE ante la interposición de recurso por el *project manager* en el que alegaba su falta de legitimación pasiva por tratarse de un mero gestor del proyecto y no un agente de la edificación de acuerdo con lo previsto en la LOE. Así, el *project manager* solicita que se le exonere de responsabilidad por cuanto su obligación es de medios (asesoramiento técnico) y no de resultados (ejecución de la obra), de modo que no se le puede imputar responsabilidad objetiva y, a lo sumo, deberá acreditarse su negligencia o falta de diligencia en el ejercicio de los servicios contratados.

El Tribunal Supremo reconoce, respecto de la figura del *project manager*, que no existe una definición o concepto por no tratarse de una profesión reglada, y que habrá que estar, por tanto, a la naturaleza y el alcance de las responsabilidades establecidas en cada contrato para determinar si se le puede considerar o no agente de la edificación conforme al artículo 8 de la LOE. Así, en la medida en que se atribuya a estos proveedores, como suele ocurrir en la práctica, la gestión única, dirección y coordinación de los recursos humanos y materiales y, en general, de todos los agentes intervinientes en el proyecto, a lo largo de todo el ciclo de su vida, y la vigilancia del proceso constructivo, se podrá entender que participa en obligaciones que tradicionalmente, y según la legislación vigente, han sido adjudicadas a otros agentes de la edificación.

Insiste el Tribunal en que se debe analizar el contrato en cuestión para determinar si el *project manager* se puede asimilar a alguno de los agentes de la construcción. Así, en ciertos casos se asemeja a la figura del promotor al sustituir a este en su papel dentro del proceso edificatorio, en cuanto a toma de decisiones o contratación, control o vigilancia de la construcción y las obras. O puede también situarse en una posición intermedia entre el promotor y la dirección facultativa si se le encarga el control de la dirección técnica de la obra y la verificación de las certificaciones de obra. En definitiva, se le considerará agente de la edificación si encaja dentro del genérico concepto que se establece en el art. 8 LOE: “*Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Sus obligaciones vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención*”. Además, su responsabilidad será solidaria con el resto de los agentes de la edificación responsables en caso de que su figura, sobre la base de los trabajos contractualmente atribuidos, se asemeje a la del promotor.

En el caso analizado en la sentencia, al calificarse al *project manager* como agente interviniente en el proceso de edificación, deberá responder, conforme a lo establecido en el artículo 17 de la LOE, frente a los propietarios y terceros adquirentes de los daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos legalmente establecidos.

Extinción del contrato por adjudicación de la vivienda arrendada en procedimiento de ejecución hipotecaria

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 4 de noviembre de 2020 (sentencia 577/2020)

La sentencia objeto de estudio analiza un supuesto en el que la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) interpone frente a los arrendatarios de una vivienda de su titularidad demanda de desahucio por incumplimiento del contrato y de reclamación de la cantidad adeudada, a la que los arrendatarios se oponen por considerar resuelto el contrato de arrendamiento y alegar que se encuentran en situación de precario (contrato por el que se ocupa sin título y de manera gratuita un inmueble).

Como antecedentes de hecho relevantes, conviene destacar que las cantidades reclamadas se refieren al periodo transcurrido desde la fecha en que la SAREB resultó adjudicataria del inmueble en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se interpuso la demanda, y que el contrato de arrendamiento inicial, regido por la Ley de Arrendamientos Urbanos según el texto de la Ley 4/2013, de 4 de junio, no se inscribió nunca en el Registro de la Propiedad.

Bajo los condicionantes temporales anteriores, el recurso queda circunscrito a resolver una cuestión de naturaleza jurídica: si una vez se adjudica el inmueble a la SAREB es posible considerar vigente el arrendamiento y, por tanto, queda justificada la reclamación de las rentas; o si, por el contrario, se encuentran los demandados, tras la adjudicación de la vivienda a la SAREB y extinguido el arrendamiento concertado con el anterior propietario (por no hallarse este inscrito en el Registro de la Propiedad), en situación de precario.

El Tribunal Supremo adopta la segunda posición sobre la base de que, tras la reforma del art. 13 de la LAU, por la ley 4/2013, se establece expresamente que el contrato de arrendamiento quedará extinguido (art. 13.1 párrafo I), y el art. 7.2 de la citada disposición general señala, por su parte, que el contrato deja de surtir efectos con respecto al tercero adquirente si no está inscrito el arrendamiento en el correspondiente registro de la propiedad, como es el caso que nos ocupa.

Así, la posición en la que quedarían desde la adjudicación los antiguos arrendatarios es la de precario, respecto de la que el Tribunal Supremo recuerda que es una *"situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo"*.

Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo resuelve que no cabe fundar la demanda en la reclamación de las rentas con respecto a un contrato de arrendamiento extinguido, sin que, por lo tanto, existan vínculos contractuales arrendaticios entre la sociedad demandante y los anteriores arrendatarios demandados, sin perjuicio de las otras alternativas con las que cuente la sociedad accionante para reclamar los perjuicios sufridos por la ocupación del inmueble.

Cómputo del plazo de prescripción de las cuotas de urbanización

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) n.º 540/2020 de 25 de mayo

El Tribunal Supremo establece que, en relación con la exigencia de las cuotas de urbanización a los propietarios de las parcelas, el plazo de prescripción se computa desde que se concluye la urbanización de la unidad reparcelable, siendo este plazo el de cinco años de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil.

La nulidad parcial de un plan general

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) n.º 569/2020 de 27 de mayo

El Tribunal Supremo declara la nulidad parcial del Plan General de Ordenación Supletorio de Yaiza (Canarias), en la zona afectada por el dominio público marítimo terrestre y sus zonas de servidumbre, al haberse omitido en su tramitación un informe preceptivo y vinculante, el de la demarcación de costas del Ministerio de Fomento.

El Tribunal Supremo establece que, aunque los vicios de procedimiento esenciales en la elaboración de los planes urbanísticos conllevan la nulidad de pleno de la totalidad del plan impugnado sin posibilidad de subsanar el vicio apreciado para la declaración de nulidad, si este vicio pudiera individualizarse respecto de un determinado ámbito territorial del plan, sin afectar al resto de ese ámbito territorial, podrá declararse la nulidad parcial del plan respecto de esas concretas individualizaciones.

Efectos de los convenios urbanísticos de planeamiento

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de junio de 2020 (recurso ordinario n.º 331/2018)

El Tribunal Superior de Justicia determina que los convenios urbanísticos de planeamiento solo pueden generar obligaciones y efectos jurídicos entre quienes los firman

El TSJ detalla que la potestad de planeamiento no puede encontrar límite en los convenios urbanísticos de planeamiento ni a los derechos de impugnación de esta, puesto que no resulta admisible una disposición de la potestad de planeamiento por vía contractual.

El Tribunal Supremo avala la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid que afecta al estadio Wanda Metropolitano

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) n.º 1375/2020 de 21 de octubre

El Tribunal Supremo declara ajustada al ordenamiento jurídico la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, aprobada en 2016, relativa al actual estadio Wanda Metropolitano.

La Sala determina suficientemente motivada la modificación de 2016, puesto que responde a la necesidad de adaptación de la ciudad de Madrid a la nueva realidad sociológica de 2016, y el convenio suscrito entre el Ayuntamiento de Madrid y el Club Atlético de Madrid en 2008 coadyuva a la solución a dos problemas estratégicos de la ciudad: los de las áreas Mahou-Calderón y Parque Olímpico.

Además, en relación con la afectación acústica y la ausencia del informe sobre impacto de género como vicios invalidantes de la modificación, el Tribunal Supremo determina, por una parte, que los estudios acústicos deberán posponerse al momento de certeza de los usos, y, por otra, que el citado informe no constituye un elemento esencial para la aprobación.

El Alto Tribunal destaca la importancia otorgada a la participación ciudadana como mecanismo para la legitimidad democrática de los instrumentos de planeamiento (arts. 9.2 y 105 CE), ya que, junto con los principios de discrecionalidad técnica y autonomía local, viabiliza las modificaciones urbanísticas de la ciudad y permite tomar decisiones estratégicas de futuro, en un marco de seguridad jurídica. Queda patente, así, la tendencia hacia un urbanismo transparente, donde una mayor información y participación en el proceso de elaboración de los instrumentos urbanísticos resulta trascendental para garantizar su oportunidad y acierto.

La nulidad de un plan por omisión de obtención de informe preceptivo en materia de hidrocarburos

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) Sentencia n.º 1402/2020 de 26 de octubre

El Tribunal Supremo declara que, en el marco de la tramitación de un plan urbanístico en el que existan terrenos ocupados por instalaciones de almacenamiento y distribución de hidrocarburos (Tarragona), se considerará como preceptiva la obtención de un informe de la Administración estatal en materia de hidrocarburos, y su omisión se considerará como la omisión de un trámite sustancial en la elaboración de planeamiento, lo que conllevará la nulidad de pleno derecho del plan urbanístico.

3. Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Caducidad y cancelación de anotaciones preventivas de embargo ex art. 210.1.8.ª LH

Resolución de 15 de junio de 2020 (BOE de 3 de agosto de 2020)

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha establecido que las anotaciones preventivas de embargo prorrogadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pueden ser canceladas mediante instancia privada por aplicación del artículo 210.1.8.ª LH.

Se plantea en este expediente si se puede cancelar una anotación preventiva de embargo inscrita en 1991 y prorrogada en 1995 mediante el procedimiento de instancia privada previsto en el artículo 210.1.8.ª LH. Tras la solicitud de cancelación por el interesado por medio de instancia privada, el registrador de la propiedad considera que la anotación preventiva de embargo está sometida a un prórroga indefinida por aplicación del artículo 199.2 RH y, por tanto, su cancelación requiere la pertinente resolución judicial (y el transcurso de los seis meses previstos en el artículo 157 LH), o bien un mandamiento judicial de cancelación.

La dirección considera que, si bien las anotaciones preventivas de embargo prorrogadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC no caducan por aplicación del artículo 199.2 RH, el artículo 210.1.8.ª LH es aplicable al supuesto examinado por considerarse a las anotaciones preventivas de embargo como una garantía con eficacia real.

Por tanto, transcurridos veinte años desde el último asiento practicado en relación con el procedimiento en el que se reclama la deuda y que causó la inscripción de la anotación preventiva de embargo (en el caso concreto, nota al margen de expedición de certificación de dominio y cargas de 1996 en relación con el procedimiento que motivo la anotación), se puede solicitar la cancelación de la referida anotación a través de instancia privada.

Denegación de inscripción de cláusula de cancelación de condición resolutoria mediante documento privado

Resolución de 10 de agosto de 2020 (BOE de 30 de septiembre de 2020)

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública analiza en este recurso la posibilidad de inscribir un pacto de cancelación de condición resolutoria explícita en una escritura de compraventa de bien inmueble mediante instancia privada con firmas legitimadas en la que conste el consentimiento del vendedor (beneficiario de la condición) a la cancelación de la condición.

El centro directivo considera que los artículos 3 y 82 LH no permiten la inscripción del pacto de cancelación de condición resolutoria mediante documento privado al entender que la cancela-

ción de las inscripciones practicadas mediante escritura pública por medios distintos de sentencia firme, escritura pública o documento auténtico (*ex artículo 82,I LH*) solo cabe en supuestos en los que el derecho inscrito quede extinguido de manera indubitada de modo que la cancelación devenga automática, sin que sea preciso un nuevo consentimiento del titular.

La cancelación automática es posible por declaración de la ley o cuando resulte del título causante de la inscripción (*ex art. 82,II LH*), pero en este último supuesto solo podrá verificarse la cancelación mediante instancia privada cuando las partes hayan establecido un plazo de caducidad para el derecho inscrito, pues bastará la acreditación de haber transcurrido el plazo pactado para que el derecho se entienda extinguido.

[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

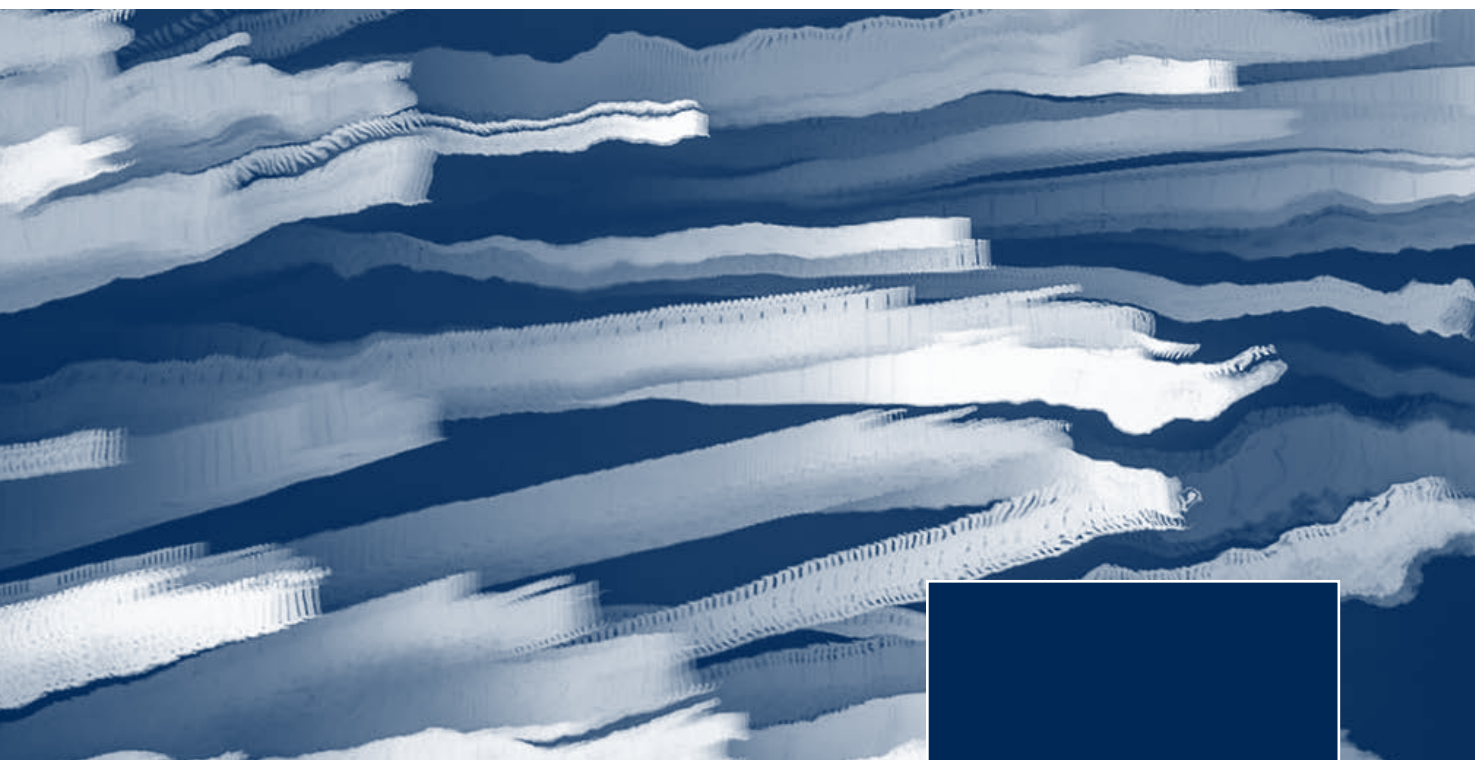
O STJ foi chamado a decidir sobre a licitude da utilização para alojamento local de uma fração autónoma inserida num prédio constituído em propriedade horizontal.

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.

10 de diciembre de 2020



Laboral y
Seguridad Social

Laboral y Seguridad Social*

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

[España]

Igualdad retributiva entre mujeres y hombres

Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE de 14 de octubre de 2020)

El Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (“RD 902/2020”), establece un conjunto de medidas específicas que tiene como objetivo hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva, y al desarrollo de los mecanismos necesarios para identificar la existencia de brechas retributivas injustificadas o discriminatorias.

El RD 902/2020 define los dos elementos básicos para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y no discriminación: (i) el principio de transparencia, que permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor y cuantía de las retribuciones permitiendo deducir e identificar posibles discriminaciones, tanto directas como indirectas; y (ii) la obligación de igual retribución por trabajos de igual valor, aportando todos los datos que deben ser tenidos en cuenta para un correcto ejercicio de valoración.

Todas las empresas deben tener un registro retributivo de toda su plantilla, incluido el personal directivo y los altos cargos, con la finalidad de garantizar la transparencia en la configuración de las percepciones, de manera fiel y actualizada, y un adecuado acceso a la información retributiva de las empresas, al margen de su tamaño, mediante la elaboración documentada de los datos promediados y desglosados. En este sentido, las empresas tendrán seis meses para adaptar los registros salariales.

El periodo temporal de referencia será con carácter general el año natural, sin perjuicio de las modificaciones que fuesen necesarias en caso de alteración sustancial de cualquiera de los ele-

* Esta sección ha sido elaborada por Jesús Mercader Uguina, Raúl Boo Vicente, Rubén González Rodríguez, Belén Velasco Pardo, María Remedios Rodríguez Fernández y Qudus Lawal Mohammed, del Área Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Valencia y Lisboa).

mentos que integran el registro, de forma que se garantice el cumplimiento de su carácter fiel y actualizado.

La auditoría retributiva, como parte del plan de igualdad, debe incorporar los datos necesarios para comprobar que el sistema de retribución existente en la empresa garantiza de manera transversal y completa la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres. La auditoría retributiva tendrá la vigencia del plan de igualdad del que forma parte, salvo que se determine otra inferior.

La auditoría retributiva cumple con dos propósitos necesarios y complementarios: proporcionar información suficiente, racional y adecuada sobre la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato, así como prevenir situaciones de riesgo discriminatorio cualquiera que sea su origen.

La información retributiva o su ausencia derivada de la aplicación del RD 902/2020, y en la medida en que se den los presupuestos necesarios previstos en la legislación vigente, *“podrá servir para llevar a cabo las acciones administrativas y judiciales, individuales y colectivas oportunas, de acuerdo con el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (“LISOS”), incluida, en su caso, la aplicación de las sanciones que pudieran corresponder por concurrencia de discriminación”*. La discriminación salarial sería, por tanto, considerada una falta muy grave en materia de relaciones laborales (art. 8.12 LISOS), lo que se sanciona con multas que van desde los 6.251 euros a los 187.515 euros (art. 40.1.c LISOS). La obligación de justificación prevista en el artículo 28.3 ET (cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más) tiene exclusivamente el alcance previsto en dicho artículo, sin que pueda aplicarse para descartar la existencia de indicios de discriminación.

Regulación de los planes de igualdad y su registro

Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2020, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE de 14 de octubre de 2020)

La norma entra en vigor el 14 de enero de 2021, aunque se prevé un régimen transitorio para los planes de igualdad vigentes a fecha 14 de enero de 2021, que deberán adaptarse en el plazo previsto para su revisión y, en todo caso, en el plazo máximo de doce meses, contados desde el 14 de enero de 2021, previa negociación.

Se impone la obligación de establecer un plan de igualdad a las empresas que tengan cincuenta o más trabajadores, que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de un convenio colectivo que exija su elaboración o que se vean obligadas por la autoridad laboral en un procedimiento sancionador. Para las empresas que no se encuentren en los supuestos anteriores, la elaboración del plan de igualdad será voluntaria. Respecto al cómputo de los trabajadores, el RD 901/2020 establece su propio sistema de cómputo. Así, se computan todos los trabajadores de la empresa,

cualquiera que sea el tipo de contrato, aunque previendo alguna especialidad respecto a los trabajadores con contratos de duración determinada.

El cómputo se efectuará, al menos, el último día de los meses de junio y diciembre de cada año, y si en alguno de estos momentos se alcanza el umbral, nace la obligación de elaborar y aplicar el plan de igualdad.

El ámbito funcional del plan de igualdad se extiende a la empresa, aunque se permite que se elabore respecto a un grupo de empresas, siempre que se justifique la conveniencia de elaborar un único plan.

La negociación debe iniciarse en el plazo de tres meses contados desde que se alcanzaron los umbrales que determinan la obligación de negociar el plan de igualdad. En el caso de que su aplicación derive de la aplicación de un convenio colectivo o de que se haya acordado por la autoridad laboral, se deberá estar a lo que estos hayan establecido. En todo caso, las empresas deberán tener negociado y aprobado su plan de igualdad, y presentada la solicitud de registro, en el plazo máximo de un año a contar desde el día siguiente a la fecha en que finalice el plazo previsto para iniciar el procedimiento de negociación, de conformidad con lo que se acaba de señalar.

Los planes de igualdad, incluidos los diagnósticos previos, deben ser negociados con los representantes legales de las personas trabajadoras. A tal efecto se constituirá una comisión con representación paritaria de empresa y trabajadores. En este sentido, por parte de los trabajadores se debe distinguir si existe o no representación de los trabajadores, ya que en el caso de que esta exista, los representantes legales tendrán la competencia para la negociación del plan de igualdad y, en caso contrario, se deberá constituir una comisión *ad hoc* compuesta por representantes de los sindicatos más representativos o representativos del sector al que pertenezca la empresa. La representación será mixta si la empresa tiene representantes de los trabajadores en algunos centros y en otros no.

La vigencia del plan de igualdad será la pactada, pero con un máximo de cuatro años, aunque se deberá hacer de forma periódica un seguimiento y evaluación de las medidas previstas, y como mínimo una evaluación intermedia y otra final. Igualmente, se establecen determinadas situaciones (p. ej., cuando deba hacerse como consecuencia de los resultados del seguimiento, cuando se modifique de forma sustancial la plantilla, entre otras) en las que el plan deberá ser revisado.

Las medidas que se contengan en el plan de igualdad de la empresa usuaria serán aplicables a las personas trabajadoras cedidas por empresas de trabajo temporal durante los períodos de prestación de servicios.

Los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes. La inscripción en el registro permitirá el acceso público al contenido de los planes de igualdad.

Prórroga de los ERTE

Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE de 30 de septiembre de 2020)

El Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo ("RDL 30/2020"), incorpora importantes novedades en materia laboral:

Los expedientes de regulación temporal de empleos ("ERTE") de fuerza mayor ("FM") vigentes, basados en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 ("RDL 8/2020"), se prorrogarán automáticamente hasta el 31 de enero de 2021 (art. 1).

Se establecen nuevas modalidades de ERTE, previéndose los requisitos y el alcance de cada una de ellas en la norma. Así, podemos distinguir entre:

- i. ERTE por impedimento de actividad (art. 2.1): se refiere a las situaciones en las que las empresas y entidades de cualquier sector o actividad vean impedido el desarrollo de su actividad en alguno de sus centros de trabajo, como consecuencia de nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas, a partir del 1 de octubre de 2020, por autoridades españolas o extranjeras, siendo necesaria la previa autorización de la autoridad laboral competente, con base en lo previsto en el artículo 47.3 ET, cuya duración quedará restringida a la de las nuevas medidas de impedimento. En relación con estos ERTE, se establecen distintos porcentajes de exoneración de cotizaciones de Seguridad Social ("SS") en función del número de personas trabajadoras de la empresa.

Además, se establece el mantenimiento de la vigencia de los ERTE por rebrote autorizados con base en lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional 1.^ª del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial ("RDL 24/2020"), en los términos recogidos en las correspondientes resoluciones estimatorias, expresas o por silencio (DT única). No obstante, se prevé la adaptación de su régimen, de manera que desde el 1 de octubre de 2020, y hasta el 31 de enero de 2021, resultarán aplicables a dichos expedientes los porcentajes de exoneración previstos para los ERTE por impedimento (art. 2.1 RDL 30/2020), así como los límites y la salvaguarda a la que hacen referencia los artículos 4.2 (Límites relacionados con reparto de dividendos y transparencia fiscal) y 5.2 (Salvaguarda del empleo) RDL 30/2020.

- ii. ERTE por limitación de actividad (art. 2.2): se refiere a las situaciones en las que las empresas y entidades de cualquier sector o actividad vean limitado el desarrollo normalizado de su actividad a consecuencia de decisiones o medidas adoptadas por las autoridades españolas, siendo necesaria la autorización previa de la autoridad laboral competente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 47.3 ET. En relación con estos ERTE, se establecen distintos porcentajes de exoneración de cotizaciones de SS en función del número de personas trabajadoras de la empresa, así como del período en el que se produzca, reduciéndose el porcentaje desde octubre de 2020 hasta enero de 2021.

En ambos supuestos, se establece que las exenciones en la cotización se aplicarán por la Tesorería General de la Seguridad Social (“TGSS”) a instancia de la empresa, previa comunicación de la identificación de las personas trabajadoras y periodo de la suspensión o reducción de jornada, y previa presentación de declaración responsable, respecto de cada código de cuenta de cotización y mes de devengo.

Las exenciones en la cotización no tendrán efectos para los trabajadores y se mantendrá la consideración del periodo en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en el apartado 1 del artículo 20 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de General de la Seguridad Social (“LGSS”).

Los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (“ETOP”) vinculadas a la COVID-19 que hayan sido iniciados tras la entrada en vigor del RDL 30/2020, y hasta el 31 de enero de 2021, les resultará de aplicación el artículo 23 RDL 8/2020, con determinadas especialidades (art. 3).

Se prorrogan los límites para la tramitación de los ERTE respecto de las empresas y entidades que tengan su domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales, así como los establecidos en relación con el reparto de dividendos para empresas y sociedades acogidas a determinadas medidas de regulación temporal de empleo, recogidas en el artículo 5 del RDL 24/2020, y se extiende su aplicación a los ERTE por impedimento o limitación de actividad desde su entrada en vigor (art. 4).

Se mantienen vigentes los compromisos de mantenimiento del empleo regulados en la disposición adicional 6.ª del RDL 8/2020 y en el artículo 6 RDL 24/2020 en los términos previstos en dichos preceptos y por los plazos recogidos en estos. Adicionalmente, se establece que las empresas que, conforme a lo previsto en el RDL 30/2020, reciban exoneraciones en las cuotas a la SS quedarán comprometidas, con base en la aplicación de dichas medidas excepcionales, a un nuevo periodo de seis meses de salvaguarda del empleo, cuyo contenido, requisitos y cómputo se efectuarán en los términos establecidos en la disposición adicional 6.ª del RDL 8/2020. No obstante, si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido en virtud de lo establecido en el RDL 8/2020 y en el artículo 6 RDL 24/2020, el inicio del periodo previsto en este apartado se producirá cuando aquel haya terminado (art. 5).

Se prohíbe la realización de horas extraordinarias, así como de nuevas externalizaciones de actividad o nuevas contrataciones, directas o indirectas, durante la aplicación de los ERTE, salvo en aquellos supuestos en los que no se puedan cubrir dichas necesidades por las personas que presten servicios en el centro de trabajo afectado, y siempre previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de los trabajadores (art. 7).

La cuantía de la prestación por desempleo reconocida a las personas trabajadoras afectadas por los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada referidos en este real decreto-ley se determinará aplicando, a la base reguladora de la relación laboral afectada por el expediente, el porcentaje del 70 % hasta el 31 de enero de 2021 (art. 8.4).

Solamente no se computarán en ningún momento como consumidas las prestaciones por desempleo disfrutadas, durante los ERTE regulados en los artículos 22 y 23 RDL 8/2020, los nuevos ERTE por impedimento o limitación de actividad y los ERTE referidos en la disposición adicional 1.ª RDL 24/2020, por aquellas personas que accedan a un nuevo derecho, antes del 1 de enero de 2022, como consecuencia de la finalización de un contrato de duración determinada o de un despido, individual o colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o un despido por cualquier causa declarado improcedente (art. 8.7).

Se establece un régimen especial de exoneraciones para las empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura y reducida tasa de recuperación de actividad o integrantes de la cadena de valor o indirectamente dependientes de ellas.

La disposición adicional 1.ª RDL 30/2020 establece que, entre el 1 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021, quedan exoneradas del abono de la aportación empresarial a la cotización a la SS y por conceptos de recaudación conjunta, en los porcentajes y condiciones que se indican en el siguiente apartado, las siguientes empresas:

- i. Empresas a las que se prorrogue automáticamente el ERTE FM vigente, basado en el artículo 22 RDL 8/2020, según lo establecido en el artículo 1.1 RDL 30/2020, y que tengan la consideración de pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura por ERTE y una reducida tasa de recuperación de actividad.
- ii. Empresas a las que se refiere el artículo 3.3 RDL 30/2020 que transiten desde un ERTE FM basado en las causas del artículo 22 RDL 8/2020 a un ERTE ETOP durante la vigencia de esta norma, y cuyas actividades se clasifiquen en alguno de los códigos del CNAE previstos en el anexo del RDL 30/2020 en el momento de su entrada en vigor.
- iii. Empresas titulares de un ERTE ETOP basado en el artículo 23 RDL 8/2020, a las que se refiere el artículo 4.2 RDL 24/2020 (*i. e.*, en origen o resultado de la transición desde un ERTE FM), cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos del CNAE previstos en el anexo del RDL 30/2020 en el momento de su entrada en vigor.
- iv. Empresas que, habiendo sido calificadas como dependientes o integrantes de la cadena de valor, transiten desde un ERTE FM basado en el artículo 22 RDL 8/2020 a un ERTE ETOP, conforme a lo establecido en el artículo 3.3 RDL 30/2020.

Los artículos 2 y 5 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 ("RDL 9/2020"), sobre la prohibición de despedir por causas de FM o ETOP vinculadas con la COVID-19 y la prórroga de la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales permanecerán vigentes hasta el 31 de enero de 2021 (art. 6).

Trabajo a distancia

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE de 23 de septiembre de 2020)

El nuevo régimen normativo será de aplicación a toda forma de trabajo por cuenta ajena (artículo 1.1 ET) que se desarrolle a distancia con carácter regular, entendiéndose por este el que se preste a distancia, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del 30 % de la jornada o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo (art. 1), aunque se establece la posibilidad de que los convenios o acuerdos colectivos regulen un porcentaje o período de referencia inferior (DA 1.^a). Además, se establece un porcentaje mínimo del 50 % de trabajo presencial en el caso de menores y de contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje.

La igualdad de trato de los trabajadores a distancia respecto de las personas trabajadoras que prestan servicios en modalidad presencial se impone en materia de condiciones de trabajo (retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional) y de derechos de conciliación y corresponsabilidad. Además, se exige a las empresas que tengan en cuenta las particularidades del trabajo a distancia en la configuración de las medidas y planes de igualdad efectiva de mujeres y hombres y en la prevención y protección frente al acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral (art. 4).

Al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 RDL 8/2020 le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria (DT 3.^a). Es decir, el RDL 28/2020 no le resultará de aplicación y, por ello y entre otros aspectos, no será necesario suscribir un acuerdo de trabajo a distancia. No obstante, las empresas estarán obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario. Además, se establece que, en su caso, la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia si existieran y no hubieran sido ya compensados.

[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 90/2019 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, irrecurável 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 audição 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.

O 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

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece nuevas reglas para el cómputo del período temporal de noventa días en los despidos colectivos

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de noviembre de 2020

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") de 11 de noviembre de 2020, asunto C-300/19, ha renovado el interés por esta controvertida cuestión, que parecía ser pacífica desde que el Tribunal Supremo ("TS") fijó que, para el cómputo de un despido colectivo, solo debían computarse las extinciones de contrato que se hubieran producido en los noventa días anteriores a la fecha del despido individual objeto de enjuiciamiento. Las extinciones de contrato que se produjeran después también debían ser tenidas en cuenta, pero solo si el empresario hubiese actuado de manera fraudulenta. El TJUE entiende que ambos métodos de cómputo no son conformes con la Directiva 98/59, dado que podrían dificultar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos.

El TJUE concluye que el período de referencia consiste en todo período de noventa días en el que se haya producido el despido individual impugnado, sin distinguir en función de que ese período sea anterior, posterior o en parte anterior y en parte posterior al despido individual. Y todo ello porque "la plena eficacia de la citada Directiva se vería limitada, en contra de su propia finalidad, si fuera interpretada en el sentido de que los tribunales nacionales no pueden computar los despidos producidos antes o después de la fecha del despido individual impugnado a efectos de determinar si

existe o no un despido colectivo, en el sentido de esa misma Directiva". Por consiguiente, procederá examinar, en cada caso, el período que cubra el despido individual impugnado y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores.

No existe obligación de limitar el número de misiones sucesivas de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de octubre de 2020

En el marco de un litigio, en el que un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal ("ETT") a una empresa usuaria solicita que se le reconozca la condición de trabajador indefinido de esta última como consecuencia del uso abusivo de la contratación temporal, se discute sobre la interpretación del artículo 5, apartado 5, primera frase, de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal ("Directiva 2008/104").

En concreto, el órgano jurisdiccional remitente, de nacionalidad italiana, plantea al TJUE si el artículo 5, apartado 5, primera frase, de la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no limita el número de misiones sucesivas de un mismo trabajador cedido por una ETT en la misma empresa usuaria, y no supedita la licitud del recurso a la cesión temporal de trabajadores por ETT a que se indiquen las razones de orden técnico, productivo, organizativo o de sustitución que justifican dicho recurso.

El TJUE afirma que la Directiva 2008/104 únicamente pretende instaurar unos mínimos con el objeto de establecer un marco de protección para aquellos trabajadores que son cedidos por ETT, garantizar el respeto al principio de igualdad de trato y, del mismo modo, revisar las prohibiciones y las limitaciones aplicables al trabajo a través de ETT establecidas por los Estados miembros. En este sentido, el artículo 5, apartado 5, primera frase, debe interpretarse en el sentido de que lo único que hace es delimitar el marco en el que debe desarrollarse la actividad legislativa de los Estados miembros en materia de prohibiciones o de restricciones. De este modo, según el TJUE, el artículo 5, apartado 5, primera frase, impone dos obligaciones: la de adoptar las medidas necesarias con vistas a evitar, por una parte, la aplicación abusiva de las excepciones al principio de igualdad de trato autorizadas por el propio artículo 5 y, por otra parte, que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la Directiva 2008/104 en su conjunto.

Lo anterior, junto con el hecho de que el artículo 5, apartado 5, primera frase, de la Directiva 2008/104 no establece medidas concretas, lleva al TJUE a afirmar que dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que únicamente se opone a que un Estado miembro no adopte ninguna medida para preservar el carácter temporal del trabajo a través de ETTs. Por lo que, en conclusión, el artículo 5, apartado 5, primera frase, de la Directiva 2008/104 no se opone a una normativa nacional que no limita el número de misiones sucesivas que un mismo trabajador cedido por una ETT puede realizar en la misma empresa usuaria y que no supedita la licitud del recurso a la cesión temporal de trabajadores por ETT a que se indiquen razones de orden técnico, productivo, organizativo o de sustitución que justifiquen dicho recurso.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no es competente para remitir cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de la Sala Novena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de septiembre de 2020

La petición de decisión prejudicial planteada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (“CNMC”) se enmarca en un procedimiento de infracción incoado contra la patronal del sector de la estiba por vulneración de las normas comunitarias y nacionales de defensa de la competencia, en relación con la celebración de un convenio colectivo que impone una subrogación en la contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

En concreto, la petición planteada ante el TJUE versaba sobre la posibilidad de introducir la subrogación obligatoria de los estibadores vinculados a las antiguas sociedades anónimas de gestión de estibadores portuarios por parte de las empresas que abandonan estas entidades si así se acuerda en la negociación colectiva.

Los elementos que el TJUE toma en consideración para analizar la naturaleza del órgano remitente son, esencialmente, el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia, y el hecho de que el procedimiento concluya con una decisión de carácter jurisdiccional. Igualmente, por lo que atañe al concepto de “órgano jurisdiccional nacional”, el TJUE recuerda que aquel ha de tener la calidad de “tercero” en relación con la autoridad que haya adoptado la decisión que constituya el objeto del recurso. Este último es el criterio que mayor peso tiene en la sentencia para negar a la CNMC la condición de órgano jurisdiccional.

De este modo, el TJUE concluye que la resolución que pone fin al procedimiento ante la CNMC es de carácter administrativo y, por ende, no goza de los atributos de una resolución judicial, especialmente, de la fuerza de cosa juzgada.

[España]

El Tribunal Constitucional aprecia por primera vez la concurrencia de discriminación refleja por razón de sexo

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 29 de junio de 2020

El Tribunal Constitucional (“TC”) ha resuelto sobre la demanda de amparo por vulneración del artículo 14 de la Constitución española interpuesta por una enfermera contra el del Servicio Vasco de Salud - Osakideza, para el que prestaba servicios. El motivo de la demanda radica en la interpretación de una norma que contempla un permiso retribuido por “hospitalización o enfermedad grave” de parientes en segundo grado de consanguinidad, en el sentido de que el permiso no

puede disfrutarse cuando la hospitalización se debe al alumbramiento. El disfrute del permiso fue denegado a la trabajadora, que lo solicitó por causa de la hospitalización por parto de su hermana.

El TC analiza en primer lugar su doctrina sobre la discriminación directa (que consiste en el tratamiento perjudicial por razón de sexo o fundamentado en circunstancias conectadas directamente con el sexo de una persona, como el embarazo) y la discriminación indirecta (norma o interpretación aparentemente neutra, que produce efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente por mujeres).

En el caso analizado, el TC entiende que concurre discriminación refleja por razón de sexo —concepto ya utilizado por la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, puesto que el supuesto no encaja plenamente ni en la categoría de discriminación directa ni en la de discriminación indirecta. En este sentido, el TC señala que la denegación del permiso por alumbramiento de familiar no es una interpretación neutra de la norma, puesto que se fundamenta en un motivo relacionado directamente con el embarazo y el parto, si bien las consecuencias negativas de la discriminación no recaen directamente sobre la persona en la que concurre la característica o condición causante de la discriminación, esto es, la mujer que da a luz, sino en los parientes que ven denegado el permiso retribuido para poder asistirle tras el alumbramiento.

En un supuesto de subrogación convencional, no todo incumplimiento de las obligaciones formales por la empresa saliente determina su responsabilidad por el despido de los trabajadores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2020

La Sala de lo Social del TS declara en esta sentencia que no cabe responsabilizar a la empresa contratista saliente por el incumplimiento de los requisitos formales establecidos en el convenio colectivo cuando tal incumplimiento está motivado por la conducta de terceros. En estos casos, no cabe imputar responsabilidad a esta empresa por el despido de los trabajadores que debían haber sido subrogados por la nueva contratista.

En el supuesto enjuiciado, el convenio colectivo establece la subrogación de los trabajadores en caso de cambio de contratista e impone que, para que se produzca tal subrogación, la contratista que cesa debe facilitar al nuevo contratista determinada documentación sobre los trabajadores afectados. Pues bien, la contratista saliente no trasladó la documentación requerida al nuevo contratista y este no se subrogó en los contratos de trabajo. La cuestión que se plantea es si la contratista cesante es responsable por los despidos de los trabajadores.

Para resolver el conflicto, el TS recuerda que el incumplimiento de las obligaciones de carácter formal que imponga el convenio colectivo como condición para que opere la subrogación determina la inexistencia de subrogación y, por tanto, la responsabilidad de la empresa contratista cesante que incumple tales obligaciones de carácter formal. Pero, como excepción a esta doctrina general, el TS apunta que puede ocurrir que el incumplimiento de la contratista derive de uno previo de la propia empresa entrante o de terceros, quedando en estos casos exonerada de responsabilidad la contratista cesante.

Esto es, precisamente, lo ocurrido en el caso analizado. Ni la empresa cliente ni la entrante informaron a la empresa cesante del cambio de contratista, de modo que la falta de entrega de documentación constituye un incumplimiento que no le es imputable y que conduce a excluir su responsabilidad por los despidos de los trabajadores, responsabilidad que recaerá sobre la contratista entrante.

El Tribunal Supremo declara que los *riders* son falsos autónomos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de septiembre de 2020

La Sala de lo Social del TS establece, por primera vez, que la relación existente entre un repartidor y una plataforma profesional que presta servicios de recadería y mensajería tiene naturaleza laboral y que, por tanto, los *riders* son falsos autónomos. Así, se estima el primer motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa tras una sentencia del Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) de Cataluña de marzo de este año que consideró como falso autónomo a un exrepartidor despedido en 2017 y que fue finalmente readmitido.

El TS entiende que concurren las notas definitorias del contrato de trabajo conforme al artículo 1.1 ET, en particular, las de dependencia y ajenidad. En este sentido, el TS señala que la empresa demandada no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores, sino que es una empresa que realmente determina las condiciones esenciales para la prestación de dichos servicios.

Según el criterio del TS, la empresa es titular de los activos esenciales para realizar la actividad, esto es, de los repartidores o *riders*. Estos trabajadores no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, sino que prestan su servicio “insertados” en la organización de trabajo del empleador. A través de la plataforma digital, la empresa lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma. Debido a ello —señala la Sala—, el repartidor goza de una autonomía muy limitada que únicamente alcanza a cuestiones secundarias tales como qué medio de transporte utiliza y qué ruta sigue al realizar el reparto.

De este modo, el TS concluye que se reúnen las notas definitorias del contrato de trabajo entre la parte actora y la empresa demandada y que, por ende, la relación existente entre ambas es de carácter laboral.

Es lícito el despido de un trabajador en atención a los datos extraídos del GPS del coche de empresa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2020

La Sala de lo Social del TS concluye que no existe vulneración del derecho a la intimidad y a la protección de datos de una trabajadora en la recopilación de los datos del GPS instalado en un vehículo de empresa y su posterior utilización con fines disciplinarios.

En primer lugar, el TS comienza su argumentación realizando un breve análisis de la doctrina del TC respecto de los derechos a la intimidad y a la protección de datos. En este sentido, el TS recuerda que el TC ha venido señalando que el derecho a la intimidad protege el ámbito privado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros y que, por otro lado, el derecho a la protección de datos incorpora un poder de disposición y control sobre los datos personales, concretándose dicho derecho en la facultad de consentir la recogida, obtención y el acceso a dichos datos.

Así pues, el TS procede al análisis de la cuestión con base en la interpretación constitucional de los derechos supuestamente conculcados por la empresa y, en consecuencia, sostiene que dicha interpretación nos debe llevar a determinar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos cuando exista una expectativa de intimidad por parte del trabajador, bien porque existan disposiciones o reglas expresas, o bien porque se base en la existencia de cierta tolerancia por parte del empleador.

En atención a lo anterior, la Sala entiende que en el caso particular que se plantea no existe intromisión ilegítima en los derechos de la trabajadora, pues esta conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral, que estaba localizable a través de un GPS y, junto con ello, que su uso podía ser objeto de fiscalización por parte de la empresa. Por consiguiente, no puede apreciarse intromisión por parte de la empresa en la esfera privada de la trabajadora mediante la utilización de los datos del GPS, pues esta no tenía una expectativa real de intimidad y, además, los datos recogidos por el GPS únicamente reflejaban la ubicación y movimiento del vehículo, información que no es susceptible de ser calificada como privada.

La indemnización mínima obligatoria en los supuestos de despido de altos directivos está exenta de tributación en el Impuesto de la Renta sobre las Personas Físicas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de septiembre de 2020

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS declara la existencia de un mínimo exento en el Impuesto de la Renta sobre las Personas Físicas de siete días por año trabajado en las indemnizaciones por despido de altos directivos sujetos a relación laboral especial, aun cuando dicha indemnización sea fruto de un acuerdo entre las partes.

El fallo del TS reviste especial relevancia porque ratifica la novedosa interpretación que ya introdujo en la sentencia de 5 de noviembre de 2019 y que supone un giro jurisprudencial en relación con la doctrina anterior, que establecía que la mencionada indemnización debía tributar íntegramente, sin derecho a exención, al no ser obligatoria.

Sin embargo, siguiendo la línea doctrinal sentada por la Sala de lo Social, el TS modifica su criterio y reconoce la exención de la indemnización mínima que corresponde a los contratos de alta dirección en caso de desistimiento unilateral por parte de la empresa.

Los períodos de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos no deben computarse a efectos indemnizatorios

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de julio de 2020

La Sala de lo Social del TS analiza la forma de cálculo de las indemnizaciones por despido de los trabajadores fijos discontinuos. En concreto, se discute si deben computarse o no los periodos de inactividad o entre campañas a efectos indemnizatorios.

El TS comienza su argumentación sosteniendo que el contrato de trabajo fijo discontinuo se caracteriza por que existe una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclica, en intervalos temporales separados, pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad. Asimismo, recuerda la doctrina de la propia sala y del TJUE que establece que, a efectos retributivos y de promoción profesional, deben incluirse los períodos en que el trabajador fijo discontinuo no ha prestado servicios. No obstante, afirma que esta doctrina no debe aplicarse al cálculo de la indemnización por despido.

En este sentido, el TS sostiene que la indemnización prevista en el artículo 56.1 ET constituye una compensación de naturaleza extrasalarial por la resolución del contrato, por lo que debe calcularse sobre la base del tiempo de servicio. Así pues, el cálculo de la indemnización teniendo en cuenta los períodos de inactividad llevaría a una indemnización por despido que no se basaría en el tiempo de servicio, sino en el período de tiempo total transcurrido desde el inicio de la relación contractual hasta su extinción.

El TS entiende que esta solución es la adecuada, pues no solo respeta el fin de la indemnización por despido, sino que no supone discriminación alguna de los trabajadores fijos discontinuos, ya que estos percibirán la misma indemnización por despido que los trabajadores fijos a tiempo completo cuando estos hayan prestado sus servicios durante un lapso temporal igual a la suma de los períodos de ocupación del fijo discontinuo y perciban el mismo salario regulador del despido.

De este modo, el TS concluye que la indemnización de despido de los trabajadores fijos discontinuos deberá calcularse con base en los periodos de actividad durante los cuales el trabajador haya prestado efectivamente sus servicios, y no con base en los años naturales en que el trabajador haya formado parte de la empresa.

Una empresa de trabajo temporal no puede celebrar un contrato fijo discontinuo con un trabajador con el objetivo de que este sea cedido

Sentencia del Pleno Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de julio de 2020

El Pleno del TS afirma, en el marco del debate sobre el derecho a la prestación por desempleo de un trabajador, que una ETT no puede contratar un trabajador fijo discontinuo con el objetivo de ser cedido. El TS entiende que, pese a que no exista prohibición expresa del uso de esta modalidad de contratación y que se habilita a las ETT para la realización de contratos de carácter indefinido, la regulación española no permite a las ETT realizar contratos fijos discontinuos. Esto es así, pues la vinculación del contrato fijo discontinuo celebrado por la ETT al contrato de puesta a disposición

a favor de la empresa usuaria nos llevaría a transformar el contrato de puesta a disposición en un contrato indefinido, pues se estarían cubriendo necesidades permanentes por parte de la empresa usuaria.

En esta línea, el TS afirma que, según lo dispuesto en el artículo 16 ET, el contrato fijo discontinuo únicamente puede celebrarse con el fin de realizar trabajos que tengan carácter de fijo discontinuo y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Sin embargo, la actividad de las ETT, la puesta a disposición de la empresa usuaria con carácter temporal de trabajadores por ellos contratados, no puede calificarse como fijo discontinua.

En consecuencia, el TS concluye que no es posible la puesta a disposición de un trabajador a favor de una empresa usuaria para la realización de tareas cíclicas, que se repiten de forma periódica, pues en ese caso estaríamos ante un trabajador indefinido fijo-discontinuo de la empresa usuaria, extremo no permitido por la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal ("LETT").

Frente al anterior razonamiento, se formulan dos votos particulares. En el primero de ellos, los magistrados discrepantes sostienen que al permitir el art. 10 LETT la realización de contratos indefinidos entre un trabajador y una ETT avala la utilización de cualquier fórmula de contratación indefinida, pues el hecho de que no se prohíba expresamente y que se habilita a las ETT para el uso de la contratación indefinida debe llevarnos a esta conclusión. Por otro lado, en el segundo voto particular, la magistrada discrepante no discute el fallo alcanzado por la sala, sino la legitimación empresarial para recurrir en casación unificadora, pues entiende que la empresa ya no tiene carácter de parte en el procedimiento, ya que renuncia expresamente a ella en las fases anteriores del procedimiento.

El Tribunal Supremo declara válidos los correos electrónicos como prueba documental en suplicación

Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de julio de 2020

En el marco de un litigio sobre la nulidad de un acuerdo que modificó un convenio colectivo autonómico de carácter sectorial por supuesta vulneración del derecho a la negociación colectiva, el TS reconoce el carácter de prueba documental de los correos electrónicos.

El TS comienza con un análisis de la naturaleza de los correos electrónicos. En primer lugar, el TS afirma que se ha de distinguir entre los medios de prueba y las fuentes de prueba. Según el TS, los primeros son aquellas herramientas requeridas en el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior; mientras que los segundos se refieren a la información del mundo exterior que puede ofrecer el medio de prueba. De este modo, el TS centra la discusión en la determinación de si la concisa regulación sobre los medios de prueba electrónicos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC") establece unos medios de prueba autónomos o si no es así, y establece unos medios de prueba dependientes de la prueba documental.

Una vez realizado el análisis correspondiente, el TS entiende que en la LEC se establece un concepto amplio de prueba documental y que, asimismo, estamos ante fuentes de prueba y no ante

nuevos medios de prueba. Según el Pleno del TS, la LEC únicamente se limita a establecer una regulación específica, en atención a las peculiaridades propias de estas fuentes de prueba. De este modo, los medios de prueba son los que aparecen en el art. 299.1 LEC, entre los que se encuentran los documentos. Así pues, en atención al concepto amplio de documento establecido en el resto del ordenamiento jurídico, debe dotarse de carácter de prueba documental a los medios electrónicos.

El TS acaba su conclusión afirmando que las nuevas tecnologías han derivado en que muchos documentos se presenten a juicio mediante los nuevos soportes electrónicos, extremo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental. Esto es así, pues, según el TS, si se excluyen estos del concepto de prueba documental, llegaría un momento en que la revisión fáctica casacional quedaría vacía de contenido.

En consecuencia, el Pleno del TS atribuye la naturaleza de prueba documental a los correos electrónicos. No obstante, finaliza su argumentación recordando que lo anterior no supone que esto no debe llevar a creer que los correos electrónicos acrediten siempre un error fáctico en instancia, sino que, del mismo modo que con el resto de los documentos privados, será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad, si se ha autenticado y, en su caso, si goza de literosuficiencia.

La empresa debe demostrar que un trabajador tiene un desempeño menor que sus compañeros para despedirle por no haber alcanzado los objetivos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de julio de 2020

En el marco de un despido disciplinario por disminución voluntaria del rendimiento, el TS reconoce que el hecho de que un empleado no alcance el rendimiento pactado en el contrato no exime al empresario de aportar prueba fehaciente que así lo demuestre. En este contexto, el trabajador es despedido porque las ventas realizadas son muy escasas, incluso nulas en algunos periodos, con lo que no alcanza el nivel mínimo previsto en la cláusula de rendimiento inserta en su contrato de trabajo.

No obstante, el TS establece la necesidad de aportar elementos comparativos que permitan valorar la posible existencia de cláusulas de imposible cumplimiento en relación con la consecución de objetivos. Así, siendo tan escaso el nivel de ventas del trabajador, resultaba muy fácil aportar los datos de otros vendedores, o incluso los del propio trabajador en anteriores mensualidades, para justificar el bajo rendimiento atribuido en la carta de despido.

Asimismo, se señala que el pacto de rendimiento se formaliza cuando el trabajador llevaba ya varios años prestando servicios para la empresa y en la misma actividad, por lo que la mercantil cuenta con datos suficientes sobre el volumen de operaciones que el empleado logró acumular hasta ese momento.

Por ello, el TS declara improcedente el despido, puesto que la empresa no ofreció ningún elemento de comparación que permitiese analizar la validez del pacto de rendimiento, como tampoco ningún elemento de comparación en relación con otros trabajadores de la empresa en circunstancias similares.

Conceptos retributivos que deben ser incluidos en la retribución de las vacaciones de los trabajadores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de junio de 2020

El TS ha resuelto sobre una demanda de conflicto colectivo en la que se reclamaba la declaración del derecho de todos los trabajadores afectados por el ámbito del conflicto a que la retribución de sus vacaciones incluya el promedio anual de todas sus retribuciones en su remuneración media anual.

El TS recuerda que el mantenimiento durante las vacaciones de la retribución "ordinaria", "ordinaria media", "normal", "comparable a los periodos de trabajo", con "condiciones económicas comparables", y sin que se deba realizar al respecto una interpretación "restrictiva", ha sido enfatizado por la jurisprudencia del TJUE. Asimismo, el TS recuerda que el concepto de retribución normal o media es un concepto jurídico indeterminado que ofrece una zona de certeza y una de duda. La zona de certeza queda integrada en su faceta positiva por los conceptos que integran la retribución "ordinaria" del trabajador individualizado, como por ejemplo el salario base, los conceptos debidos a condiciones personales del trabajador (antigüedad, titulación, idiomas...) y a circunstancias de la actividad empresarial (toxicidad, penosidad, peligrosidad...). En su faceta negativa esta zona de certeza excluye los conceptos retributivos extraordinarios (bonus, determinados incentivos, horas extraordinarias). La zona de duda está integrada por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto trabajo realizado (esporádica nocturnidad, aislada turnicidad, las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración...), cuya calificación dependerá de las circunstancias concurrentes, en particular la habitualidad en su ejecución.

En cuanto a los concretos conceptos controvertidos en el caso, el TS determina que deben incluirse en la retribución de las vacaciones las tutorías abonadas al personal formador de prácticas, las guardias o semanas localizables del personal TIC, el complemento de atención continuada y el plus de domingo, sábado y festivos, percibidos por el trabajador durante seis de los once meses precedentes a su abono. Por el contrario, debe excluirse el plus de transporte, pagas extras, horas extraordinarias y el plus por festivos especial.

El pago de parte del salario fuera de nómina permite la extinción indemnizada del contrato por el trabajador

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de junio de 2020

El TS resolvió sobre un supuesto en el que tres trabajadores que durante su relación laboral percibían parte de su sueldo en nómina y otra parte importante fuera de nómina presentaron demanda para instar la extinción indemnizada de su relación laboral conforme al artículo 50.1.c) ET. Este precepto permite a los trabajadores solicitar la extinción de su contrato de trabajo con derecho a percibir la indemnización por despido improcedente ante el incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario.

El TS señala que para calificar el incumplimiento de las obligaciones del empresario como suficiente para motivar la extinción indemnizada del contrato hay que atender a su reiteración e indica, además, que la ausencia de reclamación por parte del trabajador ante los incumplimientos empresariales no enerva la concurrencia de la causa resolutoria.

Como señala el TS, la redacción actual del artículo 50 ET no exige que las obligaciones contractuales incumplidas por el empresario sean "contractuales". En este sentido, si la empresa oculta parte de las remuneraciones no solo desarrolla una conducta administrativamente sancionable, sino que también perjudica al trabajador, puesto que la mayoría de las prestaciones económicas de la SS se calculan en función de lo previamente cotizado. En suma, la ocultación documental de una parte del salario a lo largo de un periodo muy dilatado y el incumplimiento del deber de cotizar a la SS con arreglo a lo previsto legalmente son claras manifestaciones de grave incumplimiento de las obligaciones empresariales respecto de sus trabajadores, y es inocua la eventual conformidad de quien trabaja con esa conducta a los efectos de lo dispuesto en el artículo 50 ET.

El descuelgue del convenio colectivo en materia de jornada es incompatible con la tramitación de un ERTE

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 30 de julio de 2020

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ("AN") declara que la inaplicación del convenio o descuelgue puede adoptarse simultáneamente a un procedimiento de ERTE, siempre que exista acuerdo entre los sujetos legitimados y se cumplan estrictamente los requisitos previstos por el legislador para la sustanciación de cada una de estas medidas.

En el marco de un ERTE por COVID-19 llevado a cabo por una empresa de seguridad, la parte actora alega, en síntesis, que el acuerdo impugnado contraviene lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, en el ET y en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

La AN admite que en el ámbito de los despidos colectivos se incluya, entre las medidas de acompañamiento, la inaplicación del convenio colectivo, siempre que se haya alcanzado un acuerdo con los sujetos legitimados, posibilidad que no está prevista expresamente para el caso de los ERTE. No obstante, la AN también señala que la legislación vigente no impide dicha negociación simultánea, por lo que es perfectamente posible proceder a la negociación de la suspensión y reducción de jornada al mismo tiempo que se tramita un descuelgue del convenio colectivo en materia de jornada.

De este modo, la AN considera que el hecho de que se efectúen varias medidas de forma paralela no supone que sean incompatibles entre sí, puesto que puede darse el caso de que sean necesarias todas ellas porque la adopción de solo una sea insuficiente para lograr el objetivo en cuestión.

La Sala concluye que, si alguna de dichas medidas resulta finalmente innecesaria, esta no debe ser, precisamente, la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada, sino las medidas de atenuación acordadas con carácter extraordinario en el marco de la negociación colectiva.

La prioridad del teletrabajo conforme al artículo 5 RDL 8/2020 no incide en la posibilidad de tramitar un ERTE

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 29 de junio de 2020

La AN resuelve la demanda presentada por varios motivos por la comisión negociadora de un ERTE cuya causa se encontraba relacionada con el COVID-19 y al que, por lo tanto, resultaba de aplicación el RDL 8/2020.

En primer lugar, la AN determinó que, ante una evidente crisis productiva, en la que la entidad concreta de la causa resulta incierta en el momento de su detección, las medidas de suspensión de contratos de toda la plantilla con una duración prevista desde marzo de 2020 hasta septiembre 2020 resulta proporcionada, ya que permite ajustar el volumen de la mano de obra a las necesidades productivas de la compañía mediante la revisión de personal afectado periódicamente.

Por otro lado, en relación con la previsión del artículo 5 del RDL 8/2020 sobre la implementación y priorización del teletrabajo, la AN resolvió que esta prioridad obedece a motivos sanitarios, ya que se trata de una forma de desarrollo de la prestación laboral en la que se minimizan los contactos interpersonales y el consiguiente riesgo de contagio. Por lo tanto, esta previsión no supone la obligación de las empresas de determinar qué puestos de trabajo pueden ser desarrollados por teletrabajo y cuáles no, de manera que solo aquellos puestos de trabajo que no puedan desarrollarse en el domicilio de los trabajadores puedan estar afectados por medidas temporales de suspensión de contratos y reducción de jornada de trabajo. Y ello porque, tal y como señala la AN, estas medidas obedecen a un objeto diferente, esto es, ajustar el volumen de plantilla a la actividad efectiva de la empresa.

Un juez declara improcedente un despido vinculado con el COVID-19 y obliga a indemnizar al trabajador con 60.000 euros

Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona, de 31 de julio de 2020

El Juzgado de lo Social ("JS") n.º 26 de Barcelona condena a una empresa a indemnizar con 60.000 euros a un trabajador que fue despedido de forma improcedente en pleno estado de alarma, con lo que se contravenía el RDL 9/2020, que prohíbe despedir a empleados por causas relacionadas con la crisis sanitaria.

Este pronunciamiento tiene lugar en el marco de una sucesión de sentencias por parte de dos juzgados que han mantenido criterios dispares. Así, el JS n.º 3 de Sabadell, en sentencia de 6 de julio 2020, entendió que la consecuencia aparejada al incumplimiento de la prohibición de despedir debía ser la nulidad. En cambio, el mencionado JS n.º 26 de Barcelona se pronuncia al respecto, en sentencias de 10 de julio y de 31 de julio, defendiendo la calificación de improcedencia.

De este modo, el Juzgado entiende que la calificación de un despido sin causa, con arreglo a una consolidada doctrina jurisprudencial, es la improcedencia, y no la nulidad, que queda reservada para los casos más graves, en los que se produce vulneración de derechos fundamentales, o relacionados con situaciones susceptibles de especial protección.

Asimismo, se impone el abono de una indemnización complementaria a la legalmente tasada, puesto que, teniendo en cuenta el escaso efecto disuasorio de la indemnización que le corresponde al empleado —dado su bajo importe— y, en la medida que esta no supone esfuerzo financiero alguno para la empresa, los efectos prácticos son los propios de un desistimiento, sin más causa que la simple voluntad del empresario. Esta circunstancia, entiende el juez, es contraria a las disposiciones previstas en el Convenio n.º 158 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la terminación de la relación de trabajo, por lo que procede exigir a la empresa el pago de una indemnización adecuada y, por ende, más elevada.

La Agencia Española de Protección de Datos no es competente para conocer de las actuaciones en relación con el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral

Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento n.º E/10250/2019

La Agencia Española de protección de Datos (“AEPD”) resuelve sobre la reclamación interpuesta por una trabajadora contra su empresa en la que aducía que la empresa accedió a su correo electrónico corporativo, sin que previamente le hubieran informado de la política de uso de las herramientas informáticas, lo que ha permitido a la empresa tener acceso a sus correos personales.

La AEPD señala que de la documentación aportada al expediente se desprende que la trabajadora que interpuso la reclamación había sido informada en relación con la normativa sobre protección de datos, de conformidad con el artículo 87 LOPD.

Por otro lado, la AEPD señala que el título X LOPD recoge los derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución, entre los que se reconocen el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, cuya vulneración ha denunciado la trabajadora, y el derecho a la desconexión digital (artículos 87 y 88 LOPD). La regulación de la LOPD sobre estos derechos digitales se limita a una declaración de derechos sobre los que no se regulan ni se establecen mecanismos que los garanticen. Por lo tanto, concluye la resolución, la LOPD en ningún caso establece que la AEPD tenga competencias para garantizar estos derechos, lo que queda fuera de sus atribuciones.

[Portugal]

Direito À Privacidade – Videovigilância no Local de Trabalho – Câmaras Ocultas

Acórdão de 17 de outubro de 2019 (López Ribalda and Others v. Spain – Pedidos n.º 1874/13 e 8567/13) – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

No caso sob análise, colocava-se a questão de saber se a instalação de câmaras ocultas, tendo em vista determinar os responsáveis por furtos ocorridos numa cadeia de supermercados e a subsequente utilização das imagens recolhidas no âmbito de um processo disciplinar, violava o direito à privacidade dos trabalhadores visados, consagrado no artigo 8.º da Convenção Europeia dos

Direitos do Homem (“CEDH”), tendo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”) decido que não.

No processo em causa, cujos factos remontam a 2009, as requerentes trabalhavam como caixeiros ou assistentes de vendas de uma cadeia de supermercados em Espanha. Tendo sido detetadas falhas entre o inventário da loja e correspondentes vendas por mais de cinco meses, o gerente do supermercado instalou câmaras de vigilância ocultas, além das câmaras visíveis que focavam exclusivamente na zona das caixas de pagamento (e não nos trabalhadores), que gravaram alguns trabalhadores a furtar bens do supermercado. Nessa sequência, foi promovido o despedimento com justa causa de 14 funcionários, os quais foram judicialmente impugnados com fundamento na violação do direito à proteção da privacidade dos trabalhadores devido à instalação de câmaras sem a prévia notificação dos mesmos.

Os tribunais nacionais espanhóis consideraram que, ainda que as trabalhadoras não tivessem sido informadas da instalação das câmaras, a utilização das mesmas havia sido proporcional, necessária e adequada aos fins a que se destinava.

Ainda que a lei espanhola previsse que os trabalhadores devessem ser informados, antecipadamente, da utilização de câmaras de vigilância, a medida adotada pelo gerente foi considerada como justificada, uma vez que: (i) as câmaras se encontravam apontadas às caixas (e não aos trabalhadores); (ii) as gravações foram limitadas no tempo (durante apenas dez dias); (iii) havia uma suspeita razoável de que tinham sido cometidas infrações graves, em ação concertada de vários trabalhadores, com consequências graves; (iv) as imagens não foram utilizadas com outro propósito para além de determinar os responsáveis pela perda de rendimentos da empresa; (v) nenhuma outra medida teria alcançado esse objetivo.

Por fim, o TEDH salientou que as gravações não constituíram o único meio de prova utilizado no processo e que, em todo o caso, as trabalhadoras não contestaram a sua autenticidade e exatidão, pelo que considerou tratar-se de provas sólidas.

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 major”*.

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 omissis 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 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 concluísse 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-se 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.

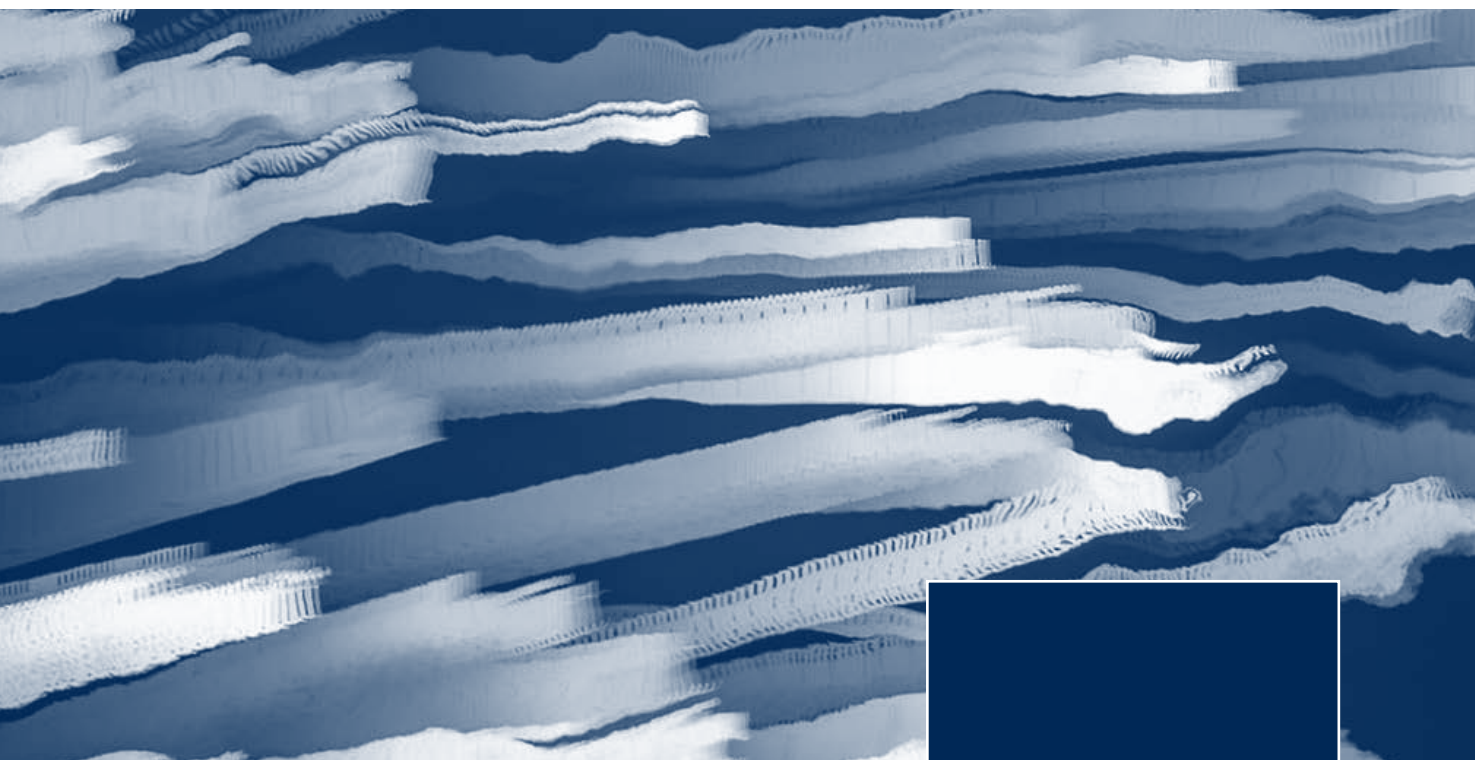
Em face da factualidade provada, o TRL concluiu que a conduta do ora trabalhador configurava a violação do dever de “respeitar e tratar o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e as pessoas que se relacionem com a empresa com urbanidade e probidade”, nos termos do disposto 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 como 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 a decisão proferida pelo Tribunal de 1ª Instância, no sentido da declaração de licitude do despedimento com justa causam, tendo o TRL esclarecido ser adequada

a aplicação extintiva do vínculo laboral porquanto a tolerância deste tipo de comportamentos obstaria 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).

10 de diciembre de 2020



Marítimo,
Transporte y
Logística

Marítimo, Transporte y Logística*

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

[Unión Europea]

Transporte de mercancías

Reglamento (UE) n.º 2020/1056 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, sobre información electrónica relativa al transporte de mercancías (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 249/33, de 31 de julio de 2020)

El Reglamento (UE) n.º 2020/1056 tiene como principal finalidad promover la digitalización del transporte de mercancías y de la logística para disminuir costes administrativos, desarrollar competencias de ejecución de las autoridades competentes y ampliar la eficiencia y la sostenibilidad del transporte. Para ello, la normativa introduce un marco legal de comunicación electrónica entre operadores económicos y autoridades competentes dentro de la Unión Europea.

El elemento principal introducido por esta normativa es la implementación de requisitos funcionales aplicables a las plataformas IETM (información electrónica relativa al transporte de mercancías) que las autoridades competentes están obligadas a cumplir. Del mismo modo, se establecen una serie de condiciones que terceros proveedores de servicios IETM deben respetar.

Transporte terrestre

Directiva (UE) n.º 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y por la que se modifican la Directiva 2006/22/CE en lo que respecta a los requisitos de control del cumplimiento y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (DOUE L 249/49, de 31 de julio de 2020)

* Esta sección ha sido coordinada por Luz Martínez de Azcoitia, y en su elaboración han participado Nicolás Nägele García de Fuentes, Magdalena Oriol y Laura Peláez, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

La Directiva (UE) n.º 2020/1057 establece un marco legal específico para regular el desplazamiento de conductores en el sector del transporte por carretera. De este modo, la normativa modifica el título, los artículos 1, 3, 5 a 9, y 11 a 15, y el anexo de la Directiva 2006/22/CE sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos 3820/85 y 3821/85 en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera y por la que se deroga la Directiva 88/599/CEE del Consejo y el anexo del Reglamento 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión.

Los elementos principales regulados por esta normativa son la introducción de (1) excepciones a las normas generales sobre desplazamientos de conductores entre Estados miembros, (2) requisitos administrativos concernientes al desplazamiento de conductores, junto con medidas para su correspondiente control y cumplimiento, (3) la obligación de los transportistas de usar el sistema de Información del Mercado Interior (IMI) con la finalidad de transmitir declaraciones de desplazamiento al Estado miembro donde estén desplazados y cualquier información que se les solicite, (4) un marco general de nuevas sanciones y (5) un “control inteligente de cumplimiento”.

Esta directiva fue publicada el 31 de julio de 2020, entró en vigor el 1 de agosto de 2020 y debe ser implementada por la legislación nacional de cada país antes del 2 de febrero de 2022.

Transporte de pasajeros

Decisión (UE) n.º 2020/1705 del Consejo, de 23 de octubre de 2020, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Protocolo del Convenio sobre el transporte discrecional internacional de viajeros en autocar y autobús (Convenio Interbus) en relación con el transporte internacional regular y regular especial de los viajeros en autocar y autobús (DOUE L 385/1, de 17 de noviembre de 2020)

Mediante la Decisión (UE) n.º 2020/1705 se firma en nombre de la Unión Europea un Protocolo del Convenio sobre el transporte discrecional internacional de viajeros en autocar y autobús (Convenio Interbus) en relación con el transporte internacional regular y regular especial de los viajeros en autocar y autobús.

Con la finalidad de perseguir una rápida implementación, el Protocolo firmado regula que entrará en vigor para las partes contratantes que lo hayan firmado, aprobado o ratificado, cuando tres partes contratantes, entre ellas la Unión Europea, lo hayan firmado, aprobado o ratificado.

[España]

Transporte aéreo de pasajeros

Ley Orgánica 1/2020, de 16 de septiembre, sobre la utilización de datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves (BOE de 17 de septiembre de 2020)

El objeto de la ley orgánica es garantizar y proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos, mediante la regulación de (i) la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros ("PNR"), así como de la información de la tripulación, correspondientes a vuelos internacionales y nacionales; (ii) el sistema de recogida, uso, almacenamiento, tratamiento, protección, acceso y conservación de los datos PNR, la transmisión de dichos datos a las autoridades competentes y su intercambio con los Estados miembros de la Unión Europea, con Europol y con terceros países; (iii) la determinación y atribución de las funciones de la Unidad de Información sobre Pasajeros española; y (iv) el régimen sancionador aplicable a las infracciones de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

Se aplica a los vuelos comerciales y a los vuelos privados, y a los datos PNR correspondientes a las personas que viajen en los vuelos internacionales, tanto interiores como exteriores de la Unión Europea, con salida o llegada al territorio español, o que hagan escala en él.

COVID-19. Transporte marítimo

Reglamento (UE) 2020/697 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 2020, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2017/352 con el fin de permitir a organismos gestores de puertos o autoridades competentes flexibilidad en el cobro de las tasas por infraestructuras portuarias en el contexto del brote COVID-19 (DOUE L 165/7, de 27 de mayo de 2020)

El Reglamento establece que el organismo gestor del puerto o la autoridad competente podrá decidir eximir, suspender, reducir o aplazar el pago de las tasas por infraestructuras portuarias que se devenguen en el periodo comprendido entre el 1 de marzo y el 21 de octubre de 2020.

Se prevé que los Estados miembros puedan decidir que tales decisiones respetarán los requisitos establecidos en la normativa nacional y que se concederán de manera transparente, objetiva y no discriminatoria. El organismo gestor del puerto o la autoridad competente se asegurarán de que los usuarios del puerto y los representantes o las asociaciones de usuarios sean informados debidamente.

COVID-19. Transporte aéreo

Reglamento Delegado (UE) n.º 2020/1477 de la Comisión, de 14 de octubre de 2020, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 95/93 del Consejo en lo que respecta a la prórroga temporal de las medidas excepcionales para abordar las consecuencias derivadas de la pandemia de COVID-19 (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 338/4, de 15 de octubre de 2020)

Como consecuencia del descenso del tráfico aéreo que ha causado y que se prevé que cause la pandemia de COVID-19, el Reglamento Delegado (UE) n.º 2020/1477 modifica artículo 10 *bis* del Reglamento (CEE) n.º 95/93 y establece que los coordinadores de tráfico aéreo podrán considerar

utilizadas por la compañía aérea las franjas horarias asignadas para el período comprendido entre el 1 de marzo de 2020 y el 27 de marzo de 2021.

De este modo, la exención establecida en el Reglamento (CEE) n.º 95/93 se extenderá durante todo el invierno 2020/2021, es decir, durante los días situados entre el 25 de octubre de 2020 y el 27 de marzo de 2021.

Recomendación (UE) 2020/912 del Consejo, de 30 de junio de 2020, sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción (DOUE L 208 I/1, de 1 de julio de 2020)

El Consejo recomienda a los Estados miembros el levantamiento gradual de la restricción temporal para los viajes no esenciales a la UE para los residentes de los terceros países listados en el anexo I de las Recomendaciones. Esta lista se revisa quincenalmente.

Aun proviniendo de terceros países con restricciones temporales, el Consejo también recomienda permitir el acceso a los viajeros que cumplan con una serie de condiciones enumeradas en las Recomendaciones.

COVID-19. Transporte aéreo de pasajeros

Orden TMA/676/2020, de 20 de julio y Orden TMA/982/2020, de 16 de octubre. Modifican determinadas ordenes por las que se modifican temporalmente las obligaciones de servicio público en diversas rutas (BOE de 22 de octubre de 2020)

La drástica caída de la demanda de servicios de transporte aéreo producida como consecuencia de la pandemia de COVID-19 aconsejaron la modificación temporal de las condiciones de las obligaciones de servicio público (OSP) declaradas en las rutas interinsulares canarias y la ruta de Almería-Sevilla, así como en las rutas que unen la ciudad de Melilla con Almería, Granada y Sevilla, y la ciudad de Badajoz con Madrid y Barcelona.

Aunque la normativa europea no establece explícitamente el tratamiento a otorgar a las modificaciones de OSP previamente existentes, conforme a las mejores prácticas se ha venido siguiendo el procedimiento previsto para el establecimiento de nuevas obligaciones de servicio público. En el caso de las modificaciones en las referidas OSP, tras su publicación a la Comisión Europea, esta ha informado de que, en atención al gran número de modificaciones que se están produciendo en las OSP de todos los Estados europeos, considera innecesario proceder a publicarlas en el *DOUE*. Como quiera que la entrada en vigor formal de las modificaciones de las OSP se ligó a su publicación en el *DOUE* y esta no se ha producido ni se va a producir, la presente resolución subsana dicha ligazón y modifica el artículo sobre la eficacia de las órdenes de modificación temporal de las condiciones de, entre otras, la ruta referida en el párrafo anterior, para que resulte efectiva desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

2. Jurisprudencia

[España]

Arrendamiento de vehículos con conductor. Nulidad de los artículos 1 y 2 del Real Decreto 1076/2017 por el que se establecen normas complementarias al Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres

Sentencia n.º 332/2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de marzo, y Sentencia n.º 349/2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de marzo

En sus sentencias de 6 y 10 de marzo de 2020, el Alto Tribunal declara nulos los artículos 1 y 2 del Real Decreto 1076/2017, por el que se incluían normas complementarias al Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en lo concerniente al arrendamiento de vehículos con conductor.

Mientras que el artículo 1 impedía transmitir una autorización VTC dentro de los dos años desde su expedición, el artículo 2 exigía a los titulares de este tipo de autorizaciones comunicar a la Administración, por vía electrónica, determinados datos de un servicio antes de su inicio.

El Tribunal Supremo establece que evitar que las autorizaciones VTC sean solicitadas con el único y exclusivo objeto de comerciar con ellas, y no de explotarlas, no puede ser considerado una razón imperiosa de interés general a los efectos de poder limitar el acceso o su ejercicio al amparo del artículo 5.1 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado.

Sobre el segundo precepto, la Sala considera que, si bien la comunicación por vía telemática de los datos de cada servicio podría ser necesaria para controlar que los vehículos prestan sus servicios dentro del radio de acción para el que se otorgó la autorización, es desproporcionada, pues los datos cuya remisión se exigen van más allá de lo necesario al incluir datos personales de los usuarios.

Embargo preventivo de buques. Dado que el tribunal de Tánger no acordó la inmovilización del buque, no puede entenderse que se haya producido previamente un embargo preventivo

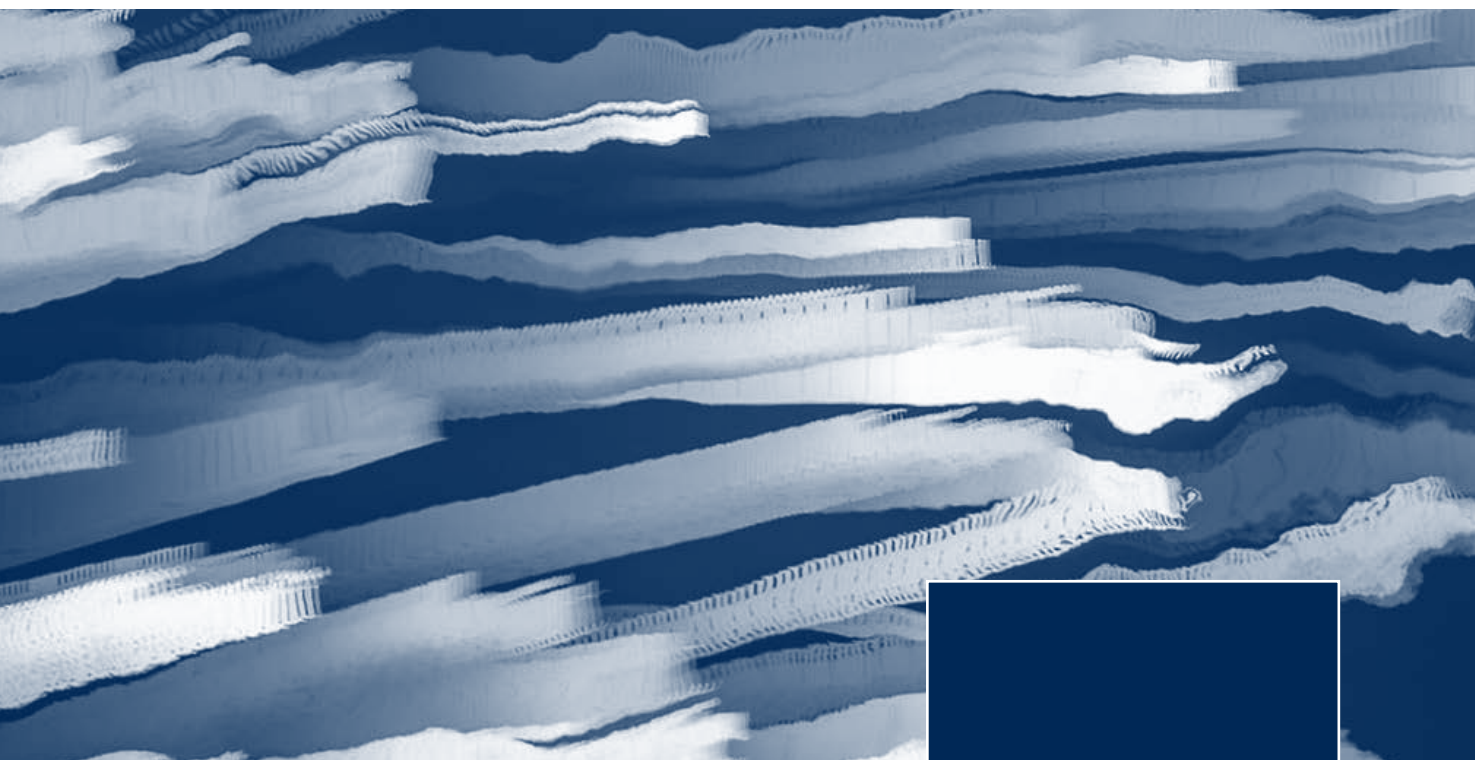
Auto n.º 177/2020 de la Audiencia Provincial de Cádiz de 24 de julio

En esta controversia, la Audiencia Provincial interpreta el artículo 5 del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques de 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo. El citado precepto impide el reembargo de un buque por el mismo crédito por el que se hubiera embargado previamente.

El procedimiento tiene su origen en el embargo preventivo de un buque ordenado por un Juzgado de lo Mercantil de Cádiz, medida ante la cual el perjudicado se opuso alegando que por ese mismo crédito —derivado de un contrato de arrendamiento a casco desnudo— ya había acordado el embargo un Tribunal Mercantil de Tánger.

La Audiencia Provincial suscribe los argumentos del Juzgado de Primera Instancia. Así, determina que, toda vez que la medida concedida por el Tribunal marroquí —limitar el trayecto que podía realizar el buque— difiere, en esencia, de la naturaleza jurídica de un embargo de buque en los términos previstos en el artículo 1.2. del Convenio de Ginebra de 1999, esto es, la inmovilización, las medidas impuestas por cada órgano judicial son distintas en cuanto a su naturaleza, por lo que cabe que el Tribunal español adopte un embargo.

10 de diciembre de 2020



Medio ambiente

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

[España]

Residuos. Traslado

Real Decreto 553/2020, de 2 de junio, por el que se regula el traslado de residuos en el interior del territorio del Estado (BOE de 19 de junio de 2020)

El Real Decreto tiene por objetivo regular el traslado de residuos dentro del territorio español de conformidad con las disposiciones comunitarias impuestas por el Reglamento 1013/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos.

Este Real Decreto deroga el anterior Real Decreto 180/2015, de 13 de marzo, en materia del régimen jurídico de los traslados de residuos dentro del territorio español, e introduce las siguientes novedades:

- i. Se incluyen en su ámbito de aplicación los traslados de residuos cuyo destino sea el almacenamiento u operaciones de tratamiento intermedio. Se excluyen, sin embargo, los transportes de residuos de empresas de instalación o mantenimiento desde el lugar donde se hayan generado hasta su propia instalación, el traslado de residuos en los procesos de logística inversa y el transporte de residuos por particulares hasta puntos de recogida.
- ii. Se precisa quiénes pueden considerarse como “operadores de traslado”, que serán el productor de los residuos u otra figura siempre que se cumplan ciertas condiciones.
- iii. Se revisa el contenido del contrato de tratamiento –que debe estipular la cantidad estimada de residuos que se van a trasladar, su código LER, la periodicidad estimada de los traslados, el tratamiento al que van a someter los residuos y las condiciones de aceptación, así como las obligaciones de las partes en relación a la posibilidad de rechazo de los resi-

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús Andrés Sedano Lorenzo, y en su elaboración han participado Bárbara Fernández Cobo, Claudia Lastella Ortega y Luis Villar González, del Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez (Madrid).

duos por parte del destinatario– y del documento de identificación que debe acompañar en todo momento a los residuos trasladados.

- iv. Por último, en los casos de notificación previa, el Real Decreto establece que los procedimientos se realizarán telemáticamente a través del Sistema de Información de Residuos (eSIR).

Residuos. Eliminación

Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero (BOE de 8 de julio de 2020)

Este Real Decreto responde a la necesidad de actualizar el régimen jurídico de gestión de los residuos mediante depósito en vertedero una vez transcurridos más de diecinueve años desde la aprobación del derogado Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, hasta entonces en vigor.

Entre las principales novedades que introduce esta nueva norma destacan:

- i. El refuerzo de la obligación de tratamiento previo de los residuos, especificando el alcance de lo que debe entenderse por tratamiento previo para un grupo de residuos cuantitativamente relevante como es el de los residuos municipales. No obstante, se pospone la fijación de los valores límite para estos parámetros a un desarrollo posterior por orden ministerial.
- ii. El establecimiento de objetivos de reducción de vertido de residuos municipales. Se incorporan los objetivos de reducción de vertidos y sus correspondientes normas de cálculo conforme a lo previsto en la normativa comunitaria. Por ejemplo, para el 1 de enero de 2035, el vertido de residuos municipales debe reducirse al 10 % o menos del total de los residuos generados.
- iii. El establecimiento del conjunto de costes directos e indirectos que se deberán repercutir sobre el precio por la eliminación de los residuos en el vertedero. Entre los costes indirectos, se especifica la obligación de contabilizar aquellos ligados a la emisión de gases de efecto invernadero para los que ya existe un coste medioambiental aceptado por la Unión Europea a través de su mercado de carbono.
- iv. Se exige que las instalaciones de vertido sean sometidas a inspección periódica por las autoridades competentes, y se detalla en su Anexo VII el alcance de estas inspecciones y la frecuencia de su realización.
- v. Finalmente, considerando las circunstancias asociadas al COVID-19, el Real Decreto establece normas de manejo y gestión de residuos domésticos en hogares con pacientes positivos o en cuarentena, así como procedentes de hospitales, ambulancias, centros de salud, laboratorios y establecimientos similares.

Medidas en materia de Energía y reactivación económica

Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica (BOE de 24 de junio de 2020)

Con el propósito de incorporar una serie de medidas dirigidas a favorecer la implantación de energías renovables, el Real Decreto-ley regula las condiciones para mantener el derecho de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de electricidad en función de la antigüedad del permiso; establece un nuevo mecanismo de subastas para dotar a las renovables de un marco predecible y estable; habilita al Gobierno para establecer un marco retributivo alternativo al régimen retributivo específico; simplifica la tramitación de los procedimientos de autorización de las instalaciones eléctricas; impulsa nuevos modelos de negocio en materia de transición energética (por ejemplo, la agregación de la demanda de varios consumidores de electricidad o de varios generadores para su venta, el almacenamiento como medida para asegurar el suministro o la hibridación mediante el acceso a un mismo punto de la red por parte de instalaciones que utilicen distintas tecnologías de generación). El Real Decreto-ley también flexibiliza el Fondo Nacional de Eficiencia Energética como respaldo de las iniciativas nacionales de eficiencia energética y aumenta de modo excepcional los límites máximos de inversión en las redes eléctricas de transporte y distribución.

Por otra parte, este Real Decreto-ley modifica la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, en relación con la solicitud de prórroga de vigencia de las declaraciones de impacto ambiental, la agilización del procedimiento para la determinación del alcance del estudio de impacto ambiental y la equiparación de determinados aspectos del procedimiento de evaluación ambiental simplificada al procedimiento de evaluación ambiental ordinaria.

Economía circular

Acuerdo del Consejo de Ministros, de 2 de junio de 2020, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Circular - "España Circular 2030"

La Estrategia Española de Economía Circular ("EEEC") tiene por finalidad sustituir la economía lineal por un nuevo modelo basado en la economía circular; es decir, un modelo de producción y consumo en el que el valor de los productos, materiales y recursos se mantengan en la economía el mayor tiempo posible, se minimice la generación de residuos y se aprovechen al máximo aquellos cuya generación no se ha podido evitar.

La EEEC establece como objetivos para el año 2030 los siguientes: (i) reducir en un 30 % el consumo nacional de materiales en relación con el PIB respecto al año 2010; (ii) disminuir en un 15 % la generación de residuos respecto al año 2010; (iii) reducir la generación de residuos de alimentos en un 50 % en hogares y consumo minorista y un 20 % en las cadenas de producción y suministro; (iv) incrementar la reutilización y preparación para la reutilización hasta llegar al 10 % de los residuos municipales generados; (v) mejorar un 10 % la eficiencia en el uso del agua; y (vi) reducir las emisiones de gases de efecto invernadero por debajo de los diez millones de toneladas de CO₂ equivalente.

Para lograr estos objetivos, se la EEEC prevé la aprobación de planes de acción trienales. El primero abarcará el periodo 2021-2023 y tendrá como sectores prioritarios los de la construcción, agroalimentación, pesca, industria, bienes de consumo, turismo, y textil y confección. Asimismo, se basará en las siguientes líneas de actuación: producción, consumo, gestión de residuos, materias primas secundarias, reutilización del agua, sensibilización y participación, investigación, innovación y competitividad, y empleo y formación.

Por último, la EEEC prevé la creación de varios comités formados por representantes de las diferentes Administraciones públicas y de los agentes sociales y económicos, encargados de evaluar las medidas y políticas a aplicar, así como su grado de implantación.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Las obligaciones postclausura se aplican a todos los vertederos en operación a su entrada en vigor, con independencia de la fecha de comienzo de su actividad

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 14 de mayo de 2020 (Asunto C-15/19, Azienda Municipale Ambiente SpA c. Consorzio Laziale Rifiuti)

Mediante la presente sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") declara que las obligaciones impuestas por los artículos 10 y 14 de la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos, se aplican también a los vertederos de residuos que estuvieran en funcionamiento en la fecha de su transposición.

Por tanto, las entidades explotadoras de vertederos deben garantizar por un mínimo de treinta años el mantenimiento del vertedero después de su cierre, con independencia de que estuvieran en funcionamiento antes de entrar en vigor dichas obligaciones postclausura. La sentencia aclara que, para dar cumplimiento a esta obligación, no debe atenderse a la fecha de almacenamiento de los residuos ni tampoco establecer medidas para limitar las repercusiones financieras que esa prolongación tenga para el poseedor de los residuos.

La sentencia añade que el hecho de que el artículo 14 de la Directiva establezca un régimen transitorio de adaptación a las nuevas exigencias medioambientales para los vertederos ya autorizados con anterioridad y que siguieron en funcionamiento no puede interpretarse como una exclusión de las demás disposiciones de la Directiva en materia de cierre.

En definitiva, la Directiva solo excluye del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre procedimiento de cierre a los vertederos ya cerrados en el momento de su transposición.

La exigencia de una distancia mínima entre aerogeneradores y los edificios residenciales no constituye un reglamento técnico que deba ser objeto de notificación, siempre que tal exigencia no conduzca a una utilización puramente marginal de ellos

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 28 de mayo de 2020 (Asunto C-727/17, Syndyk Masy Upadłości ECO-WIND Construction S.A. w upadłości c. Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Kielcach)

El TJUE se pronuncia sobre una normativa nacional que impone distancias mínimas entre aerogeneradores y edificios con funciones residenciales, a propósito de la denegación de la autorización de un proyecto de parque eólico porque entre los aerogeneradores proyectados y los edificios residenciales existentes no se respetaban las distancias mínimas fijadas en la normativa nacional.

En primer lugar, la sentencia analiza si la normativa nacional debe considerarse un reglamento técnico que deba ser notificado a la Comisión Europea de acuerdo con la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. En este sentido, el TJUE concluye que la exigencia de que las instalaciones de aerogeneradores respeten una distancia mínima con los edificios que tengan una función residencial no constituye un reglamento técnico que deba ser objeto de notificación conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de dicha Directiva, siempre que tal exigencia no conduzca a una utilización puramente marginal de los aerogeneradores, extremo que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

En segundo lugar, la sentencia aclara que la instalación y operación de aerogeneradores no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, porque la actividad de "producción de electricidad" no puede considerarse un servicio en el sentido de dicha Directiva y, por tanto, no constituye un límite territorial al acceso o ejercicio de una actividad.

Por último, la sentencia confirma la compatibilidad de la norma nacional con la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE. La sentencia concluye que una normativa que exige que las instalaciones de aerogeneradores respeten una distancia mínima con los edificios que tengan una función residencial no se opone a dicha Directiva, siempre que dicha exigencia sea necesaria y proporcionada a la vista del objetivo global nacional obligatorio del Estado miembro en cuestión (cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía), extremo que compete apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

Bajo ciertas condiciones, y siempre que concurren razones imperiosas de interés público, es posible autorizar excepcionalmente un plan o proyecto con dictamen ambiental desfavorable

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de julio de 2020 (Asunto C-411/19, WWF Italia Onlus y otros c. Presidenza del Consiglio dei Ministri y Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA)

La sentencia del TJUE resuelve diversas cuestiones prejudiciales relacionadas con la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. En particular, interpreta el artículo 6.4 de la Directiva, que permite la aprobación excepcional de planes o proyectos que han recibido una evaluación ambiental negativa por razones de interés público de primer orden.

El supuesto de hecho objeto es la aprobación de un proyecto de construcción de una carretera en Italia. Si bien el primer proyecto elaborado recibió dictamen ambiental favorable, se tramitó un segundo proyecto que incluía un nuevo trazado que reducía considerablemente los costes, pero afectaba a un Lugar de Importancia Comunitaria (LIC). Por ello, recibió un dictamen ambiental negativo. No obstante, el Consejo de Ministros italiano aprobó este segundo proyecto invocando un interés público de primer orden y aplazó la implantación de medidas compensatorias y de mitigación a un momento posterior.

La sentencia comienza declarando la compatibilidad con la Directiva de una normativa nacional que permita autorizar excepcionalmente un plan o proyecto cuando sus repercusiones sobre una zona de especial conservación no puedan atenuarse y se haya emitido un dictamen medioambiental desfavorable, siempre y cuando concurren razones imperiosas de interés público de primer orden, no exista una solución alternativa que conlleve menores inconvenientes para la integridad de la zona afectada y se adopten medidas compensatorias. Eso sí, el TJUE remarca que el coste económico no puede ser la única razón que descarte otras alternativas, si bien deja en manos del órgano jurisdiccional remitente la decisión final sobre si el proyecto original de la carretera era una alternativa o no.

A continuación, la sentencia afirma que la utilización del procedimiento excepcional de aprobación de proyectos en zonas especiales de conservación por razones imperiosas de interés público de primer orden no excluye la previa realización de una evaluación del impacto ambiental del plan o proyecto. Esto es, la evaluación ambiental negativa es requisito previo para la aplicación del procedimiento excepcional.

Asimismo, el TJUE señala que la definición de las medidas de protección y de reducción de las repercusiones negativas del plan o del proyecto (medidas de mitigación) deben concretarse en el trámite de evaluación ambiental y nunca con posterioridad a él. En cambio, la sentencia admite el diseño y adopción de medidas compensatorias con posterioridad al trámite de evaluación ambiental, ya que por su propia naturaleza se deben concretar tras la evaluación de las repercusiones negativas de un plan o proyecto y aplicarse tras su ejecución.

Finalmente, la sentencia concluye que la Directiva se opone a que, una vez realizada la evaluación ambiental por la autoridad competente, cualquier autoridad continúe o complete dicha evaluación.

El traslado de una mezcla de subproductos animales y de residuos no peligrosos se rige por el Reglamento de subproductos animales (y no por el Reglamento sobre traslado de residuos)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 3 de septiembre de 2020 (Asuntos C-21, 22 y 23/2019; P.F. Kamstra Recycling y otros)

En este caso, el TJUE analiza las interrelaciones existentes entre la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas ("Directiva de residuos"), el Reglamento (CE) n.º 1069/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano ("Reglamento de subproductos animales") y el Reglamento (CE) n.º 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos ("Reglamento sobre traslado de residuos").

En concreto, la sentencia se pronuncia acerca de cuál es el régimen aplicable a un traslado transfronterizo de mezclas que incluyen componentes de origen animal y residuos no peligrosos no provenientes de animales (las mezclas en cuestión contenían salmuera, grasa, tejidos de origen animal, lodos de depuradora, etc., y se destinaban a la producción de biogás en otro Estado de la Unión).

En este sentido, la sentencia concluye que:

- i. El concepto de subproducto empleado por la Directiva de residuos y por el Reglamento de subproductos animales no es coincidente ni se remite en modo alguno el uno al otro. En consecuencia, un material puede ser un subproducto animal sin considerarse subproducto según la Directiva de residuos.
- ii. Las normas contenidas en el Reglamento sobre traslado de residuos solo se aplican al traslado de subproductos animales cuando el Reglamento de subproductos animales así lo prevea expresamente (como sucede con las mezclas de subproductos animales y residuos peligrosos, según la sentencia del TJUE de 23 de mayo de 2019, Asunto C-634/17, ReFood).
- iii. El traslado de una mezcla de subproductos animales y de residuos no peligrosos se rige, en principio, por el Reglamento de subproductos animales y no por el Reglamento sobre traslado de residuos. Considerando que el Reglamento de subproductos animales no prevé un porcentaje mínimo de subproductos animales en la mezcla, solo será de aplicación el Reglamento sobre traslado de residuos cuando se desprenda de "*indicios concretos, pertinentes y concordantes*" que el operador ha incluido subproductos animales en la mezcla con el único fin de eludir dicha normativa.

[España]

No es posible eximir de control ambiental a planes, programas o proyectos que se ubiquen dentro de espacios integrantes de la Red Natura 2000

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de junio de 2020 (rec. 720/2018)

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Extremadura contra una sentencia anterior dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Extremadura, que anuló ciertas disposiciones del Decreto 110/2015, de 19 de mayo, por el que se regula la red ecológica europea Natura 2000 en Extremadura.

El Tribunal Supremo confirma la anulación del artículo 9.1 del Decreto 110/2015, que establecía que *"no estarán sometidos con carácter general a Informe de Afeción aquellas actividades proyectos, planes o programas que no requiriendo Evaluación de Impacto Ambiental o Evaluación Ambiental se desarrollen íntegramente en los terrenos incluidos en las Zonas de Uso General (ZUG)"*, por considerarlo contrario al artículo 6.3 de la Directiva de Hábitats, al artículo 46.3 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y a la jurisprudencia que los interpreta.

En concreto, el Tribunal Supremo considera que dicho artículo 9.1 del Decreto 110/2015 vulnera el principio de cautela al no señalar que *"absolutamente todos"* los proyectos, planes y actividades que se vayan a instalar en territorio declarado Red Natura 2000 deben someterse a cierto control medioambiental.

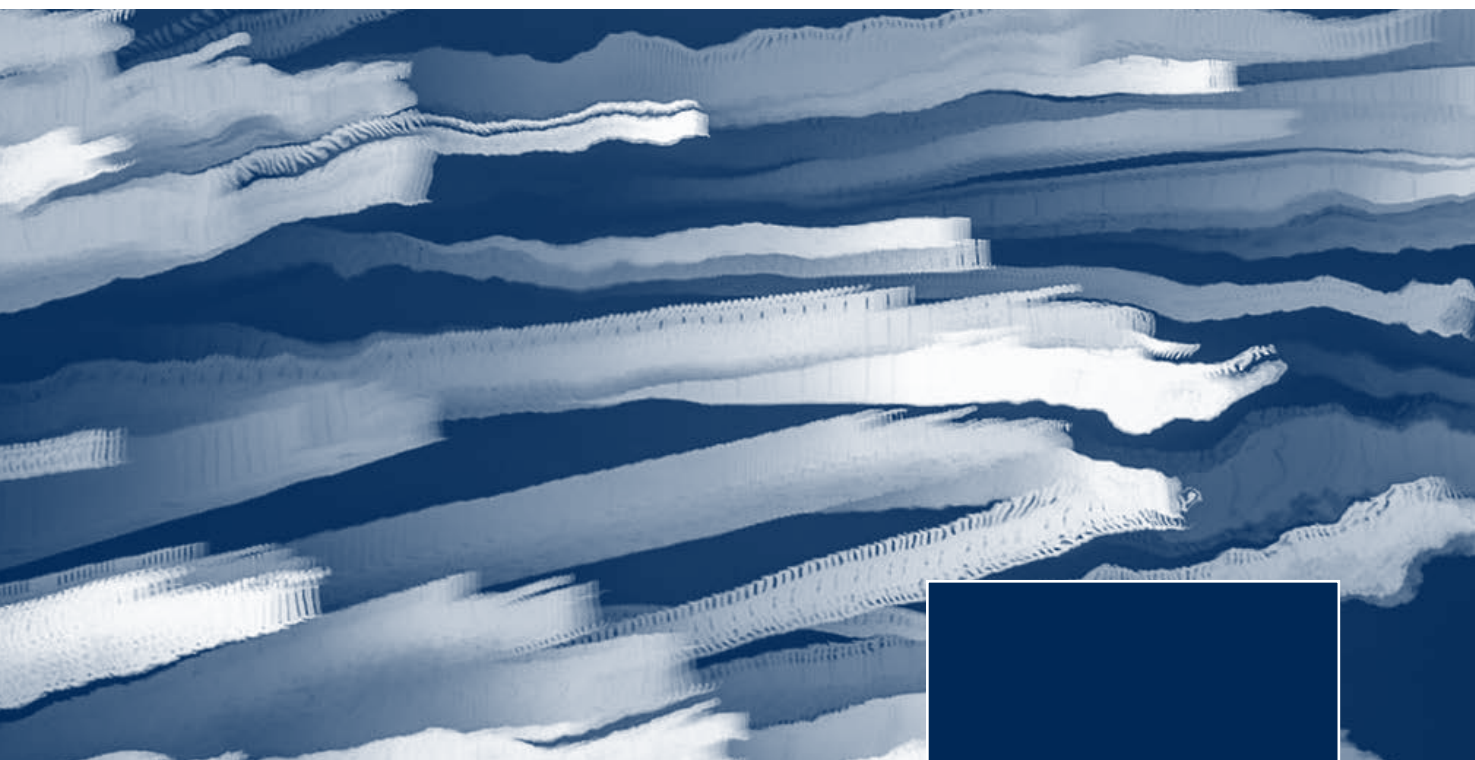
A su juicio, la exclusión *a priori* de determinados proyectos conlleva la imposibilidad de descartar efectivamente que puedan verse afectados los valores naturales que posibilitaron la declaración de la zona como Red Natura 2000. Y es que, de conformidad con la doctrina del TJUE sobre la materia, *"deben someterse a esta fase de cribado "absolutamente todos" los proyectos y planes que no tengan relación directa con la gestión del lugar o no sean necesarios para la misma, independientemente de que sean de escasa entidad o en la concreta zona de la RED en la que se ubiquen y desarrollen"*.

De igual modo, el Tribunal Supremo confirma la nulidad de los artículos 19 y 22 del Decreto 110/2015, que aprobaron los Planes de Gestión de la ZEC y de las ZEPA recogidas en el Anexo V de la norma, por vulneración del artículo 46.1 de la Ley 42/2007.

Entiende el Alto Tribunal que los planes de gestión no pueden ser una "foto fija" de los datos cuantitativos disponibles en el momento de su elaboración, tanto respecto de hábitats como de especies. Al contrario, dichos planes deben incluir una serie de valores mínimos, tales como valores de referencia predeterminados para cada especie o hábitats (número de ejemplares considerados referencia del buen estado de conservación de la especie), medidas de conservación para alcanzar estos objetivos de referencia, indicadores para evaluar su desarrollo, etc.

Por último, el Alto Tribunal recuerda que los Estados miembros tienen la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas para los Lugares de Importancia Comunitaria y que, entre estas medidas, se encuentra la exclusión de la transformación de estos lugares mediante la urbanización que resulte incompatible con la propuesta de espacio protegido.

10 de diciembre de 2020



Mercantil

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

[Unión Europea]

Reparto de dividendos

Recomendación del Banco Central Europeo de 15 de diciembre de 2020 sobre el reparto de dividendos durante la pandemia de COVID-19 y por la que se deroga la Recomendación BCE/2020/35 (BCE/2020/62)

En virtud de esta Recomendación, el Banco Central Europeo deja sin efecto su Recomendación de 27 de julio de 2020, sobre el reparto de dividendos durante la pandemia de COVID-19 BCE/2020/35, y recomienda que hasta el 30 de septiembre de 2021 las entidades de crédito significativas sean muy prudentes al decidir los importes de los dividendos o repartirlos, o al recomprar acciones para remunerar a los accionistas. Las entidades de crédito que se propongan aplicar medidas de reparto de dividendos o recompra de acciones para remunerar a los accionistas deberán ponerse en contacto con sus equipos conjuntos de supervisión, en el marco del diálogo con el supervisor, para examinar la conveniencia de esas medidas. La presente Recomendación se aplica en base consolidada a los grupos supervisados significativos conforme al artículo 2, punto 22, del Reglamento (UE) n.º 468/2014 del Banco Central Europeo (BCE/2014/17), e individualmente a las entidades supervisadas significativas conforme al artículo 2, punto 16, de dicho Reglamento, que no formen parte de un grupo supervisado significativo.

El Banco Central Europeo seguirá controlando la situación económica y reconsiderará la Recomendación antes del 30 de septiembre de 2021.

Inversiones sostenibles

Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088

* Esta sección ha sido elaborada por Juan Antonio Pérez Rivarés, Eduardo Bagaría, Ignacio Klingenberg, Josep Moreno, Joana Torres Guilherme Neves y Guilherme Drummond, del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

El 22 de junio se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)* el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088, cuyo objetivo principal es promover y potenciar la inversión del sector privado en proyectos sostenibles y ecológicos mediante el establecimiento de criterios para calificar una actividad sostenible a efectos de fijar el grado de sostenibilidad medioambiental de una inversión. Tal y como se recoge en este Reglamento, una actividad económica se considerará medioambientalmente sostenible si, entre otros requisitos, no causa un perjuicio significativo a alguno de los siguientes objetivos medioambientales: (i) mitigación del cambio climático; (ii) adaptación al cambio climático; (iii) uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos; (iv) transición hacia una economía circular; (v) prevención y control de la contaminación; y (vi) protección y recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas.

[España]

Bancario y Mercado de Valores

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 (BOE de 24 de enero de 2020)

En virtud de esta Resolución se crea la sede electrónica y el registro electrónico del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y se determina su régimen de funcionamiento. Los procedimientos que se podrán tramitar inicialmente a través del registro electrónico del FROB son los relativos a instancias generales o solicitudes, quejas y sugerencias, recursos y reclamaciones, y solicitud de ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Resolución de 9 de enero de 2020, de la Presidencia del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se crea el sello electrónico cualificado de la entidad (BOE de 24 de enero de 2020)

En virtud de esta Resolución se crea el sello electrónico cualificado del FROB, que podrá ser utilizado para la identificación y autenticación del ejercicio de la competencia en las actuaciones administrativas automatizadas previstas en la propia Resolución.

Guía Técnica 1/2020 sobre los procedimientos de selección de intermediarios de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva (Comisión Nacional del Mercado de Valores, 3 de febrero de 2020)

La finalidad de la Guía es transmitir a las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva (SGIIC) criterios para la selección de los intermediarios financieros y contrapartes que intervengan en la ejecución de las operaciones de las instituciones de inversión colectiva y el resto de las carteras gestionadas.

La Guía recoge los principales aspectos que deben observar las SGIIC al negociar con intermediarios, en particular: el ámbito de aplicación; las políticas y procedimientos de selección de intermediarios; la obligación de las SGIIC de evaluar (al menos anualmente) la efectividad de sus políticas y procedimientos de selección de intermediarios, modificando, en su caso, las posibles deficiencias; y la delegación en terceros de la selección de intermediarios.

Los criterios de la Guía han de tenerse especialmente en cuenta a la hora de seleccionar intermediarios que pertenezcan al propio grupo de la sociedad gestora o que tengan otro tipo de vínculos con ella, sin perjuicio de que deban aplicarse también las normas y tenerse en cuenta los criterios de la CNMV en materia de operaciones vinculadas. Asimismo, se recogen ciertos criterios de la CNMV sobre determinadas prácticas en la contratación con intermediarios.

Circular 1/2020, de 28 de enero, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos (BOE de 5 de febrero de 2020)

En virtud de esta Circular se adapta la Circular 1/2013 sobre la Central de Información de Riesgos (CIR) y por la que se modifica la 4/2004, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros a lo establecido por la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Adicionalmente, introduce algunas modificaciones en la Circular 1/2013 para mejorar la coherencia de la información recopilada a través de la CIR respecto a la establecida en el marco del Reglamento (UE) 867/2016 sobre la recopilación de datos granulares de crédito y de riesgo crediticio. Como novedad introducida por la Circular 1/2020 cabe destacar la posibilidad de que las entidades prestamistas de crédito inmobiliario reguladas en la mencionada Ley 5/2019 puedan acceder a la CIRBE.

Por último, con el objetivo de actualizar la norma, incorpora algunos cambios en la Circular 1/2013 para aclarar la información que se debe remitir relativa a determinadas operaciones, reorganizar la forma en que se presenta la información en algunos módulos e introducir alguna dimensión adicional. Asimismo, se introducen algunas precisiones en relación con la presentación de reclamaciones a la CIR.

Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, 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 20 de febrero de 2020)

Este Real Decreto regula el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, desarrollando el título II de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial y derogando el régimen contenido en el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito. Este Real Decreto concreta el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y de los grupos y subgrupos consolidables de establecimientos financieros de crédito con matriz en España en relación con el régimen de

autorización y registro (tanto de los establecimientos financieros de crédito como de las entidades híbridas); la actuación transfronteriza; los principios de gobierno corporativo y política de remuneraciones; y las obligaciones en materia de solvencia. Asimismo, siguiendo lo previsto en la mencionada Ley 5/2015, y salvo por lo regulado en este Real Decreto, se mantiene la aplicación supletoria de las normas que, con carácter general, regulan la actividad de las entidades de crédito.

Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE de 11 de marzo de 2020)

Este Real Decreto-Ley, además de reforzar la protección a colectivos vulnerables que se encuentran en riesgo de desahucio hipotecario y de modificar la Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito para adecuar las causas de disolución de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) a su naturaleza, modifica la disposición adicional cuarta del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, a fin de ampliar el tipo de entidades financieras ya constituidas que pueden solicitar su transformación en bancos.

En particular, permite la transformación en banco (además de a las cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito) a las sociedades de valores, las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico, en línea con otros Estados miembros de la Unión Europea y con la finalidad de anticiparse a la posible falta de acuerdo que regule las relaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido después del periodo transitorio vencido el 31 de diciembre de 2020.

Circular 3/2020, de 11 de junio, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE de 16 de junio de 2020)

Esta Circular se publica atendiendo a las recomendaciones y medidas adoptadas por los organismos reguladores y supervisores bancarios como consecuencia de la situación de emergencia de salud pública creada por la propagación del COVID-19, en las que se recomienda hacer un uso adecuado de la flexibilidad implícita en el marco regulatorio, sin menoscabo de la adecuada identificación del deterioro de las operaciones y de una estimación razonable de su cobertura por riesgo de crédito. En particular, se han tenido en consideración dos publicaciones de la European Banking Authority (EBA) de 12 y 25 de marzo, sobre actuaciones para mitigar el impacto del COVID-19 en el sector bancario de la Unión Europea y sobre la aplicación del marco regulatorio en lo relativo a impagos, reestructuraciones o refinanciaciones, y la NIF 9 a la vista de las medidas de respuesta al COVID-19.

Con la finalidad de evitar automatismos y dotar de mayor flexibilidad al marco regulatorio bancario, esta Circular establece que las operaciones crediticias reestructuradas, refinanciadas o de refinanciación no tendrán que clasificarse forzosamente como riesgo normal en vigilancia especial cuando no corresponda su clasificación como riesgo dudoso. Esta modificación permite a las entidades sujetas a la Circular 4/2017, de 27 de noviembre (entre las que se incluyen también los establecimientos financieros de crédito), hacer un mayor uso de la flexibilidad implícita en las Di-

rectrices de la EBA sobre las prácticas de gestión del riesgo de crédito de las entidades de crédito y la contabilización de las pérdidas crediticias esperadas.

Seguros

Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (BOE de 5 de febrero de 2020)

El Real Decreto transpone al ordenamiento jurídico español varias Directivas europeas, entre las que destaca la Directiva 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros, que tiene como objetivos establecer las normas de acceso a las actividades de distribución de seguros, regular las condiciones en que la actividad de distribución de seguros y reaseguros debe llevarse a cabo, y establecer el régimen de supervisión y medidas administrativas de aplicación.

En particular, la norma regula cuestiones tales como la actividad de los distribuidores de seguros y reaseguros o las diferentes categorías de mediadores de seguros, e incluye una novedosa regulación de las ventas combinadas y ventas vinculadas, así como nuevas obligaciones de información y normas de conducta y mecanismos de control de productos y requisitos en materia de gobernanza, entre otras cuestiones.

Reglamento único (Single Rulebook) Solvencia II, de 31 de julio de 2020, publicado por la European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA)

El Reglamento único (Single Rulebook) se centra en la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro, y su ejercicio (Solvencia II). Este Reglamento único nace con el objetivo de mejorar la comprensión de las normas aplicables y de promover el mercado interior europeo, así como la aplicación coherente y homogénea del marco normativo en el sector asegurador.

COVID-19

Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 (BOE de 13 de marzo de 2020)

Este Real Decreto-ley incorpora un paquete de medidas dirigido a apoyar la actividad empresarial y, de forma especial, a los colectivos y sectores más directamente afectados por el COVID-19. En este sentido, entre otros, flexibiliza, para autónomos y pequeñas y medianas empresas, los aplazamientos del pago de impuestos durante un periodo de seis meses, previa solicitud, con bonificación en los tipos de interés; dispone una línea de financiación específica a través del Instituto de Crédito Oficial (ICO) para atender las necesidades de liquidez de las empresas y trabajadores autónomos del sector turístico, así como de las actividades relacionadas que se estén viendo afectadas

por la actual situación; y permite que las empresas que hayan recibido préstamos de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa puedan aplazar su reembolso.

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 14 de marzo de 2020)

Declara el estado de alarma en todo el territorio nacional por un periodo de quince días con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19 en España. Entre otras cuestiones, la circulación se limita a actividades de primera necesidad, tales como compras de alimentos o medicamentos, asistencia a centros sanitarios o entidades financieras, retorno a la residencia habitual o asistencia a personas vulnerables. También se exceptúan los desplazamientos al lugar de trabajo.

Este Real Decreto ha sido modificado por Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo y por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, de manera que el estado de alarma quedó prorrogado hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020. Posteriormente, el Real Decreto 926/2020, de 25 octubre, volvió a declarar el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Esta declaración de estado de alarma afecta a todo el territorio nacional, y su entrada en vigor fue efectiva en el momento de la publicación del Real Decreto en el *BOE* (25 de octubre de 2020), con la finalización de sus efectos a las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020. El estado de alarma fue prorrogado hasta las 00.00 horas del 21 de mayo de 2021 por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 18 de marzo de 2020)

En virtud de este Real Decreto-ley (el RDL 8/2020) se aprueban varios paquetes de medidas encaminados a hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. En este sentido, entre otros, se aprueban tres bloques de medidas: un primer bloque destinado a personas mayores, dependientes y familias vulnerables, un segundo bloque que refuerza la protección al empleo y un tercer bloque que permite asegurar la liquidez de las empresas para que puedan mantenerse operativas con el objetivo de que un problema de liquidez no se convierta en un problema de solvencia. Asimismo, a fin de apoyar el sistema productivo y empresarial, se reforma la normativa sobre inversiones exteriores, para impedir que empresas de países de fuera de la Unión Europea puedan hacerse con el control de entidades españolas en sectores estratégicos, aprovechando la caída coyuntural del valor de sus acciones en esta situación de crisis económica.

Las siguientes son las medidas más relevantes del RDL 8/2020 (tal y como este fue parcialmente modificado, entre otros, por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 —el RDL 11/2020—, por el Real Decreto-ley 19/2020 de 26 de mayo, por el que se adop-

tan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19, por el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y por el Real Decreto-ley 25/2020 de 3 de julio, sobre medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo:

- i. *Societario general*: Se aprueban varias medidas encaminadas a solucionar obstáculos y paliar dificultades a los que se enfrentan las sociedades mercantiles y civiles durante la crisis sanitaria, recogidas en los artículos 40 y 41 del RDL 8/2020. En particular:
 - Junta general: Durante el periodo de alarma y, una vez finalizado, hasta el 31 de diciembre de 2020 (y aunque no esté previsto en los estatutos), las juntas generales podrán celebrarse por vídeo o por conferencia telefónica múltiple, siempre que todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad y así lo exprese en el acta, que deberá remitir de inmediato a las direcciones de correo electrónico. Asimismo, el órgano de administración podrá desconvocar o modificar el lugar y hora de celebración de las juntas generales convocadas antes de la declaración del estado de alarma (mediante la publicación de un anuncio con una antelación mínima de 48 horas a la fecha prevista) y, en caso de desconvocatoria, la junta deberá ser convocada dentro del mes siguiente a la finalización del estado de alarma. En caso de que se requiera la asistencia de un notario a la junta para levantar acta de la reunión, este podrá hacerlo por medios de comunicación a distancia en tiempo real que garanticen el cumplimiento de su función.
 - Órgano de administración: Mientras dure el estado de alarma y, una vez finalizado, hasta el 31 de diciembre de 2020 (y aunque no esté previsto en los estatutos), (a) las reuniones del órgano de administración y demás comisiones (delegadas, obligatorias y voluntarias) podrán celebrarse por videoconferencia o conferencia telefónica múltiple, siempre que todos sus miembros dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad y así lo exprese en el acta, que deberá remitir de inmediato a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes; y (b) los acuerdos del órgano de administración y demás comisiones (delegadas, obligatorias y voluntarias) podrán adoptarse por escrito y sin sesión si lo decide el presidente o lo solicitan dos de sus miembros (sin ser necesario, por tanto, que todos los consejeros estén conformes con este procedimiento de adopción de acuerdos).
 - Cuentas anuales: El plazo para formular las cuentas anuales (individuales y consolidadas) quedó suspendido hasta el 1 de junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha, y el plazo para que la junta general se reúna para tratar sobre su aprobación es de dos meses desde que finalice el plazo para su formulación. En el caso de sociedades sujetas a auditoría, ya sea obligatoria o voluntaria, si en la fecha de declaración del estado de alarma o durante su vigencia el órgano de administración hubiese formulado las cuentas anuales, el plazo para su verificación por el auditor de cuentas se prorroga por dos meses a contar desde que finalice el estado de alarma.

- En el caso de que la sociedad ya hubiera formulado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, con la correspondiente propuesta de aplicación del resultado, y el órgano de administración considere oportuno modificar su propuesta inicial para adaptarla a las nuevas circunstancias (dada la incertidumbre generada por la crisis sanitaria), el RDL 8/2020 (tras su modificación por el RDL 11/2020) prevé dos alternativas, en función de si la junta estuviera o no convocada:
 - a) Si la junta no estuviera convocada, el órgano de administración podrá sustituir la propuesta de aplicación del resultado contenida en la memoria de las cuentas anuales formuladas por una propuesta alternativa (decisión que deberá justificarse por la situación creada por el COVID-19) que deberá ir acompañada de un escrito del auditor de cuentas en el que indique que el cambio no habría modificado su opinión de auditoría. Asimismo, se establecen obligaciones especiales de publicidad para las sociedades cotizadas que apliquen esta alternativa.
 - b) Si la junta estuviera convocada, el órgano de administración podrá retirar del orden del día la propuesta de aplicación del resultado contenida en la convocatoria de la junta para someter una nueva propuesta a una junta posterior, que deberá celebrarse dentro del plazo legalmente previsto para la celebración de la junta ordinaria. Esta decisión deberá publicarse antes de la celebración de la junta general ya convocada, y la nueva propuesta deberá cumplir los mismos requisitos de justificación, escrito del auditor y publicidad aplicables para el supuesto de sustitución de la propuesta de aplicación del resultado.
- Otros: Los socios no podrán ejercer el derecho de separación legal o estatutario hasta que finalice el estado de alarma y las prórrogas que, en su caso, se acuerden. En este sentido, el derecho de separación previsto en los apartados 1 y 4 del artículo 348 bis del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, se suspende hasta el 31 de diciembre de 2020. No se producirá la disolución de pleno derecho de aquellas sociedades para las que transcurriera su término de duración (que solo se producirá transcurridos dos meses desde la finalización del estado de alarma). Además, en el supuesto de sociedades que incurran en causa legal o estatutaria de disolución, el plazo de convocatoria de la junta general por el órgano de administración (para acordar la disolución o enervar la causa de disolución) queda suspendido hasta que finalice el estado de alarma, medida que resulta aplicable tanto a sociedades que incurran en causa de disolución durante el estado de alarma como a aquellas que se encontraran en esa situación antes de su declaración (se indica que, si la causa de disolución acaece durante la vigencia del estado de alarma, los administradores no responderán de las deudas sociales contraídas durante este periodo).
- ii. *Sociedades anónimas cotizadas*: Para el ejercicio 2020 (y no ligado a la duración del estado de alarma), el artículo 41 del RDL 8/2020 adoptó determinadas medidas excepcionales aplicables a las sociedades con valores admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea. En particular:

- Junta general: La junta general ordinaria de accionistas podrá celebrarse dentro de los diez primeros meses del ejercicio social (por tanto, en el caso de sociedades cuyo ejercicio coincida con el año natural, hasta el 31 de octubre de 2020), y aun en ausencia de previsión estatutaria, serán válidas tanto la asistencia a la junta general por medios telemáticos y el voto a distancia como la celebración de la junta en cualquier lugar del territorio nacional si el consejo de administración lo prevé en el anuncio de convocatoria.
 - En aquellos casos en que, pese a las anteriores medidas, la junta general no pueda celebrarse en el lugar y sede física establecidos en la convocatoria como consecuencia de las restricciones impuestas por las autoridades públicas, será posible que la junta válidamente constituida tenga continuidad en otro lugar diferente (dentro de la misma provincia), dando plazo suficiente a los concurrentes para su desplazamiento a la nueva ubicación y previendo la posibilidad (de no existir *quorum* para su constitución) de convocarla nuevamente con cinco días naturales de antelación a la nueva fecha de celebración, sin alteración de su orden del día y con publicación en los mismos medios.
 - Cabe destacar asimismo la posibilidad de enervar la asistencia física de accionistas cuando se contemple en el anuncio de convocatoria o en el anuncio complementario antes referido la posibilidad de asistencia telemática, delegación al presidente de la junta emitida a través de medios de comunicación a distancia y voto anticipado a distancia, todo ello con independencia de que estuviera o no previsto en los estatutos sociales.
 - Consejo de administración: Aun en ausencia de previsión estatutaria, el consejo de administración podrá asistir por audioconferencia o videoconferencia, teniéndose por celebrada la reunión en el domicilio social.
 - Informe financiero anual e informe de auditoría: La publicación y remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del informe financiero anual y del informe de auditoría podrá llevarse a cabo hasta seis meses contados desde el cierre del ejercicio (por tanto, en el caso de sociedades cuyo ejercicio coincida con el año natural, hasta el 30 de junio de 2020).
- iii. *Línea de avales por cuenta del Estado*: Se habilita una línea de avales por cuenta del Estado, a través de la cual el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital podrá otorgar avales a la financiación concedida por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pagos a empresas y autónomos por un importe máximo de hasta 100.000.000.000 de euros, hasta el 30 de junio de 2021, con el objeto de cubrir tanto la renovación de préstamos como nueva financiación. También se podrán destinar los avales a la Compañía Española de Reafianzamiento, Sociedad Anónima (CERSA), así como a pagarés incorporados al Mercado de Renta Fija de la Asociación de Intermediarios de Activos Financieros (AIAF) y al Mercado Alternativo de Renta Fija (MARF).
- Las condiciones aplicables y requisitos a cumplir, incluyendo el plazo máximo para la solicitud del aval, se establecerán por Acuerdo de Consejo de Ministros, sin que se requiera desarrollo normativo posterior para su aplicación.

- Los cinco tramos de esta línea de avales han sido desarrollados en virtud de Acuerdos del Consejo de Ministros de 24 de marzo, 10 de abril, 5 de mayo, 19 de mayo y 16 de junio de 2020.
 - Con la aprobación del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria, y el Acuerdo del Consejo de Ministros del 24 de noviembre, se amplió el plazo de solicitud de los avales hasta el 1 de junio de 2021.
 - Asimismo, el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, habilitó una nueva línea de avales por cuenta del Estado.
- iv. *Endeudamiento del Instituto de Crédito Oficial*: Se ha incrementado la capacidad de endeudamiento neto del ICO prevista en la Ley de Presupuestos del Estado en 10.000.000.000 de euros para facilitar liquidez adicional a las empresas, especialmente a las pymes y autónomos, a través de líneas de ICO de financiación ya existentes. Se habilita expresamente al ICO para adoptar las medidas que sean precisas para flexibilizar y ampliar la financiación disponible, por lo que habrá de estarse a la concreción de esas medidas para confirmar los términos en los que podrá accederse a dicha financiación.
- v. *Línea extraordinaria de cobertura aseguradora*: Durante un plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor del RDL 8/2020 se ha incrementado en 2.000.000.000 de euros la capacidad de la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A., Cía de Seguros y Reaseguros (CESCE), para otorgar cobertura aseguradora con cargo al Fondo de Reserva de los Riesgos de Internacionalización. Pueden acceder a dicha cobertura los créditos de circulante contraídos por la compañía aseguradora, sin que, a diferencia del régimen actual, guarden relación con uno o varios contratos de exportación, siempre que respondan a nuevas necesidades de financiación y no a situaciones previas a la crisis.
- vi. *Inversiones extranjeras*: En virtud de la disposición final cuarta del RDL 8/2020 (tal como ha sido modificada por el RDL 11/2020) y de las disposiciones transitoria única y final cuarta del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, que modifican la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de transacciones económicas con el exterior, añadiendo el artículo 7.2 bis de suspensión del régimen de liberalización vigente hasta entonces con carácter general, se aprueba un mecanismo de control de determinadas inversiones realizadas por no residentes en la Unión Europea y en la Asociación Europea de Libre Comercio (y, hasta el 30 de junio de 2021, inversiones realizadas por residentes en la Unión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio distintos de España en sociedades cotizadas o cuando el valor de la inversión exceda de 500.000.000 de euros), que afectan al orden público, la seguridad pública y la salud pública. Así, con carácter ordinario, es necesaria autorización previa del Consejo de Ministros para completar las inversiones extranjeras directas sujetas al mecanismo de control, cuyo plazo legal de resolución es de seis meses. Sin perjuicio de lo anterior, y de forma transitoria (hasta que se desarrolle reglamentariamente este mecanismo de control), se rigen por un procedimiento simplificado con plazo de resolución de treinta días (cuya resolución

corresponde al titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores) las inversiones acordadas antes del 18 de marzo de 2020, pero todavía no completadas, y aquellas cuyo importe sea inferior a 5.000.000 de euros. Las inversiones cuyo importe sea inferior a 1.000.000 de euros quedan exentas de este mecanismo de control. Tanto en el procedimiento ordinario como en el simplificado, el silencio es negativo y se considera que la inversión no ha sido autorizada si la autoridad competente no emite resolución en el plazo legal correspondiente.

- vii. *Mercado de valores*: Excepcionalmente, durante el año 2020, los emisores con valores admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea para los que España sea su Estado miembro de origen dispondrán de seis meses contados a partir del cierre de ejercicio social para cumplir la obligación de publicar y remitir su informe financiero anual a la CNMV y el informe de auditoría de sus cuentas anuales (por tanto, en el caso de sociedades cuyo ejercicio coincida con el año natural, este plazo vencerá el 30 de junio de 2020), plazo que también será de aplicación para el resto de los instrumentos de información cuya elaboración y publicación está vinculada a la formulación de las cuentas anuales del emisor en cuestión (estado de información no financiera, informe anual de gobierno corporativo e informe anual de remuneraciones de los consejeros), y tendrán cuatro meses a partir del fin del período correspondiente para la publicación del informe financiero semestral y de las declaraciones intermedias de gestión.

Resolución de 20 de marzo de 2020 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre la suspensión de plazos administrativos prevista en el Real Decreto 463/2020, relativo al estado de alarma (BOE de 25 de marzo de 2020)

La Comisión Nacional del Mercado de Valores establece criterios en lo que respecta a la aplicación en el ámbito de sus funciones de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Resolución de 25 de marzo de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020, por el que se aprueban las características del primer tramo de la línea de avales del ICO para empresas y autónomos, para paliar los efectos económicos del COVID-19 (BOE de 26 de marzo de 2020)

El Consejo de Ministros aprueba las características del primer tramo, por importe de hasta 20.000.000.000 de euros, de la línea de avales para empresas y autónomos recogida en el RDL 8/2020.

La línea de avales garantiza los nuevos préstamos y las renovaciones concedidas por entidades financieras a empresas y autónomos para atender las necesidades de financiación derivadas, entre otros, de pagos de salarios, facturas, necesidad de circulante u otras necesidades de liquidez,

incluyendo las derivadas de vencimientos de obligaciones financieras o tributarias. Esta línea será gestionada por el ICO, en colaboración con las entidades financieras.

Podrán solicitar estos avales las empresas y autónomos afectados por los efectos económicos del COVID-19, siempre que los solicitantes no estuvieran en situación de morosidad a 31 de diciembre de 2019 y en procedimiento concursal a 17 de marzo de 2020. Los avales tendrán carácter retroactivo y podrán solicitarse para las operaciones formalizadas con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 8/2020 (esto es, el 18 de marzo). El aval garantizará el 80 % de los nuevos préstamos y renovaciones de operaciones solicitadas por autónomos y pymes. Para el resto de empresas, el aval cubrirá el 70 % del préstamo nuevo concedido y el 60 % de las renovaciones. El aval emitido tendrá una vigencia igual al plazo del préstamo concedido, con un plazo máximo de cinco años. El coste del aval, de entre 20 y 120 puntos básicos, será asumido por las entidades financieras.

Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE de 1 de abril de 2020)

En virtud de este Real Decreto-ley (el RDL 11/2020) (tal y como ha sido modificado parcialmente por, entre otros, el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, y el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio de 2020), se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. De manera análoga al RDL 8/2020, las medidas se estructuran en tres bloques: un primer bloque destinado a apoyar a los trabajadores, las familias, los consumidores, los autónomos y los colectivos más vulnerables; un segundo bloque para sostener el tejido productivo y el empleo, y facilitar la futura recuperación de la actividad; y un tercer bloque de flexibilización de diversas actividades y procesos de la Administración.

Asimismo, se han reforzado (y modificado parcialmente) algunas de las medidas adoptadas en el RDL 8/2020, además de extenderse su duración hasta un mes después del final del estado de alarma.

Entre sus principales medidas cabe destacar las siguientes:

- i. Consumidores y usuarios: El artículo 36 del RDL 11/2020 incluye varias previsiones que regulan los derechos de los consumidores ante situaciones de incumplimiento contractual de los empresarios como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad:
 - Derecho de resolución: Tanto empresarios como consumidores tendrán derecho a resolver el contrato en aquellos casos en los que este haya devenido de imposible cumplimiento a consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma (derecho que deberá ser ejercitado dentro del plazo de catorce días desde que se haya puesto de manifiesto la imposibilidad de cumplimiento del contrato, siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento). No cabrá obtener propuesta de revisión cuando haya transcurrido un

periodo de sesenta días desde la imposible ejecución del contrato sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión.

Asimismo, en aquellos supuestos en los que el cumplimiento del contrato no haya devenido definitivamente imposible a raíz de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma, el RDL 11/2020 sugiere a los empresarios que de buena fe ofrezcan a los consumidores, y sugiere a estos últimos que de buena fe las acepten, fórmulas mediante las que se trate de reestablecer la reciprocidad de intereses y evitar la resolución del contrato (por ejemplo, a través de la entrega de bonos o vales sustitutorios del reembolso).

En aquellos casos en los que el reequilibrio contractual resulte definitivamente imposible (para lo que bastará que el consumidor se limite a no aceptar el ofrecimiento que haya podido recibir del empresario), el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario, salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor, en la misma forma en que se realizó el pago en un plazo máximo de catorce días, salvo aceptación expresa de condiciones distintas por parte del consumidor y usuario.

- Contratos de tracto sucesivo: La norma invita a los empresarios a ofrecer, y a los consumidores a aceptar, opciones de recuperación *a posteriori* del servicio que se ha dejado de prestar (es decir, cuando dejen de ser aplicables las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma que han imposibilitado la prestación). Solo si el consumidor no aceptara la recuperación del servicio *a posteriori*, entonces se procedería a la devolución de los importes ya abonados en la parte correspondiente al periodo del servicio no prestado o, bajo la aceptación del consumidor, a minorar la cuantía que resulte de las futuras cuotas a imputar por la prestación del servicio.

Asimismo, se prevé que la empresa prestadora de servicios se abstendrá de presentar a cobro nuevas mensualidades hasta que el servicio pueda prestarse con normalidad, y la imposibilidad del empresario de seguir prestando el servicio mientras perduren las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma no permite la resolución del contrato, salvo en caso de acuerdo expreso de empresario y consumidor.

- Contratos de viaje combinado: En el supuesto de que se trate de contratos de viaje combinado, que hayan sido cancelados con motivo del COVID19, el organizador o, en su caso el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario, previa aceptación por parte de este, un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso total o parcial que hubiera correspondido (añadiéndose que el eventual ofrecimiento de un bono sustitutorio temporal deberá contar con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución). Transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado, que deberá abonarse, a más tardar, en catorce días.

- ii. *Financiación al consumo:* Se establece una moratoria (con una duración de tres meses, que se podrá ampliar mediante acuerdo del Consejo de Ministros) que permite a los deudores considerados vulnerables la suspensión de sus obligaciones derivadas de los contratos de préstamo o crédito sin garantía hipotecaria. Así, el acreedor no podrá exigir el pago de la cuota ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegra ni parcialmente, y no se devengarán ningún tipo de intereses, ni ordinarios ni de demora. El plazo para su solicitud es de un mes desde que acabe el estado de alarma.

Resolución de 10 de abril de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de abril de 2020, por el que se instruye al Instituto de Crédito Oficial a poner en marcha el segundo tramo de la línea de avales aprobada por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y se establece que sus beneficiarios sean las pequeñas y medianas empresas y autónomos afectados por las consecuencias económicas del COVID-19 (BOE de 11 de abril de 2020)

El Consejo de Ministros aprueba las características del segundo tramo, por importe de hasta 20.000.000.000 de euros, de la línea de avales para empresas y autónomos recogida en el RDL 8/2020, que complementa la aprobada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020 por importe de otros 20.000.000.000 de euros.

Mediante este segundo tramo, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital avalará la financiación otorgada a pequeñas y medianas empresas y autónomos por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pagos para paliar los efectos en su actividad como consecuencia del COVID-19. Los avales del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital serán gestionados a través del Instituto de Crédito Oficial.

Todas las condiciones y términos previstos en el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 24 de marzo, incluyendo sus Anexos, se entienden aplicables también a este segundo tramo.

Adicionalmente, se establecen ciertas condiciones particulares aplicables a esta segunda línea de avales.

Resolución de 6 de mayo de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de mayo de 2020, por el que se establecen los términos y condiciones del tercer tramo de la línea de avales a préstamos concedidos a empresas y autónomos, a los pagarés incorporados al Mercado Alternativo de Renta Fija (MARF) y a los reavales concedidos por la Compañía Española de Reafianzamiento, SME, Sociedad Anónima (CERSA), y se autorizan límites para adquirir compromisos de gasto con cargo a ejercicios futuros en aplicación de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE de 9 de mayo de 2020)

El Consejo de Ministros aprueba las características del tercer tramo, por importe de hasta 20.000.000.000 de euros, de la línea de avales para empresas y autónomos recogida en el RDL 8/2020, que complementa la aprobada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 10 de abril de 2020 por importe de otros 20.000.000.000 de euros.

Mediante este tercer tramo, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital avalará la financiación otorgada a pequeñas y medianas empresas y autónomos, a los pagarés incorporados al Mercado Alternativo de Renta Fija (MARF) y a los reavales concedidos por la Compañía Española de Reafianzamiento, SME, Sociedad Anónima (CERSA) por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pagos para paliar los efectos en su actividad como consecuencia del COVID-19. Los avales del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital serán gestionados a través del ICO. Se destinarán 4.000.000.000 de euros a avalar las emisiones de pagarés en el MARF y 500.000.000 de euros para reforzar el reaval que CERSA concede a las Sociedades de Garantía Recíproca.

Todas las condiciones y términos previstos en el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 24 de marzo y de 10 de abril de 2020, incluyendo sus Anexos, se entienden aplicables también a este tercer tramo.

Adicionalmente, se establecen ciertas condiciones particulares aplicables a esta tercera línea de avales, así como aquellas condiciones particulares aplicables a los avales a empresas emisoras en MARF y los avales a CERSA.

Resolución de 19 de mayo de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de mayo de 2020, por el que se instruye al Instituto de Crédito Oficial a poner en marcha el cuarto tramo de la línea de avales aprobada por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y se establece que sus beneficiarios sean las pequeñas y medianas empresas y autónomos afectados por las consecuencias económicas del COVID-19 (BOE de 20 de mayo de 2020)

El Consejo de Ministros aprueba las características del cuarto tramo, por importe de hasta 20.000.000.000 de euros, de la línea de avales para empresas y autónomos recogida en el RDL 8/2020, que complementa la aprobada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de mayo de 2020 por importe de otros 20.000.000.000 de euros.

Mediante este cuarto tramo, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital avalará la financiación otorgada a pequeñas y medianas empresas y autónomos por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pagos para paliar los efectos en su actividad como consecuencia del COVID-19. Los avales del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital serán gestionados a través del Instituto de Crédito Oficial.

Todas las condiciones y términos previstos en el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 24 de marzo, de 10 de abril de 2020, incluyendo sus Anexos, y la parte relevante del Acuerdo de Consejo de

Ministros de 6 de mayo de 2020, incluyendo el Anexo I, se entienden aplicables también a este cuarto tramo.

Adicionalmente, se establecen ciertas condiciones particulares aplicables a esta cuarta línea de avales.

Resolución de 16 de junio de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de junio de 2020, por el que se establecen los términos y condiciones del quinto tramo de la línea de avales a préstamos concedidos a empresas y autónomos, a préstamos concedidos a pymes y autónomos del sector turístico y actividades conexas, y financiación concedida a empresas y autónomos para la adquisición de vehículos de motor de transporte por carretera de uso profesional, y se autorizan límites para adquirir compromisos de gasto con cargo a ejercicios futuros, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE de 17 de junio de 2020)

El Consejo de Ministros aprueba las características del quinto tramo, por importe de hasta 15.500.000.000 de euros, de la línea de avales para empresas y autónomos recogida en el RDL 8/2020.

Mediante este quinto tramo, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital avalará la financiación otorgada por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pagos a pymes y autónomos por un importe de 7.500.000.000 de euros, por un importe de 5.000.000.000 de euros a grandes empresas, por un importe de 2.500.000.000 de euros a pymes y autónomos del sector turístico y actividades conexas y por un importe de 500.000.000 de euros a empresas y autónomos para la adquisición o arrendamiento financiero u operativo de vehículos de motor de transporte por carretera de uso profesional, con el fin de paliar los efectos en su actividad como consecuencia del COVID-19. Los avales del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital serán gestionados a través del ICO.

Todas las condiciones y términos previstos en el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 24 de marzo, de 10 de abril, 6 de mayo y 19 de mayo de 2020, incluyendo sus Anexos, se entienden aplicables también a este quinto tramo.

Adicionalmente, se establecen ciertas condiciones particulares aplicables a esta quinta línea de avales. Con la aprobación del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, y el Acuerdo del Consejo de Ministros del 24 de noviembre, se amplía el plazo de solicitud de los avales (en todos sus cinco tramos) hasta el 1 de junio de 2021.

Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo (BOE de 6 de julio de 2020)

El artículo 1 del Real Decreto 25/2020 habilita una nueva línea de avales por cuenta del Estado, a través de la cual el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital podrá otorgar avales a la financiación concedida por entidades financieras supervisadas a empresas y autónomos para atender, principalmente, sus necesidades financieras derivadas de la realización de nuevas inversiones con el fin de fomentar la recuperación económica del país. También se podrán destinar los avales a pagarés incorporados al MARF.

El Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital podrá conceder avales por un importe máximo de 40.000.000.000 de euros, hasta el 30 de junio de 2021. Las condiciones aplicables y requisitos a cumplir, incluyendo el plazo máximo para la solicitud del aval, se establecerán por Acuerdo de Consejo de Ministros, sin que se requiera desarrollo normativo posterior para su aplicación.

Resolución de 28 de julio de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de julio de 2020, por el que se establecen los términos y condiciones del primer tramo de la línea de avales a financiación concedida a empresas y autónomos con la finalidad principal de financiar inversiones y se autorizan límites para adquirir compromisos de gasto con cargo a ejercicios futuros, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE de 29 de julio de 2020)

El Consejo de Ministros aprueba las características del primer tramo, por importe de hasta 8.000.000.000 de euros (5.000.000.000 para pymes y autónomos y los otros 3.000.000.000 para empresas que no reúnan la condición de pyme), de la línea de recogida en el RDL 25/2020.

La línea de avales garantiza los nuevos préstamos y las renovaciones concedidas por entidades financieras a empresas y autónomos con la finalidad de financiar inversiones. La liquidez avalada por este primer tramo se focalizará en nuevos proyectos de inversión dentro del territorio nacional, en la cobertura de los gastos corrientes y de capital relacionados con las nuevas inversiones o con el proceso productivo y de servicio, en la ampliación, adaptación o renovación de los equipos, instalaciones y capacidades, así como en los gastos asociados al reinicio de la actividad. Esta línea será gestionada por el ICO, en colaboración con las entidades financieras.

Este primer tramo de la nueva línea de avales estará a disposición de pymes, autónomos y resto de empresas con domicilio social en España, permitiéndose hasta una cobertura máxima del 80 % para autónomos y pymes y del 70 % para el resto de las empresas. A diferencia de la línea de avales anterior de 100.000.000.000 de euros, en que el plazo máximo de cobertura llegaba a los cinco años, en esta ocasión se amplía hasta los ocho años.

Resolución de 25 de noviembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2020, por el que se establecen los términos y condiciones de los nuevos tramos de la línea de avales aprobada por Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, para financiación concedida a empresas en convenio y a aquellas que, sin estarlo, estaban en proceso de renovación de su

programa de pagarés en el Mercado Alternativo de Renta Fija (MARF) a 23 de abril de 2021 (BOE de 26 de noviembre de 2020)

El Consejo de Ministros aprueba las características del segundo tramo, por importe de hasta 2.550.000.000 de euros de la línea de avales recogida en el RDL 25/2020. Este segundo tramo se subdivide a su vez en subtramos: 2.500.000.000 de euros para avalar la financiación otorgada por las entidades financieras a empresas que estén en fase de ejecución del convenio concursal dentro de un procedimiento concursal y necesiten financiación a través de los mercados de capitales o de canales bancarios tradicionales; 50.000.000 de euros para avalar las emisiones de pagarés incorporados al MARF emitidos por empresas que están en fase de convenio; y 250.000.000 de euros para aquellas empresas que antes del 23 de abril de 2020 contasen con un programa de pagarés incorporado en el MARF que no fue renovado a tal fecha y que, por tanto, no pudieron acogerse al tramo previsto al efecto en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de mayo de 2020.

[Portugal]

Orientações Sobre o Conceito de Consentimento no RGPD

Orientações 05/2020 sobre o conceito de consentimento no Regulamento 2016/679 de 4 de maio – Comité Europeu para a Proteção de Dados

O Comité Europeu para a Proteção de Dados (“CEPD”) publicou a 5 de maio de 2020 as orientações 05/2020 sobre o conceito de consentimento no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“RGPD”), atualizando as orientações sobre o mesmo tema já emitidas pelo Grupo de Trabalho do artigo 29.º (“GT29”) em 10 de abril de 2018.

O n.º 11 do artigo 4.º do RGPD define consentimento como *“uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”*.

“Livre” implica uma escolha real por parte dos titulares dos dados. Se o titular dos dados não tiver uma escolha real, se se sentir obrigado a consentir, ou se sofrer consequências negativas se não o fizer, isso significa que o consentimento não será válido. Do mesmo modo, se o consentimento for agrupado como uma parte negociável dos termos e condições ou se o titular dos dados não puder recusar ou retirar o seu consentimento sem prejuízo, presume-se igualmente que o consentimento não foi dado livremente.

Para que o consentimento seja dado de forma livre, o acesso aos serviços e funcionalidades não deve estar condicionado ao consentimento de um utilizador para o armazenamento de informações, ou para a obtenção de acesso a informações já armazenadas no seu equipamento terminal (as chamadas “cookie walls”).

Nos termos da alínea a), do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD, o consentimento tem de ser dado em relação a *“uma ou mais finalidades específicas”* e o titular dos dados deve ter a possibilidade de escolha em relação a cada uma delas.

Por outro lado, a transparência é um dos princípios fundamentais do tratamento de dados de acordo com o artigo 5.º do RGPD. A prestação de informações aos titulares dos dados é fundamental para que estes possam tomar decisões com conhecimento de causa. Se um responsável pelo tratamento não fornecer informações acessíveis, o consentimento será um fundamento de legitimidade inválido para aquele tratamento.

Neste contexto, para que a manifestação de vontade seja informada, é necessário informar o titular dos dados sobre determinados elementos. O CEPD consagra, pelo menos, a seguinte informação para a obtenção de um consentimento válido: (i) a identidade do responsável pelo tratamento; (ii) a finalidade de cada operação de tratamento para a qual o consentimento é solicitado; (iii) as categorias de dados que serão recolhidos e utilizados; (iv) a existência do direito de retirar o consentimento; (v) informações sobre o uso dos dados para decisões tomadas com base no tratamento automatizado, nos termos da alínea c), do n.º 2 do artigo 22.º do RGPD; e (vi) informações sobre os possíveis riscos associados a transferências internacionais para países terceiros devido à falta de uma decisão de adequação e de garantias adequadas, conforme o artigo 46.º do RGPD.

O requisito final para o consentimento, nos termos do RGPD, é o de que este deve ser dado pelo titular dos dados através de uma atuação ou declaração afirmativa, de tal forma que seja “óbvio que consentiu naquele tratamento em concreto”. Como tal, o titular dos dados deve ter agido de forma deliberada no sentido de consentir no tratamento específico dos seus dados. Esta exigência poderá ser cumprida através de uma declaração escrita ou de uma declaração oral registada. Como tal, a utilização de “checkboxes pré-selecionadas” é inválida. O silêncio e a inação por parte do titular dos dados, bem como o mero prosseguimento da utilização de um serviço, não consubstanciam uma escolha. Assim, simplesmente fazer *scroll* numa página web, ou qualquer atividade análoga não pode ser considerado uma atuação afirmativa e clara, na medida em que não é possível distinguir tal atuação de uma interação normal com o serviço e, como tal, é ambígua.

O CEPD observa ainda que o consentimento não pode ser obtido através de uma “*aceitação generalizada dos termos e condições gerais*”, mas que, quando o consentimento deve ser dado por via eletrónica, a sua requisição não deve ser desnecessariamente perturbadora da utilização do serviço. Como tal, os responsáveis pelo tratamento devem conceber mecanismos de consentimento que sejam claros, evitando ambiguidades e assegurando que a ação através da qual o consentimento é dado possa ser distinguida de outras ações.

O CEPD densifica também as obrigações exigidas pelo artigo 7.º do RGPD de forma a garantir que os responsáveis pelo tratamento obtêm, mantêm e são capazes de demonstrar a existência de um consentimento válido. Nos termos do n.º 1, do artigo 7.º do RGPD, o ónus da prova da demonstração do consentimento dado pelos titulares dos dados recai sobre o responsável pelo tratamento. Apesar de o RGPD não estabelecer nenhum prazo específico para a validade do consentimento, o CEPD recomenda que o consentimento seja “*atualizado a intervalos adequados*”. O fornecimento de todas as informações contribui para assegurar que o titular se mantém bem informado sobre a forma como os seus dados estão a ser utilizados e sobre a forma de exercer os seus direitos.

O artigo 8.º do RGPD introduz obrigações adicionais de modo a proteger as crianças em relação aos serviços da sociedade da informação. Nos termos do n.º 1 do artigo 8.º, o consentimento só é válido se for dado por uma criança com mais de 16 anos. Em relação a titulares de dados mais

jovens, o consentimento deve ser dado pelos titulares das responsabilidades parentais. Para a aplicação do artigo 8.º, há dois critérios que devem ser preenchidos: o tratamento dos dados deve estar relacionado com a oferta de serviços da sociedade da informação diretamente a uma criança; e o tratamento deve basear-se no consentimento. O CEPD observa ainda que, nos termos do RGPD, os Estados-Membros podem definir uma idade inferior para o consentimento digital, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos. Como tal, o responsável pelo tratamento dos dados deve estar consciente destas diferenças nas legislações nacionais, uma vez que pode ter de cumprir leis distintas de Estados-Membros onde os seus serviços são oferecidos.

Relativamente a investigação científica, o CEPD recorda que, quando o consentimento é a base legal para o tratamento, deve haver a possibilidade de a pessoa em causa retirar esse consentimento, mesmo que os dados estejam a ser utilizados para fins de investigação científica.

Prorrogação da Vigência das Normas Excepcionais e Temporárias Destinadas à Prática de Atos Por Meios de Comunicação à Distância

Decreto-Lei n.º 30-A/2020, de 29 de junho (DR 124, Série I, de 29 de junho de 2020)

O Decreto-Lei n.º 30-A/2020, de 29 de junho, veio prorrogar até ao dia 31 de dezembro de 2020 a vigência do Decreto Lei n.º 16/2020, de 15 de abril, que estabelece, no contexto da pandemia provocada pela COVID 19, medidas excepcionais e temporárias destinadas a permitir a prática de atos por meios de comunicação à distância no âmbito dos processos que correm termos nos julgados de paz, atos, processos e procedimentos de registo e procedimentos conduzidos pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, I.P.

Este diploma entrou em vigor no dia 30 de junho de 2020.

Decisão Sobre Avaliação de Impacto Sobre a Proteção de Dados em Relação ao Sistema Stayaway Covid Para Rastreamento da Propagação da Doença

Deliberação/2020/170 de 29 de junho – Comissão Nacional de Proteção de Dados

O Instituto de Engenharia de Sistema e Computadores, Ciência e Tecnologia - INESC TEC submeteu, no dia 15 de junho de 2020, a consulta prévia da Comissão Nacional de Proteção de Dados ("CNPD") uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados em relação ao sistema de rastreamento de propagação da COVID-19, STAYAWAY COVID ("STAYAWAY"), nos termos do artigo 35.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados ("RGPD"), por se tratar de uma solução tecnológica que implicará o tratamento em larga escala de dados pessoais relativos à saúde. A consulta prévia acontece nos casos em que, apesar de os riscos identificados serem satisfatoriamente mitigados através de medidas proporcionadas ao seu impacto e probabilidade de ocorrência, subsistem ainda riscos potenciais que podem tornar o risco elevado para os direitos e liberdades das pessoas singulares.

A aplicação STAYAWAY surge em resposta à situação de pandemia como um sistema digital de rastreamento de proximidade, baseada na tecnologia *Bluetooth Low Energy* e de utilização totalmente

voluntária, pretendendo informar um utilizador da aplicação que o seu dispositivo móvel esteve a uma distância inferior a 2 metros, durante mais de 15 minutos, do dispositivo de outra pessoa utilizadora da aplicação a quem posteriormente foi diagnosticada com COVID-19. Esta aplicação pretende ser disponibilizada em dispositivos móveis pessoais, através de download nas plataformas da *Google Play* e *Apple Store*. A STAYAWAY utiliza a nova interface de programação de aplicações (“API”) da Apple e da Google (a *Google-Apple Exposure Notification*) que foi desenvolvida especificamente para permitir o funcionamento de aplicações de rastreio de proximidade via Bluetooth, sendo que este sistema apenas pode ser utilizado pelas autoridades públicas de saúde e apenas uma aplicação por país está autorizada a aceder.

Tendo em conta sensibilidade do tema, do ponto de vista de privacidade e da proteção de dados, assim como de outros direitos fundamentais, a adoção de medidas de rastreio de proximidade não devem, na opinião da CNPD, ter um carácter obrigatório, mesmo estando em causa uma situação excepcional de emergência de saúde pública. A STAYAWAY permite que o utilizador tenha várias etapas de escolha de controlo sobre os dados a serem tratados pela aplicação. Por outro lado, a CNPD também considera que o facto de a aplicação ser baseada na tecnologia *Bluetooth Low Energy* permite também que o utilizador desative a qualquer momento o Bluetooth do seu dispositivo móvel, parando de enviar e de receber informações relativas a possíveis contactos e contágios. A estas características acresce ainda o facto de a arquitetura do sistema se basear num modelo descentralizado permitir uma dispersão das operações de tratamento, evitando situações de tratamentos indevidos, interconexões ou re-identificação dos utilizadores.

Num plano geral, a CNPD entende que foram adotadas medidas importantes quanto à proteção de dados, nos termos do artigo 32.º do RGPD. No entanto, existem ainda alguns riscos e indefinições que diferem para momento posterior uma apreciação final sobre a viabilidade da aplicação. Desde logo, o facto de o tratamento realizado pelo sistema operativo dos dispositivos móveis do utilizador ser da responsabilidade da API Google-Apple acaba por ser, no entendimento da CNPD, um dos aspetos mais críticos da aplicação, na medida em que há uma parte crucial da sua execução que não é controlada pelos autores da aplicação ou pelos responsáveis pelo tratamento. Existe também um desconhecimento quanto à finalidade e às condições de tratamento de algumas categorias de dados (como seja, por exemplo, a data dos primeiros sintomas ou a data do teste, no caso de indivíduos assintomáticos), assim como alguns prazos de conservação.

Por outro lado, acrescenta a CNPD que a realização de um teste piloto, no qual a aplicação apenas se encontre disponível para um grupo específico e restrito de utilizadores, seria benéfica para a identificação e correção de falhas de segurança.

A CNPD recomenda ainda que os titulares dos dados devem estar sempre cientes de todos os aspetos do funcionamento da aplicação e das suas implicações, devendo manter o controlo dos seus dados. a previsão e regulação no plano legal da intervenção do profissional de saúde, nunca afastando o carácter voluntário da aplicação. Por outro lado, a interoperabilidade entre as aplicações nacionais dos vários Estados-Membros, que está prevista pela API Google-Apple, deve permitir sempre o respeito pelos princípios da proteção de dados, em particular o da minimização.

Por último, é importante referir que, em 16 de julho, o Conselho de Ministros aprovou na generalidade o decreto-lei que define que a entidade responsável pelo tratamento dos dados pessoais

usados na STAYAWAY será a Direção Geral de Saúde e que regula a intervenção dos profissionais de saúde na aplicação.

Criação do Fundo de Capital de Risco «Transmissão e Alienação»

Decreto-Lei n.º 38/2020, de 16 de julho (DR 137, Série I, de 16 de julho de 2020)

O Decreto-Lei em apreço cria o fundo de capital de risco «Transmissão e Alienação», na sequência da liquidação de alguns dos fundos de capital de risco criados através da participação do IAPMEI - Agência para a Competitividade e Inovação, I.P. ("IAPMEI") para apoio às pequenas e médias empresas. Este novo fundo tem como finalidade a gestão de participações de capital de risco em empresas, beneficiando da respetiva valorização, com vista à sua alienação a curto prazo a investidores privados.

O capital inicial do fundo é de 10 milhões de euros, sendo integralmente subscrito pelo IAPMEI. A gestão do fundo é da responsabilidade da Portugal Capital Ventures - Sociedade de Capital de Risco, S.A. O fundo tem um período de duração de quatro anos, prorrogável por uma ou mais vezes.

Este diploma entrou em vigor no dia 17 de julho de 2020.

2. Jurisprudencia

[Espanña]

Préstamo con garantía hipotecaria

Resolución de 5 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 26 de febrero de 2020)

Se discute la inscripción de una escritura en la que se formaliza un préstamo a una sociedad para financiar la adquisición de una vivienda. En garantía del préstamo se constituye una hipoteca sobre dicha vivienda y, adicionalmente, el administrador de la sociedad prestataria interviene como avalista. La registradora suspende la inscripción porque, a su juicio, es aplicable a todo el préstamo la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) entiende que la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario es de aplicación en el presente supuesto, porque quedan sujetos a ella los préstamos concedidos a personas jurídicas en lo relativo al fiador persona física, aun cuando esta no sea consumidor *ex artículo 2.1.a)* de la Ley 5/2019.

Admitida la aplicación de la Ley 5/2019, la DGRN se centra en determinar si es predicable tanto respecto de la prestataria como respecto del avalista o si, por el contrario, se limita a este último. En este sentido, señala el centro directivo que la Ley 5/2019 no es aplicable a un prestatario

persona jurídica, aunque este tenga la condición de consumidor en la contratación del préstamo. Asimismo, añade que la Ley 5/2019 impone al notario el deber de comprobar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1 de dicha norma respecto de toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo. Por ello, esa protección se extenderá a la persona física que sea fiadora o garante aunque la Ley 5/2019 no sea aplicable a la persona jurídica prestataria. En tal caso, la constitución de la garantía quedará sujeta a las normas de la misma, alcanzando el deber de información y asesoramiento a toda la documentación prevista en el artículo 14.1 de la Ley 5/2019.

Adicionalmente, recuerda la DGRN que, si bien la accesoriidad de la garantía supone que la extensión y contenido de la responsabilidad del garante serán iguales a las de la relación obligatoria principal, también sería posible pactar limitaciones cuantitativas o cualitativas (*ex* artículo 1826 del Código Civil —CC—). De este modo, la obligación principal asumida por el prestatario podría sobrepasar esos límites, siempre que se pacte de forma expresa que la garantía prestada por la persona física se mantenga dentro de tales límites. En este caso concreto, será preciso, según sostiene el centro directivo, que el asesoramiento informativo del notario a la persona física garante comprenda y detalle tanto las condiciones del préstamo como las limitaciones aplicables la garantía, de acuerdo con lo expresamente pactado y las normas imperativas de la ley.

A la luz de todo lo anterior, la DGRN confirma el criterio de la registradora en cuanto considera aplicable la Ley 5/2019 al avalista del préstamo (aun cuando no pueda considerarse consumidor), pero lo estima en lo relativo a la pretensión de aplicar dicha ley, en todos sus términos, a todo el préstamo y no solo al contrato accesorio de aval.

Nombramiento de representante persona física

Resolución de 11 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 10 de marzo de 2020)

Debe decidirse en el presente caso sobre la inscribibilidad de una escritura de cese y nombramiento de persona física representante de una sociedad anónima unipersonal que ejerce el cargo de administrador único de una sociedad limitada íntegramente participada por aquella, representada en el otorgamiento por un apoderado. El registrador suspende la inscripción solicitada por entender que deben constar (i) el acuerdo del órgano de administración de la sociedad anónima unipersonal, socio único de la sociedad limitada unipersonal, sobre el cese y nombramiento de la persona física representante de la primera en el órgano de administración de la segunda, y (ii) la aceptación de la persona física designada.

Respecto del primer defecto, apunta el centro directivo que el nombramiento de la persona física, que la persona jurídica designada administradora debe realizar, es una decisión que compete exclusivamente a la persona jurídica nombrada, que podrá realizarlo por medio de apoderamiento o de delegación de facultades. De este modo, se precisará para su inscripción su formalización en documento público o la certificación del acuerdo de delegación. Por ello, remitiéndose a la Resolución de 22 de septiembre de 2010, señala la DGRN que no puede rechazarse la designación de la persona física que realiza, mediante un apoderado, la propia sociedad nombrada administradora,

siempre que el notario autorizante realice en la escritura calificada el juicio de suficiencia de las facultades representativas acreditadas.

En cuanto al segundo de los defectos, la DGRN reitera lo señalado en la Resolución de 20 de septiembre de 2019. Distingue el centro directivo entre la aceptación del cargo de administrador por el representante de la sociedad nombrada y la designación de la persona física que haya de ejercer el cargo, y deja constancia de que, dada la naturaleza de las funciones propias del cargo de administrador que la persona física designada debe ejercer, se desprende del artículo 212 bis apartado 2 *in fine* LSC la necesidad de aceptación por el representante persona física designado como requisito para la inscripción. La DGRN añade que, del artículo 215 LSC, al que se remite el citado 212 bis, se deduce inequívocamente que solo una vez aceptada la designación se podrá presentar esta a inscripción.

En consecuencia, la DGRN estima parcialmente el recurso, estimándolo en cuanto al primer defecto, pero desestimándolo en cuanto al segundo.

Denominación social

Resolución de 18 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 12 de marzo de 2020)

Solicitada del Registro Mercantil Central una certificación negativa respecto a la denominación Clorawfila, Sociedad Limitada, se recibe certificación positiva por considerar el registrador que resulta sustancialmente idéntica a otra previamente registrada (Clorofila, Sociedad Anónima Laboral).

El centro directivo destaca que nuestro sistema prohíbe la identidad, sea esta absoluta o sustancial, de denominaciones, pero no la simple semejanza (cuya prohibición, principalmente en el ámbito del derecho de la propiedad industrial y del derecho de la competencia, se proyecta sobre los nombres comerciales y las marcas para evitar en el mercado la confusión de productos o servicios). A juicio de la DGRN, en este caso no puede confirmarse la calificación impugnada, dado que, a pesar de que existe cierta semejanza gráfica entre ambos términos (y también fonética si *Clorawfila* se pronuncia en inglés) y de que, según el artículo 408.3 del Reglamento del Registro Mercantil, hay que prescindir de las indicaciones relativas a la forma social, lo cierto es que la mínima diferencia gramatical que existe entre ambas palabras tiene como resultado que se trate de denominaciones distinguibles a los efectos legales de identificación.

Consecuentemente, la DGRN estima el recurso y revoca la calificación registral.

Hipoteca mobiliaria sobre marcas comerciales

Resolución de 18 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 12 de marzo de 2020)

Se pretende la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca mobiliaria, otorgada por una sociedad mercantil hipotecante de deuda ajena, como propietaria en pleno dominio de la propiedad industrial (en el presente caso, una serie de marcas) en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas por cuatro sociedades mercantiles prestatarias, bajo un contrato de financiación suscrito entre las citadas sociedades, como acreditadas, y seis entidades bancarias, como acreditantes. El registrador suspende la inscripción porque, habiéndose pactado el procedimiento ejecutivo directo sobre bienes hipotecados previsto en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y si bien se señala un valor de tasación a efectos de subasta, no se presenta el correspondiente certificado de tasación, por lo que no se cumple con lo dispuesto en el artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Señala expresamente el centro directivo que, tratándose de propiedad industrial, por su especial naturaleza, será válida a efectos de ejecución hipotecaria (artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria) la tasación de los bienes o derechos hipotecados ajustada a los métodos de valoración habituales en la práctica mercantil, y realizada por compañías especializadas aunque formalmente no se encuentren inscritas en el Registro del Banco de España. En este sentido, la DGRN deja constancia de que la especial naturaleza de los derechos de propiedad industrial no parece encajar bien con la normativa de la tasación ECO realizada por entidad homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España (Orden ECO/805/2003 de 27 de marzo).

No obstante, en lo relativo a la ausencia del certificado de tasación, el centro directivo apunta que es cierto que en la escritura de constitución de hipoteca el incumplimiento del requisito de aportar certificado de tasación —y de que el valor para subasta no sea inferior al 75 % (hoy el 100 %) de dicha tasación— solo afecta a las cláusulas relativas a la ejecución por el procedimiento judicial directo o por el extrajudicial. La hipoteca, en tales supuestos, podría ejecutarse por el procedimiento ejecutivo ordinario previsto en los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, la DGRN señala que las cláusulas relativas a la ejecución constituyen un elemento esencial del derecho real de hipoteca, puesto que la realización de la garantía tiene lugar por medio de esos procedimientos. Su constancia en la escritura de préstamo hipotecario revela una voluntad de la parte acreedora para su utilización, y la falta de tal reflejo registral impediría en el futuro su uso. Por ello, según la DGRN, para la inscripción (parcial, pretendida por el recurrente) de la hipoteca sin los referidos pactos de ejecución hipotecaria especiales (judicial directo y/o venta extrajudicial) se precisa solicitud expresa del prestamista (artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, la DGRN desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador.

Sustitución de poder

Resolución de 19 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 12 de marzo de 2020)

Se suspende la inscripción de una escritura de sustitución de poder en cuya virtud el otorgante, haciendo uso de un poder general a su favor (que incluía literalmente la facultad de "z) *Sustituir*

estas facultades, total o parcialmente, en la persona o personas que designe y revocar las sustituciones realizadas”), sustituyó ciertas facultades.

El registrador suspendió la inscripción porque consideraba que concurrían dos defectos:

- i. “dado el sentido ambiguo en que ordinariamente se emplea el término “sustituir” en el ámbito del apoderamiento, refiriéndose unas veces a la colocación de un nuevo apoderado en el lugar del inicial, que queda así fuera de la relación de apoderamiento, y otras al supuesto en que el apoderado inicial no pretende quedar fuera del apoderamiento, sino únicamente autorizar a otra persona para que pueda ejercitar las facultades que a aquel le fueron concedidas y que podrá seguir ejerciendo (supuesto estricto de subapoderamiento), procede diferir la inscripción del presente documento en tanto se aclare a cuál de las hipótesis señaladas se refiere la sustitución formalizada”.
- ii. “la inscripción de la sustitución no comprenderá la facultad z) del poder sustituido (cfr. arts. 1721 y 1722 CC y 296 C. de Com.)”.

En cuanto al primer defecto, la DGRN trae a colación su Resolución de 14 de diciembre de 2016, en la que manifestaba que si se encuentra autorizada la sustitución del poder, y salvo que otra cosa resulte con claridad del examen conjunto del poder y del título sucesivo de sustitución de dicho poder, debe entenderse que quien puede sustituir en sentido propio también puede subapoderar y que, a menos que así se exprese o que claramente se infiera que la voluntad de las partes es que el primer poder quede revocado, el primer apoderado no queda excluido en la relación jurídica con el principal. Asimismo, el centro directivo se hace eco de la Resolución de 30 de julio de 1976, en la que afirmaba que el nombramiento de un sustituto no desliga al representante o mandatario de su mandato mientras no haya renuncia expresa. Para la DGRN, “*el ejercicio de la simple facultad de sustituir no supone, por sí sola, la transmisión del mandato*”.

Respecto del segundo defecto, la DGRN apunta que la facultad de sustituir no es susceptible, a su vez, de sustitución, puesto que el poderdante inicial la ha concedido exclusivamente al apoderado en el que confía, por lo que para poder practicarla sucesivamente (sea o no con límites) ha de expresarse con absoluta claridad.

A la luz de lo anterior, la DGRN estima parcialmente el recurso, revocando el primero de los defectos señalados en la nota de calificación y confirmando el segundo.

Unipersonalidad sobrevenida

Resolución de 20 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 14 de marzo de 2020)

En el presente caso se suspende la inscripción de una escritura otorgada por los dos únicos socios de una sociedad de responsabilidad limitada, casados entre sí, que acuerdan, en relación con las participaciones sociales asumidas con carácter ganancial por la esposa en el momento de la constitución de la sociedad, que “*el ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la condición de socio sea ostentada desde este momento por el otro miembro de la sociedad de gananciales*” (i. e.,

el marido), y añaden que, como consecuencia de la anterior atribución de la condición de socio, el marido deviene socio único de la sociedad. Solicitada del Registro Mercantil la constancia de la unipersonalidad sobrevenida, el registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, *"la designación del ejercicio de los derechos de socio no implica la unipersonalidad (ex artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC))"*.

La DGRN comienza por recordar que tanto el Tribunal Supremo como el centro directivo, así como la mayor parte de la doctrina, entienden la sociedad legal de gananciales como una comunidad de tipo germánico. De este modo, en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos cónyuges, de modo conjunto, tienen la titularidad del patrimonio ganancial. Consecuentemente, la participación de los esposos en la titularidad de los bienes gananciales se predica respecto de la totalidad del patrimonio ganancial, con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación.

No obstante, la DGRN precisa que lo anterior no significa que ambos cónyuges se conviertan en socios en el caso de que solo uno de ellos adquiriera con carácter ganancial una participación social. Con independencia de los derechos que tengan los cónyuges sobre el patrimonio ganancial en las relaciones internas entre ambos, únicamente el cónyuge adquirente de las participaciones es parte en el contrato de sociedad. Por ello, si todas las participaciones sociales han sido adquiridas por uno solo de los cónyuges, la sociedad será unipersonal, toda vez que el cónyuge adquirente será el único socio, y a pesar de que las participaciones tengan carácter ganancial.

En el presente supuesto de hecho resulta que dos personas, marido y mujer, son titulares, cada una de ellas, de un número determinado de participaciones sociales. Para que se produzca un desplazamiento patrimonial de las participaciones sociales de un cónyuge a otro, aun cuando tal circunstancia no afecte al carácter ganancial de las participaciones sociales, será preciso que se apliquen las reglas generales o las especiales (*ex artículo 1323 CC*) de los negocios de comunicación entre cónyuges. La DGRN constata que ello no concurre en este caso, dado que la declaración de voluntad contenida en la escritura no revela la existencia de un desplazamiento patrimonial de un cónyuge a otro y no permite entender que la condición de socio ha sido transmitida.

A la luz de lo anterior, la DGRN desestima el recurso y confirma la calificación impugnada.

Operación acordeón. Impugnación de acuerdos sociales

Resolución de 20 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 14 de marzo de 2020)

Se deniega la inscripción de un acuerdo de operación acordeón adoptado por la Junta General de una sociedad anónima en sustitución de las decisiones adoptadas en Junta General. Los acuerdos inicialmente adoptados fueron judicialmente declarados nulos, por infracción de los artículos 293.1 y 343 LSC.

La registradora fundamenta su negativa a la inscripción en que los acuerdos adoptados tienen que pronunciarse en cuanto a los efectos de la nulidad sobre determinados asientos posteriores. Aun cuando existe la posibilidad de sustituir válidamente un acuerdo por otro de idéntico contenido,

este mecanismo sanatorio encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que la ineficacia de la decisión social sustituida lo sea por motivos formales, mientras que cuando los defectos son de orden material o sustantivo (como ocurriría, a juicio de la registradora, en este caso) lo que debe producirse es una alteración de la voluntad social, materializada en una nueva decisión asamblearia. Además, el nuevo acuerdo social debe ajustarse a los requisitos que la ley establece para adoptarlo.

Recuerda el centro directivo que no es posible trasladar al campo societario los conceptos de ineficacia propios de la teoría general del negocio jurídico y del contrato, por razón de la debida protección del tercero, conectada con la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico. De este modo, la DGRN reconoce que el perfil de la nulidad en el derecho de sociedades es diferente del que le confiere el Código Civil (este último más radical). En este sentido, en línea con las Resoluciones de 30 de mayo de 2013 y de 4 de julio de 2016, el centro directivo sostiene la posibilidad de convalidación de acuerdos sociales, que tendría efectos *ex tunc* (y ello con independencia de la conducta procesal de las partes).

En esta línea, y de acuerdo con las Resoluciones de 26 de julio y 26 de octubre de 2016, la DGRN señala literalmente que *"la Ley de Sociedades de Capital recoge en su artículo 204.2 la posibilidad de sustituir válidamente un acuerdo por otro de idéntico contenido, mecanismo sanatorio que encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que la ineficacia de la decisión social sustituida lo sea por motivos formales, pues cuando los defectos sean de orden material o sustantiva, la decisión corporativa idónea para enervar su eventual impugnación habrá de ser de sentido inverso a la característica de la sustitución, es decir, en lugar de producirse una confirmación de la voluntad social dirigida a reparar los defectos formales de un acuerdo social previo, lo que debe producirse es una alteración de esa voluntad, materializada en una nueva decisión asamblearia que prive de vigencia a la anterior, ya sea a través de una retractación pura y simple, ya sea por medio de un acuerdo de contenido objetivamente incompatible, fórmula que se encuentra igualmente contemplada en el artículo 204.2. La eficacia retroactiva de los acuerdos de subsanación encuentra refrendo normativo en el efecto preclusivo sobre la acción de impugnación que el artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital vincula precisamente a la existencia de un acuerdo de sustitución o revocación. Dicha eficacia retroactiva deberá entenderse sin perjuicio de los principios que informan el Registro Mercantil y no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (cfr. artículo 20 del Código de Comercio)"*.

Dado que, según sostiene la DGRN, en el presente caso los defectos que dieron lugar a la nulidad de los acuerdos eran de orden material o sustantiva, debe confirmarse el criterio de la registradora, que exige que el acuerdo de reducción de capital con simultáneo aumento del mismo cumpla con los requisitos legalmente exigidos, y que se regularice la situación de la sociedad respecto de otros actos y relaciones afectados.

A la luz de lo anterior, la DGRN desestima el recurso y confirma la calificación impugnada.

Compraventa de establecimiento mercantil con traspaso de local de negocio y pacto de arrendamiento futuro

Resolución de 9 de enero de 2020 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 8 de abril de 2020)

Se discute si es inscribible una escritura de compraventa de establecimiento mercantil destinado a oficina de farmacia con traspaso de local de negocio y pacto de arrendamiento futuro (que se iniciará una vez finalizado el vigente que tiene una duración de diez años), otorgada por el propietario del 58 % de la finca sobre la que tales derechos se constituyen.

A juicio de la registradora el traspaso del arrendamiento excede de las meras facultades de administración (que sí podría ejercitar libremente, como propietario mayoritario), puesto que, aunque el arrendamiento tiene una duración máxima de seis años a partir del vencimiento de un primer arriendo, se trata de un contrato a término inicial, una obligación futura, que podría entenderse como perjudicial a los interesados en la cosa común, por lo que requeriría ser adoptada por unanimidad.

La recurrente entiende, por el contrario, que el contrato de arrendamiento futuro (que se pacta para el momento en que finalice el arrendamiento de diez años actualmente vigente) es un acto de administración, ya que no excede de seis años y, por tanto, entra dentro de las facultades de administración del propietario mayoritario.

La DGRN estima el recurso y revoca la nota de calificación porque, literalmente interpretado el contrato de arrendamiento, entiende que este tiene un plazo cierto de seis años a contar desde el vencimiento del actualmente vigente. A juicio del centro directivo, no se trataría de una obligación futura (lo que haría inviable la inscripción, porque no cabe que acceda al Registro la obligación de constituir en el futuro derechos inscribibles), sino que se trata de constituir actualmente un arrendamiento de seis años a partir de la fecha de vencimiento del arrendamiento vigente.

Hipoteca en garantía de dos obligaciones conexas o dependientes entre sí. Hipoteca flotante. Compraventa previa

Resolución de 28 de enero de 2020 de la Dirección General de Registros y del Notariado (BOE de 18 de junio de 2020)

Se discute si cabe constituir una sola hipoteca en garantía de obligaciones distintas cuando aquellas tengan una conexión causal entre sí o relación de dependencia de unas respecto de las otras. En el presente caso, se vende un inmueble y parte del precio queda aplazado. Una parte será abonada en determinado plazo y otra se abona mediante la subrogación por el comprador en una deuda hipotecaria del vendedor. Si se reclama al vendedor dicha deuda subrogada, y como garantía de su pago, se emiten dos pagarés. En garantía del precio aplazado y del pago de los pagarés (dos obligaciones garantizadas) se constituye una sola hipoteca que se distribuye sobre determinados bienes.

El registrador suspende la inscripción aduciendo que se trata de dos obligaciones garantizadas diferentes (el precio aplazado y los pagarés), por lo que entiende que se tendrían que haber constituido dos hipotecas y no una. Añade que la hipoteca flotante que permitiría la constitución de una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones regulada en el artículo 153 bis LH no es aplicable al presente supuesto, pues la sociedad acreedora no es una entidad financiera. Asimismo, el registrador suspende la inscripción de la compraventa, ya que considera que ambos actos jurídicos están vinculados (compra e hipoteca).

El notario recurrente alega que se trata de una sola obligación, si bien compleja, con dos prestaciones diferentes ligadas por un vínculo causal, por lo que no se trata de una hipoteca flotante. Añade, además, que debió inscribirse la compraventa, con independencia de la hipoteca, pues la inscripción de la hipoteca no es elemento esencial del contrato de compraventa.

La DGRN estima el recurso. Cabe constituir una sola hipoteca en garantía de obligaciones distintas cuando aquellas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra. En este caso, la hipoteca garantiza el cumplimiento de dos prestaciones concretas bien definidas e individualizadas (tal y como exige el principio de determinación y especialidad registral).

Aumento de capital mediante compensación de créditos: no existe derecho de suscripción preferente

Resolución de 7 de febrero de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 26 de junio de 2020)

Se discute si un aumento de capital por compensación de créditos da lugar al derecho de suscripción preferente de los demás socios. En el presente caso, se trata de un aumento de capital por compensación de determinados créditos que poseían varios socios (pero no todos). Tales créditos nacieron como consecuencia de préstamos por los socios a la sociedad en diversas fechas (habiéndose acordado que dichos préstamos serían capitalizados en la forma que consta en el informe de los administradores).

El registrador deniega la inscripción argumentando que *"en estos aumentos por compensación de créditos es legalmente aplicable el derecho de preferencia"*, y *"no se habrían cumplido las garantías legalmente establecidas para la supresión de este derecho en el caso debatido (cfr. art 304 y ss. LSC), ni concurriría el quórum necesario para su supresión (cfr. art 199 LSC)"*. En este sentido, el registrador considera que *"no puede distinguirse entre la ampliación de capital con aportación de dinero y la ampliación por compensación de crédito vencido, líquido e inmediatamente exigible frente a la sociedad; no existe diferencia alguna entre la aportación de dinero y la de un crédito vencido, líquido y exigible del socio contra la sociedad"*, y que *"no hay absolutamente ninguna razón que justifique la exclusión del derecho de preferencia en los aumentos de capital por compensación de créditos"*.

El recurrente aduce que el derecho de suscripción preferente se contempla solo en el caso de aportaciones dinerarias. Alega también la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2012 en la que se dice de forma expresa que *"la norma actualmente vigente extiende a la sociedad de respon-*

sabilidad limitada en este extremo el régimen establecido para la sociedad anónima". En el mismo sentido se pronuncia la resolución de la DGRN de fecha 2 de octubre de 2015.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSGFP) revoca la nota de calificación. El centro directivo defiende el criterio de que el aumento por compensación de créditos no es propiamente una aportación dineraria y no origina el derecho de suscripción preferente a favor de los demás socios, pues es el criterio de la resoluciones citadas y compartido, entre otras, por la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia número 298/2015, de 26 de octubre. Pese a la claridad de esta resolución y otras sentencias, cabe destacar que no es extraño encontrar opiniones doctrinales o sentencias que la han considerado como aportación dineraria (por ejemplo, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª, de 22 de febrero de 2016, sobre el impuesto de operaciones societarias).

Compraventa con condición resolutoria. Resolución. Consignación del precio

Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 6 de julio de 2020)

Se discute si cabe reinscribir a favor del vendedor por ejercicio de la condición resolutoria por impago, sin consignar el precio a favor del comprador, aunque este consienta y se allane tras ser requerido, y aunque no haya cargas posteriores. En el presente caso, en una venta de una nave hecha por un particular a una sociedad, se inscribe condición resolutoria por incumplimiento. La sociedad compradora impaga el precio, el vendedor le requiere notarialmente y le notifica la resolución según lo pactado. La sociedad notificada se allana consintiendo específicamente la reinscripción del vendedor.

El registrador califica negativamente con base en los artículos 59 y 175-6.ª RH y la jurisprudencia clásica de la DGRN, y señala que no se ha efectuado la necesaria consignación a favor de la compradora.

La parte vendedora recurre aportando tres argumentos: (i) la consignación solo es necesaria cuando haya oposición o silencio del comprador, o bien aunque consienta, cuando haya posteriores cargas inscritas; (ii) los efectos de la resolución son retroactivos y automáticos; y (iii) la mayoría de las Resoluciones de la DGRN se refieren a los requisitos previos para inscribir una eventual resolución por incumplimiento futura, pero no, como en el caso, cuando el incumplimiento ya se ha producido, la condición resolutoria está inscrita y se cumplen todos los requisitos (con el consentimiento del comprador y sin que haya cargas).

La DGSGFP desestima el recurso y confirma la calificación. El centro directivo argumenta que la necesidad de consignación resulta no solo del artículo 175.6 RH y de la obligación de restituirse recíprocamente las prestaciones (*ex* artículo 1123 CC), sino de la ya tradicional y reiteradísima doctrina de la DGRN, incluso para la resolución ordenada judicialmente (por todas, las resoluciones de 16 de enero y 8 de mayo 2019, 19 de junio de 2007 o 28 y 29 de junio de 2011). Tampoco se dan las circunstancias de la Resolución DGRN de 29 de agosto de 2019, pues no se trata de dos

empresarios, sino un particular y un empresario, y no se ha excluido la facultad moderadora de los Tribunales del artículo 1154 CC.

Cláusula estatutaria. Retribución de administradores. Contrato del consejero ejecutivo

Resolución de 4 de junio de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 30 de julio de 2020)

Se trata de determinar si es o no inscribible una cláusula estatutaria que establece que el cargo de consejero por sus funciones deliberativas será gratuito, pero que los consejeros que tengan atribuidas funciones ejecutivas serán retribuidos en la forma determinada por el propio consejo ajustándose a la política de remuneración de los consejeros, y que se incluirá en un contrato que se celebrará entre el consejero y la sociedad y que podrá consistir en distintos sistemas, como retribución fija, previsión social, planes de ahorro, en especie, por cese, etc.

El registrador estima que no es inscribible, pues el concreto sistema retributivo no puede quedar a la elección de la Junta General, entre los varios previstos estatutariamente, sino que todos los sistemas previstos deberán aplicarse de modo cumulativo (*ex* artículo 217 de la LSC y RDGRN 7 de marzo de 2013 y 17 de junio de 2017, entre otras).

La sociedad recurre y alega la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, la cual permitiría que el contrato a celebrar con el consejero ejecutivo concretara los distintos sistemas retributivos (lo que puede hacerse además por acuerdo del consejo). La recurrente se acoge a la sentencia mencionada arguyendo que la reserva estatutaria debería ser interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se habían establecido en sentencias de varias de las salas del Tribunal Supremo y por la propia DGRN.

La DGSGFP revoca la calificación del registrador admitiendo la inscripción de la cláusula estatutaria debatida. El centro directivo, en la línea de flexibilidad en la interpretación de los artículos 217 y 249 de la LSC que patrocina la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 y sigue la citada Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 2018, concluye que debe admitirse que, aun cuando los distintos conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán estos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad para que se detalle si se remunerará al consejero por todos o solo por algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos. De este modo se compatibiliza la debida protección de los socios (por cuanto se fijan en estatutos los posibles conceptos retributivos y se aprueba en junta general el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores) con la adaptación a las necesidades de la práctica (por cuanto se atribuye al consejo la competencia de elegir entre los distintos conceptos retributivos previstos en los estatutos sin necesidad de modificación estatutaria).

Reducción de capital por devolución de aportaciones no paritaria. Requiere unanimidad

Resolución de 2 de septiembre de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 2 de octubre de 2020)

Esta resolución se centra en dirimir si es posible un acuerdo de reducción de capital social, adoptado por una sociedad limitada en junta universal pero con el voto en contra del 20 % del capital social, y en virtud del cual se reduce el capital para restituir aportaciones solo a uno de los socios, siendo el importe restituido mediante la adjudicación de una finca de valor muy superior al nominal del capital reducido. Los socios que votaron en contra expresaron que dicho acuerdo requería unanimidad de todos los socios y que estaban disconformes con el valor de la restitución mediante la adjudicación del bien inmueble.

El registrador suspende la inscripción por dos defectos subsanables:

- i. es necesario el consentimiento de todos los socios, dado que la reducción de capital social acordada no afecta por igual a todas las participaciones (*ex artículo 329 LSC y con base en el principio de igualdad de trato para todos los socios*); y
- ii. dado que la regla general en materia de reducción de capital social es que esta debe restituirse a los socios en dinero, para que pueda efectuarse en especie (si no está previsto en estatutos) requiere la aprobación unánime de los socios por afectar a derechos individuales de los socios (*ex artículo 318.2 LSC*).

Los recurrentes argumentan que la expresión "esas" del artículo 329 LSC debe interpretarse literalmente y no puede equivaler a "todas", sino solamente a las participaciones afectadas por la reducción de capital, lo cual es conforme con el artículo 3.1 CC relativo a la interpretación de las normas. La DGSGFP confirma ambos defectos y desestima el recurso. En cuanto al primer defecto, el centro directivo cita el artículo 292 LSC, el virtud del cual *"cuando la modificación afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados"*. Sin embargo, recalca que de ello no puede deducirse una regla general de exigencia de consentimiento unánime del conjunto de los socios para acordar cualquier reducción del capital social por devolución del valor de aportaciones (lo que vaciaría de contenido el principio mayoritario del derecho de sociedades). De este modo, si el acuerdo adoptado con las mayorías legalmente exigibles no supone una violación del principio de igualdad de trato, no existe justificación alguna para exigir un consentimiento adicional que la ley no demanda. En presente caso, el centro directivo estima que *"existe disparidad de trato entre esa socia a quien se reembolsa el valor de su participación y los restantes socios, que no reciben nada y, por tanto, son afectados, toda vez que su posición en la sociedad queda alterada, de modo que debe aplicarse el artículo 292 LSC, que requiere el consentimiento unánime para cualquier modificación que afecte a los derechos individuales de cualquier socio"*.

Respecto al segundo defecto, el centro directivo entiende que, aunque no hay previsión expresa respecto al reembolso en dinero en la reducción de capital por restitución del valor de aportaciones, se requiere unanimidad, pues otro supuesto análogo, el del artículo 393.1 LSC, establece que

"salvo acuerdo unánime de los socios, estos tendrán derecho a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación".

Convocatoria de Junta General mal realizada: forma de subsanación

Resolución de 23 de octubre de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE 6 de noviembre de 2020)

Se discute si son inscribibles los acuerdos adoptados en una junta general celebrada con asistencia de todos los socios y sin que existan reservas ni protestas a su válida constitución, pero cuya convocatoria adolece de defectos. En este caso, una sociedad que tiene tres administradores mancomunados celebra una junta general convocada solo por dos de ellos y adopta determinados acuerdos. La junta se celebra con asistencia de todos los socios, sin que existan reservas ni protestas por el hecho de su convocatoria y celebración.

El registrador suspende la inscripción arguyendo que *"no es válida la convocatoria de la junta celebrada realizada solo por dos de los tres administradores mancomunados, ya que, en caso de administradores mancomunados, la convocatoria de la junta debe realizarse por todos ellos"*. Añade que *"la facultad de convocar junta no es delegable y, por tanto, aunque el poder de representación esté atribuido según el artículo 13.º de los estatutos a dos cualesquiera de los administradores mancomunados, ello no implica que sea válida la convocatoria de la junta realizada por solo dos de ellos"* (ex artículo 171 LSC).

El recurrente se apoya en la resolución de la DGRN de 12 de febrero de 2020, en la que, faltando la firma de uno de los administradores mancomunados, hay un consentimiento a dicha convocatoria y ello constituye *"un inequívoco acto concluyente de conformidad con la convocatoria"*, que en la junta el minoritario *"estuvo debidamente representado en la Junta General"* y que a la junta asistió el 100 % del capital sin que existieran reservas ni protestas sobre su válida celebración, y a mayor abundamiento el minoritario ejerció sus derechos derivados de dicha junta.

La DGSGFP revoca la nota de calificación y estima el recurso. Pese a que el centro directivo admite que la junta la deberían haber convocado los tres administradores mancomunados, declara que los acuerdos de esa junta son inscribibles, pues de su inscripción, dada la conformidad de todos los socios asistentes, no resulta perjuicio para ninguno de ellos. En definitiva, si los socios, que son los que pueden alegar el defecto de convocatoria, no lo hacen en el momento oportuno e incluso ejercen derechos derivados de la celebración de la junta aceptándola, no es razonable oponerse a la inscripción de esos acuerdos sobre la base de un defecto que efectivamente existe, pero que es dispensado por la conformidad de todos ellos.

[Portugal]

Constituição de Penhor Sobre Estabelecimento Comercial - Penhor Sobre Alvará

Acórdão de 12 de maio de 2020 (Processo 1389/13.7TYLSB.A.L1-1) – Tribunal da Relação de Lisboa

Neste acórdão, o Tribunal da Relação de Lisboa foi chamado a decidir se um penhor constituído sobre um estabelecimentos comercial, mais especificamente, uma farmácia, pode abranger, ou não, os direitos emergentes do respetivo alvará. No caso concreto, estávamos perante uma impugnação de uma lista de créditos, que considerou como garantido pelo penhor o crédito resultante do trespassse da farmácia, na sua totalidade, incluindo o alvará.

Esta discussão prende-se com o facto de, nos termos do artigo 680.º do Código Civil, apenas ser admitido o penhor de direitos quantos estes tenham por objeto coisas móveis e sejam suscetíveis de transmissão. Assim, o apelante veio argumentar que a licença que constitui o alvará atribui um direito que não tem por objeto coisa móvel, e que, como tal, não seria suscetível de ser abrangido pelo penhor.

No entanto, o Tribunal concluiu, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, que, não obstante este argumento, a verdade é que o objeto do penhor não era o alvará, mas sim o estabelecimento comercial como um todo e que o alvará é um dos elementos que não pode ser separado do estabelecimento comercial. Como tal, e uma vez que as partes pretenderam celebrar um penhor sobre todo o estabelecimento comercial, rejeitou o recurso do apelante.

Prazo de Prescrição - Perda do Benefício do Prazo - Incumprimento - Mútuo

Acórdão de 21 de maio de 2020 (Processo 8563/15.OT8STB-A.E1) – Tribunal da Relação de Évora

Neste acórdão, o Tribunal da Relação de Évora veio decidir se, no caso de incumprimento do pagamento das prestações de um empréstimo bancário em que o credor exerça a faculdade de fazer vencer a totalidade do montante em dívida (artigo 781.º do Código Civil), o prazo de prescrição aplicável a este montante deve ser de 20 anos, nos termos do prazo geral do artigo 309.º do Código Civil, ou de 5 anos, nos termos da alínea e) do artigo 310.º do Código Civil, por estarmos perante quotas de amortização do capital pagáveis com juros.

Face a uma decisão de primeira instância que veio aplicar o prazo de prescrição de 5 anos e decretar o crédito prescrito, a recorrente/credora recorreu para a Relação alegando que a obrigação *sub judice* era uma obrigação fracionada e não uma obrigação periódica, uma vez que era uma obrigação previamente fixada cujo pagamento foi diferido e não uma obrigação cuja quantificação depende do decorrer do tempo. Assim, alegou que apenas às obrigações periódicas deve ser aplicado o prazo de 5 anos. Para este efeito convocou, entre outros, a doutrina dos Professores Galvão Telles e Menezes Cordeiro e a jurisprudência, dos Tribunais da Relação de Guimarães, do Porto e de Coimbra.

De facto, este tema tem suscitado jurisprudência contraditória. Em particular, no Boletim UM-PC de dezembro de 2019, foi analisado um acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13 de novembro de 2019 (Processo n.º 126848/17.2YIPRT.C1) que incidia sobre esta mesma questão, em relação a um crédito pessoal. Nesse acórdão, o Tribunal da Relação de Coimbra decidiu que os prazos de prescrição de 5 e de 20 anos corriam em simultâneo. O primeiro, em relação a cada uma das prestações incluindo os juros, nos termos do plano de pagamentos originalmente acor-

dado, o segundo, em relação ao montante total em dívida, que se vencera por força do artigo 781.º do Código Civil.

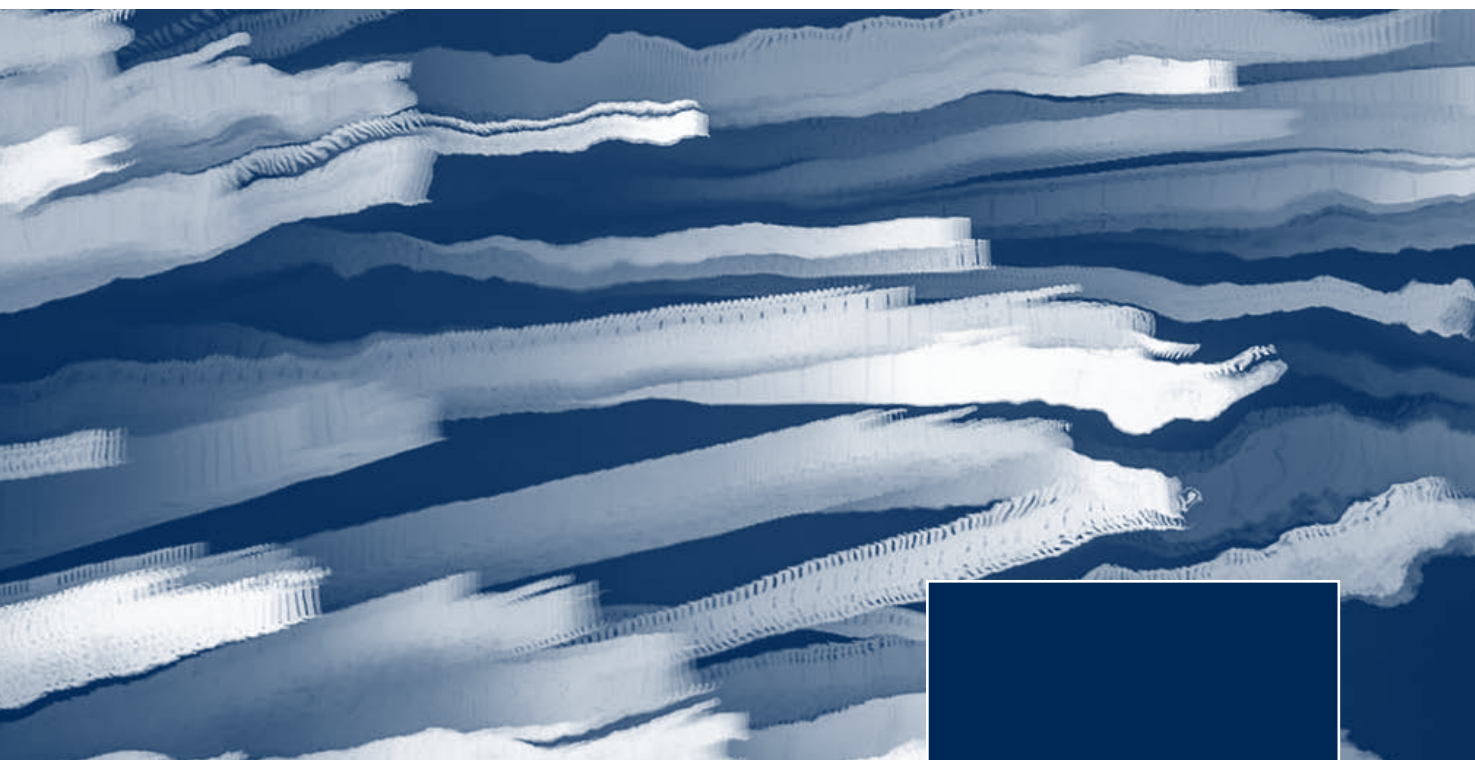
Em sentido contrário, veio agora o Tribunal da Relação de Évora decidir que, mesmo nos casos de vencimento antecipado do montante total em dívida, por força do disposto no artigo 781.º do Código Civil, o prazo de prescrição aplicável é de 5 anos. Para fundamentar a sua decisão começou por referir que, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, não haverá dúvida que as prestações do crédito em causa sejam subsumíveis ao conceito de “quotas de amortização do capital pagáveis com juros” constante do artigo 310.º, alínea e) do Código Civil. Quanto às situações de vencimento antecipado, e não obstante reconhecer que há uma “menor correspondência com a literalidade da norma”, concluiu que solução terá de ser a mesma, uma vez que caso contrário se estaria a “colocar nas mãos do credor o tempo da prescrição, conforme se prevaleça da faculdade de exigir todas as prestações de uma só vez ou, não obstante o incumprimento, mantenha o plano de amortizações.”

Proteção das Pessoas Singulares no Tratamento de Dados Pessoais e Livre Circulação de Dados - Recibos de Vencimento

Acórdão de 26 de junho de 2020 (Processo n.º 4354/19.7T8CBR-A.C2) – Tribunal da Relação de Coimbra

No caso em apreço, o Tribunal da Relação de Coimbra, aplicando os artigos 4.º e 9.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, veio esclarecer que, mesmo existindo a necessidade de juntar recibos de vencimento de trabalhadores de forma a comprovar que ocorreu a violação do princípio constitucional “para trabalho igual salário igual”, essa divulgação poderá acarretar uma violação da reserva da vida privada. Nesse sentido, decidiu que os recibos de vencimento só devem ser juntos aos autos se deles apenas constar o montante do salário, com inclusão de todos os seus componentes retributivos, omitindo-se a referência a quaisquer outros elementos que, para além do montante da retribuição, pudessem eventualmente constar nos recibos como seja, por exemplo, a quotização sindical, pagamentos de seguros e de pensão de alimentos e faltas ao serviço, cujo conhecimento não é essencial para se poder decidir sobre a alegada violação do referido princípio constitucional.

10 de diciembre de 2020



Next
Generation

10 diciembre de 2020

1. Legislación

[España]

Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE de 31 de diciembre de 2020)

El 31 de diciembre de 2020 se ha publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (el "RDL 36/2020"). La norma entró en vigor el día siguiente a su publicación.

El RDL 36/2020 se estructura en sesenta y nueve artículos, divididos en cuatro títulos; seis disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y trece disposiciones finales.

El RDL 36/2020 tiene por objeto:

- i. establecer las disposiciones que faciliten la programación, presupuestación, gestión y ejecución de las actuaciones financiables con los fondos europeos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación, aprobado por el Consejo Europeo el pasado 21 de julio de 2020; y
- ii. establecer un conjunto de medidas para la implementación de un Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que debe ser aprobado por el Consejo de Ministros para su presentación ante la Comisión Europea el 30 de abril de 2021.

* Esta sección ha sido elaborada por Grupo NextGen de Uría Menéndez (Madrid).

A estos efectos, en el título I, sobre disposiciones generales, el RDL 36/2020 regula un conjunto de principios de gestión y de directrices de gestión, de coordinación y de procesos y procedimientos enfocados a la consecución de estos objetivos.

Ámbito de aplicación

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del RDL 36/2020, el ámbito de aplicación de esta norma es el siguiente:

Normas del RDL 36/2020	Ámbito de aplicación
El RDL 36/2020 con carácter general	A todas las entidades que integran el sector público (en los términos definidos en el artículo 2.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público)
El título I (disposiciones generales), el capítulo III (instrumentos de gestión pública) del título III (instrumentos de gestión del plan de recuperación, transformación y resiliencia), y los capítulos II (especialidades en la tramitación de los procedimientos), III (especialidades en materia de contratación), IV (medidas de agilización de los convenios financiados con fondos europeos), V (medidas de agilización de las subvenciones financiados con fondos europeos) y VI (especialidades en materia de evaluación ambiental) del título IV (especialidades de gestión del plan de recuperación, transformación y resiliencia), así como el artículo 46	A las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público dirigidas a la gestión y ejecución de proyectos y actuaciones que sean financiados con los fondos europeos del Instrumento Europeo de Recuperación, Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo Plus, Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y Fondo Europeo Marítimo y de Pesca
El capítulo II (estructuras de gobernanza) del título III (instrumentos de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) y el capítulo VII (instrumentos de colaboración público-privada para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española) del título IV (especialidades de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia)	A las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público en relación con los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia
El capítulo I (Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) del título III (instrumentos de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) y el capítulo I (especialidades en materia de gestión y control presupuestario) del título IV (especialidades de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia)	A las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público dirigidas a la programación, presupuestación, gestión, ejecución y control de proyectos y actuaciones que sean financiados con los fondos del Instrumento Europeo de Recuperación

Instrumentos de gestión y gobernanza

PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

Objeto y finalidad

El artículo 12 del RDL 36/2020 dispone que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia ("PRTR") es el instrumento rector para el diseño y ejecución de los objetivos estratégicos y las reformas e inversiones vinculadas al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia previsto en la normativa comunitaria.

El PRTR tendrá como ejes transversales la transición ecológica, la transformación digital, la igualdad de género y la cohesión social, económica y territorial. El PRTR contendrá, entre otras cuestiones, los objetivos a alcanzar, la descripción de las reformas y las inversiones previstas, así como los hitos y el calendario de su ejecución, el modo de su implementación y su impacto general macroeconómico y sobre sus ejes transversales.

Debe entenderse que el PRTR es el documento oficial que el Gobierno debe presentar ante la Comisión Europea antes del 30 de abril de 2021 para solicitar el desembolso de los fondos europeos.

Procedimiento de elaboración del PRTR

El PRTR será aprobado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

En su elaboración se oír a las comunidades autónomas, las entidades locales y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de ámbito estatal.

ESTRUCTURAS DE GOBERNANZA

Órganos de gobernanza

El RDL 36/2020 crea nuevos órganos de gobernanza para incorporar las propuestas de los agentes económicos, sociales y políticos, para establecer los mecanismos de coordinación con los distintos niveles de administración y para la dirección y coordinación del PRTR.

Estos órganos de gobernanza son:

- i. La Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia.
- ii. Sus principales funciones son el establecimiento de las directrices políticas para el desarrollo y ejecución del PRTR y su seguimiento.
- iii. El Comité Técnico para el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.
- iv. Constituye un órgano de asistencia y soporte técnico a la Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia.

- v. La Conferencia Sectorial del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.
- vi. Se trata del órgano de cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas para canalizar su participación en los proyectos del PRTR. Este órgano aprobará los criterios de distribución de los fondos a las comunidades autónomas.
- vii. La Autoridad responsable del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia.
- viii. Ejercerá esta función el centro directivo del Ministerio de Hacienda con competencia en materia de fondos europeos, y actuará como punto de contacto de la Comisión Europea y como coordinador entre los distintos entes nacionales implicados en el PRTR.
- ix. La Autoridad de control del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia.
- x. Se atribuye a la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) las funciones y competencias que la normativa europea atribuye a la autoridad de control de los fondos europeos.

Por otro lado, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude promoverá las labores de prevención, detección e investigación del fraude que sean precisas, manteniendo a estos efectos las relaciones necesarias con los órganos de gestión y control.

El Departamento de Asuntos Económicos y G20 del Gabinete de Presidencia del Gobierno se encargará del seguimiento del PRTR para informar de forma continua y directa al presidente del Gobierno.

Asimismo, los Ministerios podrán crear e impulsar foros de participación y grupos de alto nivel que formulen orientaciones y recomendaciones en la ejecución del PRTR. Entre estos se prevé un foro específico en el que participarán las organizaciones empresariales y los sindicatos.

Finalmente, el Gobierno informará trimestralmente sobre los avances del PRTR ante la Comisión Mixta para la Unión Europea de las Cortes Generales.

Creación de nuevos órganos en el Ministerio de Hacienda

También el 31 de diciembre de 2020 se ha publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto 1182/2020, de 29 de diciembre, por el que, entre otras cuestiones, se modifica la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda.

En relación con esta norma cabe destacar la creación de la Secretaría General de Fondos Europeos. Se trata de un órgano dependiente de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos.

Corresponden a este órgano la dirección, el impulso y la coordinación de las competencias atribuidas al Ministerio de Hacienda en relación con la definición de la posición española en las negociaciones para la aprobación y revisión de los sucesivos Marcos Financieros Plurianuales de la Unión Europea.

INSTRUMENTOS DE GESTIÓN PÚBLICA

Planificación estratégica

Los Ministerios encargados de la gestión de proyectos del PRTR elaborarán un instrumento de planificación estratégica en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor del RDL 36/2020. El instrumento de planificación estratégica incluirá como mínimo la siguiente información:

- i. Estimación de inversiones y gastos vinculados a la absorción de los fondos europeos, en relación con las actuaciones y proyectos asignados al Ministerio.
- ii. Descripción de objetivos y actuaciones encomendadas al Ministerio.
- iii. Propuesta de reorganización de recursos del Ministerio y, en su caso, el aumento de las necesidades materiales, organizativas y de personal.
- iv. Propuesta de formación del personal adscrito a unidades encargadas de la gestión de proyectos.

El instrumento de planificación será aprobado por la Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Sedes electrónicas de los departamentos ministeriales y organismos competentes

Será el instrumento a través del cual se tramiten las solicitudes de participación en convocatorias derivadas de la ejecución del PRTR.

Programación de contratos necesarios para la implementación del PRTR

Los departamentos ministeriales y organismos encargados de la gestión de proyectos vinculados al PRTR aprobarán un documento de carácter anual con la programación de los contratos necesarios para la puesta en marcha de estos proyectos, tanto de ejecución de fondos como auxiliares para su gestión. Este documento tendrá que ser aprobado en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor del RDL 36/2020.

Convenios administrativos

AGILIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DE SU TRAMITACIÓN

El RDL 36/2020 pretende dotar de una mayor agilidad a la tramitación de los convenios administrativos. Esta concreta previsión es aplicable al conjunto del sector público.

Con este fin, el artículo 7 del RDL 36/2020 prevé que los gestores de convenios administrativos procurarán que su tramitación se efectúe en un periodo de tiempo que permita el cumplimiento eficaz de los fines perseguidos, de conformidad con los principios de agilización y simplificación administrativa.

MEDIDAS DE AGILIZACIÓN CON CARÁCTER GENERAL (MODIFICACIÓN DE LA LEY 40/2015)

La disposición final segunda del RDL 36/2020 modifica la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, con el objetivo de agilizar la tramitación de los convenios administrativos. Estas medidas serán de aplicación a los convenios suscritos con carácter general (no solo a aquellos relacionados con los fondos europeos) por la Administración General del Estado o alguno de los organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes. Estas medidas de agilización son las siguientes:

- i. Los convenios suscritos por la Administración General del Estado resultarán eficaces una vez inscritos, en el plazo de cinco días hábiles desde su formalización, en el Registro Electrónico Estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal. Asimismo, serán publicados en el plazo de diez días hábiles desde su formalización en el *Boletín Oficial del Estado*, sin perjuicio de su publicación facultativa en el boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia que corresponda a la otra administración firmante.
- ii. Los informes del servicio jurídico o cualquier otro informe preceptivo se deberán emitir en un plazo de siete días hábiles desde su solicitud. En caso de no emitirse en dicho plazo podrá continuar la tramitación del procedimiento. No obstante, esos informes preceptivos deberán emitirse e incorporarse al expediente antes de la formalización del convenio.
- iii. La autorización previa del Ministerio de Hacienda para la firma, modificación, prórroga y resolución por mutuo acuerdo del convenio se entenderá otorgada si en el plazo de siete días hábiles desde su solicitud no ha sido emitida.

MEDIDAS DE AGILIZACIÓN ESPECÍFICAS PARA CONVENIOS SUSCRITOS PARA LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS CON CARGO A FONDOS EUROPEOS

Adicionalmente a las medidas de simplificación generales anteriores, el artículo 59 del RDL 36/2020 establece una serie de especialidades para la tramitación de convenios para la ejecución de proyectos con cargo a fondos europeos previstos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Entre estas destacan:

- i. Se elimina la obligación de acompañar el convenio con cualquier otro informe preceptivo (distinto del informe del servicio jurídico de la Administración General del Estado) y la autorización previa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.
- ii. No se exige la autorización del Consejo de Ministros para suscribir convenios con las comunidades autónomas y sus organismos públicos.
- iii. El plazo de vigencia de los convenios podrá tener una duración superior a la establecida, que es de cuatro años, pudiendo llegar como máximo a seis años, con posibilidad de una prórroga de seis años de duración. Esta excepción deberá ser justificada motivadamente por el órgano competente, con especial mención a que dicha extensión o prórroga no limitará la competencia efectiva en los mercados.

Asimismo, será posible la tramitación anticipada de los convenios para la ejecución de proyectos con cargo a fondos europeos, en el ejercicio corriente, aunque su ejecución presupuestaria no vaya a tener lugar hasta el ejercicio siguiente o posteriores. En este caso, podrá llegarse hasta la fase de formación del convenio en el ejercicio corriente, sin necesidad de afectar ningún pago en dicho ejercicio.

Por último, el acreedor de la Administración, de conformidad con los términos del convenio, podrá tener derecho a percibir un anticipo por las operaciones preparatorias que resulten necesarias para realizar las actuaciones financiadas. Este anticipo tendrá un límite máximo del 50 % de la cantidad total a percibir.

Nueva forma de colaboración público-privada: los “PERTE”

PROYECTOS ESTRATÉGICOS PARA LA RECUPERACIÓN Y TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA (“PERTE”)

Concepto

El RDL 36/2020 introduce una figura novedosa en nuestro ordenamiento jurídico: los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación de la Economía (“**PERTE**”).

Solamente podrán ser considerados como PERTE aquellos proyectos que tengan capacidad de arrastre para el crecimiento económico, la ocupación y la competitividad de la economía española.

Los PERTE podrán consistir en:

- i. un proyecto único claramente definido en cuanto a sus objetivos y sus modalidades de ejecución; o bien
- ii. un grupo de proyectos insertados en una estructura, plan de trabajo o programa comunes que compartan el mismo objetivo y que se basen en un enfoque sistémico coherente.

Los PERTE serán un instrumento de colaboración público-privada que servirá para el despliegue de los fondos europeos, pero su ámbito no está limitado a estos. Por lo tanto, se trata de un instrumento que tendría vocación de permanencia y de aplicación futura con carácter general.

Crterios para valorar si un proyecto puede ser declarado como PERTE

La norma expone una lista de criterios, no exhaustivos, que pueden permitir la declaración de un proyecto como PERTE. Se trata de los siguientes:

- i. Importante contribución al crecimiento económico, a la creación de empleo y a la competitividad de la industria y la economía española, habida cuenta de sus efectos de arrastre positivos en el mercado interior y la sociedad.
- ii. Combinación de conocimientos, experiencia, recursos financieros y actores económicos, con el fin de remediar importantes deficiencias del mercado o sistémicas y retos sociales a los que no se podría hacer frente de otra manera.

- iii. Importante carácter innovador o que aporte un importante valor añadido en términos de I+D+i, por ejemplo, posibilitando el desarrollo de nuevos productos, servicios o procesos de producción.
- iv. Importancia cuantitativa o cualitativamente, con un tamaño o un alcance particularmente grandes, o que suponga un nivel de riesgo tecnológico o financiero muy elevado.
- v. Favorecimiento de la integración y el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas, así como el impulso de entornos colaborativos.
- vi. Contribución de forma concreta, clara e identificable a uno o más objetivos del PRTR, en particular en lo que se refiere a los objetivos marcados a nivel europeo en relación con el Instrumento Europeo de Recuperación.

Procedimiento de declaración de un proyecto como PERTE

El Consejo de Ministros será el órgano competente para declarar un proyecto como PERTE.

La propuesta de declaración como PERTE será presentada por el Ministro (o Ministros) competente por razón de la materia. Esta propuesta irá acompañada de una memoria que describirá

- i. las medidas de apoyo y colaboración público-privadas proyectadas,
- ii. los requisitos para identificar a los posibles interesados.

El RDL 36/2020 no regula un mecanismo o procedimiento por el que entidades privadas o entes del sector público puedan poner en conocimiento de la Administración General del Estado proyectos que podrían ser declarados como PERTE.

EJECUCIÓN DE LOS PERTE

Principios

La ejecución de los PERTE se realizará a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, con las particularidades que se exponen a continuación.

En todo caso, la ejecución de los PERTE deberá respetar los principios de igualdad y no discriminación, concurrencia, publicidad, transparencia y proporcionalidad.

Registro estatal de entidades interesadas en los PERTE

Se regula el Registro estatal de entidades interesadas en los PERTE, que dependerá el Ministerio de Hacienda. Este registro se creará y pondrá en funcionamiento en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del RDL 36/2020, mediante orden ministerial del Ministerio de Hacienda.

En relación con este registro debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- i. Configuración como **registro de entidades**: Se inscribirán todas las entidades vinculadas al desarrollo de un PERTE. Las entidades “interesadas” en un PERTE podrán ser de naturaleza jurídica privada o pública. Por tanto, las Administraciones Públicas y entes del sector público, *a priori*, podrían ser entidades vinculadas a un PERTE, contribuir a su desarrollo y, por tanto, solicitar su inscripción en el registro.
- ii. Condición de registro público.
- iii. **Efectos de la inscripción en el registro** como entidad interesada en relación con un PERTE: Acredita que aquella entidad realiza actividades relacionadas con el interés público del PERTE.
- iv. **Estructuración del registro**: Tendrá una adicional diferenciada para cada PERTE, que será gestionada por el Ministerio competente por razón de la materia sobre el PERTE.
- v. **Una inscripción por cada PERTE**: La condición de entidad acreditada en el registro tendrá que hacerse por cada PERTE específico. Si una entidad tiene interés en más de un PERTE, tendrá que solicitar la inscripción para cada uno de los PERTE.

Regulación del Registro estatal de entidades interesadas en los PERTE

Existen dos niveles de regulación:

- i. **Reglamento del registro**: El Ministerio de Hacienda dictará un reglamento general del registro sobre su funcionamiento y estructura.
- ii. **Reglamento específico sobre la acreditación de entidades interesadas en relación con cada PERTE**: El Ministerio competente por razón de la materia sobre cada concreto PERTE dictará una norma reglamentaria específica, sobre la acreditación de entidades interesadas en relación con cada PERTE. Esta norma reglamentaria deberá observar los principios de publicidad, igualdad y no discriminación, concurrencia, transparencia y proporcionalidad. Y deberá incluir las siguientes disposiciones:
 - a) La definición y el alcance del PERTE.
 - b) Los requisitos necesarios para la inscripción en la correspondiente sección del registro del PERTE en cuestión. Estos deberán ser coherentes con el objeto del PERTE y deberán ajustarse a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. Estos requisitos no podrán suponer una limitación del número de inscritos en el registro.
 - c) La naturaleza jurídica de las entidades registradas.
 - d) El procedimiento para acceder al registro.
 - e) El plazo máximo para resolver el procedimiento sobre la concesión de la acreditación (en ningún caso será superior a tres meses). Transcurrido este plazo la solicitud podrá entenderse desestimada.

- f) El órgano competente para resolver el procedimiento.
- g) Las obligaciones derivadas de la acreditación (por ejemplo, la obligación de comunicar cambios en las condiciones que motivaron la acreditación).
- h) Imposibilidad de establecerse un plazo para solicitar la acreditación como entidad interesada.

Ayudas a entidades registradas en un PERTE

Estar inscrito en el registro puede ser un requisito necesario para ser beneficiario de ayudas relacionadas con el PERTE en cuestión (si así se prevé en las bases reguladoras).

La inclusión de este requisito en las bases deberá ajustarse a lo establecido en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y solo será prevista cuando resulte necesaria para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y no existan medidas menos restrictivas o distorsionadoras para la actividad económica para alcanzar los mismos objetivos.

No obstante, en caso de introducirse esta medida, se tendrán que identificar los requisitos cuantitativos y cualitativos exigidos para la inscripción en el PERTE que justifican el requisito y se permitirá que, alternativamente a la inscripción en el registro, la empresa solicitante pueda acreditar el cumplimiento de tales requisitos ante el órgano que concede la subvención.

Otras formas de colaboración público-privada para la ejecución del PRTR

AGRUPACIONES PARA LA PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES A CONVOCATORIAS DE AYUDA

Se establece que las bases reguladoras para la concesión de subvenciones de actividades vinculadas con el PRTR podrán establecer que puedan ser beneficiarias las agrupaciones de personas físicas o jurídicas.

Antes de la formulación de la solicitud, las personas que integren la agrupación deberán adoptar un acuerdo que regule su funcionamiento interno y, entre otras cuestiones, los compromisos de ejecución asumidos por cada miembro, el presupuesto correspondiente a cada actividad y el régimen de responsabilidades, de confidencialidad y de propiedad de los resultados.

Todos los miembros de la agrupación tendrán la consideración de beneficiarios de la subvención y serán responsables solidarios respecto del conjunto de actividades subvencionadas.

CONSORCIOS

La Comisión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia puede autorizar la creación de consorcios para la ejecución o realización de proyectos del PRTR. Esta autorización requerirá el informe favorable previo del Comité Técnico.

Se exceptúa la necesidad de autorización específica por norma de rango de ley para la creación de los consorcios.

El personal del consorcio podrá ser funcionario o laboral y tendrá que proceder de las Administraciones Públicas participantes. En caso de que el personal no fuese suficiente, se podrá abrir una convocatoria pública para la contratación de nuevo personal basada en las condiciones que autorice la Administración Pública competente.

SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

Se podrán adjudicar directamente a una sociedad de economía mixta, en la que concurra mayoritariamente capital público, contratos de concesión de obra o de concesión de servicios relativos a un proyecto enmarcado en el PRTR. Para la adjudicación de estos contratos a sociedades de economía mixta deberán observarse la siguientes reglas:

- a) En caso de que las concesiones de obras o concesiones de servicios están sujetos a regulación armonizada:
 - Que la selección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la normativa sobre contratación pública o de los sectores excluidos, aplicables a estos contratos.
 - Que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.
- b) En caso de que las concesiones de obras o concesiones de servicios no estén sujetas a regulación armonizada (o, en caso de caer dentro del ámbito de aplicación de la regulación sobre sectores especiales, deba aplicarse la Ley 9/2017 por no llegar a las umbrales de aquella norma) y sean adjudicadas por una entidad que no tenga la condición de Administración Pública:
 - Que la selección del socio privado se haya efectuado de conformidad con un procedimiento que cumpla con las siguientes reglas:
 - i. El anuncio de licitación se publicará en el perfil de contratante de la entidad, sin perjuicio de que puedan utilizarse otros medios adicionales de publicidad. Toda la documentación necesaria para la presentación de las ofertas deberá estar disponible por medios electrónicos desde la publicación del anuncio de licitación.
 - ii. Esta documentación deberá incluir, como mínimo, la información relativa y el pliego del contrato que se ha de adjudicar a la futura sociedad de economía mixta y los estatutos de dicha entidad, y, en su caso, el pacto de accionistas y todos los demás elementos por lo que se regirá la relación interpartes.
 - iii. Cuando la entidad contratante tenga la necesidad de que, por motivos concretos, algunas condiciones de la adjudicación se puedan ajustar tras la elección del adjudicatario, se ha de prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus términos concretos de aplicación. De esta forma, todas las empresas interesadas en participar tendrán conocimiento de ello desde el inicio.

- iv. El anuncio de licitación incluirá información sobre la duración prevista del contrato que la sociedad de economía mixta haya de ejecutar, así como de sus posibles prórrogas y modificaciones.
 - v. El plazo de presentación de ofertas lo fijará la entidad contratante teniendo en cuenta el tiempo razonablemente necesario para la preparación de aquellas, sin que en ningún caso dicho plazo pueda ser inferior a diez días a contar desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante.
 - vi. La adjudicación del contrato deberá recaer en la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 9/2017, de 1 de octubre, de Contratos del Sector Público. Excepcionalmente, la adjudicación podrá efectuarse atendiendo a otros criterios objetivos que deberán determinarse en la documentación contractual.
 - vii. La selección del contratista, que deberá motivarse en todo caso, se publicará en el perfil de contratante de la entidad.
- Que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

La modificación de los contratos adjudicados a estas sociedades de economía mixta se sujetará a las reglas generales previstas en la legislación de contratos del sector público.

Asimismo, se prevé que las sociedades de economía mixta podrán llevar a cabo ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura accionarial no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación, y titular los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato, previa autorización del órgano de contratación.

Especialidades en la gestión y control presupuestario

FLEXIBILIZACIÓN DE LA GESTIÓN PRESUPUESTARIA

El RDL 36/2020 persigue flexibilizar los mecanismos de gestión y control presupuestario de los créditos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y del REACT-EU.

Se pueden destacar las siguientes previsiones:

- i. El Gobierno podrá acordar transferencias de créditos presupuestarios entre secciones presupuestarias para lograr una mayor absorción de los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.
- ii. Los ingresos de las entidades y organismos del sector público estatal, comunidades autónomas y corporaciones locales, recibidos por transferencias de la Administración del Estado (procedentes del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia y del REACT-EU), están legalmente afectados a financiar los créditos presupuestarios destinados a cubrir los proyectos o líneas de acción que se integren dentro del PRTR.

Ello también se prevé respecto a la financiación de proyectos gestionados por entidades privadas a través del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia y del REACT-EU, cuya financiación deberá ir vinculada al cumplimiento de los objetivos previsto en el plan, así como a la estimación de costes vinculada a ellos.

En ambos casos, se prevé que las citadas entidades deberán reintegrar los fondos recibidos si no se realiza el gasto o si existe un incumplimiento total o parcial de los objetivos previstos.

- Se permite la tramitación anticipada de expedientes de gasto de ejercicios posteriores. Se podrá llegar a la fase de formalización del compromiso de gasto. Esto será aplicable a cualquier tipo de expediente financiado con los fondos del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia y del REACT-EU.
- Se establece de forma expresa que podrán incorporarse a los créditos del ejercicio los remanentes de los créditos que amparen compromisos de gastos contraídos.
- Se flexibilizan las reglas de gestión de gasto previstas para los fondos procedentes del PRTR que deban transferirse a las comunidades autónomas. Se permite en estos casos que no se descuenten de las cantidades a transferir a cada comunidad autónoma los remanentes de fondos no comprometidos resultantes al término de cada ejercicio. Esos créditos seguirán manteniendo el destino específico para el que fueron transferidos.

FLEXIBILIZACIÓN DEL CONTROL PRESUPUESTARIO

El RDL 36/2020 persigue de forma prioritaria agilizar y flexibilizar la tramitación de la fiscalización y del control presupuestario, simplificando los mecanismos legales actualmente existentes. A continuación se exponen algunas de las medidas más destacables sobre este punto.

En primer lugar, se ejercerá en régimen de requisitos básicos la fiscalización previa y la intervención previa del reconocimiento de obligaciones (letras a y b del artículo 150.2 de la Ley General Presupuestaria), siempre que dichos actos estén sujetos a función interventora cualquiera que sea el tipo de gasto al que se refiera el expediente y su cuantía. En ningún caso procederá la aplicación del régimen general de fiscalización.

En segundo lugar, el Consejo de Ministros determinará, a propuesta del Ministerio de Hacienda, los extremos adicionales exclusivos que deberán verificarse aplicables a los expedientes que implementen la aplicación de los fondos europeos. Mientras el Consejo de Ministros no determine esos extremos adicionales de verificación, se aplicarán los siguientes:

- i. En la fiscalización previa (artículo 150.2.a de la Ley General Presupuestaria): (a) los extremos de general comprobación (artículo 152.1 de la Ley General Presupuestaria); (b) la existencia de informe del Servicio jurídico en aquellos expedientes en que sea preceptivo; (c) la existencia de dictamen del Consejo de Estado en aquellos expedientes en que sea preceptivo.
- ii. En la intervención previa del reconocimiento de las obligaciones (artículo 150.2.b de la Ley General Presupuestaria): (a) los extremos de general comprobación, para aquellos tipos

de gastos que estén incluidos en los distintos Acuerdos de Consejo de Ministros por los que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, y los adicionales previstos en esos Acuerdos, que resulten exigibles de acuerdo con la normativa aplicable a estos expedientes; y (b) exclusivamente los extremos de general comprobación referidos en el artículo 152.1 de la Ley General Presupuestaria para aquellos tipos de gastos que no estén incluidos en dichos Acuerdos de Consejo de Ministros.

En tercer lugar, se establece que los expedientes que implementen la aplicación de estos fondos europeos gozarán de prioridad respecto de cualquier otro, y el órgano de control deberá pronunciarse en el plazo de cinco días hábiles.

En cuarto lugar, el Consejo de Ministros podrá acordar la aplicación del control financiero permanente en sustitución de la función interventora (artículo 149.2 de la Ley General Presupuestaria).

Por último, destaca la obligación de las entidades del sector público estatal, autonómico y local de remitir periódicamente información sobre el seguimiento de la ejecución contable de los gastos imputados a proyectos o iniciativas del PRTR, con la periodicidad, procedimiento y formato, y con referencia a las fechas contables que establezca la Autoridad de gestión nacional del correspondiente programa o mecanismo comunitario.

EFICACIA DE LAS ACTUACIONES

La disposición adicional cuarta dispone que la no obtención de ingresos por absorción de fondos europeos no conllevará la nulidad o anulabilidad de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración en aplicación del RDL 36/2020.

Especialidades en la tramitación de los procedimientos con carácter general

El RDL 36/2020 prevé que se tramitarán con carácter urgente, reduciéndose a la mitad los plazos para llevar a cabo los trámites, los siguientes procedimientos:

- i. Los de aprobación de las normas adoptadas en el marco de la ejecución de los fondos europeos para el PRTR (salvo que mediante ley orgánica se establezca otra cosa). Se excluye la necesidad de que estas normas se incluyan en el Plan Anual Normativo.
- ii. Los procedimientos administrativos que impliquen la ejecución de gastos con cargo a los fondos europeos dentro del PRTR (teniendo en cuenta las especialidades previstas para los procedimientos de contratación pública). No será objeto de reducción el plazo para presentación de solicitudes o para la interposición de recursos.

Especialidades en materia de contratación pública financiada con fondos europeos

EXCEPCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PARA CONTRATAR

Los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos procedentes del PRTR quedan excepcionados del requisito de la autorización para contratar, exigida para entidades del sector público estatal (artículo 324 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

CARÁCTER PREFERENTE Y TRAMITACIÓN DE URGENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos procedentes del PRTR gozarán, en todo caso, de preferencia para su despacho sobre cualquier otro contrato.

Asimismo, los plazos para emitir los respectivos informes quedarán reducidos a cinco días naturales, sin que quepa prórroga alguna de este plazo.

Por otro lado, los órganos de contratación deberán valorar si la situación de urgencia impide la tramitación ordinaria del procedimiento de contratación. Si el órgano de contratación concluye que no puede realizarse la tramitación ordinaria, se aplicará la tramitación urgente del expediente de contratación, justificándolo debidamente.

En estos casos, podrán reducirse a la mitad los plazos para el cumplimiento de los distintos trámites, a excepción del plazo para la presentación de proposiciones (cuyos plazos quedan identificados en el artículo 50 del RDL 36/2020 en función del tipo de procedimiento de contratación).

No obstante, no se reducirán los plazos para la tramitación de los procedimientos abierto, restringido y negociado cuando se adjudiquen contratos de concesión de obras y concesiones de servicios sujetos a regulación armonizada.

En el caso de los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada, la declaración de urgencia deberá ser motivada por parte del órgano de contratación y se deberá incluir en el expediente y en el anuncio de licitación.

AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO

Procedimiento abierto simplificado abreviado

Se amplía el ámbito de aplicación del procedimiento abierto simplificado abreviado a los contratos de obra de valor estimado inferior a 200.000 euros y a los contratos de suministros y servicios de valor estimado inferior a 100.000 euros que se vayan a financiar con fondos procedentes del PRTR, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual.

Procedimiento abierto simplificado ordinario

También se podrá utilizar el procedimiento abierto simplificado ordinario para la adjudicación de contratos de obras, suministro y servicios cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- i. Que se trate de contratos con valor estimado inferior al umbral establecido para los contratos sujetos a regulación armonizada.
- ii. Que no se incluyan criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor o, en caso de haberlos, su ponderación no superará el 25 % del total. Este porcentaje se eleva al 45 % en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual o los servicios de ingeniería y arquitectura.

DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y DE SERVICIOS DE CARÁCTER ENERGÉTICO

En los contratos de suministro y de servicios de carácter energético se podrá establecer un plazo máximo de duración de diez años cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato.

ELABORACIÓN DE PLIEGOS-TIPO DE CONTRATACIÓN

Se promoverá la elaboración de pliegos-tipo de cláusulas técnicas y administrativas que incorporen criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de pymes y de responsabilidad social, con el fin de homogeneizar y agilizar los procesos de contratación.

Se faculta al Ministerio de Hacienda para suscribir contratos-marco en el ámbito de la asistencia técnica, la consultoría y la auditoría que fijen las condiciones a las que ha de ajustarse la contratación de los diferentes órganos de la Administración General del Estado.

ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

Se permite que los fondos procedentes del PRTR sean aplicados por los órganos de contratación a través de sus medios propios, sin que sea necesaria la autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo sea igual o superior a doce millones de euros.

CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS Y DE SERVICIOS: CÁLCULO DEL PERÍODO DE RECUPERACIÓN DE LA INVERSIÓN

En los contratos de concesión de obras y de servicios que se financien con cargo a los fondos del PRTR, el período de recuperación de la inversión se calculará mediante el descuento de los flujos de caja esperados por el concesionario, según las previsiones del artículo 29 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

No obstante, la tasa de descuento a aplicar será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a treinta años incrementado en un diferencial de hasta trescientos puntos básicos.

Estos parámetros podrán ser modificados por Orden del Ministerio de Hacienda.

INSTRUCCIONES DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO

Se prevé que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado resolverá las dudas sobre la interpretación del RDL 36/2020.

También se habilita a esta Junta Consultiva para que dicte las instrucciones necesarias para coordinar la aplicación de las disposiciones del RDL 36/2020. Estas instrucciones serán obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público estatal.

ESPECIALIDADES DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

En los contratos sujetos al recurso especial en materia de contratación, que sean financiados por fondos del PRTR, se aplicarán las siguientes especialidades, siempre que el procedimiento de licitación se haya tramitado de forma electrónica:

- i. El plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación será de diez días hábiles y se computará según las reglas generales previstas en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
- ii. No se podrá formalizar el contrato hasta que no hayan transcurrido diez días naturales desde la notificación de la resolución de adjudicación del contrato.
- iii. El órgano competente para resolver el recurso deberá pronunciarse en el plazo de cinco días hábiles desde la interposición del recurso sobre la admisibilidad del recurso y sobre el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas, incluyendo la suspensión automática de la formalización.

ESPECIALIDADES DE LOS CONTRATOS DE LOS DENOMINADOS SECTORES ESPECIALES

La disposición adicional tercera del RDL 36/2020 prevé que las especialidades anteriores serán de aplicación, en todo aquello que resulte compatible con su naturaleza y régimen jurídico, a los contratos incluidos en el ámbito de aplicación del libro primero del Real Decreto-ley 3/2020 referente a los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Medidas de agilización de las subvenciones financiables con fondos europeos

TRAMITACIÓN DE LAS SUBVENCIONES

Se establecen medidas para reducir los trámites de los procedimientos para el otorgamiento de subvenciones financiables con fondos europeos. Se pueden destacar las siguientes:

- Supresión de la autorización del Consejo de Ministros para otorgar subvenciones de cuantía superior a doce millones de euros
- Supresión de la autorización del Consejo de Ministros para préstamos y anticipos al tipo de interés inferior al de la deuda emitida por el Estado.
- Supresión del informe del Ministerio de Hacienda para la concesión de subvenciones "*en que se acrediten razones de interés público, social, económico u humanitario, u otras debidamente justificadas en la convocatoria pública*" (artículo 22.2.c y 28.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones). No obstante, el Ministerio de Hacienda especificará los extremos que deben acreditarse en este tipo de subvenciones.
- Carácter preceptivo de los informes de los Servicios Jurídicos correspondientes y de la Intervención Delegada (que deberá emitirse en el plazo improrrogable de diez días naturales).

Asimismo, se permite la tramitación anticipada sin crédito disponible de las subvenciones, siempre que se acredite que se ha solicitado la modificación presupuestaria para la disposición del crédito aplicable.

SUBVENCIONES DE CONCURRENCIA NO COMPETITIVA

El artículo 62 del RDL 36/2020 prevé que, en aquellas subvenciones cuyo objeto sea financiar actuaciones o situaciones concretas que no requieran de valoración comparativa con otras propuestas, se podrán dictar resoluciones de concesión por orden de presentación de solicitudes hasta el agotamiento del crédito presupuestario asignado a la convocatoria. Por tanto, se excluye la participación en un procedimiento de concurrencia.

JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS SUBVENCIONES

Se establecen especialidades en la justificación de las subvenciones relacionadas con el uso de fondos europeos:

- Se permite la presentación de una cuenta justificativa simplificada por parte del beneficiario en las subvenciones de hasta 100.000 euros.
- En los supuestos en los que se deba presentar una cuenta justificativa, las bases reguladoras de la concesión podrán eximir de la obligación de presentar facturas de un importe inferior a 3.000 euros.

- Se permite justificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social mediante la presentación de una declaración responsable cuando la subvención otorgada a un beneficiario no exceda de 10.000 euros.
- Cuando se deba presentar una memoria económica, se permite hacer compensaciones entre los conceptos presupuestados, siempre que se dirijan a alcanzar el fin de la subvención.

Especialidades en materia de evaluación ambiental

EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS PROYECTOS DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Se prevé que, con base en lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (la “Ley de Evaluación Ambiental”), se podrán excluir de la evaluación de impacto ambiental aquellos proyectos financiados total o parcialmente mediante el Instrumento Europeo de Recuperación cuando su objeto conlleve meras modernizaciones o mejoras de instalaciones ya existentes y que:

no supongan construcción de nueva planta, aumento de la superficie o adición de nuevas construcciones ni afección sobre los recursos hídricos; e

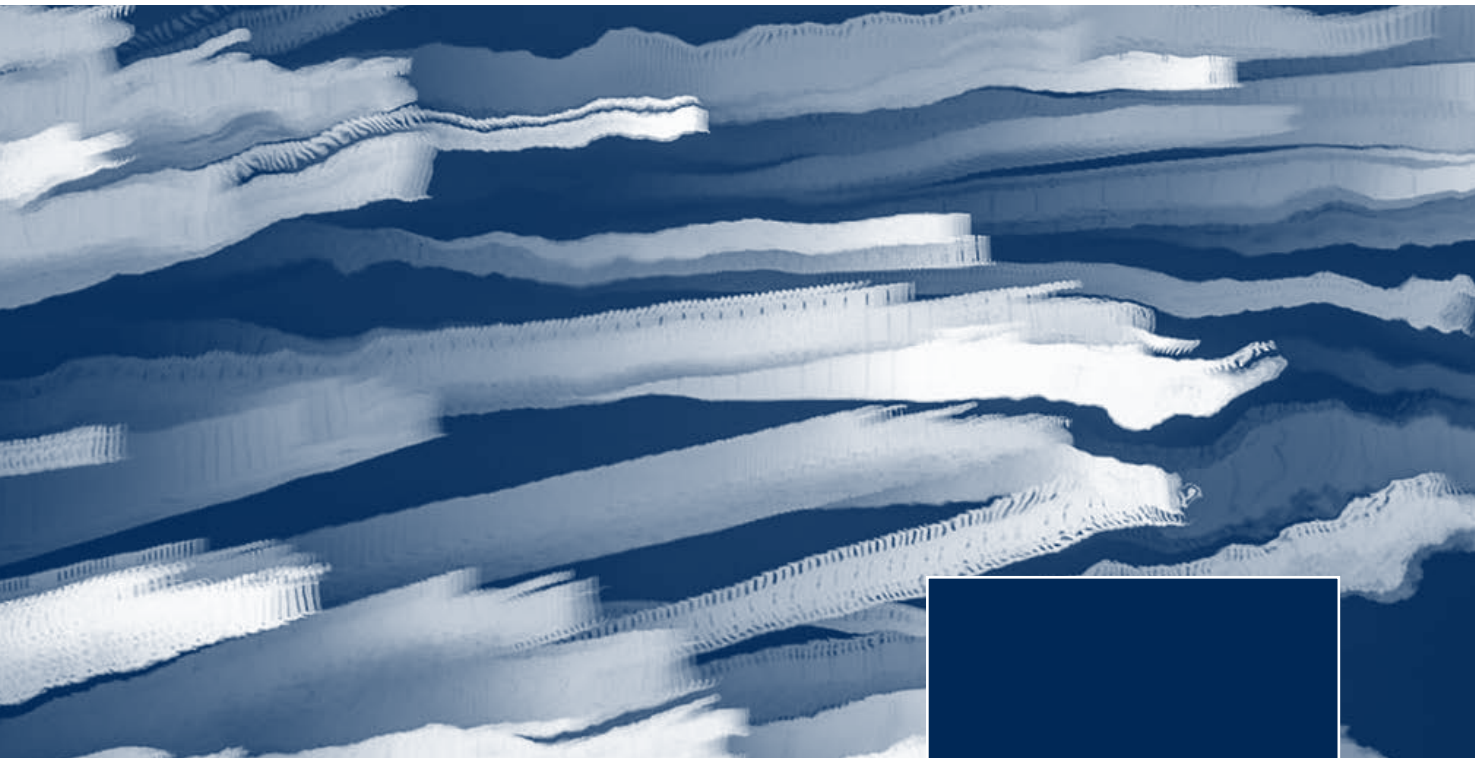
incorporen para su financiación la mejora de las condiciones ambientales, tales como la eficiencia energética o del empleo de recursos naturales, la reducción de su impacto ambiental o la mejora de la sostenibilidad de la instalación ya existente.

MODIFICACIÓN DE LA LEY DE EVALUACIÓN AMBIENTAL

La disposición final tercera del RDL 36/2020 modifica determinados preceptos de la Ley de Evaluación Ambiental para reducir la duración de los trámites del procedimiento de evaluación ambiental estratégica ordinaria para la formulación de la declaración ambiental estratégica, del procedimiento de evaluación ambiental estratégica simplificada para la emisión del informe ambiental estratégico, del procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria para la formulación de la declaración de impacto ambiental y del procedimiento de evaluación de impacto ambiental simplificada.

Los plazos previstos en estas disposiciones serán de aplicación a los procedimientos de evaluación ambiental que se inicien a partir de la entrada en vigor del RDL 36/2020.

10 de diciembre de 2020



Procesal Civil

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

[España]

Estado de alarma. Prórroga

Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 23 de mayo de 2020)

La disposición final cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableció la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante la vigencia del estado de alarma y, en su caso, de sus prórrogas.

No obstante, el artículo 10 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, dispuso que, con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alzaría la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones.

De este modo, los plazos de prescripción y caducidad han estado suspendidos entre el 14 de marzo de 2020 y el 4 de junio de 2020, es decir, durante 82 días naturales, incluyendo en el cómputo el 14 de marzo de 2020 y el 3 de junio de 2020.

* 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 Aránguez, Sonia Borges Fernández, Diego Rubio Domingo, Francisco José Caamaño Rodríguez, Natalia Cadarso Díaz, Marcos Aurelio Rodrigo Henfling, Jorge Izquierdo Fernández, Javier Alberite Carreño, Mariana de la Rosa, Valentina Pacella Garay, Jorge Azagra Malo, David García Martín, Xuan Wu Zhuo, Miguel Moratinos López, Laura Lozano García, Kevin Kumar Rohira Abad, Borja Sabater Torrontegui, Alberto Bermejo Nieto, Linda Guerra Henríquez, Carlos Francés Ballester, Eduardo Soria Salvo y Lorenzo de Benito Lobo, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Bilbao).

Administración de Justicia. Medidas procesales y administrativas

Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE de 19 de septiembre de 2020)

La Ley 3/2020 de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia mantiene y adapta las previsiones del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (RDL 16/2020).

Se mantiene la tramitación preferente de determinados procedimientos: en el orden civil, los derivados de la falta de reconocimiento por la entidad acreedora de la moratoria legal o los instados por los arrendatarios por la falta de aplicación de la moratoria prevista legalmente o de la prórroga obligatoria del contrato (artículo 2.1.b de la Ley 3/2020).

Entre otras medidas, su artículo 14 amplía la preferencia de la celebración "*mediante presencia telemática*" de actos de juicio, comparecencias, declaraciones y actos procesales en general, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello, hasta el 20 de junio de 2021, incluido.

Como novedad, la Ley 3/2020 reconoce la obligatoriedad de adoptar "*las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos se garantizan los derechos de todas las partes del proceso*". En todo caso, el juez o el letrado de la Administración de Justicia ante quienes se celebren los actos procesales mediante presencia telemática podrán decidir la asistencia presencial de los comparecientes que estimen necesarios.

Identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas

Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (BOE de 12 de noviembre de 2020)

La Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, nace como complemento del Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE ("Reglamento 910/2014").

La disposición final segunda de esta Ley modifica el apartado 3 del artículo 326.3 de la Ley 1/2020, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC") y añade un apartado 4, de nuevo cuño, a este artículo. Esta reforma afecta al valor probatorio de documentos electrónicos privados y su posible impugnación y adveración.

En primer lugar, la Ley 6/2020 dedica su artículo 3 a los efectos jurídicos de los documentos electrónicos, distinguiendo entre documentos electrónicos públicos, administrativos y privados, e indicando que tienen "*el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza,*

de conformidad con la legislación que les resulte aplicable". Así lo establecía ya el artículo 3.7 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica ("LFE"), que es una norma derogada expresamente por la Ley 6/2020.

No obstante, en lo que respecta a los documentos privados, el artículo 3.2 de la Ley 6/2020 recoge una reforma: la prueba de los documentos privados en los que se hubiese utilizado un servicio de confianza no cualificado se registrará por lo dispuesto en el nuevo apartado 3 del artículo 326 de la LEC; mientras que, si se hubiese utilizado un servicio de confianza cualificado, se deberá estar a lo dispuesto en el nuevo apartado 4 del artículo 326 de la LEC.

Para entender el alcance de esta reforma de la LEC es necesario recordar qué es un "servicio de confianza". El artículo 3 del Reglamento 910/2014 lo define como aquel servicio electrónico remunerado y prestado habitualmente que consiste en (a) la creación, verificación y validación de firmas, sellos, sellos de tiempo y servicios de entrega electrónicos y certificados relativos a estos servicios, (b) la creación, verificación y validación de certificados para la autenticación de sitios web, o (c) la preservación de firmas, sellos o certificados electrónicos relativos a estos servicios. Este "servicio de confianza" será "cualificado" cuando sea ofrecido por un prestador aprobado oficialmente y supervisado que, al expedir certificados cualificados para un servicio de confianza, verificará la identidad y, si procede, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se le expide.

El artículo 326 de la LEC se refiere a la fuerza probatoria de los documentos privados. Establece la regla general de que harán prueba plena en el proceso —del hecho, acto, fecha, identidad de los intervinientes, etc., que documenten—, salvo que su autenticidad sea impugnada.

En cuanto a la impugnación de la autenticidad de los documentos electrónicos, el antiguo apartado 3 de este artículo de la LEC se limitaba a indicar que, *"cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica"*. Y este artículo 3 de la LFE, en su apartado 8, disponía que, cuando se impugnara la autenticidad *"de la firma electrónica"* con la que se hayan firmado *"los datos incorporados al documento electrónico"*, se debería comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple con los requisitos de la LFE y que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica.

Tras la reforma operada por la Ley 6/2020, el artículo 326.3 de la LEC extiende la posibilidad de impugnar y/o advenir no solo la *"autenticidad"* de un documento electrónico, sino también su *"integridad, precisión de fecha y hora u otras características [...] que un servicio electrónico de confianza no cualificado [...] permita acreditar"*. En estos casos, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 326.2 de la LEC —es decir, se propondrá prueba pertinente y útil para verificar estos extremos— y en el propio Reglamento 910/2014.

Por su parte, el nuevo apartado 4 del artículo 326 de la LEC establece una presunción *iuris tantum* en favor de los documentos electrónicos y de que el servicio de confianza se ha prestado correctamente si se ha utilizado un servicio de confianza "cualificado", ofrecido por un prestador incluido en la *"lista de confianza de prestadores y servicios cualificados"* (artículo 22 del Reglamen-

to 910/2014). De este modo, si se impugnara el documento electrónico, "la carga de realizar la comprobación corresponderá a quien haya presentado la impugnación".

Ley Concursal

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (BOE de 7 de mayo de 2020)

El Real Decreto Legislativo 1/2020 ("TRLR") se ha promulgado con el fin de lograr una estabilidad normativa tras las innumerables modificaciones que ha sufrido la Ley 22/2003, de 9 de junio, Concursal ("LC"). Las novedades concursales introducidas afectan a cada una de las fases del procedimiento concursal y, como gran novedad, se introduce, a través del segundo de los tres libros en que se divide, una regulación específica de la fase preconcursal. Como veremos a continuación, el Real Decreto Legislativo no se ha limitado a una simple refundición, sino que introduce importantes novedades a tener cuenta:

- Con respecto a la declaración de concurso:
 - i. Se atribuye a los Juzgados de lo Mercantil la competencia objetiva para decidir sobre la declaración conjunta o la acumulación cuando se dan dos concursos conexos en los que uno es de persona natural no empresario y el otro de persona natural empresario o persona jurídica. Asimismo, la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de lo Mercantil sobre nuevos juicios declarativos se extenderá desde la declaración de concurso y hasta la fecha de eficacia del convenio o, si no se hubiera aprobado convenio o el aprobado se hubiera incumplido, hasta la conclusión del procedimiento (artículo 136 del TRLR).
 - ii. En relación con la declaración del concurso, el TRLR reordena los hechos externos reveladores de insolvencia y, como novedad, añade la existencia de una resolución judicial o administrativa firme que declare la insolvencia.
 - iii. Asimismo, el juez del concurso podrá declarar el concurso el primer día hábil siguiente a la fecha de la solicitud cuando el acreedor alegue los siguientes extremos: (i) existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme; (ii) existencia de un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago; o (iii) existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
 - iv. Se permite formular recurso de reposición frente al auto que inadmite o desestima la solicitud de concurso.
 - v. Por último, el juez debe pronunciarse en el mismo auto de declaración de concurso sobre la solicitud de medidas cautelares previas.

- En cuanto a la fase común:
 - i. El juez del concurso podrá, en cualquier estado del concurso, autorizar la dación en pago o para el pago de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (artículo 211 del TRLC).
 - ii. Por otra parte, el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa en caso de transmisión de unidades productivas (artículos 215 a 224 del TRLC) y se acota la responsabilidad laboral del adquirente de la unidad productiva a los contratos de los trabajadores en los que quede subrogado.
 - iii. Respecto al informe de la administración concursal para la determinación de la masa pasiva, conforme al artículo 291 del TRLC, si el plazo de comunicación de créditos venciera después del plazo legal para la presentación del informe, este se prorrogará de manera automática hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo para la comunicación de los créditos. Es decir, el mecanismo se automatiza, sin necesidad de que lo solicite la administración concursal ni lo determine el juez.
- Respecto a la fase de convenio:
 - i. La propuesta de convenio podrá incluir la cesión de las acciones de reintegración de la masa activa a acreedores.
 - ii. El artículo 405 del TRLC establece que los actos realizados en ejecución de un convenio que finalmente sea incumplido producirán plenos efectos, si bien los actos que contraven gan el convenio o alteren la igualdad de trato entre acreedores serán anulables y los actos fraudulentos del deudor que perjudiquen a la masa activa durante la tramitación de la fase del convenio serán rescindibles.
 - iii. Por lo que respecta a la fase de liquidación, TRLC simplifica las observaciones que puedan realizarse al plan de liquidación y prevé que la administración concursal pueda solicitar al juez, en cualquier momento, la modificación del plan aprobado si lo cree conveniente para el interés del concurso y la más rápida satisfacción de los acreedores.
 - iv. En cuanto a la calificación del concurso, (i) si de la lista definitiva de acreedores resulta que solo existe un único acreedor, se declarará la conclusión del concurso; y (ii) se extiende el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho a la totalidad de créditos insatisfechos, siempre que se cumplan los requisitos exigidos (exceptuando créditos de derecho público y por alimentos).

Por último, la gran novedad que introduce el TRLC es la regulación de la fase preconcursal, especialmente importante tras la crisis sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19. Entre otras cuestiones, puede destacarse que, respecto a la homologación de los acuerdos de refinanciación, no tendrán la consideración de créditos financieros los créditos de derecho público, los créditos laborales y los acreedores por operaciones comerciales, aunque cualquiera de ellos tuviera aplazada la exigibilidad del crédito; se establece un supuesto mínimo en relación con el sacrificio

desproporcionado en casos de impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación; y no cabe que el mismo deudor solicite una nueva homologación del acuerdo de refinanciación si no ha transcurrido un año desde la última.

Como puede verse, el TRLC ha introducido modificaciones sustantivas al sistema concursal español, lo que ha provocado que Juzgados de lo Mercantil en Madrid o Barcelona hayan adoptado el criterio de no aplicar algunas de las novedades analizadas por entender que dichas novedades exceden de la finalidad de una mera refundición del articulado referido a la insolvencia en nuestro país.

Novedades concursales

Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE de 19 de septiembre de 2020)

Las novedades concursales introducidas por la Ley 3/2020 presentan un marcado carácter continuista respecto de las que se adoptaron en el RD 16/2020, y, entre otros aspectos, afectan a la modificación del convenio, la apertura de la fase liquidación o la solicitud de declaración del concurso de acreedores.

En primer lugar, en virtud del artículo 3 de la Ley 3/2020, hasta el 14 de marzo del 2021, en todo concurso que se encuentre en periodo de cumplimiento el concursado podrá presentar propuesta de modificación del convenio, acompañando a la solicitud de propuesta una relación de créditos pendientes de pago, plan de viabilidad, y plan de pagos. La tramitación de esta propuesta y su aprobación se registrarán por las mismas pautas que rigieron el convenio originario.

A su vez, los juzgados darán traslado al concursado de las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio que se hubieran presentado hasta el 31 de octubre de 2020. No obstante, no las admitirán a trámite hasta pasados tres meses desde dicha fecha. Durante esos tres meses, el concursado tiene la posibilidad de presentar la propuesta de modificación de convenio mencionada *ut supra*, que se tramitará con prioridad respecto de las solicitudes de declaración de incumplimiento. Estas reglas también son aplicables a los acuerdos extrajudiciales de pagos.

De igual forma, el artículo 4 de la Ley 3/2020 establece que, hasta el 14 de marzo de 2021, el concursado podrá liberarse de la obligación de solicitar la liquidación de la masa activa incluso cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos u obligaciones contraídos con posterioridad a la aprobación del convenio. Para liberarse de esta obligación, deberá presentar una propuesta de modificación de convenio y que esta se admita a trámite dentro del plazo indicado. Durante este plazo, tampoco dictarán los jueces auto de apertura de la fase de liquidación, pese a que un acreedor acredite alguno de los hechos a los que se aparece esta consecuencia.

En caso de que se incumpla un convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a partir desde el 14 de marzo de 2020, el artículo 4.3 de la Ley 3/2020 otorga a una serie de créditos la condición jurídica de créditos contra la masa.

Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del mismo texto legal, hasta el 14 de marzo de 2021 el deudor podrá modificar el acuerdo de refinanciación que tuviera homologado o alcanzar uno nuevo, aunque no haya transcurrido un año desde la anterior homologación.

Hasta el pasado 31 de octubre de 2020, los juzgados han dado traslado al concursado de las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación, pero no las admitirán a trámite hasta pasado un mes desde esa fecha. Durante ese mes el deudor puede comunicar al juzgado que va a negociar una modificación del acuerdo con los acreedores, pero si dentro de los tres meses siguientes a esta comunicación el deudor no ha llegado a ningún acuerdo, el juzgado admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento.

De conformidad con el artículo 6, hasta el 31 de diciembre (inclusive) del presente año el deudor en estado de insolvencia no tendrá en ningún caso el deber de solicitar la declaración de concurso, mientras que hasta la misma fecha los jueces tampoco admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde el 14 de marzo de 2020. Se admitirán a trámite con preferencia, incluso si fueran de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario, las solicitudes de concurso voluntario que hubiera presentado el deudor hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive.

A su vez, se aplicará el régimen general previsto legalmente para aquellos supuestos en los que el deudor, hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive, hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de financiación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

El artículo 7 dispone que, en los concursos de acreedores que se declaren hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive, tendrán la consideración de créditos ordinarios los que deriven de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos o de naturaleza análoga que desde la declaración del estado de alarma le hubieran sido concedidos al deudor por las personas especialmente relacionadas con él.

El artículo 8 establece que, salvo que el juez del concurso resuelva otra cosa, hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive no será precisa la celebración de vista en los incidentes incoados para la resolución de impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores.

Asimismo, y salvo que se trate de acreedores de derecho público, se considerará allanamiento la falta de contestación a la demanda por los demandados. Igualmente, tanto para las demandas de impugnación como para las contestaciones, las partes deberán acompañar los medios de prueba que consideren oportunos.

Por su parte, el artículo 9 dispone que gozarán de tramitación preferente, entre otros, los incidentes concursales en materia laboral y en materia de reintegración de la masa activa, las actuaciones relativas a la enajenación de unidades productivas o la venta en globo de los elementos del activo, las propuestas de convenio, la admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación, la adopción de medidas cautelares y el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

En relación con la enajenación de la masa activa, el artículo 10 de la Ley 3/2020 establece que en aquellos concursos que se declaren hasta el 14 de marzo de 2021 y aquellos que se encuentren en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la Ley, esta podrá realizarse, bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Añade que, siempre que sea posible, la subasta se realizará de manera telemática. Asimismo, si el juez hubiera autorizado la realización directa de los bienes y derechos afectos a privilegio especial o la dación en pago o para pago de dichos bienes, se estará a los términos de la autorización.

El artículo 11 recoge que el plan de liquidación se aprobará mediante auto, que deberá ser dictado de inmediato una vez transcurra el plazo legal para formular observaciones o propuestas de modificación, con las modificaciones que estime necesarias u oportunas. Incluye asimismo medidas de agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, recogiendo que hasta el 14 de marzo de 2021, inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acredita que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo (artículo 12).

Por último, y de particular relevancia, a efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no se considerarán las pérdidas del ejercicio 2020. Además, si en el resultado del ejercicio del año 2021 se apreciaran pérdidas que redujeran el patrimonio neto a la mitad o menos del capital social, los administradores deberán convocar (o cualquier socio podrá solicitar en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio) la celebración de junta general para proceder a la disolución de la sociedad, a menos que se aumente / reduzca el capital en la medida suficiente, sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en los demás preceptos de la Ley 3/2020.

Novedades concursales

Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria (BOE de 18 de noviembre de 2020)

Las novedades concursales introducidas por el Real Decreto-ley 34/2020 se limitan a ampliar el alcance temporal de algunas medidas ya introducidas por los artículos 3, 5 y 6 de la Ley 3/2020. Todas las novedades en material concursal se concentran en su disposición final décima.

En primer lugar, el apartado uno de esta disposición final extiende hasta el 30 de abril de 2021 las medidas de inadmisión a trámite por el juez del concurso de las solicitudes de declaración de incumplimiento de convenio que se presenten por los acreedores entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021, permitiendo al concursado presentar una solicitud de modificación de convenio que se tramitará con carácter preferente a la solicitud de declaración de su incumplimiento.

Para el caso de solicitudes de declaración de incumplimiento de convenio presentadas entre el 31 de octubre de 2020 y la fecha de la entrada en vigor de la norma que ya hayan sido admitidas a trámite, se establece que las solicitudes que se hubieran admitido a trámite serán suspendidas por un plazo de tres meses, a contar desde el momento de la suspensión, en los que el deudor podrá plantear una propuesta de modificación de convenio. En caso de que así sea, el juez archivará el procedimiento suspendido y tramitará con preferencia la propuesta de modificación del convenio.

En segundo lugar, el apartado dos de la disposición final décima extiende hasta el 28 de febrero de 2020 las medidas de inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento de acuerdos de refinanciación que se presenten entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021. Hasta el 28 de febrero el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con los acreedores al objeto de modificar el acuerdo que tuviera homologado o para otorgar otro nuevo acuerdo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación. Se establece, por último, que, si el deudor no alcanza un acuerdo con sus acreedores en el plazo de tres meses a contar desde la comunicación al juzgado, este admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores.

En último lugar, el apartado tres de la disposición final décima amplía hasta el 14 de marzo de 2021 la suspensión del deber de solicitar la declaración del concurso de acreedores, así como la obligación del juez de admitir a trámite las solicitudes de concurso necesario que sean presentadas antes de esa fecha. La solicitud de concurso voluntario presentada por el deudor hasta el 14 de marzo de 2021 será admitida a trámite con preferencia, aunque sea de fecha posterior a una solicitud de concurso necesario.

[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 suscitarem 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.

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 com-

petência 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

[Espanña]

La Sala Primera del Tribunal Supremo confirma el carácter consensual del contrato de préstamo. No obstante, determina que, en un contrato de préstamo denominado en divisas, resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial que fija el inicio del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad en el momento en que se desvanece el error

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2020

El Tribunal Supremo, en el marco de una controversia en relación con un préstamo hipotecario referenciado a yenes (hipoteca multidivisa), se pronuncia en torno a (i) si el contrato de préstamo tiene carácter real y, por tanto, su consumación se produce cuando se agotan sus efectos (es decir, cuando el prestatario paga la última cuota) o si tiene carácter consensual y, por tanto, su perfección se produce cuando el prestatario acepta la oferta vinculante del banco; y (ii), en conexión con lo anterior, cuándo debe fijarse *el dies a quo* para el ejercicio de la acción de anulación por error vicio del consentimiento.

El Alto Tribunal, en relación con la primera de las cuestiones, determina que el contrato de préstamo tiene naturaleza consensual y queda perfeccionado por la emisión del consentimiento por el prestamista y el prestatario o prestatarios.

La Sala advierte que en este tipo de contratos, el banco y el cliente prestan, por lo general, su consentimiento contractual, fijando los elementos del contrato (sujetos intervinientes, importe del préstamo, plazo, interés, garantías, etc.), antes de la entrega del dinero por el prestamista al prestatario —y en el caso del préstamo hipotecario celebrado con un consumidor, el contrato de préstamo se perfecciona cuando el prestatario acepta la oferta vinculante del banco—. La entrega posterior del dinero por el prestamista al prestatario es, por tanto, un acto de ejecución, no de perfección del contrato.

Por ello, la Sala concluye *"el contrato de préstamo bancario de dinero ha de entenderse consumado cuando se ha producido la entrega del dinero por el prestamista al prestatario (o a quien este haya designado)"*.

En consecuencia, con carácter general, a los efectos del cómputo del plazo de cuatro años de caducidad de la acción de anulabilidad, el contrato de préstamo bancario de dinero ha de entenderse consumado cuando se ha producido la entrega del dinero por el prestamista al prestatario, al ser ese el momento en que el cliente, que es la parte perjudicada por el error, recibe la prestación esencial.

Ahora bien, tomando en consideración la naturaleza y características de los préstamos hipotecarios en divisas, el Alto Tribunal considera que, en relación con estos, este criterio debe ser modulado y que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, aunque el préstamo denominado en divisas no esté sometido a la normativa del mercado de valores. Y ello porque se trata de un contrato que reviste una especial complejidad, pues la referencia a una divisa para fijar el importe en euros de las cuotas periódicas y del capital pendiente de amortizar, determina la fluctuación de la cuota del préstamo.

De esta forma, en los préstamos hipotecarios en divisas, la consumación del contrato a los solos efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de los hechos determinantes de la existencia de dicho error o dolo.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los elementos constitutivos y el alcance de los conceptos jurídicos de accidente y lesión corporal a los efectos del contrato de seguro de accidentes

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2020

En esta sentencia, el Tribunal Supremo analiza si puede calificarse de accidente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de Seguro ("LCS"), el hecho de que el asegurado presenciara el suicidio de su único hijo y, a su vez, considerarse como lesión corporal los posteriores trastorno por estrés postraumático grave y depresión mayor sufridos por aquel, que desembocaron en su declaración de incapacidad permanente absoluta.

El Tribunal comienza por recordar que para que se produzca el siniestro típico del contrato de seguro de accidentes debe darse una sucesión de hechos vinculados entre sí que la doctrina denomina "*desgracia accidental*". Así, ha de concurrir un evento súbito, externo e involuntario, que genere en el asegurado una lesión corporal y que esta, a su vez, dé lugar a una situación de invalidez temporal o permanente o a la muerte del asegurado como resultado final.

El Alto Tribunal analiza en detalle los requisitos que deben predicarse de ese evento o causa originadora o eficiente del concepto legal de accidente, recordando que:

(i) por involuntario, ha de entenderse ajeno a la intención del asegurado, pues, de lo contrario, el asegurador queda liberado del cumplimiento de su obligación por mandato del artículo 102 de la LCS;

(ii) por externo, ha de entenderse que se refiere a la causa, no a los efectos de la lesión (que sí pueden ser trastornos o daños corporales internos); esto es, que la causa de la lesión no puede ser "*una patología interna o enfermedad del organismo humano*"; y

(iii) por súbito, no ha de interpretarse necesariamente que el daño asegurado deba ser coetáneo al evento originador, sino que puede aparecer, siempre que el nexo causal resulte evidente, en una fase posterior como consecuencia de la propia evolución de la patología interna generada por el accidente.

Analizados todos estos requisitos, el Alto Tribunal concluye que, en el caso de autos, concurren todos y cada uno de ellos y que, por tanto, sí cabe considerar el evento acontecido como accidente a los efectos de la cobertura del seguro.

Una vez fijado lo anterior, el Tribunal Supremo pasa a analizar el alcance del concepto de "*lesión corporal*". Al respecto, el Tribunal Supremo concluye que, si bien es cierto que para que exista una lesión corporal no es preciso que la muerte o invalidez sea causada por una lesión física —pudiendo esta ser también psíquica—, no todo estrés postraumático puede subsumirse en este concepto legal.

En palabras del Alto Tribunal, no bastará con que se trate de "*una situación de duelo mal resuelta, o de patologías psíquicas no invalidantes, o meramente transitorias, ni de situaciones que puedan*

ser calificadas como la contemplación accidental de hechos traumáticos”, sino que habrá de tratarse de graves patologías psíquicas causadas por una fuerte impresión emocional, unida a una intensa excitación nerviosa y sumada a un importante esfuerzo físico, una situación que considera verificada en el caso de autos.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre quién responde por los daños causados por un producto defectuoso cuando productor y distribuidor pertenecen al mismo grupo de empresas. La filial distribuidora no responde por los daños causados si cumple con su obligación de informar al demandante sobre la identidad del fabricante

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2020

El supuesto analizado por el Tribunal Supremo trae causa de la implantación de una prótesis de cadera defectuosa. El paciente interpuso demanda de reclamación de daños y perjuicios frente a la sociedad distribuidora y los médicos que habían participado en la colocación y retirada de la prótesis.

Tras ser parcialmente estimada su demanda en primera instancia (siendo condenada la sociedad distribuidora), la Audiencia Provincial revoca la sentencia y desestima la demanda al considerar que concurre una falta de legitimación pasiva del distribuidor para soportar los indemnización de daños y perjuicios, y que el sujeto que debería haber sido demandado es el productor/fabricante.

El paciente recurre la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en casación y solicita su revocación y la condena al distribuidor de los daños y perjuicios causados, en primer lugar, en aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo” y por infracción de los artículos 6.4, 7.1 y 7.2 del Código Civil, en relación con el art. 4 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil del fabricante por los daños causados por productos defectuosos (la “Ley 22/1994”).

El Tribunal Supremo, reunido en el Pleno, rechaza este planteamiento y recuerda que el legislador europeo quiso canalizar la responsabilidad en la persona del productor (fabricante), dejando fuera deliberadamente al distribuidor (proveedor o suministrador) del producto defectuoso, al considerar que carece de la posibilidad de intervenir en el producto y no tiene los conocimientos ni la oportunidad para inspeccionar los bienes con los que comercia.

El distribuidor responde excepcionalmente solo en el caso de que el productor (fabricante) no pueda ser identificado y el distribuidor no lo identifique, o no identifique a quien, a su vez, le suministró el producto a él mismo. Se trata, en suma, de que el perjudicado pueda encontrar un responsable y reclamar la indemnización en aquellos casos en que no pueda identificar a ninguna de las personas principalmente responsables de acuerdo con las disposiciones de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (la “Directiva 85/374”) y su normativa de desarrollo y transposición (artículo 4 de la Ley 22/1994 y, en la actualidad, artículo 138 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias).

El Alto Tribunal destaca que, en el caso de autos (a diferencia de lo que sucedía en el caso que dio lugar a su sentencia n.º 34/2020, 21 de enero), la distribuidora sí que cumplió con su obligación de informar al demandante sobre la identidad del fabricante. La mera pertenencia a un mismo grupo empresarial no determina, por sí sola, que se extienda a la distribuidora la responsabilidad que la fabricante pudiera tener por los daños causados por los defectos de sus productos. En materia de responsabilidad por productos defectuosos, resulta innecesario acudir a la doctrina del levantamiento del velo, dado que la propia regulación impone la responsabilidad al distribuidor como si fuera fabricante cuando no identifica al fabricante o no lo hace por iniciativa propia y de manera diligente, tal y como sucedió en el caso de la citada sentencia n.º 34/2020.

El Tribunal Supremo también rechaza la invocación de la teoría de la unidad económica elaborada en el ámbito del derecho de la competencia, dado que la cuestión aquí concerniente nada tiene que ver con las consecuencias sancionadoras de una conducta infractora ni tampoco con una responsabilidad por los daños derivados de una infracción del derecho de la competencia. Y ello al margen de que tampoco la empresa distribuidora y el fabricante se hubieran amparado en la confusión del grupo para ocultar quién es el fabricante real.

Y, por último, el Alto Tribunal desecha también que se deba hacer responder al distribuidor como fabricante por razones de efectividad del derecho de la Unión Europea. La Sala tiene en cuenta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), Sala 1.ª, de 9 de febrero de 2006 (asunto C-127/04, O’Byrne contra Sanofi Pasteur, anteriormente Aventis Pasteur), precisada por la STJUE, Gran Sala, de 2 de diciembre de 2009, asunto C-358/08, Aventis Pasteur contra O’Byrne, según la cual que el juez nacional puede determinar —a la luz de las circunstancias concretas de cada asunto y de la situación fáctica que se les plantea— si los lazos entre el productor y otra entidad son los suficientemente estrechos para que el concepto de productor, en el sentido de los arts. 7 y 11 de la Directiva 85/374, englobe también a esta última entidad y para que la transmisión del producto de una a otra no entrañe su puesta en circulación. Sin embargo, a la luz de los hechos acreditados en la instancias, concluye que no hay ningún dato que revele que la actividad del distribuidor no fuera solamente esa.

El Tribunal Supremo desestima también el segundo motivo de casación basado en la doctrina de los propios actos, en relación con el art. 4.1, d) de la Ley 22/1994. El Alto Tribunal considera que la empresa distribuidora no puede considerarse “productor aparente” por la mera inclusión en las etiquetas y en los contenedores de las prótesis del nombre del fabricante con una referencia a que es una empresa del grupo de la empresa distribuidora. Este hecho no tiene relevancia suficiente para crear una falsa apariencia en torno a quien era el fabricante real de las prótesis. A ello ha de sumarse que, además, se trata de un producto que no es adquirido directamente por los usuarios y que se implanta por intermediarios expertos, resultando con claridad que en las adjudicaciones a los hospitales, en las alertas de retirada, en el aviso de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, es la empresa fabricante quien aparece como tal, de acuerdo con las normas reglamentarias que exigen la perfecta identificación del fabricante de los productos sanitarios e implantes.

El Tribunal Supremo distingue entre las características de las comunidades de bienes y de las sociedades irregulares, y reafirma la capacidad procesal de estas últimas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2020

El Tribunal Supremo analiza la capacidad procesal de las comunidades de usuarios, a la luz de una demanda interpuesta por una comunidad de usuarios conformada por distintas sociedades de responsabilidad titulares de plantas solares fotovoltaicas —“huertos solares”— que se integraban en un único proyecto común. La demanda tenía por objeto reclamar la subsanación de vicios de construcción y de puesta en funcionamiento de las plantas solares fotovoltaicas que afectaban a infraestructuras de carácter común.

Asimismo, resultó acreditado y no controvertido en la instancia (i) que el conjunto de sociedades titulares de los huertos solares habían acordado la constitución de la comunidad de usuarios demandante en el procedimiento; (ii) que esta constitución fue exclusivamente promovida por la promotora del proyecto, ahora demandada, cuando era titular de la totalidad de sociedades propietarias de los huertos solares; (iii) que la comunidad fue constituida en escritura pública, dotada de unos estatutos y organizada a través de una junta general y un administrador único; (iv) que la comunidad actuaba ampliamente en el tráfico jurídico celebrando contratos, concertando seguros, cobrando indemnizaciones e interviniendo en procedimientos judiciales; y (v) que el inicio de las acciones legales en el procedimiento fue acordado por la junta general conforme al procedimiento establecido, autorizando al administrador a desarrollar las actuaciones precisas.

Durante la tramitación del procedimiento se planteó la controversia en torno a si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC”), la comunidad de usuarios tenía capacidad procesal para ser parte o no, en función de si debiera ser considerada como una mera comunidad de bienes (carente de personalidad jurídica distinta de la de sus comuneros) o como una auténtica sociedad mercantil irregular, en atención a su organización y estructura para operar en el tráfico jurídico y económico con fines lucrativos.

El Tribunal Supremo, para resolver esta cuestión, comienza por recordar su doctrina sobre la materia, que distingue entre la mera comunidad de bienes, dirigida a la explotación “estática” de los bienes comunes para la mera utilización y aprovechamiento común y con fines de conservación, y el contrato de sociedad, que, *“como situación dinámica, ordenaría su explotación [...] con la finalidad preferente de lograr unas ganancias para partirlas”*.

En atención a esta distinción, la Sala considera que la comunidad de usuarios accionante sí reunía las características para ser considerada una comunidad “dinámica” o “empresarial”, atendiendo tanto a su organización estable similar a la de una sociedad irregular de tipo colectivo dirigida no a la mera administración estática, sino a la explotación de un negocio común, como a su intervención extendida en el tráfico jurídico (orden contable, tributario e incluso laboral) como sujeto dotado de personalidad jurídica.

Y, en consecuencia, con independencia de su denominación jurídica, el Tribunal Supremo considera que se trata de una sociedad con objeto claramente mercantil, por lo que *“merece la consideración de sociedad mercantil, colectiva”*, sin perjuicio de su carácter irregular por falta de ins-

cripción registral, que, sin embargo, no impide que se le reconozca personalidad jurídica en cierto grado, colmando así los requisitos de la legislación procesal para comparecer y actuar como parte actora en los procedimientos judiciales.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posibilidad de iniciar un procedimiento civil contra la compañía aseguradora de la administración sanitaria, tras haberse sustanciado un procedimiento contencioso administrativo, con el objetivo de que esta sea condenada a abonar los intereses de demora aplicables conforme a la Ley del Contrato de Seguro, superiores al interés legal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 2020

El Tribunal Supremo, reunido en Pleno, analiza si, en un caso en que se ha tramitado y concluido un procedimiento contencioso-administrativo contra la administración sanitaria y se ha dictaminado la correspondiente responsabilidad, es posible, al amparo de lo previsto en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de Seguro ("LCS"), iniciar un procedimiento civil posterior frente a la compañía aseguradora con el objetivo de que la compañía aseguradora se vea obligada a abonar los intereses de demora establecidos en el artículo 20 LCS, sobre la cuantía fijada como principal de la indemnización.

El Alto Tribunal —que ya había determinado la imposibilidad de tratar de discutir a través de esta vía el principal de la indemnización fijado en sede contencioso-administrativa (*vid.* sentencia núm. 579/2019, de 5 de noviembre)— concluye que no es factible que, una vez discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en la vía contencioso-administrativa, se pretenda promover después un juicio civil para obtener exclusivamente la diferencia de los intereses legales percibidos con los establecidos en el art. 20 LCS, cuando pudieron y debieron ser reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso-administrativa (art. 9.4 II de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 21.c de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Para el Alto Tribunal no existe en estos casos una vulneración del artículo 1140 del Código Civil, pues la compañía de seguros solo responde si también lo debe hacer la aseguradora, y solo en la medida en que lo deba hacer. Y tampoco puede considerarse que exista una situación de mora cuando, elegida la vía contencioso-administrativa, sin interpelación de la aseguradora, la compañía queda pendiente de la resolución dictada en dicha vía jurisdiccional, para fijar, en su caso, la cuestionada responsabilidad de la administración y su cuantía, y, una vez establecidas estas, satisfacer sin demora —como así hizo— su importe.

El Tribunal Supremo declara la validez de las condiciones financieras esenciales incorporadas en los préstamos hipotecarios comercializados bajo la denominación comercial de "Hipoteca Tranquilidad"

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2020

El Tribunal Supremo analiza y confirma la validez de las cláusulas reguladoras de un sistema de amortización de cuotas crecientes a lo largo de la vida del préstamo, de un tipo de interés fijo para los primeros diez años del préstamo y de un tipo de interés variables para el resto de la vida del préstamo contenidas en los préstamos hipotecarios comercializados por Banesto bajo la denominación comercial de "Hipoteca Tranquilidad".

Este tipo de préstamos estaba marcado por un sistema de amortización de cuotas crecientes. El importe de la primera cuota mensual estaba prefijado y se aplicaba durante el primer año. A partir del segundo año, las cuotas se incrementaban anualmente a razón de un 2 % o un 2,50 % respecto de la cuota inmediatamente anterior y durante toda la vida del préstamo (un 2 % en el caso enjuiciado por la Sentencia 560/2020 y un 2,50 % en el caso enjuiciado por la Sentencia 564/2020). El importe de las cuotas no se veía alterado por las oscilaciones de los tipos de interés, que solo afectaban a la fecha de vencimiento, en la medida en que el préstamo se amortizaría antes o después dependiendo de las variaciones de tipos que se produjeran a partir de la entrada en vigor del período de aplicación del tipo de interés variable, pero con un límite: un plazo de cuarenta años.

A su vez, el tipo de interés remuneratorio era fijo, durante los diez primeros años del préstamo (5,75 % en la Sentencia 560/2020 y 5 % en el caso analizado por la Sentencia 564/2020) y variable partir del undécimo año de vida del préstamo, consistente en la suma de un diferencial (1 punto en el caso enjuiciado por la Sentencia 560/2020 y 0,75 puntos en el caso enjuiciado por la Sentencia 564/2020) a un índice de referencia (euríbor hipotecario en ambos casos enjuiciados).

El Alto Tribunal concluye que el diseño y las características de estos préstamos hipotecarios respetan la normativa de consumidores y usuarios. En particular, el Tribunal Supremo establece que las cláusulas financieras impugnadas son transparentes tanto desde la perspectiva formal como material. En este sentido, se refiere a la ubicación de las cláusulas impugnadas, que *"es la que corresponde a su contenido y sistemática dentro del contrato"*, y a su claridad de redacción, sobre la que indica que *"los datos cuantificativos del tipo fijo inicial [...] y los diferenciales aparecen destacados tipográficamente, al igual que el número de cuotas de la amortización"* y que *"las reglas sobre la amortización del préstamo están claramente fijadas sin redacciones ambiguas u oscuras, ni remisiones a cláusulas distintas, ni anexos u otros documentos"*.

El Alto Tribunal considera que *"no hay cláusula sorprendente, ni frustración de expectativa o alteración subrepticia de los elementos esenciales que el consumidor pudo entender contratados"*. En consecuencia, en la medida en que concluye que las cláusulas litigiosas son transparentes y se trata de estipulaciones que definen el objeto principal del contrato en los términos del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, declara su validez sin realizar un análisis sobre su posible abusividad.

Por lo demás, el Tribunal Supremo también apunta que con el sistema de amortización creciente *"el prestatario conocía desde un primer momento y durante toda la vida del préstamo (...) la cantidad que iba a pagar en cada una de las cuotas mensuales"*, que también conocía que *"las cuotas iniciales serían de menor importe que las posteriores"* y que se trata de un sistema que *"prioriza salvaguardar la solvencia y capacidad de repago del préstamo al poner un tope a la cuantía de la cuota periódica predeterminándola inicialmente (tanto en su cuantía inicial como en su evolución futura)"*.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la validez de un documento en el que se contiene una reducción de la cláusula suelo con la contrapartida de renuncia al ejercicio de acciones por el consumidor

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 y 11 de noviembre de 2020

El Tribunal Supremo se pronuncia en estas sentencias sobre la validez de la modificación de la cláusula suelo de un préstamo hipotecario y sobre la validez de la renuncia al ejercicio de acciones que traigan causa del contrato de préstamo, o de liquidaciones y pagos anteriores a tal acuerdo.

El Alto Tribunal parte de la jurisprudencia contenida, entre otras, en su sentencia n.º 205/2018, de 11 de abril (también del Pleno), jurisprudencia que considera confirmada y conforme con lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") en su sentencia de 9 de julio de 2020 (asunto C-452/28).

Así, el Tribunal Supremo parte de que una cláusula potencialmente nula puede ser modificada, pero que si esta modificación no se hace de forma negociada individualmente con el consumidor y ha sido predisputa por el banco es necesario que se cumpla el requisito de la transparencia.

El Tribunal Supremo recuerda que, para que este requisito de transparencia se cumpla, en aquellos casos en que tiene lugar una rebaja del tipo de interés aplicable, debe resultar acreditado que el prestatario estaba en condiciones de conocer las consecuencias económicas derivadas de la modificación, especialmente mediante la información de la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés.

Obviamente, este análisis no se producirá en aquellos casos en que se acuerde la eliminación de la cláusula suelo, pues no habrá una nueva cláusula suelo sobre la que proyectar esas específicas exigencias derivadas del principio de transparencia sobre tales cláusulas.

A su vez, en cuanto a la renuncia al ejercicio de acciones, el Tribunal Supremo declara que, en la medida en que esta resulte predisputa, deberá ser también sometida al mismo examen de transparencia, a fin de comprobar si el consumidor dispuso de la información pertinente para conocer las consecuencias jurídicas de la suscripción de la cláusula. Y, siguiendo la doctrina del TJUE, declara la no vinculación del consumidor a la renuncia a controversias futuras sobre acciones basadas en derechos reconocidos por la Directiva 93/13/CEE.

Por ello, en las sentencias 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, el Tribunal Supremo concluye la nulidad de las cláusulas de renuncia contenidas en los supuestos allí objeto de análisis por exceder de las acciones relativas a la validez del suelo y de pagos realizados hasta la fecha, extendiéndose a cuestiones ajenas a la controversia objeto de transacción; mientras que, en la sentencia núm. 589/2020, de 11 de noviembre, confirma la validez de la renuncia pactada al tener por acreditado que *"reúne las condiciones de concreción, claridad y sencillez, es específica y exclusiva sobre las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida y, en consecuencia, no se proyecta genéricamente sobre las partes del contrato de préstamo hipotecario no afectadas por la novación, ni sobre futuras controversias distintas de la transaccionadas"*.

El Tribunal Supremo establece que la cláusula de tipo de interés variable en los préstamos hipotecarios referenciados al índice IRPH cajas, si bien puede adolecer de falta de transparencia, no es abusiva

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 2020 (595/2020, 596/2020, 597/2020 y 598/2020)

La Sala Primera del Tribunal Supremo fija una doctrina jurisprudencial en la que rechaza la posible nulidad, por abusividad, de una cláusula que referencia el tipo de interés remuneratorio de un préstamo hipotecario al denominado índice IRPH, sin perjuicio de que pueda resultar no transparente.

El Tribunal Supremo se había pronunciado con anterioridad, en una ocasión, sobre la validez de una cláusula de esta naturaleza (sentencia n.º 669/2017, de 14 de diciembre). No obstante, estas resoluciones fijan la postura del Alto Tribunal tras haber sido resuelta por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona al respecto (sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/218).

Partiendo de la doctrina establecida por el TJUE, el Tribunal Supremo establece que resultan excluidas del denominado control de transparencia tanto la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del índice IRPH como su comparación con otros índices oficiales. Este control de transparencia, no obstante, sí debe abarcar el análisis de si las entidades financieras, conforme a la normativa de aplicación, informaron al cliente sobre la evolución del índice durante los dos años anteriores a la celebración del contrato y del último valor disponible.

En caso de que se verifique una situación de falta de transparencia, por no haber facilitado la entidad predisponente la información sobre la evolución del índice IRPH, debe llevarse a cabo un ulterior análisis de contenido o abusividad de la cláusula, pues, como recuerda el Alto Tribunal en estas sentencias, *"que la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva"*.

En este sentido, haciendo suya nuevamente la jurisprudencia del TJUE, el Tribunal Supremo establece que, para determinar si hay abusividad (una vez cumplido el presupuesto de la falta de transparencia), debe verificarse la concurrencia de dos parámetros: la existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes y un actuar contrario a la buena fe. Y, aplicando estos criterios, rechaza que la denominada cláusula IRPH resulte abusiva.

Para alcanzar esta conclusión, por un lado, el Tribunal Supremo establece que la evolución del índice no puede suponer el desequilibrio, pues este debe valorarse en la fecha de suscripción del contrato *ex art. 4.1. de la Directiva 93/13*. Así, la Sala afirma *"que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte ser más caro que otros, no supone un desequilibrio determinante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios"*.

Y, por otro lado, en cuanto a la buena o mala fe de las entidades bancarias, considera que parece difícil que se pueda vulnerar la buena fe por ofrecer un índice oficial que ha sido aprobado por una autoridad bancaria. Máxime, si se advierte que se trata de un índice que incluso ha sido recomendado por el Banco de España y que la referencia al índice IRPH ha sido considerada por

diversas Administraciones públicas como la más adecuada en el ámbito de la financiación protegida destinada a la adquisición de viviendas de protección oficial y su evolución no depende directamente de la voluntad de la entidad bancaria.

En consecuencia, el Alto Tribunal confirma la validez de las cláusulas de referenciación del tipo de interés remuneratorio al índice IRPH, *“sin que la apreciación de la falta de transparencia pueda tener ningún efecto sobre la nulidad pretendida puesto que para que la cláusula fuera nula no solo debía ser in-transparente, sino también debería ser abusiva, lo que no ha quedado acreditado”*.

Esta sentencias cuentan con un voto particular del magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, quien considera que sí debería haberse declarado la nulidad de la cláusula y que, como consecuencia de ello, debería haberse sustituido el índice IRPH Cajas por el euríbor, con restitución de las cantidades indebidamente percibidas por parte de la entidad prestamista.

La acción de impugnación de la filiación paterna no matrimonial del artículo 140.1 del Código Civil no puede ejercitarse alegando la pertinencia de la aplicación de la disposición transitoria 6.ª de la Ley 11/1981, y el plazo de caducidad sería en cualquier caso de cuatro años

Sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 2020

El demandante solicitaba que se declarase que no era el padre biológico de la demandada, paternidad que había sido inscrita en el Registro Civil mediante inscripción marginal de reconocimiento, tras una condena penal de la Audiencia Provincial de Huelva de 26 de febrero de 1968 por un delito de estupro. En dicha resolución se consideraba probado que el demandante había mantenido relaciones sexuales con la madre de la demandada, y que la demandada era fruto de esas relaciones. Así, el demandante ejercitaba acción de impugnación de la filiación paterna no matrimonial del art. 140.1 del Código Civil, alegando que, conforme a la disposición transitoria 6.ª de la Ley 11/1981, no puede reputarse la cosa juzgada al respecto.

El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo consideró que cabe efectuar una aplicación analógica de la disposición transitoria para que sea aplicable incluso en supuestos en los que estrictamente no se ejerce “de nuevo” una acción que no hubiera prosperado en su momento. Así, el Alto Tribunal entiende que, al amparo de la disposición transitoria, no puede ejercitarse la acción del artículo 140 del Código Civil porque esta no nació conforme al derecho anterior a las reformas de los años 80. Las normas actuales, indica el Alto Tribunal, permiten dejar sin efecto una filiación extramatrimonial establecida legalmente, salvo que esté declarada judicialmente, como es el caso.

En la liquidación de participaciones sociales gananciales de una empresa familiar, el Tribunal Supremo se inclina por adjudicar la totalidad a uno de los cónyuges, debiendo compensar a la otra parte por la mitad del valor de las participaciones, incluso cuando haya optado por solicitar la subasta judicial

Sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de julio de 2020

La demandante interpuso demanda de solicitud de liquidación del régimen de gananciales y en primera instancia se determinó que la totalidad de las participaciones en gananciales de una sociedad mercantil constituida para la explotación de un negocio familiar del demandado y su hermano se vendieran en pública subasta. La demandante interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Ourense, que revocó la partición del juzgado, aprobó que las participaciones de la sociedad se adjudicaran al demandado y obligó a este a pagar el valor de la mitad a la demandante.

El demandado acudió en casación ante el Tribunal Supremo sosteniendo que la sentencia recurrida infringía el artículo 1061 del Código Civil, al que se remite a su vez el artículo 1410 del Código Civil, porque aprueba las operaciones divisorias del cuaderno particional a pesar de no existir igualdad en los lotes (las participaciones se adjudican en su totalidad al demandado), y añade que sería factible enajenarlas a través de pública subasta, mecanismo que, conforme al art. 1062 II del Código Civil es el que procede cuando lo pide uno de los partícipes.

El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo realizó una interpretación flexible de las normas de derecho de sucesiones que por remisión se aplican a este caso de disolución de sociedad de gananciales. En definitiva, la solicitud de pública subasta de las participaciones de una sociedad no resulta razonable, dado que son bienes ilíquidos y la posibilidad de que un tercero ajeno al demandado o a su hermano concorra en una subasta es muy baja (las participaciones de la sociedad a subastar suponen el 46 % del total), quedando el hipotético adjudicatario en minoría en una sociedad de corte familiar. Además, en aplicación del régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los casos de fracaso de la subasta, podrían adjudicarse por el 30 % del valor de tasación. De manera análoga, la atribución de un paquete de participaciones del 23 % (por mitades) a cada uno de los cónyuges, habida cuenta del carácter eminentemente familiar, tiene un valor muy reducido al no poder influir en las decisiones corporativas en tan escasa minoría, sin que sea tampoco adecuada.

La sentencia incluye el voto particular de tres magistrados que arguyen que a las participaciones de la sociedad se les debe dar tratamiento de bien indivisible en atención a las circunstancias fácticas de la sociedad y, por tanto, sería de aplicación el régimen del artículo 1062 II del Código Civil. El voto particular señala que es cuestionable que la venta de las participaciones en subasta deba seguir la vía de apremio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, descartando la subasta notarial y, en consecuencia, la posibilidad de señalar un precio fijo límite de adquisición, cuestión discutida sobre la que todavía no existe pronunciamiento del Alto Tribunal.

Las reservas de una sociedad de capital aplicadas a adjudicar a los cónyuges participaciones sociales de su exclusiva titularidad privativa generan un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2020

En esta sentencia, el Tribunal Supremo hace un análisis sobre la naturaleza privativa o ganancial de aquellas participaciones sociales que son asignadas a los cónyuges con cargo a las reservas de una sociedad de capital.

Conocido es que el artículo 1347.2 del Código Civil atribuye la naturaleza ganancial a todos los frutos, rentas o intereses que producen tanto los bienes privativos como los gananciales. Si bien los beneficios obtenidos por una sociedad de capital han sido considerados unánimemente como frutos, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2020 precisó que, si los beneficios son destinados a reservas, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, no llegan a adquirir la condición de bienes gananciales.

La sentencia ahora analizada, lejos de provocar un cambio de doctrina, supone una interpretación sistemática con el artículo 1352 del Código Civil. Este precepto señala que (i) las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos; y (ii) si para el pago de la suscripción preferente se emiten acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho. Este supuesto de hecho es el analizado por la sentencia, en el que, para proceder al aumento del capital social, la sociedad de capital emitió nuevas participaciones, que fueron adjudicadas tanto a la sociedad ganancial como a cada uno de los consortes privativamente.

La diferencia fundamental estriba en que, si bien la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2020 determinó el carácter no ganancial de aquellas cantidades destinadas a reservas al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales, en este caso se va más allá, al utilizarse dichas reservas para la creación y atribución de títulos privativos a los cónyuges.

Por consiguiente, esta atribución genera un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales, en la medida en que las reservas (que encierran beneficios no repartidos), fueron aplicadas a adjudicar a los cónyuges participaciones de su exclusiva titularidad. Por el contrario, las reservas destinadas a la emisión y adjudicación de participaciones gananciales no generan ningún derecho de crédito a favor de la sociedad conyugal, al convertirse precisamente en bienes de aquella naturaleza, que serán objeto del oportuno reparto en las operaciones liquidatorias.

La revocación tácita del legado no opera cuando la enajenación es realizada por el tutor de la causante al no existir una voluntad decisoria de la testadora incapacitada en el momento de la venta

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2020

La Sala Primera resuelve una cuestión jurídica planteada sobre la posible revocación tácita de un legado sobre cosa específica. En concreto, se discute si la enajenación de un bien inmueble legado llevada a efecto por la tutora de la causante puede privar de eficacia a dicho legado o, si por el contrario, debe considerarse que sigue existiendo por subrogación sobre la cantidad de dinero derivada de dicha venta.

El artículo 869.2.º del Código Civil establece que el legado queda sin efecto cuando el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada. De esta forma, la enajenación llevada a efecto por el propio testador se entiende como un acto jurídico inequívoco de su voluntad, de manera que la misma libertad que determina la constitución del legado permite a su vez privarle de su eficacia.

Por ello, el propio Código Civil anuda los efectos revocatorios a esta expresión tácita de la voluntad del testador de una forma terminante, incluso cuando después de la enajenación la cosa legada vuelve al dominio del testador. El Código Civil de Cataluña en su artículo 427-37.2 ha positivizado la voluntad como un requisito básico, excluyendo los efectos revocatorios en supuestos de enajenación por expropiación o ejecución forzosa.

La interpretación del artículo 869.2 del Código Civil conduce a que es el acto voluntario del testador el que permite privar de eficacia al legado, por lo que si la enajenación no depende de un acto decisorio de este, el legado conserva su eficacia por subrogación. El Tribunal Supremo recuerda que ya se pronunció en este sentido en su sentencia de 13 de junio de 1994, en un supuesto de expropiación forzosa sobre el justiprecio.

Bajo los precedentes jurisprudenciales y atendiendo al espíritu de la norma civil, la Sala Primera considera que la enajenación del bien legado llevada a efecto por la tutora para sufragar las necesidades de su pupila y causante no se puede considerar una manifestación de la voluntad revocatoria de la testadora sobre la eficacia de la manda litigiosa.

Por todo ello, el Alto Tribunal colige que la testadora siempre conservó su voluntad de transmitir *mortis causa* el bien legado mientras mantuvo su capacidad y que la enajenación no dependió de un acto voluntario suyo, sino de una autorización judicial instada por la tutora. Como consecuencia, los legatarios deben quedar subrogados en el remanente del precio de la compraventa una vez satisfechas las necesidades de la testadora, ya que fue esta la causa que justificó la enajenación del bien legado.

Concursal. La salvedad regulada en el art. 176 Bis.2 LC (actual art. 250 TRLC), relativa a los créditos imprescindibles para concluir la liquidación, solamente afecta a los créditos surgidos tras la comunicación de insuficiencia de masa activa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2020

En el marco de un procedimiento concursal, y tras la aprobación del plan de liquidación, la administración concursal presentó la comunicación de insuficiencia de masa activa. Desde ese momento, se aplicó el orden de prelación de pagos contra la masa regulado en el artículo 176 bis.2 de la LC, actual artículo 250 del TRLC.

En la referida comunicación, la administración concursal solicitó que parte de sus honorarios pendientes por actuaciones anteriores, que habían sido imprescindibles para la liquidación, fueran pagados como gastos prededucibles.

La Agencia Estatal de la Administración Tributaria ("AEAT") impugnó esta pretensión, por entender que la regla legal de pago sobre créditos imprescindibles para la liquidación solamente alcanzaría a los créditos devengados con posterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa activa. El Juzgado de lo Mercantil estimó la impugnación y, en consecuencia, no acogió la solicitud de pago de los honorarios de la administración concursal como gasto prededucible.

La sentencia fue recurrida en apelación por la administración concursal. La Audiencia Provincial estimó el recurso por entender que la regla contenida en el artículo 176 bis.2 LC, prevista para el pago de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación, se aplicaría a todos ellos, con independencia de si su devengo se había producido con anterioridad o con posterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa activa. Encontrándose disconforme con el pronunciamiento, la AEAT recurrió la resolución en casación.

El Tribunal Supremo ha estimado el recurso de casación y expone que las reglas de prelación de pago del art. 176 Bis.2 LC se aplican a todos los créditos contra la masa, tanto a los generados con anterioridad como con posterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa activa. No obstante, precisa que la excepción legal de los "*créditos imprescindible para concluir la liquidación*" solamente cabe aplicarla a aquellos gastos imprescindibles que, tras la comunicación de insuficiencia de masa activa, sean necesarios para la conclusión de la liquidación.

Concursal. El Juzgado decreta el nombramiento de un experto independiente durante la fase preconcursal para ejercer las funciones de búsqueda y selección de un posible comprador de la unidad productiva

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020

El Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona accede a la solicitud de una sociedad preconcursada y nombra un experto independiente a fin de que este colabore y supervise el proceso de venta de la unidad productiva, conformada por tres escuelas de inglés y treinta trabajadores.

El Juzgado argumenta que la agilidad y la anticipación en la realización de dicha transacción son esenciales. La declaración de concurso afectaría a mil alumnos que previamente ya habían anticipado sus pagos, lo que podría provocar quejas a través de las redes sociales que derivarían en una caída y pérdida de valor de la unidad productiva.

Por lo anterior, el Juzgado decide nombrar un experto independiente para supervisar el proceso de búsqueda de interesados y de venta de unidad productiva, así como para velar por que cualquier interesado en la adquisición total o parcial de la empresa disponga de acceso a la documentación necesaria. Advierte, asimismo, que en el proceso de preparación de venta deben respetarse las reglas establecidas en la LC para la enajenación de unidades productivas, si bien adaptadas a la fase preconcursal y los criterios aprobados por los Juzgados Mercantiles de Barcelona.

Desarrollando el estatuto jurídico del experto independiente, el Juzgado establece que el experto será el administrador concursal una vez que sea declarado el concurso, salvo que concurriese una causa justificada. En consecuencia, para su nombramiento y durante su gestión, le resultan aplicables las normas establecidas en la LC sobre nombramiento y recusación del administrador concursal, así como las normas relativas a los deberes de diligencia, lealtad y responsabilidad.

Esta resolución resulta interesante en tanto que aborda el denominado *pre-pack* concursal, que supone anticipar la designación del futuro administrador concursal con una función de mero acompañamiento (sin sustitución ni intervención de facultades) durante la fase preconcursal, para supervisar las negociaciones en el marco del artículo 5 bis y, en su caso, un posible acuerdo de

venta de unidad productiva que se podría implementar de forma inmediata a la declaración de concurso.

Concursal. El Tribunal Supremo confirma su postura en relación con la calificación como crédito subordinado de aquel del que la entidad acreedora es persona especialmente relacionada con la concursada por tratarse de entidades pertenecientes a un mismo grupo, sin que resulte aplicable la excepción que regulaba el inciso final del artículo 92.5.º de la LC

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2020

El supuesto de autos trae causa de la calificación por la administración concursal de un crédito como subordinado en atención a la consideración de que la acreedora era una persona especialmente relacionada con la concursada por estar integrada en el mismo grupo de sociedades. El crédito se correspondía con las rentas de un arrendamiento devengadas antes de la declaración en concurso.

La discusión sobre la calificación del crédito escaló hasta el Tribunal Supremo, que analizó la posibilidad de aplicar al supuesto de hecho la excepción a la regla de subordinación que contemplaba el inciso final del artículo 92.5.º de la anterior LC. A tales efectos, la Sala Primera examina, en primer lugar, la concurrencia del requisito objeto, esto es, que se trate de un crédito diferente de los préstamos o actos con análoga finalidad.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo analiza si se cumple el requisito subjetivo, es decir, que la acreedora sea una persona especialmente relacionada con la concursada en atención al artículo 93.2.1.º de la LC vigente en aquel momento. El Alto Tribunal sostiene que la dicción de dicho precepto es suficientemente clara y que la excepción se circunscribe a los socios con una participación significativa en la sociedad concursada, lo que no se corresponde con el supuesto de autos en que la acreedora es una sociedad integrada en el mismo grupo de sociedades de la concursada.

Asimismo, el Tribunal Supremo justifica que no es posible aplicar la técnica jurídica de la analogía para la emplear la excepción a la regla de la subordinación a un caso en el que no concurre el presupuesto subjetivo, en la medida en que (i) el supuesto se encuentra adecuadamente regulado y se engloba en la regla que prevé la subordinación de los créditos de que son titulares las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica; y (ii) tampoco existe identidad de razón entre los supuestos, ya que en el caso de autos existe una unidad económica entre la acreedora y la concursada, de tal modo que la satisfacción del crédito puede suponer un beneficio indirecto para la deudora.

Por último, el Tribunal Supremo señala que el régimen que recoge el texto refundido aprobado por el TRLC es idéntico al anterior, sin que resulte aplicable la excepción de la subordinación de los créditos a los créditos de sociedades que formen parte del mismo grupo de la concursada.

En definitiva, en este pronunciamiento el Tribunal Supremo confirma que los créditos de los que sea titular una sociedad del grupo de la concursada persona jurídica deben ser calificados como subordinados tal y como estableció en su sentencia n.º 125/2019, de 1 de marzo.

Concursal. El acreedor que no se ha opuesto a la aprobación del convenio presentado por la concursada en el trámite de oposición previsto en el art. 128 LC puede recurrir la sentencia de aprobación del convenio, siempre que el motivo del recurso sea ajeno a lo que podía ser causa de oposición a la aprobación del convenio. La excepción a la apertura de la sección de calificación prevista en el párrafo segundo del art. 167.1 LC no operará cuando el trato más beneficioso afecte a una clase de acreedores tan irrelevante que revele el exclusivo propósito de la concursada de eludir la calificación concursal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2020

El Tribunal Supremo resuelve un supuesto en el que dos acreedores de una sociedad en concurso, que no se han opuesto a la aprobación del convenio presentado por la concursada en el trámite correspondiente previsto en el art. 128 de la LC, recurren en apelación la sentencia de aprobación del convenio porque en ella el Juzgado declaró no haber lugar a la apertura de la sección de calificación conforme a lo establecido en el párrafo segundo del art. 167.1 de la LC, al contemplar el convenio una alternativa sin quitas ni esperas.

La Sala argumenta que, si el recurso de apelación se fundamenta en motivos que pudieron y debieron ser manifestados en el trámite de oposición a la aprobación del convenio, quien no hizo uso de ese trámite no puede recurrir después la sentencia en apelación. En cambio, si lo que se impugna en apelación *"es ajeno a lo que podía ser causa de oposición a la aprobación del convenio"*, tal posibilidad debe admitirse. Así, en el supuesto enjuiciado, la decisión del Juzgado de no formar la sección de calificación *"es una cuestión ajena al posible debate sobre la procedencia de la aprobación del convenio y se refiere más bien a los efectos legales derivados de la sentencia de aprobación, que no había podido ser debatida de antemano por el trámite de oposición a la aprobación del convenio [...]". Por esta razón, cabía recurrir en apelación la sentencia para impugnar el pronunciamiento de no apertura de la sección de calificación [...]"*.

Asimismo, la Sala reprocha a la concursada que la alternativa sin quitas ni esperas prevista en el convenio que presentó apenas beneficiaba al 1 % del pasivo ordinario, respondiendo más bien al único propósito de cumplir formalmente con las exigencias del párrafo segundo del art. 167.1 de la LC para eludir la apertura de la sección de calificación. Por este motivo, concluye que *"la excepción a la apertura de la sección de calificación no operará cuando el trato más beneficioso afecte a una clase de acreedores tan irrelevante, cualitativa o cuantitativamente, que ponga en evidencia que, bajo el aparente cumplimiento formal de la condición legal prevista para que opere la excepción, se incurre en un fraude de ley que persigue eludir la calificación concursal"*.

3. Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública

concurzal. Tras destacar las dudas interpretativas que genera el artículo 57.3 de la anterior Ley Concursal (actual artículo 149 del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo), la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública concluye que lo dispuesto en dicho precepto no es aplicable a las ejecuciones hipotecarias suspendidas que se refieran a objetos que han sido declarados innecesarios para la actividad de la concursada. En consecuencia, el órgano que deberá proseguir con la ejecución será aquel que, conforme a las normas extraconcursoales, sea competente para ello

Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 9 de octubre de 2020, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Adra a inscribir un testimonio de decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas dimanantes de procedimiento de ejecución hipotecaria (BOE de 23 de octubre de 2020)

En el supuesto de autos, se inició un procedimiento de ejecución de ciertas fincas que se vio suspendido tras la declaración en concurso de la sociedad ejecutada. Tras la apertura de la fase de liquidación del concurso, el Juzgado de lo Mercantil calificó las fincas cuyo procedimiento de ejecución se había visto suspendido como no necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial de la concursada. En atención a lo anterior, el Juzgado que conocía de la ejecución hipotecaria acordó la continuación del procedimiento, con la celebración de la subasta y la adjudicación de las fincas.

La resolución tiene por objeto revisar la negativa de la registradora a inscribir la adjudicación judicial de dichas fincas por considerar que la competencia del procedimiento de ejecución correspondía al Juzgado de lo Mercantil que estaba conociendo del concurso.

La Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública destaca las dudas de interpretación que existen en relación con el último inciso del artículo 57.3 de la anterior Ley Concursal (actual artículo 149 del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo), que establece que las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.

La resolución alcanza la conclusión de que, cuando el procedimiento de ejecución hipotecaria que se hubiera visto suspendido por el procedimiento concursal tenga por objeto bienes que han sido declarados como innecesarios para la actividad de la concursada, será competente para continuar el procedimiento el órgano judicial extraconcurzal que viniera conociendo. En cambio, si los bienes fueran calificados como necesarios, tras la apertura de la fase de liquidación del concurso, las

actuaciones se acumularán al procedimiento concursal como pieza separada, y conocerá de la ejecución el juez de lo mercantil encargado del concurso.

4. Acuerdo de los Juzgados de lo Mercantil

concursal. A los efectos de dar publicidad a las oportunidades de inversión en unidades productivas con actividad y en concurso y/o su transmisión los jueces titulares de los Juzgados de lo Mercantil de Cataluña han creado un trámite virtual que recoge información relevante acerca de la sociedad concursada y que deberá cumplimentar el administrador concursal de empresas en dificultad

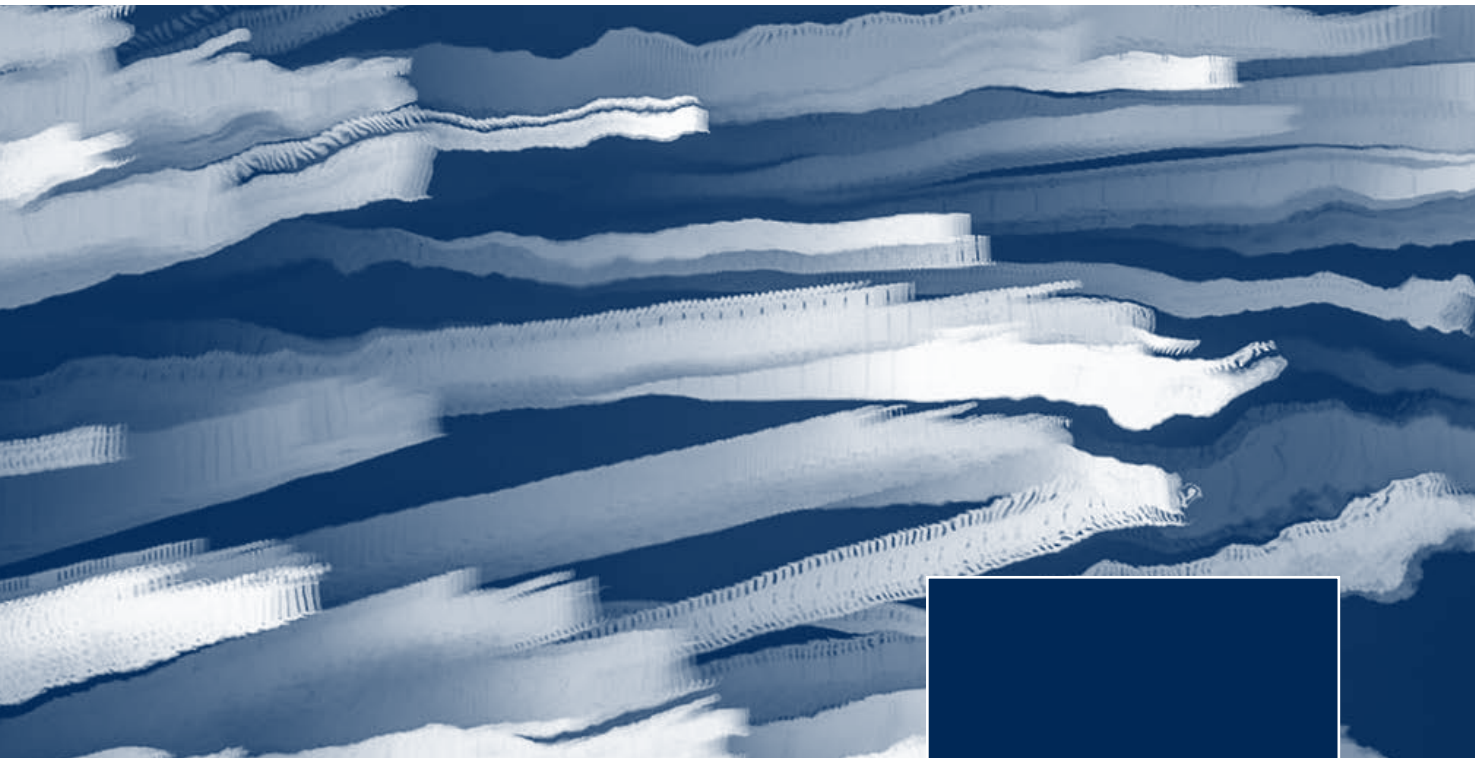
Acuerdo de los Jueces de lo Mercantil de Cataluña, de 1 de octubre de 2020

En la resolución de los procesos concursales, los jueces de lo mercantil de Cataluña han detectado que existe una falta de publicidad de las oportunidades de inversión y de transmisión de unidades productivas. Con el objeto de optimizar la promoción de dichas oportunidades, se ha creado un trámite virtual en el portal del Canal Empresa de la Generalitat para la comunicación de situaciones de dificultad empresarial en el ámbito industrial que recogerá la siguiente información: identificación de la empresa, su titularidad, su actividad económica, titularidad de naves, activos e instalaciones productivas, tecnologías aplicadas, productos fabricados, principales clientes, proveedores y competidores, cifras económica y financieras de la explotación, así como la concreción de su problemática y necesidades.

Dicho trámite deberá ser cumplimentado por los administradores concursales tras la acepción del cargo y se complementará con otro trámite telemático publicado en el mismo portal cuya finalidad es la posible detección por los administradores concursales de terceros interesados en la unidad productiva.

Por último, para situaciones preconcursales, se prevé que los titulares de las empresas o sus abogados puedan enviar la información relevante de la sociedad a la Dirección General de Industria para agilizar la transmisión de información a posibles interesados.

10 de diciembre de 2020



Procesal Penal

Procesal Penal*

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

[España]

Ampliación de los plazos máximos de instrucción en el proceso penal

Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE de 28 de julio de 2020)

La Ley 2/2020, de 27 de julio, modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para establecer un nuevo régimen de plazos de instrucción, que persigue mantener el equilibrio entre el interés público en la persecución de delitos y el derecho de los investigados a un proceso sin dilaciones indebidas. La reforma viene así a simplificar el sistema de plazos introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

A continuación se describen las principales novedades:

- i. El plazo ordinario de la instrucción pasa a ser de doce meses (frente al plazo ordinario de seis que establecía la anterior redacción, que podía verse ampliado si se declaraba la causa compleja).
- ii. El juez puede acordar su prórroga de oficio o a instancia de parte (anteriormente, solo podía hacerlo a instancia del Ministerio Fiscal o, en su caso, de las partes) por períodos iguales o inferiores a seis meses.
- iii. Se elimina el régimen de declaración de complejidad de la causa, que se sustituye por la necesidad de que el instructor exprese razonadamente en el auto de prórroga los motivos que han impedido finalizar la investigación en plazo y las concretas diligencias que aún deben practicarse.
- iv. Se elimina la referencia a los supuestos de interrupción del plazo máximo de instrucción.

* Esta sección ha sido coordinada por Enrique Rodríguez Celada, y en su elaboración han participado Pablo López Ferrer, Arianna Vázquez Fernández, Marta Barceló Moyano, Ester Martín García, Eugenia González Arrojo, Andrés Turiel Miranda e Irene Rodríguez Rodríguez, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

- v. Se elimina la referencia expresa a la imposibilidad de archivar las instrucciones si no concurren los presupuestos del sobreseimiento libre o provisional, que aparecía en la anterior versión del artículo 324 (*i. e.*, “*en ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641*”).

La reforma establece su aplicabilidad a los procedimientos en tramitación al momento de publicarse, con lo que se prorroga el plazo de instrucción hasta julio de 2021.

2. Jurisprudencia

[España]

En los delitos defraudatorios cuya referencia temporal es el año natural, la falta de comisión delictiva durante un ejercicio impide apreciar la continuidad delictiva. Por otra parte, cuando se utilicen entramados empresariales para cometer el fraude, pero la existencia de una pluralidad de empresas sea meramente aparente (p. ej., por contar con un único centro de trabajo, clientela, plantilla de trabajadores, etc.), debe entenderse que hay un solo acreedor ante la Seguridad Social y, por tanto, que la cuantía defraudada resulta del importe atribuible al conjunto de empresas

Sentencia n.º 552/2019 del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2019

El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Segunda) de 19 de abril de 2018, que condenó a un empresario por siete delitos de defraudación a la Seguridad Social.

Según el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, entre los años 1998 a 2009, el acusado —que se dedicaba a la comercialización de aceites lubricantes para uso industrial y de productos químicos para la automoción— desarrollaba su actividad empresarial a través de una pluralidad de sociedades, pese a que los clientes, el centro de trabajo y la plantilla de trabajadores eran los mismos. El acusado daba de alta y de baja a los trabajadores en unas y otras empresas indistintamente —de forma sucesiva y sin solución de continuidad— y dejaba pendientes de satisfacer las cuotas patronal y obrera a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para eludir sus responsabilidades, el acusado consignaba domicilios sociales ficticios, no liquidaba y disolvía formalmente las sociedades cuando era necesario y no depositaba las cuentas anuales (con lo que se procedía al cierre de las hojas registrales). De este modo, cuando la Inspección pretendía localizar a las sociedades, estas resultaban desconocidas, lo que daba lugar a la declaración de crédito incobrable en los correspondientes expedientes de apremio.

La Audiencia Provincial de Valencia condenó al acusado por siete delitos de defraudación a la Seguridad Social, correspondientes a los siete ejercicios en los que el montante adeudado por

alguna de sus empresas había alcanzado el umbral exigido por el tipo penal del art. 307 CP. La Audiencia Provincial de Valencia aplicó la redacción del art. 307 CP aprobada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (pues era la más favorable al reo), que establecía que el umbral mínimo se fijaba en 120.000 euros y la unidad temporal de referencia para el cálculo de la cuota defraudada era el año natural.

La Tesorería General de la Seguridad Social recurrió la sentencia por la vía casacional de la infracción de ley, alegando que deberían haberse aplicado las normas de la continuidad delictiva (art. 74.1 CP), en tanto que el acusado habría actuado conforme a un plan preconcebido entre los años 1998 y 2009, y que el cálculo de la cuota defraudada (y de la consiguiente responsabilidad civil) debía basarse en el importe defraudado por el conjunto de empresas, no por cada una de ellas individualmente considerada.

El alto tribunal analiza, entre otras, estas cuestiones y concluye lo siguiente:

- i. No hay ningún obstáculo para proyectar las normas de continuidad delictiva sobre delitos de naturaleza defraudatoria (no estrictamente patrimoniales), subrayando que este debate quedó superado por el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2007. Sin embargo, en los delitos defraudatorios cuya referencia temporal es el año natural (como ocurría con la redacción del art. 307 CP vigente al momento de los hechos), la falta de comisión delictiva durante un ejercicio —aunque sea por no superar el umbral establecido como condición objetiva de punibilidad— *“ocasiona una escisión temporal en el potencial contitium, que desborda los límites del delito continuado”*. Así pues, no cabe estimar la continuidad delictiva respecto de años no consecutivos.
- ii. Cuando se pruebe que la existencia de una pluralidad de empresas es meramente aparente (p. ej., por contar con un único inmovilizado, clientela, plantilla, centro de trabajo, etc.), debe considerarse que hay un solo acreedor de la Seguridad Social, lo que significa que, para el cálculo de las cantidades defraudadas, se estará a la suma atribuible al conjunto de empresas. Para ello, deberá acudir a la institución jurídica del fraude de ley.

A pesar de lo anterior, el Tribunal Supremo desestima finalmente el motivo de casación por aplicación del principio acusatorio, ya que la Tesorería General de la Seguridad Social no sostuvo en su escrito de acusación que las cantidades hubiesen sido defraudadas por una única empresa, sino que las imputó individualmente a cada una de las sociedades.

El Tribunal Supremo anula la condena de una sociedad por un delito de apropiación indebida, al no llevar aparejada responsabilidad penal corporativa. En relación con la aplicación del subtipo agravado consistente en aprovecharse de la credibilidad empresarial, se indica que no basta con que el delito se cometa a través de una empresa, sino que debe existir una relación previa de confianza, diferente de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa

Sentencia n.º 630/2019 del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2019

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por una sociedad y anula la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Segunda) por un delito de apropiación indebida.

De acuerdo con el relato de hechos probados, el acusado constituyó esta sociedad —cuyo objeto era la construcción, fabricación, exportación, compra y venta de todo tipo de casas prefabricadas—, para, aprovechándose de su actividad, obtener un beneficio a costa del patrimonio ajeno. En particular, el acusado, en su condición de administrador único, suscribió con terceros diversos contratos, en virtud de los cuales se comprometía a la fabricación y ejecución de casas prefabricadas de madera (que iban a destinarse a viviendas principales). De este modo, se apoderó de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de las viviendas, que no destinó a tal fin, pues nunca tuvo intención de cumplir con sus obligaciones.

La Audiencia Provincial de Pontevedra condenó al acusado y a la propia empresa como autores de un delito de apropiación indebida, impuso a la sociedad una pena de multa y ordenó su disolución.

Entre otras cuestiones, el Tribunal Supremo analiza en su sentencia la condena a la sociedad por un delito de apropiación indebida. En este sentido, el Alto Tribunal destaca la incorrecta aplicación del artículo 31 bis del CP por el tribunal *a quo*. Así, sostiene que, aunque resulte “paradójico” o “poco explicable”, el legislador no ha incluido el delito de apropiación indebida en el catálogo de delitos que generan responsabilidad penal corporativa. El artículo 31 bis únicamente se aplica a los delitos que expresamente así lo prevean en el Código Penal, por lo que, habiendo optado el tribunal *a quo* por condenar por un delito de apropiación indebida y no de estafa, no hay responsabilidad penal de la persona jurídica. Por ese motivo, procede a la absolución de la entidad que había sido condenada.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Supremo manifiesta que subsiste la imposición de la responsabilidad civil subsidiaria a dicha sociedad. No obstante, aclara que hubiera sido preferible catalogar esa responsabilidad civil como solidaria, en la medida en que la sociedad sería partícipe a título lucrativo del delito cometido por su administrador (artículo 122 del Código Penal) y en la medida en que ello habría sido más coherente con la incorrecta imposición de responsabilidad penal a la persona jurídica que hizo la Audiencia (artículo 116.3 del Código Penal).

Por otra parte, el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el administrador sobre la base de una errónea aplicación de los subtipos agravados del delito de apropiación indebida. El Alto Tribunal sostiene que no es posible apreciar la agravación consistente en aprovecharse de la credibilidad empresarial, ya que no basta con que el delito se cometa a través de una empresa para que concurra dicha agravación, sino que debe existir una relación previa de confianza, distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa.

La inexistencia de un programa de *compliance* no puede considerarse como una falta de autotutela que justifique desplazar la responsabilidad por estafa a la empresa víctima del fraude. Se resalta la importancia de los canales de denuncias anónimos como medio para descubrir conductas fraudulentas, tanto en lo que se refiere a delitos cometidos *ad extra* (en perjuicio de terceros) como los cometidos *ad intra* (en perjuicio de la entidad). Además, se confirma que la investigación interna derivada de una denuncia anónima es apta para provocar la iniciación de un procedimiento penal

Sentencia n.º 35/2020 del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2020

El Tribunal Supremo desestima los distintos recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 3.ª, de 2 de abril de 2018, que condenó a los acusados por un delito continuado de estafa.

La sentencia de instancia declaró probado que tres trabajadores de una empresa dedicada al sector de la chatarrería (la "Empresa"), en connivencia con los responsables de dos sus proveedores (los "Proveedores"), llevaron a cabo una serie de maniobras fraudulentas en beneficio propio y en perjuicio de aquella. En concreto, desde enero de 2012 los Proveedores enviaban cargas de chatarra mezclada con estériles (materiales no recuperables en hierro o acero) en un porcentaje muy superior al habitual en dicho sector. Por su parte, los clasificadores de la Empresa (encargados de seleccionar la chatarra aprovechable y de determinar los descuentos a aplicar por estériles mezclados con la chatarra útil), concertados con los Proveedores, establecían un descuento por estériles muy inferior al debido, de manera que la Empresa pagaba un sobreprecio, al valorar como chatarra convertible los estériles inservibles. En contraprestación, los clasificadores de la Empresa percibían comisiones mensuales de las dos empresas proveedoras.

La investigación policial de estos hechos se inició como consecuencia de una denuncia anónima recibida por la responsable de recursos humanos de la Empresa, en la que se advertía de la existencia de un fraude en la clasificación de la chatarra.

Entre las cuestiones tratadas en la sentencia, el Tribunal Supremo analiza las siguientes cuestiones relevantes:

- i. La relación entre los programas de *compliance* y la autoprotección:

Dos de los condenados alegaron en sus recursos de casación que la Empresa no había adoptado medidas de autoprotección suficientes y que, en consecuencia, no se podía apreciar la existencia de engaño bastante. Esta alegación es rechazada por el Tribunal, que invoca la jurisprudencia de la Sala Segunda, contraria a desplazar la responsabilidad de la estafa sobre su víctima por falta de autotutela, y analiza su aplicación en el caso concreto, en el que la empresa perjudicada por el delito no había adoptado un programa de *compliance*.

En este contexto, la Sala recuerda la necesidad de que las sociedades mercantiles implanten programas de *compliance*, no solo para evitar la responsabilidad penal de la empresa

por delitos cometidos ad extra (esto es, que perjudiquen a terceros), sino también para evitar la comisión de delitos cometidos ad intra (que perjudiquen a la propia empresa, como delitos de estafa, apropiación indebida o administración desleal), como sucede en el caso objeto de análisis. A la vista de lo anterior, el Tribunal considera que no adoptar un programa de compliance fue un error por parte de la Empresa, pues no siguió estas recomendaciones, cada vez más aplicadas por las sociedades españolas. Sin embargo, añade que el delito de estafa no incluye como requisito típico otras exigencias de autoprotección distintas de las que están implícitas en la expresión “engaño bastante” (que sí concurren en el caso concreto), de modo que la inexistencia de un programa de compliance no puede trasladar la responsabilidad a la empresa víctima del delito.

ii. Los canales de denuncia internos:

El Tribunal Supremo destaca la importancia de la denuncia anónima interna, en tanto que notitia criminis que dio lugar a la investigación de los hechos enjuiciados, en especial teniendo en cuenta que la Empresa no había adoptado un programa de compliance. Asimismo, recuerda que los canales de denuncia internos y anónimos se han regulado en la reciente Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión.

Según el Tribunal, lo ocurrido en este caso demuestra la necesidad de implantar canales de denuncia anónimos, en relación con lo cual señala que los denunciantes son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones y que el miedo a las represalias es la principal razón por la que las personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas cometidas en su empresa no proceden a denunciar. Por ello, el Tribunal resalta la importancia que tienen los canales de denuncia anónimos como parte de los programas de compliance.

El artículo 39.2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (que establece una presunción *iuris et de iure* de que deuda tributaria por los bienes y derechos en el extranjero se considerarán imputables al ejercicio fiscal más antiguo no prescrito susceptible de regularización) constituye una reforma legal desfavorable, por lo que no puede fundamentar una condena por hechos anteriores a su implantación

Sentencia n.º 12/2020 de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2020

La Audiencia Nacional absuelve del delito de blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública del que habían sido acusados la esposa e hijos del expresidente de una empresa española dedicada a la comercialización de productos pesqueros.

La Sala considera probado que todos ellos ingresaron importantes cantidades en sus cuentas bancarias en un banco andorrano, las cuales habían sido abiertas en el año 2009. Dichos fondos no fueron declarados al presentar sus respectivos modelos 720 durante los años 2009, 2010

y 2012. La Sala considera asimismo que no ha quedado acreditado que los fondos provinieran de las cuentas de la sociedad o de alguna de sus filiales, habiéndose acreditado que todos ellos obtuvieron sumas importantes por la venta de caballos y por la participación deportiva ecuestre.

El tribunal fundamenta su decisión sobre la base de los siguientes razonamientos.

i. En relación con el delito de blanqueo de capitales:

La Sala considera que la profusa prueba practicada en el plenario no colma las exigencias del tipo, puesto que se habría acreditado que las cantidades cuestionadas provienen del negocio de compra y venta de caballos y de las competiciones hípcas desarrolladas por los acusados. No hay, por tanto, evidencias de conexión alguna con una actividad delictiva precedente.

ii. En relación con el delito contra la Hacienda Pública:

Las acusaciones habían fundamentado sus pretensiones condenatorias, en gran medida, sobre la base del artículo 39.2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Este precepto establece que los bienes o derechos en el extranjero que no hayan sido declarados se consideran ganancias patrimoniales no justificadas que integran la base imponible del periodo impositivo más antiguo no prescrito. Por ello, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado imputaban la totalidad de las cantidades ingresadas en las cuentas de Andorra durante los años 2009 a 2012 en la base imponible del año 2013, con el consiguiente incremento de esta.

La Audiencia desestima este razonamiento sobre la base de tres argumentos:

• Prohibición de irretroactividad de las normas penales desfavorables:

La Ley 7/2012, de 29 de octubre, introdujo dos importantes novedades en el artículo 39.2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Por un lado, la deuda tributaria por los bienes y derechos en el extranjero devino imprescriptible, puesto que estos siempre se considerarán imputables al ejercicio fiscal más antiguo no prescrito susceptible de regularización. Por otro lado, la reforma introduce una presunción *iuris et de iure*, esto es, el contribuyente no puede probar que poseía los activos antes del periodo de prescripción. Sin embargo, el precepto vigente a la fecha de los hechos indicaba que "*las ganancias patrimoniales no justificadas se integrarán en la base liquidable general del período impositivo respecto del que se descubran, salvo que el contribuyente pruebe suficientemente que ha sido titular de los bienes o derechos correspondientes desde una fecha anterior a la del período de prescripción*". Por tanto, la versión anterior del precepto se configuraba como una presunción *iuris tantum* (*i. e.*, que admitía prueba en contrario).

La Audiencia considera que estas modificaciones constituyen un cambio legal desfavorable. En la medida en que este artículo sirve para calificar unos hechos previos a su implantación, constituye un atentado contra la irretroactividad de las normas punitivas desfavorables.

- Prescripción del delito:

Ha transcurrido el plazo legalmente establecido para la persecución del delito, cuyo *dies a quo* es la presentación de las autoliquidaciones incompletas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La prescripción debe apreciarse respecto de la cantidad presuntamente defraudada cada año, no sobre el importe total no declarado. En lo que respecta a uno de los acusados, es cierto que algunos de los ilícitos no estarían prescritos. Sin embargo, al considerarlos aisladamente, no alcanzan los 120.000 euros mínimos que el tipo básico establece como condición objetiva de punibilidad.

- Ausencia de predeterminación normativa:

El artículo 39.2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no estaba vigente en el momento de cometerse los hechos.

Por último, la Audiencia recoge como cuarto argumento *obiter dicta* el rechazo que el mentado artículo de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ha provocado entre las autoridades comunitarias. La Comisión Europea elaboró un dictamen motivado en el que requería la modificación del artículo por establecer una discriminación injustificada entre los bienes no declarados que estén en España y los que estén en el extranjero que infringe la libre circulación de personas, trabajadores, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales, que constituyen algunos de los pilares básicos sobre los que se edifica el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La sentencia recoge también que, fruto de la pasividad a la hora de atender esta exigencia, en 2019 se incoó un procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las declaraciones prestadas en una comisión de investigación parlamentaria tienen valor documental. El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios (artículo 441 del Código Penal) exige que el sujeto activo desempeñe una participación dual en la gestión de unos mismos intereses, interviniendo simultáneamente en el asesoramiento o la adopción de decisiones de la Administración Pública y actuando profesionalmente o asesorando a personas que contratan con la Administración en esa misma materia. En relación con el delito de fraude a la Administración Pública (artículo 436 del Código Penal), el Tribunal Supremo recuerda que es necesario determinar el perjuicio patrimonial que podría tener para el erario público el concierto ilícito entre los acusados

Sentencia n.º 497/2020 del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2020

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y estima parcialmente el de los acusados contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bilbao, que les condenó como autores de un delito de prevaricación.

El tribunal considera probado que (i) el jefe de calidad de un hospital constituyó y gestionó de manera efectiva dos empresas, que eran administradas por una persona interpuesta, a fin de

presentarse ante terceros y la Administración Pública como entidades ajenas a él, con lo que logró diversas adjudicaciones de contratos públicos en el sector sanitario; (ii) el director territorial del Servicio de Salud del País Vasco dictó resoluciones por las cuales se prescindía de la necesaria autorización y homologación para poder resultar adjudicatario de un contrato de servicios sanitarios y, además, concedió una autorización a sabiendas de que se estaban incumpliendo todos los requisitos exigidos; (iii) el viceconsejero de Sanidad del Gobierno Vasco, siguiendo la propuesta del director territorial y sin hacer las previas comprobaciones, resolvió adjudicar un contrato público mediante el procedimiento de emergencia; y (iv), por último, el director territorial acordó en una nueva resolución la adjudicación de otro contrato público, que prorrogó en varias ocasiones.

Como consecuencia de estas actuaciones, los contratos fueron adjudicados sin cumplir con los trámites, requisitos de homologación y principios propios de la contratación pública, permitiendo, además, al primer acusado burlar la incompatibilidad que tenía por su condición de facultativo. Consecuentemente, la Audiencia Provincial de Bilbao condenó a las tres personas físicas por un delito de prevaricación. La sentencia fue recurrida en casación tanto por los acusados como por el Ministerio Fiscal.

i. Sobre el recurso de los acusados:

Uno de los principales motivos aducidos por los acusados fue la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por la indebida valoración de las declaraciones de testigos prestadas en la Comisión de Investigación del Parlamento Vasco. Consideran que estas tendrían que haber sido introducidas mediante lectura o haber sido ratificadas en juicio.

El Tribunal Supremo rechaza este motivo y avala la introducción de las declaraciones prestadas en la Comisión de Investigación como prueba documental, con la finalidad de que "el declarante pued[a] ser interrogado en el juicio sobre el contenido de su declaración". No obstante, la Sala recuerda que su valor probatorio es muy limitado, ya que la sentencia debe basar sus inferencias en las pruebas practicadas durante el juicio, ya que una comisión de investigación parlamentaria no cumple con las garantías propias del proceso penal. En el caso concreto, las actas solo se utilizaron como elemento de corroboración de las declaraciones testificales, por lo que no se ha producido merma de su derecho.

ii. Sobre el recurso del Ministerio Fiscal:

Por su parte, los principales motivos aducidos por el Ministerio Fiscal fueron los siguientes: (i) que debía aplicarse el artículo 441 del Código Penal (delito de negociaciones prohibidas a funcionarios), en la medida en que considera que, a pesar de que la resolución prevaricadora fuera dictada por la Consejería de Sanidad, el hospital al que pertenecía el exjefe de calidad dependía de dicha Consejería; y (ii) que igualmente debía aplicarse el artículo 436 del Código Penal (fraude a la Administración Pública).

El Tribunal Supremo desestima ambos motivos. Respecto al artículo 441 del Código Penal, determina que para la aplicación de este tipo delictivo se exige que el sujeto activo desempeñe una participación dual en la gestión de unos mismos intereses, interviniendo simultáneamente en el asesoramiento o la adopción de decisiones de la Administración

Pública, así como actuando profesionalmente o asesorando a personas que contratan con la Administración en esa misma materia. En el presente caso, los hechos probados no describen una conexión o relación entre el centro o el puesto de trabajo del sujeto activo y el centro en el que se produce la acción prevaricadora.

Por otro lado, respecto al artículo 436 del Código Penal, el Alto Tribunal recuerda que es un delito de mera actividad, por lo que no requiere un perjuicio patrimonial efectivo, pero sí que es necesario concretar el concierto entre el funcionario y los interesados y el efecto perjudicial que dicho concierto podría tener para el erario público. Dado que el tribunal a quo declaró que no se había probado que la adjudicación ilícita de los contratos supusiera un perjuicio económico cuantificable, se desestima el motivo.

[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

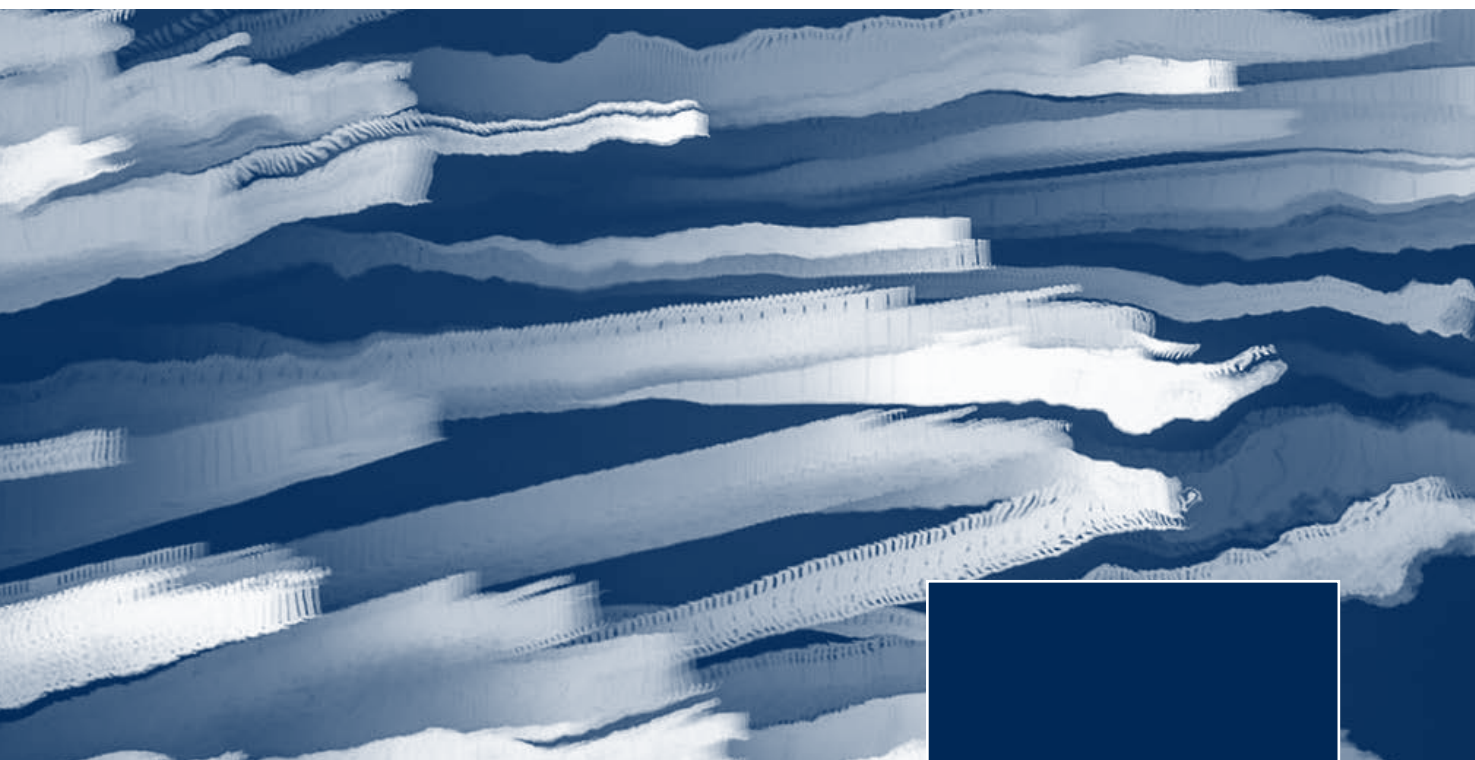
O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) uniformizou jurisprudência no sentido de que o despacho genérico ou tabelar de admissão de impugnação de decisão de autoridade administrativa, proferido ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 63.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO), não adquire força de 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*".

10 de diciembre de 2020



Salud y
Alimentación

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

[España]

Nuevo marco regulador para hacer frente a la emergencia provocada por la pandemia del COVID-19

Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 10 de junio de 2020)

El Real Decreto-ley 21/2020 tiene por objeto crear un marco jurídico adecuado para la gestión de la emergencia provocada por la pandemia del COVID-19 una vez que expire la vigencia del estado del alarma decretado por el Real Decreto 463/2020 y decaigan las medidas derivadas de su adopción, evitando los posibles riesgos que pudieran derivarse de la pérdida de vigencia automática de dichas medidas. Adicionalmente, se acometen ciertas modificaciones normativas dirigidas a subsanar determinadas carencias detectadas en la legislación ordinaria para hacer frente a crisis sanitarias de similar naturaleza.

Por lo que se refiere a las medidas adoptadas en relación con medicamentos, productos sanitarios y productos para el cuidado de la salud, el Real Decreto-ley 21/2020 consolida las siguientes medidas (ya introducidas en el contexto del estado de alarma):

- La Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos (“CIPM”) podrá fijar el importe máximo de venta al público de los medicamentos y productos sanitarios no sujetos a prescripción médica, así como de otros productos necesarios para la protección de la salud poblacional que se dispensen en el territorio español, cuando exista una situación excepcional sanitaria y por el tiempo que dure dicha situación, de acuerdo con el procedimiento acordado en el seno de la propia CIPM (en virtud de la nueva redacción que se da al artículo 94.3 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio).

* Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina y redactada por Alejandro Abad Chamorro, Leticia Manzano Velasco y Carla Bravo Gil de Antuñano, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez.

- Los fabricantes y los titulares de autorizaciones de comercialización de medicamentos considerados esenciales en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y que así determine la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (“AEMPS”) deberán comunicar a la citada el *stock* disponible, la cantidad suministrada en la última semana y la previsión de liberación y recepción de lotes, incluyendo las fechas y cantidades estimadas. Deberán asimismo establecer las medidas necesarias y habilitar los protocolos que permitan garantizar el abastecimiento, incluidos los periodos vacacionales y fines de semana. El ministro de Sanidad podrá ordenar la priorización de la fabricación de esos medicamentos.
- La AEMPS podrá otorgar licencia excepcional previa de funcionamiento de instalaciones, o una modificación temporal de la licencia previa de funcionamiento de instalaciones existente, para la fabricación de mascarillas quirúrgicas y batas quirúrgicas en la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La AEMPS podrá también autorizar la utilización de mascarillas quirúrgicas y batas quirúrgicas en la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que no hayan satisfecho los procedimientos de evaluación de la conformidad, determinando qué garantías sanitarias resultan exigibles de entre las previstas con carácter general en la normativa de aplicación. La eventual responsabilidad patrimonial que pudiera imputarse por este motivo será asumida por la Administración General del Estado.
- Los laboratorios, públicos y privados, autorizados para la realización de pruebas diagnósticas para la detección de SARS-CoV-2 mediante PCR u otras pruebas moleculares deberán remitir diariamente al Ministerio de Sanidad y a la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma en la que se encuentren los datos de todas las pruebas realizadas.
- Hasta que el Gobierno declare la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, la custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano corresponderá, además de a las farmacias y servicios de farmacia de centros sanitarios, a los servicios de farmacia de los centros de asistencia social, de los centros psiquiátricos y de las instituciones penitenciarias, para su aplicación dentro de dichas instituciones.
- Asimismo, hasta que se declare la citada finalización, cuando exista una situación excepcional sanitaria, con el fin de proteger la salud pública, o bien cuando la situación clínica, de dependencia, vulnerabilidad, riesgo o de distancia física del paciente a dichos espacios así lo requiera, las Comunidades Autónomas podrán establecer las medidas oportunas para la dispensación de medicamentos en modalidad no presencial, garantizando la óptima atención con la entrega, si procede, de los medicamentos en centros sanitarios, en establecimientos sanitarios autorizados para la dispensación de medicamentos próximos al domicilio del paciente o en su propio domicilio. El suministro de los medicamentos hasta el lugar de destino, así como el seguimiento farmacoterapéutico, será responsabilidad del servicio de farmacia dispensador.

Estudios observacionales con medicamentos de uso humano

Real Decreto 957/2020, de 3 de noviembre, por el que se regulan los estudios observacionales con medicamentos de uso humano (BOE de 26 de noviembre de 2020)

El Real Decreto 957/2020 establece las condiciones para la realización de estudios observacionales con medicamentos de uso humano que se realicen en España y deroga la regulación anterior, que venía dada por ciertos preceptos del Real Decreto 577/2013, de 26 de julio, por el que se regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano, y la Orden SAS/3470/2009, de 16 de diciembre, por la que se publican las directrices sobre estudios posautorización de tipo observacional para medicamentos de uso humano.

En este Real Decreto, y de conformidad con la legislación europea y española vigente, se define como estudio observacional con medicamentos toda aquella investigación que implique la recogida de datos individuales relativos a la salud de personas, y que no sea subsumible en la definición de ensayo clínico del Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, siempre y cuando tenga como finalidad (i) determinar los efectos beneficiosos de los medicamentos; (ii) identificar sus reacciones adversas; u (iii) obtener información sobre los patrones de utilización de los medicamentos en la población, todo ello sin interferir con la práctica clínica habitual.

Se establece como premisa básica que los estudios observacionales no podrán tener como objetivo la promoción de la prescripción de los medicamentos objeto del estudio, prohibiéndose su planificación, realización o financiación con esta finalidad. Se prevé expresamente que los programas de apoyo a pacientes que prevean contactos con ellos para registrar información sobre la utilización de medicamentos solo podrán llevarse a cabo en el contexto de un protocolo que contemple alguno de los objetivos descritos en el párrafo anterior. Asimismo, en el caso de los estudios prospectivos, el protocolo deberá expresar explícitamente los procedimientos que se emplearán para garantizar que la realización del estudio no modifica los hábitos de prescripción o de dispensación de los medicamentos.

En el plano administrativo, en virtud del Real Decreto 957/2020 se simplifican los procedimientos vigentes hasta la fecha, eliminándose tanto el requisito de clasificación de los protocolos de los estudios como la autorización previa de la AEMPS que venía siendo preceptiva en algunos casos. Igualmente, se suprime el Comité de Coordinación de Estudios Posautorización, al considerarse que sus tareas se solapaban con las funciones que tienen los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos (CEIm). De este modo, los requisitos previos al inicio de los estudios observacionales con medicamentos se limitan al dictamen favorable del CEIm (que será único, vinculante y reconocido en todo el territorio nacional) y al acuerdo del centro sanitario donde se atiende a los sujetos participantes.

En el caso de los estudios observacionales con medicamentos de seguimiento prospectivo, se posibilita que las Comunidades Autónomas desarrollen normativa propia con base en sus competencias, a fin de someter la realización de estos estudios a determinados requisitos adicionales. El establecimiento de requisitos adicionales deberá justificarse en criterios de factibilidad o pertinencia, pero no en aspectos del estudio ya sometidos a evaluación por el CEIm correspondiente. Tampoco podrán establecerse requisitos adicionales en aquellos estudios cuyo promotor sea una Administración Pública o en los que quede acreditado que se trata de una investigación clínica sin ánimo comercial.

Los aspectos económicos deben quedar reflejados mediante contrato escrito. La remuneración de los profesionales sanitarios ha de limitarse a una compensación por el tiempo invertido y los gastos ocasionados, y las compensaciones que, en su caso, reciban los sujetos participantes no podrán influir en su decisión de participar en el estudio. Estos aspectos, junto con las fuentes de financiación del estudio, quedan sujetos a evaluación por el CEIm.

Como garantías de transparencia, además de las publicaciones preceptivas en el Registro Español de Estudios Clínicos, el promotor está obligado a publicar los resultados de los estudios observacionales, tanto positivos como negativos, preferentemente en revistas científicas, y se deben hacer constar las fuentes de financiación del estudio antes de divulgarlos al público.

Régimen económico de los medicamentos huérfanos: exención de la incorporación al sistema de precios de referencia

Resolución de 2 de junio de 2020, de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de marzo de 2020, por el que se establece el régimen económico de los medicamentos huérfanos, al amparo de la previsión del artículo 3.3 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio (BOE de 12 de junio de 2020)

El artículo 3.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, establece que el Gobierno, para asegurar el abastecimiento de medicamentos, podrá adoptar medidas especiales en relación con su fabricación, importación, distribución y dispensación; y en el caso de los «medicamentos huérfanos», el Gobierno podrá adoptar, además de las señaladas, las relativas a su régimen económico y fiscal.

Pues bien, mediante la citada Resolución de 2 de junio de 2020 los medicamentos huérfanos se declaran exonerados de la incorporación al sistema de precios de referencia establecido en el Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas en el Sistema Nacional de Salud y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios.

De acuerdo con lo previsto por esta Resolución, los medicamentos huérfanos estarán exonerados de incorporarse al sistema de precios de referencia cuando en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud no exista una alternativa terapéutica, o, en el caso de que exista, el medicamento huérfano aporte un beneficio clínico relevante, acordado así en el seno de la Comisión Permanente de Farmacia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y ratificado en la CIPM, considerándose para ello la evidencia y el conocimiento científico disponible, así como el informe de posicionamiento terapéutico, si lo hubiere.

Procedimientos autonómicos de acreditación para indicación de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte del personal de enfermería

Decreto 145/2020, de 25 de septiembre, del Consell, de regulación del procedimiento de acreditación para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de enfermeras y enfermeros en la Comunitat Valenciana (DOGV de 30 de septiembre de 2020), y Decreto 81/2020, de 9 de junio, por el que se regula el procedimiento de acreditación del personal de enfermería para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano (BOJA de 23 de junio de 2020)

El Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros, remite a las Comunidades Autónomas para el desarrollo del procedimiento de acreditación del personal de enfermería para la realización de estas actuaciones.

En el ejercicio de sus competencias ejecutivas en materia sanitaria, las Comunidades Autónomas de Valencia y Andalucía han aprobado los decretos referidos que regulan el procedimiento administrativo mediante el cual el órgano competente de la Comunidad Autónoma otorgará a los enfermeros que ejerzan en centros públicos o privados situados en el territorio de la Comunidad Autónoma la acreditación habilitante para la indicación de dispensación de medicamentos de uso humano.

Traspaso de funciones en materia de ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos

Real Decreto 666/2020, de 14 de julio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos (BOE de 15 de julio de 2020)

Mediante el Real Decreto 666/2020 se determina que la Comunidad Autónoma del País Vasco ejercerá, dentro de su ámbito territorial, las funciones de ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos, en los términos establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, y en sus normas de desarrollo, y, en especial, las siguientes:

- i. Control de los mensajes publicitarios de productos sanitarios dirigidos al público.
- ii. Evaluación y control de las comunicaciones sobre publicidad de medicamentos de uso humano dirigida a los profesionales sanitarios, en el momento de su difusión por los laboratorios farmacéuticos con domicilio social en el País Vasco.
- iii. Verificación, mediante inspecciones, de que los laboratorios farmacéuticos realizan sus actividades de acuerdo con las normas de correcta fabricación (NCF) y las buenas prácticas de distribución (BPD) de medicamentos de uso humano y veterinario.

- iv. Colaboración en las tareas de farmacovigilancia de los medicamentos de uso humano y realización de las inspecciones de verificación del cumplimiento de las buenas prácticas de farmacovigilancia.
- v. Elaboración de programas de control de calidad de los medicamentos.
- vi. Disposición de la potestad sancionadora en materia de productos farmacéuticos en el ámbito de sus competencias.
- vii. Adopción de las medidas cautelares previstas en la normativa aplicable tras las actuaciones inspectoras.
- viii. Realización de inspecciones de buenas prácticas de laboratorio en materia de ensayos no clínicos de seguridad y de las inspecciones de buena práctica clínica.
- ix. Verificación, mediante inspecciones, de que los fabricantes, importadores y distribuidores de principios activos realizan sus actividades de acuerdo con las normas de correcta fabricación (NCF) y las buenas prácticas de distribución (BPD) de principios activos.
- x. Cuantas otras funciones ejecutivas atribuya a las Comunidades Autónomas la legislación de productos farmacéuticos, cosméticos y productos de higiene personal.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Prohibición de entrega de muestras gratuitas de medicamentos a farmacéuticos

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-649/18 (Ratiopharm GmbH vs. Novartis Consumer Health GmbH), de 11 de junio de 2020

La sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial presentada en el contexto de un litigio entre Ratiopharm GmbH ("Ratiopharm") y Novartis Consumer Health GmbH ("Novartis") en relación con una solicitud de Novartis de que se prohibiera a Ratiopharm distribuir a los farmacéuticos muestras gratuitas de medicamentos. El órgano jurisdiccional consideró relevante determinar si la normativa comunitaria, en particular, la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (la "Directiva Código") regula de manera exhaustiva la distribución de muestras gratuitas de medicamentos y, en particular, si excluye a los farmacéuticos de dicha distribución. Señala el órgano remitente que el tenor del artículo 96 de esa Directiva resulta ambiguo en función de la versión lingüística considerada y puede interpretarse en el sentido de que se limita a regular la cuestión de la distribución de las muestras gratuitas de medicamentos a los médicos, sin tomar posición sobre la de la distribución de esas muestras gratuitas a los farmacéuticos. La cuestión es relevante,

puesto que la norma nacional alemana, que prohíbe dichas entregas, ha de interpretarse de conformidad con el derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) parte de recordar que, con arreglo a reiterada jurisprudencia, la Directiva Código ha llevado a cabo una armonización completa en el ámbito de la publicidad de los medicamentos, al enumerar expresamente los casos en los que los Estados miembros están autorizados para adoptar disposiciones que se aparten de las normas fijadas por la Directiva. Tras analizar las discrepancias entre las diferentes versiones lingüísticas de la Directiva Código, el TJUE entiende que esta ha de interpretarse en el sentido de que únicamente las personas facultadas para prescribir medicamentos tienen derecho a recibir muestras gratuitas de medicamentos de prescripción, lo que da lugar a que los farmacéuticos quedan excluidos de ese derecho. Por lo que respecta a los medicamentos que no requieren receta, la Directiva Código no se opone a la distribución de muestras a los farmacéuticos (sino únicamente al público en general).

Venta de medicamentos *online*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-649/18 (A contra Daniel B y otros), de 1 de octubre de 2020

La Directiva Código regula la venta a distancia al público de medicamentos en el título VII bis (introducido por la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo). La Directiva Código establece que los Estados miembros tienen la obligación de permitir —con sujeción a una serie de requisitos— la venta a distancia mediante servicios de la sociedad de la información de los medicamentos que no exigen prescripción facultativa, y permite que los Estados miembros prohíban la venta a distancia de aquellos medicamentos que sí están sujetos a receta médica.

En esta sentencia, el TJUE interpreta determinados aspectos de la Directiva Código, que se remite a las disposiciones de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico en el mercado interior (la “Directiva de Comercio Electrónico”), en relación con la normativa de los Estados miembros de venta *online* de medicamentos.

La sentencia resuelve una cuestión prejudicial en el marco de un litigio que enfrenta a A, sociedad neerlandesa que explota una oficina de farmacia establecida en los Países Bajos y un sitio web destinado específicamente a la clientela francesa, contra Daniel B, UD, AFP, B y L, profesionales que explotan oficinas de farmacia en Francia y asociaciones que representan los intereses profesionales de los farmacéuticos establecidos en dicho país. El objeto del litigio es la promoción por parte de A de su sitio web de venta de medicamentos entre la clientela francesa mediante una campaña publicitaria en distintos soportes y de amplia difusión. Los medicamentos comercializados a través de dicho sitio web disponen de autorización de comercialización en Francia y no están sujetos a prescripción médica.

En particular, la campaña publicitaria llevada a cabo por A se basaba en la inclusión de folletos publicitarios en paquetes expedidos por otros operadores de venta a distancia y en el envío de publicidad por correo postal. Asimismo, A publicaba en su sitio web ofertas promocionales consistentes en aplicar un descuento sobre el precio total del pedido de medicamentos cuando este

superase un determinado importe y recurría también a un servicio remunerado de optimización en motores de búsqueda.

El TJUE analiza el artículo 85 *quater* de la Directiva Código, que se remite a las disposiciones de la Directiva de Comercio Electrónico y no prohíbe la venta a distancia de medicamentos que no están sujetos a prescripción médica, y la cláusula sobre el mercado interior contenida en el artículo 3 de la propia Directiva de Comercio Electrónico. En particular, analiza si estas disposiciones permiten a un Estado miembro imponer normas, o prohibiciones, a los farmacéuticos que sean nacionales de otro Estado, pero que vendan *online* en su territorio medicamentos que no están sujetos a prescripción médica.

El TJUE aprecia que la Directiva de Comercio Electrónico no se opone a que el Estado miembro de destino del servicio de venta *online* de medicamentos no sujetos a prescripción aplique normativa nacional que:

- i. prohíba que las farmacias atraigan a su clientela mediante determinados procedimientos y medios, como la distribución masiva de correo postal y de folletos con fines publicitarios fuera de sus oficinas de farmacia, siempre que dicha normativa no conduzca a impedir que el prestador del servicio de que se trate realice cualquier publicidad fuera de su oficina de farmacia, con independencia del soporte o de la intensidad;
- ii. prohíba que las farmacias hagan ofertas promocionales consistentes en la concesión de un descuento sobre el precio total del pedido de medicamentos cuando este supere un determinado importe, siempre que tal prohibición esté regulada de manera suficiente y solo tenga por objeto medicamentos, y no productos de parafarmacia;
- iii. imponga a las farmacias que venden tales medicamentos la obligación de incluir un cuestionario de salud en el proceso de pedido de medicamentos *online*. El TJUE entiende que la medida puede ser apropiada para proteger la salud del paciente, dado que al ser venta *online* y no existir una relación con el farmacéutico pueden ser controles suficientes para prevenir el riesgo de un uso inadecuado de medicamentos.

Por otro lado, el TJUE señala que la Directiva de Comercio Electrónico sí se opone a que el Estado miembro de destino aplique medidas que prohíban que las farmacias que venden estos medicamentos recurran a un servicio remunerado de optimización mediante motores de búsqueda y comparadores de precios como medio para atraer a la clientela, salvo que se acredite que esa normativa es adecuada para garantizar el objetivo de protección de la salud pública y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

[España]

Acceso a un medicamento no financiado por vía de uso compasivo sobre la base del derecho a la igualdad

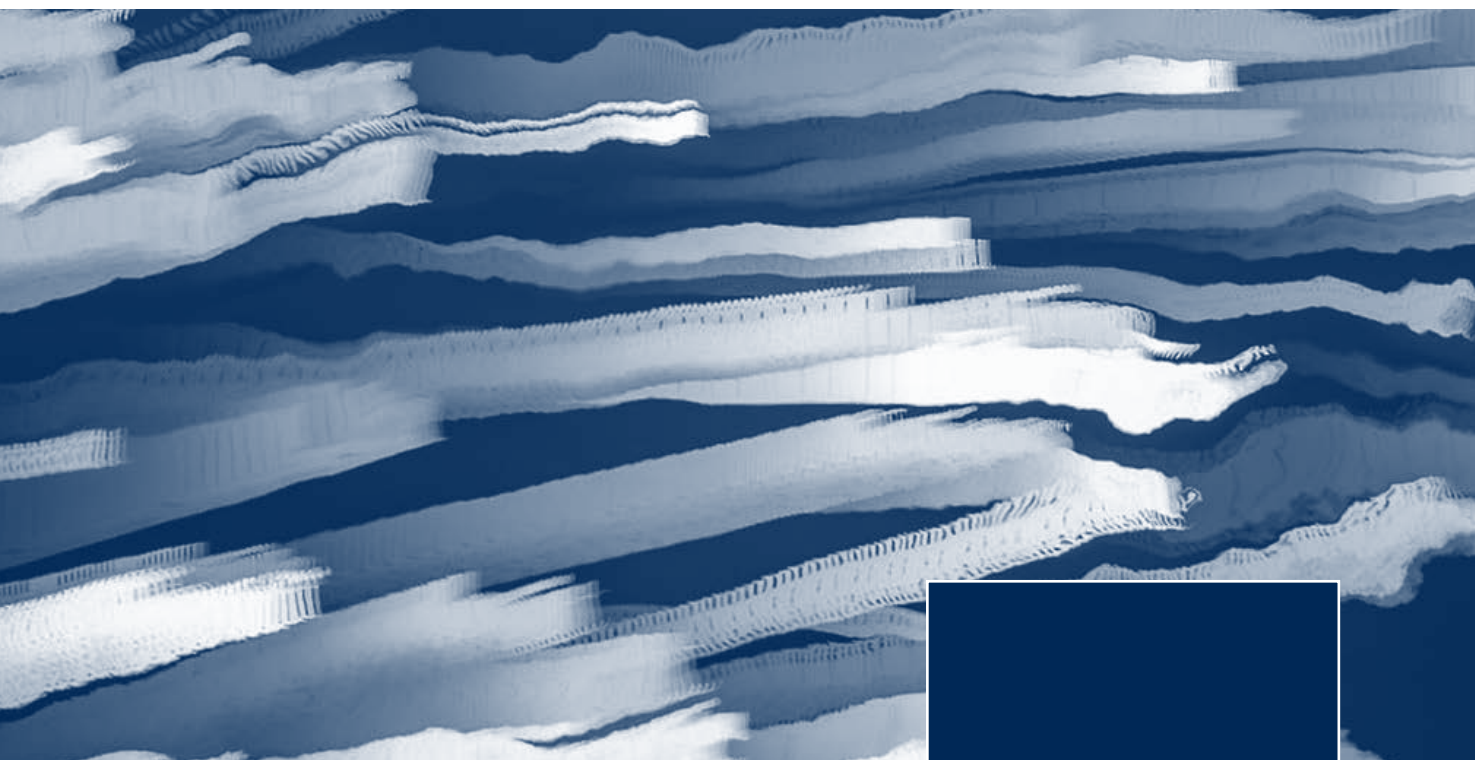
Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 5 de Barcelona, de 28 de mayo de 2020, Roj: SJCA 1771/2020

Esta sentencia sigue la línea de lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso, Sección 2.ª) de 19 de julio de 2019, Rec. 8/2018 (véase *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 53), en relación con la denegación de la financiación y el suministro del medicamento atalureno a un menor con una enfermedad genética grave. El medicamento no estaba incluido en el régimen de financiación del Sistema Nacional de Salud, si bien se venía suministrando en España a ciertos pacientes bajo la modalidad de uso compasivo, con autorización de la AEMPS.

Al igual que hacía la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, esta sentencia entiende, por un lado, que la decisión que adoptó el centro médico de no tramitar la solicitud de acceso al tratamiento con este medicamento ante la AEMPS (órgano que debe autorizar su suministro como uso compasivo) no implica una vulneración de los derechos a la vida y la integridad física del artículo 15 CE, ya que dicha decisión está debidamente fundamentada en informes emitidos por los organismos competentes en la materia, y la normativa otorga al centro hospitalario la decisión de iniciar o no el tratamiento una vez que se ha asesorado por estos organismos; y, por otro lado, que el hecho de que haya otros pacientes en España que estén recibiendo este medicamento por la vía del uso compasivo puede implicar una vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE.

Así, la sentencia concluye revocando la decisión del centro hospitalario de no instar el procedimiento de acceso al medicamento ante la AEMPS, por considerar que vulnera el principio de igualdad, e insta a que el centro hospitalario tramite la solicitud del medicamento a la AEMPS por la vía del uso compasivo. Sin embargo, a diferencia de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, la sentencia no entra a decidir sobre si el coste del medicamento debe ser asumido por la sanidad pública, ya que dicha cuestión no ha sido objeto de recurso.

10 de diciembre de 2020



Tributario

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

[Unión Europea]

Fechas de aplicación en respuesta a la pandemia de COVID-19

Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1318 de la Comisión, de 22 de septiembre de 2020, por el que se modifican los Reglamentos de Ejecución (UE) 2020/21 y (UE) 2020/194, en lo que respecta a las fechas de aplicación en respuesta a la pandemia de COVID-19 (DOUE L 309 de 23 de septiembre de 2020)

[España]

Varios

Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria (BOE de 18 de noviembre de 2020)

Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (BOE de 16 de octubre de 2020)

Ley 5/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre las Transacciones Financieras (BOE de 16 de octubre de 2020)

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Miguel Bastida Peydro, y en su elaboración han participado Susana Estevão Gonçalves, Catarina Fernandes y Martim Teixeira, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

[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.

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 aplicam, 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:

- i. a possibilidade de desdobraimento 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;
- ii. 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);
- iii. 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);
- iv. a competência do plenário do STA para conhecer dos recursos para uniformização de jurisprudência quando exista contradição de ambas as secções do STA;
- v. 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,
- vi. 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:

- i. 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;
- ii. 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 fáticas semelhantes;
- iii. 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;
- iv. 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;
- v. 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;
- vi. 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;

- vii. 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,
- viii. 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 administração tributária, 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:

- i. Em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (“IRS”):
 - 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;
 - 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,
 - Os sujeitos passivos que aфирam rendimentos comprovadamente produzidos em anos anteriores àquele em que foram pagos passam a poder optar pela entrega de declarações de substituição referentes 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).

ii. Em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (“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.

iii. 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 relativamente 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 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 Tribunais Administrativos e Fiscais (“ETAF”) – Zonas geográficas dos tribunais administrativos e fiscais

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.

Estatuto dos benefícios fiscais (“EBF”) – Donativos recebidos – Declaração Modelo 25

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.

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 officiosas, 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 daquela novo modelo de declaração.

2. Jurisprudencia

Mercado interior. Concepto de ayuda de estado ilegal. Caso Appel contra la Comisión

Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 15 de julio de 2020 (as. ac. T778/16 y T-892/16)

La sentencia analiza la decisión de la Comisión que determinó que los acuerdos de valoración (*tax rulings*) concedidos por las autoridades fiscales irlandesas a Apple constituían una ayuda de Estado ilegal. En concreto, la Comisión entendía que, al contrario de lo que establecían los acuerdos, se deberían atribuir a las filiales irlandesas del grupo determinadas licencias de propiedad intelectual y ello conllevaría la adjudicación a estas filiales de todos los beneficios obtenidos de las ventas del grupo fuera del continente americano. De esta manera, concluía que los acuerdos fiscales habían supuesto una reducción de las bases imponibles de las dos filiales de Apple en Irlanda respecto de la tributación que habría procedido normalmente y había otorgado una ventaja selectiva que debía ser recuperada (ventaja que ascendía a 13.000 millones de euros).

El Tribunal General de la Unión Europea, a pesar de que reconoce la naturaleza incompleta y a veces inconsistente de los acuerdos fiscales, dictamina que la Comisión no ha podido demostrar la existencia de errores metodológicos en los referidos acuerdos fiscales que permitiesen defender que existe una reducción de los beneficios que debían tributar en Irlanda.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Base imponible. Concepto de ajuar doméstico

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2020 (Recurso de casación 6027/2017)

La sentencia del Tribunal Supremo se refiere a la aplicación de la presunción legal establecida en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que permite cuantificar, a efectos de determinar la base imponible, el ajuar doméstico en el 3 % del caudal relicto.

El tribunal concluye que el concepto de ajuar doméstico comprende el conjunto de bienes muebles afectos al servicio de la vivienda familiar o al uso personal del causante, conforme a las descripciones que contiene el artículo 1321 del Código Civil. Dado que la normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no contiene un concepto autónomo de ajuar doméstico, entiende que no es correcta la interpretación que realiza la Administración al calcular el ajuar doméstico sobre la totalidad del caudal relicto del causante. Por el contrario, para realizar el cálculo del ajuar doméstico de acuerdo con la presunción se deben incluir aquellos bienes que puedan afectarse, por su identidad, valor y función, al uso particular o personal del causante, con exclusión de todos los demás.

En particular, en esta sentencia el Tribunal Supremo excluye de la base del cálculo del ajuar doméstico las acciones y participaciones sociales, por no integrarse, ni aun analógicamente, en tal concepto de ajuar doméstico, por amplio que se configure. Igualmente, concluye que la exclusión de esa misma base del dinero, títulos, los activos inmobiliarios u otros bienes incorporales no necesita de prueba alguna a cargo del contribuyente, pues se trata de bienes que, en ningún caso, podrían integrarse en el concepto jurídico fiscal de ajuar doméstico, al no guardar relación alguna con esta categoría.

La sentencia también contiene un voto particular de tres de los magistrados que discrepa respecto de la sentencia por entender que la interpretación correctora del tribunal no es posible. No obstante, en ese voto particular sí se hace referencia a que la presunción que establece la normativa del ISD es excesiva y desproporcionada y puede resultar contraria al principio de capacidad económica. Este voto particular no anula en absoluto el sentido de la sentencia, pero sí que podría abrir la puerta a una posible inconstitucionalidad de la disposición que regula la presunción para determinar el valor del ajuar doméstico.

Ley General Tributaria. Procedimiento sancionador. Inicio de procedimiento sancionador antes de que exista liquidación tributaria

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 (Recurso de casación 1993/2019)

La cuestión que se discute es si la Administración tributaria está legalmente facultada para iniciar un procedimiento sancionador tributario antes de haberse dictado y notificado el acto administrativo de liquidación que constituye el hecho tipificado como infracción tributaria.

En particular, se plantea si el artículo 209.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ("LGT") exige la previa notificación de la liquidación en la medida que establece que los

procedimientos sancionadores que se incoen deberán iniciarse en el plazo de tres meses desde que se hubiese notificado la sanción pecuniaria.

El Tribunal Supremo entiende que la liquidación constituye presupuesto para la imposición de la sanción tributaria, pero ello no implica que resulte legalmente necesario que dicha liquidación se haya dictado y notificado antes del inicio del procedimiento tributario sancionador. Así, no se puede interpretar que el artículo 209.2 de la LGT prohíba la iniciación del procedimiento sancionador antes de la notificación de la liquidación tributaria de la que se deriva.

De la misma manera, tampoco se puede entender que la notificación de liquidación y sanción simultánea conlleve una quiebra del principio de separación de procedimientos, ya que *"la razón por la que el legislador reconoce el derecho a un procedimiento sancionador separado no exige que los procedimientos sean sucesivos, esto es, no exige que no puedan simultanearse en el tiempo el procedimiento de liquidación y el procedimiento sancionador"*.

A la vista de lo anterior, se establece como criterio interpretativo que *"ninguna [...] norma legal o reglamentaria, interpretada conforme a los criterios del art.12 LGT, establecen un plazo mínimo para iniciar el procedimiento sancionador, pudiendo inferirse del art. 25 RD 2063/2004 (Rgto. Régimen Sancionador Tributario), que dicho inicio puede producirse antes de que se le haya notificado a la persona o entidad acusada de cometer la infracción la liquidación tributaria de la que trae causa el procedimiento punitivo, lo que resulta perfectamente compatible con las garantías del art. 24.2 CE, y, en particular, con los derechos a ser informados de la acusación y a la defensa"*.

Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Convenio para evitar la doble imposición entre España y Suiza. Aplicación de la cláusula de beneficiario efectivo

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020 (Recurso de casación 1996/2019)

El recurso de casación tiene por objeto una liquidación administrativa en el que la Administración tributaria reclama las retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de no Residentes derivadas del pago de determinados cánones a una entidad suiza. La Administración tributaria había entendido que no se podía aplicar el tipo reducido previsto en el convenio para evitar la doble imposición firmado por España y Suiza debido a que la entidad perceptora de las rentas no tenía la condición de beneficiario efectivo. Además, tampoco se aceptó la alegación subsidiaria de que se permitiera la aplicación del convenio para evitar la doble imposición que correspondiese a la entidad del grupo que pudiera ser el beneficiario efectivo (en este caso, el convenio entre España y Estados Unidos, que preveía un tipo de retención reducido del 10 %).

A pesar de que el recurso se planteó con el objeto de aclarar la viabilidad de la denominada interpretación dinámica de los convenios, el Tribunal Supremo considera que la resolución pasa por la aplicación de la legalidad convencional. Así, considera que el convenio entre España y Suiza no incluye el requisito del beneficiario efectivo a efectos de la aplicación del tipo reducido a diferencia de lo que ocurre con los artículos que regulan la tributación de los intereses o dividendos. Esta ausencia, que deriva de la interpretación gramatical, lógica y sistemática del artículo en discusión,

no puede ser sustituida a través de lo que establezcan los comentarios al modelo de convenio, que, por otra parte, no son fuente de derecho.

Además, el Tribunal Supremo también rechaza que, en caso de que el beneficiario efectivo residiera en un país tercero distinto a los firmantes del convenio, se pueda dejar de aplicar de manera automática el convenio para evitar la doble imposición entre España y dicho tercer Estado. Otra conclusión, según establece la sentencia, parecería perseguir un enriquecimiento insólito, injustificado y anómalo.

Ley General Tributaria. Procedimiento de inspección. Autorización de entrada y registro en el domicilio

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2020 (Recurso de casación 2699/2020)

La sentencia anula, por defectos de motivación, un auto judicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que autorizó la entrada en el domicilio social de una compañía para la realización de un registro físico en el marco de un procedimiento de inspección. La solicitud de la entrada se basaba únicamente en la mera presunción de fraude del contribuyente debido a que el margen que declaraba era inferior al de otras empresas de su mismo sector.

El Tribunal Supremo considera que no cabe el acceso al domicilio con un propósito meramente prospectivo o indeterminado para hallar datos que se ignoran, sin identificar con precisión qué concreta información se pretende obtener. No se puede acceder, por tanto, en busca de cualquier hallazgo que permita justificar *a posteriori* la medida de entrada y registro solicitada previamente. Al contrario, es necesario que el auto judicial motive y justifique formal y materialmente la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida de entrada y contraste la información facilitada por la Administración.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ganancias y pérdidas patrimoniales. Intereses de demora abonados al sujeto pasivo por la devolución de cantidades indebidamente ingresadas

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2020 (Recurso de casación 7763/2019)

La cuestión que se plantea es si los intereses de demora abonados por la Administración tributaria al realizar una devolución de ingresos indebidos, están o no sujetos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La Administración tributaria había considerado que estos intereses deben tributar por el impuesto como ganancias patrimoniales sin que la normativa aplicable prevea ningún tipo de exención.

El Tribunal Supremo, después de afirmar que no se puede reconocer una exención tributaria no prevista en la ley, considera que, en realidad, los intereses percibidos no están sujetos al impuesto debido a que su percepción anula la pérdida sufrida cuando se abonaron las cantidades indebidas. Así, entiende que *"no tiene sentido negar el carácter deducible de los intereses soportados por el*

contribuyente, y entender como sujetos y no exentos los intereses anejos a la devolución de ingresos indebidos".

En conclusión, el Tribunal Supremo fija como criterio que los intereses de demora abonados por la Administración tributaria al efectuar una devolución de ingresos indebidos no están sujetos al IRPF.

[Portugal]

Acórdão do Tribunal Constitucional - 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 jurisdicional efetiva previstos nos artigos 13.º e 20.º da 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 Reque-rente 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 arbitrária 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 jurisdicional 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 represente uma restrição do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional 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 112A/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 sociedade de investimento imobiliário para arrendamento habitacional tinha como pressuposto único que o imóvel adquirido 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

Impuesto sobre Sociedades. Gastos deducibles. Retribución de administradores

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de julio de 2020 (00/03156/2019)

La discusión que se presenta en la reclamación económico-administrativa se refiere a la deducibilidad de las cantidades pagadas a determinados miembros del Consejo de Administración en aquellos casos en los que los estatutos de la sociedad establecían la gratuidad del cargo.

En el supuesto concreto analizado, la Administración tributaria negaba la deducibilidad con base en que, de acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo, la deducibilidad de las retribuciones de los administradores exige que se cumpla la legalidad mercantil. Además, aplica la doctrina del vínculo que determina que las facultades de los administradores como tales absorben a las que esos administradores puedan tener como directivos de la sociedad. El recurrente, por su parte, alegaba que la teoría del vínculo no era aplicable debido a que las retribuciones se pagaban en atención a las funciones realizadas por los administradores como directores de mandos de la sociedad y no como consejeros.

El Tribunal Económico-Administrativo Central confirma la liquidación administrativa por entender que, para que puedan considerarse fiscalmente deducibles las cantidades pagadas a administradores o consejeros, es necesario que las retribuciones cumplan con la normativa mercantil. Respecto de la aplicación de la doctrina del vínculo, admite la deducibilidad de cantidades pagadas por funciones distintas a las de administradores a pesar de que el cargo sea gratuito, siempre que se pruebe la distinción entre unas actividades y otras. En este caso, el tribunal no considera que la entidad recurrente haya probado que los administradores desarrollasen otras funciones distintas de las de consejero.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Base imponible. Cómputo de ajuar doméstico

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 30 de septiembre de 2020 (00/03251/2017)

La cuestión que se plantea en la reclamación es si, a efectos de calcular el importe del ajuar doméstico, el porcentaje previsto en la normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (3 %) se aplica sobre todos los bienes del caudal relicto o si deben excluirse aquellos bienes que no guardan relación con el propio ajuar, como es el caso de acciones, valores mobiliarios o dinero.

El Tribunal Económico-Administrativo Central, con base en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2020, concluye que se deben excluir del concepto de ajuar doméstico los bienes que no estén relacionados con la utilización de la vivienda familiar o con el uso personal. Por tan-

to, rechaza que el 3 % se deba calcular sobre la totalidad de los bienes de la herencia y resuelve que la base a utilizar solo debe incluir bienes que puedan afectarse al uso particular o personal del causante (entre los que no se encuentran las acciones y las participaciones sociales).

Impuesto sobre el Valor Añadido. Base imponible. Descuentos sobre el precio que son asumidos por terceros

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de octubre de 2020 (00/04177/2018)

La reclamación económico-administrativa analiza las implicaciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido de los acuerdos alcanzados entre las sociedades de un grupo (distribuidora y financiera) que se dedica a la fabricación de vehículos y los concesionarios. En concreto, la entidad distribuidora concedía un descuento a los concesionarios en caso de que el cliente final financiara su adquisición por medio de la entidad financiera. Dicho descuento se instrumentaba a través de una factura rectificativa de la base imponible de la operación inicial de venta de los vehículos. Posteriormente, la entidad financiera pagaba una comisión a la entidad distribuidora por la mediación, que se trataba a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido como una operación financiera exenta y cuyo importe era igual que el descuento concedido a los concesionarios.

El Tribunal Económico-Administrativo Central considera que los descuentos concedidos por la entidad distribuidora a los concesionarios no tienen dicha consideración, sino que lo que ocurre es que esa parte de la contraprestación es satisfecha por un tercero (la entidad financiera). Por ello, tales supuestos descuentos deben formar parte de la base imponible de la venta de los vehículos que la entidad comercializadora realiza a los concesionarios.

4. Consultas de la Dirección General de Tributos

Impuesto sobre Sociedades. Residencia fiscal. Sede de dirección efectiva

Consulta de 16 de junio de 2020 (V1964-20)

La consulta analiza la residencia fiscal de una sociedad constituida con arreglo a las leyes de Estonia y que prestaría sus servicios de forma telemática. El único accionista y director de la sociedad sería residente fiscal en España y trabajaría desde su casa como autónomo.

La Dirección General de Tributos entiende que, si bien la sociedad se constituirá conforme a las leyes estonias y estará domiciliada en Estonia, el hecho de que su único accionista y director resida en España podría determinar que la dirección y el control del conjunto de las actividades de la entidad radica en territorio español y que, por tanto, la entidad tiene la sede de dirección efectiva en España. No obstante, la valoración de dicha circunstancia, atendidos los hechos concurrentes, deberá ser valorada por los órganos competentes de la Administración tributaria.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Residencia fiscal. Permanencia en territorio español como consecuencia del estado de alarma

Consulta de 17 de junio de 2020 (V1983-20)

Los consultantes son no residentes en España que habían viajado a España para un período de tres meses, pero habían prolongado su estancia al no poder regresar a su país como consecuencia de las restricciones impuestas durante el estado de alarma. La consulta cuestiona si los días que los consultantes han permanecido en España mientras estaba vigente el estado de alarma se computan para determinar la residencia fiscal en este país a la vista de que no perciben rentas en España y de que habitualmente pasan menos de seis meses al año en el país.

La Dirección General de Tributos considera que la permanencia de las personas físicas en territorio español durante el estado de alarma será tenida en consideración a los efectos de determinar la residencia fiscal.

Impuesto sobre Sociedades. Tributación del *scrip dividend*. Exención de dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades

Consulta de 12 de mayo de 2020 (V1357-2020)

La contestación analiza la tributación en el Impuesto sobre Sociedades del modelo de retribución flexible denominado *scrip dividend*. Dicho modelo combina tres formas de retribución al accionista, que son el pago en efectivo, la entrega de acciones liberadas en el marco de una ampliación de capital liberada con cargo a reservas o prima de emisión o la entrega de derechos de suscripción preferente o de asignación gratuita que podrán canjearse en el mercado o adquirirse por la entidad emisora.

A efectos de determinar el régimen fiscal del modelo planteado, la Dirección General de Tributos parte de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Institución de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros. Esta resolución introduce un cambio en el tratamiento contable de este tipo de retribuciones al accionista y establece que, cuando una entidad acuerde la entrega de derechos de asignación gratuita, dentro de un programa de retribución al accionista, que puedan hacerse efectivos adquiriendo nuevas acciones totalmente liberadas, enajenando los derechos en el mercado o vendiéndolos a la sociedad emisora, el socio deberá contabilizar un derecho de cobro y el correspondiente ingreso financiero.

De acuerdo con este tratamiento contable, la Dirección General de Tributos considera que el ingreso que registran los socios deberá tener el tratamiento de los dividendos, con independencia de que perciban acciones liberadas, de que los derechos de asignación recibidos se enajenen en el mercado o de que se perciba el efectivo de la entidad emisora. De esa manera, se podrá aplicar la exención prevista en el artículo 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades ("LIS"), siempre que se cumplan los correspondientes requisitos.

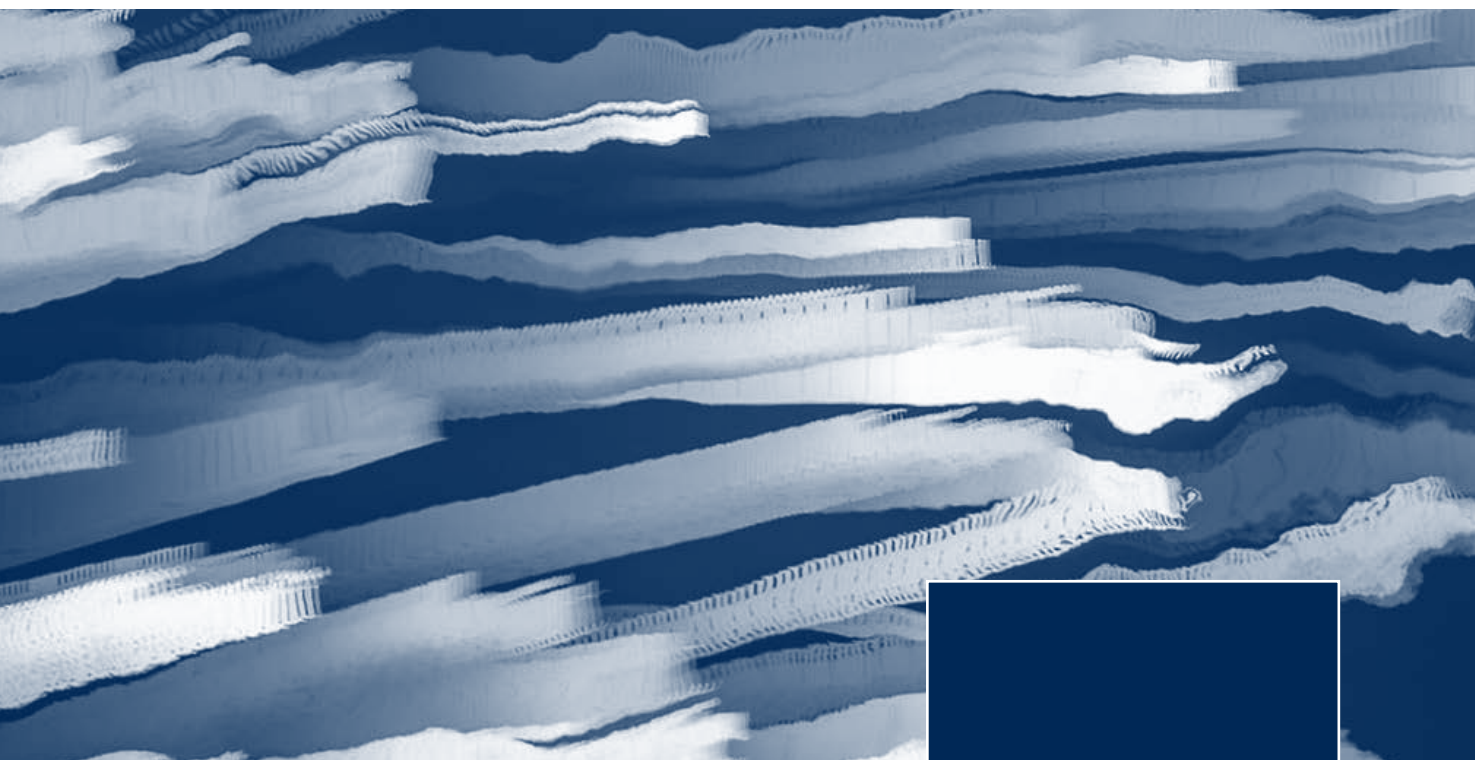
Impuesto sobre Sociedades. Exención de dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades. Cómputo de período de tenencia

Consulta de 23 de julio de 2020 (V2519-20)

El consultante es una entidad que tiene una participación del 100 % en una filial que fue recibida como consecuencia de una ampliación de capital suscrita por su socio único que es una persona física. A efectos de aplicar la exención a la plusvalía derivada de la transmisión de las acciones de la filial y de entender cumplido el requisito de haber mantenido la participación durante más de un año, se plantea si se puede computar dentro del período de tenencia el tiempo durante el cual la participación era propiedad del socio persona física.

De acuerdo con el artículo 21.1 de la LIS, para el cómputo del mantenimiento durante un año de la participación se debe tomar en cuenta el período de tiempo en el que la participación se haya mantenido de manera ininterrumpidamente por otras entidades del mismo grupo. La Dirección General de Tributos considera que, en la medida en que el anterior titular de la participación no era una entidad, sino una persona física, no se podrá computar el periodo durante el que dicha persona física poseyó la participación.

10 de diciembre de 2020



Unión Europea

10 de diciembre de 2020

1. Legislación

Comienzo de las actividades de la Fiscalía Europea

En septiembre de 2020, la Fiscalía Europea comenzó oficialmente sus actividades

La Fiscalía Europea es un órgano independiente de la Unión Europea encargado de investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea (tales como el fraude, la corrupción o el fraude transfronterizo en materia de IVA que supere los diez millones de euros). A diferencia de otros organismos de la Unión Europea, la Fiscalía Europea tendrá competencias para efectuar investigaciones penales y ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros.

La creación de una Fiscalía Europea ha sido el resultado de un procedimiento de cooperación reforzada iniciado en abril de 2017 al que se han sumado veintidós Estados miembros, entre los que figura España.

El organismo está presidido por la fiscal jefe, Laura Codruța Kövesi, e integrado por un fiscal designado por cada uno de los Estados miembros participantes. España ha designado para dicha posición a María Concepción Sabadell Carnicero.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea desarrolla los requisitos bajo los cuales una aplicación de intermediación de servicios de taxi puede ser un servicio de la sociedad de la información

Sentencia de 3 de diciembre de 2020, asunto C-62/19 Star Taxi App

El TJUE ha resuelto una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Rumanía que permite precisar cuándo una plataforma presta un servicio de transportes o cuándo es un servicio de sociedad de la información. Star Taxi App es un servicio de intermediación consistente en

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración han contribuido Raquel Lapresta y Ana Belén Blasco.

conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes y a cambio de una remuneración, a personas que desean efectuar un desplazamiento urbano y a conductores de taxi autorizados, cuyo prestador ha celebrado al efecto contratos de prestación de servicios con esos conductores a cambio del pago de un abono mensual.

El TJUE ya explicó en *Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15)* que no son servicios de la sociedad de la información aquellos servicios en los que prima su naturaleza como servicio de transporte. Esto ocurre cuando el prestador de servicios de intermediación crea una oferta de servicios de transporte urbano y organiza su funcionamiento general.

Sin embargo, en este caso el TJUE declara que no concurre esa primacía del servicio de transporte. El servicio prestado por Star Taxi no transmite las solicitudes de taxi, no fija el precio de la carrera ni lo percibe de esas personas, que lo pagan directamente al conductor del taxi. Tampoco ejerce control sobre la calidad de los vehículos o de sus conductores ni sobre el comportamiento de estos últimos. En consecuencia, el servicio prestado por Star Taxi sí constituye un servicio de la sociedad de la información.

Sobre la salida del Reino Unido de la Unión Europea

El 31 de enero de 2020 se produjo la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea, lo que supuso la salida del Reino Unido de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, así como el fin del mandato de sus representantes

El Acuerdo de retirada del Reino Unido de la Unión Europea que actualmente regula las relaciones entre el Reino Unido y la Unión Europea estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020. En virtud de este acuerdo, durante este periodo transitorio, en el Reino Unido se continúa aplicando el derecho de la Unión, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea continúa siendo competente para conocer de cualquier recurso interpuesto por o contra el Reino Unido y para pronunciarse con carácter prejudicial sobre las peticiones de los órganos jurisdiccionales del Reino Unido.

Actualmente se encuentran en curso las negociaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido para establecer los términos de su relación tras el 31 de diciembre de 2020. Estas negociaciones están poniendo de manifiesto que existen diferencias significativas en diversas materias, como son la pesca, el mantenimiento de las condiciones económicas o la gobernanza del acuerdo.

URÍA
MENÉNDEZ
www.uria.com