



9 de febrero
de 2021

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



Crónica Legislativa y Jurisprudencial
Unión Europea, España y Portugal

URÍA
MENÉNDEZ

COMITÉ EDITORIAL

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
Antonio Manuel Morales Moreno, *Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Fernando Rodríguez Artigas, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Pantaleón Prieto, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Vicente Cuñat Edo, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Gómez Pomar, *Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra*
José Massaguer Fuentes, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Montiano Monteagudo Monedero, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universitat Pompeu Fabra*
Cándido Paz-Ares, *Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Alexandre Mota Pinto, *Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*
Emilio Díaz Ruiz, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*

DIRECTOR

Mariano Magide Herrero

Coordinadores de sección

Carlos López-Quiroga Teijeiro, Pedro Ferreira Malaquias, Rafael Sánchez Aristi, Jesús López Tello, Mario Barros, Manuel Vélez Fraga, Carlos Paredes Galego, Jesús Remón Peñalver, Yásser-Harbi Mustafá Tomás, Eduardo Trigo Sierra, Alfonso Gutiérrez Hernández, Óscar Morales García, Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero

REDACTORES

Alejandro Anca Alamillo y José Antonio González Salgado

OBRA EN CUBIERTA:

José Manuel Ciria. Cabeza, 2009. Máscaras Schandenmaske. Óleo sobre lienzo 152,5 x 122 cm. Colección Uría Menéndez.

Copyright © URÍA MENÉNDEZ ABOGADOS, S. L. P.

Para contactar con la redacción de la Revista dirigirse a:

ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ
Príncipe de Vergara, 187 - 28002 Madrid
Tel. 91 586 04 60. Fax 91 586 04 61
e-mail: alejandro.anca@uria.com
www.uria.com

Edición, diseño, producción y distribución: CeGe Global

CeGe Global
Ciutat d'Asunción, 42 - 08030, Barcelona
Tel. +34 93 274 59 00
e-mail: info@cegeglobal.com
www.cegegglobal.com

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores.

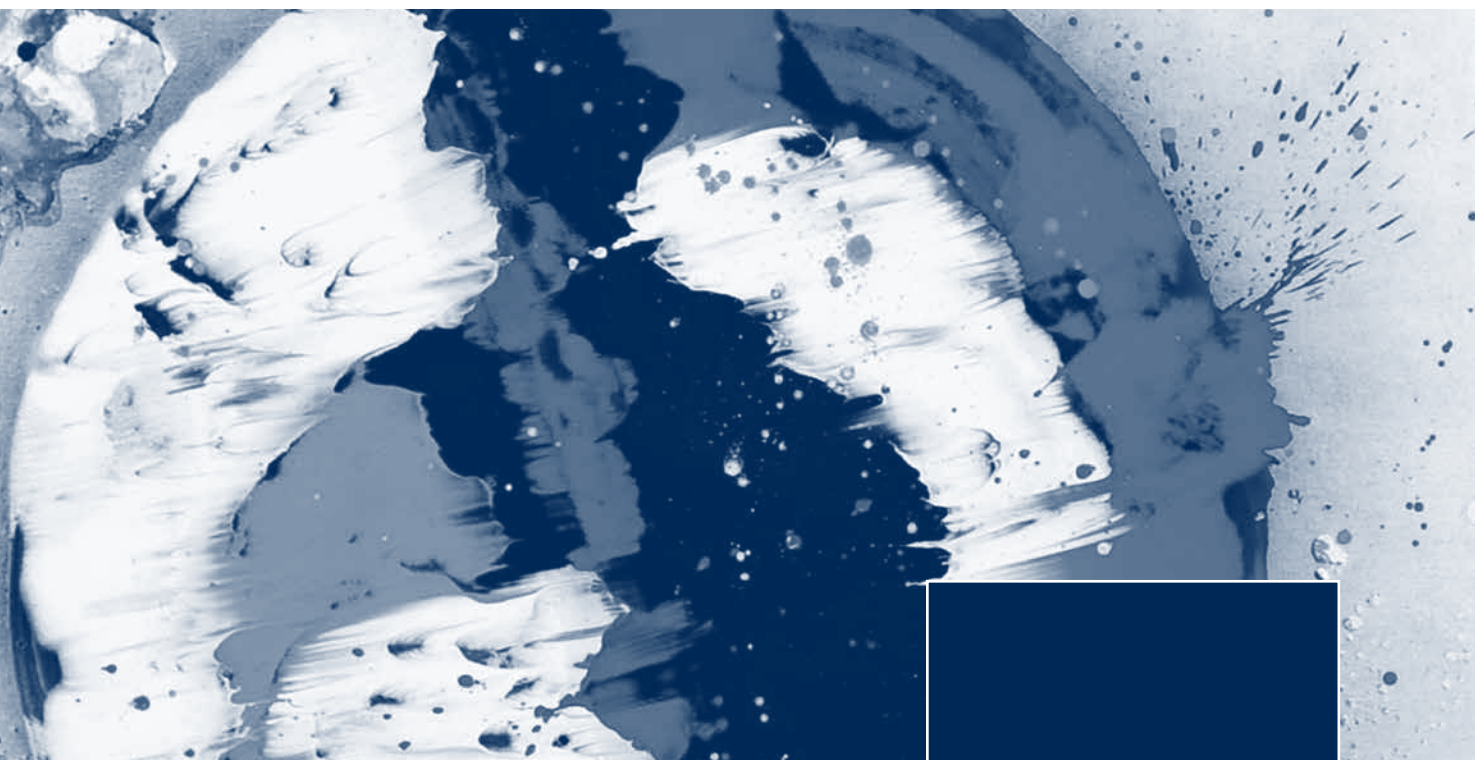
CeGe Global, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Actualidad Jurídica, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o partes de las páginas de Actualidad Jurídica, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Sumario

5	Administrativo
25	Arbitraje y Mediación
35	Competencia
49	Derecho digital
87	Energía
101	Inmobiliario y Urbanismo
123	Laboral y Seguridad Social
151	Marítimo, Transporte y Logística
157	Medio ambiente
167	Mercantil
209	Procesal Civil
241	Procesal Penal
251	Salud y Alimentación
263	Tributario
289	Unión Europea

9 de febrero de 2021



Administrativo

9 de febrero de 2021

1. Legislación

Regulamento do leilão para a atribuição de direitos de utilização de frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz

Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro (DR 216, Série II, de 5 de novembro de 2020)

O Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro, tem por objeto o Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz ("Faixas do 5G"), aprovado por decisão do Conselho de Administração da Autoridade Nacional de Comunicações ("ANACOM") de 30 de outubro de 2020 ("Regulamento").

O Regulamento estabelece a definição dos procedimentos aplicáveis ao leilão e as condições a que ficam sujeitos os direitos de utilização de frequências atribuídos no âmbito do leilão.

De acordo com o Regulamento, o leilão para a atribuição de direitos de utilização de frequências nas Faixas do 5G abrange 58 lotes, organizados em 10 categorias correspondentes às várias Faixas do 5G.

O leilão compreende cinco fases sequenciais: (i) qualificação; (ii) licitação para novos entrantes; (iii) licitação principal; (iv) consignação; e (v) atribuição.

O prazo para apresentação das candidaturas termina 15 dias úteis após a entrada em vigor do presente Regulamento.

O Regulamento consagra ainda as condições associadas aos direitos de utilização de frequências nas Faixas do 5G. De acordo com este, os titulares dos direitos de utilização de frequências estão sujeitos, entre outras, às seguintes obrigações: (i) obrigações de cobertura; (ii) obrigações de acesso à rede; (iii) obrigações de desenvolvimento da rede; (iv) obrigação do reforço do sinal do

* 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, Maria do Carmo Sacchetti y Maria Estela Lopes, abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

serviço de voz; (v) obrigação de utilização efetiva e eficiente das frequências; e (vi) obrigação de pagamento das taxas devidas à ANACOM pelo exercício da atividade de fornecedor de redes e serviços de comunicações eletrónicas, pela atribuição dos direitos de utilização de frequências e pela utilização do espectro radioelétrico.

O presente Regulamento entrou em vigor no passado dia 6 de novembro de 2020.

Alteração à Lei da Nacionalidade

Lei Orgânica n.º 2/2020, de 10 de novembro (DR 219, Série I, de 10 de novembro de 2020)

A Lei Orgânica n.º 2/2020, de 10 de novembro ("Lei Orgânica 2/2020") veio proceder à nona alteração da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, a qual aprovou a Lei da Nacionalidade ("Lei da Nacionalidade"), introduzindo alterações aos seus artigos 1.º, 6.º, 9.º, 12.º-B, 21.º e 30.º.

Em primeiro lugar, o artigo 1.º passa a atribuir nacionalidade originária portuguesa, entre outros, aos indivíduos: (i) que tenham, pelo menos, um ascendente de nacionalidade portuguesa originária do 2.º grau na linha reta que não tenha perdido essa nacionalidade, e que tenham laços de efetiva ligação à comunidade nacional (alínea d) do n.º 1 do artigo 1.º) e (ii) filhos de estrangeiros, nascidos em território português, desde que no momento do nascimento um dos progenitores resida legalmente em território português ou aqui resida, independentemente do título, há pelo menos um ano (alínea f) do n.º 1 do artigo 1.º).

A existência de "*laços de efetiva ligação à comunidade nacional*" passa a aferir-se, segundo a nova versão do n.º 3 do artigo 1.º pelo conhecimento suficiente da língua portuguesa e está dependente da não condenação a pena de prisão igual ou superior a três anos, bem como da não existência de perigo ou ameaça para a segurança nacional, pelo envolvimento em atividades relacionadas com a prática de terrorismo.

Em segundo lugar, foi também alterado o artigo 6.º, relativo à aquisição de nacionalidade por naturalização. Assim, com a alteração do artigo 6.º, passa a prever-se que se podem naturalizar os menores nascidos em território português, filhos de estrangeiros, e que, no caso de terem atingido a idade de imputabilidade penal, cumpram os requisitos das alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 6.º, desde que, no momento do pedido, preencham uma das seguintes condições: (i) um dos progenitores resida em território nacional há pelo menos cinco anos imediatamente anteriores ao pedido; (ii) um dos progenitores tenha residência legal no território nacional; ou (iii) a pessoa tenha frequentado, pelo menos, um ano de educação pré-escolar ou de ensino básico, secundário ou profissional.

Adicionalmente, foi aditado um novo n.º 9 ao artigo 6.º, o qual veio abrir a possibilidade de serem dispensados os requisitos das alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 6.º aos indivíduos e seus filhos nascidos em território nacional, que não conservaram a nacionalidade portuguesa por, em 25 de abril de 1974, residirem em Portugal há menos de cinco anos, desde que, após a perda da nacionalidade portuguesa, não tenham estado ao serviço do respetivo Estado e tenham permanecido e permaneçam em Portugal. O novo n.º 12 do artigo 6.º vem ainda acrescentar que o procedimento de naturalização ao abrigo dos n.ºs 2, 3, 5, e 9 do mesmo artigo é gratuito.

Em terceiro lugar, no que toca à oposição à aquisição de nacionalidade, o artigo 9.º passou a prever, no seu n.º 3, um segundo caso em que a oposição com fundamento em inexistência de ligação efetiva à comunidade nacional não se aplica: para além de não se aplicar às situações de existência de filhos comuns do casal com nacionalidade portuguesa, acrescenta-se que também não se aplica às situações em que o casamento ou união de facto decorra há pelo menos seis anos.

Em quarto lugar, em relação à consolidação da nacionalidade, foi alterado o n.º 2 do artigo 12.º-B, cuja redação dispõe agora que o prazo de consolidação para menores com nascimento no registo civil português é de 18 meses, e aditado o n.º 3, o qual estabelece que, nos casos de atribuição de nacionalidade, o prazo de consolidação conta-se a partir da data de registo de nascimento, se a identificação como cidadão português tiver na sua origem o respetivo registo, ou a partir da data de emissão do primeiro documento de identificação como cidadão nacional, se a identificação como cidadão português derivar de documento emitido.

Em quinto lugar, foram acrescentados novos meios de prova de nacionalidade originária ao artigo 21.º da Lei Nacionalidade.

Por último, a Lei Orgânica 2/2020 veio esclarecer, ao alterar o artigo 30.º da Lei da Nacionalidade, que à aquisição da nacionalidade por mulher casada com estrangeiro não se aplicam as disposições constantes dos artigos 9.º e 10.º do diploma.

A Lei Orgânica 2/2020 entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2020.

Alteração ao Código de Procedimento Administrativo e regime transitório de simplificação de procedimentos administrativos

Lei n.º 72/2020, de 16 de novembro (DR 223, Série I, de 16 de novembro de 2020)

A Lei n.º 72/2020, de 16 de novembro ("Lei 72/2020") veio estabelecer um regime transitório de simplificação de procedimentos administrativos e alterar o Código de Procedimento Administrativo.

Por um lado, a Lei 72/2020 estabelece um regime transitório de simplificação de procedimentos administrativos, aplicável a todos os procedimentos administrativos, com exceção dos procedimentos de emissão de regulamentos administrativos e dos procedimentos de avaliação de impacto ambiental. Este regime transitório instituído pela Lei 72/2020 vigora até 30 de junho de 2021, aplicando-se aos procedimentos já em curso.

A este propósito, destacam-se os seguintes aspetos do regime transitório de simplificação de procedimentos administrativos, consagrado pela Lei 72/2020:

- i. Obrigação de realização de conferência procedimental deliberativa nos procedimentos em que haja lugar à emissão de pareceres ou outro tipo de pronúncia por parte de diversas entidades (artigo 3.º da Lei 72/2020);

- ii. A conferência tem de ser presidida e convocada pelo órgão competente para a emissão do último ato administrativo necessário para satisfazer a pretensão formulada pelo particular (artigo 4.º, n.º 1);
- iii. A conferência tem de ser convocada no prazo máximo de 15 dias a contar do início do procedimento (artigo 4.º, n.º 1);
- iv. Quanto aos procedimentos que envolvam conjuntamente entidades da administração direta e indireta e das autarquias locais ou entidades intermunicipais, as conferências realizar-se-ão periodicamente, no âmbito das comunidades intermunicipais e áreas metropolitanas e a sua convocação pertence ao presidente da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional respetiva (artigo 7.º).
- v. A audiência prévia é realizada oralmente, nos termos do artigo 80.º do CPA (artigo 4.º, n.º 3);
- vi. Definição de regras quanto aos quóruns da conferência procedimental (artigo 5.º); e
- vii. As deliberações das conferências são tomadas por maioria absoluta de votos dos membros dos órgãos presentes, mas a deliberação tem de ser negativa se assim votar qualquer entidade que tenha competência para emitir parecer obrigatório vinculativo ou ato administrativo preclusivo da pretensão do particular (artigo 6.º).

Por outro lado, a Lei 72/2020 procedeu à primeira alteração do CPA, modificando os artigos 23.º, 24.º, 25.º, 29.º, 64.º, 92.º, 112.º a 114.º, 128.º e 198.º e aditando o artigo 24.º-A. Esta alteração teve como principais objetivos: (i) a desmaterialização do procedimento administrativo; e (ii) a promoção da utilização dos meios eletrónicos na Administração Pública e consequente redução de prazos procedimentais.

As principais alterações ao CPA foram as seguintes:

- i. Funcionamento dos órgãos colegiais – foram alterados o n.º 1 do artigo 23.º, o n.º 4 do artigo 24.º, o n.º 3 do artigo 25.º e o n.º 1 do artigo 29.º e aditado o artigo 24.º-A, passando estas normas a prever a possibilidade dos membros de órgãos colegiais participarem nas reuniões através de meios telemáticos, sempre que as condições técnicas o permitam;
- ii. Documentos do processo administrativo – foram alterados os n.os 2, 3 e 4 do artigo 64.º, passando a prever-se, preferencialmente, a desmaterialização do processo administrativo, pelo que só excecionalmente deve o processo administrativo ser suportado em papel;
- iii. Forma e prazo dos pareceres – foram alterados os n.os 3 e 4 do artigo 92.º, reduzindo-se o prazo para emissão de pareceres de 30 para 20 dias;
- iv. Perfeição das notificações realizadas por meios eletrónicos – foi alterado o n.º 6 do artigo 113.º e, em consequência, a notificação realizada por meios eletrónicos passa a presumir-se efetuada no 5.º dia posterior ao seu envio ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando aquele não o seja, ao invés dos 25 dias anteriormente previstos na norma;

- v. Prazo de decisão dos procedimentos administrativos – foram alterados os n.os 1 e 6 do artigo 128.º, reduzindo-se os prazos de decisão dos procedimentos administrativos de 90 para 60 dias, no caso de procedimentos de iniciativa particular, e de 180 para 120 dias, no caso de procedimentos de iniciativa oficiosa; e
- vi. Prazo de decisão dos recursos hierárquicos – foi alterado o n.º 2 do artigo 198.º, reduzindo-se o prazo máximo de decisão de recursos hierárquicos de 90 para 60 dias.

Quanto à produção de efeitos das alterações introduzidas no CPA, a Lei 72/2020 estabelece que as alterações aos artigos 92.º, 114.º, 128.º e 198.º do CPA aplicam-se aos procedimentos administrativos iniciados após 1 de dezembro de 2020, enquanto as alterações aos artigos 23.º, 24.º, 25.º, 29.º, 112.º, 113.º do CPA e o artigo 24.º-A aditado ao CPA se aplicam já aos procedimentos administrativos em curso no momento da entrada em vigor da Lei 72/2020.

A Lei 72/2020 entrou em vigor no dia 17 de novembro de 2020.

Regime geral da gestão de resíduos, regime jurídico da deposição de resíduos em aterro e regime da gestão de fluxos específicos de resíduos

Decreto-Lei n.º 102-D/2020, de 10 de dezembro (DR 239, Série I, de 10 de dezembro de 2020)

O Decreto-Lei n.º 102-D/2020, de 10 de dezembro (“Decreto-Lei 102-D/2020”) veio aprovar o novo Regime Geral da Gestão de Resíduos (“RGGR”) e o novo Regime Jurídico da Deposição de Resíduos em Aterro, bem como veio alterar o Regime da Gestão de Fluxos Específicos de Resíduos (“Unilex”), o Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental e o Decreto-Lei n.º 42-A/2016, de 12 de agosto, que criou o Fundo Ambiental.

O Decreto-Lei 102-D/2020 transpõe ainda para a ordem jurídica interna as seguintes Diretivas:

- i. A Diretiva (UE) 2018/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, relativa aos veículos em fim de vida, a pilhas e acumuladores e respetivos resíduos e a resíduos de equipamentos elétricos e eletrónicos;
- ii. A Diretiva (UE) 2018/850, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, relativa à deposição de resíduos em aterros;
- iii. A Diretiva (UE) 2018/851, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, relativa aos resíduos; e
- iv. A Diretiva (UE) 2018/852, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, relativa a embalagens e resíduos de embalagens.

O objetivo essencial das atualizações feitas por este diploma é reduzir os resíduos gerados, promovendo abordagens circulares e dando primazia aos produtos reutilizáveis e aos sistemas de reutilização sustentáveis, rejeitando os produtos tóxicos e de utilização única.

Neste contexto, as principais novidades do RGGR são: (i) clarificação e definição do âmbito da gestão dos resíduos urbanos; (ii) alteração da estrutura do planeamento da gestão de resíduos e densificação do conteúdo dos planos nacionais de resíduos; (iii) novas normas relativas à prevenção da produção, fixando metas e objetivos mais exigentes ao nível da produção de resíduos urbanos, de resíduos perigosos e de resíduos alimentares na restauração; (iv) revisão do regime da taxa de gestão de resíduos, com vista a penalizar as operações de tratamento menos nobres na hierarquia dos resíduos; (v) previsão de metas relativas à preparação para a reutilização e à reciclagem de resíduos; e (vi) novos requisitos quanto à responsabilidade alargada do produtor.

Quanto ao Regime Jurídico da Deposição de Resíduos em Aterro, destaca-se o seguinte: (i) reforço do princípio da hierarquia dos resíduos; (ii) estabelecimento de metas para a redução da eliminação de resíduos por deposição em aterro, em especial a proibição, a partir de 2030, do envio para aterro de resíduos suscetíveis de serem reciclados ou valorizados; (iii) admissão da valorização de resíduos previamente depositados em aterro através de operações de mineração, sujeitas a autorização prévia da entidade licenciadora; e (v) previsão da competência das Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional para o licenciamento de aterros associados a estabelecimentos industriais.

No que diz respeito ao Unilex, as suas principais alterações incluíram: (i) o aumento do elenco de contraordenações ambientais leves, graves e muito graves; (ii) a regulação dos procedimentos e responsabilidades das indústrias e setores económicos; (iii) a fixação de metas nacionais quanto à operacionalização da gestão de fluxos de resíduos; e (iv) a integração das metas europeias de reciclagem de embalagens por tipo de material.

Para além da revogação do anterior RGGR e do anterior Regime Jurídico da Deposição de Resíduos em Aterro, o presente diploma procedeu ainda à revogação de inúmeros diplomas em matéria de resíduos, como foi o caso, designadamente: (i) do Decreto-Lei n.º 45/2008, de 11 de março (relativo a obrigações de transferência de resíduos); (ii) do Decreto-Lei n.º 46/2008, de 12 de março (regime da gestão de resíduos de construção e demolição); e (iii) do Decreto-Lei n.º 210/2009, de 3 de setembro (regime de constituição, gestão e funcionamento do mercado organizado de resíduos); entre outros.

O Decreto-Lei 102-D/2020 entra em vigor no dia 1 de julho de 2021.

Regulamento das Relações Comerciais dos Setores Elétrico e do Gás

Regulamento n.º 1129/2020, de 30 de dezembro (DR 252, Série II, de 30 de dezembro de 2020)

O Regulamento n.º 1129/2020, de 30 de dezembro ("Regulamento 1129/2020"), veio aprovar o novo Regulamento das Relações Comerciais dos Setores Elétrico e do Gás ("RRC"), revogando, por conseguinte, o Regulamento de Relações Comerciais do Setor Elétrico, aprovado pelo Regulamento n.º 561/2014, de 22 de dezembro, e o Regulamento de Relações Comerciais do Setor do Gás Natural, aprovado pelo Regulamento n.º 416/2016, de 29 de abril (artigo 434.º, Regulamento 1129/2020).

O RRC estabelece as regras aplicáveis às relações comerciais entre os vários sujeitos intervenientes no Sistema Elétrico Nacional e no Sistema Nacional de Gás, bem como às condições comerciais para ligação às redes públicas, à medição, leitura e disponibilização de dados de consumo, à escolha de comercializador e ao funcionamento dos mercados de energia elétrica ou de gás (artigo 1.º, n.º 2, do RRC).

As duas principais novidades trazidas pelo novo RRC são: (i) a consolidação das regras para a eletricidade e para um gás num único diploma e (ii) a organização interna do diploma mais focada no consumidor.

Ademais, destacam-se as seguintes novidades no RRC:

- i. Reforço das condições de verificação que devem ser seguidas na celebração de contratos de fornecimento de eletricidade e/ou de gás;
- ii. Limitação do período de fidelização nos contratos celebrados com consumidores para um prazo máximo de 12 meses, sem possibilidade de renovação automática (artigo 19.º, n.os 4 e 5, RRC);
- iii. Introdução da possibilidade de se reduzir a potência contratada antes de se interromper o fornecimento, em caso de incumprimento por parte do cliente das suas obrigações contratuais (artigo 79.º, n.º 3, RRC);
- iv. Suspensão da faturação dos encargos com o acesso às redes em caso de interrupção;
- v. Introdução de regras relativas ao relacionamento comercial em autoconsumo e previsão dos novos conceitos de autoconsumo coletivo e de comunidades de energia;
- vi. Distinção clara das modalidades de agregação e representação (artigo 261.º, RRC).

O RRC entrou em vigor a 1 de janeiro de 2021. Contudo, os deveres previstos no artigo 37.º do RRC só são aplicáveis a partir de 1 de março de 2021 (artigo 435.º, n.º 2, RRC).

2. Jurisprudencia

[Espanña]

El Tribunal Constitucional aprecia la vulneración de los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia como consecuencia de la denegación de la indemnización por prisión provisional indebida

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional n.º 153/2020, de 4 de noviembre. Recurso de amparo n.º 1555/2014

El recurso de amparo tiene por objeto la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014, que declaró no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 1042/2013, formalizado contra la sentencia de 8 de octubre de 2012 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso n.º 211/2011 interpuesto contra la resolución de 4 de febrero de 2011 del Ministerio de Justicia (expediente núm. 285/2010), denegatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional indebida. La reclamación fue presentada por la vía del artículo 294 LOPJ, que establece lo siguiente:

"1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

El demandante solicita que se otorgue el amparo por la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Considera que se ha producido en la sentencia que cerró el proceso un apartamiento irreflexivo y arbitrario de la doctrina previa sentada por el mismo Tribunal Supremo en orden a la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia en supuestos de inexistencia subjetiva del hecho imputado, con interpretación errónea del artículo 294 LOPJ y con desatención, por lo demás, de lo dispuesto en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del verdadero sentido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, en concreto en su sentencia de 13 de julio de 2010, *asunto Tendam c. España*.

La Sala, remitiéndose a los fundamentos jurídicos abordados en las sentencias del Tribunal Constitucional n.º 125/2019, de 31 de octubre, y n.º 85/2019, de 19 de junio, estima el recurso de amparo y reconoce el derecho del recurrente a que la decisión sobre su solicitud de indemnización se adopte, en cuanto a sus criterios rectores, de acuerdo con las exigencias constitucionales de los artículos 14 y 24.2 CE, señaladas en aquellas sentencias. Por ello, declara la nulidad de la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014 y ordena la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictarse la resolución de 4 de febrero de 2011 del Ministerio de Justicia, para que se resuelva la reclamación de responsabilidad patrimonial por prisión provisional de forma respetuosa con los derechos fundamentales a la igualdad y a la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional aprecia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al atribuir la sala de instancia efectos interruptores de la prescripción a las notificaciones defectuosas practicadas por la Administración

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional n.º 160/2020, de 16 de noviembre. Recurso de amparo n.º 1303/2017

El recurso de amparo tiene por objeto la impugnación, por vulneración del artículo 24.1 CE, de la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia

Nacional, de 10 de octubre de 2016, dictada en relación con una de providencia de apremio por determinadas liquidaciones tributarias.

Según el criterio de la parte recurrente, la vulneración se produce al haber incurrido la sentencia de la Audiencia Nacional en un error manifiesto sobre los presupuestos fácticos que sirvieron para resolver el asunto y porque en la motivación de la valoración de la prueba se omitió toda referencia a los medios de prueba aportados. En su opinión, se evidencia que existe un error patente, notorio, evidente y manifiesto en el hecho de que el órgano judicial estimase que no puso en conocimiento de la Agencia Tributaria su nuevo domicilio, así como en que considerara que las notificaciones se llevaron a cabo en el domicilio señalado en la documentación que la demandante de amparo presentó en la Comunidad de Madrid, error que queda patente para el Tribunal Constitucional cuando la propia Comunidad Autónoma comunicó personalmente las providencias de apremio —derivadas de las liquidaciones no notificadas personalmente, sino por edictos— en el domicilio correcto de la recurrente.

Según estima el Tribunal, ese error supuso de manera indebida dar por válidas las notificaciones por edictos, lo que impidió a la demandante impugnar las liquidaciones, además de haber permitido entender como no prescrito el derecho de la Administración a reclamar el pago, obligando a la interesada al abono del importe de estas y del recargo de apremio, sin apreciar —en contra de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en la materia— que la actuación defectuosa y poco diligente de la Administración conllevaba, por prescripción, la pérdida de su derecho a reclamar.

El Tribunal Constitucional recuerda a continuación su doctrina, que considera que un error del órgano judicial sobre las bases fácticas que han servido para fundamentar su decisión es susceptible de producir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables, si bien recuerda que no cabe otorgar relevancia constitucional a toda inexactitud o equivocación, sino que es necesario que concurren determinados requisitos. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva se vulnera cuando la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado, que no se corresponda con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que asiente su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, siempre que se trate de un error verificable, de forma incontrovertida, a partir de las actuaciones judiciales, y que sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico (*ratio decidendi*) de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error (entre otras, STC 6/2018, de 22 de enero, FJ 5).

Asimismo, el Tribunal Constitucional manifiesta que no puede calificarse de razonable una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales y perjudicando en paralelo al particular afectado por el acto administrativo, quien fue privado del conocimiento del procedimiento tributario en la fase de pago voluntario, aunque después fuera localizado en su domicilio real en la fase de apremio y ejecución de la deuda, todo ello como consecuencia de la falta de diligencia de la Administración al no realizar una notificación debida desde el momento inicial (por todas, STC 112/2019, de 3 de octubre, FJ 4).

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la apreciación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de que el acto administrativo había sido debidamente notificado no resulta conforme con el derecho a una resolución fundada en derecho, *ex* artículo 24.1 CE. La Sala, en efecto, ignoró que dichas notificaciones debían ser calificadas de defectuosas porque no se llevaron a cabo con la diligencia que la Administración debía desplegar para hacer posible la notificación personal a la interesada. No puede considerarse que haya existido falta de diligencia de la propia recurrente, pues lo cierto es que —como relatan y precisan el Ministerio Fiscal y la propia demandante— en diversos registros y documentos constaba su domicilio real (DNI, empadronamiento, declaraciones de IRPF, etc.).

El Tribunal Constitucional concluye que la validez que otorga la sentencia recurrida a la notificación defectuosa condicionó tanto la motivación que funda la respuesta judicial como el criterio equivocado que sienta la sentencia recurrida sobre la prescripción alegada, considerándola interrumpida en plazo y, por ende, conformes a la ley los actos dictados, con lo que se ha vulnerado el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El Tribunal Supremo declara que los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios para afrontar la pandemia. La falta de medios provocó una alta incidencia de contagios y fallecimientos en el personal sanitario, lo que ha supuesto una afectación de sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad física.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1271/2020, de 8 de octubre de 2020

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos contra la inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del artículo 12.4 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, y declara que los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios, lo que supuso una afectación sobre los derechos fundamentales que reconoce el artículo 15 de la Constitución Española en relación con los artículos 43.1 y 40.2 del mismo texto.

En primer lugar, la Sala se refiere a las condiciones en que puede impugnarse la actuación de la Administración, y concluye que la vía del artículo 29 de la LJCA para los supuestos de inactividad no es la idónea en este caso, dado que el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 establece principios, orientaciones o estándares, dejando un margen de actuación a la Administración en función del desarrollo de la crisis, pero no establece prestaciones concretas a exigir y cuyo cumplimiento pueda demandarse judicialmente. En concreto, la sentencia afirma que solamente se puede impugnar una falta de actuación administrativa con la modalidad de recurso prevista en el artículo 29 LJCA en aquellos casos en que nos encontremos ante una "*disposición general de la que nazca, sin necesidad de actos intermedios, una obligación de la Administración de efectuar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, tal como requiere el apartado 1 de ese precepto*".

Por eso, tampoco tiene sentido la exigencia de la reclamación previa a que se refiere el artículo 29, sobre la que se ha debatido en la instancia, que sí sería obligatoria en todo caso si la actuación se impugnara a través de la vía del artículo 29 LJCA.

En segundo lugar, la Sala se plantea si efectivamente faltó un suministro de los medios de protección necesarios a los profesionales de la salud, sobre la base de la vulneración de derechos fundamentales a través del procedimiento especial que regula la LJCA.

Sobre esta cuestión, responde que se trató de un *"hecho notorio"*, que *"no hubo una distribución de medios técnicos acorde con las necesidades puestas de manifiesto por la gestión de la crisis sanitaria"*, pues no había duda de que existía una obligación de proveer de medios (aunque la norma no impusiera una prestación concreta en los términos antes mencionados) ni tampoco existía duda sobre el derecho de los profesionales sanitarios a ser dotados de ellos.

La Sala aclara, además, que esta insuficiencia se produjo únicamente en los *"momentos iniciales"* de la pandemia, lo cual ha sido reconocido de una forma u otra por todas las partes.

Por esto, se acoge la primera pretensión de la demanda (que pedía que se declarara el incumplimiento por parte de la Administración y la lesión en que este derivó) y se aclara que, en cualquier caso, este incumplimiento debería predicarse del Sistema Nacional de Salud en su conjunto, incluyendo a las Comunidades Autónomas, pues hasta la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, el 14 de marzo de 2020, regía la distribución de competencias en materia de sanidad prevista en los Estatutos de Autonomía y en la legislación básica del Estado (sin perjuicio de que la demanda se dirija solo contra el Ministerio de Sanidad y el pronunciamiento no se pueda extender más allá de esos términos).

Finalmente, se desestiman las pretensiones destinadas a requerir el cese en la inactividad y a obligar a adoptar las medidas necesarias, pues se constata que en la actualidad no existe desabastecimiento, como han puesto de manifiesto los reportes presentados, que demuestran un progresivo incremento en el suministro y una progresiva normalización de la situación. En todo caso, si en la actualidad existiera ese desabastecimiento, la reclamación debería dirigirse contra los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, ya que estas recobraron la plenitud de sus competencias desde la finalización del estado de alarma.

El Tribunal Supremo declara que no cabe una autorización judicial para la entrada en el domicilio con objeto de la comprobación tributaria con fines *"prospectivos"*, *"estadísticos"* o *"prospectivos"* consistentes en el hallazgo de datos que se ignoran

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo nº. 1231/2020, de 1 de octubre de 2020

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra una sentencia dictada en apelación por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla —sentencia que confirma un auto judicial de autorización de entrada—.

El Tribunal Supremo considera que no es legítima la autorización judicial de entrada y registro en el domicilio del contribuyente basada en fines prospectivos, estadísticos o indefinidos.

El Tribunal Supremo recuerda la necesidad de motivación suficiente de las resoluciones judiciales que puedan afectar, limitar o restringir derechos fundamentales, en concreto, sobre en el derecho a la integridad del domicilio constitucionalmente protegido.

En este sentido, la sentencia establece la necesidad de motivar el auto judicial de autorización de entrada en el domicilio, sin que quepa presumir en la mera comprobación un derecho incondicionado o natural a entrar en él. No es suficiente motivación la autorización de entrada con fines prospectivos, estadísticos o indefinidos, "para ver qué se encuentra". Esto es, para el hallazgo de datos que se ignoran, en la medida en que "*no proceden las entradas para averiguar qué es lo que tiene el comprobado*". El estándar de motivación exige identificar con precisión qué concreta información se pretende obtener.

En virtud de lo anterior, el Alto Tribunal anula las resoluciones judiciales fiscalizadas en sede de casación por cuanto adolecen de una invalidante falta de motivación y, a la vez, de justificación, en la adopción del auto de entrada y su posterior respaldo en apelación.

El Tribunal Supremo declara que no puede identificarse el ámbito objetivo del recurso contencioso-administrativo con el tipo y alcance de las medidas cautelares, pues estas pueden y deben ser todas aquellas que impidan que se frustre la finalidad del recurso contencioso-administrativo, esto es, no cabe limitar la medida cautelar de suspensión única y exclusivamente al acto impugnado en el proceso

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1688/2020, de 9 de diciembre de 2020 (recurso n.º 7831/2018)

El recurso de casación se interpone contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Cataluña, de 3 de julio de 2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por una mercantil contra el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 8 de Barcelona que denegó la medida cautelar instada en el recurso contencioso-administrativo.

El recurso contencioso-administrativo se interpuso contra la Resolución, de 18 de mayo de 2017, de la Tesorería General de la Seguridad Social, que desestimó el recurso de alzada formulado contra la derivación de responsabilidad solidaria y contra las reclamaciones de deuda dirigidas contra la recurrente. En el escrito de interposición del recurso se solicitaba mediante otrosí, como medida cautelar, que se acordara la suspensión y paralización de las actuaciones ejecutivas para la realización, enajenación o subasta pública del inmueble propiedad de la mercantil recurrente, que había sido embargado por la indicada Tesorería.

Se cuestiona ante el Tribunal Supremo si cabe asimilar el ámbito objetivo del recurso contencioso-administrativo con el alcance de las medidas necesarias para garantizar la ejecución efectiva de la sentencia, o si, por el contrario, dichas medidas pueden exceder de aquel ámbito objetivo, siempre que guarden una relación relevante.

La Sala considera que no puede identificarse el ámbito objetivo del recurso contencioso-administrativo con el tipo y alcance de las medidas cautelares, pues estas pueden y deben ser todas aquellas que impidan que se frustre la finalidad del recurso contencioso-administrativo de conformidad con el artículo 129.1 LJCA. Dicho de otro modo, el Alto Tribunal considera que no cabe limitar la medida cautelar de suspensión única y exclusivamente al acto impugnado en el proceso, pues entender lo contrario supondría no respetar la finalidad de las medidas cautelares tendente a garantizar el efecto útil de la sentencia.

Como consecuencia de lo anterior, se considera que las razones que se expresan en la sentencia impugnada —para denegar la medida cautelar— y en el auto originario no pueden ser consideradas acordes con la interpretación y aplicación del sistema de justicia cautelar que diseña la LJCA.

Pese a ello, se deniega la medida cautelar solicitada por la mercantil, consistente en que *“se dicte Auto en virtud del cual se ordene la suspensión y paralización de las actuaciones ejecutivas para la realización, enajenación o subasta pública del inmueble propiedad de [...] que ha sido embargado por la TGSS”*. Y ello lo justifica la Sala en que, si bien es cierto que la finalidad de las medidas cautelares pretende preservar la efectividad de la sentencia que en su día se dicte, esto es, garantizar su efecto útil, y que efectivamente podría frustrarse tal finalidad con la enajenación por subasta del bien embargado acordado en ejecución del acto de derivación de responsabilidad solidaria impugnado, el efecto suspensivo solicitado podría haberlo alcanzado sin dificultad la mercantil recurrente mediante la paralización de los subsiguientes actos de ejecución del bien inmueble si hubiera impugnado el acto administrativo que le requiere el pago, la posterior providencia de apremio o la propia diligencia de embargo. Pero se optó por no hacerlo.

Con base en lo anterior, se declara que ha lugar al recurso de casación, se casan la sentencia y el auto impugnados, y se declara —compartiendo la conclusión, aunque no las razones de las resoluciones judiciales impugnadas— que no procede la adopción de la medida cautelar solicitada.

El Tribunal Supremo avala el uso obligatorio de la mascarilla al considerarla como una medida necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general de protección de la salud pública, ya que puede contribuir a frenar la pandemia

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1569/2020, de 20 de noviembre de 2020

El Alto Tribunal desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular, por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, contra la Orden SND/422/2020, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El Tribunal Supremo niega que vulnere los derechos fundamentales que aduce el recurrente y, por el contrario, entiende que en una situación de pandemia como la generada por el virus debe prevalecer el derecho a la salud de todos sobre el interés particular del demandante en contagiarse para alcanzar la inmunidad.

En primer término, la Sala rechaza que el recurso haya perdido sobrevenidamente su objeto por el hecho de que la Orden haya perdido su vigencia. La Sala explica que, si bien de ser estimatoria

la sentencia no tendría más alcance que el puramente declarativo, ello no convierte en innecesario un pronunciamiento del Tribunal. Además, apunta que en ese momento el uso obligatorio de mascarillas goza de cobertura superior a norma reglamentaria.

La Sala también descarta que la Orden haya incurrido en desviación de poder por seguir las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud. Se reconoce que el Ministerio de Sanidad puede seguir las recomendaciones, dada la pertenencia de España a dicha organización, sin que tal conducta evidencie que el Ministerio de Sanidad las hubiera utilizado o utilice para un fin distinto del establecido por el ordenamiento jurídico.

Seguidamente, el Tribunal pasa a examinar la posible vulneración de derechos que alega el recurrente. En lo que respecta al derecho a la información reconocido por el artículo 20 CE, se niega su vulneración, por cuanto la recurrente no hizo ninguna mención sobre vulneración de acceso rápido a los datos de la pandemia y a su calidad ni tampoco a la necesidad de información fiable de los poderes públicos para enfrentarse a la situación. Su invocación se realizó en relación con el derecho a la libertad individual (no uso de mascarillas).

En cuanto a los derechos a la libertad individual y a la integridad física y moral contenidos en el artículo 15 CE, el Alto Tribunal sostiene que, en una situación de pandemia como la generada por el COVID-19, resulta evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, esto es, el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual de contraer el virus para adquirir inmunidad. Parte para ello de la presunción de que las medidas adoptadas por los poderes públicos tienden a la supervivencia de la comunidad, y que entre ellas se encuentra el uso generalizado de mascarillas como “barrera” de protección, medida que ha sido también adoptada por muchos otros países.

Afirma que resulta patente que la intervención estatal en la libertad individual en el ámbito de la integridad personal física y moral mediante el uso de la mascarilla resulta proporcionada al fin perseguido de protección de la salud de los ciudadanos considerados en su globalidad, y que se trata de una protección terapéutica no especialmente invasiva. En definitiva, reputa legítima la disposición que ordena el uso de mascarilla, debido a que, en el actual estado de conocimiento de propagación del virus, es necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general de protección de la salud, al constituir una medida que puede contener la progresión de la pandemia.

Por último, se niega que se hayan vulnerado los derechos al derecho al honor y a la propia imagen del recurrente, garantizados por el artículo 18 CE. El Alto Tribunal considera que el contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, “*dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento*” (STC 185/1989). En consonancia con tal doctrina constitucional, señala que ser receptor de crítica por rechazar el uso de mascarillas entra en el ámbito de la polémica sobre una cuestión de suma actualidad, sin que pueda calificarse, de entrada, como deshonroso. Por otra parte, respecto al derecho a la propia imagen, recuerda que no es un derecho absoluto, sino que su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales, y que en el supuesto del recurrente no consta que su imagen hubiera sido captada o difundida sin mascarilla sin su autorización.

El Tribunal Supremo declara que el órgano competente para resolver puede sancionar, modificando para ello la calificación jurídica realizada por el órgano instructor, siempre que no se base en hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción y se respete el derecho de defensa

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1382/2020, de 22 de octubre de 2020

Se estima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 18 de febrero de 2019, que anuló la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNC, de 22 de diciembre de 2016, que impuso a Radio Popular (COPE) tres sanciones de multa de 50.001 euros por la comisión de otras tantas infracciones tipificadas como graves en la Ley 7/2010, General de Comunicaciones Audiovisuales ("LGCA"), consistentes en la emisión de tres comunicaciones radiofónicas que fomentan comportamientos nocivos para la salud.

La sentencia recurrida fundamentó la decisión de anular la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNC en que dicho órgano había infringido de forma palmaria el principio acusatorio, que tiene su reflejo en el artículo 24.2 CE, que se incardina en el derecho a ser informado de la acusación, por cuanto resuelve el expediente sancionador imponiendo tres sanciones de multa en contra del criterio del instructor del expediente, que había propuesto el archivo del procedimiento.

La cuestión aducida en el recurso de casación y sobre la que el Alto Tribunal debe pronunciarse es la transcendencia jurídica que, sobre la posterior decisión definitiva del expediente sancionador, pueda desprenderse de la propuesta del instructor de declaración de no existencia de infracción.

Dando respuesta a la cuestión de interés casacional, el Tribunal Supremo declara que el principio acusatorio —que constituye una de las garantías estructurales del proceso penal, cuya protección se reconoce en el artículo 24.2 CE, vinculado al derecho de defensa, al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho a ser informado de la acusación— debe modularse cuando se trate de su aplicación en el procedimiento administrativo sancionador, de modo que, a diferencia de la transcendencia que tiene en el proceso penal, en este ámbito no comporta que el órgano competente para resolver un expediente sancionador no pueda imponer una sanción, modificando para ello la calificación jurídica efectuada por el órgano instructor, siempre que no se base en la consideración de hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción (salvo en el supuesto de que se hayan practicado actuaciones complementarias para su concreción definitiva en la ulterior fase decisoria) y se respete el derecho de defensa, en los términos establecidos en el artículo 20 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, (en la actualidad, el artículo 80.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

La Sala considera que la Audiencia ha llevado a cabo una interpretación inadecuada del artículo 24.2 CE, pues de este —interpretado tanto en su literalidad como de forma sistemática, y a la luz de las garantías constitucionales que estructuran el procedimiento administrativo sancionador—

no se desprende que el órgano que resuelve no esté facultado para determinar si procede o no imponer una sanción por estar vinculado, en virtud del principio acusatorio, al criterio mantenido por el órgano instructor, atendiendo a las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes que resulten, a su juicio, relevantes. Por el contrario, de esa disposición se deduce que puede modificar la calificación jurídica formulada por el órgano instructor, puesto que lo que prohíbe es únicamente que se produzca esa alteración sin dar la oportunidad al presunto responsable de formular las alegaciones que estime convenientes en su descargo. La sentencia recurrida habría efectuado una transposición del principio acusatorio tal como se entiende en el proceso penal, sin introducir las modulaciones que exige su aplicación en el ámbito del derecho administrativo sancionador, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional.

Por último, el Tribunal Supremo tampoco aprecia que se hayan vulnerado ni el principio de tipicidad ni el derecho a la presunción de inocencia, ya que, partiendo de los hechos que la Audiencia considera probados, coincidentes con los fijados en la resolución, la valoración de las conductas infractoras, dadas las circunstancias de las cuñas publicitarias cuestionadas, es congruente con la prohibición contemplada en el artículo 18.3 LGCA, relativa a la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud, puesto que los anuncios no contienen advertencias que sirvan para hacer comprender al público en general, y a los menores en particular —potenciales oyentes de los programas deportivos radiofónicos en los que se difundieron— los efectos nocivos que para la salud produce el consumo inmoderado de alcohol.

[Portugal]

Uniformização de Jurisprudência – Competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais

Acórdão de 7 de maio de 2020 (Processo n.º 19/19.8BESNT-A) – STA

No acórdão em apreço, estava em causa a competência dos tribunais administrativos para conhecer de uma ação executiva de uma contraordenação em matéria urbanística instaurada após 1 de setembro de 2016.

No presente caso, o Ministério Público propôs, a 7 de janeiro de 2019, uma ação executiva para pagamento de coima em matéria urbanística, fixada pela Câmara Municipal de Cascais à arguida por esta manter um estabelecimento de lar de idosos sem licença para o efeito.

Porém, por decisão proferida a 5 de fevereiro de 2019, o TAF de Sintra declarou-se incompetente em razão da matéria para conhecer desta ação de execução, considerando competente a jurisdição comum. O Ministério Público recorreu para o TCAS, que negou provimento ao recurso, considerando igualmente o TAF incompetente para conhecer do processo de execução.

Com efeito, o TCAS considerou como data relevante para aferir da competência dos tribunais para a apreciação da ação executiva a data de instauração do respetivo processo contraordenacional, ao invés da data em que a ação tinha sido instaurada. Assim, como o processo de contraordenação tinha sido instaurado em data anterior a 1 de setembro de 2016, os tribunais administrativos ainda não seriam competentes para conhecer de processos relacionados com contraordenações em matéria urbanística.

Neste seguimento, o Ministério Público interpôs recurso para uniformização de jurisprudência do acórdão do TCAS para o Pleno da Secção de Contencioso Administrativo do STA, pugnando pela competência dos tribunais administrativos para apreciarem processos de execução de contraordenações em matéria urbanística. A questão em análise neste acórdão consistia, assim, em determinar qual o momento relevante para aferir da competência do tribunal – se o momento da instauração do processo de contraordenação, se o momento de instauração da respetiva ação executiva –, uma vez que, com a alteração do ETAF, os tribunais administrativos passaram a ser competentes para apreciar os processos relativos a impugnações ou execuções de contraordenações em matéria urbanística a partir de 1 de setembro de 2016.

No entendimento do STA, o momento relevante para aferir da competência dos tribunais administrativos seria o da propositura da ação em causa, de acordo com o artigo 5.º do ETAF. Assim, a competência dos tribunais administrativos não seria aferida no momento de instauração do respetivo processo contraordenacional, que corre perante uma entidade administrativa, mas antes no momento da propositura da ação executiva pelo Ministério Público, tal como era entendimento reiterado do Tribunal de Conflitos.

Ora, tendo em conta que a partir de 1 de setembro de 2016 os tribunais administrativos passaram a ser competentes para apreciar ações de impugnação de coimas ou ações de execução para pagamento de coima relativa a contraordenações em matéria urbanística, nos termos da alínea I) do n.º 1 do artigo 4.º e do n.º 5 do artigo 15º, ambos do ETAF, e que a ação executiva tinha sido proposta a 7 de janeiro de 2019, o STA decidiu que os tribunais administrativos eram competentes para a apreciação desta ação.

Por conseguinte, o STA uniformizou jurisprudência nos seguintes termos: “[a] partir de 1 de setembro de 2016 e para as ações executivas que vierem a ser instauradas em juízo desde aquela data, ‘ex vi’ dos arts. 04.º, n.º 1, als. I) e n), do ETAF, 157.º, n.º 5, do CPTA, 61.º e 89.º do DL n.º 433/82, de 27/10, 15.º, n.º 5, do DL n.º 214 -G/2015, de 2/10, cabe à jurisdição administrativa a competência para a execução jurisdicional das decisões administrativas que, por violação de normas de direito administrativo em matéria de urbanismo, hajam aplicado coimas e tenham estas sido alvo ou não de impugnação”.

Tribunal de Contas – Emolumentos – Processo de fiscalização prévia

Acórdão n.º 478/2020 (DR 224, Série II, de 17 de novembro de 2020) - TC

No presente acórdão, o TC apreciou a conformidade com a Constituição da interpretação feita pelo TContas do n.º 2 do artigo 6.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (“RJETC”), no sentido de que decorria desta norma a obrigação legal de os contraentes privados pagarem os emolumentos relativos a processos de fiscalização prévia de atos e contratos, sempre que a decisão do TContas lhe seja favorável e do ato resultem pagamentos a seu favor.

A este propósito, alegaram as Recorrentes que esta interpretação do n.º 2 do artigo 6.º do RJETC violaria o princípio da igualdade, a reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República e o princípio da proporcionalidade.

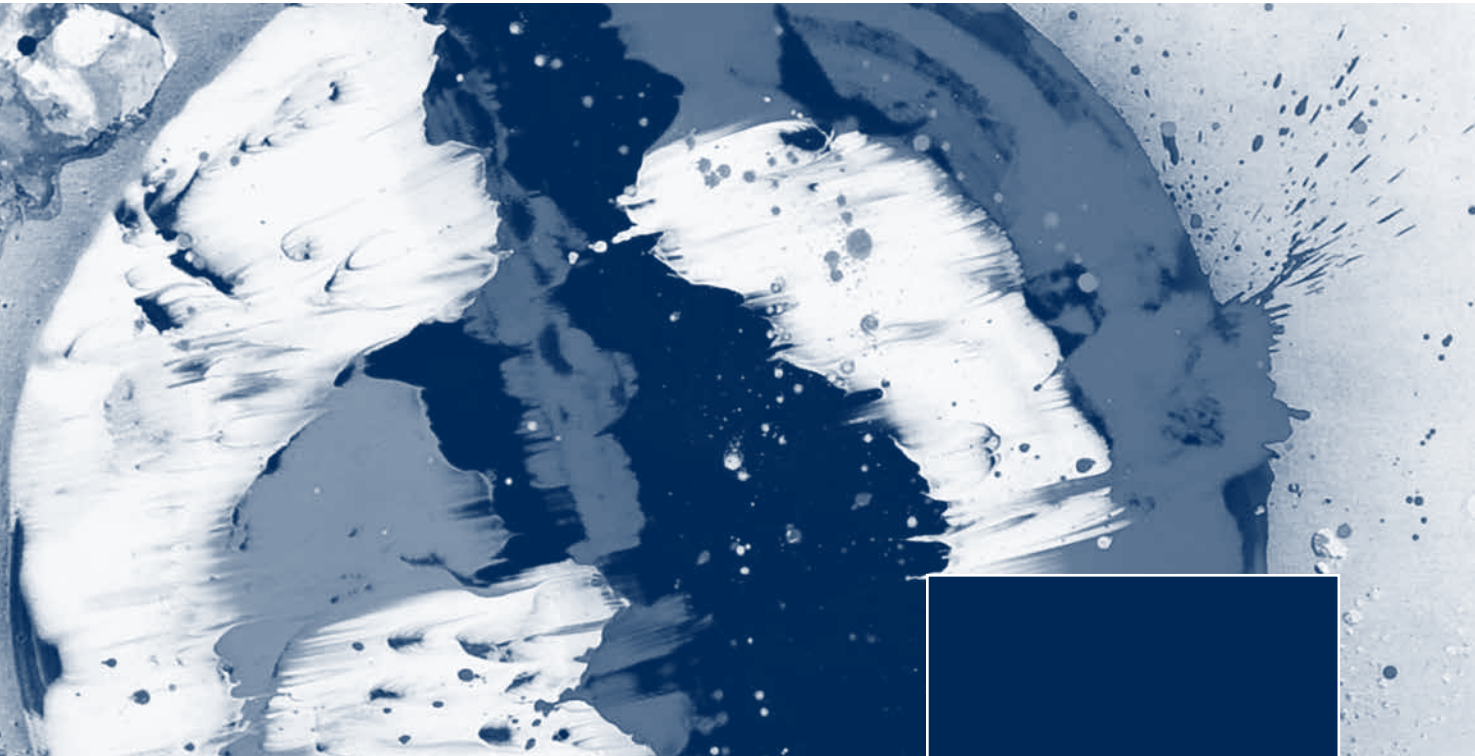
O TC começou por determinar que os emolumentos, como tem sido entendimento jurisprudencial constante deste Tribunal, têm a natureza de taxas, uma vez que constituem uma contrapartida devida ao TContas pelos serviços prestados por este no âmbito da sua competência de fiscalização preventiva. Por esta razão, a aprovação dos emolumentos não caberia na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, nos termos do n.º 2 do artigo 103.º e da alínea a) do n.º 2 do artigo 165.º da CRP.

De seguida, apreciando a conformidade da interpretação que o TContas faz do n.º 2 do artigo 6.º do RJETC, o TC entendeu que o serviço prestado pelo TContas no âmbito de fiscalização prévia, quando está em causa a celebração de contratos com particulares, é proveitoso para todas as partes, sendo que todos os contraentes são interessados diretos neste processo.

O TC afirmou ainda que o particular só é chamado a assumir o encargo quando a prestação de serviços se traduz numa vantagem que pode alcançar relevante expressão económica, isto é, na situação em que este retira um proveito efetivo e próprio dos serviços prestados pelo TContas, e não terá de o pagar caso a decisão não lhe seja favorável. No entendimento do TC, existe, assim, uma repartição dos custos da atividade do TContas em função da utilidade ou benefício que se extrai da decisão deste e da qual resulta a perceção de uma vantagem patrimonial. Por esta razão, o TC defende que a interpretação realizada pelo TContas do n.º 2 do artigo 6.º do RJETC não é desproporcional e que tal só ocorreria no caso de o contraente privado não retirar qualquer proveito do processo de fiscalização prévia.

Por conseguinte, o TC negou provimento ao recurso, decidindo no seguinte sentido: *“Não julgar inconstitucional o artigo 6.º, n.º 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas [...] quando interpretado no sentido de recair sobre o contraente privado o dever de pagar a totalidade dos emolumentos devidos em processos de fiscalização prévia dos contratos a que se refere a alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º do RJETC, sempre que a decisão do Tribunal lhe seja favorável e do ato fiscalizado resultem pagamentos a seu favor”*.

9 de febrero de 2021



Arbitraje y
Mediación

Arbitraje y Mediación*

9 de febrero de 2021

1. Arbitraje de Inversión

En un nuevo arbitraje de inversión basado en el TCE, España ha sido condenada a pagar 22 millones de euros por la retroactividad de los cambios regulatorios al régimen retributivo de las energías renovables introducidos en 2013

Laudo CIADI n.º ARB/15/16, de 25 de enero de 2021, BayWa R.E. Renewable Energy GmbH y BayWa R.E. Asset Holding GmbH c. Reino de España

El 25 de enero de 2021, el tribunal administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI") en un arbitraje iniciado por dos empresas alemanas del grupo "BayWa" (las "Demandantes" o "BayWa") contra el Reino de España, ha dictado el laudo final en el que cuantifica en 22 millones de euros la indemnización que el Reino de España deberá pagar a las Demandantes.

El tribunal, en su decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y directrices sobre *quantum* de 2 de diciembre de 2019, resolvió por mayoría que España había incumplido la garantía de estabilidad prevista en el artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía ("TCE"). El incumplimiento se declaró solo en lo que respecta a la aplicación retroactiva de las medidas controvertidas. No obstante, la decisión desestimó la mayor parte de la demanda presentada por BayWa por los cambios regulatorios al régimen de energías renovables.

En este sentido, conviene señalar que el marco regulatorio promulgado en 2013 mediante el RD-L 9/2013 del 12 de julio de 2013 y desarrollado posteriormente, entre otros, por el RD 413/2014 y la OM IET/1045/2014, tenía en cuenta la retribución obtenida hasta el momento bajo el régimen anterior a efectos de determinar la retribución a percibir por los productores de energías renovables bajo el nuevo régimen retributivo. A este efecto, se deducían de los pagos futuros las cantidades percibidas con anterioridad que superasen el umbral de rentabilidad del 7,398 %. Ello provocó

* Esta sección ha sido coordinada por Heidi López Castro, y en su elaboración han participado Jesús Saracho Aguirre, Olga Puigdemont Sola, Sebastián Green Martínez, Diego Sobejano Nieto, Carlos Hernández Durán, Ana Amorín Fernández, Atenea Luana Martínez, Jana Lamas de Mesa, Santiago Rodríguez Senior, Daniel García Clavijo, Juan Domingo Araque, Alberto de Unzurrunzaga Rubio, Ángela Gil-Arrondo López, Julia de Castro Velasco, Alberto Fernández Matía, Anna María Sánchez Santana, Elena Gillis Cintrano, Adelaida Torres Rovi, Sara Aquilue Borau y Marta González-Ruano Calles, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

que algunas instalaciones eólicas, como la de las Demandantes, dejaran de ser beneficiarias del régimen retributivo y, por tanto, dejaran de percibir los subsidios.

El tribunal, en su decisión de 2 de diciembre de 2019, invitó a las partes a que llegaran a un acuerdo sobre el importe de la indemnización que España debería pagar a BayWa por la retroactividad de las medidas, declarada contraria al TCE.

Baywa y el Reino de España fracasaron en su intento de llegar a un acuerdo. En marzo de 2020, las partes solicitaron al tribunal que fuera este quien decidiera sobre las cuestiones de *quantum* pendientes. Así lo hizo el tribunal en el laudo final dictado el 25 de enero de 2021.

Los árbitros entendieron que la metodología para calcular la indemnización debía permitir reflejar una situación en la que las medidas controvertidas entraran en vigor, pero sin tener en cuenta la magnitud de las cantidades previamente percibidas, es decir, eliminando el efecto de la retroactividad.

En su análisis, el tribunal sostiene que la pérdida causada a las plantas de BayWa es la retribución a la que las Demandantes tuvieron que renunciar debido a la aplicación retroactiva de las medidas controvertidas, es decir, desde el 13 de julio de 2013.

Cabe destacar que, como el tribunal estimó que las medidas controvertidas (sin retroactividad) eran compatibles con el TCE, la retribución fijada bajo el nuevo régimen también sería compatible con el TCE. Por ello, a efectos del cálculo de los daños, el tribunal utiliza, por ejemplo, el método de cálculo del valor neto de los activos por referencia a una instalación tipo previsto en el RD-L 9/2013.

El tribunal cuantifica el daño a 13 de julio de 2013 en 22 millones de euros y determina que el período comprendido entre el 13 de julio de 2013 y la fecha de pago del laudo se compensará mediante una tasa a seis meses del euríbor, compuesta semestralmente.

El tribunal arbitral desestima la pretensión de los demandantes y concluye que no existe expropiación indirecta por cuanto las omisiones incurridas por el Estado no tuvieron efectos económicos sobre la inversión

Laudo CIADI n.º ARB/17/16, de 11 de enero de 2021, Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. República de Chile

El pasado 11 de enero de 2021, el tribunal desestimó por mayoría las reclamaciones de los Sres. Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos (los “Demandantes”) en contra de la República de Chile (“Chile”).

La disputa involucra la inversión de los Demandantes en dos compañías chilenas, Alsacia S. A., y Express de Santiago Uno S. A. (las “Compañías”), que participaban en la administración y supervisión de una parte del sistema de transporte de la ciudad de Santiago. El 1 de mayo de 2012, las Compañías firmaron dos contratos de concesión con el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones chileno (el “MTT”) para la administración de varias rutas de transporte de autobús. Dichos contratos, a diferencia de otros que habían suscrito en el año 2005 con el MTT y que fueron

resueltos en el año 2011, establecían un sistema de remuneración sujeto al número de pasajeros que utilizaran las rutas adjudicadas.

Bajo esta nueva modalidad contractual, las Compañías atravesaron serios problemas económicos que las llevaron a acumular una deuda de 464 millones de dólares. Por esta razón, las Compañías iniciaron sendos procedimientos de reorganización que se extendieron hasta el mes de octubre de 2017. Dado que los contratos de concesión habían sido suscritos hasta octubre de 2018, el MTT emitió un decreto de expropiación de algunas de las rutas asignadas a las compañías e inició gestiones para la realización de ofertas públicas de algunas de las rutas de autobús antiguamente asignadas a las Compañías.

Los Demandantes alegaron la existencia de una expropiación indirecta devenida de la frustración de sus expectativas legítimas como consecuencia de una serie de actos y omisiones perpetrados por Chile que causaron la destrucción de sus inversiones (*i. e.*, el valor de las acciones de los Demandantes en las Compañías).

Dichos actos consistían en (a) la no ejecución de un plan maestro adoptado por Chile en ejercicio de su soberanía; (b) la insuficiencia u omisión del respaldo prestado por Chile a las Compañías en sus labores de contrarrestar la evasión; (c) el incumplimiento de las obligaciones de Chile en cuanto a la protección del orden público en el servicio de transporte para evitar actos de vandalismo; (d) la negación por parte de Chile de autorizar el aumento de la flota de las Compañías, en detrimento de su compromiso de garantizar que las Compañías contarían con la flota suficiente para poder prestar los servicios contemplados en su programa de operación; (e) el sometimiento de las Compañías a la imposición de descuentos y multas inapropiados; (f) la eliminación de los servicios prestados en varias rutas que correspondían a las Compañías; y (g) la negligencia de Chile en garantizar el equilibrio económico del contrato mediante la revisión programada y excepcional de los servicios.

El tribunal arbitral analizó cada uno de los actos u omisiones alegados por los Demandantes con el objeto de determinar si efectivamente se produjo la frustración de las expectativas legítimas que produjo la necesidad de llevar a cabo la expropiación.

El análisis realizado por el tribunal invoca cuatro elementos a ser tomados en cuenta en el estudio de cada uno de los actos y omisiones alegados por los Demandantes.

En primer lugar, establece que, para que se materialice una expropiación indirecta, los actos del Estado deben haber destruido de plano la capacidad de generación de dividendos de las acciones. En relación con este punto, el tribunal realiza un análisis de los efectos económicos de las medidas adoptadas por el Estado y establece que una mera pérdida de utilidades es insuficiente para decretar la existencia de una expropiación indirecta.

En segundo lugar, el tribunal arbitral refiere que no es suficiente con realizar un análisis de los efectos económicos de las medidas adoptadas y establece que resulta necesario determinar en qué medida la acción del gobierno interfiere con "*expectativas inequívocas y razonables de la inversión*". De acuerdo con el análisis realizado por el tribunal, el estándar utilizado en el acuerdo ("*expectativas inequívocas y razonables de la inversión*") sugiere una interpretación más exigente

que la de "*expectativas legítimas*" sobre la cual los Demandantes fundamentaron su reclamación, en atención al uso de la palabra *inequívocas*.

En tercer lugar, el tribunal analiza la necesidad de identificar las medidas con un "*carácter de acción gubernamental*", es decir, la medida debe tener el carácter de acción soberana y no ser meramente contractual.

Por último, el tribunal hace referencia a la necesidad de identificar una relación de causalidad entre las medidas adoptadas y el daño causado.

El tribunal concluye que solo las omisiones de Chile en relación con la lucha contra la evasión y el vandalismo son de carácter soberano y frustraron las expectativas inequívocas y razonables de los Demandantes. En cambio, el resto de los actos y omisiones no cumplen con los requisitos establecidos para la determinación de la existencia de medidas expropiatorias.

No obstante, al analizar el impacto económico de las omisiones de Chile en materia de vandalismo y evasión sobre la inversión de los Demandantes en las Compañías, el tribunal concluye que dicho impacto es nulo y, por tanto, dichas omisiones no constituyeron la causa de la destrucción del valor de las Compañías ni de la capacidad de generar dividendos de las acciones de los Demandantes en las Compañías.

En consecuencia, por cuanto el impacto económico de las omisiones referidas no generó la privación del beneficio correspondiente a los Demandantes, el tribunal concluye que Chile no ha expropiado indirectamente las inversiones de los Demandantes y que no ha violado ninguna disposición del acuerdo.

2. Jurisprudencia española

El Tribunal Constitucional establece que el control judicial del arbitraje no reside en el artículo 24 de la Constitución y que la noción de orden público es un remedio extremo y excepcional que solo puede amparar situaciones procedimentales de indefensión o de vulneración de los derechos fundamentales

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, n.º de recurso 3956/2018, de 15 de febrero de 2021

El Tribunal Constitucional (el "TC") declara la nulidad de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el "TSJM") que, a su vez, había anulado un laudo adoptado en el marco de un arbitraje de equidad. El recurso de amparo en cuestión se promovió contra la Sentencia 1/2018 de 8 de enero de 2018 del TSJM, así como contra el Auto del TSJM de 22 de mayo de 2018 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones presentado por los recurrentes en amparo (conjuntamente, las "Resoluciones").

En esencia, la sentencia del TSJM había estimado la demanda de anulación interpuesta contra el laudo por considerar que este no se encontraba suficientemente motivado, al no ponderar toda la prueba practicada y ser, por tanto, contrario al orden público *ex art. 41.1 (f) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (la "LA").

Los recurrentes en amparo impugnaron las Resoluciones alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española (la "CE") bajo el argumento de que el TSJM se había extralimitado en su función de control de la motivación externa del laudo.

En su sentencia, el TC recuerda que la acción de anulación, como mecanismo de control judicial previsto por la legislación arbitral, tiene un contenido muy limitado que no permite revisar el fondo de la cuestión decidida por el árbitro. La acción de anulación tampoco puede considerarse una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Esto es así porque el laudo surte efectos de cosa juzgada, y salvo que la resolución arbitral pueda tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público.

En línea con lo anterior, el TC advierte que la interpretación del concepto de orden público a la hora de revisar un laudo ha de ser restrictiva, puesto que lo contrario supondría vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) que decidieron renunciar a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE) y, por tanto, al deber de motivación que sí le es exigible a una resolución judicial *ex art. 24 CE*.

En relación con el canon de motivación exigible legalmente en el arbitraje, *ex art. 37.4 LA*, distinto del propio de la jurisdicción, el TC precisa que los laudos deben contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer los criterios (jurídicos o de equidad) que fundamentan la decisión, y que estos no pueden ser arbitrarios ni incurrir en error patente. En el caso específico del arbitraje de equidad, el TC entiende además que el canon de motivación es más tenue, aunque sigue exigiendo que se plasmen los fundamentos que permitan conocer las razones por las cuales el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones de los litigantes.

En relación con el supuesto enjuiciado, el TC considera que el laudo contenía motivación suficiente, sin apreciar en él ninguna quiebra, incoherencia o contradicción. En consecuencia, el TC concluye que la sentencia que lo anuló vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) de los recurrentes, por pretender incluir en la noción de orden público lo que simplemente es una mera discrepancia del TSJM con la valoración de la prueba practicada por el árbitro. De no entenderse así, se estaría produciendo una auténtica mutación de la acción de anulación, cuyo único fin es el remedio de situaciones extremas y excepcionales de indefensión efectiva y real, vulneraciones de derechos fundamentales o la salvaguarda del orden público español. Esto supone —prosigue el TC— que las meras infracciones de procedimiento que no supongan afectación material de los derechos o situación jurídica de las partes no pueden servir de excusa para lograr la anulación de los laudos.

Por todo ello, el TC estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del TSJM y declara la nulidad de las Resoluciones, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la fecha de la sentencia.

La Audiencia Provincial de Asturias desestima un recurso de apelación planteado por un árbitro y confirma su responsabilidad profesional por incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad

Sentencia 362/2020, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Cuarta, de 24 de septiembre de 2020

La Audiencia Provincial de Asturias (la "APA") confirma la sentencia de instancia que condenó al árbitro demandado al pago de 339.635,80 euros por incumplimiento de sus deberes de independencia e imparcialidad.

En el procedimiento de instancia, los demandantes ejercitaron una acción de responsabilidad civil frente a un árbitro con base en el artículo 21 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (la "Ley de Arbitraje"). Los demandantes alegaron que el árbitro aceptó su nombramiento pese a carecer de la necesaria independencia e imparcialidad, y que además continuó con su labor desestimando las recusaciones que le fueron formuladas. Por ello, los demandantes plantearon acciones de anulación de los dos laudos dictados, que fueron estimadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias (el "TSJA").

El árbitro, actuando como recurrente en el presente procedimiento, sostiene en el recurso de apelación que el efecto de cosa juzgada de las sentencias del TSJA no se extiende al procedimiento de responsabilidad, puesto que él no intervino ni fue parte en los juicios de anulación de los laudos. Ante esto, la APA afirma que las declaraciones de nulidad son firmes y que no pueden desligarse de la causa que las motiva; de lo contrario se estaría ante sentencias contradictorias. Por tanto, lo que procede es analizar la valoración de la conducta del árbitro. En este sentido, la APA comparte los razonamientos del TSJA.

En primer lugar, la APA entiende que el árbitro infringió el deber de independencia e imparcialidad que le impone el artículo 17 de la Ley de Arbitraje. En síntesis, la Sala establece que de los hechos se desprende la existencia de una relación profesional entre el árbitro y los demandantes. Además, destaca el hecho de que al árbitro no le pudo resultar indiferente que una de las partes sometida al arbitraje promoviera su cese como asesor de una compañía, cargo que reportaba 12.000 euros anuales a su bufete.

En segundo lugar, en cuanto a los requisitos que establece el artículo 21 de la Ley de Arbitraje para apreciar responsabilidad profesional, la Sala considera que en este caso concurre, como mínimo, negligencia grave. Así, se afirma que el árbitro era consciente de que las circunstancias objetivas plantearían a cualquier persona dudas razonables y justificadas acerca de su independencia e imparcialidad, citando la APA lo dispuesto en las directrices de la International Bar Association sobre conflictos de intereses. No obstante lo anterior, el árbitro no solo aceptó su nombramiento, sino que se negó a apartarse cuando los demandantes solicitaron su recusación. Por ello, la APA entiende que la negligencia del árbitro es inexcusable, sin que sea necesario apreciar intención de perjudicar.

Por último, la Sala estima la relación de causalidad entre la conducta del árbitro y los daños generados a los demandantes, y también confirma el *quantum* de la indemnización fijado por el Juzgado de Primera Instancia.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid inadmite una solicitud de *exequatur* por falta de apostilla del laudo

Auto 13/2020, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de noviembre de 2020

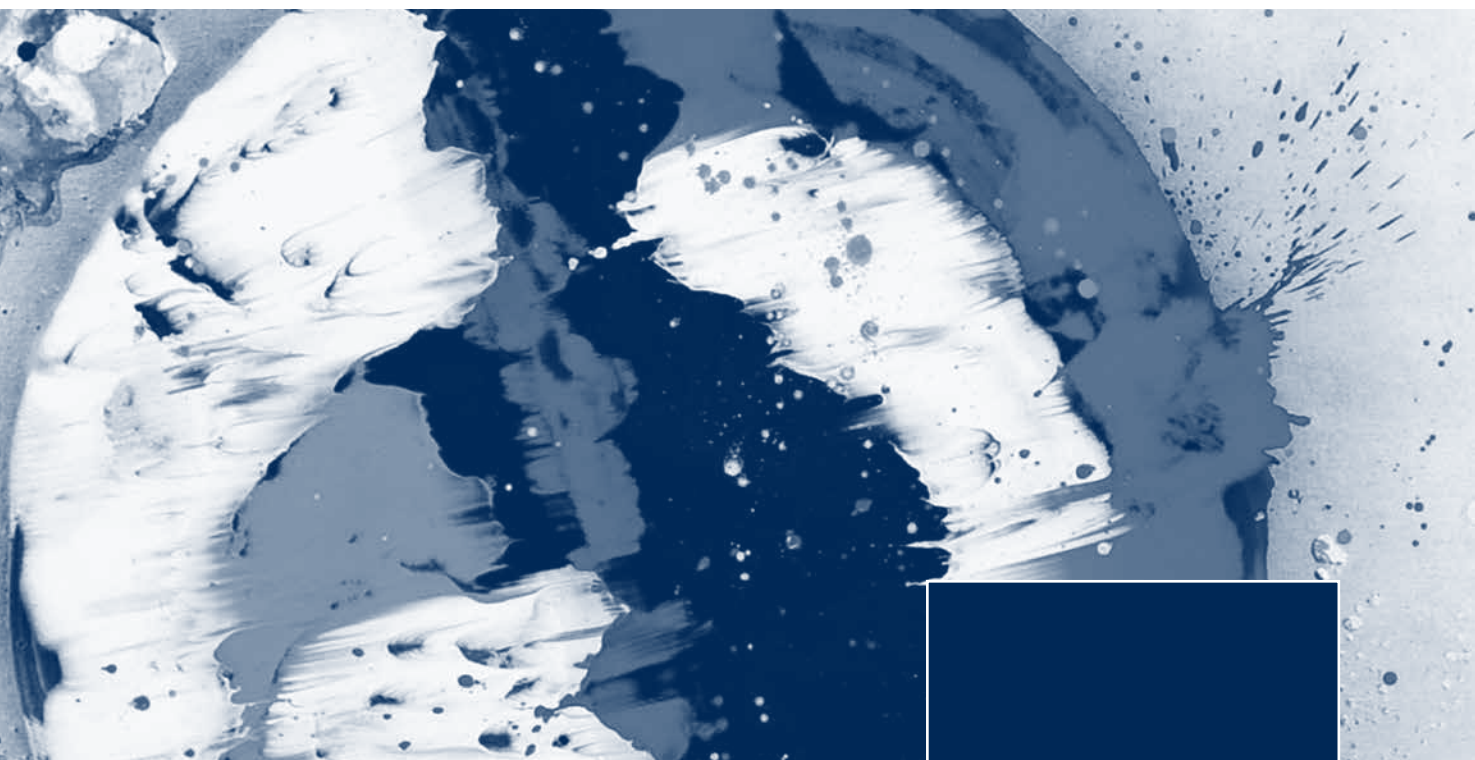
El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el "TSJM") inadmite por defecto formal una solicitud de *exequatur* de un laudo emitido por la Cámara de Caracas, Venezuela.

El motivo de la inadmisión es que ni el laudo final ni su adenda fueron debidamente apostillados, puesto que lo que los ejecutantes adjuntaron al proceso fue un testimonio notarial del laudo final y de su adenda, con la apostilla del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

La decisión de la Sala se fundamenta en el artículo IV del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, que exige la presentación del "*original debidamente autenticado de la sentencia o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad*". Asimismo, la Sala hace referencia al artículo 54.4.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional, que requiere la aportación, junto con la demanda, del original o de la copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados.

El TSJM considera que la apostilla del Ilustre Colegio Notarial de Madrid no es válida a efectos de los citados preceptos. Este defecto procesal tampoco fue debidamente subsanado en plazo por los ejecutantes. Por ello, el TSJM decidió inadmitir la demanda de *exequatur*.

9 de febrero de 2021



Competencia

Competencia*

9 de febrero de 2021

1. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia confirma que la anulación de una multa que ha sido provisionalmente pagada conlleva el abono de intereses de demora por parte de la Comisión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 20 de enero de 2021, en el asunto C-301/19, Comisión/Printeos

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") ha confirmado que la obligación contenida en el artículo 266 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"), según la cual la institución de la que emana un acto anulado debe adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia anulatoria, obliga a la Comisión a abonar intereses de demora cuando devuelve una multa provisionalmente pagada. En particular, el TJUE entiende que la Comisión debe abonar los intereses de demora devengados durante el período transcurrido entre la fecha del pago provisional de la multa y la fecha de su devolución.

La Comisión excusaba su negativa al pago de intereses de demora en el hecho de que había invertido la multa en un fondo, cuyos rendimientos habían resultado negativos. No obstante, el TJUE considera que ello no le exime del pago de intereses de demora en los términos expuestos.

El Tribunal General desestima los dos primeros recursos interpuestos por Ryanair contra las ayudas de Estado concedidas por varios Estados miembros a compañías aéreas

Sentencias del Tribunal General, de 17 de febrero de 2021, en los asuntos T-238/20 y T-259/20, Ryanair/Comisión

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez. Para su elaboración ha contado con la colaboración de Carmen Martínez, Patricia Cano y Frederic Munné, del Área de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea de Uría Menéndez (Bruselas), y de Pablo Solano, Cristina Areces, Jokin Beltrán de Lubiano, Violeta Marinas, Inés Pajares, Belén Juste y Ana Belén Blasco, del Área de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea de Uría Menéndez (Madrid) y Tânia Faria, Duarte Peres y Margot Lopes (Lisboa).

El Tribunal General de la UE ("TG") ha desestimado los recursos interpuestos por Ryanair contra las decisiones de la Comisión que declaraban que las ayudas concedidas, en el contexto de la pandemia del COVID-19, por Francia y Suecia a las compañías aéreas titulares, respectivamente, de licencias francesas y suecas de explotación eran compatibles con el mercado interior.

En su primera sentencia, el TG confirma que la moratoria en el pago de tasas concedida por Francia encuentra encaje en el apartado 2.b) del artículo 107 TFUE, que declara compatibles con el mercado interior aquellas ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por acontecimientos de carácter excepcional. Asimismo, el TG desestima los motivos invocados por Ryanair sobre la vulneración del principio de igualdad de trato entre las compañías titulares de una licencia de explotación en Francia y las compañías que, sin disponer de dicha licencia, operan también vuelos en dicho país. El TG entiende, a este respecto, que es adecuado limitar las medidas de ayuda a compañías con un vínculo estable con el Estado miembro en cuestión y excluir a entidades sin licencia de explotación en él, que podrían cesar el servicio en cualquier momento, ya que ello permite a las autoridades francesas controlar la utilización de la ayuda.

En su segunda sentencia, el TG confirma que el apartado 3.b) del artículo 107 TFUE, que permite la concesión de medidas de ayuda dirigidas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro, ampara el sistema de concesión de garantías estatales para préstamos bancarios establecido por Suecia ante la grave perturbación del sector de la aviación. En la misma línea que en el asunto anterior, el TG desestima los argumentos invocados por Ryanair sobre la vulneración del principio de igualdad de trato. El TG también rechaza que el apartado 3.b) del artículo 107 TFUE obligue a la Comisión a realizar una ponderación entre los efectos positivos y los efectos negativos de una ayuda como sí contemplan otros preceptos. El TG aclara, en este sentido, que debe presumirse que las medidas de ayuda adoptadas para poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro se adoptan en interés de la Unión y son positivas para el mercado interior.

[España]

La Audiencia Nacional anula la multa impuesta por la CNMC a CEMEX por intercambios de información sensible y repartos de mercados

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta), de 18 de diciembre de 2020 (CEMEX c. Administración General del Estado)

La Audiencia Nacional anula íntegramente la multa de casi seis millones de euros impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") a Cemex España Operaciones ("CEMEX").

A partir de la prueba recabada en determinadas inspecciones domiciliarias en terceras empresas, la CNMC había considerado que CEMEX habría participado en una conducta restrictiva consistente en un intercambio de información comercial sensible y reparto de mercado en los mercados del cemento y del hormigón en dos zonas geográficas de la península.

La Audiencia Nacional estima íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CEMEX al apreciar que las pruebas consideradas por la CNMC no eran suficientes para inculpar a la recurrente. En particular, la sentencia entiende que, para inculpar a una empresa, no basta con que su nombre aparezca mencionado de forma aislada entre la documentación hallada en la sede de un tercero, cuando la CNMC no ha practicado otras pruebas tendentes a la corroboración de esas referencias. La Audiencia Nacional señala que en esos casos ha de realizarse una investigación completa, incluyendo, en su caso, la práctica de pruebas testificales u otras pruebas para acreditar que las conductas restrictivas efectivamente existieron.

[Portugal]

O Tribunal da Concorrência reduz a coima aplicada pela AdC à Sonae e à EDP por alegado pacto de não concorrência

Sentença de 30 de setembro de 2020 – Tribunal da Concorrência

O Tribunal da Concorrência confirmou, no dia 30 de setembro de 2020, a decisão condenatória adotada pela AdC, em 2017, contra a EDP – Energias de Portugal, S.A., EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A., Sonae Investimentos, SGPS, S.A., Sonae MC – Modelo Continente SGPS, S.A. e Modelo Continente Hipermercados, S.A.. As referidas empresas tinham sido condenadas pela AdC ao pagamento de coimas no montante global de €38,3 milhões pela realização de um pacto de não-concorrência, no âmbito da parceria criada para a implementação da campanha comercial “Plano EDP Continente”.

O processo teve origem em denúncias de consumidores, tendo a prática alegadamente ocorrido no contexto da liberalização da comercialização de energia elétrica e de gás natural em Portugal, um momento de particular importância para a concorrência no setor e num contexto de crise económica no país. De acordo com a AdC, por força do referido pacto, a EDP e a Sonae comprometeram-se a não entrar nos respetivos mercados, vinculando a Sonae a não concorrer na comercialização de energia elétrica, em Portugal continental, pelo período de dois anos.

Por força desta Decisão, o Tribunal da Concorrência veio confirmar a decisão da AdC, considerando que a parceria entre a EDP Comercial e a Modelo-Continente implicou um pacto de não-concorrência, com a participação da EDP Energia e da Sonae Investimentos. No entanto, reduziu em 10% o montante das coimas inicialmente aplicado pela AdC para cerca de 35 milhões de euros.

De acordo com o Tribunal, tal redução do valor das coimas em 10% visou ter em conta o facto de a parceria ter permitido descontos substanciais para as famílias portuguesas, num contexto de crise económica em Portugal. Este “Plano EDP Continente”, celebrado em 2012, consistia na atribuição de descontos de 10% sobre o consumo de energia elétrica comercializada pela EDP Comercial aos consumidores titulares do Cartão Continente que celebrassem um contrato de fornecimento de energia elétrica em baixa tensão no mercado liberalizado com a EDP Comercial.

Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) declara prescrição do direito de indemnização da COGECO por alegado abuso de posição dominante da SPORT TV

Acórdão de 5 de novembro de 2020 (processo 5754/15.7T8LSB.L1-8) – TRL

No seguimento da decisão emitida pelo TJUE em sede de reenvio prejudicial no processo Cogeco (caso C-637/17, de 28 de março de 2019), o TRL, em 5 de novembro de 2020, veio confirmar a decisão do Tribunal de primeira instância, decidindo que o pedido de indemnização do requerente – o Grupo Cogeco, antigo acionista da Cabovisão, baseado numa ação de indemnização follow-on, tinha prescrito.

Na origem deste caso, a AdC sancionou a Sport TV por abuso de posição dominante (decisão de 14 de junho de 2013, processo PRC/2010/02), uma decisão posteriormente confirmada pelo TRL (acórdão de 12 de março de 2015, processo 204/13.6YUSTR.L1). Com base nestas decisões, a Cogeco procurou obter uma compensação pelos danos causados por esta violação do direito da concorrência, fundamentando este pedido na Diretiva Private Enforcement (Diretiva 2014/104/UE de 26 de novembro de 2014) – à data ainda não transposta no direito português – que confere direitos mais alargados do que as disposições da lei portuguesa (em particular, no que toca ao prazo de prescrição de ações de indemnização).

No entanto, os factos denunciados pela Cogeco tinham ocorrido antes do prazo de transposição da Diretiva, e até antes da sua publicação. Por conseguinte, o Tribunal de primeira instância requereu ao TJUE que, em sede de reenvio prejudicial, determinasse, entre outros, se a Diretiva Private Enforcement era aplicável aos pedidos de indemnização apresentados antes do termo do prazo de transposição e relativos a factos ocorridos antes da data da sua publicação.

O TJUE considerou que, em certos casos, tal seria possível, em particular quando o prazo de prescrição das ações de indemnização é de três anos e começa a correr a partir da data em que o lesado tomou conhecimento do seu direito a indemnização, mesmo que a pessoa responsável pela infração não seja conhecida, isto quando não seja prevista a possibilidade de suspensão ou interrupção deste período durante o processo perante a autoridade nacional da concorrência.

Ora atendendo a que tal possibilidade existe, em última análise, no direito português – através do mecanismo de notificação judicial avulsa – o TRL concluiu que o direito da Cogeco se encontrava efetivamente prescrito, assim criando um enquadramento mais estrito para a aplicação da Diretiva Private Enforcement – e obtenção de indemnização por violação do direito da concorrência – a factos ocorridos antes da sua transposição.

2. Decisiones en materia de expedientes sancionadores

[Unión Europea]

La Comisión Europea impone una sanción total de 7,8 millones de euros al operador de la plataforma *online* de videojuegos Steam y a varios desarrolladores de videojuegos por prácticas de bloqueo geográfico contrarias a las normas de defensa de la competencia

Decisiones de la Comisión, de 20 de enero de 2021, en los asuntos AT.40413 Focus Home - Videojuegos, AT.40414 Koch Media - Videojuegos, AT.40420 Zenimax - Videojuegos, AT.40422 Bandai Namco - Videojuegos y AT.40424 Capcom - Videojuegos

La Comisión Europea considera contrarios al artículo 101 del TFUE los acuerdos bilaterales entre Valve, empresa operadora de la plataforma *online* de videojuegos Steam, y los desarrolladores de videojuegos Bandai Namco, Capcom, Focus Home, Koch Media y ZeniMax. En concreto, Valve y cada uno de los desarrolladores llegaron a acuerdos bajo los cuales Valve concedía una licencia que permitía conectar los videojuegos a la plataforma, pero incluía unas claves de activación que permitían al desarrollador limitar la conexión del videojuego a Steam solo desde el país de comercialización, restringiendo *de facto* su reexportación a otros Estados miembros de la UE al no poder conectarse a la plataforma.

La Comisión Europea considera que los acuerdos de Valve con cada uno de aquellos desarrolladores impidieron la activación de videojuegos fuera de la República Checa, Polonia, Hungría, Rumanía, Eslovaquia, Estonia, Letonia y Lituania por periodos de diversa duración entre septiembre de 2010 y octubre de 2015. Ello, unido a los contratos de licencia y distribución entre cuatro de los desarrolladores y sus distribuidores, considerados restrictivos de las ventas pasivas, por periodos de distinta duración entre marzo de 2007 y noviembre de 2018, conlleva la imposición de multas de 340.000 euros a Bandai Namco, 396.000 euros de Capcom, 2.888.000 euros a Focus Home, 977.000 a Koch Media y 1.644.000 euros a ZeniMax, con reducciones por cooperación que oscilaron entre el 10 % y el 15 % en decisiones separadas. Valve decidió no cooperar y fue destinataria de una multa total de 1.664.000 euros.

[España]

La CNMC sanciona a las dos compañías farmacéuticas productoras de radiofármacos PET a nivel nacional y a dos de sus directivos por un cártel consistente en el reparto del suministro de radiofármacos a hospitales públicos y privados

Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 2 de febrero de 2021, en el Expediente S/0644/18, Radiofármacos

La CNMC inició de oficio la investigación de este expediente como consecuencia de dos operaciones de concentración en el mercado de radiofármacos y del posterior análisis de procedimientos de licitación y adjudicación relativos al suministro de radiofármacos PET a los hospitales de diferentes comunidades autónomas, llevado a cabo por la Unidad de Inteligencia Económica de la CNMC.

La CNMC considera probada la existencia de un cártel consistente en el reparto de contratos de suministro de radiofármacos a hospitales públicos y privados en diversas regiones de España, que habría sido ejecutado a través de intercambios de información comercial sensible, acuerdos de subcontratación y asignación de clientes en exclusiva.

En cuanto a la responsabilidad de los directivos, la CNMC sigue el criterio establecido por el Tribunal Supremo que indica que no es necesario que los directivos hayan participado activa o determinadamente en el acuerdo anticompetitivo, pudiendo ser sancionados en atención a modos pasivos de participación (como la asistencia a reuniones en las que se concluyeron dichos acuerdos sin oponerse expresamente a ellos).

La CNMC remite copia de la Resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ("JCCPE") a efectos de iniciar el procedimiento tendente a determinar la duración y alcance de la prohibición de contratar con el sector público, de conformidad con el artículo 72 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. No obstante, la CNMC advierte que puede ser consultada por la JCCPE sobre las circunstancias concurrentes en el marco del procedimiento sancionador que permitan graduar la duración y el alcance de la prohibición de contratar.

La CNMC sanciona a seis empresas dedicadas a la comercialización de diferentes tipos de combustibles sólidos y a sus directivos por acordar repartos de clientes y fijación de precios durante casi veinte años

Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 22 de diciembre de 2020, en el expediente S/DC/0620/17, Combustibles Sólidos

La CNMC multa con un total de 3,5 millones de euros a seis empresas que habrían participado en tres cárteles para la comercialización de diferentes tipos de combustibles sólidos.

Las tres conductas sancionadas —calificadas de infracción única y continuada— tienen en común que las empresas participantes intercambiaron información comercialmente sensible, establecieron cupos por cliente y adoptaron acuerdos sobre condiciones comerciales y precios —especialmente futuros— que facilitaban la adjudicación de contratos a empresas determinadas de antemano y aparentaban una competencia efectiva que no existía en el mercado.

Asimismo, la CNMC impone sanciones a cinco directivos de las empresas sancionadas que, en cómputo global, ascienden a 166.700 euros, y remite a la JCCPE la Resolución para iniciar el procedimiento tendente a determinar la duración y alcance de la prohibición de contratar.

La CNMC archiva las actuaciones iniciadas contra una de las empresas investigadas, Cementos Tudela Veguin, por considerar que no ha quedado acreditada su participación en las conductas anticompetitivas.

[Portugal]

A ADC sanciona a APAP por alegadas condutas anticoncorrenciais em concursos de aquisição de publicidade

Decisão de 20 de outubro de 2020 (caso PRC/2018/3) – AdC

A AdC condenou a Associação Portuguesa de Agências de Publicidade (“APAP”) ao pagamento de uma coima de €3,6 milhões por impedir as suas associadas de concorrerem livremente nos concursos de fornecimento de serviços de publicidade.

Em concreto, de acordo com a AdC, a APAP, através de um conjunto de decisões internas e comunicações, terá, entre 2015 e 2018, procurado incitar as suas associadas a não participar nos concursos de fornecimento de serviços de publicidade ou a desistirem dos mesmos sempre que as empresas anunciantes não respeitassem determinadas regras, nomeadamente o convite de um máximo de 3 ou 4 agências a serem incluídas nas listas de concursos privados para a aquisição de serviços de conteúdo publicitário.

De acordo com a investigação da AdC – que foi iniciada após uma queixa da SPGC – Sociedade Promotora de Gestão e Comércio, Lda., e que incluiu diligências de buscas e apreensão na sede da APAP e da APAN (Associação Portuguesa de Anunciantes) – esta alegada conduta consubstanciou uma decisão de associação de empresas que teve por objeto impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência, através da redução da autonomia comercial das agências em causa e da limitação do exercício da atividade destas agências no mercado da aquisição de serviços de produção de conteúdos de publicidade.

Por lei, as entidades que integram a direção da associação sancionada, à data da infração, são solidariamente responsáveis no pagamento da coima, exceto se for possível comprovar que se opuseram à conduta sancionada.

Embora a acusação inicial da AdC fosse igualmente dirigida à APAN, a investigação que foi posteriormente levada a cabo demonstrou que a APAN e os membros da sua direção não procuraram impor regras específicas aos seus associados no contexto dos contratos de contratação de agências publicitárias, tendo o processo sido arquivado no que diz respeito à APAN.

A ADC sanciona MEO por alegadas práticas restritivas da concorrência no setor das telecomunicações

Decisão de 3 de dezembro de 2020 (Caso PRC/2018/5) – AdC

A AdC condenou a MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (“MEO”) no pagamento de uma coima de €84 milhões. Após ter realizado diligências de busca e apreensão na MEO e na NOWO – Communications, S.A. (“NOWO”) após a submissão de um pedido de clemência por esta última, a AdC concluiu pela existência de um cartel entre os dois operadores, que consistiu na

alegada coordenação de preços e repartição de mercados de serviços de comunicações móveis e fixas, pelo menos entre janeiro e novembro de 2018.

Segundo a AdC, o alegado cartel teve lugar após a celebração entre a MEO e a NOWO de um contrato de distribuição grossista MVNO – mobile virtual network operator – em janeiro de 2016, que proporcionou à NOWO, através da infraestrutura da MEO, a possibilidade de prestar serviços de comunicações móveis em todo o território nacional.

Ainda de acordo com a Autoridade, no âmbito do referido contrato e em troca de condições contratuais mais favoráveis, a NOWO comprometeu-se a não disponibilizar serviços móveis fora dos locais onde oferecia serviços fixos, o que teve como resultado, na perspetiva da AdC, que esta se tenha absterido de concorrer com a MEO nas zonas de Lisboa e do Porto. Adicionalmente, a prática cartelizada incluía obrigações por parte da NOWO (i) de não realizar ofertas móveis a €5 ou menos ou, no geral, de não praticar preços mais baixos do que aqueles praticados em relação a produtos semelhantes nesse mercado, assim como (ii) de aumentar preços e reduzir a qualidade dos seus pacotes de serviços fixos e móveis.

Na sua análise, a AdC considerou que o conjunto de práticas anteriormente referido teve como consequência o aumento de preços, uma redução da qualidade dos serviços prestados e restrições na distribuição desses serviços do ponto de vista geográfico.

Tendo em conta o pedido de clemência submetido pela NOWO, que denunciou a existência do cartel e originou o processo em causa, não foi imposta qualquer coima a esta empresa. A coima aplicada à MEO é passível de recurso para o TCRS.

A ADC sanciona Supermercados e Fornecedores por alegada concertação de preços (“HUB-AND-SPOKE”)

Comunicado de 21 de dezembro de 2020 – AdC

A AdC adotou duas decisões condenatórias relativas a seis cadeias de supermercados, dois fornecedores de bebidas e dois responsáveis individuais no pagamento de coimas no valor total de cerca de €304 milhões por terem alegadamente alinhado, de forma indireta, os seus preços de venda recorrendo a um fornecedor comum.

A primeira decisão teve como objeto a coordenação de preços entre Modelo Continente, Pingo Doce, Auchan e Intermarché e o fornecedor Sociedade Central de Cervejas (“SCC”), através deste último, incluindo ainda um administrador dessa sociedade e um diretor de unidade de negócio da Modelo Continente; a segunda decisão diz respeito ao Lidl, à Cooplecnorte (responsável pelo E.Leclerc) e às cadeias de supermercados referidas supra, por alegada coordenação de preços de venda através da fornecedora de bebidas alcoólicas Primedrinks.

De acordo com a investigação da AdC, a prática objeto da primeira decisão teve, alegadamente, uma duração superior a 9 anos (entre 2008 e 2017), durante o qual os distribuidores e o fornecedor em questão concertaram preços de produtos como as cervejas Sagres, Heineken, Bandida do Pomar e Água do Luso de modo a que esses preços subissem gradualmente no mercado retalhis-

ta, uma prática que é comumente conhecida como hub-and-spoke. Na segunda decisão, a AdC também considerou provada a existência de práticas de hub-and-spoke, implicando a fixação de preços de venda ao público – durante mais de 10 anos (entre 2007 e 2017) – de vários produtos da Primedrink, tais como os vinhos do produtor Esporão e Aveleda, os whiskies The Famous Grouse ou Grant's, o gin Hendrick's ou ainda o vodka Stolichnaya. A AdC baseou as referidas investigações e condenações em trocas de e-mails a que teve acesso durante as diligências de busca e apreensão realizadas nas empresas condenadas.

As coimas aplicadas pela AdC são passíveis de recurso para o TCRS. Note-se que as condenações em questão somam-se a outras 7 acusações promovidas pela AdC relativamente a práticas de hub-and-spoke entre cadeias de supermercados e fornecedores dos mais variados produtos.

3. Decisiones en materia de control de concentraciones

[Unión Europea]

La Comisión Europea autoriza en primera fase sin compromisos la operación de adquisición de control conjunto de GASAG, por parte de Vattenfall y Engie

Decisión de la Comisión, de 14 de diciembre de 2020, en el asunto M.9990 - VATTENFALL / ENGI / GASAG

La operación había sido previamente notificada y autorizada sin condiciones por la Comisión Europea en 2015, si bien finalmente no se ejecutó. Cinco años después, en noviembre de 2020, las partes decidieron seguir adelante con la operación y notificaron de nuevo la concentración. Tras reexaminar las condiciones actuales del mercado, la Comisión Europea concluye que la operación no plantea problemas de competencia, como tampoco lo hizo en 2015, dada la limitada posición de mercado combinada de las empresas resultante de la operación.

La Comisión Europea prohíbe la operación consistente en la creación de una *joint venture* por parte de Tata Steel y ThyssenKrupp

Decisión de la Comisión, de 18 de enero de 2021, en el asunto M.8713 - TATA STEEL / THYSENKRUPP / JV

La Comisión mostró su preocupación por la posible reducción de la oferta y el aumento de precios en los distintos mercados afectados, dada la posición relevante de las partes: ThyssenKrupp es el segundo productor más importante de acero de carbono en el EEE y Tata Steel el tercero. La Comisión Europea temía que la operación crease el mayor productor de hojalata (el producto más importante de la industria en términos de volumen) del EEE y eliminase un competidor importante en un mercado altamente concentrado.

A pesar de que la Comisión instó a las partes a acometer desinversiones estructurales, estas se negaron alegando la pérdida de las sinergias objeto de la operación. Las cesiones de activos que las partes propusieron como alternativa fueron consideradas insuficientes para contrarrestar el potencial daño al mercado.

Además, la Comisión Europea entendió que los clientes de estas industrias no podrían recurrir a importaciones de países de fuera de la Unión Europea (en especial, los asiáticos) para compensar los posibles aumentos de precios causados por la operación, dada la agilidad que requieren las cadenas de suministro. La supuesta ausencia de un correcto análisis del mercado asiático ha llevado a ThyssenKrupp a recurrir esta decisión ante el TG. En opinión de las partes, la industria del acero en Europa es incapaz de hacer frente a competidores asiáticos, y los inconvenientes planteados por la autoridad de competencia dificultan la consolidación del sector.

[Portugal]

A ADC aprova a aquisição, sujeita a compromissos, da Ferro pela Pigments

Decisão de 28 de dezembro de 2020 (Caso Ccent/2020/16) – AdC

A AdC aprovou a aquisição da área de revestimentos de azulejos da Ferro Corporation ("Ferro"), um conjunto de sociedades e ativos dedicados à produção e comercialização de revestimentos para azulejos cerâmicos, pela Pigments Spain, SL ("Pigments"), uma sociedade de direito espanhol que integra o grupo Esmalglass-Itaca-Fritta ("EIF"), que opera no setor do revestimento de azulejos cerâmicos e que, em Portugal, fornece serviços de apoio aos clientes através da sua subsidiária Esmalglass Portugal, S.A.

A referida aprovação foi, no entanto, condicionada ao cumprimento integral de um conjunto de compromissos apresentado pela adquirente. Após a operação de concentração em questão ter sido notificada em junho de 2020, a AdC considerou que a mesma poderia resultar em restrições significativas à concorrência, tendo por isso adotado, em outubro de 2020, uma Decisão de Passagem a Investigação Aprofundada. Após a referida investigação, concluiu que a operação, nos termos em que tinha sido inicialmente notificada, suscitava preocupações jusconcorrenciais, nomeadamente a possibilidade da empresa resultante da operação influenciar negativamente as condições de oferta, como preço, qualidade ou variedade no mercado de esmaltes, tintas esmalgadas e tintas digitais.

De modo a fazer face às preocupações suscitadas pela AdC, a Pigments ofereceu um compromisso de desinvestimento, a favor de um terceiro adquirente, dos ativos da Ferro em Portugal. Face a tal compromisso, a AdC concluiu que a operação notificada não suscitaria preocupações jusconcorrenciais, uma vez que, desta forma, se mantém uma estrutura da oferta semelhante àquela existente no mercado antes da operação notificada.

4. Decisiones en materia de ayudas de Estado

[Unión Europea]

La Comisión Europea autoriza una serie de ayudas del Estado alemán en beneficio a Lufthansa por seis mil millones de euros, sujeto a remedios de comportamiento y estructurales

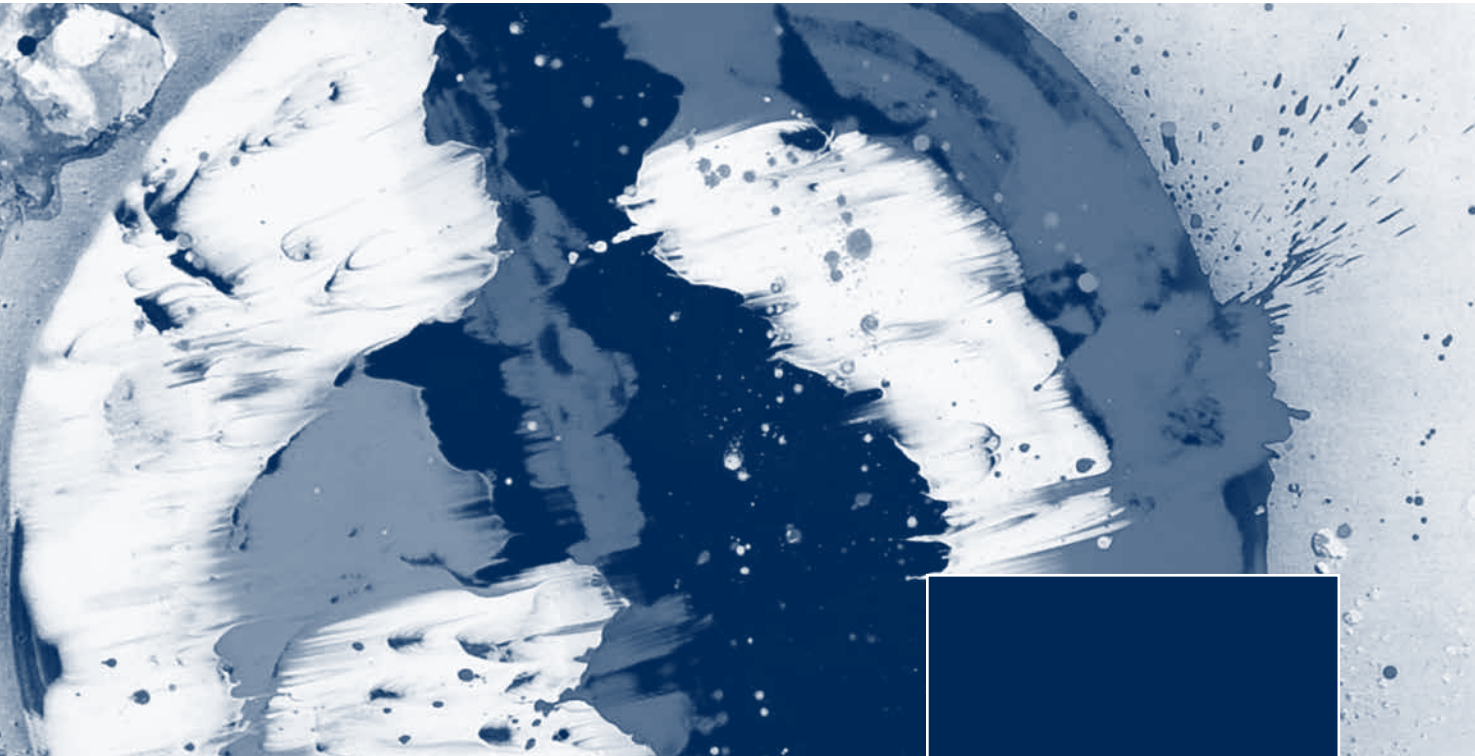
Decisión de la Comisión Europea, de 25 de junio de 2020, en el asunto SA.57153 — Alemania — Ayuda a Lufthansa

Para asegurar la posición de capital y liquidez de Lufthansa, y en el contexto de la crisis del COVID-19, el Gobierno alemán decidió aportar a la aerolínea diversos instrumentos de capital y deuda por valor de seis mil millones de euros. En concreto, y de acuerdo con el esquema de ayuda propuesta, el Gobierno alemán suscribe una ampliación de capital del 20 % del accionariado de Lufthansa, una emisión de valores híbridos asimilables a acciones preferentes por 4700 millones y una emisión de valores híbridos asimilables a deuda convertible por 1000 millones de euros.

La Comisión Europea autoriza este esquema de ayudas dentro del marco temporal aprobado para analizar las ayudas de Estado dirigidas a mitigar las consecuencias del COVID-19. En particular, la Decisión analiza punto a punto que se cumplen los distintos requisitos del marco temporal en relación con la elegibilidad de la medida (las medidas de recapitalización que están previstas en el marco temporal), las condiciones que justifican su aplicación (el impacto sufrido por la industria aérea como consecuencia de las restricciones de movimiento), su cuantía con respecto a las pérdidas proyectadas por el grupo Lufthansa y los mecanismos de salida del Estado alemán.

No obstante, para autorizar este régimen de ayudas, la Comisión exige ciertos compromisos por parte del Estado alemán (que a su vez se trasladan a Lufthansa al aceptar la ayuda). Estos compromisos, dirigidos a asegurar que la inyección de capital recibida por esta aerolínea no refuerza de forma indebida su poder de mercado, son de comportamiento y estructurales. En cuanto a los compromisos de comportamiento, Lufthansa no debe usar los fondos obtenidos para realizar campañas de publicidad comercial, no puede adquirir participaciones en compañías competidoras superiores al 10 % hasta que no devuelva el 75 % de las ayudas recibidas y no puede subir los salarios base a los miembros de los órganos de administración del grupo y sus filiales ni pagar *bonus*. En cuanto a los compromisos estructurales, Lufthansa debe desinvertir una serie de *slots* en los aeropuertos de Fráncfort y Múnich para permitir la entrada de nuevos operadores en ambos aeropuertos, especialmente congestionados y copados por la aerolínea.

9 de febrero de 2021



Derecho digital

9 de febrero de 2021

1. Propiedad intelectual. Jurisprudencia

[Unión Europea]

La privación por los tribunales nacionales del derecho a obtener una compensación económica por la explotación de los derechos de autor de sus titulares supone una vulneración del derecho a la propiedad privada en ausencia de causa excepcional que justifique dicha privación de la propiedad

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2020

En el marco del presente asunto (Solicitud n.º 47384/07), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") resuelve la demanda presentada —al amparo del artículo 34 del Convenio para la protección de los derechos y libertades fundamentales (el "Convenio")— por parte de la entidad de gestión colectiva de derechos de autor y afines moldava Asociația Drepturi de Autor și Conexa ("AsDAC") contra la República de Moldavia. En concreto, los hechos que dieron lugar a este pleito datan de 2006, año en el que el Banco Nacional de Moldavia ("BNM") acuñó cuatro monedas conmemorativas utilizando los diseños de los ganadores de un concurso que el Banco había organizado el año anterior a tal fin. Dicha utilización se llevó a cabo sin que el BNM hubiera obtenido una autorización o sin que hubiera satisfecho una contraprestación por la reproducción de tales diseños en esas monedas. Esa reproducción determinó la consideración de los diseños como "signos monetarios" y, en consecuencia, elementos excluidos de la noción de obra protegible por el derecho de autor.

AsDAC, que gestionaba en exclusiva los derechos de autor de los diseñadores, interpuso una demanda frente al BNM en la que reclamaba una compensación por la explotación de los diseños de sus representados. Tras ser parcialmente estimada en la instancia, la demanda fue íntegramente desestimada por el Tribunal Supremo moldavo, que concluyó que los autores, con la presentación

* Esta sección, en su parte de Propiedad Intelectual ha sido coordinada por Agustín González García y Rafael Sánchez Aristi, y elaborada por Nerea Sanjuán Rodríguez, Rafael Fernández Jordano 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, 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 Avendaño, Mirian Goitia de Gústín, Joana Mota, Joana Carvalhinho y Rodrigo Sousa, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

de sus diseños al concurso, habían aceptado su utilización en las monedas, lo que determinaba su consideración como signos monetarios y, por tanto, elementos no susceptibles de protección por el derecho de autor bajo el ordenamiento jurídico moldavo.

Frente a dicha decisión, AsDAC presentó demanda ante el TEDH, alegando su carácter de víctima de la decisión del Tribunal Supremo moldavo, por vulneración del artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1 del Convenio, (el “Protocolo”), al impedir la decisión del Alto Tribunal nacional que AsDAC obtuviera compensación alguna por la reproducción en las monedas conmemorativas de los diseños de sus representados, y reclamaba una indemnización por los daños materiales y morales sufridos.

En cuanto a la legitimación para reclamar, el TEDH reconoce, en primer lugar, la titularidad de los derechos de autor sobre los diseños a favor de sus creadores. Aunque, al haber participado en el concurso organizado por BNM, dichos autores habían aceptado que esos diseños quedaran excluidos de la protección por el derecho de autor, el Tribunal considera que esa renuncia se produjo en un momento posterior a su creación. Por tanto, en la fecha de su creación, los diseñadores disponían del derecho de autor sobre sus diseños, de acuerdo con el artículo 1.º del Protocolo. Por lo que se refiere a AsDAC, el TEDH reconoce que, como entidad que obtiene sus propios fondos de los descuentos de gestión que deduce de las cantidades recaudadas de los sujetos a los que otorga las autorizaciones para explotar los derechos de autor que gestiona, es titular de un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo afectado por la sentencia del Tribunal Supremo moldavo —esos descuentos—, lo que permite considerarla víctima conforme al artículo 34 del Convenio.

En lo relativo al fondo de la cuestión, el Tribunal señala que la reproducción de los diseños en las monedas conmemorativas determinó su calificación como signos monetarios y, con ello, la pérdida de su protección por el derecho de autor, lo cual constituye un acto de desposesión formal que se puede asimilar a una privación de propiedad, amparable en el artículo 1 del Protocolo sin causa en la ley. En concreto, el TEDH afirma que esa injerencia en la propiedad de los diseños no estaba prevista en la ley moldava aplicable a tal efecto. A este respecto, ni el Alto Tribunal ni el Gobierno habían hecho referencia a ninguna disposición legal que fijara las eventuales condiciones aplicables a la exclusión de las obras en conflicto del ámbito de aplicación del derecho de autor, ni tampoco se había formalizado un acuerdo escrito por el que se acordara el montante de la remuneración a pagar por la explotación de los derechos que ostentan los autores, tal y como exige la normativa moldava aplicable. Por otra parte, ni los autores ni AsDAC habían renunciado a una compensación a este respecto.

Por ello, el Tribunal afirma que, sin el pago de una suma razonable con respecto al valor del bien, una privación de propiedad constituye en general una medida excesiva y, de este modo, una falta total de indemnización sin causas excepcionales que lo justifiquen, como es el caso, no tiene cabida en el ámbito del artículo 2 del Protocolo. Como consecuencia de ello, el TEDH declara que se ha producido la violación del derecho a la propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo y reconoce una indemnización por daños morales. Respecto de la pretensión de daños materiales, el Tribunal declara carecer de elementos suficientes para su estimación, sin perjuicio de reconocer la causalidad entre la violación declarada y el daño material alegado, por lo que emplaza a AsDAC a solicitar la reapertura del asunto ante los Tribunales moldavos y cuantificar allí ese daño material.

La entrega de una copia de una obra protegida por derechos de autor por vía electrónica como prueba en un procedimiento judicial no constituye un acto de comunicación pública, puesto que no está dirigida a un “público”

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de octubre de 2020 (C-637/19)

Esta sentencia tiene su origen en un litigio entre dos personas físicas que gestionan respectivamente sitios de internet tramitado antes los tribunales civiles suecos. Durante el curso del procedimiento, el demandado en el asunto principal presentó como prueba una copia electrónica de una página de texto extraída del sitio de internet del demandante y que contenía una fotografía. Dicha presentación se hizo por vía de un correo electrónico. El demandante, que afirmaba ser titular de los derechos de autor sobre esa fotografía, solicitó que se condenara al demandando en el litigio principal a indemnizarle por la violación de sus derechos de autor y por la protección especial conferida a las fotografías, de acuerdo con la legislación sueca aplicable.

El tribunal de primera instancia que conoció del asunto reconoció la protección jurídica de la fotografía por el derecho de autor sueco, si bien entendió que, al haber sido presentada ante un órgano jurisdiccional como documento procesal, se podía solicitar su comunicación. Por tanto, aunque el demandado había distribuido la fotografía, este uso no causaba un perjuicio al demandante del litigio principal. El demandante recurrió dicha sentencia en apelación ante el Svea hovrätt Patent- och marknadsöverdomstolen (Tribunal de Apelación en Materia de Patentes, Marcas y Mercantil, con sede en Estocolmo), el cual decidió plantear cuatro cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) para poder resolver el conflicto. Esas cuestiones versan fundamentalmente sobre la interpretación del concepto de “público” en el marco 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/CE”).

El Tribunal de Justicia aborda todas las cuestiones en bloque concentrándolas en una: si el concepto de comunicación pública contemplado en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE (y no el artículo 4.1, que regula el derecho de distribución) comprende la presentación por vía electrónica ante un órgano jurisdiccional de una obra protegida como prueba en un procedimiento entre particulares.

Para responder, el Tribunal se refiere a los dos requisitos que su jurisprudencia ha señalado para poder apreciar que ha habido comunicación pública: que se realice un acto por el que se comunique la obra y que ese acto llegue a un público. Respecto del primer requisito, el TJUE aprecia que concurre en este caso, pues el envío por vía electrónica de la captura de pantalla al órgano jurisdiccional es un acto de comunicación de la obra. No obstante, respecto del segundo requisito, el Tribunal identifica que no se da, puesto que la jurisprudencia del TJUE ha definido el concepto de “público” como un número indeterminado de destinatarios potenciales y ha matizado que, además, debe tratarse de un número considerable de personas.

El TJUE considera que la captura de la fotografía presentada ante el órgano jurisdiccional no llega a un conjunto de personas indeterminado y relevante, sino a un grupo claramente definido y cerrado de profesionales que ejercen sus funciones en pro del interés general en el seno de un

órgano jurisdiccional. Por ello, al no haberse dirigido la comunicación a un “público”, entiende que no puede considerarse que se ha producido un acto de comunicación pública, en los términos del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE.

La sentencia aborda, para finalizar, el debate que había planteado el tribunal sueco con respecto a su legislación nacional impone obligaciones de transparencia a los procedimientos judiciales que podrían implicar compartir esa prueba con los ciudadanos que la requiriesen. Y responde el Tribunal de Justicia que ello no cambia el hecho de que las personas a quienes se comunicó la obra al suministrarla como prueba no puedan ser consideradas un público en el sentido de la Directiva 2001/29/CE. Los ciudadanos podrán tener acceso a los documentos que formaron parte de los autos del litigio, y entre ellos a la obra protegida, en la medida en que la legislación sueca lo permita, pero el acto de comunicación no se realizó para un público suficiente como para entender que hubo comunicación pública.

El TJUE termina afirmando que ello es así porque los derechos de autor no otorgan una potestad intangible y absoluta, sino que puede limitarse. Y, en esta ocasión, el TJUE entiende que es pertinente imponer tal limitación para dar preponderancia a otro derecho en liza, que es el derecho a la tutela judicial efectiva. Si no se permitiera a la parte suministrar la captura de pantalla de la fotografía, aunque esta sea una obra protegida por derechos de autor, se estaría limitando su acceso a los tribunales, por lo que la respuesta a la cuestión planteada no puede ser sino negativa.

La comunicación al público de una grabación audiovisual que incluya una obra audiovisual en la que se haya fijado un fonograma no conlleva la comunicación al público de dicho fonograma y, en consecuencia, no genera un derecho de remuneración equitativa y única a favor de los productores de fonogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes musicales

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de noviembre de 2020 (C-147/19)

La presente sentencia trae causa del litigio entre la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (“AGEDI”) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión en España (“AIE”), únicas entidades de gestión autorizadas en España para la gestión, respectivamente, de los derechos afines de los productores de fonogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes musicales, de un lado, y Atresmedia Corporación de Medios, S.A. (“Atresmedia”), de otro, en relación con la interpretación de la aplicación del derecho de los productores de fonogramas y artistas musicales a una remuneración equitativa y única por la comunicación al público de fonogramas publicados con fines comerciales y sus reproducciones, reconocido en el artículo 8.2 de la Directiva 92/100, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (“Directiva 92/100”), y en el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115, 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”) (ambas identificadas como “Directivas”).

En concreto, en el marco de dicho litigio, AGEDI y AIE reclamaban a Atresmedia la satisfacción de esa remuneración equitativa y única, prevista en el ordenamiento español en los artículos 108.4 y 116.2 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"), por la comunicación pública de fonogramas insertos en las obras y grabaciones audiovisuales emitidas a través de los canales de televisión operados por Atresmedia durante el periodo transcurrido entre junio de 2003 y diciembre de 2009, así como una indemnización por los actos de reproducción instrumental a su radiodifusión.

La demanda de AGEDI y AIE fue desestimada en primera instancia, si bien fue estimada plenamente en segunda instancia. Por su parte, Atresmedia recurrió en casación la sentencia de la Audiencia Provincial, y el Tribunal Supremo ("TS") promovió sendas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, al efecto de que este se pronunciara acerca de (i) si el concepto de "reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales", referido en los artículos 8.2 de la Directiva 92/100 y de la Directiva 2006/115, incluye la reproducción de un fonograma de esa naturaleza sincronizado en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual, y si (ii), en caso de que así fuera, se debe satisfacer la remuneración equitativa y única prevista en esos artículos para cualquier tipo de comunicación pública de una grabación audiovisual que contenga esa fijación de una obra cinematográfica o audiovisual en la que a su vez que se haya fijado uno de esos fonogramas.

El TJUE afirma que es preciso determinar si una grabación audiovisual que contenga una fijación de una obra audiovisual debe calificarse como "fonograma" o "reproducción de un fonograma", de acuerdo con los artículos 8.2 de la Directiva 92/100 y de la Directiva 2006/115. A este respecto, el Tribunal recuerda que, al no existir dentro del derecho de la Unión una remisión al ordenamiento de los Estados miembros en cuanto a la definición del concepto de "fonograma", éste deberá ser objeto de interpretación uniforme en toda la Unión y, a falta de un concepto autónomo contenido en las propias normas del derecho de la Unión, se deberá interpretar a la luz del derecho internacional y, en particular, de los tratados ratificados por la Unión y por aquellos con efectos indirectos en ella. Así, el Tribunal acude a la definición de fonograma del artículo 3.b de la Convención de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión ("CR"), que produce efectos indirectos en el seno de la Unión, tal y como ha declarado el propio TJUE, y del artículo 2.b del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas ("TF").

El TJUE añade que la definición del TF —que es una actualización de la definición otorgada en la CR— incluye en el concepto de fonogramas *"toda fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual"*. Por tanto, el Tribunal concluye que las fijaciones de sonidos incorporadas a obras audiovisuales no podrán ser consideradas como un fonograma o reproducción de un fonograma. De ello se deduce que un fonograma que se incorpora a una obra cinematográfica o audiovisual pierde su condición de fonograma en la medida en que forme parte de esa obra. Ello no es óbice para que se considere que la incorporación de esos fonogramas a una obra audiovisual requiera la autorización de los titulares de derechos afectados, a cambio de una remuneración pactada en los respectivos acuerdos contractuales.

En cuanto al concepto de “reproducción de un fonograma”, que tampoco se define en las Directivas, es preciso remitirse a lo previsto en el artículo 3.e) de la CR, de acuerdo con el cual se define “reproducción” como la “*realización de uno o más ejemplares de una fijación*”. Y este derecho de reproducción no es objeto de los artículos 8.2 de las Directivas. Por tanto, el TJUE entiende que, dado que una grabación audiovisual no puede considerarse un fonograma, tampoco podrá considerarse como reproducción de un fonograma la reproducción de dicha grabación audiovisual, a los efectos de los artículos 8.2 de la Directiva 92/100 y de la Directiva 2006/115. En último término, para el TJUE la comunicación al público de ese tipo de grabación audiovisual no genera el derecho de remuneración que contemplan esas disposiciones.

Para determinar si la tarifa de una entidad de gestión basada en un porcentaje de los ingresos de un usuario supone un abuso de posición de dominio, ha de verificarse si guarda una relación razonable con el valor generado por la explotación del repertorio de la entidad y si esa tarifa tiene en cuenta el uso de ese repertorio por el usuario de forma tan precisa como resulte posible, sin incurrir en costes desproporcionados

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de noviembre de 2020 (C-372/19)

La presente sentencia se emite en el marco de sendos litigios iniciados por la entidad de gestión de derechos de autor musicales Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (“SABAM”), única entidad gestora de dichos derechos en Bélgica, contra las empresas Weareone World BVBA (“Weareone”) y Wecandance NV (“Wecandance”), organizadores de los festivales Tomorrowland y Wecandance, por la tarifa de SABAM para la comunicación al público de su repertorio en esos festivales.

La modalidad tarifaria de SABAM objeto de litigio y relativa al importe a satisfacer por la explotación de su repertorio en festivales es la denominada “tarifa 221”, la cual, en su versión aplicable a los litigios en aprecio, incluye dos baremos diferentes cuya aplicación se deja a criterio de SABAM. Por una parte, se puede aplicar una “tarifa mínima”, calculada en función de la superficie sonorizada y el número de asientos disponibles, o bien se puede aplicar una “tarifa base”, que se calcula partiendo de los ingresos brutos obtenidos por la venta de entradas, deducidos los gastos de reserva, el IVA y los impuestos municipales satisfechos por los organizadores, o bien partiendo del caché de los artistas por la ejecución de su programa, cuando éste supere los ingresos brutos. Dicha cantidad se reduce a un tercio o dos tercios de ese porcentaje si, conforme a la declaración de las obras explotadas remitida por el organizador se deduce que, del total de obras comunicadas, menos de uno o dos tercios, respectivamente, pertenecen al repertorio de SABAM (la “Regla 1/3-2/3”). Ante la reclamación de SABAM, los organizadores argumentaban en su defensa, entre otros, que la tarifa 221 no se ajustaba al valor económico de los servicios prestados por SABAM, infringiendo el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), en relación con el artículo 16 de la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (“Directiva 2014/26/UE”).

En el marco de esos litigios, el tribunal remitente, el *ondernemingsrechtbank Antwerpen* (Tribunal de Empresas de Amberes, Bélgica) plantea ante el TJUE una cuestión prejudicial relativa a determinar si, conforme al artículo 102 TFUE, en relación con el artículo 16 de la Directiva 2014/26/UE, puede calificarse como una conducta de abuso de posición de dominio la aplicación por una entidad de gestión que posee un monopolio de hecho en un Estado miembro de una tarifa basada en el volumen de negocios: (i) haciendo uso de una tarifa a tanto alzado, en lugar de una tarifa que —utilizando recursos técnicos avanzados— tenga en cuenta la parte exacta del repertorio reproducido, y (ii) que supedita las remuneraciones por licencia a elementos externos tales como, entre otros, el precio de entrada, el precio de consumiciones, el caché de los ejecutantes y el presupuesto para otros elementos.

Con carácter previo, el TJUE declara que omitirá pronunciarse sobre la conformidad de dicha tarifa al artículo 16 de la Directiva 2014/26/UE, justificando que la solicitud del Tribunal remitente se limita al análisis de esa conducta como abuso de posición de dominio, aspecto que no se refleja en esa Directiva. Asimismo, el TJUE rechaza pronunciarse sobre la aplicación de la tarifa 211 con base en el presupuesto artístico de los organizadores u otros gastos asociados, puesto que las remuneraciones controvertidas se calcularon sobre la venta de entradas.

Por tanto, el Tribunal se centra en analizar si el baremo de cálculo de la tarifa basado en ingresos brutos obtenidos por la venta de entradas constituye abuso de posición dominante. A este respecto, el TJUE afirma que dicho abuso se puede determinar por la aplicación de un precio excesivo, sin relación razonable con el valor económico del repertorio de la entidad, e indica que para verificar esa relación se pueden comparar esas tarifas con las aplicadas actualmente o en el pasado por esa misma entidad para esos mismos u otros usuarios, o utilizar las tarifas aplicadas por otras entidades para la misma modalidad de explotación u otra comparable en otros mercados nacionales, partiendo de que las bases de esas comparaciones resulten homogéneas. Tras ello, determina que la fijación de dichas tarifas sobre los ingresos por la venta de entradas no constituye, en sí misma, un abuso de posición de dominio, de conformidad con su jurisprudencia, en tanto que ese vector se vincula al número real de personas que disfrutaban de las obras protegidas, siempre que la remuneración así exigida guarde una relación razonable con el valor de uso de su repertorio.

En cuanto a la conformidad o no con el artículo 102 TFUE de un sistema como el previsto en la Regla 1/3-2/3, el TJUE indica que resulta necesario que las entidades tengan en cuenta en sus tarifas únicamente la parte de su repertorio que es realmente utilizado, pudiendo calificarse de abusivo el emplear para determinar el repertorio de una entidad realmente explotado un sistema que no resulte todo lo preciso posible, en tanto existan métodos más precisos cuyo empleo no suponga un aumento desproporcionado de los costes de gestión y control de la explotación de su repertorio.

Así las cosas, en el presente caso, en tanto que los propios organizadores de eventos proporcionan un listado consistente en la totalidad de las obras comunicadas, que existen sistemas informáticos que permiten identificar con precisión cuáles son esas obras comunicadas y si estas forman o no parte del repertorio de SABAM, y que resulta posible acudir a otros sistemas, como una empresa que audite las obras explotadas, el Tribunal indica que, en principio, existen elementos que permiten una determinación aún más precisa del de obras explotadas en dichos festivales que forman parte del repertorio de SABAM.

Por tanto, para apreciar si el empleo por una entidad de gestión que actúa en régimen de monopolio de un tarifa para eventos musicales basada en los ingresos brutos por la venta de entradas constituye un abuso de posición de dominio, resultará necesario verificar (i) que ésta no resulte excesiva, tomando en cuenta la naturaleza y ámbito de uso del repertorio de esa entidad, y el valor económico generado por su explotación; y que (ii) se emplee un sistema para cuantificar el uso del repertorio de esa entidad, que deberá equivaler a aquel método que resulte más preciso para identificar y cuantificar la utilización de ese repertorio sin suponer un aumento desproporcionado de los gastos de gestión y control de esa entidad.

[España]

La Audiencia Nacional anula la Orden ECD/2128/2013, de 14 de noviembre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012 con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, y rechaza condenar a la Administración al pago del perjuicio sufrido por la copia privada en ese ejercicio en los términos declarados por las reclamantes

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6.^a), de 26 de noviembre de 2020

A través de esta sentencia, la Audiencia Nacional ("AN") resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las entidades de gestión Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España ("AIE"), Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales ("AGEDI") y Sociedad General de Autores y Editores ("SGAE") contra la Orden ECD/2128/2013, de 14 de noviembre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012 ("Orden CP 2012"), y declara la nulidad de esta última.

En su demanda, dichas entidades solicitaron la anulación de la Orden CP 2012 y la determinación del perjuicio sufrido por la copia privada en el ámbito musical y audiovisual para ese ejercicio en un importe de 54.000.000 €, condenando al Estado a satisfacer la diferencia entre lo que hasta el momento hubiera abonado y dicha cantidad.

Como consecuencia de la emisión de la Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2016 (asunto C-470/14), que declaraba la disconformidad con el derecho de la Unión del sistema de compensación equitativa en el que se amparaba el dictamen de la Orden CP 2012, y ante el allanamiento de la Abogacía del Estado respecto de la primera pretensión, la AN la anula. No obstante, la AN rechaza que, bajo los criterios del artículo 31.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se pueda entender que la anulación de la Orden CP 2012 determina el reconocimiento a SGAE, AGEDI y AIE del derecho a percibir la cantidad reclamada, o la generación de unos daños y perjuicios equivalentes, lo que requeriría reconocer una situación jurídica individualizada en la que las entidades gestoras recurrentes tengan derecho a percibir la cantidad que reclaman, o que se les haya generado como consecuencia de la disposición anulada unos daños y perjuicios equivalentes a dicha cantidad.

A este respecto, la AN indica que ninguna de estas circunstancias concurre el caso en aprecio. El tribunal recuerda que la pretensión de compensación de SGAE, AGEDI y AIE no derivaría de la

anulación de la Orden CP 2012, e insiste en que la base de dicha anulación es la invalidez del diseño del Real Decreto 1657/2012, en el que se asentaba el sistema del que ésta emanaba, dado su soporte por los Presupuestos Generales del Estado, al no poderse garantizar que el coste efectivo de dicha compensación recayera únicamente en los usuarios de la copia privada, con exclusión de las personas jurídicas. En consecuencia, no puede accederse a la pretensión de compensación formulada por las actoras, por cuanto ni deriva de la anulación de la Orden recurrida ni resulta de ninguna manera conciliable con la razón última que fundamenta dicha anulación. Así, determina que resultaría irreconciliable con el derecho que se condenara a la satisfacción por el Estado de cantidad alguna, precisamente con cargo a esos presupuestos, de manera que se perpetuara dicha infracción.

El autor de una obra original solo puede impedir la transformación de su obra para la creación de una obra derivada, en la medida en que se tomen elementos originales de esa primera obra para generar la nueva, pero no se puede oponer a que se genere una nueva obra a partir de los elementos que puedan ser originales de una obra derivada de la suya, siempre que se utilicen para ello solo los precisos elementos que no formaron parte de la obra original

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), de 19 de octubre de 2020

Dos guionistas demandaron a un director de cine y a su productora cinematográfica por infracción de sus derechos de autor sobre el guion del largometraje titulado *La niña de sus ojos*, del que eran coautores. Con respecto al director, se le acusa de haber elaborado un guion para el largometraje titulado *La reina de España*, que, según los demandantes, es una transformación ilícita de su obra, que es una obra preexistente a estos efectos. En lo que se refiere a la productora, se afirma que, al ser la segunda obra una transformación ilícita de la obra preexistente, la producción por ella del largometraje *La Reina de España* constituye también una infracción de los derechos de autor de los demandantes.

Dado que los demandantes habían cedido sus derechos de autor sobre el guion de *La niña de sus ojos* a la productora demandada en un contrato de 15 de enero 1993 para la realización del filme *La niña de tus ojos*, la sentencia de primera instancia entiende que habían cedido el derecho de transformación de su obra original, y con ello la capacidad de generar nuevas transformaciones. En consecuencia, se desestima la demanda, que los demandantes recurrieron en segunda instancia.

El primer motivo de apelación de los demandantes expone que la sentencia de primera instancia incurre en un vicio de incongruencia *extra petita*, al haber resuelto el litigio mediante una interpretación contractual que no habían esgrimido las demandadas, ya que éstas solo habían alegado la originalidad de su obra y su independencia con respecto a la obra de los demandantes, así como que la primera obra no resulta reconocible en la segunda. La sentencia de la Audiencia coincide con este argumento y aprecia que el fallo de primera instancia se extralimitó, deviniendo incongruente y, de este modo, comporta un obligado pronunciamiento revocatorio respecto de la sentencia apelada.

En cuanto al fondo de la cuestión, *a priori*, el tribunal aclara que los propios demandantes no han negado que no habían participado en la elaboración del guion definitivo de *La niña de tus ojos*, a partir del cual el productor elaboró el guion para el largometraje *La reina de España*. Seguidamente, y tras analizar el informe pericial presentado con la contestación a la demanda, la Audiencia Provincial considera que existen diferencias entre el guion de *La niña de sus ojos* elaborado por los demandados y el guion de *La niña de tus ojos* que permiten concluir que el segundo no es un plagio del primero, aunque sí se deba considerar que el segundo guion es una obra derivada del primero. En este sentido, los elementos que permiten a los peritos apreciar que no hubo plagio no tienen por qué impedir apreciar que sí hubo una transformación que pudo dar lugar a una obra derivada, en los términos del artículo 21 del TRLPI. A este respecto, la Audiencia Provincial afirma que, cuando la modificación acometida por el tercero sobre la obra preexistente no tiene carácter sustancial y carece de originalidad, no estamos en presencia de una transformación ni, por consiguiente, se origina a consecuencia de esa modificación una obra derivada, sino que se produce un simple plagio. A este respecto, la jurisprudencia del TS considera plagio “*todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial*”, tratándose de una actividad “*carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano*”. Por tanto, existen notables diferencias de carácter objetivo, referidas a las cualidades del producto o resultado de la actividad, entre el plagio, que constituye una infracción del derecho de reproducción protegido por el artículo 18 del TRLPI, y la transformación, que —de no estar autorizada— constituye una infracción del artículo 21 del TRLPI antes referido.

En cuanto a si hubo o no transformación, la Audiencia realiza su propia valoración sobre las similitudes y diferencias entre las dos obras y, atendiendo a la semejanza entre los principales hitos del guion escrito por los demandantes y de la película creada por las demandadas, concluye que el guion de *La niña de tus ojos* es una obra derivada del guion de *La niña de sus ojos*, de la autoría de los demandantes.

A continuación, al realizar el mismo análisis comparando esas dos obras con *La reina de España*, el tribunal entiende que, en la transformación de *La niña de sus ojos* a *La niña de tus ojos*, aparecieron personajes originales de las demandadas, que no impedían que su película fuera una obra derivada del guion de los demandantes, pero que sí aportaban originalidad a la nueva obra. Cuando las demandadas crean después *La reina de España* reutilizan esos personajes originales de la obra derivada, pero no utilizan nada más de ella, generando una nueva obra que deriva de *La niña de tus ojos*, pero no de *La niña de sus ojos*. Siendo así, la Audiencia dictamina que no era necesario que los demandantes autorizasen a las demandadas a realizar la obra *La reina de España*, puesto que no puede considerarse que se ha producido una transformación de la obra original de los demandantes, de la que *La reina de España* no toma nada y en la que no resulta reconocible. En suma, no se precisa obtener autorización del primer autor cuando la transformación de una obra derivada solo toma de esta aquellos elementos propios y originales que no estaban presentes en la obra originaria de la que deriva, y ello por entender que el autor de la obra originaria no proyecta su dominio sobre las partes de la obra derivada que sean fruto exclusivo de la actividad creativa del primer transformador, como ocurre en el caso en aprecio.

Por todo lo anterior, la Audiencia estima en parte el recurso de apelación, en lo relativo a los antecedentes fácticos de la resolución, pero desestima la demanda por no poder reclamar los

demandantes nada respecto de la alegada transformación de su guion *La niña de sus ojos* en la creación y explotación del largometraje *La reina de España*.

La participación en un programa televisivo sólo podrá constituir una interpretación protegible por derechos de propiedad intelectual en la medida en que albergue una creatividad visible y que el artista aporte a la ejecución su impronta personal

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), de 6 de noviembre de 2020

El concursante en un programa emitido por televisión titulado *Cifras y Letras* demanda a Artistas Intérpretes Entidad de Gestión ("AISGE") por no haberle liquidado sus derechos remuneratorios como actor participante en dicho programa. El demandante alega que su intervención en el programa era una interpretación y que, como tal, y siendo socio de AISGE, tiene derecho a la remuneración que consigna el artículo 108.5 TRLPI. Sin embargo, AISGE nunca le pagó tal remuneración oponiendo que su participación en el programa no era en calidad de artista, sino como verdadero experto en letras, pese a que sí le retribuyó por su participación en un programa posterior, en el que el demandante alega haber realizado exactamente el mismo papel. El Juzgado de lo Mercantil dio la razón al demandante y condenó a AISGE a pagar la remuneración debida.

AISGE recurre en apelación señalando algunos errores en los que la sentencia de primera instancia había incurrido y que la habían llevado a determinar su fallo, y pide la desestimación de la demanda.

En su sentencia, la Audiencia expone que el hecho de que el programa se rigiese por un guion, o que el demandante tuviese que seguir las instrucciones de los directores, ni convierte al programa en una obra original ni convierte al demandante en un actor que interpreta un personaje. Es necesario valorar, por tanto, si la participación del demandante en el programa puede estimarse como una interpretación, si albergaba algún "aspecto creativo visible" y si imprimía "su impronta personal" al personaje. Y la Audiencia entiende que esto no se da porque el demandante no *interpretaba* a un experto en letras, sino que *era* un experto en letras. El demandante se presentaba así ante el público fuera y dentro del programa, tiene ese perfil y realizaba su participación de forma natural y espontánea, sin que los diálogos (aun preparados) fueran propios de otra persona más que de él mismo.

Esto no se daba en el programa posterior en el que participó, donde hacía de un profesor del siglo XVI y adaptaba sus intervenciones al público infantil al que se dirigía, exteriorizando una interpretación que es perfectamente distinguible de la propia persona del demandante. De igual forma, el hecho de que firmase contratos en exclusiva con la productora del programa, o que cediese sus derechos a ella, no cambia el hecho de que la participación del demandante en *Cifras y Letras* no fuese una interpretación merecedora de la retribución que AISGE distribuye.

En consecuencia, la Audiencia acaba por estimar el recurso de apelación y desestimar la demanda.

El coordinador de una obra colectiva goza de la consideración de autor, en la medida en que su labor cumpla los requisitos previsto en la legislación para la creación de una obra colectiva, sin que, en dicho supuesto, resulte oponible derecho moral alguno de los autores de las contribuciones que la integren

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 20 de noviembre de 2020

A través de estos autos, se dirime la reclamación presentada por parte del autor de una obra para la preparación de las pruebas de acceso a la universidad para mayores de 25 años (la “Obra Aportada”) e integrada en una obra colectiva de idéntica temática (la “Obra Colectiva”), frente a la sociedad titular de los derechos de explotación sobre ambas obras, los cuales había obtenido mediante la adquisición de la rama de actividad de la sociedad coordinadora de la Obra Colectiva.

El autor imputa a la parte demandada incumplimientos consistentes en el no reconocimiento de la condición de autor respecto de la Obra Colectiva, la modificación no consentida de ésta en ediciones posteriores y el derecho de remuneración provisional no otorgado o la cesión no autorizada de derechos, y solicita, entre otros, su expresa declaración de la condición de autor y la concesión de una indemnización patrimonial proporcional y comprensiva del daño moral, y ello sobre la base de los artículos 47 y 68 del TRLPI. La entidad demandada se opone a la demanda negando los incumplimientos que se le imputan, y afirma que el actor prestó su consentimiento para la aportación de sus materiales a la Obra Colectiva en atención a lo dispuesto en el artículo 8 del TRLPI, por lo que no existe incumplimiento contractual o legal alguno. La sentencia, tras valorar la prueba practicada, declara que no constan acreditados ninguno de los incumplimientos imputados a la demandada, e indica que el actor aceptó participar en la Obra Colectiva y percibió la retribución pactada, sin que se aprecie infracción contractual ni de la normativa en materia de propiedad intelectual que dé lugar a la indemnización interesada.

En apelación, y en lo relativo a la existencia de una obra colectiva, el tribunal afirma que la nota esencial que distingue la obra colectiva de la obra en colaboración, regulada en el artículo 7 del TRLPI, es la subordinación de los distintos autores de aportaciones respecto de la persona que coordina los trabajos del grupo o respecto de la institución u otra persona jurídica que la edita y divulga. La iniciativa de la editorial puede constituir un indicio de la existencia de una obra colectiva, aunque lo determinante es que la coordinación de los trabajos implique una relación de subordinación, por jerarquía funcional o contractual. El coordinador decide en última instancia tanto el contenido de la aportación que se va a insertar como si se va a producir o no la divulgación. En la obra colectiva, el nexo entre las diferentes aportaciones de los autores se articula a través del coordinador (que las dirige y coordina), de manera que ni siquiera puede ser necesaria una comunicación directa entre los distintos autores (que se realiza a través de aquel), mientras que las obras en colaboración, ante la ausencia de ese coordinador, requieren de esa comunicación que permita alcanzar el resultado unitario que les es característico, pero todo ello al margen del entramado jurídico que pueda existir entre los distintos autores.

Así, a la luz de los autos, el tribunal confirma, en primer lugar, la distinta naturaleza entre la Obra Aportada y la Obra Colectiva, y la validez de los contratos que se formalizaron para su creación y

edición. Junto con ello, aproximándose a la cuestión relativa a la autoría de las obras, determina la naturaleza de la Obra Colectiva como tal, dada la labor del coordinador, que debido al ejercicio de dicha función es considerado como su verdadero autor —y no mero titular derivativo de derechos sobre ella—, lo que lleva a desestimar el recurso, negando el reconocimiento de la autoría de dicha Obra Colectiva al autor de la Obra Aportada y, con ello, cualquier pretensión de reclamación de daño moral con respecto de ella.

2. Propiedad intelectual. Otros

[Unión Europea]

El Parlamento Europeo analiza las implicaciones en materia de propiedad intelectual de la inteligencia artificial y concluye que la titularidad sobre los derechos relativos a las creaciones generadas por inteligencia artificial deberá recaer en aquellas personas que operaron la tecnología, nunca en la propia máquina

Informe sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, de 2 de octubre de 2020

El Parlamento Europeo ha publicado su informe sobre el desarrollo de los derechos de propiedad intelectual a la vista del imparable avance de las tecnologías de inteligencia artificial. El documento se compone de las opiniones de las comisiones de cultura y educación, transportes y turismo, y mercado interior y protección del consumidor, así como de una propuesta de resolución del propio Parlamento Europeo. Como antesala de la legislación que la Unión Europea habrá de promulgar para regular el avance de la inteligencia artificial, el documento deja entrever senderos por los que podría transitar en el futuro cercano el legislador comunitario.

El Parlamento plantea al Consejo y a la Comisión distintas nociones que considera como objetivos a alcanzar en la normativa sobre inteligencia artificial. La seguridad jurídica o el mantenimiento de un alto nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual son dos de los principales objetivos. Y, junto con ellos, aparecen a lo largo del texto otros valores que el Parlamento pide que se tengan en cuenta, como el objetivo de convertir a la Unión Europea en un espacio de innovación y en una pionera en el desarrollo de la inteligencia artificial a nivel global.

A su vez, el Parlamento da ciertas indicaciones sobre la forma que debería tomar la regulación que se promulgue. Así, afirma que entiende como fórmula legislativa más conveniente el reglamento, para evitar que la futura normativa se aplique de forma desigual dentro del territorio de la Unión. También se pide que la regulación utilice definiciones tecnológicamente neutras, de modo que puedan amparar futuros avances tecnológicos. Se describe la idoneidad de graduar el control de la regulación sobre la tecnología, según los sectores, el grado de intervención humana, la importancia y el origen de los datos utilizados. Y, por último, se recuerda la importancia de

mantener la supervisión humana en aquellos registros de propiedad intelectual donde se aplique la inteligencia artificial para reconocer elementos.

Asimismo, el Parlamento entra a valorar y posicionarse sobre algunos puntos de conflicto entre las tecnologías de inteligencia artificial y los derechos de propiedad intelectual. En particular, en lo relativo a los derechos de autor, el Parlamento llama la atención sobre la posible problemática en torno a la titularidad de los derechos de propiedad intelectual de creaciones asistidas por inteligencia artificial y, sobre todo, de las generadas íntegramente por inteligencia artificial, demandando que en ningún caso se otorgue personalidad jurídica a las inteligencias artificiales propiamente dichas ni se les otorguen derechos de autor, para impedir que sea sobre esos entes en los que recaigan tales derechos. En este sentido, reclama que se respete la vinculación existente en el derecho europeo actual entre originalidad y persona física, requiriendo que se exija una impronta humana sobre cualquier creación para entenderla protegible por la propiedad intelectual.

3. Comunicación y entretenimiento. Legislación

[España]

Se modifica el Real Decreto 1084/2015, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley del Cine, para introducir mejoras de aspectos técnicos y nuevas medidas que fomenten la actividad cinematográfica y audiovisual, incluyendo el aumento de las ayudas en relación con las “obras audiovisuales difíciles”

Real Decreto 1090/2020, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1084/2015, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (BOE de 10 de diciembre de 2020)

El Real Decreto 1090/2020, de 9 de diciembre (“RD 1090/2020”) modifica el Real Decreto 1084/2015, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (“RD 1084/2015”), fundamentalmente con el objetivo de favorecer la actividad cinematográfica y audiovisual.

En primer lugar, se flexibiliza el régimen de aprobación de las coproducciones internacionales y de las coproducciones financieras, en línea con las prácticas del mercado internacional. En particular, se amplía el porcentaje de personal extracomunitario o no perteneciente a los países coproductores que se admite en la coproducción y se permite la aprobación de las coproducciones financieras una vez iniciado el rodaje.

En segundo lugar, se establecen nuevos criterios para la identificación de determinadas obras como “obras audiovisuales difíciles”. La nueva regulación incluye más supuestos protegidos y un aumento del porcentaje sobre el coste reconocido de las obras audiovisuales que sirve de límite máximo de ayuda pública a percibir por este tipo de obras.

De este modo, con la entrada en vigor del RD 1090/2020, pasan a tener la consideración de “obras audiovisuales difíciles”: (i) las obras audiovisuales dirigidas por una persona que no haya dirigido o codirigido más de dos largometrajes calificados para su explotación comercial en salas de exhibición cinematográfica cuyo presupuesto de producción no supere 1.500.000 de euros; (ii) las obras audiovisuales realizadas exclusivamente por directores o directoras con un grado de discapacidad igual o superior al 33 %; (iii) las obras audiovisuales realizadas exclusivamente por directoras; (iv) las obras audiovisuales con un especial valor cultural y artístico; (v) los documentales; (vi) las obras de animación; (vii) las obras audiovisuales realizadas en régimen de coproducción con países iberoamericanos; (viii) los cortometrajes; y (ix) las obras audiovisuales rodadas íntegramente en alguna de las lenguas cooficiales distintas al castellano.

Además, con el RD 1090/2020, se establecen una serie de modificaciones de carácter procedimental y de mejora de aspectos técnicos. Entre otras medidas, (i) se extiende a las personas físicas la obligación de relacionarse con la Administración por medios electrónicos para todos los procedimientos en los que el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales ejerza sus potestades en relación con las actividades cinematográficas y audiovisuales; y (ii) se aclara que los titulares de las salas de exhibición son responsables de comunicar al público la calificación por grupos de edad aplicable a los avances de las películas cinematográficas proyectados en las salas.

4. Comunicación y entretenimiento. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El TJUE anula la decisión de la Comisión Europea que convertía en jurídicamente vinculantes los compromisos asumidos por determinados estudios cinematográficos estadounidenses con respecto a sus contratos de licencia de explotación de contenidos audiovisuales, para evitar ser sancionados por posición dominante, y que incluían dejar sin efecto las obligaciones de exclusividad territorial asumidas por dichos estudios con respecto a sus terceros licenciatarios, puesto que considera que esos compromisos vulneran el principio de proporcionalidad

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 9 de diciembre de 2020 (asunto C-132/19 P)

La Decisión de la Comisión Europea, de 26 de julio de 2016, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (la “Decisión”), convertía en jurídicamente vinculantes los compromisos propuestos por Paramount Pictures International Ltd y Viacom Inc. (“Paramount”) para evitar ser sancionadas por posición dominante, en el contexto de los acuerdos de concesión de licencias de explotación de contenidos audiovisuales que estas entidades habían celebrado con Sky UK Ltd y Sky plc (“Sky”) para el Reino Unido e Irlanda. Entre esos compromisos se incluía el permitir que cualquier usuario pudiera acceder a los contenidos audiovisuales licenciados por Paramount en cualquier territorio europeo, sin que su lugar de re-

sidencia pudiera resultar un impedimento, a pesar de que hubieran contratado el acceso a ellos solo para el territorio licenciado en exclusiva a Sky.

Paramount notificó a Groupe Canal +, S.A. ("Canal +"), con la que tenía también suscrito un contrato de licencia exclusiva de explotación de contenidos audiovisuales para el territorio francés, el contenido de los compromisos que la Decisión declaraba vinculantes y sus implicaciones, que incluían, en particular, el dejar de velar por el cumplimiento de dicha exclusividad territorial absoluta. Al considerar que los mencionados compromisos no le eran oponibles, puesto que habían sido adquiridos en el contexto de un procedimiento que solo afectaba a la Comisión Europea y a Paramount, Canal + interpuso ante el Tribunal General un recurso de anulación de la Decisión, que fue desestimado mediante sentencia de 12 de diciembre de 2018 (asunto T873/16). Posteriormente, Canal + interpuso recurso de casación contra dicha sentencia del Tribunal General, que ha dado lugar a su revocación y a la anulación de la Decisión por el TJUE, puesto que considera que la apreciación que el Tribunal General hizo de la proporcionalidad de la vulneración de los intereses de terceros que deriva de la Decisión adolece de errores de derecho.

En concreto, el TJUE estima únicamente el cuarto motivo de casación alegado por Canal +, según el cual se afirma que en su decisión el Tribunal General había incumplido el punto 128 de la Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE, y había vulnerado los derechos contractuales de terceros, al considerar que la Decisión no afectaba a la posibilidad de que Canal + acudiera al juez nacional para hacer respetar sus derechos contractuales. En virtud de dicho punto 128, una decisión de la Comisión Europea no puede tener por objeto convertir en obligatorios unos compromisos para aquellos operadores que no los hayan propuesto y no los hayan suscrito, como es el caso de Canal + en este supuesto.

En su sentencia, el TJUE concluye que (i) el hecho de que la Comisión Europea haga obligatorio el compromiso de un operador consistente en que no se apliquen determinadas cláusulas contractuales con respecto a terceras partes (como Canal +), a pesar de que éstas no hayan expresado su acuerdo con el compromiso, constituye una injerencia en la libertad contractual; y (ii) los derechos contractuales de un tercero, como Canal +, no pueden protegerse de manera adecuada mediante un recurso interpuesto ante un órgano jurisdiccional nacional, cuando la Comisión Europea ha hecho obligatorio un compromiso en virtud del cual la contraparte del tercero deja de aplicar algunas de sus obligaciones para con ese tercero.

En último término, el TJUE destaca el carácter esencial de las obligaciones de exclusividad territorial previstas en los acuerdos de concesión de licencia en cuestión, que se ven afectadas por los compromisos que la Decisión hacía obligatorios, vaciando así de contenido los contratos celebrados con los terceros licenciarios, incluida Canal +, frente a Paramount, con lo que se vulnera el principio de proporcionalidad.

La contribución extraordinaria al fondo de compensación del servicio universal de comunicaciones electrónicas impuesta por la República Portuguesa a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas para financiar y repartir los costes netos derivados de las obligaciones de servicio universal no vulnera los principios establecidos por el artículo 13.3 y el Anexo IV.B de la Directiva 2002/20

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de noviembre de 2020 (C-49/19)

La Comisión Europea interpuso recurso por incumplimiento, con arreglo al artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, contra la República Portuguesa, por entender que contraviene el artículo 13.3 y el anexo IV.B 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 ("Directiva 2002/20"), al establecer una contribución extraordinaria para el reparto de los costes netos de las obligaciones de servicio universal a partir de 2007 que vulnera los principios establecidos por la citada norma.

El artículo 13.1 de la Directiva 2002/20 establece que, cuando una autoridad nacional de reglamentación considere que una empresa está sometida a una carga injusta como consecuencia de su obligación de prestar el servicio universal, el Estado miembro correspondiente podrá optar, entre otros, por repartir el coste neto entre los proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas. En caso de optar por esta segunda opción, el artículo 13.3 de la Directiva 2002/20 prevé que el mecanismo de reparto deberá respetar los principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad, de conformidad con los principios enunciados en la Parte B del Anexo IV.

En el caso en aprecio, el TJUE aborda por separado cada uno de los principios que le son aplicables, para concluir que el mecanismo de compensación impuesto por Portugal no vulnera los principios del artículo 13.3 de la Directiva 2002/20, por lo que desestima el recurso de la Comisión Europea.

En cuanto al principio de transparencia, el TJUE entiende que, en la medida en que el mecanismo de reparto se estableció mediante una Ley (Ley n.º 35/2012), siendo por tanto una norma accesible, clara, precisa, unívoca y previsible, cumple con el principio de transparencia. A este respecto, afirma que el mero hecho de que los operadores no pudieran prever, antes de la fecha de adopción de dicha Ley, el alcance de sus obligaciones de acuerdo con ella no vulnera tal principio.

En lo que se refiere a los principios de distorsión mínima del mercado y proporcionalidad, que se analizan conjuntamente, el TJUE declara, entre otros aspectos, que el hecho de que el importe de la contribución sea significativo no demuestra, de por sí, que sea desproporcionado o vulnere el principio de distorsión mínima, puesto que dicho importe se corresponde efectivamente con una carga soportada por el prestador del servicio universal y constituye, por otra parte, una compensación adecuada y limitada a lo necesario para alcanzar el objetivo de compensar dicha carga.

El TJUE continúa afirmando que el hecho de que la contribución extraordinaria tuviera como base el volumen de negocios de los operadores para los años posteriores a la entrada en vigor de esta

contribución tampoco viola los principios analizados, dado que la carga financiera impuesta de este modo a los operadores resultó proporcionada a la cuota de mercado que podían invocar precisamente en el momento en que se les impuso dicha carga. A lo anterior se añade que las empresas sujetas a la contribución dispusieron de facilidades de pago y se procuró repartir el importe entre un número elevado de operadores.

Finalmente, se desestima el argumento, expuesto por la Comisión, de que el pago tuvo como consecuencia que las empresas tuvieran que realizar una “doble contribución”, en la medida en que debían pagar la contribución extraordinaria por el periodo entre 2007 y 2012, y contribuir a los costes en periodos posteriores a 2012. A este respecto, el TJUE entiende que la contribución extraordinaria debe considerarse una contribución diferida en el tiempo. Por otra parte, el mero hecho de que la elección efectuada por Portugal haya llevado, durante determinados ejercicios, a un aumento de las cargas financieras que gravan a las empresas afectadas no constituye por sí solo una violación del principio de proporcionalidad.

Finalmente, el TJUE aborda el principio de no discriminación y el argumento de la Comisión Europea con respecto a que, en aplicación de dicho principio, solo se debe tener en cuenta el volumen de negocio de los operadores en el momento en que se soportaron los costes netos en cuestión (2007-2012), lo cual es relevante, puesto que se produjeron varias concentraciones y transformaciones de empresas en el mercado de las telecomunicaciones de Portugal. A este respecto, el TJUE recuerda que la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes, y concluye que, si bien es cierto que los operadores que estaban presentes en el mercado en el momento en que soportaron los costes de la contribución extraordinaria y los operadores que no estaban presentes en ese mercado fueron objeto de tratamiento comparable, ya que tanto unos como otros estuvieron sujetos a esa contribución, la Comisión Europea no ha demostrado de modo suficiente que estos dos grupos de operadores se encontraran en situaciones hasta tal punto diferentes como para que la aplicación de una misma norma a todos ellos deba considerarse una discriminación. Además, recuerda que las reestructuraciones en el mercado portugués tuvieron carácter intra e intergrupo, siendo los operadores calificados como “nuevos” por la Comisión Europea un producto de reestructuraciones y fusiones, existiendo así identidad económica de los operadores presentes en Portugal antes y después de 2012.

La Directiva 2002/20 es aplicable a los servicios de telefonía fija y de acceso a Internet, y no se opone a una norma nacional que impone, a las empresas propietarias de redes de comunicaciones electrónicas que utilicen éstas para prestar servicios de telefonía fija y de acceso a Internet, una tasa cuyo importe se determina exclusivamente en función de los ingresos brutos obtenidos anualmente en el territorio de dicho Estado miembro

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de enero de 2021 (C-764/18)

El origen de esta decisión judicial se halla en la petición instada por Orange España, S.A.U. (“Orange”) ante el Ayuntamiento de Pamplona de rectificación de la autoliquidación de la tasa por aprovechamiento del dominio público radioeléctrico (la “Tasa”) presentada por Orange ante

dicha autoridad, en el marco de lo previsto en la Ordenanza fiscal n.º 22, y la devolución de la suma ingresada en pago de ella. Orange alegaba que (i) no era titular de las redes que explotaba en el territorio de la responsabilidad del Ayuntamiento de Pamplona, sino usuaria en virtud de derechos de interconexión; (ii) los servicios de telefonía fija y acceso a internet que prestaba están comprendidos en el ámbito de la Directiva 2002/20, en lo relativo a la imposición de tasas y cánones a las empresas que ejercen su actividad en el sector de la telefonía móvil; y (iii) la Tasa es contraria a los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20, al establecer un gravamen calculado sobre la base de un porcentaje fijo de los ingresos brutos de la empresa.

El Ayuntamiento de Pamplona desestimó la petición por entender que el importe de la Tasa no adolecía de ningún error de hecho o de derecho. Orange interpuso recurso contencioso-administrativo contra esta decisión, que fue desestimado mediante sentencia de 4 de diciembre de 2015, la cual Orange recurrió en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Este tribunal estimó parcialmente el recurso, al considerar que el método de determinación del importe de la Tasa era contrario a los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20. Como consecuencia de ello, el Ayuntamiento de Pamplona interpuso recurso de casación ante el TS, que decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE dos cuestiones prejudiciales.

En primer lugar, se pregunta si la Directiva 2002/20 es aplicable a las empresas que prestan servicios de acceso a Internet y telefonía fija. El TJUE entiende que la respuesta es afirmativa, por cuanto el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/20 incluye las “autorizaciones de suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas”. A su vez, la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (“Directiva Marco”), define los servicios de comunicaciones electrónicas incluyendo tanto los servicios de telefonía fija y móvil, que no distingue a estos efectos (considerando 10), como al servicio de acceso a Internet (art. 2.a y considerando 10).

En segundo lugar, el TS pide que se dilucide si los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20 se oponen a una norma que impone a las empresas propietarias de infraestructuras o redes de comunicaciones electrónicas y que utilicen éstas para prestar servicios de telefonía fija y de acceso a Internet una tasa cuyo importe se determina exclusivamente en función de los ingresos brutos obtenidos anualmente en el territorio del Estado miembro. Para responder a esta cuestión, el TJUE comienza señalando que, para que se pueda aplicar la Directiva 2002/20 a un gravamen como la Tasa, su hecho imponible debe estar vinculado al procedimiento de autorización general, regulado en dicha norma, que otorga derechos para el suministro de redes y servicios de comunicaciones. A continuación, analiza por separado la aplicabilidad de los artículos 12 y 13 a la Tasa.

Con respecto al artículo 12, el TJUE entiende que, en la medida en que la Tasa no tiene por objeto cubrir los gastos administrativos globales derivados de la actividad de la autoridad nacional de reglamentación, no puede calificarse de “tasa” conforme al artículo 12. En relación con el artículo 13, no puede considerarse que la Tasa se aplique a las empresas que suministran redes y servicios de comunicaciones electrónicas como contrapartida por el derecho a instalar recursos. De este modo, al estar vinculado a la concesión del derecho a utilizar los recursos instalados en el suelo, vuelo o subsuelo del dominio público local, el hecho imponible de la Tasa no depende del derecho de instalar tales recursos en el sentido del artículo 13 de la Directiva 2002/20. En consecuencia, la Tasa no está incluida en el ámbito de aplicación de dicho artículo 13.

En definitiva, en la medida en que la Tasa no está incluida en el ámbito de aplicación de los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20, la norma debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que impone a las empresas propietarias de redes de comunicaciones electrónicas que utilicen éstas para prestar servicios de telefonía fija y de acceso a Internet, una tasa cuyo importe se determina exclusivamente en función de los ingresos brutos obtenidos en el territorio del Estado miembro.

5. Comunicación y entretenimiento. Otros

[Unión Europea]

La Comisión Europea actualiza su recomendación a las autoridades nacionales de reglamentación sobre los mercados de comunicaciones electrónicas cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones reglamentarias de conformidad con los principios del derecho de la competencia, para incluir únicamente los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y capacidad dedicada al por mayor

Recomendación (UE) 2020/2245 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2020, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (C (2020) 8750)

A través de la Recomendación (UE) 2020/2245, de 18 de diciembre de 2020 (la “Recomendación”), que sustituye a todos los efectos a la anterior recomendación en esta misma materia, de 2014, la Comisión Europea, en el ejercicio de la competencia que le otorga el artículo 64.1 de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (“CECE”), aplica los principios del derecho de la competencia a la definición de los mercados de comunicaciones electrónicas en los que puede resultar justificado imponer obligaciones reglamentarias *ex ante*.

De conformidad con el artículo 67.1 CECE, la imposición de obligaciones reglamentarias *ex ante* únicamente estará justificada cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes criterios: (i) barreras de entrada importantes y no transitorias; (ii) estructura de mercado que no tiende hacia una competencia efectiva dentro del horizonte temporal pertinente; e (iii) insuficiencia de la legislación en materia de competencia para abordar las deficiencias del mercado detectadas.

Tras evaluar el cumplimiento de estos requisitos con carácter previo a la determinación de los mercados incluidos en la Recomendación, la Comisión Europea identifica como mercados que deben ser objeto de regulación *ex ante* los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija (mercado 1) y los mercados de capacidad dedicada al por mayor (mercado 2).

Asimismo, recomienda a los Estados miembros que realicen la prueba del artículo 67 CECE en caso de que consideren que alguno de estos mercados no ha de ser objeto de regulación *ex ante*, y demostrar que al menos uno de los criterios previstos en dicho artículo no se cumple.

Asimismo, recomienda a los Estados miembros que, al identificar los mercados geográficos pertinentes de conformidad con el artículo 64. 3 CECE, lleven a cabo un análisis exhaustivo de la sustituibilidad de la oferta y la demanda, partiendo de una unidad geográfica adecuada, y combinando las unidades que presenten condiciones de competencia similares, al identificar los mercados geográficos pertinentes dentro de su territorio.

Por otra parte, se aclara que, de acuerdo con esta Recomendación, dicho análisis no excluye la posibilidad de que las autoridades nacionales de reglamentación analicen mercados adicionales a los incluidos en la Recomendación o consideren que no se cumplen los criterios del artículo 67.1 CECE en alguno de los mercados incluidos en la Recomendación, extremo que la Comisión deberá comprobar.

Adicionalmente, la Comisión aclara que la Recomendación solo identifica los mercados pertinentes del ámbito mayorista, puesto que considera que es suficiente para hacer frente a los posibles problemas de competencia en los mercados minoristas descendientes conexos.

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

[Unión Europea]

La Comisión Europea publica tres proyectos de reglamentos en el ámbito de la economía digital

Reglamento Europeo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales, Reglamento Europeo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y Reglamento relativo a la gobernanza europea de datos (Ley de Gobernanza de Datos)

La Comisión Europea ha publicado tres borradores de nuevos reglamentos en el ámbito de la economía digital que abordan ámbitos de creciente interés:

- i. La Ley de Mercados Digitales tiene como objetivo esencial regular las plataformas digitales. En especial, incorpora el concepto de “guardianes de acceso”, que hace referencia a aquellos proveedores de servicios de plataformas básicas cuando tengan un impacto significativo en el mercado interior, operen en una o más puertas de acceso importantes hacia clientes y tengan o sea imprevisible que vayan a tener una posición afianzada y duradera en sus operaciones.

Por consiguiente, el objetivo de esta norma es regular a escala de la Unión —para asegurar un estándar común en todos los Estados miembros— el uso de las plataformas para que los usuarios profesionales puedan beneficiarse de la denominada economía digital en un mercado más disputable y equitativo. De este modo, se pretenden imponer medidas correctoras para resolver las prácticas desleales y la disputabilidad creada en este entorno.

- ii. La Ley de Servicios Digitales tiene como objetivo regular la prestación de servicios digitales a usuarios (persona física o jurídica) establecidos en la Unión Europea. En este sentido, establece una serie de obligaciones a los prestadores de servicios que se acumulan en cascada según el tipo de servicio y el volumen de usuarios europeos. En primer lugar, todos los proveedores de servicios de intermediación tienen, entre otras, las obligaciones de establecer un punto de contacto o cooperar con las autoridades nacionales. En segundo lugar, los prestadores de servicios de alojamiento de datos tienen además, entre otras, la obligación de establecer mecanismos para que los usuarios les notifiquen la presencia de contenidos ilícitos. En tercer lugar, las plataformas en línea —además de las obligaciones anteriores— deben tener, entre otros, mecanismos de gestión de reclamaciones y resolución extrajudicial de litigios, alertadores fiables de contenido ilícito, medidas de protección contra usos indebidos, mecanismos de denuncia de infracciones penales, medidas de comprobación de credenciales del cliente empresarial o el deber de señalar a los usuarios el contenido publicitario. En cuarto y último lugar, las plataformas en línea con gran volumen de usuarios europeos (aprox. 45 millones de usuarios) deben cumplir, además, con obligaciones sobre gestión de riesgos, elaboración de auditorías externa y rendición pública de cuentas, adhesión a códigos de conducta o cooperación en materia de respuesta a las crisis. Adicionalmente, todos los prestadores de servicios mencionados tienen la obligación de realizar informes de transparencia anuales cuyo contenido y nivel de detalle es creciente en línea con sus obligaciones.
- iii. La Ley de Gobernanza de Datos tiene como objetivo ampliar la disponibilidad de los datos con miras a su utilización, mediante el aumento de la confianza en los intermediarios de datos y el refuerzo de los mecanismos para el intercambio de datos en el conjunto de la UE. Del mismo modo, esta norma pretende incentivar la puesta en común de datos en el mercado interior mediante la creación de un marco armonizado para su intercambio.

En particular, esta norma regula (i) la cesión de datos del sector público para su reutilización, en aquellos casos en los que esos datos estén sujetos a derechos de terceros; (ii) el intercambio de datos entre empresas a cambio de algún tipo de remuneración; (iii) la cesión de datos personales con ayuda de un “intermediario de datos personales”, cuya labor consistirá en ayudar a los particulares a ejercer los derechos que les confiere el Reglamento General de Protección de Datos, y (iv) la cesión de datos con fines altruistas.

Además, la Ley de Gobernanza de Datos establece la prohibición de los acuerdos de exclusividad llevados a cabo por el sector público para la reutilización de los datos conservados, salvo que así lo exija una obligación de interés general, en cuyo caso, deberá ajustarse a los requisitos legalmente establecidos (transparencia, límites temporales etc.). Por otro lado, esta norma recoge como novedad el hecho de que los organismos del sector público puedan cobrar tasas por permitir la reutilización de datos conservados por organismos

del sector público que estén protegidos por motivos relacionados con la confidencialidad comercial, la confidencialidad estadística, la protección de los derechos de propiedad intelectual de terceros y la protección de datos personales.

[España]

Aprobación del Real Decreto 43/2021 sobre seguridad de las redes y sistemas de información

Real Decreto 43/2021, de 26 de enero, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información (BOE de 28 de enero de 2021)

El pasado 28 de enero de 2021 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto 43/2021, de 26 de enero ("Real Decreto") por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información ("Real Decreto-ley 12/2018"), la norma española que transpone la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión ("Directiva NIS").

El objetivo de todas estas normas se centra en dar respuesta a los problemas de seguridad de las redes y sistemas de información que se produzcan en la Unión Europea para garantizar un nivel común de seguridad al establecer unos requisitos mínimos tanto para los operadores de servicios esenciales como para los proveedores de servicios digitales, y para regular un procedimiento para la gestión de incidentes de seguridad.

La principal novedad que se incorpora en el Real Decreto, que tiene como objetivo cumplir con el desarrollo reglamentario encomendado en la disposición final tercera del Real Decreto-ley 12/2018, es la regulación relativa a la Plataforma Nacional de Notificación y Seguimiento de Ciberincidentes (la "Plataforma") recogida en el artículo 4.º de esta norma. El objetivo de crear esta Plataforma es el de garantizar la cooperación y coordinación entre los equipos de respuesta de los incidentes de seguridad informática (CSIRT) de referencia, y también entre estos y las autoridades competentes.

Resulta interesante destacar que el Real Decreto también incluye referencias a la notificación de incidentes. En este sentido, la norma describe una serie de obligaciones de notificación que deben cumplir los operadores de servicios esenciales respecto de aquellos incidentes que puedan considerarse que tengan efectos perturbadores significativos en los servicios y que puedan afectar a las redes y sistemas de información que sean empleados para la prestación de servicios esenciales, aunque no lleguen a crear ningún efecto adverso real sobre estos últimos. En relación con lo anterior, es importante apuntar que el procedimiento de notificación de incidentes se realiza a través de la Plataforma.

En último lugar, del texto del Real Decreto también se desprende la obligación de colaboración entre los operadores de servicios esenciales y los proveedores de servicios digitales en relación

con las autoridades competentes. Estas últimas podrán requerir, cuando lo consideren necesario, la intervención de las CSIRT de referencia para llevar a cabo la función de supervisión que tienen encomendada.

Consulta pública para la elaboración de una Carta de Derechos Digitales

Carta de Derechos Digitales

Hasta el 20 de enero de 2021, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital ha sometido a consulta pública la elaboración de una Carta de Derecho Digitales (la “Carta”). La Carta no tiene carácter normativo y no busca prever nuevos derechos, sino precisar y complementar aquellos derechos ya reconocidos por la legislación española en el entorno digital.

Entre otros, se pueden destacar los siguientes derechos reconocidos en la Carta: igualdad de derechos y libertades en el entorno digital, identidad en el entorno digital, herencia digital, accesibilidad del entorno digital a personas con discapacidad, neutralidad de internet, derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas, la protección de datos, no ser localizado ni perfilado, igualdad y no discriminación en el entorno digital, accesibilidad del entorno digital a personas mayores, libertad de expresión e información en el entorno digital, derechos digitales en el ámbito laboral, pseudonimato en el entorno digital, seguridad digital, protección de menores en el entorno digital, derecho a la educación digital, participación ciudadana por medios digitales, libertad de empresa en el ámbito digital, desarrollo tecnológico y entorno digital sostenible, protección de la salud en el entorno digital, libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital, derechos ante la inteligencia artificial y derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías (neuroderechos).

[Portugal]

Tratamentos de dados pessoais de saúde – Orientações da CNPD

Orientações da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) de 13 de novembro de 2020 sobre os tratamentos de dados pessoais de saúde regulados no Decreto n.º 8/2020, de 8 de novembro

Na sequência da publicação, no passado dia 8 de novembro de 2020, do Decreto do Conselho de Ministros n.º 8/2020 (o “Decreto”) que prevê a possibilidade de: (i) controlo de temperatura corporal no acesso a determinados locais (tais como locais de trabalho, instituições públicas, espaços comerciais ou estabelecimentos de saúde); (ii) realização de testes de diagnóstico de SARS-CoV-2 (para quem tenha acesso a estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde, de estabelecimentos de ensino ou prisionais, de estruturas residenciais para idosos ou unidades de cuidados continuados, centros educativos ou a outros locais determinados pela Direção Geral da Saúde, ou para quem pretenda entrar ou sair do território nacional) e ainda (iii) um reforço da capacidade de rastreio, através da mobilização de recursos humanos que não sejam profissionais de saúde, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (“CNPD”) publicou no dia 13 de novembro

recomendações para melhor conciliar o cumprimento destas normas com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“RGPD”).

De acordo com as Orientações da CNPD, o controlo da temperatura corporal, assim como o reforço da capacidade de rastreio através da realização de inquéritos epidemiológicos e do acompanhamento de pessoas em vigilância ativa implicam o tratamento de dados de saúde, os quais, regra geral, devem ser levados a cabo por profissionais de saúde, sujeitos a sigilo profissional. Apesar disso, o Decreto prevê a possibilidade destes tratamentos serem realizados por quem não seja profissional de saúde, razão pela qual é importante assegurar o cumprimento de um conjunto de recomendações para acautelar e proteger os direitos dos titulares dos dados à privacidade e à proteção dos seus dados pessoais. Assim, e em relação ao controlo da temperatura corporal, a CNPD considera que os responsáveis pelo tratamento devem (i) vincular, por contrato ou declaração autónoma, o trabalhador que realiza o controlo de temperatura a um específico dever de confidencialidade; e (ii) definir um procedimento específico para situações de medições de temperatura superior a 38º C.

Por outro lado, no que concerne à possibilidade de condicionar o acesso a determinados estabelecimentos à realização de testes de diagnóstico de SARS-CoV-2, a CNPD critica a falta de estipulação quanto às circunstâncias em que se pode impor a realização dos testes, quem deve recolher as respetivas amostras e analisar os seus resultados. Com vista à prevenção da estigmatização ou discriminação dos portadores de vírus, a CNPD recomenda que estes testes devem ser realizados apenas por profissionais de saúde e que devem definir-se procedimentos subsequentes para situações de resultados positivos para a presença do vírus.

Por último, em relação ao reforço da capacidade de rastreio por quem não seja profissional de saúde, os trabalhadores mobilizados para as funções de realização de inquéritos epidemiológicos, o rastreio de contactos de doentes com COVID-19 e o seguimento de pessoas em vigilância ativa, devem ser sujeitos, no ato jurídico que determine a mobilização ou em declaração autónoma, a um específico dever de confidencialidade relativamente a todos os dados pessoais que venham a conhecer, no exercício destas funções.

Recomendações sobre medidas que complementam transferências internacionais de dados

Recomendação 01/2020 relativa a medidas que complementam os mecanismos de transferência de dados pessoais para assegurar um nível de proteção de dados essencialmente equivalente ao garantido na União Europeia, de 10 de novembro - Comité Europeu para a Proteção de Dados

O Comité Europeu de Proteção de Dados (“CEPD”) publicou, no passado dia 10 de novembro, a Recomendação 01/2020 (a “Recomendação”) sobre as medidas que podem complementar os instrumentos de transferência de dados, de modo a assegurar um nível de proteção de dados essencialmente equivalente ao garantido na União Europeia (“UE”). Esta Recomendação surge no seguimento da decisão no caso Schrems II (C-311/18) emitida pelo Tribunal de Justiça da UE no dia 16 de julho de 2020, que veio recordar a necessidade de assegurar um nível de proteção de dados

equivalente ao existente na UE quando se trata de transferir dados pessoais para países terceiros, acrescentando ainda que, ao abrigo do princípio da responsabilização contido no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), a obrigação de assegurar esse nível mínimo de proteção recai sobre a entidade que exporta os dados pessoais.

Esta Recomendação tem como principal objetivo apoiar os exportadores de dados a identificar e a concretizar as medidas suplementares a aplicar em transferências internacionais de dados pessoais, se necessário, tendo em conta os tratamentos específicos de dados a transferir e a legislação aplicável no país de destino, de acordo com uma metodologia de seis passos.

Como primeiro passo, o CEPD recomenda que os exportadores de dados conheçam os locais para onde os dados serão transferidos e qual o nível de proteção que lhes é assegurado nesses mesmos locais. A este propósito, é lembrado que, de acordo com os princípios do RGPD, só devem ser transferidos dados adequados, relevantes e estritamente necessários ao tratamento pretendido.

O segundo passo deverá passar por conhecer as ferramentas que suportam a transferência: (i) transferência ao abrigo de uma decisão de adequação emitida pelas autoridades europeias, ao abrigo do artigo 45.º do RGPD, (ii) ao abrigo de garantias adequadas, previstas no artigo 46.º do RGPD, que permitam reforçar o nível de proteção de dados pessoais (tais como cláusulas-tipo de proteção de dados pessoais, códigos de conduta, procedimentos de certificação ou cláusulas contratuais *ad hoc*) ou (iii) transferências ocasionais e não repetitivas, ao abrigo das derrogações constantes do artigo 49.º do RGPD.

Caso a transferência seja feita ao abrigo do artigo 46.º do RGPD, o terceiro passo será analisar se existe na lei ou na prática do local para onde os dados pessoais serão transferidos algum fator que possa prejudicar o seu nível de proteção (i.e., normas que permitam o acesso pelas autoridades públicas aos dados pessoais em causa, nomeadamente por razões de segurança nacional ou leis penais), através da análise de fatores objetivos, como jurisprudência, decisões de adequação ou resoluções e relatórios de organizações intergovernamentais, etc. Quando a este aspeto, o CEPD lembra que o nível de proteção dos dados pessoais pode depender de múltiplos elementos distintos, como as finalidades do seu tratamento, o tipo de entidades envolvidas, o setor de atividade em que ocorre, as categorias de dados em causa, entre outros.

Se, após a análise descrita no ponto anterior, se verificar que aquelas ferramentas de proteção de dados são insuficientes, deverá passar-se para o quarto passo, procurando medidas suplementares aplicáveis à proteção de dados. Essas medidas poderão ser (i) técnicas (caso da encriptação, utilização de chaves de acesso ou pseudonimização dos dados pessoais), (ii) organizacionais (como a criação de políticas internas claras, com atribuição de responsabilidades pela proteção de dados pessoais, gravação das comunicações com autoridades supervisoras e limitações de acesso aos dados) ou (iii) contratuais (como obrigações de transparência, de comunicar tentativas de acesso a dados pessoais pelas autoridades locais ou de não transferência dos dados pessoais para outras entidades subcontratadas, etc.).

O CEPD alerta ainda para o facto de as medidas contratuais serem por vezes insuficientes, visto que não vinculam autoridades públicas, havendo por vezes necessidade de combinar várias destas medidas, por forma a assegurar um nível de proteção adequado.

Se se considerarem que estas medidas são suficientes, o quinto passo passa por medidas processuais formais que a adoção das medidas suplementares possa exigir, dependendo do mecanismo de transferência do artigo 46.º do RGPD em que se baseia. Neste contexto, poderá ser necessário contactar com as autoridades de controlo competentes.

Por fim, como sexto e último passo, o CEPD relembra que o princípio da responsabilização é uma obrigação contínua e permanente, pelo que deverão ser levadas a cabo avaliações periódicas referentes ao nível de proteção de dados pessoais, devendo suspender-se ou cessar-se a transferência de dados pessoais quando se verifiquem circunstâncias relevantes que afetem essas mesmas transferências, sob pena de estas medidas serem impostas pelas autoridades de controlo competentes, com a possibilidade de aplicação de coimas.

Esta Recomendação está sujeita a um período de consulta pública, que termina a 21 de dezembro de 2020, findo o qual será publicada a sua versão final.

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

[Unión Europea]

El Comité Europeo de Protección de datos ha hecho pública la respuesta a la Comisión Europea sobre aclaraciones en la aplicación del Reglamento General de Protección de Datos en investigación sanitaria

EDPB Document on response to the request from the European Commission for Clarifications on the consistent application of the GDPR, focusing on health research February 2021

El pasado 5 de febrero de 2021, el Comité Europeo de Protección de Datos ("CEPD") publicó un documento en el que respondía una serie de preguntas planteadas por la Comisión Europea relacionadas con el tratamiento de datos para investigaciones sanitarias bajo el RGPD. En el documento, el CEPD opta por no dar una respuesta detallada a las preguntas planteadas y remitirse a las futuras Directrices sobre el tratamiento de datos personales para fines de investigación científica (en preparación y cuya publicación se anuncia para 2021). No obstante, a raíz del documento se puede afirmar que el consentimiento informado para la participación en una investigación científica es distinto del consentimiento como base de legitimación para el tratamiento de datos y que el consentimiento no es la única base de legitimación posible para el tratamiento de datos en investigaciones científicas (*e. g.*, art. 89.1 RGPD tratamientos con fines de investigación científica).

[España]

La Agencia Española de Protección de Datos aprueba el primer Código de Conducta tras la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos*Código de Conducta de Tratamiento de Datos en la Actividad Publicitaria*

El pasado día 3 de noviembre de 2020, la Agencia Española de Protección de Datos ("AEPD") aprobó el primer Código de Conducta desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos (el "RGPD"), presentado por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) (el "Código de Conducta"). Como novedad, el Código de Conducta establece un sistema extrajudicial para tramitar reclamaciones sobre protección de datos y publicidad de manera sencilla y gratuita para aquellos usuarios que deseen acudir a esta vía.

Sin perjuicio de lo anterior, el Código de Conducta aporta luz sobre dos cuestiones que, hasta la fecha, precisaban de cierta claridad.

- i. Por un lado, el Código de Conducta establece que, aunque, como norma general, el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico ("LSSI") establezca la necesidad de recabar el consentimiento de los interesados para el envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica, existen circunstancias en las que este tratamiento de datos puede verse amparado bajo el interés legítimo del responsable del tratamiento, siempre que la publicidad enviada haga referencia a productos similares a los previamente contratados por el receptor de la comunicación. En este caso, es necesario que se facilite al usuario la posibilidad de ejercitar su derecho de oposición.
- ii. Además, el Código de Conducta establece una serie de presunciones respecto a la existencia de interés legítimo en el contexto del envío de comunicaciones comerciales: (i) la existencia de interés legítimo para el envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica sobre productos de la misma compañía o de otra compañía del mismo grupo de empresas, y (ii) la existencia de interés legítimo para la comunicación de datos personales a otras entidades del grupo de empresas para fines relacionados con la publicidad. No obstante, se destaca la necesidad de facilitar al interesado el ejercicio de su derecho de oposición, así como de la obligación de informar debidamente al interesado sobre el tratamiento de sus datos.

Para concluir, es preciso aclarar que el Código de Conducta, con carácter general, no tendrá carácter normativo y solo será vinculante entre las partes que se adhieran a él.

La Agencia Española de Protección de Datos publicó un informe jurídico sobre la adaptación de los plazos de conservación y bloqueo a la normativa vigente en materia de protección de datos personales

Informe Jurídico 00148/2019

El pasado 9 de diciembre de 2020, la AEPD publicó el Informe Jurídico 00148/2019 (el “Informe”) en el que se resuelve de manera no exhaustiva una consulta relacionada con las obligaciones en materia de conservación y bloqueo de los datos personales con base en la normativa de protección de datos actualmente vigente, es decir la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“LOPDGDD”) y el RGPD. Como idea central, el Informe analiza los conceptos de “conservación” y “bloqueo” de los datos personales, y menciona las diferencias existentes entre las dos instituciones jurídicas. Entre las ideas principales que se incluyen en el Informe, cabe destacar las siguientes:

- i. Como regla general, en virtud del principio de minimización de los datos y el principio de limitación del plazo de conservación, los datos personales deben suprimirse cuando dejen de ser necesarios para la finalidad para la que fueron inicialmente recabados. Sin embargo, la AEPD reconoce la posibilidad de conservar los datos personales durante un periodo superior al cumplimiento de la finalidad, por ejemplo, para cumplir con obligaciones legales. No obstante, dado que dicha excepción supone una limitación al derecho a la protección de datos del interesado, dicha conservación deberá encontrarse regulada en una norma con rango de ley o deberá tener como finalidad la conservación de los datos para el ejercicio o defensa de reclamaciones, o conservarse con fines de archivo en interés público, investigación científica e histórica o para fines estadísticos.
- ii. Respecto del bloqueo de los datos personales, cabe destacar que esta institución es una particularidad de la normativa española recogida en el artículo 32 LOPDGDD (al contrario que la conservación de los datos, que viene regulada en el artículo 17.3 del RGPD), y se describe por la AEPD como un proceso que da lugar a la supresión de los datos, dado que esa supresión se lleva a cabo mediante el bloqueo de esos datos. Es importante tener en cuenta que el bloqueo de los datos no supone su borrado físico, sino que durante el plazo de bloqueo los datos personales se van a encontrar con un acceso restringido. En todo caso, para que pueda llevarse a cabo el bloqueo, este deberá estar amparado en una norma con rango de ley.

Finalmente, la AEPD, en el último apartado del Informe, enumera de manera no exhaustiva algunos ejemplos relacionados con los plazos de conservación y plazos de bloqueo de los datos personales.

La Agencia Española de Protección de Datos publica una guía sobre los requisitos para auditorías de tratamientos que incluyan inteligencia artificial

Guía de Requisitos para auditorías de tratamientos que incluyan inteligencia artificial de enero de 2021

En seguimiento de la *Guía de adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial*, la AEPD realiza una aproximación a la metodología y controles que podrían incorporarse a la hora de realizar auditorías de cumplimiento de la normativa de protección de datos a los tratamientos que utilizan componentes basados en inteligencia artificial ("IA"). La AEPD indica que el proceso de auditoría debe ser sistemático, independiente y documentado y tomar como criterios vertebradores de la auditoría los principios generales de protección de datos del art. 5 Reglamento General de Protección de Datos.

La AEPD identifica, a rasgos generales, entre otros, los siguientes objetivos de control de una auditoría de componente basados en IA:

- i. Inventario del componente de IA con el fin de identificar claramente el componente de IA y los intervinientes en el tratamiento auditado (responsables, encargados y delegado de protección de datos).
- ii. Verificación de la transparencia de la información, asegurando que se proporciona información comprensible sobre el origen de los datos, las propiedades y la lógica del componente de IA (incluidos los metadatos).
- iii. Identificación de las finalidades y usos previstos. Los fines del componente de IA son determinados, explícitos y legítimos, sin que pueda ser utilizado de manera incompatible con aquellos. Se realiza una descripción cuantitativa y cualitativa de su finalidad, una delimitación del contexto de su uso o una categorización de usuarios potenciales.
- iv. Identificación del contexto de uso del componente de IA. Se ha documentado y definido correctamente el contexto (jurídico, social, económico, técnico, etc.) relacionado con su uso, la estructura organizacional de agentes intervinientes (incluyendo operadores humanos, p. ej., supervisores), los factores condicionantes de la efectividad del componente, incluyendo su interacción con otros sistemas, así como, los contextos en los que no es recomendable usar el componente de IA.
- v. Análisis de la proporcionalidad y necesidad. Se han analizado los riesgos del tratamiento y valorado otras opciones menos gravosas para los derechos y libertades de los interesados.
- vi. Determinación de los destinatarios de los datos. Se han identificado los destinatarios de los datos personales procesados por el componente de IA e informado a los interesados al respecto.
- vii. Limitación de la conservación de los datos. Los datos utilizados por el componente de IA, ya sean para entrenamiento o generados por él, solo se mantienen por el tiempo estrictamente necesario y son mantenidos bajo medidas de seguridad apropiadas y una base de legitimación válida.

- viii. Análisis de las categorías de interesados. Los interesados están bien identificados, así como las consecuencias a corto y largo plazo de la implementación del componente de IA sobre ellos.
- ix. La política de desarrollo del componente de IA tiene en consideración la política de protección de datos y está alineada con la normativa de protección de datos.
- x. El componente de IA es idóneo para el tratamiento para el que se ha desarrollado, de conformidad con los modelos teóricos base.
- xi. El componente de IA se adecúa al marco metodológico sobre el que se basa y existe un procedimiento de registro y seguimiento del comportamiento erróneo o sesgado.
- xii. Aseguramiento de la calidad de los datos. Existe un mecanismo para garantizar la adecuada gobernanza de los datos que permite verificar la exactitud, integridad, fiabilidad, veracidad, actualización y adecuación del conjunto de datos utilizado en entrenamiento y/o prueba y/o explotación.
- xiii. Determinación del origen de las fuentes de datos. Se ha identificado y documentado el origen y las fuentes de datos utilizadas por el componente de IA, así como la justificación de su uso y la base de legitimación que ampara su tratamiento.
- xiv. Preparación de los datos personales. Se han determinado y aplicado los criterios de minimización de los datos aplicables a las diferentes etapas del componente IA mediante, entre otras, la ocultación, separación, depuración, disociación, clasificación, anonimización y/o seudonimización de los datos que sean aplicables.
- xv. Control de sesgo. Se han definido procedimientos para identificar y eliminar, o al menos limitar, los sesgos en los datos utilizados o en los resultados obtenidos, incluyendo procedimientos de supervisión humana.
- xvi. Estabilidad y robustez. Se han identificado los factores dentro del contexto de funcionamiento del componente de IA (incluyendo entornos imprevistos, si fuera el caso) cuya variación puede afectar a sus propiedades y pueden establecer la necesidad de gestionar su reajuste o valorar su grado de adaptabilidad.
- xvii. Trazabilidad. Existe un sistema para controlar las versiones del componente, reevaluar los riesgos en función de cambios a lo largo del ciclo de vida del componente o asegurar la intervención humana cuando fuera conveniente o requerido.
- xviii. Se han implementado las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar un nivel de seguridad de la información adecuado al riesgo y, en especial, en lo que se refiere a la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia del tratamiento.

La Agencia Española de Protección de Datos publica un informe jurídico sobre el tratamiento de historias clínicas

Informe Jurídico 0079/2020

El Informe Jurídico 0079/2020 (el "Informe") resuelve una consulta planteada por una clínica a la AEPD sobre el procedimiento a seguir tras el fallecimiento de un médico, en particular, respecto de las historias clínicas de este y de la manera en la que se deberá dar respuesta a los ejercicios de derechos de los interesados a partir de tal momento.

La AEPD recuerda que resultarán de aplicación tanto las normas en materia de protección de datos como las normas reguladoras de las historias clínicas, como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente ("LAP"). En este sentido, la LAP establece tanto la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad como un plazo de conservación de las historias clínicas de cinco años como mínimo, contados desde la fecha de alta de cada proceso asistencial, salvo que se establezca otro plazo en la normativa autonómica.

Del mismo modo, la LAP recuerda que los profesionales sanitarios tienen el deber de cooperar en la creación y en el mantenimiento de una documentación clínica ordenada, dado que son responsables tanto de la gestión como de la custodia de esta documentación. Además, la custodia encomendada se caracteriza por ser una custodia activa y diligente, que, en todo caso, debe ser llevada a cabo en cumplimiento del deber de confidencialidad.

En respuesta a la consulta planteada, la AEPD cita su Informe Jurídico de 1 de octubre de 2003, en el que ya se apuntaba que, en caso de que se produzca el cese del facultativo, la obligación de conservación de las historias clínicas debe subsistir, y que, en el caso de fallecimiento del facultativo, los herederos deberán subrogarse en esta obligación en virtud del artículo 661 del Código Civil. En este sentido, los artículos 659 y 661 del Código Civil establecen la sucesión de los herederos en las obligaciones del causante, quedando sometidos no únicamente al deber de conservación de las historias clínicas, sino también a las obligaciones de información recogidas en el artículo 14 RGPD.

En conclusión, los deberes encomendados a los responsables de las historias clínicas hacen referencia, por un lado, a asegurar la conservación de las historias clínicas durante los plazos legalmente establecidos y, por otro lado, a posibilitar el ejercicio de los derechos en materia de protección de datos a los pacientes o, en circunstancias excepcionales, a las personas vinculadas a estos.

Procedimientos sancionadores de la Agencia Española de Protección de Datos con multas de hasta seis millones de euros

Procedimientos AEPD PS/0070/2019 y PS/00477/2019

En los últimos meses, la AEPD ha publicado dos resoluciones sancionadoras dirigidas a grandes empresas del sector financiero en las que ha analizado, de manera minuciosa, todos los tratamientos de datos de clientes que realizan y, en particular, la manera de informar a los clientes sobre el tratamiento de datos, recabar el consentimiento o la existencia de una base de legítima-

ción válida para el tratamiento de sus datos. Ambas resoluciones comparten el mismo resultado: la AEPD considera que existe vulneración del cumplimiento del deber de información (regulado en los artículos 13 y 14 del RGPD) y falta de base que legitime el tratamiento de datos personales que llevan a cabo las entidades (regulado en el art. 6 del RGPD).

Respecto de la vulneración del deber de información, la AEPD destaca en sus resoluciones los siguientes elementos:

- i. Reitera la importancia de evitar la utilización de terminología vaga e imprecisa en las cláusulas informativas que informan a los clientes, ya que el uso de este tipo de términos pueden provocar que los interesados no obtengan información clara y precisa sobre el tratamiento de sus datos.
- ii. Subraya la importancia de informar debidamente de la tipología de datos que sean recabados de los interesados cuando la base que legitime el tratamiento sea el consentimiento del interesado.
- iii. Menciona la necesidad de informar a los usuarios también sobre los datos que sean inferidos del uso de los servicios contratados y, por tanto, no facilitados directamente por el interesado, así como que deberá informarse debidamente sobre su tratamiento y sobre la finalidad del tratamiento. En este punto, la AEPD critica que no se informe sobre la posibilidad del tratamiento de datos de categorías especiales (p. ej., las cuotas de afiliación a un partido político o los pagos por servicios sanitarios), si bien no afirma que traten estos datos.
- iv. Recuerda la necesidad de informar al interesado de la base jurídica que legitima el tratamiento respecto de cada finalidad y que cada finalidad debe tener una única base que legitime el tratamiento. La AEPD no admite la utilización de distintas bases legitimadoras del tratamiento para una finalidad o finalidades similares ni la utilización de las mismas palabras para definir la finalidad y la base de legitimación.
- v. Determina la necesidad de justificar la existencia del interés legítimo en aquellos casos en los que esta sea la base que legitime el tratamiento de los datos e indica que se debe proporcionar al interesado información suficiente respecto de los diferentes intereses sopesados, así como sobre el interés que prevalezca en cada caso.
- vi. Respecto de los incumplimientos relacionados con el artículo 6 del RGPD, relativo a las bases que legitiman el tratamiento, la AEPD ha valorado concretamente las bases legitimadoras del consentimiento del interesado y el interés legítimo del responsable.
- vii. Respecto de los tratamientos de datos basados en el consentimiento del interesado, la AEPD recuerda que el consentimiento para ser válido debe ser específico, informado e inequívoco. En concreto, señala que los consentimientos globales o consentimientos únicos que afectan a más de una finalidad no son consentimientos específicos, y recuerda la importancia de que cada finalidad del tratamiento cuente con su consentimiento específico para ser válido.
- viii. Respecto de aquellos tratamientos de datos que se basen en el interés legítimo, la AEPD considera que —sin entrar a valorar la existencia o no de interés legítimo del responsa-

ble—, para que la base del interés legítimo se aplique de manera válida, es necesario que el responsable realice una “prueba de sopesamiento”, tomando en consideración la evaluación del interés legítimo del responsable, el impacto sobre los interesados y las expectativas razonables del interesado sobre el tratamiento de datos. La AEPD considera que lo que verdaderamente determina la posibilidad de basar un tratamiento de datos en el interés legítimo del responsable es el resultado favorable de la “prueba de sopesamiento” realizada. La AEPD considera obligatoria la realización de la “prueba de sopesamiento” y puede solicitar al responsable que acredite su realización.

- ix. Además, la AEPD subraya que el tratamiento debe resultar necesario para satisfacer el interés legítimo del responsable para poder basar el tratamiento de los datos en esta base legitimadora. En este sentido, la palabra “necesidad” debe interpretarse en sentido estricto, requiriendo que el tratamiento de datos sea imprescindible para la satisfacción del interés legítimo perseguido. No obstante, es preciso recordar que, en cualquier caso, debe prevalecer el medio menos intrusivo que satisfaga el mismo fin, por lo que, en caso de que exista un medio menos intrusivo, no podrá justificarse la existencia de interés legítimo.

Finalmente, es importante destacar que la AEPD apoya sus argumentaciones en las opiniones y dictámenes emitidos tanto por el antiguo Grupo de Trabajo del Artículo 29 como del actual Comité Europeo de Protección de Datos, por lo que, a modo de conclusión, resulta especialmente relevante analizar con precisión los textos que provengan de estas fuentes, dado que la AEPD parece acogerse a estos mismos criterios en sus decisiones.

[Portugal]

Recomendação europeia sobre proteção de dados pessoais no contexto da PSD2

Recomendação 06/2020 do Comité Europeu de Proteção de Dados relativo às interações entre a Segunda Diretiva de Serviços de Pagamento e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), de 15 de dezembro

O Comité Europeu de Proteção de Dados (“CEPD”) emitiu no dia 15 de dezembro orientações relativas à proteção de dados no âmbito da Diretiva 2015/2366/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de dezembro de 2015, mais comumente conhecida como a Segunda Diretiva de Serviços e Pagamentos (“PSD2”).

A Recomendação oferece aos prestadores de serviços de pagamento orientações sobre as condições para o tratamento de dados pessoais e sobre a interligação de conceitos e princípios fundamentais do Regulamento Geral de Proteção de Dados (“RGPD”) no contexto dos serviços prestados ao abrigo da PSD2.

Na Recomendação é enfatizado que os fundamentos de legitimidade para o tratamento de dados pessoais que ocorram no âmbito da PSD2 são mais limitadas que no RGPD, podendo ser invocada apenas um dos seguintes: (i) a indispensabilidade do seu tratamento para a execução do contrato (não bastando, para este efeito, a mera utilidade da sua recolha e sendo ilegítima a expansão arti-

ficial do objeto do contrato); (ii) a prevenção de fraude enquanto interesse legítimo do prestador de serviços de pagamento, desde que os direitos e liberdades do titular dos dados pessoais não prevaleçam; ou (iii) cumprimento de uma obrigação legal. Em relação à possibilidade de considerar o consentimento expresso do utilizador do serviço de pagamentos como fundamento para o tratamento de dados ao abrigo da PSD2, o CEPD considera que o mesmo deve ser considerado como um requisito adicional à execução do contrato com o prestador de serviços de pagamento.

Neste contexto, tendo em conta que o consentimento se pode considerar como acessório e válido apenas se ocorrer através de contrato, a problemática do tratamento de dados de partes não contratantes ("*silent parties*") assume maior acuidade. O tratamento destes dados pelos prestadores de serviços de pagamento deverá apenas poder ocorrer com base no seu interesse legítimo ou no de um terceiro no cumprimento de um contrato. A necessidade do tratamento deve ser, no entanto, sempre limitada e com respeito pelos direitos e expectativas do titular, numa abordagem proporcional e, se possível, recorrendo à encriptação ou a outras medidas de segurança para garantir um nível de segurança adequado e o cumprimento do princípio da minimização dos dados. O cumprimento de obrigações legais pode ser também o fundamento de legitimidade para o tratamento de dados destes titulares.

A Recomendação aborda ainda o conceito e o tratamento de "dados sensíveis", mais restrito na PSD2, segundo a qual só são considerados dados sensíveis os dados de pagamento que possam ser utilizados para cometer fraudes. Na aceção mais lata do RGPD, dados sensíveis englobam crenças religiosas, dados de saúde ou afiliações políticas ou sindicais. Nesse contexto, é importante referir que as transações financeiras podem implicar muitas vezes a divulgação de informação relacionada com a vida privada dos seus titulares, o que significa que os prestadores de serviços de pagamento poderão ter acesso a informação pessoal sensível que não seja de natureza estritamente financeira mas que englobe as categorias de dados elencadas no RGPD.

Assim sendo, a Recomendação apenas admite o consentimento expresso do titular ou o interesse público importante fundado na lei para justificar o tratamento de dados pessoais sensíveis pelos prestadores de serviços de pagamento no contexto da PSD2.

São também abordados alguns princípios-chave do RGPD à luz da PSD2, como (i) o princípio da minimização dos dados, que impede a transferência de dados para além do estritamente incluído nas contas bancárias do titular, como poupanças, hipotecas ou investimentos e que aconselha à utilização de ferramentas digitais para seleção da informação que deve ser tratada, (ii) o princípio da segurança, que obriga a elevados standards de segurança no sistema financeiro, uma vez que é um dos que apresenta mais riscos para os seus utilizadores e (iii) o princípio da transparência que, em particular obriga a atender a pedidos do titular de não partilha dos seus dados com terceiros determinados ou especificação do período de retenção ou dos critérios utilizados para a sua determinação.

Uma nota final é deixada pelo CEPD a propósito da utilização de meios automatizados (incluindo ferramentas de *profiling*) pelos prestadores de serviços de pagamento – a sua utilização deve ser transparente, ocorrer ao abrigo de obrigação legal, consentimento expresso do titular dos dados ou ser necessária para a execução do contrato e, caso gere elevado impacto negativo no titular dos dados pessoais, este pode mesmo exigir a intervenção humana no tratamento dos seus dados.

Declarações do Comité Europeu de Proteção De Dados no contexto do BREXIT

Declarações do Comité Europeu de Proteção de Dados de 15 de dezembro de 2020 sobre as Transferências de Dados para o Reino Unido ao abrigo do Regulamento Geral de Proteção de Dados após o Período de Transição

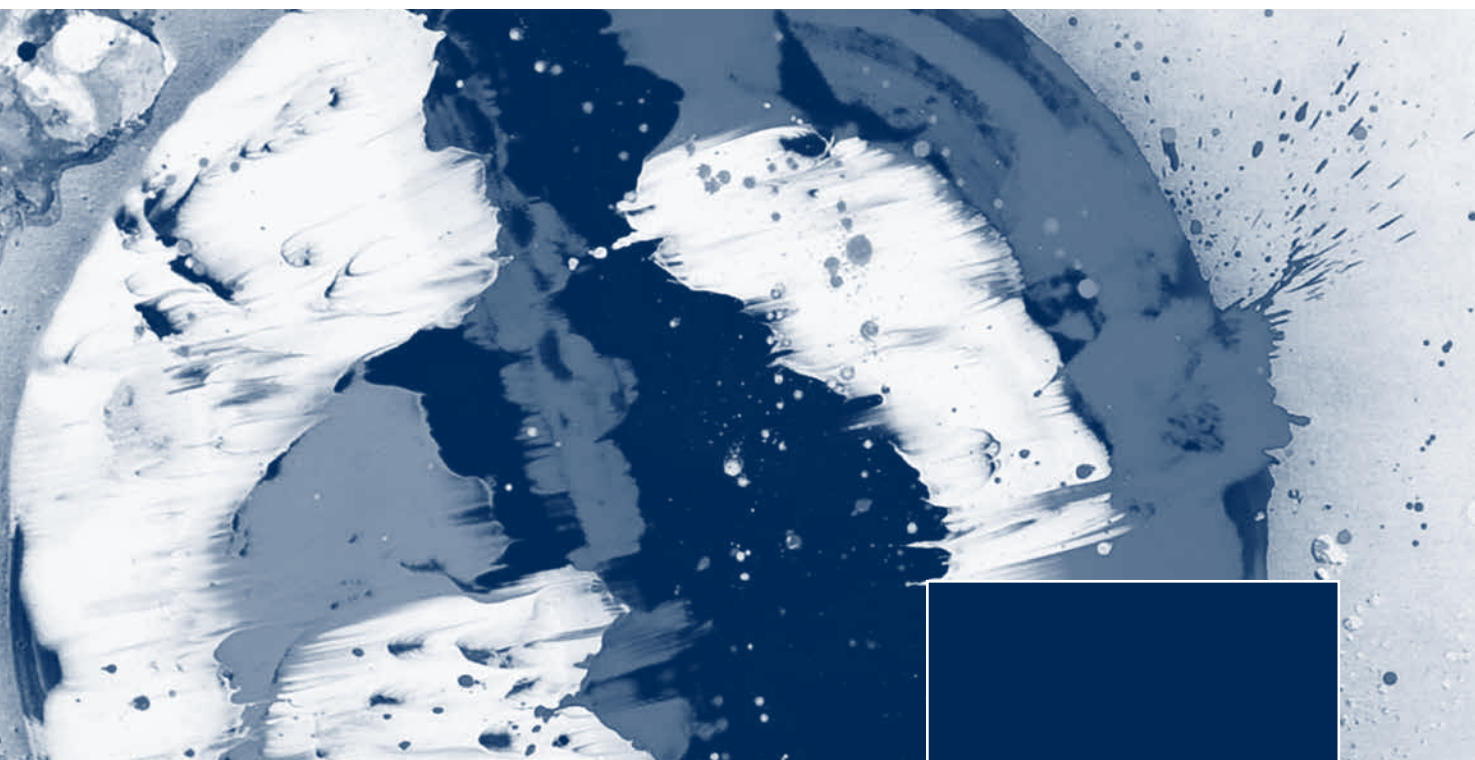
O Comité Europeu de Proteção de Dados (“CEPD”) emitiu, no dia 15 de dezembro, na sequência do Brexit, duas notas informativas sobre o futuro dos tratamentos de dados pessoais que envolvam o Reino Unido. Na primeira nota, atualizada a 13 de janeiro de 2021, o CEPD refere que apesar de a saída do Reino Unido da União Europeia se ter tornado efetiva no dia 1 de janeiro de 2021, foi assinado, em 30 de dezembro, o Acordo de Comércio e Cooperação União Europeia-Reino Unido (o “Acordo”) que prevê que, durante um período máximo de seis meses a partir da sua entrada em vigor — ou seja, até 30 de Junho de 2021, o mais tardar — e na condição de o atual regime de proteção de dados do Reino Unido se manter em vigor, todos os fluxos de dados pessoais entre as entidades sujeitas ao Regulamento Geral de Proteção de Dados (“RGPD”) e as organizações britânicas não serão considerados como transferências internacionais para países terceiros, pelo que as mesmas poderão continuar a ser levadas a cabo sem a necessidade de recorrer aos mecanismos do artigo 46 ou às derrogações do artigo 49.º, ambos do RGPD. De referir que o Acordo entrou em vigor no dia 1 de janeiro e a sua vigência será provisória até dia 28 de fevereiro, uma vez que está dependente da aprovação do Parlamento e Conselho Europeus.

Se até 30 de junho de 2021 não for tomada qualquer decisão de adequação aplicável ao Reino Unido nos termos do artigo 45.º do RGPD, as transferências de dados pessoais acima referidas considerar-se-ão transferências para países terceiros e, por conseguinte, estarão sujeitas às disposições do Capítulo V do RGPD.

A segunda nota informativa refere que a partir do dia 1 de janeiro de 2021 o mecanismo de balcão único (One-Stop-Shop), mecanismo que sujeita as organizações que realizam atividades transfronteiriças de tratamento de dados pessoais no Espaço Económico Europeu (“EEE”) à supervisão da autoridade de controlo onde o responsável pelo tratamento ou o subcontratante têm o seu estabelecimento principal, deixa de ser aplicável ao Reino Unido. Nessa medida, o CEPD sublinha que a decisão de beneficiar do mecanismo de balcão único depende da decisão individual dos responsáveis pelo tratamento ou dos subcontratantes que podem, para o efeito, decidir criar um novo estabelecimento principal no EEE nos termos do artigo 4.º, n.º 16 do RGPD. O CEPD refere estar em contacto permanente com a Information Consumer’s Office (“ICO”), autoridade britânica para a proteção de dados, no sentido de permitir uma transição suave para esta nova realidade, procurando assegurar que as autoridades de controlo do EEE seguem uma abordagem partilhada e eficiente no tratamento de denúncias, reclamações e de tratamentos de dados transfronteiriços que envolvam a ICO, minimizando simultaneamente os atrasos e possíveis inconvenientes para os denunciantes afetados.

O CEPD refere, ainda a este respeito, que os responsáveis pelo tratamento e entidades subcontratantes não estabelecidos no EEE, mas cujas atividades de tratamento estão sujeitas à aplicação do RGPD, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, são obrigados a designar um representante na União Europeia, em conformidade com o artigo 27.º do RGPD.

9 de febrero de 2021



Energía

9 de febrero de 2021

1. Legislación

[Unión Europea]

Normativa comunitaria

Decisión (Euratom) 2020/2255 de la Comisión, del 29 de diciembre de 2020, relativa a la celebración, por la Comisión Europea, y la aplicación provisional del Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Comunidad Europea de la Energía Atómica para la Cooperación sobre los usos seguros y pacíficos de la energía nuclear y a la celebración, por la Comisión Europea, en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, y la aplicación provisional del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (DOUE L 445, de 31 de diciembre de 2020)

Intercambio de correspondencia sobre la aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la cooperación en materia de seguridad y usos pacíficos de la energía nuclear (DOUE L 445, de 31 de diciembre de 2020)

Decisión (Euratom) 2020/2253 del Consejo de 29 de diciembre de 2020 por la que se autoriza la celebración, por la Comisión Europea, del Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Comunidad Europea de la Energía Atómica para la cooperación en el uso seguro y pacífico de la energía nuclear, y la celebración, por la Comisión Europea, en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (DOUE L 444, de 31 de diciembre de 2020)

* 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).

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre los precios y coste de la energía en Unión Europea en el periodo entre 2018 y la actualidad (COM (2020) 951 final)

El informe analiza las tendencias de los precios energéticos de la electricidad, el gas y los productos petrolíferos, examina en detalle sus factores determinantes de mercado y normativos, y realiza comparaciones a nivel internacional.

[España]

Normativa estatal

Resolución de 28 de enero de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece provisionalmente la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica para el ejercicio 2021 (BOE de 5 de febrero de 2021)

Resolución de 28 de enero de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece provisionalmente la retribución de las empresas distribuidoras de energía eléctrica para el ejercicio 2021 (BOE de 5 de febrero de 2021)

Resolución de 26 de enero de 2021, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se resuelve la primera subasta celebrada 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 28 de enero de 2021)

En virtud de esta Resolución, se aprueban las ofertas adjudicatarias de la primera subasta para la asignación del régimen económico de energías renovables convocada mediante la 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.

En ella también se recuerda que, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre, los adjudicatarios disponen de un plazo de dos meses desde la fecha de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de esta Resolución para presentar la solicitud de inscripción en el Registro electrónico del régimen económico de energías renovables en estado de preasignación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de dicha Orden y en el resuelto noveno de la Resolución de 10 de diciembre de 2020 de la Secretaría de Estado de Energía, en la que se convoca la subasta.

Contra esta Resolución cabe interponer recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Energía, en el plazo de un mes.

Circular 1/2021, de 20 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica (BOE de 22 de enero de 2021)

El 23 de enero de 2021 entró en vigor la Circular 1/2021, de 20 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica (la "Circular 1/2021"). Se tendrán por incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Circular 1/2021 las instalaciones de almacenamiento que puedan verter energía a las redes de transporte y distribución tal y como prevé el artículo 6.3 del RD 1183/2020. Lo dispuesto por la Circular 1/2021 solo será de aplicación para las solicitudes de permisos de acceso y conexión de los productores de energía.

La Circular 1/2021 establece en sus artículos 3 y 4 la obligación de los gestores de las redes de tener disponible en su página web un modelo de solicitud de acceso y conexión aplicable para el procedimiento general y para el abreviado, en los términos en que dichos procedimientos se definen en el RD 1183/2020. Se incluye, además, el contenido mínimo de dicho modelo (entre otros, identificación del solicitante, copia del resguardo acreditativo de haber depositado adecuadamente la pertinente garantía económica y, en su caso, la acreditación de presentación ante el órgano competente de la solicitud de estudio de impacto ambiental ordinaria o simplificada).

La Circular 1/2021 incluye a su vez criterios técnicos para evaluar la capacidad de acceso y la viabilidad de conexión y para determinar la influencia de la instalación de producción en otra red distinta de aquella a la cual se conecta, a través de los anexos I (*Criterios para evaluar la capacidad de acceso*), II (*Criterios para evaluar la viabilidad de conexión*) y III (*Criterios para determinar la influencia de productores en otra red distinta a la que se solicite los permisos a los efectos de establecer la necesidad del correspondiente informe de aceptabilidad*). En este sentido, la cuestión más relevante radica en los criterios para la evaluación de capacidad en la red, que están asociados a la potencia de cortocircuito y a la estabilidad estática y dinámica de la red. En concreto, para determinar la capacidad máxima de acceso para los módulos de parque eléctrico a redes de tensión superior a 1 kV, la potencia máxima disponible en lo relativo al criterio de potencia de cortocircuito se calculará mediante la determinación del índice ponderado (*Weighted Short Circuit Ratio* o WSCR), basado en la potencia de cortocircuito del nudo solicitado, teniendo en cuenta no solamente el nudo de conexión (como se venía haciendo hasta la fecha), sino, además, los nudos eléctricamente próximos en su zona de influencia.

Asimismo, la Circular 1/2021 regula los motivos por los cuales podrán denegarse los permisos de acceso y conexión o revocarse una vez concedidos. El permiso de acceso solo podrá ser denegado por la falta de capacidad de acceso y deberá motivarse con base en los criterios técnicos definidos por el mencionado anexo I, mientras que el permiso de conexión solo podrá ser denegado si el titular de la red justifica la inviabilidad de la conexión con base en los criterios técnicos definidos por el anexo II de la Circular que se analiza. Considerando ambos permisos de forma conjunta, estos solo podrán ser revocados por (a) la modificación de alguna de las características de cuya consecuencia resulte que la instalación de generación no pueda ser considerada la misma en

los términos previstos por la disposición adicional decimocuarta del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica (el “RD 1955/2000”), o (b) el incumplimiento de las condiciones técnicas o económicas explicitadas en los permisos de acceso y conexión.

La Circular 1/2021 establece a través de su artículo 9 el marco legal para los convenios de resarcimiento, estipulando que todos los convenios que hayan de ser realizados en los términos definidos por el artículo 32 y por la disposición adicional decimotercera del RD 1955/2000 deberán ser puestos en conocimiento de la Administración y del gestor de la red competentes. Asimismo, se establece que las discrepancias que surjan se tendrán por suscitadas dentro del ámbito relativo a la conexión.

Por otro lado, la Circular 1/2021 persigue maximizar la transparencia del proceso, por lo que obliga a través de su artículo 13 a los gestores de las redes a mantener accesible en su página web información detallada y actualizada mensualmente sobre las capacidades disponibles en los nudos de sus redes de tensión superior a 1kV.

Cabe señalar que se mantiene la inadmisión de nuevas solicitudes de permisos de acceso y conexión hasta que se publiquen en las respectivas páginas web de los gestores de las redes las capacidades de accesos disponible con base en los criterios previstos por la Circular 1/2021. En este sentido, la disposición transitoria única de la Circular 1/2021 prevé que la Resolución de la CNMC que apruebe las especificaciones de detalle a las que hace referencia el mencionado artículo 13 de la Circular 1/2021 establecerá un plazo no inferior a tres meses a contar desde la entrada en vigor del RD 1183/2020, dentro del cual los gestores de las redes deberán dar cumplimiento a las obligaciones de publicación de información sobre los valores de capacidad de acceso disponible, ocupada y correspondiente a solicitudes pendientes de resolución.

Por último, la Circular 1/2021 desplaza y vuelve inaplicables las disposiciones anteriores al Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, que regulaba la metodología y condiciones de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de electricidad en las materias que son desarrolladas por la Circular objeto de análisis.

Resolución de 14 de enero de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica el procedimiento de operación 3.3 “Activación de energías de balance procedentes del producto de reserva de sustitución (RR)” (BOE de 16 de enero de 2021)

Su objeto es la aplicación en el sistema eléctrico peninsular español del proceso europeo de activación e intercambio de energías de balance correspondientes al producto de reservas de sustitución (producto *Replacement Reserves*) conforme a lo contemplado en el Reglamento (UE) 2017/1485 de la Comisión, de 2 de agosto de 2017, por el que se establece una Directriz sobre la gestión de la red de transporte de electricidad (Reglamento SO)

y en el Reglamento (UE) 2017/2195 de la Comisión, de 23 de noviembre de 2017, por el que se establece una Directriz sobre el balance eléctrico (Reglamento EB).

Resolución de 30 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, por la que se formula la declaración ambiental estratégica del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (BOE de 11 de enero de 2021)

Resolución de 29 de diciembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban determinados procedimientos de operación para su adaptación a las condiciones relativas al balance (BOE de 5 de enero de 2021)

En concreto, se aprueban, para su adaptación a las condiciones relativas al balance, los procedimientos de operación «10.4 Concentradores de medidas eléctricas y sistemas de comunicaciones», «10.5 Cálculo del mejor valor de energía en los puntos frontera y cierres de energía del sistema de información de medidas eléctricas», «10.6 Agregaciones de puntos de medida», «10.7 Alta, baja y modificación de fronteras de las que es encargado de la lectura el operador del sistema» y «10.11 Tratamiento e intercambio de información entre Operador del Sistema, encargados de la lectura, comercializadores y resto de participantes».

Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica (BOE de 30 de diciembre de 2020)

El 31 de diciembre de 2020 entró en vigor el Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, por el que se establecen los criterios y el procedimiento de aplicación a la solicitud y obtención de los permisos de acceso y conexión a un punto de red de productores, transportistas, distribuidores, consumidores y titulares de instalaciones de almacenamiento (el “RD 1183/2020”).

El RD 1183/2020 introduce modificaciones importantes en el procedimiento de acceso y conexión, atendiendo a la doctrina de la CNMC y en línea con las últimas reformas que afectan a la tramitación del procedimiento de autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica. Entre las novedades más relevantes cabe destacar las siguientes:

- i. Aunque los permisos de acceso y conexión mantienen su diferenciación conceptual (se trata de permisos distintos que responden a una finalidad distinta), la nueva regulación establece que la tramitación de los permisos de acceso y conexión se llevará a cabo mediante un procedimiento único en el que el gestor de la red será el único punto de contacto del solicitante.
- ii. Desaparece la figura del interlocutor único de nudo y se establece un nuevo criterio de prelación de solicitudes concurrentes. La regla general será la prioridad o prelación temporal sobre la base de la fecha de admisión a trámite de la solicitud, que será la fecha y hora de presentación de la solicitud de los permisos de acceso y conexión ante el gestor de la red correspondiente. Para el caso de que resulte una fecha idéntica para las solicitudes

de dos instalaciones distintas, se tendrá en cuenta la antigüedad de la remisión de la copia del resguardo de depósito de las garantías económicas y, si una misma solicitud agrupa a varias instalaciones en un mismo nudo, la fecha en cuestión será la última fecha de los resguardos acreditativos.

No obstante, se establecen dos excepciones a esta regla de prioridad temporal:

- *Concursos de capacidad:* Se podrán convocar concursos de capacidad de acceso en un nudo concreto de la red de transporte para nuevas instalaciones de generación de energía eléctrica que utilicen fuentes de energía primaria renovable y para instalaciones de almacenamiento, respecto de aquellos nudos que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 18 del RD 1183/2020.
- *Hibridación de instalaciones existentes:* Los titulares de instalaciones de generación de energía eléctrica con permisos de acceso y conexión ya concedidos, que decidan hibridar las referidas instalaciones introduciendo en ellas módulos de generación de electricidad que emplean fuentes de energía renovables o mediante la incorporación de instalaciones de almacenamiento en los términos del artículo 27 del RD 1183/2020, podrán evacuar la electricidad en el punto de conexión y capacidad de acceso ya concedidos. Para poder beneficiarse de este tratamiento, los titulares de las instalaciones híbridas deberán acreditar que se cumplen los siguientes requisitos:
 - i. Que se respetan los criterios técnicos de acceso y conexión contemplados en la normativa correspondiente en vigor y, en particular, los que la CNMC establezca a tal efecto en la correspondiente Circular.
 - ii. Que no supone aumentar la capacidad de acceso otorgada en una cuantía superior al 5 % de la capacidad de acceso concedida en el permiso de acceso.
 - iii. Que se cumplen los requisitos técnicos que le sean de aplicación.
 - iv. Que el titular ya dispone de un permiso de acceso y conexión en vigor para al menos uno de los módulos de generación de electricidad que compongan la instalación.
 - v. Que, en ningún caso, la potencia instalada de la tecnología que tiene otorgados los permisos de acceso y de conexión podrá ser inferior al 40 % de la capacidad de acceso otorgada en el permiso de acceso.
 - vi. Que se cumplen los requisitos de medida exigidos para el caso de que alguno de los módulos de generación perciba algún régimen retributivo específico o adicional.
 - vii. Que los nuevos módulos de generación de electricidad que se incorporan a la instalación cumplen con los requisitos de conexión establecidos en el Reglamento (UE) 2016/631, de 14 de abril de 2016, así como en la normativa que sirva para su desarrollo o implementación.

El cumplimiento de estos requisitos implicará que, en el procedimiento de la actualización del permiso de acceso y conexión para las instalaciones en cuestión, resulten de aplicación los plazos del procedimiento abreviado, que las garantías económicas tengan una reducción del 50 % y que la evaluación por parte del gestor de la red de la solicitud incluya un valoración del cumplimiento de los requisitos anteriormente descritos.

Por otro lado, también cabrá la solicitud del permiso de acceso y conexión para instalaciones de generación híbridas que no cuenten con permisos previos, siempre y cuando al menos una de las tecnologías incorporadas incluya fuentes de energía primaria renovable o incorpore instalaciones de almacenamiento. Estas solicitudes se tramitarán por el procedimiento general, con dos peculiaridades: que las garantías económicas tengan una reducción del 50 % para las tecnologías que aporten menor potencia en términos porcentuales y que, de existir una solicitud de acceso y conexión en curso sobre la que no se haya obtenido los permisos correspondientes, se podrá realizar su actualización.

Se fijan los supuestos tasados que pueden dar lugar a la inadmisión de las solicitudes, a saber: (i) la no acreditación de la presentación de una copia del resguardo acreditativo de haber depositado adecuadamente la garantía económica; (ii) que el otorgamiento del acceso en un nudo determinado esté regulado por un procedimiento específico aprobado por el Gobierno; (iii) la no aportación o subsanación de información requerida en el plazo legalmente previsto; y (iv) que solicitud se haya presentado sobre nudos en los que la capacidad de acceso existente otorgable sea nula.

Asimismo, se establece como regla general para la denegación de las solicitudes de acceso la necesidad de motivación suficiente, que solamente podrá justificarse sobre la base de los motivos tasados previstos en la circular de la CNMC. La inadmisión y denegación de la solicitud, por causas no imputables al promotor, permitirá al solicitante recuperar las garantías económicas depositadas en el plazo de tres meses desde la fecha en que presente la copia de la inadmisión y la solicitud de devolución ante el órgano competente para otorgar la autorización administrativa a la instalación.

Se establecen las siguientes causas de caducidad de los permisos de acceso y conexión: (i) que, transcurridos cinco años desde su obtención, las instalaciones a las que se refieren los permisos no hubieran obtenido autorización administrativa de explotación; (ii) para el caso de instalaciones operativas, cuando por causas imputables al titular y distintas al cierre temporal, cese el vertido de energía a la red por un periodo superior a tres años; (iii) que se incumplan los hitos administrativos establecidos por el artículo 1 del 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; y (iv) la no aportación de los pagos por actuaciones realizadas en las redes de transporte o distribución tras la obtención de los permisos de acceso y conexión de instalaciones de generación de electricidad en puntos de tensión superior a 36 kV.

Se modifica la definición de potencia instalada para instalaciones fotovoltaicas, de tal manera que esta será la menor entre la suma de las potencias máximas unitarias de los módulos fotovoltaicos que configuran la referida instalación y la potencia máxima del inversor o inversores que configuren la instalación. Esta nueva definición afectará a las instalaciones de generación de energía eléctrica cuyos procedimientos de autorización se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1183/2020. No obstante, cuando la aplicación de la nueva definición de potencia

instalada implique el cambio de administración competente para tramitar el procedimiento ya iniciado, se permitirá que este siga siendo tramitado por aquella en la que se inició.

En relación con las garantías económicas, el RD 1183/2020 prevé en su artículo 23 el mantenimiento del importe de 40 €/kW instalado, pero especifica que las mencionadas garantías deben haberse otorgado con posterioridad a la entrada en vigor del RD 1183/2020 (*i. e.*, al 31 de diciembre de 2020). En este sentido, la disposición transitoria cuarta concreta que en ningún caso serán válidas para la tramitación de un permiso de acceso y conexión respecto de nuevas instalaciones al amparo del real decreto que se analiza las garantías constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, ni siquiera cuando se presente una adenda o modificación para adaptarlas a los requisitos del RD 1183/2020.

El mencionado artículo exceptúa de la presentación de las garantías a las instalaciones de potencia igual o inferior a 15 kW y a las instalaciones de generación destinadas al autoconsumo que no tengan la consideración de instalaciones de producción (salvo cuando estas instalaciones formen parte de una agrupación con una potencia superior a 1 MW de acuerdo con la definición de agrupación del artículo 7 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio).

La disposición transitoria octava del RD 1183/2020 establece la prohibición a los gestores de las redes de admitir nuevas solicitudes de acceso y conexión hasta la publicación en las pertinentes páginas web de los gestores de las redes de la información sobre los valores de capacidad y acceso disponible conforme a los nuevos criterios para su evaluación que sean aprobados por la Circular de la CNMC referida por el artículo 33.11 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Por lo demás, el RD 1183/2020 establece en sus artículos 10 a 15 el procedimiento general para la obtención de los permisos de acceso y conexión, y reserva los artículos 16 y 17 para la regulación de un procedimiento abreviado y las exenciones aplicables a determinados sujetos o instalaciones.

Resolución de 18 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba el perfil de consumo y el método de cálculo a efectos de liquidación de energía, aplicables para aquellos consumidores tipo 4 y tipo 5 que no dispongan de registro horario de consumo, según el Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento Unificado de Puntos de Medida del Sistema Eléctrico, para el año 2021 (BOE de 30 de diciembre de 2020)

Resolución de 18 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece el modelo y formato para la remisión de información relativa al número de cortes de suministro de energía eléctrica por parte de los distribuidores (BOE de 29 de diciembre de 2020)

Orden TED/1271/2020, de 22 de diciembre, por la que se establecen diversos costes regulados del sistema eléctrico para el ejercicio 2021 y se prorrogan los peajes de acceso de energía eléctrica a partir del 1 de enero de 2021 (BOE de 29 de diciembre de 2020)

Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se establecen los criterios homogéneos a efectos de la aplicación de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que deben satisfacer los productores de energía eléctrica por los consumos propios de la instalación de producción (BOE de 26 de diciembre de 2020)

Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueba la adaptación de los procedimientos de operación del sistema a las condiciones relativas al balance aprobadas por Resolución de 11 de diciembre de 2019 (BOE de 24 de diciembre de 2020)

Resolución de 22 de noviembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de noviembre de 2020, por el que se prorroga la vigencia del «Documento de planificación energética. Plan de desarrollo de la red de transporte de energía eléctrica 2015-2020», aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015 (BOE de 15 de diciembre de 2020)

Normativa autonómica

Orden INN/61/2020, de 10 de diciembre, por la que se modifica la Orden INN/4/2019, de 15 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones a actuaciones en energías renovables y ahorro y eficiencia energética en Cantabria (BOC de 22 de diciembre de 2020)

Resolución de 12 de enero de 2021, de la directora general del Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE), por la que se establecen los requisitos y procedimiento para la obtención de la certificación acreditativa del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartado uno, letra o, de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos, sobre deducciones por inversiones en instalaciones de autoconsumo o de energías renovables en viviendas (DOGV de 20 de enero de 2021)

Resolución de 10 de diciembre de 2020, del presidente del Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE), por la que se convocan ayudas para actuaciones de rehabilitación energética en edificios existentes, con cargo al presupuesto del ejercicio 2020 (Programa PREE- Comunitat Valenciana) (DOGV de 15 de diciembre de 2020)

Resolución de 29 de diciembre de 2020 por la que se establecen las bases reguladoras y se anuncia la convocatoria de subvenciones para proyectos de ahorro y eficiencia energética en las empresas de los sectores industria y servicios para el año 2021, cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del programa operativo Feder-Galicia 2014-2020 (código de procedimiento IN417Y) (DOG de 18 de enero de 2021)

Resolución de 28 de diciembre de 2020 por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones para proyectos de energías renovables, de uso térmico, dirigidas a particulares, para el año 2021 (código de procedimiento IN421P) (DOG de 18 de enero de 2021)

Resolución de 28 de diciembre de 2020 por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones para proyectos de energía solar fotovoltaica dirigidas a particulares para el año 2021 (código de procedimiento IN421O) (DOG de 18 de enero de 2021)

Resolución de 30 de diciembre de 2020, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se modifica la Resolución de 20 de septiembre de 2019 por la que se procede a la apertura del plazo de presentación de solicitudes de la convocatoria de subvenciones correspondientes al programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en pyme y gran empresa del sector industrial en el Principado de Asturias para los ejercicios 2019-2020 (BOPA de 19 de enero de 2021)

Resolución del vicepresidente y consejero de Transición Energética y Sectores Productivos de 28 de diciembre de 2020 por la que se aprueba, mediante el procedimiento de gasto anticipado, la convocatoria pública de subvenciones para el fomento de la creación de comunidades de energías renovables locales para autoconsumo promovidas por las administraciones locales, sus entidades públicas dependientes y las asociaciones empresariales privadas, que será objeto de cofinanciación dentro del Programa Operativo FEDER 2021-2027 (BOIB de 31 de diciembre de 2020)

Resolución del vicepresidente y consejero de Transición Energética y Sectores Productivos de 23 de diciembre de 2020 por la que se aprueba, mediante el procedimiento de gasto anticipado, la convocatoria pública de subvenciones para el año 2021 para el fomento de instalaciones de energía solar fotovoltaica y microeólica dirigida a particulares, entidades sin ánimo de lucro, pequeñas y medianas empresas y asociaciones empresariales, que podrá ser objeto de cofinanciación dentro del Programa Operativo FEDER 2021-2027 (BOIB de 31 de diciembre de 2020)

Resolución del vicepresidente y consejero de Transición Energética y Sectores Productivos de 14 de diciembre de 2020 por la que se aprueba la convocatoria pública de subvenciones para actuaciones de rehabilitación energética en edificios existentes (Programa PREE) (BOIB de 22 de diciembre de 2020)

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Eficiencia energética

Sentencia de la Sala Séptima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2020 (as. C-347/19)

Se resuelve el recurso por incumplimiento contra el Reino de España, en relación con la Directiva 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, por no haber adoptado disposiciones nacionales sobre la instalación en los edificios de dispositivos individuales de medición del consumo de la calefacción, refrigeración y agua caliente. En consecuencia, el Tribunal declara el incumplimiento del Reino de España por considerar que:

- i. Es pacífico que el Real Decreto 1027/2007, por el que el Gobierno de España aprobó el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (BOE de 29 de agosto de 2007, p. 35931), en su versión modificada (en adelante, el "RITE"), no permite garantizar que, en cuanto concierne a los edificios construidos con anterioridad a su entrada en vigor o a aquellos cuyas instalaciones térmicas no hayan sido objeto de reforma, se cumpla la disposición del mencionado artículo 9, apartado 3, de la Directiva 2012/27 y que, asimismo, el RITE no prevé, contrariamente a lo exigido por la disposición citada, la instalación de contadores individuales o, en su defecto, cuando esto no sea rentable o técnicamente viable, de calorímetros para medir el consumo de calor de cada radiador, a menos que se demuestre que su instalación no sería rentable.
- ii. La alegación del Reino de España basada en que el proceso de adopción del proyecto de real decreto que culmine la trasposición de la mencionada Directiva 2012/27 no podrá ser concluido hasta la celebración de elecciones generales al Parlamento nacional, por no ser constitucionalmente posible que el Gobierno en funciones apruebe disposiciones normativas, no es válida, ya que es jurisprudencia reiterada del Tribunal que un Estado miembro no pueda esgrimir situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar la inobservancia de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva.

[España]

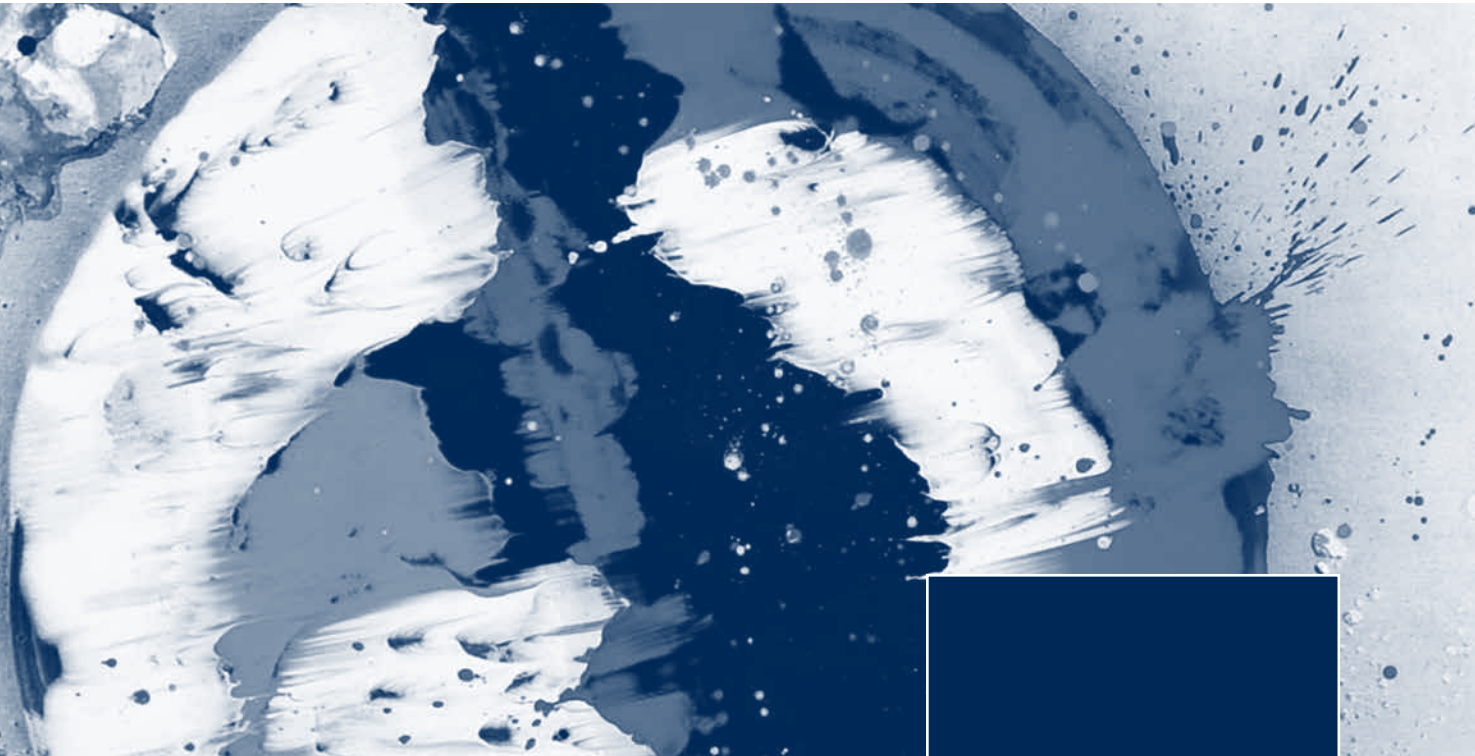
Parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 16 de diciembre de 2020

La Sala Tercera del Tribunal Supremo resuelve y desestima el recurso contencioso administrativo número 11/2019, interpuesto por Naturgy Renovables S.L., contra la Orden TEC/1174/2018, de 8 de noviembre, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y por la que se actualizan para el semiperiodo 2017-2019, siendo parte demandada tanto la Administración del Estado como EDP España, SAU. En la sentencia, el Tribunal declara:

- i. Que no hay arbitrariedad de la Orden TEC/1174/2018 en la retribución que fija en relación con los costes de los derechos de emisión de CO₂ ni en la metodología seguida en la fijación del precio del gas natural del segundo semestre de 2017 y primer semestre de 2018.
- ii. La validez del inciso del Anexo IV de la Orden TEC/1174/2018 relativo al “Umbral de funcionamiento anual Uf 2018 y 2019(h)”, entendiendo que el criterio que debe considerarse es el funcionamiento efectivo de la instalación en su actividad de producción de energía eléctrica durante un número mínimo de horas de funcionamiento.

9 de febrero de 2021



Inmobiliario y
Urbanismo

Inmobiliario y Urbanismo^{*}

9 de febrero de 2021

1. Legislación

[Unión Europea]

Unión Europea. Eficiencia energética de los edificios. Aplicaciones inteligentes

Reglamento Delegado (UE) 2020/2155 de la Comisión, de 14 de octubre de 2020, por el que se completa la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de un régimen común voluntario de la Unión Europea para la valoración del grado de preparación para aplicaciones inteligentes de los edificios (DOUE de 21 de diciembre de 2020)

Este Reglamento establece un régimen común voluntario de la Unión para valorar el grado de preparación para aplicaciones inteligentes de los edificios, es decir, la definición del indicador de preparación para aplicaciones inteligentes y de una metodología común para su cálculo. La metodología consiste en calcular las puntuaciones de la preparación para aplicaciones inteligentes de los edificios o las unidades de los edificios y obtener la valoración de su grado de preparación para dichas aplicaciones.

Unión Europea. Eficiencia energética de los edificios. Aplicaciones inteligentes. Modalidades técnicas

Reglamento de Ejecución (UE) 2020/2156 de la Comisión, de 14 de octubre de 2020, por el que se detallan las modalidades técnicas para la aplicación efectiva de un régimen común voluntario de la Unión para la valoración del grado de preparación para aplicaciones inteligentes de los edificios (DOUE de 21 de diciembre de 2020)

Este Reglamento especifica las modalidades técnicas para la aplicación efectiva de un régimen común de carácter voluntario, establecido por el Reglamento Delegado (UE) 2020/2155, para la

^{*} Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Belén Simbor, Andrea Sandi, Piedad Medina, Emma Villasanté, Alicia Martín, M.ª Amparo Guerrero, Héctor Nogués, Iván Abad, Ignacio Nägele, Rafael Castillo, Agustín Quesada, Félix Tirado y Miguel Herráiz, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

valoración del grado de preparación de aplicaciones inteligentes de los edificios mediante una metodología común, cuya evaluación debe ser realizada por expertos cualificados o acreditados según lo establecido en este Reglamento de Ejecución.

[España]

Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 y línea de avales de arrendamiento COVID-19

Real Decreto 1084/2020, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 y 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 de 10 de diciembre de 2020)

Este Real Decreto modifica la regulación del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 establecida en el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, con el objetivo de mejorarlo, agilizarlo y dar una cobertura mayor a dicho plan, que da prioridad al alquiler y la rehabilitación de viviendas. Con el fin de incrementar el parque público de vivienda, suprime la exigencia de suscripción de un Acuerdo entre el Ministerio, la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento que corresponda, con carácter previo a la adquisición de viviendas por las Administraciones públicas o sus entidades vinculadas o dependientes, convirtiéndola en una opción a criterio de las Comunidades Autónomas. Asimismo, amplía la ayuda de adquisición de vivienda a los jóvenes en núcleos de población distintos al municipio de menos de 5000 habitantes y prorroga el plazo de concesión de ayudas del Plan hasta el 31 de diciembre de 2022.

El Real Decreto modifica la Orden TMA/378/2020, 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, introduciendo un procedimiento de verificación y control de las ayudas mediante muestreo aleatorio.

Medidas urgentes para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda en materia de transportes

Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes (BOE del 23 de diciembre de 2020)

En el ámbito de la vivienda, este Real Decreto-ley introduce nuevas medidas de protección para aquellas personas vulnerables que se enfrenten a procedimientos de desahucio de su vivienda habitual y una serie de mejoras para asegurar la acción coordinada de los órganos judiciales y de los servicios sociales competentes.

En primer lugar, con objeto de extender y asegurar las medidas de protección de las personas arrendatarias de vivienda en situación de vulnerabilidad, ya establecidas en el Real Decreto-ley 11/2020, se amplía el alcance temporal y subjetivo de las medidas establecidas para responder a la gravedad de las consecuencias de la pandemia.

En segundo lugar, en el contexto del estado de alarma, se ofrece especial protección a los afectados por procedimientos de lanzamiento de su vivienda habitual, que no se deriven de contratos de arrendamiento, cuando existan personas dependientes, víctimas de violencia sobre la mujer o menores de edad a cargo. Finalmente, en la nueva norma se prevé que las comunidades autónomas podrán utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, regulado por Real Decreto 106/2018, a fin de hacer frente a las compensaciones previstas, cuyo procedimiento se regulará a través de Real Decreto. La medida también incluye la ampliación de la prohibición de corte de suministros de electricidad, agua y gas natural a los consumidores vulnerables, vulnerables severos o en riesgo de exclusión social mientras esté vigente el actual estado de alarma. También será de aplicación la prohibición de la suspensión de suministro para aquellos consumidores que, no pudiendo acreditar la titularidad del contrato de suministro ni, por tanto, acceder a la condición de consumidor vulnerable o vulnerable severo, cumplan con el resto de los requisitos establecidos en el artículo 3 del Real Decreto 897/2017.

Por otra parte, se aprueban los términos para llevar a cabo un nuevo reequilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general por carretera de competencia estatal, que ha seguido estando alterado sustancialmente tras la finalización del primer estado de alarma, como medida excepcional para garantizar la viabilidad de estos servicios, que son esenciales para la movilidad de los ciudadanos.

Medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria

Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria (BOE del 23 de diciembre de 2020)

Este Real Decreto-ley aprueba un plan de refuerzo para la hostelería, el turismo y el comercio con nuevas medidas que pretenden aliviar la situación de empresas y autónomos relacionados con estas actividades y atender sus costes fijos, como los salarios, arrendamientos o pago de impuestos, entre otros, para permitir que puedan mantener su viabilidad y no se vean abocados al cierre como consecuencia de la pandemia.

El Real Decreto-ley se estructura en cuatro capítulos, de los que el capítulo I contiene las medidas extraordinarias relativas a la reducción o moratoria de los gastos fijos de arrendamiento de locales cuyos arrendatarios son pymes y autónomos.

En el caso de que el arrendador sea un gran tenedor (empresas o entidades públicas y personas jurídicas titulares de diez o más inmuebles urbanos o con una superficie construida de más de 1500 metros cuadrados y que no estén en concurso de acreedores) si las partes no llegaran a un acuerdo, el arrendatario podrá optar entre las siguientes alternativas: (i) una reducción del 50 %

de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma y sus prórrogas, hasta un plazo máximo de cuatro meses adicionales a contar desde la finalización del estado de alarma, o (ii) una moratoria en el pago de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma y sus prórrogas, hasta un plazo máximo de cuatro meses adicionales a contar desde la finalización del estado de alarma. El pago aplazado de las rentas se podrá realizar durante un periodo de dos años a contar desde la finalización de la moratoria.

Para el resto de los arrendadores de locales, se establece un incentivo fiscal con el que se pretende que las personas físicas o jurídicas que alquilan los locales en los que se desarrollan determinadas actividades económicas vinculadas al sector turístico, la hostelería y el comercio acuerden voluntariamente rebajas en la renta arrendaticia correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2021, permitiendo computar como gasto deducible para el cálculo del rendimiento del capital inmobiliario la cuantía de la rebaja de la renta acordada durante tales meses.

Medidas sociales en defensa del empleo

Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (BOE del 27 de enero de 2021)

Este Real Decreto-ley aprueba medidas de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

Además de incluir el acuerdo con los agentes sociales para prorrogar los ERTE desde el 1 de febrero hasta el 31 de mayo, en condiciones similares a las existentes hasta ahora, incorpora la ampliación, hasta el final del actual estado de alarma, de la posibilidad de solicitar la moratoria o condonación parcial de la renta del alquiler de vivienda cuando el arrendador sea un gran tenedor o entidad pública, con objeto de atender a determinadas situaciones de vulnerabilidad que puedan producirse más allá del 31 de enero, actual fecha de finalización del referido plazo. Asimismo, se extienden hasta el 9 de mayo de 2021 los contratos que pueden acogerse a la prórroga extraordinaria de seis meses de los alquileres de vivienda, en los mismos términos y condiciones del contrato en vigor.

CGPJ. Competencia territorial. Contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias

Acuerdo de 16 de diciembre 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 (BOE del 22 de diciembre de 2020)

El acuerdo atribuye a los juzgados que se relacionan en él, en virtud de lo previsto en el artículo 98.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y con la 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.

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

Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del 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 30 de diciembre de 2020)

Aprueba la convalidación del Decreto-ley 31/2020, resumido en la publicación anterior de esta revista.

Baleares. Menorca. Equipamientos comerciales. Planificación sectorial

Acuerdo del Pleno del Consell Insular de Menorca, de 16 de noviembre de 2020, por el que se aprueba el Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Menorca (BOIB de 17 de diciembre de 2020)

Aprueba el Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Menorca (entre otros, actividades reguladas por este, condiciones de ordenación del comercio en zonas turísticas, planificación urbanística del comercio o procedimiento de autorización de los equipamientos comerciales).

Baleares. Mallorca. Plazas turísticas

Resolución del Presidente del Consorcio Bolsa de Alojamientos Turísticos, de 9 de diciembre de 2020, respecto del número de plazas turísticas disponibles en la isla de Mallorca, con relación a la aprobación definitiva del Plan de Intervención en ámbitos Turísticos de Mallorca (PIAT), durante el plazo de adaptación del planteamiento urbanístico municipal al PIAT, que es de cuatro años, desde el momento de la entrada en vigor de este Plan, el 17 de julio de 2020 (BOIB de 17 de diciembre de 2020)

Determina el número máximo de plazas turísticas en alojamientos turísticos y en viviendas residenciales objeto de comercialización turística durante el período de adaptación de cuatro años de los planeamientos urbanísticos municipales al PIAT.

Canarias. Plan de Vivienda

Resolución de 21 de diciembre de 2020, por la que se dispone la publicación del Acuerdo que aprueba el Plan de Vivienda de Canarias 2020-2025 (BOC de 7 de enero de 2021)

El Plan tiene por objetivo facilitar el acceso a la vivienda, incentivar su promoción y rehabilitación y facilitar el cambio hacia un modelo de ciudad sostenible. Para ello establece, entre otros, programas de ayudas al alquiler, de vivienda vacía con ayudas a la puesta en arrendamiento o rehabilitación para alquiler, del incremento del parque público de viviendas y de fomento de VPO de promoción privada.

Canarias. Medidas extraordinarias y urgentes en los ámbitos de vivienda, transportes y puertos

Decreto-ley 24/2020, de 23 de diciembre, de medidas extraordinarias y urgentes en los ámbitos de vivienda, transportes y puertos de titularidad de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC de 28 de diciembre de 2020)

Se modifica el régimen de vivienda protegida mediante el establecimiento de distintos regímenes, nuevos precios máximos de referencia de venta, renta y adjudicación, o el abono anticipado de las ayudas concedidas para afrontar el pago de los alquileres de vivienda habitual, entre otros.

Cantabria. Vivienda

Decreto 94/2020, de 23 de diciembre, por el que se modifican el Decreto 4/2019, de 7 de febrero, por el que se regulan determinadas ayudas del Plan de Vivienda de Cantabria 2018-2021, y el Decreto 28/2020, de 2 de mayo, por el que se incorpora, sustituye y modifican sendos programas de ayuda del Plan de Vivienda de Cantabria 2018-2021, reguladas en el Decreto 4/2019, de 7 de febrero, en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOC de 24 de diciembre de 2020)

Se modifica el Decreto 4/2019, de 7 de febrero, en las siguientes materias: determinación del concepto "municipio rural o de pequeño tamaño", los requisitos para ser beneficiario de las ayudas, su cuantía y el procedimiento para su concesión. Además, se modifica el procedimiento del Decreto 28/2020, de 2 de mayo.

Cantabria. Medidas fiscales y administrativas 2021

Ley de Cantabria 12/2020, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (BOC de 30 de diciembre de 2020)

Introduce modificaciones al procedimiento de control ambiental integrado regulado en la Ley de Control Ambiental Integrado y nuevas exigencias a la aprobación de Planes Generales de Ordenación regulados en la Ley de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo.

Cataluña. Promoción de vivienda con protección oficial y nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler. Medidas urgentes

Decreto-ley 50/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de vivienda con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler (DOGC de 11 de diciembre de 2020)

Actualiza los precios de venta y rentas máximos de las viviendas con protección oficial no regidas por el sistema de determinación de precios y rentas del Decreto-ley 17/2019. Asimismo, modifica la configuración jurídica de los alojamientos con espacios comunes complementarios establecida en la Ley del Derecho a la Vivienda e incorpora la obligación legal de ceder a las administraciones competentes datos o documentación sobre rentas de alquiler con el fin de ejercer actuaciones de inspección y control.

Se convalidó por la Resolución 1135/XII de 13 de enero de 2021 (DOGC de 18 de enero de 2021).

Cataluña. Áreas de promoción económica urbana

Ley 15/2020, de 22 de diciembre, de las áreas de promoción económica urbana (DOGC de 24 de diciembre de 2020)

Crea y regula los aspectos básicos de las áreas de promoción económica urbana: las entidades gestoras y sus funciones, el procedimiento de creación y delimitación, el Registro y el procedimiento de inscripción, extinción y liquidación, entre otros.

Ha sido modificada por el Decreto-ley 3/2021, de 12 de enero, de modificación de la Ley 15/2020, de 22 de diciembre, de las áreas de promoción económica urbana (DOGC de 14 de enero de 2021) con el objetivo de establecer un procedimiento de delimitación cuando la iniciativa corresponde a los ayuntamientos.

Galicia. Protección del paisaje

Decreto 238/2020, de 29 de diciembre, por el que se aprueban las Directrices de paisaje de Galicia (DOG de 1 de febrero de 2021)

Establece los objetivos de calidad paisajística para cada unidad de paisaje, las medidas y acciones para conseguirlos, así como sus indicadores.

Galicia. Ordenación del territorio

Ley 1/2021, de 8 de enero, de ordenación del territorio de Galicia (DOG de 14 de enero de 2021)

Deroga la Ley de Ordenación del Territorio, la Ley 6/2007 y el Decreto 80/2000, y modifica la Ley de Protección del Paisaje y la Ley del Suelo. Regula los instrumentos necesarios para la articula-

ción de la política territorial y la ordenación del territorio. El eje fundamental de dicha ordenación es el desarrollo territorial sostenible, así como la racionalidad territorial, la cohesión social y la perspectiva de género. Introduce la necesidad de que la planificación territorial y sectorial permita y asegure la conectividad ecológica y la funcionalidad de los ecosistemas.

Galicia. Medidas administrativas

Ley 4/2021, de 28 de enero, de medidas fiscales y administrativas (DOG de 29 de enero de 2021)

Modifica, entre otras, la Ley de Aguas de Galicia, la Ley del Suelo de Galicia y su reglamento, y la Ley de Carreteras de Galicia. Las modificaciones tienen por objeto, entre otros, las edificaciones existentes de carácter tradicional, los planes básicos municipales y los núcleos rurales existentes.

Murcia. Transformación del modelo económico regional

Ley 6/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 10/2018, de 9 de noviembre, de aceleración de la transformación del modelo económico regional para la generación de empleo estable de calidad (BORM de 31 de diciembre de 2020)

Introduce una serie de garantías en el procedimiento de aprobación de instrumentos urbanísticos.

Navarra. Impuestos, medidas tributarias y territorio y urbanismo

Ley foral 21/2020, de 29 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias y de modificación del Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo (BON de 31 de diciembre de 2020)

Establece unos nuevos precios máximos de venta de las viviendas protegidas y renta de las VPO de régimen general durante el año 2021.

Navarra. Presupuestos Generales para 2021

Ley Foral 20/2020, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2021 (BON de 31 de diciembre de 2020)

Modifica la Ley Foral del Derecho a la Vivienda en Navarra en lo que respecta a las viviendas protegidas consideradas dentro del sistema público de alquiler, así como para excepcionar la exigencia de aval o fianza a entidades instrumentales o sociedades públicas del Gobierno de Navarra.

Valencia. COVID-19. Ayuda a los alquileres de vivienda

Decreto 204/2020, de 11 de diciembre, del Consell, de aprobación de las bases reguladoras para la concesión directa de ayudas para minimizar el impacto económico y social de la COVID-19 en los alquileres de vivienda (DOGV de 15 de diciembre de 2020)

Se regulan las bases de concesión de las ayudas directas a personas arrendatarias de vivienda habitual que se encuentran en situación de vulnerabilidad económica y social a causa del COVID-19.

Valencia. Plan de Acción Territorial Sectorial del Comercio (PATSECOVA)

Decreto 215/2020, de 29 de diciembre, del Consell, de aprobación del Plan de acción territorial sectorial del comercio de la Comunitat Valenciana (DOGV de 13 enero de 2021)

Aprueba estándares urbanísticos más exigentes para los proyectos comerciales y limita la obtención de autorización para los proyectos que superen los 120.000 m² de superficie. Para la autorización de proyectos con más de 5000 m² ubicados fuera de la trama urbana consolidada, será necesario que el área haya sido previamente declarada como área de nueva centralidad comercial o área de oportunidad comercial. Contempla la posibilidad de declaración de áreas comerciales saturadas en determinados casos.

Valencia. Verificación de actuaciones urbanísticas

Decreto 218/2020, de 29 de diciembre, del Consell, de modificación del Decreto 62/2020, de 15 de mayo, de regulación de las entidades colaboradoras de la Administración municipal en la verificación de las actuaciones urbanísticas, y de creación de su registro (DOGV de 4 de enero de 2021)

Modifica el citado Decreto para ampliar el régimen transitorio de inscripción provisional de entidades hasta el 19 de diciembre de 2021.

Valencia. Medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, 2021

Ley 3/2020, de 30 de diciembre, de la Generalitat, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2021 (DOCV de 31 de diciembre de 2020)

Esta ley introduce la modificación de la adjudicación y gestión del patrimonio público de vivienda, la ampliación de la vivienda pública mediante el derecho de tanteo y retracto, y modificaciones en materia de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje. Corrección de errores publicada en el DOGV de 21 de enero de 2021.

Valencia. Declaración responsable para la ocupación

Decreto 12/2021, de 22 de enero, del Consell, de regulación de la declaración responsable para la primera ocupación y sucesivas de viviendas (DOGV de 3 de febrero de 2021)

Regula la primera ocupación (y sucesivas) de viviendas a través de declaración responsable. Deberá renovarse cada diez años si concurren determinadas circunstancias. El Ayuntamiento ostenta las correspondientes facultades de inspección, control y comprobación.

[Portugal]

Coeficiente de atualização anual de arrendamento urbano e rural para 2021

Aviso n.º 15365/2020, de 2 de outubro (DR 193, Série II, de 2 de outubro de 2020)

O Aviso n.º 15365/2020 fixa o coeficiente de atualização dos diversos tipos de arrendamento urbano e rural, para vigorar no ano civil de 2021, em 0,9997, nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, que aprova o NRAU, bem como o n.º 5 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 294/2009, de 13 de outubro, que aprova o Novo Regime de Arrendamento Rural (NRAR).

Adequação dos instrumentos criados no âmbito da Nova Geração de Políticas de Habitação e a Lei Orgânica do IHRU, I. P., à lei de bases da habitação, no âmbito do Programa de Estabilização Económica e Social

Decreto-Lei n.º 81/2020, de 2 de outubro (DR 193, Série I, de 2 de outubro de 2020)

O Decreto-Lei n.º 81/2020, de 2 de outubro, procede à adaptação à Lei de Bases da Habitação (LBH), designadamente dos programas de política pública de habitação criados ao abrigo da Nova Geração de Políticas de Habitação (NGPH) (i) "1.º Direito — Programa de Apoio ao Acesso à Habitação", aprovado pelo Decreto-Lei n.º 37/2018, de 4 de junho, na sua redação atual, (ii) "Porta de Entrada — Programa de Apoio ao Alojamento Urgente", aprovado pelo Decreto-Lei n.º 29/2018, de 4 de maio, e (iii) "Programa de Arrendamento Acessível", aprovado pelo Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio.

Procede-se, ainda, a um conjunto de ajustamentos com vista a aperfeiçoar a operacionalização dos instrumentos da NGPH, pretendendo obter-se ganhos de eficiência e eficácia, quer do ponto de vista das entidades que têm a responsabilidade de os gerir e executar, quer do ponto de vista dos seus potenciais beneficiários.

Mais, procede-se à alteração do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de outubro, que regula alguns aspetos do regime da propriedade horizontal, na parte relativa às regras para a execução de obras em partes comuns de condomínios, garantindo que as entidades públicas com competências na área da gestão habitacional gozam de igual prerrogativa à que é conferida às câmaras municipais, nos casos em que sejam proprietárias de parte de prédios, i. e., quando façam parte dos respetivos condomínios.

Altera-se, ainda, o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, prevendo formas alternativas de execução de uma unidade operativa de planeamento e gestão, no âmbito de Estratégia Local de Habitação, prevista no Decreto-Lei n.º 37/2018, de 4 de junho, de Carta Municipal de Habitação ou de Bolsa de Habitação, previstas na LBH, bem como possibilitar, nestes casos, a adequação do número de estacionamento por fogo às necessidades concretas.

O referido Decreto-Lei altera, ainda, a orgânica do Instituto da Habitação e Reabilitação Urbana, I. P., aprovada pelo Decreto-Lei n.º 175/2012, de 2 de agosto, na sua redação atual.

Condições de funcionamento e identificação dos estabelecimentos de alojamento local

Portaria n.º 262/2020, de 6 de novembro (DR 217, Série I, de 6 de novembro de 2020)

A Portaria n.º 262/2020, de 6 de novembro (“Portaria n.º 262/2020”), estabelece as condições de funcionamento que as modalidades de estabelecimentos de alojamento local cumprem atualmente, introduzindo outras que se consideram essenciais para o desenvolvimento e inovação deste produto turístico, e a identificação dos estabelecimentos de alojamento local, as quais, nos termos do n.º 5 ao artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto – que aprovou o regime jurídico da exploração dos estabelecimentos de alojamento local –, são definidas por portaria.

Desta forma, são previstas as regras a que devem obedecer os serviços de arrumação e limpeza, o reporte de informação de dormidas, e as áreas e requisitos dos estabelecimentos de alojamento local, estabelecendo-se, em particular e entre outras, condições relativas às áreas mínimas dos quartos e aos acessos a utentes com mobilidade condicionada.

Adicionalmente, prevê-se um conjunto de condições de sustentabilidade que os estabelecimentos de alojamento local devem adotar e privilegiar, seguindo-se assim as políticas de sustentabilidade da Estratégia Turismo 2027 e o referencial para o desenvolvimento de políticas públicas e estratégias empresariais no setor do turismo para a próxima década.

As referidas condições de funcionamento são aplicáveis (i) aos estabelecimentos de alojamento local que se registem no Registo Nacional de Alojamento Local após a entrada em vigor da presente portaria e (ii) aos estabelecimentos de alojamento local que estejam registados no Registo Nacional de Alojamento Local, decorridos que estejam 12 meses da sua entrada em vigor da referida portaria.

A Portaria n.º 262/2020 entra em vigor no prazo de 90 dias após a sua publicação.

Alteração da Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril pelo Orçamento de Estado para 2021

Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro

A Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro, que aprova o Orçamento de Estado para 2021 (“Lei n.º 75-B/2020”), altera a Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril, que aprova o regime excecional para

as situações de mora no pagamento da renda devida nos termos de contratos de arrendamento urbano habitacional e não habitacional, no âmbito da pandemia COVID-19 ("Lei n.º 4-C/2020") aditando-lhe o artigo 8.º-B.

Na sequência do mencionado aditamento, a remuneração mensal fixa ou mínima devida pelos lojistas de estabelecimentos abertos ao público inseridos em centros comerciais é reduzida proporcionalmente à redução da faturação mensal, até ao limite de 50 % do valor daquela, quando tais estabelecimentos tenham uma quebra do volume de vendas mensal, face ao volume de vendas do mês homólogo do ano de 2019 ou, na sua falta, ao volume médio de vendas dos últimos seis meses antecedentes ao Decreto do Presidente da República n.º 14 -A/2020, de 18 de março, ou de período inferior, se aplicável.

A Lei n.º 75-B/2020 entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2021.

Medidas excecionais e temporárias relativas à pandemia da pandemia COVID-19

Decreto-Lei n.º 106-A/2020, de 30 de dezembro

O Decreto-Lei n.º 106-A/2020, de 30 de dezembro ("Decreto-Lei n.º 106-A/2020"), altera, entre outros diplomas legais, a Lei n.º 4-C/2020.

Por um lado, no que se refere a arrendamentos habitacionais, a lei passa a ser exclusivamente aplicável a situações em que se verifique uma quebra de rendimentos do agregado familiar do arrendatário, desde que a quebra seja superior a 20 % dos rendimentos do agregado familiar do arrendatário face aos rendimentos do mês de fevereiro de 2020, do mês anterior, ou do período homólogo do ano anterior.

Por outro lado, a forma de cálculo e de atribuição do apoio financeiro, já anteriormente previsto pela lei, é alterada em diversos aspetos, nomeadamente no que respeita às percentagens de taxa de esforço aplicáveis para efeitos do cálculo da atribuição de empréstimos a título de comparticipação financeira no caso de mutuários de empréstimos, destinados ao pagamento da renda, com baixos rendimentos bem como na determinação da parcela do empréstimo afeta a comparticipação não reembolsável. Adicionalmente, a lei passa a exigir que os beneficiários deste apoio remetam, trimestralmente, informação atualizada que comprove a respetiva quebra de rendimentos.

O disposto na Lei n.º 4-C/2020, relativamente ao apoio financeiro (artigo 5.º) e à suspensão, redução ou isenção de renda devidas a entidades públicas (artigo 11.º), passa a ser aplicável às rendas que se vençam a partir do dia 1 de abril de 2020 até ao dia 1 de julho de 2021.

O Decreto-Lei n.º 106-A/2020 entrou em vigor no dia 31 de dezembro de 2020.

Alteração do regime excecional para as situações de mora no pagamento da renda devida nos termos de contratos de arrendamento urbano habitacional e não habitacional, no âmbito da pandemia COVID-19

Lei n.º 75-A/2020, de 30 de dezembro

A Lei n.º 75-A/2020, de 30 de dezembro ("Lei n.º 75-A/2020"), vem proceder à sétima alteração à Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, que aprovou as medidas excecionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19 ("Lei n.º 1-A/2020") e à terceira alteração à Lei n.º 4-C/2020.

No que concerne à alteração da Lei 1-A/2020, a Lei 75-A/2020 vem prorrogar até 30 de junho de 2021 a suspensão: (i) da produção de efeitos das denúncias de contratos de arrendamento habitacional e não habitacional efetuadas pelo senhorio; (ii) da caducidade dos contratos de arrendamento habitacionais e não habitacionais, salvo se o arrendatário não se opuser à cessação; (iii) da produção de efeitos da revogação, da oposição à renovação de contratos de arrendamento habitacional e não habitacional efetuadas pelo senhorio; (iv) do prazo indicado no artigo 1053.º do Código Civil, se o término desse prazo ocorrer durante o período de tempo em que vigorarem as referidas medidas; e (v) da execução de hipoteca sobre imóvel que constitua habitação própria e permanente do executado.

Ademais, no caso de contratos de arrendamento para fins não habitacionais relativos a estabelecimentos que, por determinação legal ou administrativa da responsabilidade do Governo, tenham sido encerrados em março de 2020 e que ainda permaneçam encerrados a 1 de janeiro de 2021, a duração do respetivo contrato é prorrogada por período igual ao da duração da medida de encerramento, aplicando-se, durante o novo período de duração do contrato, a suspensão de efeitos indicada *supra*.

No que é relativo à Lei n.º 4-C/2020, a Lei n.º 75-A/2020 vem proceder a alterações relativamente a aspetos distintos.

Por um lado, altera um dos requisitos para efeitos de aplicabilidade do regime previsto na Lei n.º 4-C/2020 relativamente a arrendamentos habitacionais, passando a ser necessário que a taxa de esforço do agregado familiar do arrendatário, calculada como percentagem dos rendimentos de todos os membros daquele agregado destinada ao pagamento da renda, seja ou se torne superior a 30 %, ao invés de 35 %.

Por outro lado, vem excluir os estabelecimentos inseridos em conjuntos comerciais que beneficiem, para o ano de 2021, de um regime de redução ou desconto na remuneração devida nos termos do contrato, do âmbito de aplicação da referida lei, quanto ao regime da redução da remuneração fixa ou mínima devida pelos lojistas de estabelecimentos abertos ao público inseridos em centros comerciais (aditado pela Lei n.º 75-A/2020, como exposto abaixo).

Por fim, são aditados à Lei n.º 4-C/2020 os artigos 8.º-B e 8.º-C.

O artigo 8.º-B vem estabelecer que os arrendatários de estabelecimentos que permanecem encerrados a 1 de janeiro de 2021, por determinação legal ou administrativa da responsabilidade do Governo, e que o tenham sido desde, pelo menos, março de 2020, podem deferir o pagamento das rendas vencidas, ainda que tenham beneficiado do deferimento do pagamento das rendas vencidas em 2020.

Nesta situação, no que concerne às rendas vencidas em 2020 (i) o período de regularização da dívida tem início a 1 de janeiro de 2022 e prolonga-se até 31 de dezembro de 2023; e (ii) o pagamento é efetuado em 24 prestações sucessivas, de valor correspondente ao resultante do rateio do montante total em dívida por 24, liquidadas juntamente com a renda do mês em causa ou até ao oitavo dia do calendário de cada mês, no caso de renda não mensal.

Relativamente às rendas vencidas em 2021, o arrendatário pode requerer o diferimento do pagamento, correspondente aos meses em que os estabelecimentos se encontrem encerrados, aplicando-se o disposto em (i) e (ii) acima.

O senhorio pode, nesse caso, requerer a concessão de um empréstimo, através de uma linha de crédito com custos reduzidos nos termos do n.º 5 do artigo 8.º da Lei n.º 4-C/2020, por referência às rendas do ano de 2020 e de 2021, vencidas e não liquidadas. Esta alteração vem ainda estabelecer que o diferimento no pagamento das rendas nos termos deste regime não constitui falta ou mora no pagamento das rendas em causa para quaisquer efeitos legais.

Por outro lado, o artigo 8.º-C determina que os arrendatários que, no ano de 2020, sofreram uma quebra de faturação (i) entre 25 % e 40 %, recebem um apoio a fundo perdido de valor equivalente a 30 % do valor da renda, com o limite de € 1200 por mês e (ii) superior a 40 %, recebem um apoio a fundo perdido de valor equivalente a 50 % do valor da renda, com o limite de € 2000 por mês.

A Lei n.º 75-A/2020 entrou em vigor no dia 31 de dezembro de 2020.

2. Jurisprudencia

[Espanña]

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

Sentencia del JPI n.º 20 de Barcelona, de 8 de enero de 2021

El arrendatario de 26 viviendas destinadas al alojamiento turístico y un local comercial interpone una demanda frente a su arrendador, al que se califica como gran tenedor de viviendas, por la que se solicita la modificación del contrato de arrendamiento de industria (con base en la doctrina *rebus sic stantibus*), para reducir el importe de la renta, por haberse suspendido la actividad turística con motivo del RD 463/2020 y haberse podido reanudar posteriormente con grandes limitaciones debido a las restricciones de movilidad tanto a nivel nacional como internacional, lo que habría supuesto el incumplimiento por parte del arrendador de su obligación de mantener el goce pacífi-

co y útil al arrendatario en la explotación del negocio. Subsidiariamente, se solicita que se declare la resolución del arrendamiento sin coste ante la imposibilidad involuntaria del arrendatario de continuar el negocio en las condiciones pactadas.

El arrendador solicita la desestimación de la demanda alegando que la cláusula *rebus sic stantibus* no debe ser de aplicación automática y que las consecuencias para los arrendamientos durante la pandemia son las que ya establece el RD-L 15/2020 (norma con rango de ley). Esta norma preveía la obligación de conceder una moratoria al arrendatario (de no llegarse a otro acuerdo), siempre que cumpliera determinados requisitos, lo que el arrendatario no justificó en este caso. Asimismo, niega haber incurrido en incumplimiento del contrato, ya que no impidió el goce pacífico del objeto arrendado, y, por tanto, el riesgo de percibir unos menores ingresos como consecuencia de la pandemia debe recaer en el arrendatario.

El Juzgado resuelve lo siguiente:

- i. Que la existencia del RD-L 15/2020 no impide que el arrendatario solicite otra consecuencia jurídica distinta de la mora en el pago si entiende que ello no da lugar a que se reestablezca el equilibrio contractual, ya que el RD-L 15/2020, pese a tener rango de ley, no debe prevalecer sobre la cláusula *rebus sic stantibus*. Así, esta no es solo una creación jurisprudencial (en cuyo caso complementaría a la ley, que es fuente de derecho), sino la plasmación de un principio general del derecho en materia de obligaciones y contratos, y, como tal, es en sí misma fuente de derecho; además, tiene carácter informador del ordenamiento jurídico y, por tanto, debe tenerse en cuenta para interpretar la legislación (incluido el RD-L 15/2020). Igualmente, la sentencia puntualiza que el propio RD-L 15/2020 prevé la moratoria como una solución en "*línea con la cláusula rebus sic stantibus*" sin decir en ningún momento que esa sea la única solución que se puede atribuir a esta situación en los contratos de arrendamiento.
- ii. En cuanto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al caso concreto, se estima la petición de la demandante, pues se considera que se cumplen los cuatro requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a saber:
 - Que se haya producido una alteración extraordinaria e imprevisible de los elementos tenidos en cuenta al firmar el contrato: la pandemia está siendo una situación extraordinaria de gran impacto que las partes no pudieron prever a la fecha de firma del contrato de arrendamiento.
 - Que dicha alteración haya implicado, a su vez, una alteración de la base del negocio que suponga un perjuicio grave y excesivamente oneroso a una de las partes: en el caso enjuiciado se probó que los ingresos de 2020, en comparación con los percibidos en 2019, habían disminuido un 72 %, de modo que los alquileres pasaron a ser superiores a los ingresos (lo que resulta excesivamente oneroso para la arrendataria). La situación anterior se deriva indiscutiblemente de la pandemia, por haberse suspendido el turismo y por haberse aplicado restricciones a la movilidad que han impedido de facto su recuperación.

- Que haya habido una negociación entre las partes, lo que se resulta necesario al ser la buena fe uno de los presupuestos de aplicación de la cláusula: en el caso analizado las partes han demostrado que sí la hubo.
- Que la solución que se proponga sea equitativa: se propone una disminución del 50 % de la renta, lo que, a juicio de la juzgadora, es equitativo.

Por todo lo anterior, se estima la demanda y se resuelve novar objetivamente el contrato de arrendamiento de industria y disminuir el importe pagadero por la arrendataria en concepto de renta hasta la finalización del contrato el 31 de marzo de 2021.

Silencio administrativo positivo de actos aplicando un instrumento de planeamiento declarado nulo, mientras este era vigente

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) Sentencia n.º 1717/2020 de 14 de diciembre

El Tribunal Supremo estipula que, una vez vencido el plazo máximo legalmente establecido para resolver expresamente sobre la solicitud de una licencia de obra amparada en un Plan General de Ordenación Municipal vigente durante el citado plazo y anulado con posterioridad, se podrá entender otorgada la licencia por silencio administrativo positivo, siempre que fuera acorde a lo determinado por el Plan General de Ordenación Municipal anulado.

De esta manera el Alto Tribunal establece que la nulidad de un Plan General de Ordenación Municipal no conlleva la nulidad de los actos dictados en su aplicación, anteriores a dicha anulación.

Alcance de la potestad de planeamiento municipal

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) Sentencia n.º 1550/2020 de 19 de noviembre

El Tribunal Supremo determina que la Administración municipal está habilitada en uso de la potestad de planeamiento a someter a la vivienda de uso turístico a una calificación o régimen de usos urbanísticos concretos, y que la limitación de este uso llevada a cabo en la modificación por menorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico, no implica una merma en la libertad de empresa y la libre prestación de servicios, puesto que el Ayuntamiento de Bilbao actuó ante una razón imperiosa de interés general: la de posibilitar la convivencia del uso residencial estable y habitual con una actividad transitoria y con falta de permanencia, por lo que la decisión de la regulación establecida para las viviendas de uso turístico fue suficientemente motivada y razonable.

Transformación urbanística del suelo rústico protegido

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de octubre de 2020 (recurso ordinario n.º 81/2020)

El Tribunal Superior de Justicia considera que, ante un supuesto de actuación de transformación urbanística de nueva urbanización y edificación de carácter amplio y extenso en suelo rústico con protección natural, en el que la transformación urbanística conllevaría la eliminación de la naturaleza rústica de los terrenos que pretenden ser edificados y que contendrán infraestructuras, no puede hacerse uso de una autorización de uso excepcional de suelo, previsto para usos excepcionales, concretos y determinados.

[Portugal]

Declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma constante do n.º 8 do artigo 1091.º do CC

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 299/2020 (Processo n.º 984/2018) – TC

O acórdão considerou que a norma constante do n.º 8 do artigo 1091.º do CC é uma verdadeira "restrição do direito fundamental de propriedade", de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias. Pelo que, para que fosse determinada a sua constitucionalidade, teria esta limitação de se revelar um meio idóneo, exigível e proporcional para alcançar a finalidades constitucionalmente legítimas de promoção da estabilidade na habitação e impedimento de especulação imobiliária (dado que o direito de preferência pode funcionar como instrumento impeditivo de movimentos especulativos) (artigo 65.º da CRP).

O Tribunal julgou a norma inconstitucional com base em três argumentos fundamentais. Primeiro, este direito de preferência não permite o acesso imediato à propriedade plena do local arrendado, tendo apenas direito a preferir sobre uma parte alíquota da propriedade do prédio, não sendo garantido que a estabilidade na habitação seja efetivamente protegida pelo exercício do direito de preferência aqui em questão.

Em segundo lugar, mesmo que se aceitasse a medida prevista na norma como adequada e idónea, esta continua a revelar-se como desnecessária para promover o acesso do locatário à propriedade da habitação própria, pois poderia exigir-se que o vinculado à preferência fracionasse o edifício em propriedades distintas antes de o alienar, revelando-se esta uma medida mais lesiva dos interesses do proprietário e, simultaneamente, menos eficaz na proteção do interesse do arrendatário na estabilidade da sua habitação.

Por último, considerou-se que a opção da aquisição pela quota-parte do prédio, correspondente ao locado, não salvaguarda o equilíbrio de interesses entre proprietário e arrendatário, entre sujeito passivo e sujeito ativo da relação de preferência. O interesse do proprietário é alinear o prédio em igualdade de condições ajustadas com terceiro e o interesse do arrendatário é adquirir a propriedade do local arrendado, com prioridade sobre terceiro. No entanto, nos termos em que a preferência é estabelecida, o interesse do preferente não pode ser prosseguido sem detrimento

do interesse do proprietário, já que a prioridade do preferente não é exercida em rigorosa paridade com as condições negociadas com terceiro, pelo que o sacrifício que é imposto ao proprietário vai muito além da limitação da liberdade de escolha do contraente.

Ou seja, o exercício deste direito de preferência representa um duplo limite à livre disponibilidade do bem: está impedido de alinear a totalidade do prédio e, se o arrendatário declarar preferir, está obrigado a vender uma quota ideal do mesmo; e para os demais consortes, tem o efeito de impedir o uso de parte da coisa comum, enquanto não se proceder à divisão ou venda do prédio.

Portanto, concluiu-se que *"o resultado obtido não é proporcional à carga coativa que a norma comporta"*, considerando-se os entraves pela norma colocados excessivos, desrazoáveis e gravosos. Por tudo isto determina o Tribunal que *"a norma sub judicio, ao limitar desproporcionalmente o direito de propriedade privada do senhorio, viola o disposto no artigo 62.º, n.º 1 da Constituição"*.

Inconstitucionalidade de norma - falta de resposta do arrendatário - transição para o NRAU e aceitação da renda

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 393/2020 (Processo n.º 1061/19) – TC

O TC decidiu julgar inconstitucional a norma extraível dos artigos 30.º e 31.º, n.º 6, da Lei n.º 6/2006 – que aprovou o Novo Regime do Arrendamento Urbano –, na redação conferida pela Lei n.º 31/2012, segundo a qual a falta de resposta do arrendatário à comunicação do senhorio, prevista no artigo 30.º, determina a transição do contrato para o NRAU e vale como aceitação da renda, bem como do tipo e da duração do contrato propostos pelo senhorio, ficando o contrato submetido ao NRAU, sem que ao primeiro tenham sido comunicadas as alternativas que lhe assistem e sem que o mesmo tenha sido advertido do efeito associado ao seu eventual silêncio.

O Tribunal julga que não será adequado que os efeitos em questão sejam produzidos direta e automaticamente pelo silêncio do arrendatário sem que este haja sido previamente esclarecido das faculdades que lhe assistem e, mais do que isso, das consequências que a lei associa à sua eventual inação.

O Tribunal acrescenta que o direito do arrendatário a não ser arbitrariamente privado da habitação que o contrato lhe propicia, além de apresentar a estrutura típica dos direitos de defesa, constitui um pressuposto material da possibilidade de efetivação dos demais direitos e liberdades inerentes ao estatuto do ser-pessoa, beneficiando, também nessa medida, da proteção conferida pelo regime próprio dos limites às leis restritivas que se encontra definido no artigo 18.º da CRP, em particular pelo princípio da proibição do excesso acolhido no respetivo n.º 2.

Julga o Tribunal que a referida norma constitui, em suma, uma restrição desproporcionada do direito à habitação, tornando-se, assim, constitucionalmente censurável à luz do que se dispõe no n.º 1 do artigo 65.º, conjugado com os artigos 17.º, 18.º, n.º 2, todos da CRP.

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

Adjudicación de mitad indivisa de finca registral en procedimiento concursal y cancelación parcial de hipoteca

Resolución de 30 de noviembre de 2020 (BOE de 10 de diciembre de 2020)

La DGSJyFP analiza en este recurso la posibilidad de cancelar parcialmente una hipoteca constituida sobre una finca en proindiviso de varios titulares como consecuencia de su adjudicación parcial en el marco de un procedimiento concursal.

Se presenta a inscripción el decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación dictado en el marco del procedimiento concursal en el que se adjudica en subasta la mitad indivisa de la finca y se ordena la cancelación parcial de la hipoteca que gravaba la totalidad de la finca. La registradora suspende la inscripción por considerar que no puede procederse a la cancelación parcial de la hipoteca por la falta de distribución del crédito entre los deudores, ya que tal distribución es necesaria para proceder a la cancelación.

El centro directivo considera que, aunque el carácter unitario de la hipoteca impide, como regla general, la cancelación parcial de la hipoteca, en este caso, la purga de la hipoteca no procede de una ejecución de la garantía (que debería ser unitaria sobre toda la finca), sino de las exigencias del artículo 149.5 de la Ley Concursal en relación con la adjudicación del bien subastado libre de cargas. Y ello sin que la situación concursal modifique las obligaciones del otro deudor y cotitular de la finca con respecto al pago del crédito hipotecario.

Por tanto, la adjudicación de una mitad indivisa de la finca al acreedor hipotecario y la purga de la hipoteca en el marco del procedimiento concursal conllevan que la garantía hipotecaria pasa a recaer únicamente sobre la otra mitad indivisa, si bien minorada en la cantidad correspondiente al remate de la subasta.

El tipo de subasta debe ser el 100 % del valor de tasación en toda clase de ejecución hipotecaria

Resolución de 23 de diciembre de 2020 (BOE de 22 de enero de 2021)

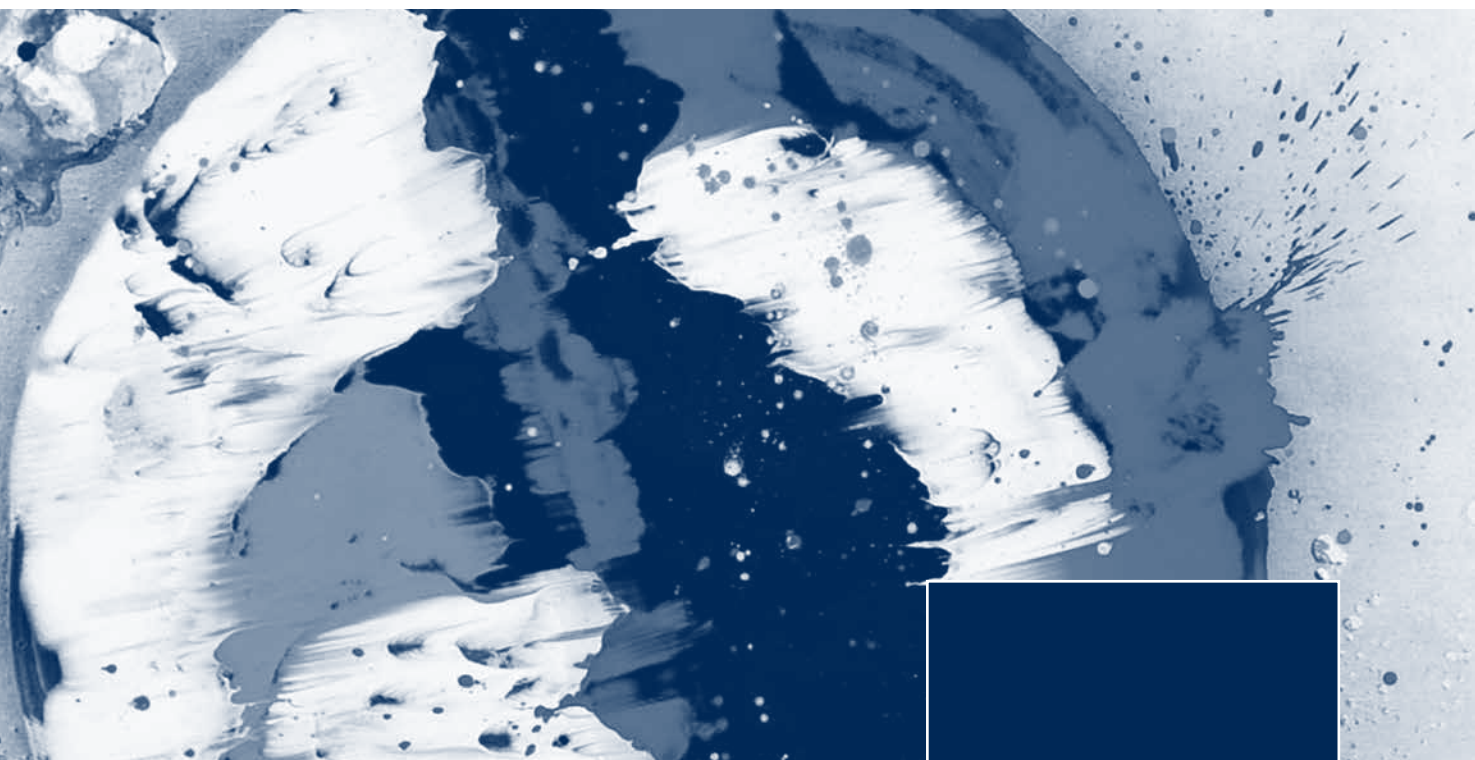
La DGSJyFP ha considerado que no cabe pactar en la escritura de hipoteca un valor de subasta a efectos del procedimiento de ejecución judicial directa distinto (del 100 %) del valor de tasación, incluso cuando no se haya acordado la posibilidad de acudir al procedimiento de venta extrajudicial ante notario.

En esta controvertida resolución el centro directivo entiende que, con la modificación introducida en el artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los

contratos de crédito inmobiliario, se ha alterado el criterio del artículo 682.2.1.º de la LEC (que indica que el valor de subasta no puede ser inferior al 75 % del valor de tasación) al establecer que la tasación de la finca para que sirva de tipo en la subasta extrajudicial no podrá ser distinta de la que se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa y que no podrá, en ningún caso, ser inferior al 100 % del valor de tasación.

Tras resumir la trayectoria legislativa sobre la materia, la DGSJyFP estima que la interpretación más coherente de la voluntad del legislador obliga a entender que el valor por el que se inicie la subasta en el procedimiento de ejecución judicial directa debe ser siempre el 100 % del valor de la tasación y califica de "*interpretación extraña*" aquella que permitiría a las partes contratantes optar por la aplicación de los postulados de la LEC al procedimiento de ejecución judicial directa en función de los concretos procedimientos de ejecución que se hayan pactado en la escritura de hipoteca (solo la ejecución judicial directa o ambos, el judicial directo y la venta extrajudicial, conjuntamente).

9 de febrero de 2021



Laboral y
Seguridad Social

Laboral y Seguridad Social*

9 de febrero de 2021

1. Legislación

[España]

Prórroga de los ERTE

Real Decreto-ley 2/2021 que, entre otras medidas, prorroga los ERTE hasta el 31 de mayo de 2021 (BOE de 27 de enero de 2021)

Se prorrogan hasta el 31 de mayo de 2021 los ERTE fuerza mayor, los ERTE por impedimento de actividad y los ERTE por limitación de la actividad en sus mismos términos con la finalidad de cubrir todo el periodo temporal comprendido por la duración del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. Se reconoce la posibilidad de presentar nuevos ERTE por limitaciones o impedimentos de la actividad en los mismos términos establecidos en el Real Decreto-ley 30/2020 y se dispone como novedad que, una vez que una empresa haya obtenido una resolución estimatoria en un ERTE de fuerza mayor por impedimento de la actividad, se pueda, sin necesidad de tramitar otro nuevo expediente, pasar a aplicar sin solución de continuidad las medidas correspondientes a la situación de limitaciones al desarrollo normalizado de la actividad, y viceversa, sin perjuicio de las obligaciones de comunicación y los porcentajes de exoneración que correspondan en cada caso.

Se prorrogan igualmente, todos los contenidos complementarios, tales como (i) las especialidades aplicables a los expedientes vinculados al COVID-19, pero basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; (ii) los límites relacionados con el reparto de dividendos y la transparencia fiscal, las horas extraordinarias y las nuevas externalizaciones; (iii) las limitaciones y previsiones establecidas en relación con las extinciones basadas en las causas que fundamentan los ERTE relacionados con el COVID-19; (iv) la irrupción del cómputo de los contratos temporales, y (v) el Plan MECUIDA.

En lo referido a la salvaguarda de empleo, se prevé la prórroga de sus efectos en lo relativo a los compromisos de mantenimiento del empleo. Además, las empresas que reciban exoneraciones en

* Esta sección ha sido elaborada por Jesús Mercader Uguina, Raúl Boo Vicente, Carmen Hans González y María Baixauli Puig, del Área Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

las cuotas a la Seguridad Social quedan comprometidas, sobre la base de la aplicación de dichas medidas excepcionales, a un nuevo periodo de seis meses de salvaguarda del empleo en sus mismos términos. Por tanto, si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo adquirido previamente, el inicio del nuevo periodo se producirá cuando este termine.

Asimismo, la disposición adicional primera reconoce la exoneración de la aportación de cuotas a la Seguridad Social a las siguientes empresas: (i) empresas que prorroguen el ERTE por fuerza mayor y tengan la consideración de sectores con una elevada tasa de ERTE y una reducida tasa de recuperación; (ii) las empresas que transiten desde el 1 de febrero 2021 al 31 de mayo de 2021 de un ERTE por fuerza mayor a un ERTE ETOP; (iii) las empresas titulares de un ERTE ETOP que tengan derecho a exoneración y cuya actividad quede incluida en alguno de los CNAE; (iv) las empresas en las que se prorrogue automáticamente el ERTE por fuerza mayor cuyo negocio dependa de empresas afectadas o formen parte de la cadena de valor y, (v) empresas calificadas como dependientes o integrantes de la cadena de valor y que transiten en el periodo comprendido entre el 1 de febrero 2021 hasta el 31 de mayo 2021 de un ERTE por fuerza mayor a un ERTE ETOP.

Se han incluido en la lista de CNAE otras empresas afectadas, tales como comercio al por mayor de bebidas, restaurantes y puestos de comida, establecimientos de bebidas, actividades de jardines botánicos, parques zoológicos y reservas naturales o actividades de juegos de azar y apuestas. Las exoneraciones serán del 85 % para aquellas empresas que hubieran tenido menos de cincuenta trabajadores y del 75 % para empresas que hubieran tenido cincuenta o más personas trabajadoras en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020.

VI Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (VI ASAC)

Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales —Sistema Extrajudicial— (BOE de 23 de diciembre de 2020)

El nuevo acuerdo tiene por objeto el mantenimiento y desarrollo de un sistema autónomo de prevención y solución de los conflictos laborales surgidos entre las empresas y los trabajadores, o sus respectivas organizaciones representativas, así como el impulso de la negociación colectiva con pleno respeto a la autonomía de las partes y a la realización de acciones necesarias para mejorar la calidad y el conocimiento de los sistemas de solución autónoma de conflictos.

El título I se compone de dos capítulos, el primero de ellos destinado a regular el objeto del acuerdo y su ámbito funcional. En este primer capítulo destacan cuatro aspectos principales: el impulso de la negociación colectiva, la mediación preventiva de conflictos, la solución de conflictos entre empleados públicos y la Administración General del Estado, y la solución de discrepancias referidas a personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes. El segundo capítulo se destina al funcionamiento del SIMA.

El título II regula los procedimientos de mediación y arbitraje como herramientas para la prevención y la solución de conflictos. Como novedades conviene destacar que se agilizan los plazos y trámites para dotar de mayor celeridad a los procedimientos, que en los supuestos de huelga la

acreditación de la solicitud de la mediación se requerirá en el momento de comunicación formal de la huelga y que se apuesta por la primacía de la mediación y el arbitraje unipersonales (se puede delegar en el SIMA la designación de la persona que llevará a cabo uno u otro servicio).

El título III se centra en delimitar la composición, funciones y sede de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo, que permite avanzar en algunos aspectos novedosos, como la mediación como carácter preventivo o la formación de las personas que van a llevar a cabo labores mediadoras.

[Portugal]

Regimes especiais de reforma antecipada - atualização da idade de acesso às pensões e eliminação do fator de sustentabilidade

Decreto-Lei n.º 70/2020, de 16 de setembro (DR 181, Série I, de 16 de setembro de 2020)

O diploma em apreço veio atualizar a idade de acesso às pensões e eliminar o fator de sustentabilidade nos regimes de antecipação da idade de pensão de velhice dos trabalhadores que exercem profissões de desgaste rápido.

São abrangidos por este diploma os seguintes regimes de antecipação da idade de pensão de velhice:

- i. quanto aos trabalhadores abrangidos por acordos internacionais na Região Autónoma dos Açores, o previsto na Lei n.º 32/96, de 16 de agosto;
- ii. quanto aos trabalhadores do interior das minas, das lavarias de minério e dos trabalhadores da extração ou transformação primária da pedra, incluindo a serragem e corte da pedra em bruto, o previsto no Decreto-Lei n.º 195/95, de 28 de julho, na sua redação atual;
- iii. quanto às bordadeiras de casa na Madeira, o previsto na Lei n.º 14/98, de 20 de março, e Decreto-Lei n.º 55/99, de 26 de fevereiro;
- iv. quanto aos profissionais de bailado clássico ou contemporâneo, o previsto na alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 482/99, de 9 de novembro;
- v. quanto aos trabalhadores portuários integrados no efetivo portuário nacional, o previsto no Decreto-Lei n.º 483/99, de 9 de novembro;
- vi. quanto aos trabalhadores da Empresa Nacional de Urânio, S. A., o previsto no Decreto-Lei n.º 28/2005, de 10 de fevereiro, na sua redação atual;
- vii. quanto aos controladores de tráfego aéreo, o previsto no Decreto-Lei n.º 155/2009, de 9 de julho, na sua redação atual;
- viii. quanto aos pilotos comandantes e copilotos de aeronaves de transporte público comercial de passageiros, carga ou correio, o previsto no Decreto-Lei n.º 156/2009, de 9 de julho;

- ix. quanto aos trabalhadores inscritos marítimos da marinha do comércio de longo curso, de cabotagem e costeira e das pescas, o previsto na Portaria de 18 de dezembro de 1975, do Ministério dos Assuntos Sociais, publicada no Diário do Governo, 2.ª série, n.º 1, de 2 de janeiro de 1976, na sua redação atual e, ainda,
- x. quanto aos trabalhadores inscritos marítimos que exercem atividade na pesca, o previsto no Decreto Regulamentar n.º 40/86, de 12 de setembro, na sua redação atual.

De acordo com este diploma, o fator de sustentabilidade deixa de ser aplicável ao cálculo das pensões de velhice no âmbito dos regimes acima referidos.

Previu-se ainda que, quanto aos regimes de antecipação mencionados nos pontos (i), (ii), (iii), (v), (vi), (ix) e (x), *supra*, a idade de acesso à pensão de velhice corresponderá à idade de acesso para cada um daqueles regimes à data de produção efeitos deste diploma, atualizada de acordo com a evolução da esperança média de vida aos 65 anos de idade, refletindo anualmente a variação verificada na idade normal de acesso à pensão de velhice.

Este diploma aplica-se retroativamente aos requerimentos de pensão ao abrigo dos regimes de antecipação da idade de acesso à pensão de velhice acima referidos apresentados desde 1 de janeiro de 2020.

Contrato Emprego-Inserção para pessoas com deficiência e incapacidade, Contrato Emprego-Inserção (CEI) e Contrato Emprego-Inserção+ (CEI+) – Prorrogação

Portaria n.º 245/2020, de 16 de outubro (DR 202, Série I, de 16 de outubro de 2020)

A presente portaria surge no âmbito do Programa Reforçado de Apoios ao Emprego e à Formação Profissional (ATIVAR.PT), aprovado pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de junho, no qual se previu a adoção de medidas específicas para melhorar as condições de inserção das pessoas com deficiência.

Neste contexto, permitiu-se a prorrogação, por três meses adicionais, dos contratos celebrados com os destinatários das medidas Contrato Emprego-Inserção para pessoas com deficiência e incapacidade, Contrato Emprego-Inserção (CEI) e Contrato Emprego-Inserção+ (CEI+) que se encontrassem em vigor à data de produção de efeitos da lei e cuja duração total aprovada terminasse até dia 31 de dezembro de 2020.

A prorrogação dependia da apresentação de requerimento junto do Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P., pela entidade promotora.

Apoio à Retoma Progressiva – Alterações – Empresas com quebras de faturação iguais ou superiores a 25% e 75%

Decreto-Lei n.º 90/2020, de 19 de outubro (DR 203, 1.º Suplemento, Série I, de 19 de outubro de 2020)

Este diploma alterou o regime do Apoio Extraordinário à Retoma Progressiva da atividade de empresas que se encontrem em situação de crise empresarial, aprovado e regulado pelo Decreto-Lei n.º 46-A/2020, de 30 de julho.

De entre as diversas alterações introduzidas por este diploma destacam-se as seguintes: (i) extensão da medida a entidades empregadoras que verifiquem quebras de faturação iguais ou superiores a 25%; (ii) reforço do apoio concedido a empresas em maior dificuldade, com quebras de faturação iguais ou superiores a 75%; e (iii) revisão do plano de formação complementar.

Para uma descrição mais detalhada das alterações introduzidas, consulte a Circular de Direito Laboral n.º 55, de 20 de outubro de 2020, disponível no nosso website, [aqui](#).

Subsídio de desemprego – Medidas temporárias – Forma de cálculo da remuneração de referência e suspensão do dever de exclusividade

Decreto-Lei n.º 95/2020, de 4 de novembro (DR 215, 1.º Suplemento, Série I, de 4 de novembro de 2020)

O diploma em apreço procedeu à adequação da fórmula de cálculo do subsídio de desemprego nas situações excecionais e temporárias de redução do prazo de garantia previstas no artigo 20.º da Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho, que por sua vez alterou a Lei do Orçamento do Estado para 2020.

O artigo 20.º da mencionada Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho, consagrou, a título excecional e temporário, a diminuição dos prazos de garantia para acesso aos subsídios de desemprego, por cessação de atividade e por cessação de atividade profissional, nos casos em que os respetivos beneficiários tenham ficado sem emprego ou cessado a atividade durante o período de estado de emergência ou de situação de calamidade pública. Estabelece ainda o normativo que os beneficiários do subsídio de desemprego abrangidos por este regime especial transitarão para o regime de subsídio social de desemprego, sem condição de recursos, a partir de janeiro de 2021.

Neste contexto, o Decreto-Lei n.º 95/2020, de 4 de novembro, determina que nas situações acima referidas (previstas na Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho), o montante diário do subsídio de desemprego, do subsídio por cessação de atividade e do subsídio por cessação de atividade profissional a atribuir a estes beneficiários é igual à remuneração de referência líquida calculada com base na remuneração de referência definida por $R / (30 \times n)$, em que R representa o total das remunerações registadas desde o início do período de referência até ao dia que antecede o desemprego e n o número de meses a que as mesmas se reportam.

Esta medida aplica-se aos subsídios mencionados *supra* desde 25 de julho de 2020.

Adicionalmente, o diploma sob análise determina a suspensão da obrigação de exclusividade nas situações de criação do próprio emprego com recurso ao montante global das prestações de desemprego (obrigação essa que vem imposta pelo artigo 34.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro). Deste modo, o impedimento de acumulação do exercício da atividade criada com recurso ao montante global das prestações de desemprego com outra atividade normalmente remunerada pode ser suspenso, por período não superior a 12 meses, mediante requerimento ao competente serviço de emprego, acompanhado da respetiva fundamentação.

Esta suspensão é aplicável às situações ocorridas entre 1 de abril e 31 de dezembro de 2020, sem prejuízo de eventual prorrogação por despacho do membro do Governo responsável pela área da segurança social.

Por fim, o período no qual se verifique a acumulação de atividades não releva para efeitos de contagem dos três anos em que os beneficiários são obrigados a manter o emprego criado com recurso ao montante global das prestações de desemprego.

Esta medida produz efeitos desde 1 de abril de 2020.

COVID-19 – Uso obrigatório de máscaras e/ou viseiras no local de trabalho

Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro (DR 227-A, 1.º Suplemento, Série I, de 21 de novembro 2020)

Nos termos do disposto no artigo 4.º do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro (que regulamenta a aplicação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República), passou a ser obrigatório o uso de máscaras ou viseiras para o acesso ou permanência em locais de trabalho, sempre que o distanciamento físico recomendado pelas autoridades de saúde se mostre impraticável. Cumpre recordar que o distanciamento recomendado pelas autoridades de saúde em espaços fechados é de 2 metros.

A obrigação de uso de máscaras ou viseiras não será, porém, aplicável quando:

- i. Seja possível cumprir o distanciamento recomendado pelas autoridades de saúde;
- ii. Os trabalhadores estejam a prestar o seu trabalho em gabinete, sala ou equivalente que não tenha outros ocupantes; ou
- iii. Sejam utilizadas barreiras físicas impermeáveis de separação e proteção (v.g. acrílicos) entre trabalhadores.

Esta medida entrou em vigor no dia 24 de novembro de 2020.

COVID-19 – Diferimento extraordinário de contribuições

Decreto-Lei n.º 99/2020, de 22 de novembro (DR 227-B, 1.º Suplemento, Série I, de 22 de novembro 2020)

Este diploma aprovou diversas alterações legislativas a medidas excecionais e temporárias implementadas no âmbito da pandemia da doença COVID-19.

Destaca-se, em particular, o artigo 9.º-A aditado ao Decreto-Lei n.º 10-F/2020, de 26 de março, que estabelece um regime excecional e temporário de cumprimento de obrigações fiscais e contribuições sociais, no âmbito da pandemia da doença COVID-19. De acordo com este preceito, os trabalhadores independentes, bem como as micro, pequenas e médias empresas (i.e. empresas com até 249 trabalhadores), podiam diferir o pagamento das contribuições da sua responsabilidade referentes a novembro e dezembro de 2020.

Ao abrigo desta medida, essas contribuições podem ser pagas em três ou seis prestações, iguais e sucessivas, sem juros: (i) nos meses de julho a setembro de 2021; (ii) nos meses de julho a dezembro de 2021.

O diferimento não fica sujeito à apresentação de requerimento, sendo apenas necessário indicar, em fevereiro de 2021, através da Segurança Social Direta, qual dos prazos de pagamento acima referidos pretendem utilizar.

Este diploma entrou em vigor no dia 23 de novembro de 2020.

COVID-19 – Faltas justificadas – Apoio à retoma progressiva no mês de dezembro

Decreto-Lei n.º 101-A/2020, de 27 de novembro (DR 232, 1.º Suplemento, Série I, de 27 de novembro 2020)

O presente decreto-lei procedeu à alteração de dois diplomas adotados no contexto da pandemia da COVID-19.

Desde logo, veio aditar o artigo 2.º-A ao Decreto-Lei n.º 10-K/2020, de 26 de março, que estabelece um regime excecional e temporário de faltas justificadas motivadas por assistência à família, no âmbito da pandemia, passando a considerar-se justificadas, para efeitos do mencionado regime excecional, as faltas decorrentes da suspensão das atividades letivas e não letivas e formativas nos dias 30 de novembro e 7 de dezembro de 2020, motivadas por assistência:

- i. a filho ou outro dependente a cargo menor de 12 anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica; e
- ii. a neto que viva com o trabalhador em comunhão de mesa e habitação e que seja filho de adolescente com idade inferior a 16 anos.

Nos termos deste diploma, as faltas justificadas não determinavam a perda de quaisquer direitos, excetuando-se a perda de retribuição correspondente aos dias de ausência.

Alternativamente, para assistência a filho, o trabalhador podia proceder à marcação de férias, mediante comunicação por escrito, sem necessidade de acordo com o empregador.

Por seu turno, foi também alterado o regime do apoio extraordinário à retoma progressiva da atividade (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46-A/2020, de 30 de julho), prevendo-se a possibilidade de, durante o mês de dezembro de 2020, o empregador que se encontrasse numa situação de crise empresarial, nos termos definidos no Decreto-Lei n.º 46-A/2020, de 30 de julho, poder beneficiar do apoio financeiro até ao limite máximo de redução do período normal de trabalho correspondente ao escalão de quebra de faturação imediatamente seguinte.

Para efeitos do benefício acima previsto o empregador ficava adstrito ao dever de manter o normal funcionamento da sua atividade durante o mês civil completo a que se referia o pedido inicial de apoio ou de prorrogação, exceto nos períodos em que fossem determinadas limitações à atividade por decisão do Governo.

Este diploma entrou em vigor no dia 28 de novembro de 2020.

Aumento da retribuição mínima mensal garantida

Decreto-Lei n.º 109-A/2020, de 31 de dezembro (DR 253, Série I, de 31 de dezembro de 2020)

A retribuição mínima mensal garantida para os trabalhadores a tempo completo foi atualizada para € 665 (seiscentos e sessenta e cinco euros), com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2021.

Atualização de pensões de acidentes de trabalho

Portaria n.º 278/2020, de 4 de dezembro (DR 236, Série I, de 4 de dezembro de 2020)

A Portaria em apreço procedeu à atualização das pensões de acidentes de trabalho para o ano de 2020, sendo aplicável uma percentagem de aumento de 0,70%.

Esta alteração produz efeitos a 1 de janeiro de 2020.

Destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços – Transposição da Diretiva (UE) 2018/957

Decreto-Lei n.º 101-E/2020, de 7 de dezembro (DR 237, Série I, de 7 de dezembro de 2020)

O presente decreto-lei transpõe a Diretiva (UE) 2018/957 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de junho de 2018, que por sua vez altera a Diretiva 96/71/CE do Parlamento e do Conselho, de 16 de dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma presta-

ção de serviços. O diploma procede, assim, à primeira alteração à Lei n.º 29/2017, de 30 de maio, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços.

A Diretiva (UE) 2018/957 ora transposta tem como eixos centrais garantir uma maior proteção dos trabalhadores, promovendo o princípio segundo o qual o mesmo trabalho, realizado no mesmo lugar, deve ser remunerado da mesma forma.

Neste contexto, destacam-se as seguintes alterações introduzidas à Lei n.º 29/2017, de 30 de maio:

- i. Passa a prever-se que o trabalhador destacado tem direito às condições de trabalho previstas na lei e em instrumentos de regulamentação coletiva de eficácia geral que respeitem a condições de alojamento, quando disponibilizado pelo empregador, e a subsídios, abonos ou reembolsos destinados a cobrir exclusivamente despesas de viagem, de alimentação e de alojamento, sem prejuízo de regime legal ou convencional mais favorável, bem como do previsto no artigo 7.º do Código do Trabalho.
- ii. Esclarece-se, entre outros aspetos, que os trabalhadores destacados por empresas de trabalho temporário têm direito a todas as condições de trabalho aplicáveis aos trabalhadores temporários cedidos por empresas de trabalho temporário estabelecidas em Portugal, sem prejuízo de regime legal ou convencional mais favorável, bem como do previsto no artigo 7.º do Código do Trabalho. Para este efeito, a empresa utilizadora informa a empresa de trabalho temporário sobre as condições aplicáveis, incluindo a retribuição.
- iii. Nos destacamentos de longa duração – entendendo-se como tal os de duração efetiva superior a 12 meses –, e independentemente da lei aplicável à relação laboral, além das condições referidas no ponto (i) *supra*, os trabalhadores passam a beneficiar de todas as condições de trabalho previstas na lei e em instrumento de regulamentação coletiva de eficácia geral aplicável, com exceção dos procedimentos, formalidades e condições de celebração e cessação de trabalho, bem como de regimes profissionais complementares de pensões.

Não obstante, mediante comunicação fundamentada à Autoridade para as Condições do Trabalho, da qual conste a indicação das razões que justificam o prolongamento do destacamento, as condições acima referidas podem ser aplicáveis apenas após 18 meses de duração efetiva.

Mais se esclarece que nos casos em que haja lugar à substituição de trabalhador destacado, para efetuar a mesma tarefa e no mesmo local, a duração do destacamento para efeitos da regra acima referida corresponderá à duração acumulada dos períodos de destacamento de todos os trabalhadores substituídos.

Por fim, determina-se ainda que o trabalhador contratado por empresa estabelecida em território nacional, que preste atividade no território de outro Estado, tem direito às condições mencionadas *supra*, sem prejuízo de regime mais favorável constante da lei aplicável ou do contrato.

Estas alterações aplicam-se a destacamentos iniciados antes da entrada em vigor do diploma, mas só produzem efeitos, quanto às condições de trabalho aplicáveis, a partir do momento em que atinjam uma duração efetiva superior a 12 meses.

- iv. A informação disponibilizada no sítio oficial na internet a nível nacional passa a incluir informação pormenorizada relativamente a retribuição, incluindo os seus elementos constitutivos, e às condições de trabalho aplicáveis aos destacamentos de duração superior a 12 meses (ou 18 meses, quando aplicável), bem como às condições de trabalho que respeitem a cedência de trabalhadores por parte de empresa de trabalho temporário.

Lei do Orçamento do Estado para 2021

Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro (DR 253, Série I, de 31 de dezembro de 2020)

A Lei do Orçamento de Estado para 2021 ("OE 2021") adota um conjunto significativo de medidas em matéria de direito laboral e social, de entre as quais cumpre destacar as seguintes:

- i. Condição especial de acesso ao subsídio social de desemprego subsequente:

Determina-se que o referencial previsto no artigo 24.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro, relativo à condição de recursos – requisito de que depende a atribuição de subsídio social de desemprego subsequente e que se afere em função dos rendimentos do agregado familiar do requerente, que não podem ultrapassar o 80% do Indexante dos Apoios Sociais ("IAS") – é acrescido de 25%, para os beneficiários que (a) à data do desemprego inicial tivessem mais de 52 anos; e que (b) preencham as condições de acesso ao regime de antecipação de velhice nas situações de desemprego involuntário de longa duração.

- ii. Apoio público à manutenção do emprego:

Assegura-se que, no ano de 2021, os trabalhadores abrangidos pelo apoio extraordinário à manutenção de contrato de trabalho em situação de crise empresarial, previsto no Decreto-Lei n.º 10 -G/2020, de 26 de março (comumente denominado de *layoff* simplificado), e pelo apoio extraordinário à retoma progressiva de atividade em empresas em situação de crise empresarial, previsto no Decreto-Lei n.º 46 -A/2020, de 30 de julho, ou outros apoios que lhes sucedam, e pela redução ou suspensão em situação de crise empresarial, nos termos dos artigos 298.º e seguintes do Código do Trabalho (i.e., *layoff* comum), têm direito ao pagamento integral da sua retribuição normal ilíquida até a um valor igual ao triplo da remuneração mínima mensal garantida (i.e. até € 1.995). Para este efeito, foram posteriormente alterados os correspondentes diplomas.

De acordo com o previsto no OE 2021, os mecanismos de apoio público à manutenção do emprego nas micro, pequenas ou médias empresas devem compartilhar o pagamento dos salários em 100% do valor da retribuição, nos casos de encerramento total ou parcial dos estabelecimentos, em consequência do dever de encerramento de instalações e estabelecimentos, por um lado; e em proporção correspondente à quebra de faturação nos

casos de crise empresarial, por outro. Este mecanismo de apoio será regulamentado até ao final do mês de janeiro de 2021.

iii. Prorrogação do período de concessão do subsídio de desemprego:

São excecionalmente prorrogados por seis meses os períodos de concessão do subsídio de desemprego que terminem em 2021.

iv. Majoração do limite mínimo do subsídio de desemprego:

Estabelece-se que nas situações em que as remunerações de referência para o cálculo do subsídio de desemprego correspondam, pelo menos, à retribuição mínima mensal garantida, a prestação de subsídio de desemprego será majorada até perfazer o mínimo correspondente a 1,15 vezes o IAS (i.e., a um montante atualmente correspondente a € 504,63), sem prejuízo dos limites dos montantes do subsídio de desemprego previstos no Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro.

v. Acesso a pensão antecipada por desemprego de longa duração:

Consigna-se que, no ano de 2021 e nas situações de acesso a pensão antecipada por desemprego de longa duração, não será contabilizado, para efeitos do cálculo do fator de redução previsto no n.º 2 do artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 6 de novembro, o número de meses em que foi decretado o estado de contingência (ou superior), no âmbito da pandemia por COVID-19, entre o mês de março de 2020 e o mês de apresentação do requerimento de pensão antecipada, até ao limite de 12 meses.

vi. Majoração do montante do subsídio de desemprego, do subsídio por cessação de atividade e do subsídio por cessação de atividade profissional:

O OE 2021 veio ainda determinar a majoração em 25% do montante diário do subsídio de desemprego, por cessação de atividade e por cessação de atividade profissional nos casos em que (a) no mesmo agregado familiar, ambos os cônjuges ou pessoas em união de facto sejam titulares dos mencionados subsídios e tenham filhos ou equiparados a cargo; ou (b) no agregado monoparental, o parente único seja titular dos referidos subsídios.

A lei esclarece que, no primeiro caso, a majoração é aplicável a cada um dos beneficiários. Adicionalmente, caso um dos cônjuges ou pessoa em união de facto deixe de ser titular do subsídio — passando a auferir subsídio social de desemprego ou deixando de auferir qualquer prestação social —, o outro beneficiário mantém o direito à majoração.

Esta medida é aplicável quer aos beneficiários que já se encontrassem a receber os mencionados subsídios à data de entrada em vigor do OE 2021, quer aos beneficiários cujos requerimentos para atribuição dos subsídios estivessem pendentes nessa data e ainda aos que tenham submetido tais requerimentos durante a vigência da lei do OE 2021.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Las modificaciones introducidas en la Directiva 96/71 sobre trabajadores desplazados no vulneran la libre prestación de servicios ni los principios europeos en relación con los trabajadores desplazados

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2020 en el asunto C-620/18 (Hungría) y en el asunto C-626/18 (Polonia)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") ha anulado los recursos presentados por Hungría (asunto C-620/18) y Polonia (asunto C-626/18) por los que se pretendía que se anulasen ciertas modificaciones introducidas por la Directiva 2018/957 ("Directiva impugnada") a la Directiva 96/71 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. El TJUE desestima el recurso de anulación y concluye que no se entienden vulnerados los principios rectores europeos de libre prestación de servicios y que la Directiva 96/71 garantiza la competencia equitativa y protege los derechos de los trabajadores desplazados. Ambos recursos contienen argumentos asimilables que son analizados individualmente por el TJUE.

El primero de los motivos se fundamenta en la incorrecta base jurídica para adoptar la Directiva impugnada. Tanto Hungría como Polonia argumentan que la Directiva impugnada es contraria a los objetivos de incremento de la competitividad de la Unión Europea, a los objetivos de cohesión y solidaridad entre los Estados miembros y que, en consecuencia, se debió haber sustentado en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") en lugar de en el artículo 53 TFUE, pues la Directiva tiene como finalidad exclusiva la protección de los trabajadores y no la libre prestación de servicios. El TJUE desestima el motivo argumentando que las dos bases jurídicas que contiene el artículo 153 TFUE no pueden servir como fundamento, puesto que una trata sobre cooperación entre Estados miembros en materia social y otra sobre la armonización en determinados ámbitos pertenecientes a la política social de la Unión, y ninguna es aplicable a la Directiva.

Asimismo, se debate si las modificaciones introducidas producen una discriminación al cambiar el concepto de "las cuantías del salario mínimo" por el concepto de "remuneración", ya que se impone una carga económica y administrativa adicional al prestador de servicios que emplea a trabajadores desplazados y que se relaciona con un incumplimiento de los principios de igualdad, de proporcionalidad, de seguridad jurídica y de claridad normativa.

Atendiendo a las peticiones de los países, el TJUE llega a la conclusión de que las modificaciones introducidas no infringen los Tratados de la Unión Europea ni el TFUE, pues los trabajadores desplazados no se encuentran en una situación análoga a los trabajadores de las empresas establecidas en el Estado miembro de acogida, y ratifica las decisiones tomadas por el legislador de la Unión Europea, que, a la luz del TJUE, tienen una amplia facultad de apreciación y un control judicial limitado.

El TJUE clarifica que la Directiva tiene por objeto crear un mercado interior integrado y competitivo introduciendo normas relacionadas con las condiciones de trabajo que sirvan de aplicación uniforme a todos los Estados miembros para así salvaguardar la libre prestación de servicios en condiciones equitativas y garantizar la protección de los trabajadores desplazados.

Los trabajadores que prestan servicios en distintos Estados miembros en virtud de contratos de fletamento entre empresas del mismo grupo no tienen la consideración de trabajadores desplazados

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2020 (as. C-815/18)

El presente supuesto analiza la necesidad de aplicar las condiciones básicas laborales recogidas en un convenio colectivo a trabajadores desplazados en otros Estados miembros. Estamos ante tres empresas que pertenecen al mismo grupo, pero tienen distinta nacionalidad: Van den Bosch Transporten BV (Países Bajos), Van den Bosch Transporte GmbH (Alemania) y Silo-Tank Kft. (Hungría). Van den Bosch Transporten BV había celebrado con las restantes sociedades contratos de fletamento relativos a transportes internacionales y, como consecuencia de ello, trabajadores alemanes y húngaros ejercían la actividad de conductores en la prestación de dicho servicio. La mayoría de los transportes se realizaban fuera del territorio de los Países Bajos, y no se aplicaban a los trabajadores las condiciones laborales básicas reconocidas en el Convenio Colectivo del Sector del Transporte de Mercancías (el “Convenio Colectivo”). Ante esto, la Federación del Movimiento Sindical Neerlandés demanda a las empresas alegando que debieron haber aplicado las condiciones básicas laborales del Convenio Colectivo en su condición de trabajadores desplazados de acuerdo con la Directiva 96/71.

El TJUE llega a las siguientes conclusiones: (i) que debe haber un vínculo suficiente con el territorio en el que se presta el servicio para que se determine que el trabajador ha sido desplazado y que ese vínculo se determina en virtud de la naturaleza de la actividad desarrollada y la intensidad del vínculo; (ii) que el hecho de que un conductor suministrado a una empresa establecida en otro Estado miembro comience y termine los recorridos en esa empresa no es condición suficiente para considerarlo trabajador desplazado; (iii) que la existencia de un grupo empresarial no es criterio suficiente para considerar que se trata de un trabajador desplazado; y (iv) que los trabajadores que ejercen una actividad de conductor en el sector del transporte por carretera y que realizan transportes de cabotaje en Estados miembros distintos de los que habitualmente prestan el servicio tienen la consideración de trabajadores desplazados.

Los convenios colectivos pueden establecer un permiso adicional para proteger a las trabajadoras de las consecuencias del embarazo

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de noviembre de 2020 (as. C-643/19)

Los hechos que dan pie al pronunciamiento del TJUE versan sobre un trabajador y padre de un niño nacido en abril de 2016 que, tras disfrutar del permiso legal de paternidad estipulado por el

convenio colectivo aplicable a la empresa, solicitó disfrutar de un permiso adicional recogido en el convenio previsto para supuestos en que la trabajadora críe ella misma al hijo. La empresa denegó su solicitud y el sindicato demandante solicitó a la Dirección del Organismo de Seguridad Social que aplicara el segundo permiso a los supuestos de trabajadores que críen ellos mismos a sus hijos. La citada Dirección rechazó la solicitud y constató que se trataba de un permiso reservado a las trabajadoras adicional al permiso por maternidad y paternidad también recogido en el convenio.

El órgano judicial remitente (el Tribunal Laboral Paritario de Metz, Francia) plantea al TJUE si ese permiso adicional reservado a las trabajadoras es contrario a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación ("Directiva 2006/54"), en relación con la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia ("Directiva 92/85").

Por su parte, el TJUE considera que el precepto del convenio colectivo nacional que establece este permiso adicional para el cuidado de los hijos por parte de las trabajadoras (excluyendo de este permiso a los trabajadores), si bien establece una diferencia de trato entre trabajadores y trabajadoras, no es contrario a la Directiva 2006/54 y, por ende, no es discriminatorio. Y ello por cuanto protege una especial situación de vulnerabilidad de la trabajadora embarazada que ha dado a luz, pues protege no solo la condición biológica de la mujer, sino también las particulares relaciones de esta con su hijo. Así, una medida como un período de descanso por maternidad concedido una vez expirado el plazo legal de protección se encuentra amparado en el artículo 28 de la Directiva 2006/54, en relación con la Directiva 92/85, siempre y cuando tenga por objeto la protección de las mujeres derivada de las situaciones de embarazo y maternidad.

El período de referencia para determinar la existencia de un despido colectivo alcanza los noventa días anteriores y posteriores al despido impugnado

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de noviembre de 2020 (as. C-300/19)

Ante las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona, el TJUE entiende que los métodos de cómputo a efectos de un despido colectivo que únicamente toman en consideración los noventa días anteriores a la fecha del despido individual objeto de enjuiciamiento, o los noventa días posteriores a esa fecha, no son conformes con la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. El TJUE razona que los anteriores cálculos podrían dificultar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, de manera 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.

De lo contrario, entiende que *"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.

[España]

La diferencia de trato en la duración del descanso al salir de guardias es discriminatoria cuando la duración de las guardias no se ha visto afectada por la reducción de jornada

Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2020, Sala Primera, de 21 de septiembre de 2020

El Tribunal Constitucional ("TC") se pronuncia nuevamente en un recurso de amparo formulado por una trabajadora de un hospital de Marbella que prestaba servicios en turnos rotatorios. Desde la sentencia del TC 79/2020, de 2 julio de 2020, han sido múltiples los pronunciamientos en esa misma línea, entre los que se encuentra este de 21 de septiembre de 2020.

Tras solicitar una trabajadora la reducción de jornada por cuidado de hijos menores, la empresa se la concedió en cómputo anual, de manera que el número de horas de cada guardia y jornada de trabajo no se vio minorado, ya que la reducción se calculó en términos de número anual de guardias y días de trabajo. Sin embargo, el mismo porcentaje de reducción de jornada sí era aplicado en el cálculo del descanso por saliente de guardia. Por lo tanto, el objeto del litigio consistía en determinar si era contrario al derecho de igualdad y la prohibición de discriminación el cómputo de la reducción de jornada, que implicaba, a su vez, una reducción del descanso retribuido por cada saliente de guardia.

Como se advertía, el TC se remite a su sentencia 79/2020, de 2 de julio de 2020, para concluir que, efectivamente, es discriminatorio el cómputo empleado por la empresa, toda vez que carece de justificación objetiva y razonable que se genere un descanso retribuido diferenciado cuando, a pesar de la reducción de jornada, la duración de las guardias de la demandante de amparo no es distinta de la del resto de sus compañeros.

El Tribunal Supremo corrige su doctrina y determina que la duración del contrato de obra y servicio no puede estar sujeta a la duración de la contrata

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de diciembre de 2020

El Tribunal Supremo ("TS") modifica la doctrina que había seguido hasta ahora en relación con los contratos de obra o servicio vinculados a una contrata de servicios. Tradicionalmente, la Sala del TS venía reconociendo acorde a derecho la vinculación del contrato de obra y servicio determinado a la duración de la contrata, y que la finalización de esta era causa válida de extinción del

contrato temporal, pues se daba una necesidad de trabajo limitada temporalmente para la empresa y objetivamente definida. Además, era una limitación conocida por las partes en el momento de contratar.

En este supuesto estamos ante un contrato para obra o servicio celebrado en marzo de 2000 vinculado a una contrata cuyo objeto eran labores de mantenimiento en la sede de la empresa principal y que se fue prorrogando con novaciones subjetivas hasta finales de 2015. La empresa principal comunica a la contratista la rescisión de la contrata y, como consecuencia, el contratista rescinde el contrato de obra. El TS ratifica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que declaraba el despido del trabajador como improcedente.

Las razones que llevan al TS a pronunciarse en dicho sentido son las siguientes: (i) que no se aprecian los elementos de autonomía y sustantividad del contrato de obra y servicio porque el objeto de la contrata es la actividad regular y ordinaria de la empresa: el desarrollo de servicios para terceros; (ii) que acudir a la temporalidad como recurso para desarrollar las actividades de la empresa provoca una paralización de las relaciones laborales al estar supeditadas a una contrata y que existen otros mecanismos para hacer frente a la variabilidad de la demanda en las empresas (como contratos parciales o los contratos fijo-discontinuos); y (iii) que las empresas que se dedican a la subcontratación no pueden recurrir a los contratos de obra y servicio, pues lo que ocurre es que una actividad que nunca podría haber sido objeto de contrato temporal por carecer de autonomía y sustantividad propia se convierte en adecuada a tal fin cuando dicha actividad se subcontrata.

Una empresa no está obligada a abonar un bonus a un directivo si este causa baja voluntaria en la empresa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de octubre de 2020

La Sala de lo Social del TS da la razón a la empresa en un supuesto en el que un trabajador causa baja voluntaria antes de la fecha de devengo del bonus anual e interpone demanda en reclamación de la parte proporcional de dicho bonus.

Tras constatar la existencia del presupuesto de contradicción, el pleno de la Sala analiza la legalidad del requisito de permanencia en la empresa a 31 de diciembre del año en que se devenga el bonus en cuestión, tal y como venía establecido a través de un acuerdo de empresa. En la medida en que ello es válido porque es la fecha en que se constata el cumplimiento de las variables de que depende el derecho de percepción del bonus, el TS considera que no puede interpretarse que el requisito de continuidad en la empresa en esa fecha implique dejar al arbitrio de la empresa el pago de la retribución variable. Así las cosas, el cese voluntario del trabajador en octubre no le da derecho a obtener la parte proporcional del bonus devengado en esa fecha por no cumplir con el requisito de continuidad en la empresa a fecha 31 de diciembre.

No obstante, el TS constata que sería un supuesto distinto si el trabajador hubiese sido despedido, por tratarse de un incumplimiento del requisito por causa ajena a su voluntad. Al respecto, cita su

sentencia de 27 de marzo de 2019, en la que se reconoce el derecho de un trabajador despedido por causas objetivas a percibir la proporción devengada de la retribución variable pactada.

Un delegado sindical que forma parte del comité de empresa no puede acumular el crédito horario mientras ostente esa doble cualidad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de octubre de 2020

El TS ha declarado la imposibilidad de acumular dos créditos horarios que se le reconocen al trabajador por ser miembro del Comité de Empresa y haber sido designado delegado sindical. Se trata de una trabajadora que es elegida delegada sindical y que, además, por circunstancias, también es miembro del Comité de Empresa de su centro de trabajo. En el recurso se debate la posibilidad de acumular los créditos horarios de ambos puestos.

El TS recuerda que el crédito horario forma parte del derecho a la libertad sindical, que se trata de un derecho instrumental al servicio de la actividad del sindicato y de sus representantes y que no puede ser escindido del derecho fundamental que se recoge en la Ley Orgánica de Libertad Sindical ("LOLS"). Los argumentos que esgrime el TS para declarar que no son acumulables son que la propia LOLS, en su artículo 10.3, no reconoce dichas garantías a los delegados sindicales que forman parte de un comité de empresa, pues ya disfrutan del crédito horario, y que, además, se trata de dos representaciones de distinta naturaleza, una es unitaria y la otra sindical. Así, el TS recalca que los miembros del Comité de Empresa constituyen la representación institucional de los trabajadores, mientras que los delegados sindicales son los representantes de los sindicatos en las empresas y, aunque sí que es cierto que ambos representan y actúan en defensa de los trabajadores, dicha defensa se realiza por cauces distintos.

Cuestión distinta sería —y así lo apunta el TS— que se tratase de acumular el crédito horario cuando el trabajador fuese miembro de dos comités de empresa distintos.

El plazo para reclamar la cesta de Navidad prescribe al año de adoptarse la medida por la empresa, con independencia de que sea una condición de tracto sucesivo y que sea declarada nula

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 2020

Los hechos que traen causa del recurso tratan sobre la supresión de la cesta de Navidad que venían percibiendo los trabajadores desde 1995 hasta 2011. La cesta de Navidad fue suprimida en 2012, y los demandantes reclaman su adeudo en 2016 alegando que la percepción de la cesta era una condición más beneficiosa, que ha sido suprimida unilateralmente por la empresa sin tramitarse por el mecanismo legal oportuno y que estamos ante una obligación de tracto sucesivo y, como tal, la acción de nulidad contra la decisión empresarial es imprescriptible. En contra, la empresa alega que se trata de un mero uso y no de una condición más beneficiosa; que el derecho ha prescrito, pues nada se alegó al respecto en el acuerdo de supresión de beneficios sociales pactado por los trabajadores; que no estamos ante un derecho imprescriptible al no existir norma legal que así lo exprese, y que no estamos ante una obligación de tracto sucesivo.

Ante estos hechos, el TS analiza cada uno de los extremos indicados por las partes y llega a las siguientes conclusiones: (i) que no estamos ante un plazo imprescriptible, pues el hecho de que la decisión empresarial sea nula por no haberse realizado a través de los mecanismos de modificación sustancial de condiciones de trabajo no supone *per se* la inaplicación del plazo de prescripción de un año del artículo 59 ET; (ii) que el plazo de prescripción del artículo 59 ET también es aplicable a las acciones colectivas; (iii) que estamos ante una condición más beneficiosa y que la decisión empresarial de supresión es nula al haberse realizado sin seguir el mecanismo de modificación sustancial de condiciones de trabajo; y (iv) que, a pesar de estar ante una obligación de tracto sucesivo no sujeta a las exigencias del artículo 59 ET, estamos ante una decisión empresarial de carácter colectivo sujeta a un plazo de prescripción.

No hay mala fe en la negociación de un despido colectivo por no aportar determinada documentación ni nulidad de las actuaciones por limitar la prueba en juicio

Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 2020

En relación con un despido colectivo por causas organizativas y productivas finalizado con acuerdo, el TS considera ajustada a derecho la negociación empresarial y el ulterior proceso judicial. El sindicato recurrente alega infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, e infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia.

Respecto a la infracción de normas procesales, el TS considera ajustada a derecho la denegación de la prueba documental consistente en las evaluaciones de desempeño de los dos últimos años de todos los trabajadores y áreas afectados por el despido colectivo. Igualmente, entiende la Sala que es ajustada a derecho la limitación de la testifical de un trabajador en relación con las preguntas sobre hechos acaecidos tras la firma del acta de acuerdo del despido colectivo.

En síntesis, no ha lugar a la nulidad de actuaciones pretendida por el recurrente porque ambas pruebas no eran útiles a los fines perseguidos, y la denegación y limitación de aquellas estaba amparada en los artículos 87.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social ("LRJS"), y el artículo 283 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En particular, el TS constata que el fin de la testifical era acreditar la falsa voluntariedad del despido colectivo por las intimidaciones hacia algunos empleados a fin de que se adscribieran al despido, y ello no es un extremo sobre el que deba practicarse prueba, toda vez que no es objeto del proceso de despido colectivo, cuya demanda tiene unos concretos fundamentos tasados en el artículo 124.2 de la LRJS.

En lo que se refiere a la infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, el TS concluye que no hubo mala fe en la negociación por parte de la empresa por la no aportación de una determinada documentación, ya que la doctrina del TS tiene asentado que la nulidad del despido colectivo por falta de aportación de documentación únicamente tiene lugar si la documentación en cuestión es trascendente a los efectos negociadores. Igualmente, avala los criterios de selección del despido colectivo y rechaza la pretensión del recurrente de calificarlos como nulos por no ser verdaderamente *voluntaria* la adscripción voluntaria que se incluía como primer criterio de afectación. En este sentido, la Sala recuerda la posibilidad de impugnación individual del despido colectivo recogida en el apartado 13 del artículo 124 LRJS.

El Tribunal Supremo declara la nulidad de un reglamento interno sobre devengo de objetivos trimestrales por suponer una discriminación para los padres

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

En sede de un conflicto colectivo por la interpretación y aplicación del reglamento interno que regula un sistema de retribución variable ligado a objetivos, el TS declara su nulidad por ser discriminatorio por razón de sexo. El núcleo de la controversia se centra en el cómputo de las ausencias por permiso de paternidad a los efectos del cálculo de los objetivos de la retribución variable.

El TS rechaza de plano la premisa de la que parte la empresa al interpretar que los permisos de paternidad y maternidad no son identificables ni responden a las mismas necesidades, por lo que no es discriminatoria su política al tratar de manera distinta a situaciones distintas. Si bien el TS coincide con que no son situaciones idénticas y que protegen bienes jurídicos distintos, entiende que no se trata de comparar la maternidad con la paternidad, sino de comprobar si el tratamiento que se da a la paternidad en la retribución variable por objetivos fomenta la dedicación exclusiva o prioritaria de las mujeres a las tareas domésticas y la exclusión del hombre de ellas, lo cual sería contrario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y al artículo 39.3 de la Constitución española.

Efectivamente, el TS considera que el impacto que las ausencias por paternidad tienen en la retribución variable supone un claro desincentivo para el disfrute del permiso de paternidad, lo que a su vez perpetúa la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y de cuidado y atención de los hijos. Por ende, confirma la nulidad de la retribución variable en lo relativo al devengo del objetivo trimestral en permisos de paternidad y declara el derecho a percibir la retribución variable proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado, y ajustando el *target* y los objetivos.

La sentencia dictada en un procedimiento de despido es documento hábil para modificar los hechos probados de un procedimiento de despido

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

En sede de una impugnación de un despido disciplinario por contravenir el código de conducta interno en términos de conflictos de interés, el TS analiza el alcance de la revisión de hechos probados en virtud del artículo 193.b) de la LRJS. En concreto, la controversia se centra en determinar la validez o no de la modificación de los hechos probados en suplicación con base en los hechos probados de otra sentencia firme dictada en otro procedimiento que se incorporó a los autos con el recurso de suplicación. El documento controvertido que se aportó en suplicación fue una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid relativa al despido de un compañero del demandante.

Tras analizar los documentos que el artículo 233 LRJS permite incorporar en el marco de los recursos y los requisitos que deben cumplirse, el TS señala que no hubo impedimento alguno para incorporar a los autos la sentencia firme que modificó los hechos probados de la sentencia

de instancia. En efecto, la sentencia dictada en el procedimiento del despido de un superior del demandante era firme, había sido notificada con posterioridad a la celebración del juicio en la instancia, había sido aportada por el demandante junto con el recurso de suplicación y contenía hechos relevantes para el resultado del litigio, pues se debatían los mismos hechos.

Con base en lo anterior, el TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa y confirma la sentencia del TSJ de Madrid que declaraba la improcedencia del despido disciplinario del trabajador.

Suprimir los tiques comida durante el estado de alarma se considera modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2020

La Audiencia Nacional ("AN") declara nula la decisión empresarial de suprimir los tiques de comida durante la vigencia del estado de alarma al considerarlo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que no ha sido realizada a través de los mecanismos legalmente previstos. Así, atendiendo a los antecedentes de hechos, se trataba de una medida retributiva que afectaba a todos los trabajadores de la empresa y que se recogía en un acuerdo de 2 de junio de 2015.

La empresa pone de manifiesto que se trata de un concepto indemnizatorio y no salarial que no retribuye trabajo efectivo, sino que es una contraprestación que se les otorga a los trabajadores por tener que comer fuera de su domicilio los días laborales. Como consecuencia del estado de alarma, dicha retribución pierde todo el sentido porque los trabajadores prestan el servicio desde sus domicilios.

La AN considera lo contrario y recalca que se trata de un beneficio social que disfrutaban los trabajadores en día laborable, ya que este no se percibe en vacaciones ni cuando los trabajadores disfrutaban de un permiso retribuido ni cuando están de baja laboral. Además, señala que los tiques de comida se retribuyen el día trabajado, con independencia de que el servicio se preste de forma presencial o no. Por tanto, su supresión unilateral debe ser considerada una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

El permiso retribuido recuperable establecido como consecuencia del COVID-19 deberá respetar lo dispuesto en el estatuto de los trabajadores y en el convenio colectivo de aplicación

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2020

El presente litigio versa sobre una comunicación que realiza la empresa a sus trabajadores para la recuperación del permiso retribuido recuperable ("PRR") introducido por el Real Decreto-ley 10/2020. Como consecuencia del COVID-19, mediante esa disposición, se introdujo un PRR de carácter obligatorio y limitado en el tiempo para personas trabajadoras por cuenta ajena que no prestasen servicios esenciales, con la finalidad de reducir la movilidad y contener así la propagación del virus.

La empresa comunicó a los trabajadores la forma de recuperación de dicho permiso y se pretende que se declaren nulos dos apartados de la comunicación, en concreto, los siguientes: (i) *"Recuperación diaria, en función del volumen de trabajo, hasta el máximo de 10 horas/día y 45 horas/semana (salvo petición de la persona trabajadora), respetando el descanso diario de 12 horas y el semanal de 1,5 días"* y, (ii) *"Recuperación compensando las horas de PRR con horas de vacaciones si la persona trabajadora lo solicitase y con el acuerdo por parte de la empresa"*. La parte demandante considera que deben declararse nulos, ya que contravienen lo prescrito en el convenio colectivo de aplicación y en el Estatuto de los Trabajadores ("ET").

La AN se pronuncia sobre estos aspectos y declara que la decisión empresarial es acorde a derecho, pues encaja dentro de los límites de organización empresarial y se trata de llegar a un acuerdo con la representación legal de los trabajadores. En ningún caso supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo ni un supuesto de inaplicación del convenio colectivo, y no se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva. Concretamente, sobre la primera de las medidas, la Sala argumenta que no se sobrepasan los límites del artículo 34 del ET y matiza que estamos ante un supuesto excepcional y limitado en el tiempo que se asimila más a un supuesto de distribución irregular de la jornada que a un permiso retribuido, y que los únicos límites a los que se supedita son los contenidos en su propia norma, es decir, el Real Decreto-ley, que establece que la recuperación de las horas se podrá hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020.

En cuanto a la segunda de las medidas, la Sala tampoco estima que sean contrarias al ET ni al convenio colectivo, puesto que no se impone de manera unilateral que el trabajador deba compensar los días de PRR con días de vacaciones (se deja a la libre voluntad del trabajador solicitarlo o no) y tal decisión no es contraria al artículo 38.2 ET.

El plazo de caducidad de veinte días para impugnar una decisión empresarial no se suspende por el estado de alarma

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 12 de noviembre de 2020

Estamos ante un conflicto colectivo en el que se pretende que se declare nulo el ERTE por causas productivas llevado a cabo en una empresa. La decisión de dicha nulidad se basa principalmente en que la empresa no negoció de buena fe y en que se han producido ciertas irregularidades en el expediente. La empresa se opone a la demanda y alega la excepción procesal de caducidad de la acción. La Sala entra a resolver esta cuestión procesal y considera que efectivamente la acción había caducado al haber transcurrido más de veinte días desde la notificación de la decisión a los trabajadores o a los representantes legales, en concreto, transcurren veintidós días hábiles desde la notificación de la decisión extintiva.

Las razones que llevan a la Sala a pronunciarse en este sentido son (i) que el plazo de caducidad de veinte días que recoge el artículo 59 apartados 3 y 4 se extiende igualmente a las decisiones empresariales de suspensión de contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción; (ii) que los ERTE ETOP derivados del COVID-19 se tramitarán a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo, y (iii) que, si bien el artículo 156 de LRJS

dispone como necesario en los procesos de conflicto colectivo el intento de conciliación previa en los términos del artículo 63 LRJS, en este supuesto entra en juego el artículo 64 LRJS que expresamente excluye ese requisito.

En consecuencia, se entiende que la acción de impugnación de la decisión empresarial de llevar a cabo el ERTE ETOP ha caducado, ya que han transcurrido más de veinte días desde la comunicación de la empresa a los trabajadores y, por tanto, no es aplicable la suspensión de los plazos por la vigencia del estado de alarma.

Es nulo el despido colectivo que trae causa de un ERTE si no se ha probado la existencia de nuevas causas

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 26 de octubre de 2020

El Tribunal Superior de Justicia ("TSJ") del Principado de Asturias se pronuncia sobre un despido colectivo que trae causa de una suspensión o reducción de la jornada colectiva de los contratos de trabajo (expediente regulador temporal de empleo, "ERTE") por fuerza mayor autorizado con efectos del 14 de marzo de 2020.

La empresa, dedicada a la explotación de un centro hostelero con instalaciones deportivas, comunicó en julio a la representación legal de los trabajadores su intención de proceder a un despido colectivo de todos los trabajadores adscritos a un centro de trabajo. En el período de consultas la empresa adujo causas económicas, y la negociación finalizó sin acuerdo. Por su parte, la Inspección de Trabajo manifestó en su informe el incumplimiento empresarial de lo dispuesto en los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Entre las omisiones detectadas estaba la especificación de las causas del despido.

La representación sindical pretende la nulidad del despido colectivo por falta de aportación de la clasificación provisional de los trabajadores, de las cuentas anuales de 2019, de las provisionales de 2020 y de la documentación relativa al grupo de empresas, y, subsidiariamente, la declaración del despido como injustificado.

La Sala de lo Social del TSJ constata que el representante legal de los trabajadores no pudo conocer la situación real y actual de la empresa al mes de julio de 2020 con la documentación aportada.

Asimismo, considera que concurre identidad de causas entre el despido colectivo y el ERTE de marzo. El TSJ del Principado de Asturias recuerda la jurisprudencia del TS en relación con el despido posterior a una suspensión de los contratos, que exige que haya causas distintas y sobrevenidas, o un cambio sustancial y relevante en las circunstancias que motivaron la suspensión de los contratos. La empresa fundamentó el despido colectivo en las pérdidas derivadas de la documentación aportada (de fecha anterior al 14 de marzo de 2020), por lo que no se trata de hechos nuevos, y ello impide, así, que sean causa justificativa del despido colectivo.

Por ende, la consecuencia del despido colectivo basado en las mismas causas que el ERTE durante el estado de alarma por el COVID-19 es la nulidad del despido, al igual que lo es por el incumplimiento de la empresa de entregar la documentación exigida y necesaria para la correcta negociación.

Se reconoce el derecho de una trabajadora de posponer las vacaciones que coincidieron con el confinamiento

Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Melilla, de 3 de noviembre de 2020

Una trabajadora que había acordado con su empresa el disfrute de las vacaciones del 30 de marzo al 5 de abril 2020 tiene derecho a disfrutarlas en fecha posterior al fin del estado de alarma.

En la medida en que el período inicial de vacaciones acordado con la empresa coincidió con el estado de alarma decretado por el Gobierno mediante 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, la infructuosidad del disfrute vacacional ampara el reconocimiento del disfrute en el nuevo período solicitado por la trabajadora.

En concreto, el Juzgado de lo Social n.º 1 de Melilla constata que la pandemia causada por el COVID-19 constituye un supuesto de fuerza mayor en su condición de acontecimiento imprevisto e inevitable, aunque hubiera sido posible su previsión. Y que, como consecuencia de ello, tuvo lugar un confinamiento generalizado que afectó directamente a la trabajadora, ya que el período de vacaciones solicitado se vio afectado por el confinamiento estricto, con salidas permitidas únicamente para emergencias, como comprar comida o medicamentos y asistir al trabajo. A la vista de lo anterior, y en aplicación de los preceptos del Código Civil sobre caso fortuito extraordinario o fuerza mayor, el juzgado considera que la trabajadora ha de conservar su derecho al disfrute de las vacaciones, un derecho del que se ha visto impedida por un acontecimiento imprevisto e inevitable.

Así las cosas, como la empresa no se ha opuesto al nuevo período de disfrute ni ha formulado alternativas de concreción, el juzgado considera que nada obsta para la estimación de la pretensión de la demandante, máxime cuando durante el período vacacional inicialmente acordado la empresa abonó a la plantilla un permiso retribuido y recuperable.

[Portugal]

Procedimento cautelar - Suspensão da caducidade de contrato de trabalho a Termo

Acórdão de 28 outubro de 2020 (Processo 12999/20.6T8LSB.L1-4) - TRL

O caso em apreço versa sobre um procedimento cautelar comum intentado por uma trabalhadora, no qual requereu que fosse ordenada a suspensão da eficácia dos efeitos operados pela caducidade do contrato de trabalho a termo certo comunicada pela entidade empregadora.

Em sede de primeira instância, o tribunal proferiu um despacho de rejeição liminar da providência cautelar por considerar que o procedimento visava um fim diverso da aplicação de uma medida cautelar antecipatória ou conservatória do direito da requerente. Com efeito, entendeu aquele tribunal que a trabalhadora pretendia não a suspensão da eficácia da caducidade do contrato, mas a declaração de nulidade do termo apostado ao contrato de trabalho, com a consequente declaração do contrato de trabalho como celebrado por tempo indeterminado, motivo pelo qual a providência cautelar seria legalmente inadmissível.

Em sede de recurso, o TRL veio a adotar entendimento diverso, sustentando que se a trabalhadora tem o direito de suscitar, em sede de ação principal, a apreciação judicial da ilicitude do termo apostado ao contrato de trabalho (com a consequente declaração de que o mesmo foi celebrado por tempo indeterminado), terá também o correspondente direito de o acautelar, através de providência cautelar conservatória ou antecipatória comum (pois a lei não prevê outra providência cautelar em especial), quando se verifique um fundado receio de que a entidade empregadora lhe cause lesão grave e dificilmente reparável.

Procedimento disciplinar – Prova ilícita – Comunicações privadas do *Facebook Messenger*

Acórdão de 3 de dezembro de 2020 (Processo n.º 3339/19.8T8BCL-A.G1) – TRG

No caso sob análise, a autora – trabalhadora – havia intentado uma ação de processo comum contra a Ré entidade empregadora, pugnando pelo reconhecimento da ilicitude do procedimento disciplinar contra si instaurado e, concomitantemente, da sanção disciplinar de suspensão que lhe fora aplicada, com fundamento na nulidade da prova obtida pela Ré, na qual se baseava toda a factualidade de que vinha acusada.

A trabalhadora desempenhava funções de diretora pedagógica de um centro infantil e fora acusada pela Ré de ter mantido conversas com outra colaboradora, através do serviço de mensagens *Facebook Messenger*, que visariam a “destruição” da Ré e a destabilização orgânico-funcional do referido centro. Adicionalmente, nas referidas conversas, a autora havia solicitado ajuda à sua colega na elaboração da página eletrónica da empresa, o que, no entendimento desta, era demonstrativo da falta de autonomia, impropriedade e indevida subordinação técnica e emocional da autora à colega.

Neste contexto, a autora alegou que na medida em que quer a nota de culpa, quer a decisão final, assentavam em prova nula – mensagens trocadas através da sua conta privada de *Facebook Messenger* às quais a Ré havia acedido –, tal comportaria necessariamente a nulidade do procedimento disciplinar.

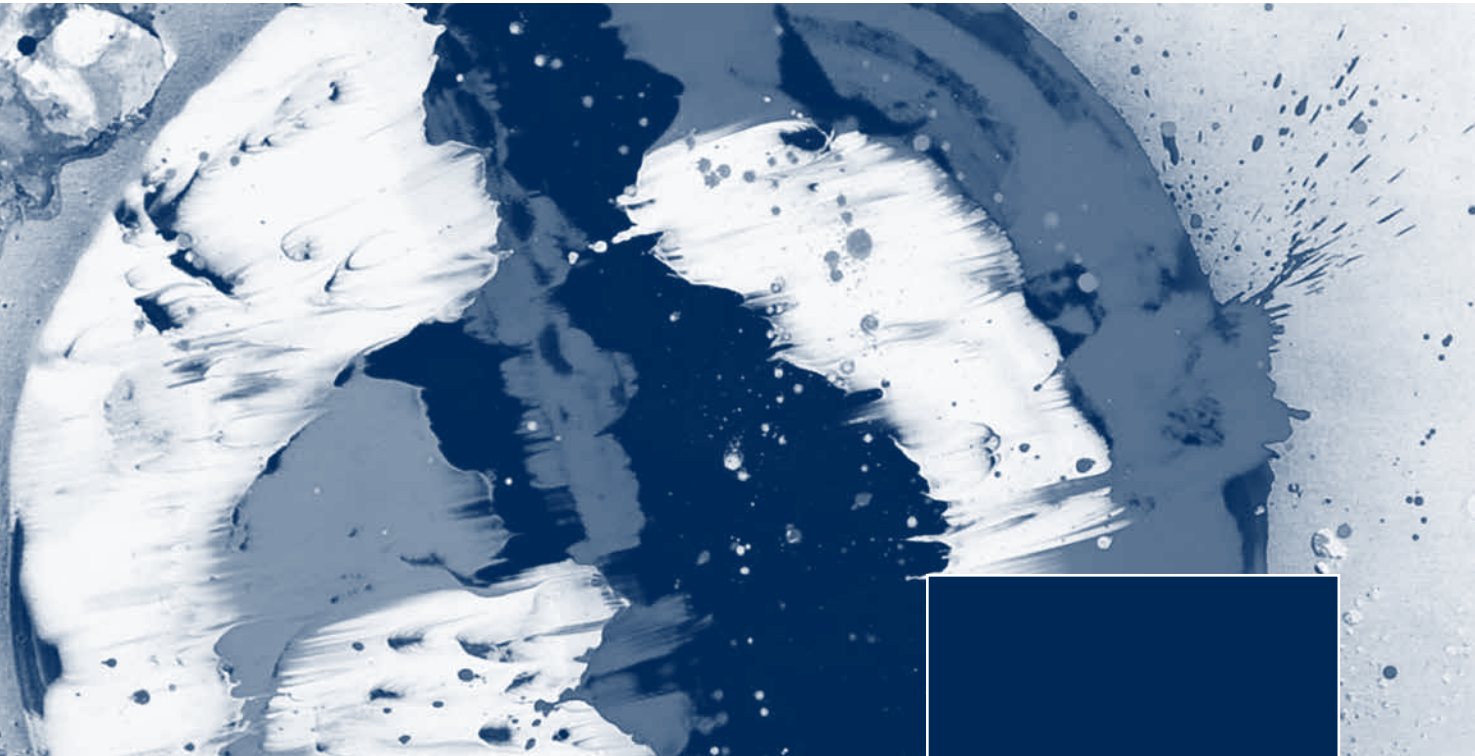
O tribunal de primeira instância, em sede de despacho saneador, veio a dar razão à autora, declarando o procedimento disciplinar ilícito, porquanto toda a acusação encerrada contra a aquela tinha por base conversas mantidas através de um canal privado de comunicação, não podendo por isso ser acedidas ou utilizadas por terceiros.

A entidade empregadora intentou recurso, alegando, por um lado, que o acesso ao mencionado histórico de conversação tinha sido obtido através de denúncia anónima (não tendo havido qualquer ato de ingerência da sua parte) e, por outro lado, que as mensagens não eram do foro privado, dizendo exclusivamente respeito a matéria profissional, pelo que não poderiam beneficiar da garantia da reserva da vida privada da trabalhadora.

O TRG manteve, contudo, a decisão firmada pela primeira instância, esclarecendo que as mensagens trocadas através do *Facebook Messenger* em contas criadas em nome das trabalhadoras e destinadas ao envio e receção de mensagens pessoais são privadas, não relevando para tal classificação que o conteúdo das mensagens seja atinente ao trabalho, tal como não relevaria numa comunicação tradicional, como uma carta ou um telefonema.

Por conseguinte, concluiu o TRG que, ainda que remetidas a partir do local de trabalho, tais comunicações gozam da tutela da reserva da vida privada e de confidencialidade, pelo que é vedado o uso das mesmas como meio de prova em sede de procedimento disciplinar, independentemente da forma pela qual o empregador teve acesso a tais conversas.

9 de febrero de 2021



Marítimo,
Transporte y
Logística

Marítimo, Transporte y Logística*

9 de febrero de 2021

1. Legislación

[Unión Europea]

Transporte ferroviario

Reglamento (UE) n.º 2020/2222 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de diciembre de 2020 sobre determinados aspectos de la seguridad y conectividad ferroviarias de las infraestructuras transfronterizas que comunican entre sí a la Unión y el Reino Unido a través de la conexión fija del canal de la Mancha (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 437/43, de 28 de diciembre de 2020)

El Reglamento establece una serie de normas a la luz de la expiración del período transitorio contemplado en el artículo 126 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, para determinadas autorizaciones y certificados de seguridad otorgados de acuerdo con la Directiva 2004/49/CE y para ciertas licencias de empresas ferroviarias otorgadas a la luz de la Directiva 2012/34/UE.

En virtud de esta normativa, la autorización de seguridad para el administrador de infraestructuras de la conexión fija a través del canal de la Mancha expedida por la Comisión Intergubernamental seguirá siendo válida durante un período máximo de dos meses a partir de la fecha de aplicación del Reglamento. A su vez, el período de validez de sus licencias, expedidas por el Reino Unido en virtud de la Directiva 2012/34/UE, y de sus certificados de seguridad, expedidos por la Comisión Intergubernamental, deberá prorrogarse por un período de nueve meses.

* 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).

[España]

Puertos

Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020 (BOE de 30 de diciembre de 2020)

El Real Decreto-Ley, vigente desde el 1 de enero de 2021, se publica con la finalidad de proteger los intereses de los ciudadanos y operadores económicos afectados por la salida definitiva del Reino Unido de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Entre otras materias, se introduce una modificación al Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. En este sentido, queda modificada la definición n.º 22 del Anexo II sobre servicios marítimos de las autopistas del mar, que incluye ahora a los puertos del Reino Unido. Por consiguiente, las navieras podrán prestar los servicios portuarios de pasaje y de manipulación de mercancías con el Reino Unido en régimen de autoprestación.

COVID-19

[España]

Transporte aéreo y transporte marítimo de pasajeros

Orden PCM/69/2021, de 28 de enero. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 2021, por el que se prorroga por tercera vez el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 2020, por el que se establecen medidas excepcionales para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19, mediante la limitación de los vuelos directos y buques de pasaje entre Reino Unido y los aeropuertos y puertos españoles (BOE de 26 de 30 de enero de 2021)

El día 22 de diciembre de 2020, el Consejo de Ministros aprobó el Acuerdo por el que se establecen medidas excepcionales para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19, mediante la limitación de los vuelos directos y buques de pasaje entre Reino Unido y los aeropuertos y puertos españoles, a raíz de la nueva variante del SARS-CoV-2 identificada en Reino Unido. Dicho Acuerdo se ha ido prorrogando sucesivamente.

Las limitaciones que prevé esta Orden se aplicarán hasta las 18:00 horas del día 16 de febrero de 2021 (hora peninsular).

2. Jurisprudencia

[España]

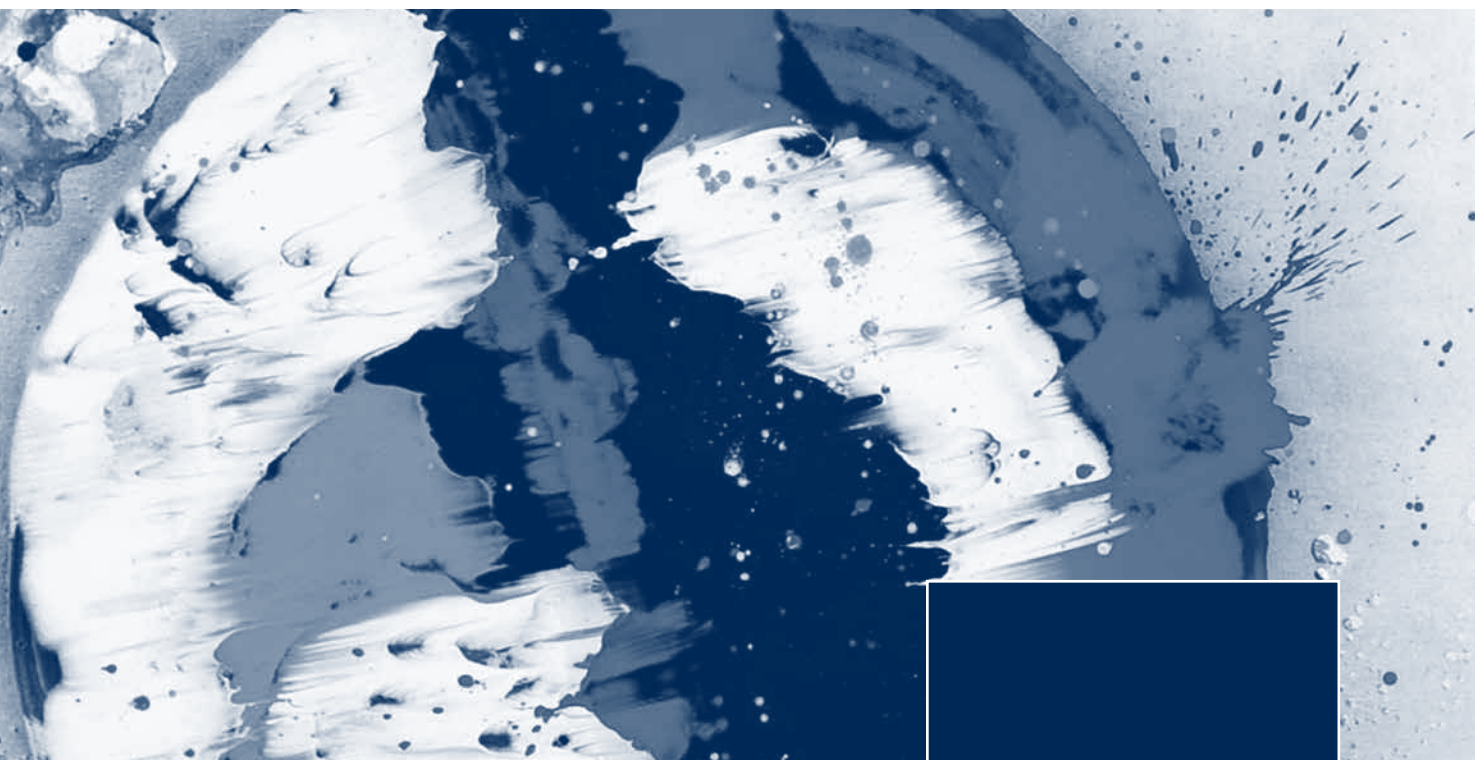
Acción directa del transportista efectivo contra el cargador principal cuando el porteador intermedio ha sido declarado en concurso

Sentencia 4405/2020 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 de diciembre de 2020

En el caso de autos, el cargador encomendó unos servicios de transporte a una empresa que, a su vez, subcontrató la ejecución del transporte con un tercero. Los servicios de transporte no fueron abonados al transportista efectivo, mientras que sí fueron abonados por el cargador al intermediario (transportista contractual). Con posterioridad, este último fue declarado en concurso. El transportista efectivo interpuso una demanda contra el cargador en reclamación de la cantidad adeudada, en ejercicio de la acción directa regulada en la disposición adicional sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, de modificación de la Ley 16/1987, de ordenación del transporte terrestre ("LOTT").

Según la Sala, la cuestión jurídica que plantea este caso obliga a decidir sobre la interrelación entre la regulación de la acción directa del transportista efectivo (LOTT) y las previsiones de los artículos 50.3.º y 51 bis de la Ley Concursal (actuales artículos 136.1.3.º y 139.2 del Texto Refundido). La Sala señala que no hay prohibición legal para el ejercicio de la acción directa del porteador efectivo frente al cargador principal, aunque el porteador intermedio haya sido declarado en concurso, y que deben distinguirse dos situaciones diferentes, en función del momento en el que el cargador haya abonado el precio del transporte al porteador intermedio (concurrido): si es antes o después de la declaración del concurso. En el primer caso, no hay ningún crédito en la masa activa del concurso que pueda verse afectado, por lo que el ejercicio de la acción directa queda al margen del proceso concursal, ya que no afecta al interés del concurso. Por el contrario, la Sala entiende que, precisamente porque el intermediario es insolvente y ha sido declarado en concurso, cobra más sentido el ejercicio de la acción directa frente al cargador principal. En el segundo caso, el ejercicio de la acción directa por parte del porteador efectivo frente al cargador principal una vez declarado el concurso del porteador intermedio, cuando no ha habido pago previo del cargador, tampoco afecta al concurso, puesto que el porteador efectivo opta por reclamar no contra el concursado, con quien contrató directamente, sino contra el cargador principal, que cumple la función de garante *ex lege* de la deuda. La Sala confirma, por tanto, que la declaración de concurso del intermediario no impide el ejercicio de la acción directa del porteador efectivo frente al cargador principal, a pesar de que el cargador hubiera abonado a su porteador contractual (intermediario) el precio del transporte, sin perjuicio de la acción de regreso que le corresponda al cargador frente al intermediario.

9 de febrero de 2021



Medio ambiente

Medio ambiente*

9 de febrero de 2021

1. Legislación

[España]

Modernización de la Administración Pública y para la ejecución del 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 Real Decreto-ley 36/2020 ("RDL 36/2020") tiene como objetivo facilitar la programación, gestión y ejecución de las actuaciones financiadas con los fondos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación y, en concreto, facilitar la implementación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española que será aprobado por el Consejo de Ministros. El objetivo es incentivar que la recuperación económica atienda a un proceso de transformación estructural, fundamentalmente ecológica y digital.

En materia medioambiental, el RDL 36/2020 recoge medidas de agilización procedimental dirigidas a facilitar la tramitación de proyectos que permitan impulsar la reactivación económica. A este respecto, el RDL 36/2020:

- i. Declara, en virtud de su artículo 66 y a efectos del artículo 8.3 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (precepto que prevé la exclusión de la evaluación ambiental de proyectos "*en supuestos extraordinarios y mediante acuerdo motivado*"), la concurrencia de circunstancias excepcionales en proyectos financiados mediante el Instrumento Europeo de Recuperación, siempre que consistan en meras modernizaciones o mejoras de instalaciones ya existentes —que no supongan construcción de nueva planta, aumento de la superficie afectada o adición de nuevas construcciones ni afección sobre recursos hídricos— e incorporen entre los requisitos para su financiación y aprobación la mejora de las condiciones ambientales, tales como la eficiencia energética o el empleo de

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús Andrés Sedano Lorenzo, y en su elaboración han participado Bárbara Fernández Cobo, Claudia Lastella Ortega, Luis Villar González y Almudena Ruiz de las Heras, del Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez.

recursos naturales, la reducción de su impacto ambiental o la mejora de la sostenibilidad de la instalación.

- ii. Modifica la Ley 21/2013 para reducir los plazos de la evaluación ambiental estratégica de planes y programas, y de la evaluación de impacto ambiental de proyectos.

En relación con la evaluación de impacto ambiental de proyectos, si bien se mantiene en cuatro y en tres meses el plazo máximo para formular, respectivamente, la declaración de impacto ambiental –procedimiento ordinario– y el informe de impacto ambiental –procedimiento simplificado–, se elimina la posibilidad de prorrogar estos plazos (artículos 33.4 y 47.1 de la Ley 21/2013). Además, se reduce de tres a dos meses el plazo del que dispone el órgano ambiental para elaborar el documento de alcance del estudio de impacto ambiental (artículos 33 y 34 de la Ley 21/2013).

- iii. Se modifican el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (“RDL 1/2016”), y el Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de emisiones industriales (“RD 815/2013”).

En el procedimiento de concesión de la autorización ambiental integrada (“AAI”) se reduce de seis a cuatro meses el plazo de emisión del informe preceptivo y vinculante del organismo de cuenca (artículo 29 del RDL 1/2016), y de nueve a seis meses el plazo máximo para resolver el otorgamiento de la AAI (artículo 21 del RDL 1/2016). En el procedimiento simplificado de modificación sustancial de la AAI (artículo 15 del RD 815/2013), se reduce de cuatro a tres meses el plazo máximo para formular el informe del organismo de cuenca, y de seis a cuatro meses el plazo para otorgar la modificación de la AAI.

- iv. Por último, crea el Fondo de restauración ecológica y resiliencia (FRER), mediante la modificación del artículo 78 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y modifica el régimen del Fondo de Carbono para una economía sostenible (FESCO2) regulado en el artículo 91 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

El propósito de estos fondos es vehicular los fondos europeos hacia la ejecución de actuaciones y proyectos que fomenten la transición ecológica de la economía española.

Derechos de emisión de gases de efecto invernadero

Ley 9/2020, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para intensificar las reducciones de emisiones de forma eficaz en relación con los costes (BOE de 17 de diciembre de 2020)

Con el fin de incorporar las novedades del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la UE (“RCDE UE”) aprobadas a nivel europeo para el periodo de comercio 2021-2030 (fase IV) —principalmente la transposición de la Directiva (UE) 2018/410, de 14 de marzo de 2018—, la Ley

9/2020, de 16 de diciembre, modifica la vigente Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

Las principales novedades son las siguientes:

- i. Periodos de comercio. Tendrán la duración que determine la normativa de la Unión Europea (frente a los ocho años previstos con anterioridad). En el caso de la fase IV, que cubre el periodo de comercio 2021-2030, se acuerda su división en dos periodos de asignación gratuita de derechos de emisión para instalaciones fijas (2021-2025 y 2026-2030).
- ii. Derechos de emisión. Los derechos de emisión expedidos a partir del 1 de enero de 2013 pasan a tener validez indefinida, mientras que los expedidos a partir del 1 de enero de 2021 serán válidos para las emisiones desde el primer año de ese periodo en adelante.

Además, se reconoce a los derechos de emisión y a los derivados sobre ellos la consideración de instrumentos financieros.

- iii. Autorizaciones. Se elimina la obligación de revisar cada cinco años la autorización de emisión de gases de efecto invernadero.
- iv. Asignación de derechos de emisión. La subasta continúa como método principal de asignación de derechos de emisión, y se mantiene la asignación gratuita en dos periodos de asignación (2021-2025 y 2026-2030).

Para los sectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono, se mantiene la cantidad de derechos asignados gratuitamente —el 100 % de la cantidad determinada de acuerdo con las normas de la UE—; mientras que, para las instalaciones que no se encuentren expuestas a tal riesgo y que sean susceptibles de recibir asignación gratuita, la asignación se reduce al 30 % de la cantidad determinada de acuerdo con las normas UE hasta 2026. Después, y hasta 2030, ese porcentaje se irá reduciendo cada año en la misma cantidad, con el fin de llegar en 2030 a una situación en la que no se asigne ningún derecho de emisión de forma gratuita, a excepción de la calefacción urbana.

- v. Ajustes en la asignación gratuita. La cantidad asignada gratuitamente a cada instalación deberá ser ajustada cuando el nivel de actividad, determinado sobre la base de un promedio móvil de dos años, haya aumentado o disminuido en más del 15 % en comparación con el nivel de actividad utilizado inicialmente. Los derechos gratuitos expedidos en exceso deberán ser devueltos.
- vi. Obligaciones de seguimiento y notificación. Con la finalidad de permitir los mencionados ajustes de la asignación gratuita, los titulares de las instalaciones quedan obligados a presentar el 28 de febrero de cada año, junto con el informe verificado de emisiones, un informe anual verificado sobre los datos del nivel de actividad del año precedente correspondientes a las subinstalaciones en las que esté dividida la instalación.
- vii. Aviación. Se prolongan hasta el año 2023 las actuales limitaciones del RCDE UE a las actividades de la aviación. También se excluye hasta el 31 de diciembre de 2030 el RCDE UE

para los operadores aéreos no comerciales con un total de emisiones inferiores a 1000 toneladas de CO₂, correspondientes a los vuelos con origen o destino un aeródromo situado en la UE.

Derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Ajuste de la asignación gratuita

Real Decreto 1089/2020, de 9 de diciembre, por el que se desarrollan aspectos relativos al ajuste de la asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el periodo 2021-2030 (BOE de 10 de diciembre de 2020)

El Real Decreto 1089/2020 completa la transposición de la Directiva (UE) 2018/410, de 14 de marzo de 2018, efectuada fundamentalmente a través de la Ley 9/2020, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo.

El objeto de este Real Decreto es concretar los aspectos relacionados con el ajuste anual de la asignación gratuita de derechos de emisión de las instalaciones fijas durante el periodo de comercio 2021-2030, incluidas las obligaciones de información y de devolución de derechos, en su caso.

En este sentido, se concretan los siguientes aspectos:

- i. Obligaciones de información. Todas aquellas instalaciones que hayan solicitado asignación gratuita de derechos de emisión para los periodos de asignación 2021-2025 y 2026-2030 deberán realizar un seguimiento de sus niveles de actividad a nivel de subinstalación con base en un plan metodológico de seguimiento aprobado por la Oficina Española de Cambio Climático, que servirá para el cálculo de los ajustes en la asignación gratuita a nivel de subinstalación. Además, deberán elaborar un informe verificado sobre el nivel de actividad del año natural anterior, que deberá ser presentado, a más tardar, el 28 de febrero de cada año, junto con el informe verificado de emisiones.
- ii. Ajustes a la asignación gratuita de derechos de emisión. El informe sobre el nivel de actividad será valorado por la Oficina Española de Cambio Climático, que determinará anualmente el nivel medio de actividad de cada subestación, y lo comparará con el nivel histórico de actividad utilizado para determinar la asignación gratuita de la subinstalación. Cuando el valor absoluto de la diferencia entre el nivel medio de actividad de una subinstalación haya aumentado o disminuido más del 15 % en comparación con el nivel histórico de actividad, se ajustará la asignación gratuita de los derechos de emisión de cada subinstalación, previa audiencia al titular de la instalación.
- iii. Devolución de derechos de emisión. Cuando a la luz de la información remitida se constate que ha sido transferido un exceso de derechos de emisión en concepto de asignación gratuita, los titulares de las instalaciones deberán devolver el exceso.

Navarra. Actividades con incidencia ambiental

Ley Foral 17/2020, de 16 de diciembre, reguladora de las Actividades con Incidencia Ambiental (BON de 22 de diciembre)

Esta Ley deroga la anterior Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de Intervención para la Protección Ambiental, así como el Decreto Foral 135/1989, de 8 de junio, por el que se establecen las condiciones técnicas que deberán cumplir las actividades emisoras de ruidos o vibraciones.

Su objeto es regular las distintas formas de intervención de las Administraciones públicas de Navarra para la prevención y reducción de la contaminación y el impacto ambiental sobre la atmósfera, el agua, el suelo, el paisaje y el medio natural, de determinadas actividades (públicas o privadas). Entre estos instrumentos de intervención destacan la autorización ambiental integrada, la autorización ambiental unificada, la evaluación de afecciones ambientales, la licencia de actividad clasificada y la declaración responsable.

En concreto:

- i. Se crea la autorización ambiental unificada para las instalaciones de titularidad pública o privada previstas en el Anejo 1. Dicha autorización es otorgada por el órgano ambiental de la Administración autonómica.
- ii. Se someten a evaluación de afecciones ambientales aquellas actividades y proyectos con incidencia ambiental contrastada no previstos en la legislación estatal por tratarse de proyectos de menor entidad o con umbrales inferiores (Anejo 2). El procedimiento culmina con la emisión de un informe favorable por el órgano ambiental de la Administración autonómica. Una vez ejecutado el proyecto autorizado, bastará la presentación de una declaración responsable ante el órgano sustantivo para el ejercicio de la actividad.
- iii. Se establece la necesidad de licencia de actividad clasificada para las actividades que tienen una menor incidencia ambiental (Anejo 3), siempre que no estén exentas de licencia conforme a la normativa estatal en materia de liberalización del comercio y determinados servicios. La competencia para su otorgamiento corresponde a las entidades locales.
- iv. Por último, la Ley modifica los artículos 117 y 118 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo, en relación con el procedimiento de autorización de actividades en suelo no urbanizable.

2. Jurisprudencia

El Convenio de Aarhus otorga legitimación para impugnar las decisiones en materia medioambiental sometidas al procedimiento de información pública al “público interesado”

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 14 de enero de 2021 (Asunto C-826/18, LB y otros c. College van burgemeester en wethouders van de gemeente Echt-Susteren)

La sentencia interpreta varios artículos del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998, en relación con la participación de los particulares en la toma de decisiones y su legitimación para tener acceso a mecanismos judiciales eficaces.

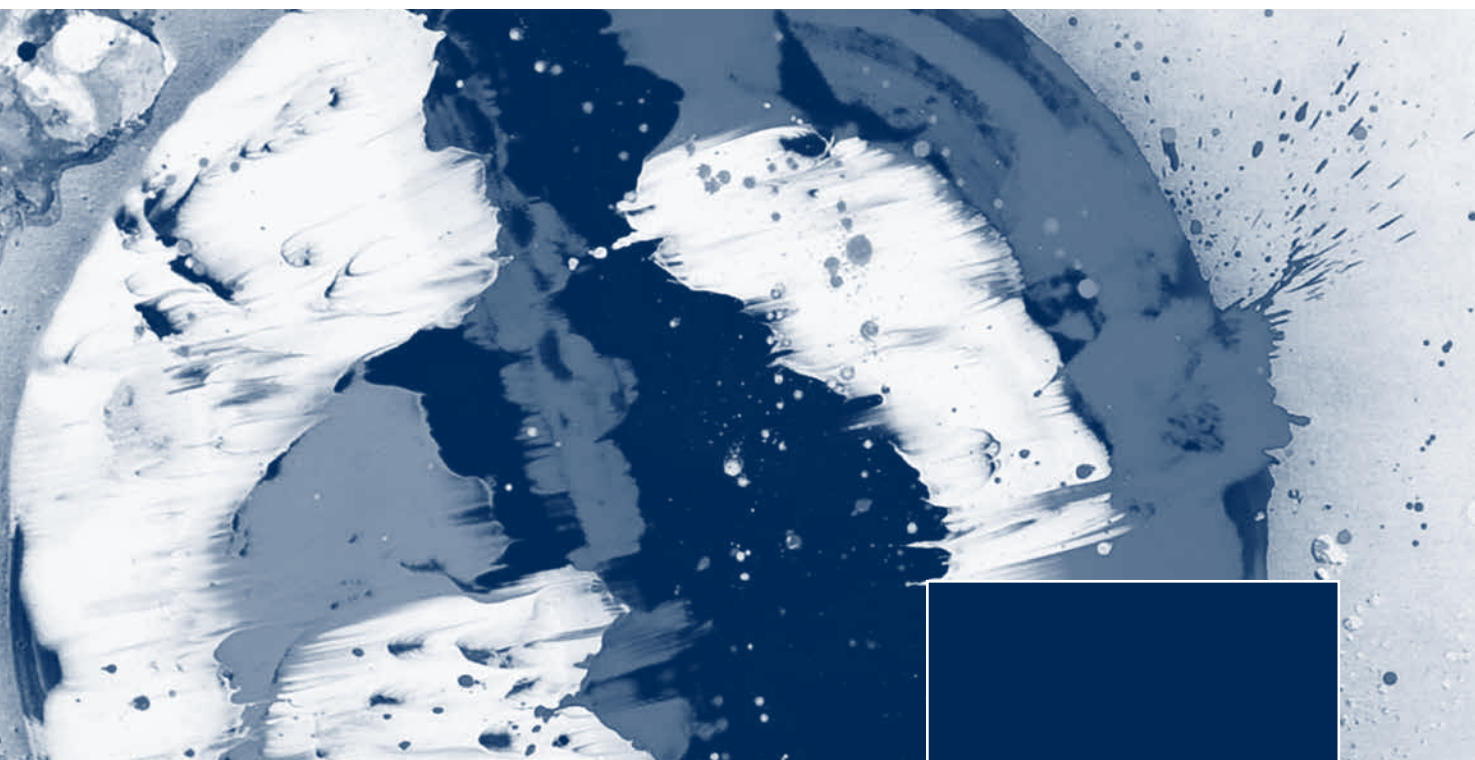
En concreto, la controversia planteada en el asunto principal versa sobre la legitimación de varios particulares para la impugnación de una autorización concedida para la ampliación y modificación de una granja porcina.

La sentencia parte de la premisa de la distinción que el Convenio realiza entre el concepto de público (“una o varias personas físicas o jurídicas y, con arreglo a la legislación o la costumbre del país, las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas”) y público interesado (“el público que resulta o puede resultar afectado por las decisiones adoptadas en materia medioambiental o que tiene un interés que invocar en la toma de decisiones”), y concluye lo siguiente:

- i. La posible intervención de los particulares en los procedimientos de participación al público de proyectos que deban ser sometidos a este trámite en virtud del propio Convenio se garantiza únicamente al público interesado, pues es el único cuya participación en la toma de decisiones es necesaria. Ello sin perjuicio de que, tal y como dispone el Convenio, se reconozca la posibilidad de conceder al público un derecho más amplio a participar en la toma de decisiones por parte de la legislación nacional de un Estado miembro.
- ii. El Convenio solo otorga legitimación directa al público interesado que reúna los requisitos previstos en su artículo 9.2 para impugnar decisiones en materia de medio ambiente que hayan sido sometidas al procedimiento de participación al público.
- iii. Ahora bien, la sentencia aclara que, en virtud del artículo 9.3, el Convenio no se opone a que, en la medida en que los Estados miembros concedan al público un derecho más amplio a participar en la toma de decisiones —en particular, el derecho a ser informado sobre un proyecto de manera eficaz y oportuna—, el público pueda tener acceso a la justicia para invocar esos derechos de participación más amplios que pudiera conferirles el derecho medioambiental nacional de un Estado miembro.

- iv. Por último, la sentencia resuelve la controversia sobre si la admisibilidad de los recursos judiciales interpuestos eventualmente por el público en general o por el público interesado puede supeditarse a que hayan participado en el procedimiento preparatorio de la decisión impugnada.
- v. A este respecto, la sentencia concluye que no se puede limitar la legitimación del público interesado a la previa participación en el procedimiento administrativo en el cual se adopta la decisión impugnada. En cambio, sí cabe establecer tal requisito para el público en general que esté legitimado de conformidad con las normas internas del Estado en cuestión.

9 de febrero de 2021



Mercantil

9 de febrero de 2021

1. Legislación

[Unión Europea]

Brexit. Acuerdo de comercio y cooperación. UE / Reino Unido

Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (DOUE de 31 de diciembre de 2020)

El Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido (el “Acuerdo”) fue firmado el 30 de diciembre de 2020 y, dada la especial urgencia de su entrada en vigor, se previó su aplicación provisional a partir del 1 de enero de 2021.

El Acuerdo cubre únicamente áreas que son competencia de la Unión Europea, tanto exclusivas como compartidas con los Estados miembros. La base jurídica para la celebración del Acuerdo es el artículo 217 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, conforme al cual se requiere el acuerdo unánime de los Estados miembros en el Consejo y la aprobación del Parlamento Europeo.

El Acuerdo cuenta con cuatro grandes pilares o bloques de disposiciones: (i) un acuerdo de libre comercio; (ii) un marco de cooperación económica, social, medioambiental y en materia de pesca; (iii) una asociación en materia de seguridad interior, y (iv) un marco de gobernanza común para el conjunto del Acuerdo. Sin embargo, no son objeto del Acuerdo determinadas decisiones unilaterales de la Unión Europea, a saber: las decisiones de adecuación para transferencia de datos personales, las decisiones de equivalencia en servicios financieros y las decisiones sobre el estatus del Reino Unido como tercer país.

Se detallan a continuación los principales elementos de cada pilar:

* Esta sección ha sido elaborada por Ignacio Klingenberg, Leyre López Itoz, Teresa Tellechea, Joana Torres Guilherme Neves y Guilherme Drummond, del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

Acuerdo de libre comercio

COMERCIO DE BIENES

El abandono del Reino Unido del mercado único y de la unión aduanera supone que este país deje de beneficiarse del principio de libre circulación de mercancías. Además, a pesar del Acuerdo, las empresas se van a tener que enfrentar a nuevas barreras comerciales, por lo que se verán obligadas a ajustar las cadenas de suministro integradas entre la Unión Europea y el Reino Unido.

Ambas partes han acordado crear una ambiciosa zona de libre comercio sin aranceles ni cuotas arancelarias sobre mercancías con mecanismos de cooperación regulatoria y aduanera, así como establecer disposiciones que garanticen la igualdad de condiciones para una competencia abierta y justa como parte de una asociación económica más amplia. El Acuerdo también limita las tarifas que las aduanas pueden cobrar por los servicios prestados e incluye varias disciplinas modernas que van más allá de los compromisos estándar de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sin embargo, todas las importaciones estarán sujetas a formalidades aduaneras y deberán cumplir con las normas de la parte importadora, se aplicarán las reglas de origen a las mercancías para conceder condiciones comerciales preferenciales en virtud del Acuerdo y todas las importaciones en la Unión Europea deben cumplir con sus propias normas y estarán sujetas a verificaciones y controles reglamentarios por motivos de seguridad, salud y otros fines de interés público.

El Acuerdo confirma el derecho de ambas partes a aplicar instrumentos de defensa comercial de acuerdo con las normas de la OMC, así como medidas específicas, autónomas y rápidas.

SERVICIOS E INVERSIONES

El Acuerdo establece un nivel significativo de apertura para el comercio de servicios y la inversión que va más allá de las disposiciones de referencia del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) de la OMC. El Acuerdo tiene una cobertura sectorial sustancial, que incluye servicios profesionales y comerciales (por ejemplo, servicios legales, de auditoría, de arquitectura), servicios de entrega y telecomunicaciones, servicios digitales, servicios financieros, servicios de investigación y desarrollo, la mayoría de los servicios de transporte y servicios ambientales. Además, el Acuerdo se aplica a las inversiones en sectores distintos de los servicios, como la manufactura, la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía y otras industrias primarias.

Se exceptúan del alcance de la liberalización, entre otros, los servicios públicos, los de interés general, algunos servicios de transporte o servicios audiovisuales.

Además, se reconocen obligaciones de no discriminación, lo que garantiza que los proveedores de servicios o los inversores de la Unión Europea no reciban un trato menos favorable que los operadores del Reino Unido en el Reino Unido, y viceversa.

COMERCIO DIGITAL, PROPIEDAD INTELECTUAL, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (PYMES)

El Acuerdo contiene disposiciones destinadas a facilitar el comercio digital garantizando un entorno en línea abierto y seguro para empresas y consumidores. Complementa el marco jurídico multilateral internacional existente con normas específicas y más detalladas sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual, recoge disposiciones más ambiciosas sobre contratación pública con compromisos más extensos que los del marco del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (al que el Reino Unido está en proceso de adhesión), de manera que las empresas de la Unión Europea podrán participar en igualdad de condiciones con las del Reino Unido en las licitaciones cubiertas por el Acuerdo, y viceversa, y, en este punto, se prevé además la no discriminación de las empresas de ambas partes para las adquisiciones de pequeño valor. Por último, en líneas generales, todo el Acuerdo tiene por objeto mantener unas condiciones comerciales transfronterizas favorables para las pymes, incluyendo además disposiciones específicas para facilitar su acceso al marco creado por la futura asociación económica.

CONDICIONES PARA UNA COMPETENCIA JUSTA, ABIERTA Y LIBRE, Y PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Dada su proximidad geográfica e interdependencia económica, ambas partes han alcanzado compromisos sólidos dirigidos a garantizar la igualdad de condiciones para una competencia abierta y justa y para contribuir al desarrollo sostenible, buscando evitar distorsiones del comercio y la inversión. Estos compromisos se refuerzan mediante una serie de mecanismos efectivos para garantizar su cumplimiento. Además, el Acuerdo prevé la posibilidad de aplicar medidas unilaterales de reequilibrio en caso de divergencias significativas en las áreas de protección laboral y social, ambiental o climática, o de control de subvenciones.

Marco de cooperación económica, social, medioambiental y de pesca

Este pilar tiene como objeto establecer un nuevo marco para la futura cooperación en distintos campos, entre los que se encuentran la energía, el transporte, la movilidad y coordinación de seguridad social, la cooperación temática, la participación en programas de la Unión Europea y PEACE+.

Seguridad, cooperación policial y cooperación judicial en materia penal

Una de las principales consecuencias que se derivan de la decisión del Reino Unido de abandonar la Unión Europea y convertirse en un tercer país fuera de la zona de cooperación Schengen es que también abandona el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea desde el 1 de enero de 2021. Por ello, en virtud de este Acuerdo, la Unión Europea y el Reino Unido han acordado establecer un nuevo marco para la cooperación policial y judicial en asuntos penales que permita una cooperación sólida entre la policía nacional y las autoridades judiciales (incluidos acuerdos de extradición ambiciosos y el intercambio rápido de datos personales).

Gobernanza

El Acuerdo prevé un marco institucional horizontal para gobernar y hacer cumplir todos los aspectos previstos en él. Se trata de un marco de gobernanza único y claro, que establece cómo se opera y controla la implementación, y cómo se hacen cumplir los compromisos de las partes. Con ello, se pretende que las empresas, los consumidores y los ciudadanos de la Unión Europea y Reino Unido dispongan de seguridad jurídica respecto de las normas aplicables y de unas sólidas garantías de cumplimiento por las partes.

Asimismo, el Acuerdo está concebido para ser flexible y poder adaptarse a las necesidades específicas que puedan surgir en diferentes áreas de cooperación. Por tanto, su estructura ayudará a mantener la relación entre la Unión Europea y el Reino Unido a largo plazo a medida que evoluciona, conducirá a la coherencia y transparencia, y evitará la superposición de procedimientos, lo que a su vez garantizará una implementación completa a todos los sectores.

Entidades de contrapartida central

Reglamento (UE) 2021/23 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 relativo a un marco para la recuperación y la resolución de entidades de contrapartida central y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1095/2010, (UE) n.º 648/2012, (UE) n.º 600/2014, (UE) n.º 806/2014 y (UE) n.º 2015/2365 y la Directiva 2002/47/CE, sobre determinados aspectos del derecho de sociedades (DOUE del 22 de enero de 2021)

El Reglamento tiene por objeto establecer normas y procedimientos relativos a la recuperación y la resolución de entidades de contrapartida central autorizadas de conformidad con el Reglamento 648/2012 y normas relativas a los acuerdos con terceros países en el ámbito de la recuperación y la resolución de dichas entidades. Modifica los artículos 86 bis, 120 y 160 bis de la Directiva 2017/1132, sobre determinados aspectos del derecho de sociedades.

Decisión de Ejecución (UE) 2021/85 de la Comisión de 27 de enero de 2021 sobre la equivalencia del marco regulador de los Estados Unidos de América para las entidades de contrapartida central autorizadas y supervisadas por la Securities and Exchange Commission de los Estados Unidos con los requisitos del Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 28 de enero de 2021)

Establece la equivalencia del marco regulador de los Estados Unidos de América para las entidades de contrapartida central autorizadas y supervisadas por la Securities and Exchange Commission de los Estados Unidos con los requisitos del Reglamento 648/2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones.

COVID-19

Comunicación de la Comisión. Quinta modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 y modificación del anexo de la Comunicación de la Comisión a los Estados

miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo (DOUE de 1 de febrero de 2021)

Los objetivos de la presente comunicación son prorrogar las medidas establecidas en el marco temporal vigente hasta el 31 de diciembre de 2021, adaptar los límites máximos de ayuda de determinadas medidas para hacer frente a los prolongados efectos económicos de la crisis actual, y aclarar y modificar las condiciones para la concesión de determinadas medidas temporales de ayuda estatal que la Comisión considera compatibles en virtud del artículo 107.3 b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a la luz de la pandemia de la COVID-19. Esta comunicación también pretende modificar la lista de países cuyos riesgos son negociables que figura en el anexo de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo.

A grandes rasgos, en virtud de esta Comunicación, se modifican los puntos 15 bis, 22 letras a, d y e, 23 letra a, 23 bis, 24, 25 letra c, 27 letras a, c, d y e, 27 bis, 33, 35 letra a, 37 letra b, 39 letra b, 41, 43 letras c y d, 48, 87 letras a y d, 88, 90 y 93 del marco temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 y el anexo de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo.

Además, añade los puntos 15 ter, 23 ter y 25 bis del citado marco temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, de 15 de diciembre de 2020, por la que se modifica la Recomendación JERS/2020/7 sobre la limitación de las distribuciones de capital durante la pandemia de COVID-19 (JERS/2020/15) (DOUE de 25 de enero de 2021)

Esta Recomendación tiene por objeto extremar las cautelas en lo que respecta a las distribuciones de capital para que no pongan en peligro la estabilidad del sistema financiero y el proceso de recuperación.

Disciplina de liquidación. Fecha de entrada en vigor

Reglamento Delegado (UE) 2021/70 de la Comisión, de 23 de octubre de 2020, que modifica el Reglamento Delegado (UE) 2018/1229 en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la disciplina de liquidación, por lo que se refiere a su entrada en vigor (DOUE de 27 de enero de 2021)

El Reglamento Delegado, publicado el 27 de enero de 2021, aplaza brevemente la fecha en que será aplicable el nuevo régimen de disciplina de liquidación establecido en el Reglamento Delegado 2018/1229 por el que se completa el Reglamento 909/2014 en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la disciplina de liquidación.

Sistema de interconexión de registros

Reglamento de Ejecución (UE) 2020/2244 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2020, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las especificaciones y los procedimientos técnicos necesarios para el sistema de interconexión de registros, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/884 de la Comisión (DOUE de 29 de diciembre de 2020)

Se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2017/1132, en lo que respecta a las especificaciones y los procedimientos técnicos necesarios para el sistema de interconexión de registros. Deroga el Reglamento de Ejecución 2015/884, por el que se establecen especificaciones y procedimientos técnicos necesarios para el sistema de interconexión de registros establecido por la Directiva 2009/101.

[España]

Brexit

Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020 (procedente del Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre) (BOCG de 5 de febrero de 2021)

El Proyecto de Ley adopta medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020.

Además, modifica los artículos 59 y 88 de la Ley 48/1960 sobre Navegación Aérea y la definición n.º 22 del anexo II del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011.

Finalmente, deroga expresamente el Real Decreto-ley 5/2019 por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea.

Bancario y Mercado de Valores

Circular 1/2021, de 28 de enero, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia

de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE de 30 de enero de 2021)

El objetivo principal de la Circular es adaptar la Circular 1/2013 y la Circular 5/2012, ambas del Banco de España, a los cambios introducidos en la regulación de la Central de Información de Riesgos (CIR) y de los tipos oficiales de referencia por la Orden ETD/699/2020, de regulación del crédito revolviente, y por la que se modifican la Orden ECO/697/2004, sobre la Central de Información de Riesgos, la Orden EHA/1718/2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios.

El 27 de julio se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Orden de crédito revolviente, por la que, entre otras normas, se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos. Entre los objetivos de esta orden se encuentra el de mejorar la información de la que disponen los prestamistas para realizar el análisis de solvencia de los potenciales prestatarios, de forma que se puedan evitar posiciones de sobreendeudamiento que lleven a los prestatarios a no poder hacer frente a sus obligaciones financieras. Disponer de la información adecuada que permita hacer una evaluación sólida de la solvencia para prevenir situaciones de endeudamiento excesivo cobra especial relevancia en el contexto del impacto económico y social provocado por la crisis sanitaria motivada por el COVID-19.

La Circular 1/2021 actualiza la Circular 2/2013 con una triple finalidad. En primer lugar, es necesario incorporar en la Circular 1/2013 los cambios introducidos por la Orden de crédito revolviente en la Orden de la CIR. En segundo lugar, en el marco de reporte general a la CIR que establece la Circular 1/2013, procede incorporar la nueva información solicitada a las entidades declarantes como consecuencia de la crisis provocada por el COVID-19. Esta nueva información se traduce en la creación de seis dimensiones y la adición de nuevos valores en otras dos dimensiones del anejo 2 de la Circular 1/2013. Y en tercer lugar, con el objetivo de actualizar la norma, se han introducido algunas aclaraciones en el citado anejo 2 para mejorar la declaración y la gestión técnica de la información, que redundarán en una mejora de la calidad de la información que se solicita a las entidades declarantes.

Finalmente, la Circular 1/2021 introduce una modificación de determinados aspectos de la Circular 5/2012 en lo que se refiere a los tipos de interés oficiales. Con este cambio se persigue, entre otros objetivos, aumentar las alternativas de tipos de interés oficiales que tienen las entidades, tanto para utilizarlos en la concesión de préstamos como para incluirlos como sustitutivos en dichos contratos. Para ello, se revisa la relación de tipos de interés que tendrán la consideración de tipos oficiales de referencia, se cambia la denominación de alguno de los existentes y se amplía su número. La Orden Ministerial de transparencia habilita al Banco de España para establecer la definición y el proceso de determinación de los tipos de interés oficiales relacionados en esta.

Normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las empresas de servicios de inversión, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades gestoras de entidades de capital riesgo

Consulta pública de la CNMV de 18 de enero de 2021 (CNMV de 19 de enero de 2021)

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) somete a consulta pública hasta el próximo 15 de febrero de 2021 el proyecto de circular para sustituir y derogar la Circular 7/2008, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las empresas de servicios de inversión, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades gestoras de entidades de capital riesgo. Su finalidad principal es aprobar un nuevo marco normativo, de tal forma que los principios, criterios y normas contables aplicables se correspondan con los de la normativa contable general (Código de Comercio y su desarrollo a través del Plan General de Contabilidad y de las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas), y que los modelos de cuentas anuales y los estados reservados estén adaptados a la actividad propia de las entidades sujetas a esta circular.

Guía supervisora sobre los criterios de organización y funcionamiento de los servicios de atención al cliente de las entidades supervisadas

Audiencia e Información Pública hasta el 29 de enero de 2021 del Proyecto de guía supervisora sobre los criterios de organización y funcionamiento de los servicios de atención al cliente de las entidades supervisadas (Banco de España, 23 de diciembre de 2020)

La guía tiene por objeto transmitir a las entidades los principios y criterios de supervisión que deben ser utilizados para valorar la organización y el funcionamiento de sus servicios de atención al cliente. Las directrices han sido desarrolladas por el Banco de España a partir de las mejores prácticas identificadas en este ámbito en el ejercicio de la función de supervisión en materia de conducta en los últimos años, teniendo en cuenta tanto la normativa nacional aplicable como las guías supervisoras adoptadas por el Banco de España en esta materia.

Entidades de crédito. Supervisión y solvencia

Consulta pública del Banco de España de 2 de febrero de 2021

El Banco de España somete a consulta pública, hasta el 23 de febrero de 2021, el Proyecto de Circular por la que se modifica la Circular 2/2016 a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia. Su finalidad es el desarrollo de determinados aspectos de las herramientas macroprudenciales previstas en los artículos 45.1, 69 bis y 69 ter de la Ley 10/2014, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, y en el artículo 15 del Real Decreto 102/2019 por el que se crea la Autoridad Macropudencial Consejo de Estabilidad Financiera.

En relación con los límites a la concentración sectorial y el establecimiento de límites y condiciones sobre la concesión de préstamos y otras operaciones, se establecen las definiciones necesarias para la aplicación de dichas herramientas y el procedimiento para su activación, desactivación y

modificación, incluidas las variables y parámetros que el Banco de España podrá considerar para adoptar una decisión, los posibles sectores sobre los que podrá recaer y los términos contractuales o ratios que podrían ser objeto de la medida.

Auditoría de cuentas y Plan General de Contabilidad

Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE de 30 de enero de 2021)

Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de Auditoría de Cuentas, y deroga el Real Decreto 1517/2011 por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011.

El Reglamento detalla las condiciones, requisitos y formalidades que deben cumplir los profesionales de la auditoría y establece un nuevo régimen sancionador para mejorar la transparencia en la función supervisora atribuida al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC).

Entre las principales novedades destaca la disposición adicional undécima, que introduce el plazo para resolver y notificar la resolución del procedimiento sancionador regulado en el artículo 283 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que será de seis meses a contar desde la adopción por el presidente del ICAC del acuerdo de incoación, sin perjuicio de la suspensión del procedimiento y de la posible ampliación de dicho plazo total y de los plazos parciales previstos para los distintos trámites del procedimiento, según lo establecido en los artículos 22, 23 y 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Además:

- i. Aclara que se considerarán entidades de interés público aquellas que coticen en el mercado regulado de cualquier Estado miembro y se encuentren sometidas al régimen de supervisión y control atribuido a la CNMV, de acuerdo con el contenido del artículo 2.13 de la Directiva 2006/43 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, en la redacción dada por la Directiva 2014/56/UE.
- ii. Incluye una serie de salvaguardas para poder eliminar o reducir las amenazas a la independencia del auditor y también el concepto de importancia relativa a los efectos de determinar cuándo las situaciones o servicios que se dan entre auditor y entidad auditada deben considerarse significativos.
- iii. Prevé la posibilidad de que los auditores puedan solicitar caución adecuada y provisión de fondos en garantía del pago de sus honorarios antes de iniciar el encargo, en los casos de nombramientos de auditor por el registrador mercantil o por el órgano judicial, que deberá prestarse por la entidad en el plazo de diez días naturales desde la notificación de su solicitud.
- iv. Precisa las reglas de cómputo para determinar los límites a la dependencia económica por alcanzar un determinado nivel de concentración de honorario.

- v. Establece la obligación de emitir un informe anual de transparencia para los auditores de entidades de interés público y el deber de publicar los resultados de las inspecciones periódicas llevadas a cabo a esos auditores por parte del ICAC.
- vi. En caso de discrepancia en cuanto a la opinión técnica a emitir, cada auditor o sociedad de auditoría presentará su opinión en un párrafo distinto del informe de auditoría y expondrá los motivos de la discrepancia.
- vii. Regula que los auditores nombrados conjuntamente no pueden pertenecer a la misma red y que deben comunicarse entre ellos las circunstancias que afecten a su independencia.
- viii. Introduce elementos para precisar y especificar las conductas que integran tipos de infracciones.
- ix. Establece la clasificación en los tres grados en los que deben dividirse las sanciones a imponer, recogiendo el caso de la sanción por infracciones muy graves cometidas por una sociedad de auditoría, además de concretar el carácter de atenuante o agravante de los criterios de graduación de sanciones previstos en la Ley 22/2015, de 20 de julio.

Plan General de Contabilidad

Real Decreto 1/2021, de 12 de enero, por el que se modifican el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre; el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre; las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre; y las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos aprobadas por el Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre (BOE de 30 de enero de 2021)

Este Real Decreto modifica el Plan General de Contabilidad, el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas, las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas y las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos.

Societario

Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (BOCG de 18 de diciembre de 2020)

El 11 diciembre de 2020, el Congreso acordó solicitar la tramitación por el procedimiento de urgencia de este Proyecto de Ley. El 18 de diciembre de 2020 el Congreso publicó las 83 enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios al articulado del Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010 y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

COVID-19

Real Decreto 1162/2020, de 22 de diciembre, por el que se establecen condiciones especiales de aplicación del régimen de compensación de avales regulado en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas, para hacer frente al impacto de la COVID-19 (BOE de 23 de diciembre de 2020)

El Real Decreto establece las condiciones especiales de aplicación del régimen de compensación de avales regulado en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1251/1999, sobre sociedades anónimas deportivas, para hacer frente al impacto de la COVID-19. Concreta que, a efectos del cálculo de la cuantía de los avales a depositar por los miembros de las juntas directivas de clubes profesionales, no se considerarán resultados económicos negativos, en los ejercicios afectados por la COVID-19, las variaciones negativas del patrimonio neto contable de los clubes profesionales directamente vinculadas al impacto económico de la COVID-19.

Resolución de 22 de diciembre 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 22 de diciembre de 2020 (BOE de 24 de diciembre de 2020)

Establece los términos y condiciones del cuarto y quinto tramo de la línea de avales aprobada por el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, con la finalidad principal de financiar inversiones de pymes y autónomos pertenecientes al sector turístico, hostelería y actividades conexas, y para reforzar los reavales concedidos por la Compañía Española de Reafianzamiento, S.M.E., Sociedad Anónima (CERSA).

Ayudas a los sectores turístico, hostelero y comercio

Proyecto de ley de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria (procedente del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre) (BOE de 24 de diciembre de 2020)

Recoge un plan de refuerzo para la hostelería, el turismo y el comercio con nuevas medidas que pretenden aliviar la situación de empresas y autónomos relacionados con estas actividades y atender sus costes fijos, como los salarios, arrendamientos o pago de impuestos, entre otros, para permitir que puedan mantener su viabilidad y no se vean abocados al cierre como consecuencia de la pandemia.

Tipo legal de interés de demora

Resolución de 30 de diciembre de 2020, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2021 (BOE de 31 de diciembre de 2020)

La Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2021.

[Portugal]

Orientações sobre a avaliação da adequação para o exercício de funções reguladas e de titulares de participações qualificadas

Orientações da CMVM sobre a avaliação da adequação, de 9 de setembro de 2020

Foram publicadas as orientações da CMVM, de 9 de setembro de 2020, sobre a avaliação da adequação para o exercício de funções reguladas ou para a detenção de participações qualificadas em entidades reguladas.

No sentido de promover uma atuação mais ágil e previsível, estas orientações visam desenvolver, harmonizar e clarificar critérios, técnicas e procedimentos de avaliação de adequação. Pretende-se igualmente dar transparência às regras e princípios gerais que pautam a atuação da CMVM neste domínio, sem prejuízo da aplicação das exigências materiais ou de instrução do procedimento proporcionais à avaliação do caso concreto.

Apesar da sua vocação universal, as orientações aplicam-se, nesta fase, apenas às entidades cujo regime legal não regula diretamente o procedimento de avaliação de adequação e habilita a CMVM a concretizar integralmente esta matéria.

As orientações preveem, designadamente, (i) as finalidades da avaliação da adequação, e o seu âmbito de aplicação subjetivo e temporal; (ii) o exercício de funções reguladas; (iii) as participações qualificadas; (iv) os procedimentos para a avaliação da adequação; (v) as entidades abrangidas e excluídas do âmbito subjetivo das orientações; (vi) os modelos de questionário de avaliação de adequação; e (vii) os elementos instrutórios.

As presentes orientações são aplicáveis a partir de 9 de setembro de 2020.

Ambos os diplomas entraram em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação, i.e. a 9 de novembro de 2020 e o Regulamento produzirá efeitos a partir do dia 10 de novembro de 2021.

Prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo – Obrigações de reporte - Entidades financeiras (UE) que operem em Portugal em regime de LPS

Instrução do BdP n.º 25/2020, de 24 de setembro (BO n.º 9/2020, 2.º Suplemento)

Foi publicada a Instrução do Banco de Portugal ("BdP") n.º 25/2020, de 24 de setembro (a "Instrução 25/2020") que determina os requisitos de informação, sobre a atividade desenvolvida em território nacional, a reportar periodicamente ao BdP, pelas entidades financeiras com sede noutro Estado-Membro da União Europeia ("UE") que operem em Portugal ao abrigo do regime da livre prestação de serviços ("LPS"). O reporte de informação assim aprovado, encontra-se em consonância com o disposto na alínea b), do n.º 1 do artigo 73.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece as medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do

terrorismo ("Lei BCFT"), que, por sua vez, é concretizado pelo disposto no artigo 64.º do Aviso do BdP n.º 2/2018, de 26 de setembro, que veio concretizar a Lei BCFT.

São destinatárias da presente Instrução 25/2020, as seguintes entidades financeiras: (i) instituições de crédito; (ii) sociedades financeiras; (iii) instituições de pagamento; e (iv) instituições de moeda eletrónica - desde que atuem em Portugal ao abrigo do regime de LPS e de acordo com os termos e exceções previstos no n.º 2 do artigo 1.º da Instrução 25/2020.

O reporte da informação deverá ser efetuado até ao dia 28 de fevereiro de cada ano, compreendendo o período entre 1 de janeiro e 31 de dezembro do ano anterior.

O incumprimento da obrigação de reporte pela respetiva entidade financeira obrigada, constituirá um ilícito contraordenacional previsto e punido nos termos da alínea kkk) do artigo 169.º e artigos 170.º a 172.º da Lei BCFT.

A Instrução n.º 25/2020 entrou em vigor no dia 25 de setembro de 2020.

Financiamento colaborativo (*crowdfunding*)

Regulamento (UE) 2020/1503 e Diretiva (UE) 2020/1504, ambos do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de outubro de 2020 (JOUE L 347, de 20 de outubro de 2020)

Foi publicado o Regulamento (UE) 2020/1503 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de outubro de 2020 ("Regulamento 2020/1503"), relativo aos prestadores europeus de serviços de financiamento colaborativo às entidades.

O Regulamento 2020/1503 veio definir requisitos uniformes relativos à prestação de serviços de financiamento colaborativo em matéria de organização, autorização e de supervisão de prestadores de serviços de financiamento colaborativo, ao funcionamento das plataformas de financiamento colaborativo, à transparência e às comunicações comerciais relacionadas com a prestação de serviços de financiamento colaborativo na União.

Os principais aspetos introduzidos pelo Regulamento 2020/1503 são os seguintes:

- i. Aplicabilidade limitada às ofertas de financiamento colaborativo cujo montante, ao longo de 12 meses, seja inferior ou igual a € 5.000.000,00;
- ii. Inexistência de montante mínimo ou máximo de investimento;
- iii. Determinação da desnecessidade de publicação de prospeto, desde que dentro do limiar previsto em (i);
- iv. Introdução de um período de reflexão pré-contratual de quatro dias, durante o qual o potencial investidor não sofisticado poderá retirar a sua oferta de investimento ou a sua manifestação de interesse, sem necessidade de indicar o motivo e sem estar sujeito a qualquer sanção;

- v. Estabelecimento de requisitos prudenciais relativos aos prestadores de serviços de financiamento colaborativo;
- vi. Obrigatoriedade de obter autorização para prestar serviços de financiamento colaborativo, junto da autoridade competente de cada Estado-Membro (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários ("CMVM") no caso português) e sujeição à sua supervisão prudencial;
- vii. Obrigatoriedade de registo de todos os prestadores junto de site criado pela Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários.

Os prestadores de serviços de financiamento colaborativo terão até ao dia 10 de novembro de 2022 para obter a respetiva autorização junto da autoridade competente nos termos do Regulamento 2020/1503, sob pena de não poderem emitir novas ofertas de financiamento colaborativo após a referida data.

Adicionalmente, foi também publicada a Diretiva (UE) 2020/1504 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de outubro de 2020, a qual determina a isenção dos prestadores de serviços de financiamento colaborativo da aplicação da Diretiva 2014/65/UE (DMIF II), determinando, assim, a não obrigatoriedade de intermediário financeiro na prestação dos referidos serviços.

Ambos os diplomas entraram em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação, i.e. a 9 de novembro de 2020 e o Regulamento 2020/1503 produzirá efeitos a partir do dia 10 de novembro de 2021.

Reporte de informação sobre planos de financiamento

Instrução do Banco de Portugal n.º 26/2020, de 15 de outubro (BO n.º 10/2020, 15 de outubro 2020)

Foi publicada a Instrução do BdP n.º 26/2020, de 15 de outubro ("Instrução 26/2020"), que veio regulamentar o dever de reporte ao BdP de informações sobre planos de financiamento das instituições de crédito.

Com o intuito de atualizar e revogar as orientações relativas às definições e modelos harmonizados para os planos de financiamento das instituições de crédito (EBA/GL/2014/04), a Autoridade Bancária Europeia ("EBA") publicou as Orientações EBA/GL/2019/05, de 9 de dezembro de 2019 ("Orientações"), que visam proporcionar:

- i. visão mais profunda sobre os planos de financiamento;
- ii. melhor qualidade e comparabilidade de dados;
- iii. aumento de eficiência;
- iv. melhor monitorização das principais estruturas de financiamento;
- v. redução dos custos relacionados com o reporte de informação; e
- vi. maior facilidade de implementação.

O reporte já existente é, assim, ajustado à luz das Orientações, sendo que a Instrução 26/2020 procurou incluir: (i) as maiores instituições de crédito em termos de volume de ativos; e (ii) uma representação de, pelo menos, 75% do total de ativos consolidados do sistema bancário nacional.

O reporte dos planos de financiamento previstos nas Orientações deve ser efetuado em base consolidada, em conformidade com a Parte I, Título II, Capítulo 2, do Regulamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junho de 2013. Adicionalmente, o reporte de informação sobre planos de financiamento deverá ser apresentado com uma periodicidade anual, em conformidade com as instruções e os modelos harmonizados referidos nos anexos I e II das Orientações.

As instituições de crédito devem reportar os respetivos planos de financiamento até 15 de março, com a data de referência de 31 de dezembro do ano anterior.

A Instrução 26/2020 entrou em vigor no dia 16 de outubro de 2020.

Medidas destinadas às empresas no âmbito da pandemia da doença COVID-19

Resolução do Conselho de Ministros n.º 101/2020, de 20 de novembro (DR 227, Série I, de 20 de novembro de 2020)

O Governo lança, através da Resolução em apreço, novos instrumentos de apoio à situação de tesouraria das empresas, garantindo um apoio imediato à liquidez, eficiência operacional e saúde financeira de curto-prazo.

Em primeiro lugar, a Resolução aprova o lançamento de um subsídio a fundo perdido para apoio imediato destinado a micro e pequenas empresas que atuem em setores particularmente afetados pelas medidas excecionais aprovadas no contexto da pandemia da doença COVID-19, no montante global até 750 milhões de euros.

Em segundo lugar, aprova-se, também, o lançamento de uma linha de crédito dirigida a empresas industriais fortemente exportadoras, independentemente da respetiva dimensão, no montante de 750 milhões de euros, havendo a possibilidade de 20% do crédito concedido ser convertido em crédito a fundo perdido, em caso de manutenção de postos de trabalho.

Por fim, a Resolução aprova uma linha de crédito dirigida a empresas que desenvolvem o essencial da sua atividade no fornecimento de serviços e bens específicos para apoio à realização de eventos culturais, festivos, desportivos ou corporativos, no montante de 50 milhões de euros, também com a possibilidade de 20% do crédito concedido ser convertido em crédito a fundo perdido, em caso de manutenção de postos de trabalho.

Os apoios criados são cumuláveis com outras medidas aprovadas pelo Governo nos últimos meses, nomeadamente o apoio à retoma progressiva ou as demais linhas de crédito com garantia pública, e ficam sujeitos à verificação das habituais condições de elegibilidade, como a de as empresas beneficiárias terem situação líquida positiva a 31 de dezembro de 2019, e a determinadas obrigações, como a de não distribuição de fundos aos sócios ou a restrição à promoção de efetuar despedimentos coletivos e de extinguir postos de trabalho por motivos económicos.

Os encargos correspondentes às medidas aprovadas na presente Resolução são suportados por fundos europeus.

Decisão da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados

Decisão (UE) 2020/1689, de 16 de setembro de 2020, publicada no JOUE L 379, de 13 de novembro de 2020

Foi publicada a Decisão (UE) 2020/1689, de 16 de setembro de 2020 ("Decisão"), a qual renova o requisito temporário de redução dos limiares de comunicação de posições líquidas curtas sobre o capital social emitido das sociedades cujas ações estão admitidas à negociação num mercado regulamentado, permitindo, assim, às autoridades nacionais competentes e à ESMA a possibilidade de acompanhamento das referidas posições. A presente Decisão, procede à renovação da Decisão (UE) 2020/525, de 16 de março de 2020 por um novo período de 3 meses.

A Decisão surgiu no contexto da pandemia COVID-19 e, consequentemente, das circunstâncias excecionais existentes nos mercados financeiros, bem como por se considerar que (i) as perspetivas de uma futura recuperação permanecem incertas; (ii) se mantêm as ameaças ao bom funcionamento, à integridade dos mercados financeiros e à estabilidade do sistema financeiro; e (iii) que as referidas ameaças podem ter implicações transfronteiriças não tomadas em consideração por nenhuma autoridade competente.

Nos termos da Decisão, as pessoas singulares ou coletivas que detêm uma posição líquida curta sobre o capital social emitido de uma sociedade cujas ações estão admitidas à negociação num mercado regulamentado devem informar a autoridade competente relevante sempre que essa posição atingir ou descer abaixo dos limiares de comunicação. Ao abrigo da Decisão, considera-se um limiar de comunicação relevante uma percentagem igual ou superior a 0,1% do capital social emitido da sociedade.

Por último, as obrigações adicionais de transparência referidas no parágrafo anterior não se aplicam às ações admitidas à negociação num mercado regulamentado, se a plataforma de negociação principal estiver situada num país terceiro.

A presente decisão entra em vigor no dia 18 de setembro de 2020 e é aplicável por um período de três meses.

Deveres de reporte ao Banco de Portugal para a respetiva base de dados de contas

Instrução do BdP n.º 27/2020, de 26 de novembro (BO n.º 11/2020, 2.º Suplemento)

Foi publicada a Instrução do BdP n.º 27/2020, de 26 de novembro ("Instrução 27/2020"), que regulamenta a organização e gestão pelo BdP da base de dados de contas domiciliadas no sistema financeiro português ("BDC") revogando, para o efeito, a Instrução do BdP n.º 7/2011, de 15 de abril.

O novo diploma incorpora as alterações introduzidas ao artigo 81.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (“RGICSF”), relativo à BDC, pela Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto. Por sua vez, a referida lei transpõe a Diretiva (UE) n.º 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio, a qual altera a Diretiva (UE) n.º 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo.

Entre as modificações previstas destacam-se as seguintes:

- i. a BDC passa a incluir informação sobre cofres, respetivos locatários e pessoas autorizadas a aceder aos cofres e, ainda, a identificação dos beneficiários efetivos dos titulares das contas e dos locatários dos cofres;
- ii. as instituições de moeda eletrónica e as instituições de giro postal autorizadas pelo direito nacional a prestar serviços de pagamento passam também a integrar o elenco de entidades participantes; e
- iii. a informação constante da BDC passa a poder ser consultada, mediante pedido, pela generalidade das autoridades competentes em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo e, por acesso direto e não filtrado, pela Unidade de Informação Financeira da Polícia Judiciária e pelo Departamento Central de Investigação e Ação Penal da Procuradoria-Geral da República.

A Instrução 27/2020 entrou em vigor no dia 27 de novembro de 2020.

Regras de Reporte das entidades sujeitas à supervisão da CMVM

Regulamento da CMVM n.º 6/2020 de 22 de outubro (DR, série II, de 16 dezembro de 2020)

Foi publicado o Regulamento n.º 6/2020 (“Regulamento”), através do qual se procedeu à revisão de vários regulamentos subordinados a diferentes temas. Desta forma, a CMVM reestruturou, compilou, uniformizou e simplificou as regras de reportes a que as diversas entidades sujeitas à supervisão da CMVM estão adstritas. A revisão efetuada prendeu-se com dois principais fatores, sendo estes (i) a evolução das alterações em matéria legislativa e (ii) a necessidade de simplificação dos reportes de informação à CMVM.

Desta forma, o Regulamento promove uma maior adequação dos reportes às necessidades de supervisão (quando tal se justifique), reduz os custos relacionados com o reporte da informação e confere um adequado tratamento e armazenamento de informação no que toca à segurança e ao tratamento dados pessoais.

As alterações foram realizadas através da concentração de regras, da forma e periodicidade dos reportes, e da eliminação de diversas instruções da CMVM sobre os mesmos. Destacam-se as seguintes alterações:

Alterações ao Regulamento da CMVM n.º 2/2015

São alteradas as regras e a periodicidade dos seguintes reportes à CMVM a que as Sociedades Gestoras de Organismos de Investimento Coletivo, se encontram obrigadas relativamente a:

- i. Composição discriminada dos ativos sob gestão;
- ii. Informação sobre o valor líquido global;
- iii. Responsabilidades extrapatrimoniais;
- iv. Número de unidades de participação em circulação;
- v. Informação relativa à carteira;
- vi. Informação relativamente à atividade;
- vii. Valor da Unidade de Participação;
- viii. Dos documentos constitutivos de OIC e sucessivas alterações;
- ix. Das memórias explicativas da evolução do processo de liquidação;
- x. Do ponto de situação e memória descritiva das diligências efetuadas;
- xi. Sobre as operações vedadas;
- xii. Dos pareceres dos peritos avaliadores de ativos;
- xiii. Atividades de receção e transmissão de ordens, gestão de carteiras e atividades de registo e depósito.

Alterações ao Regulamento da CMVM n.º 3/2015

São alteradas as regras e periodicidade dos reportes a que as entidades sujeitas ao referido regulamento, nomeadamente Sociedades de Investimento em Capital de Risco, Sociedades Gestoras de Fundos de Capital de Risco, ou Sociedades de Capital de Risco se encontram obrigadas, relativamente a:

- i. Composição da carteira;
- ii. Capital e participantes;
- iii. Balanço e demonstração de resultados;
- iv. Relatório e Contas e Relatório de Auditoria;
- v. Alterações ao Regulamento de gestão.

Alterações ao Regulamento da CMVM n.º 2/2002

São alteradas as regras e a periodicidade para a realização dos seguintes reportes a que as Sociedades Gestoras de Fundos de Titularização de Créditos se encontram obrigadas a realizar sobre os fundos de titularização por si geridos:

- i. Composição da carteira;
- ii. Balanço e demonstração de resultados;
- iii. Alterações ao regulamento de gestão;
- iv. Relatório anual de prestação de contas e respetiva informação sobre a certificação legal das contas.

Alterações ao Regulamento da CMVM n.º 1/2020

É alargado o âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1/2020, o qual passa também a aplicar-se a:

- i. Sociedades de Investimento Coletivo Autogeridas;
- ii. Sociedades de Titularização de Créditos;
- iii. Sociedades Gestoras de Fundos de Capital de Risco;
- iv. Sociedades de Capital de Risco;
- v. Sociedades de Investimento em Capital de Risco autogeridas;
- vi. Sociedades de investimento alternativo especializado autogeridas; e
- vii. Sociedades de empreendedorismo social. Decorrente do alargamento do âmbito de aplicação, são ainda estabelecidas novas regras para o reporte da informação prudencial por parte destas Sociedades.

Alterações ao Regulamento CMVM n.º 3/2016

É alterado o formato de submissão dos ficheiros de dados de reporte

Alterações ao Regulamento CMVM n.º 2/2007

São alteradas as regras e a periodicidade para a realização dos reportes a que os intermediários financeiros e as sucursais de entidades que exerçam atividades de intermediação financeira se encontram obrigados a realizar relativamente a:

- i. Receção, transmissão e execução de ordens por conta de outrem;
- ii. Gestão de carteiras por conta de outrem;

- iii. Negociação por conta própria;
- iv. Registo e depósito de instrumentos financeiros.

Alterações ao Regulamento CMVM n.º 8/2018

São alteradas as regras e a periodicidade dos deveres informativos e de comercialização relativos a PRIIPs no que toca a:

- i. Redação, passando a poder ser traduzidos para a Língua Portuguesa, e redigidos ou traduzidos para um idioma de uso corrente nos mercados financeiros internacionais, desde que cumpridos determinados requisitos;
- ii. Declarações obrigatórias para o investidor não profissional nos documentos de subscrição ou aquisição do PRIIP;
- iii. PRIIPs com a tipologia de instrumentos financeiros derivados não admitidos à negociação e que não sejam comercializados em plataformas de negociação eletrónica.

Alterações ao Regulamento CMVM n.º 1/2017

Até 31 de março de cada ano e por referência à atividade do ano civil anterior, os peritos avaliadores de imóveis enviam, à CMVM, informação relativamente aos peritos avaliadores de imóveis pessoas singulares averbados a peritos avaliadores de imóveis pessoas coletivas.

O presente Regulamento entra em vigor no dia 1 de julho de 2021.

Relatório de autoavaliação dos sistemas de governo e controlo interno

Regulamento da CMVM n.º 9/2020, de 22 de outubro (DR, série II, de 16 dezembro de 2020)

Foi publicado o Regulamento da CMVM n.º 9/2020 (“Regulamento”) relativo ao dever de envio de um relatório de autoavaliação dos sistemas de governo e de controlo interno pelas entidades sujeitas à supervisão da CMVM.

O Regulamento em questão vem estabelecer e regular o dever das entidades sujeitas à supervisão conjunta da CMVM e do BdP, bem como das entidades sujeitas à supervisão exclusiva da CMVM, de enviar à CMVM um relatório de autoavaliação dos sistemas de governo e de controlo interno, de acordo com as regras no mesmo estabelecidas.

As entidades sujeitas à supervisão conjunta do BdP e da CMVM terão que enviar o referido relatório apenas à CMVM e até ao dia 31 de dezembro de cada ano, com referência a 30 de novembro do mesmo ano.

As entidades sujeitas à supervisão exclusiva da CMVM (nomeadamente as entidades gestoras de organismos de investimento coletivo em valores mobiliários e de investimento alternativo e as

sociedades gestoras de fundos de capital de risco) terão que enviar o relatório referido até ao dia 30 de junho de cada ano, com referência ao ano civil anterior.

Os relatórios enviados ao abrigo do presente Regulamento são elaborados nos termos previstos no respetivo anexo.

Por último, notamos que o envio à CMVM do primeiro relatório de autoavaliação pelas entidades sujeitas à supervisão conjunta da CMVM e do BdP, relativamente ao ano de 2020, será obrigatoriamente efetuado até ao dia 1 de abril de 2021.

O presente Regulamento entrou em vigor no dia 17 de dezembro de 2020.

Regime transitório aplicável à prestação de serviços financeiros por entidades com sede no Reino Unido

Decreto-Lei n.º 106/2020, de 23 de dezembro (DR 248, Série I, de 23 de dezembro de 2020)

Foi publicado o Decreto-Lei n.º 106/2020, de 23 de dezembro, o qual aprova o regime transitório aplicável à prestação de serviços financeiros por entidades com sede no Reino Unido ("Decreto-Lei 106/2020").

No contexto do fim do período de transição fixado no artigo 126.º do Acordo sobre a saída da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da UE e da Comunidade Europeia da Energia Atómica a 31 de dezembro de 2020 ("Acordo"), o direito da UE deixa de ser aplicável ao Reino Unido, incluindo o regime aplicável à prestação de serviços e ao exercício de atividades no território da UE.

Desta forma, e para garantir uma adequada transição após a saída do Reino Unido do mercado interno, as instituições de crédito, as empresas de investimento e as entidades gestoras de organismos de investimento coletivo com sede no Reino Unido passam a beneficiar de um período transitório até 31 de dezembro de 2021.

O período transitório visa permitir que as entidades com sede no Reino Unido que prestem serviços financeiros em Portugal disponham de tempo necessário para fazer cessar os contratos em curso ou, caso pretendam continuar a operar em Portugal, instruir os processos necessários de autorização.

As instituições de crédito e as empresas de investimento autorizadas no Reino Unido a prestar serviços auxiliares, serviços e atividades de investimento, bem como as entidades gestoras autorizadas no Reino Unido a prestar serviços relativos a organismos de investimento coletivo, que atuam em Portugal ao abrigo do direito de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços, devem, no prazo de três meses a contar do termo do período de transição, remeter à CMVM os elementos previstos nos Anexos I e II, respetivamente, do Decreto-Lei 106/2020 e indicar se pretendem:

- i. Proceder à denúncia dos contratos em curso; ou
- ii. Solicitar autorização para manter atividade em Portugal.

O pedido de autorização para manter atividade em Portugal deverá ser apresentado junto da autoridade competente, no prazo de seis meses a contar do termo do período de transição previsto no Acordo.

Caso não remetam a informação requerida ou não apresentem o pedido de autorização, aquelas entidades só podem executar as operações necessárias para a denúncia dos contratos em curso e cessam a respetiva atividade em território português até 31 de dezembro de 2021.

No que respeita às entidades autorizadas a prestar serviços de representação de investidores no Reino Unido, que tenham sido nomeadas nos termos do artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de novembro, na sua redação atual, do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de março, ou do artigo 357.º do CSC, podem continuar a exercer a atividade de representante comum de obrigacionistas até à maturidade da emissão ou do programa de emissão, desde que:

- i. A emissão ou programa de emissão tenha um prazo definido a 1 de janeiro de 2021; e
- ii. A designação tenha ocorrido antes do termo do período de transição previsto no Acordo.

Esta possibilidade deixa de ser aplicável caso o emitente decida alargar o prazo da emissão ou do programa de emissão.

No que concerne às empresas de seguros, estas devem enviar à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), no prazo de dois meses a contar do termo do período de transição e renovada anualmente a 31 de março, informação sobre os contratos de seguro que cobrem riscos situados em território português ou relativamente aos quais Portugal seja o Estado-Membro do compromisso e que sejam mantidos em carteira após o termo do período de transição previsto no Acordo.

Por fim, a partir do termo do período de transição previsto no Acordo, as instituições de crédito, instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica com sede no Reino Unido e que atuam em Portugal ao abrigo do direito de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços, apenas podem celebrar contratos ou realizar novas operações em território português relativos à receção de depósitos, concessão de crédito, serviços de pagamento e emissão de moeda eletrónica, se tiverem obtido autorização prévia do BdP nos termos do regime previsto para as entidades de países terceiros.

Sem prejuízo, as instituições de crédito, instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica com sede no Reino Unido e que atuam em Portugal ao abrigo do direito de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços, podem praticar os atos necessários de execução e cumprimento dos contratos relativos aos referidos serviços ou atividades que tenham sido celebrados até ao termo do período de transição previsto no Acordo. Para o efeito, as referidas entidades devem, no prazo de três meses a contar do termo do período de transição previsto no Acordo, enviar ao BdP a informação constante do Anexo V do Decreto-Lei 106/2020.

O Decreto-Lei 106/2020 entrou em vigor no dia 24 de dezembro de 2020.

Alterações ao regime da moratória bancária

Decreto-Lei n.º 78-A/2020, de 29 de setembro (DR 190, Série I, de 29 de setembro de 2020) e Decreto-Lei n.º 107/2020, de 31 de dezembro (DR 253, Série I, de 31 de dezembro de 2020)

Foram publicados o Decreto-Lei n.º 78-A/2020, de 29 de setembro ("DL 78-A/2020"), e o Decreto-Lei n.º 107/2020, de 31 de dezembro ("Decreto-Lei 107/2020"), os quais procedem, respetivamente, à quarta e quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de março ("DL 10-J/2020"), que estabelece medidas excecionais e temporárias de proteção dos créditos, no âmbito da pandemia da doença COVID-19.

Das modificações introduzidas pelo DL 78-A/2020 destacam-se:

- i. A possibilidade de as entidades beneficiárias fazerem cessar os efeitos das medidas de apoio decorrentes da moratória antes do término da sua vigência (i.e. 31 de março de 2021), mediante comunicação à respetiva instituição com a antecedência de pelo menos 30 dias da data que pretendem fazer cessar os respetivos efeitos;
- ii. A cessação da moratória por força da distribuição de lucros, sob qualquer forma, do reembolso de créditos aos sócios ou da aquisição de ações ou quotas próprias, por parte das entidades beneficiárias;
- iii. A estipulação do prazo limite para solicitar a adesão à moratória (i.e. 30 de setembro de 2020);
- iv. A prorrogação, suplementar e automática, das medidas de apoio previstas no capítulo II do DL 78-A/2020, por um período de seis meses (compreendido entre 31 de março de 2021 e 30 de setembro de 2021), para as entidades que se encontrem abrangidas por alguma dessas medidas a 1 de outubro de 2020. A partir de 1 de abril de 2021, esta prorrogação refere-se exclusivamente à suspensão do reembolso de capital, comportando algumas exceções; e
- v. A extensão automática da maturidade dos créditos devidos pelas entidades beneficiárias cuja atividade principal esteja abrangida pela lista de códigos de atividade económica (CAE) em anexo ao DL 78-A/2020, pelo prazo de 12 meses, que acresce ao período em que esses créditos foram diferidos por efeito do presente DL 78-A/2020 e que cessa em caso de incumprimento, pela entidade beneficiária, de qualquer obrigação pecuniária perante qualquer instituição ou em caso de execução, por terceiro, de qualquer obrigação pecuniária da entidade beneficiária ou em caso de arresto ou qualquer ato de apreensão judicial dos bens da referida entidade beneficiária.

O DL 78-A/2020, entrou em vigor a 30 de setembro de 2020.

Posteriormente, o Decreto-Lei 107/2020 veio permitir novas adesões às medidas de apoio até 31 de março de 2021 e por um período máximo de nove meses a contar da comunicação de adesão.

Assim, as entidades beneficiárias que, a 1 de outubro de 2020, não se encontravam abrangidas pelas medidas de apoio previstas no Decreto-Lei 10-J/2020, podem ainda solicitar a sua adesão. Podem igualmente beneficiar deste novo prazo, as entidades beneficiárias que, em relação às operações de crédito em causa, beneficiem ou tenham beneficiado das medidas de apoio por um período inferior a nove meses. O período total de aplicação dos efeitos das medidas de apoio não pode, em caso algum, exceder os nove meses.

Esta alteração visa acautelar os impactos reconhecidos da segunda vaga da pandemia e a decisão de reativação das moratórias bancárias por parte da EBA.

O Decreto-Lei 107/2020 entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2021.

2. Jurisprudencia

[Espanña]

Dividendos. Ánimo de lucro

Resolución de 17 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 9 de enero de 2021)

El presente caso surge a raíz de que se suspendiera la inscripción de una escritura de modificación de los estatutos de una sociedad limitada por la que la sociedad pretendía que esta no tuviera ánimo de lucro. A juicio del registrador, el ánimo de lucro que se concreta de manera muy singular en la obtención de dividendos partibles entre los socios constituye un elemento esencial de las sociedades que tiene su origen en el carácter oneroso del contrato de sociedad.

Por tanto, resulta contradictorio con la propia configuración estructural de una sociedad de capital pretender que su finalidad, concretada en las actividades que integran su objeto social, carezca de ánimo de lucro. Para ello, ya ha previsto el legislador otras entidades jurídicas que, por definición legal y por su propia finalidad, carecen de tal ánimo.

En su exposición, el registrador acude a otras resoluciones para refrendar el carácter esencial del ánimo de lucro. Concretamente, resalta la Resolución de la Dirección General de 2 de febrero de 1966, mediante la cual se señala que, al ser el fin último de la sociedad la obtención de un lucro o ganancia, el objeto social no puede estar en contradicción con aquel, y la Resolución de 22 de noviembre de 1991, en la que se indica que la configuración legal del tipo social de la sociedad anónima refleja como elementos caracterizadores el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios que la integran.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) estima el recurso porque entiende que de la interpretación de los estatutos se desprende que únicamente queda excluido el ánimo de lucro en sentido subjetivo, es decir, la obtención de ganancias repartibles y el lucro

personal de los socios. En cambio, no se excluye en su sentido objetivo, es decir, la obtención de las ganancias o ventajas patrimoniales que no se reparten entre los socios, sino que se destinan a un fin común, el social, que es ajeno al enriquecimiento de sus socios, como es en este caso la promoción de la integración laboral y social de personas afectadas por una discapacidad. Por lo tanto, los beneficios derivados de la actividad económica deben reinvertirse para la consecución del indicado objeto social.

Consejo de Administración. Nombramientos

Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 28 de diciembre de 2020)

En el presente caso se suspende la inscripción de una serie de acuerdos adoptados por el consejo de administración de una sociedad anónima en virtud de los cuales se nombra al vicepresidente del consejo de administración y, por cooptación, se nombra al representante de la comunidad hereditaria de uno de los accionistas fallecidos (quien era, además, presidente del consejo de administración) como consejero y presidente del mismo órgano colegiado.

En primer lugar, el registrador suspende la inscripción de dichos acuerdos porque entiende que el consejo de administración no ha sido válidamente constituido, ya que, de acuerdo con lo establecido en los estatutos sociales, es necesario que concurran a la reunión, presentes o representados por otro consejero, la mitad más uno de sus miembros. En el presente caso, de los cuatro consejeros que integran el consejo, uno de ellos ha fallecido (para la mayoría exigida para el *quorum* se tiene en cuenta el número de vocales previsto en los estatutos, no solo de aquellos consejeros con cargo vigente) y el otro se ha opuesto claramente tanto a la celebración de la mencionada sesión como a la delegación de su derecho de voto, y ello a pesar de no haber manifestado oposición expresa a la representación a los meros efectos de *quorum* de constitución del consejo.

La DGSJFP confirma la calificación del registrador en cuanto a este primer extremo porque entiende que del escrito del consejero ausente resulta inequívocamente que se opone de modo expreso a la celebración del referido consejo y solicita que se convoque junta general para nombrar al consejero que cubra la vacante producida por el fallecimiento del presidente del órgano de administración.

En segundo lugar, en cuanto al nombramiento de consejera por cooptación, el registrador indica que no resulta que quien acude en representación de la comunidad hereditaria ostente la condición de accionista.

La DGSJFP entiende que no se puede confirmar el criterio que lleva al registrador a suspender la inscripción, dado que se limita a objetar que no resulta que dicha señora ostente la condición de accionista, y es a la sociedad, y no al registrador, a la que corresponde reconocer la condición de accionista a la comunidad hereditaria del accionista. Añade que la vacante a cubrir por cooptación es por fallecimiento del accionista (quien era además presidente del consejo) y que la Ley de Sociedades de Capital (*ex* artículo 126) legitima el ejercicio de derechos del socio fallecido a la comunidad hereditaria del causante, caso en el que la comunidad hereditaria debe designar a un representante, tal y como ha ocurrido en el presente caso. Por otro lado, el vicepresidente ha admitido su nombra-

miento de administradora como representante de la comunidad hereditaria que, tal y como queda amparado por la jurisprudencia existente sobre la cuestión, es quien ostenta la cualidad de socio. Con base en lo anterior, la Dirección estima el recurso en lo que respecta a este segundo extremo.

Escisión parcial de una sociedad limitada

Resolución de 3 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 18 de diciembre de 2020)

El objeto de discusión del presente supuesto es la calificación de una escritura en virtud de la cual se formalizaban una serie de acuerdos sociales de una sociedad limitada. En la citada escritura se pone de manifiesto que se aprueba por unanimidad en junta general universal de la sociedad limitada, celebrada el 5 de marzo de 2020, la escisión parcial con transmisión en bloque y por sucesión universal en favor de dos sociedades de nueva creación sobre la base del proyecto de escisión que había sido aprobado por unanimidad en junta general universal celebrada el 31 de diciembre de 2019.

En primer lugar, el registrador entiende que la sociedad debe publicar nuevos anuncios del acuerdo de escisión. A esta conclusión llega porque los anuncios del acuerdo de escisión, publicados en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* el 29 de enero de 2020 y en determinado diario el 3 de febrero de 2020 son anteriores a la fecha de celebración de la junta general que acuerda la escisión, por lo que se priva a los acreedores de su derecho de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado desde la publicación de los anuncios. Esto es así porque el derecho de oposición que tienen reconocido en el ordenamiento se fundamenta en el conocimiento que se les proporciona a efectos de ponderar si hacen uso o no de él.

Además, el registrador denuncia que en los anuncios publicados consta como fecha de celebración de la junta general que aprobó la escisión el 31 de diciembre de 2019, cuando en realidad la junta celebrada ese día solo aprobó el proyecto, pero no la operación de escisión parcial, ni la reducción de capital de la sociedad escindida, ni la creación de las sociedades beneficiarias, con las menciones legalmente necesarias para su constitución.

En segundo lugar, el registrador detecta otro defecto íntimamente relacionado con el anterior. Indica que, una vez transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de publicación del último de los nuevos anuncios, deberá constar en la escritura, respecto de la sociedad escindida, (i) nuevamente la manifestación del otorgante de que han sido puestos a disposición de los acreedores los documentos a que se refiere el artículo 43 de la Ley de Modificaciones Estructurales, y (ii) la declaración sobre la inexistencia de oposición a la escisión por parte de los acreedores o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiera prestado la sociedad.

Por su parte, la DGSJFP acuerda desestimar el recurso, salvo respecto de la falta de firma del proyecto de escisión, extremo en que se estima parcialmente el recurso, sobre la base de la siguiente argumentación:

La DGSJFP considera que los defectos invocados por el registrador no son inocuos respecto de los derechos de los acreedores, que bien pueden haber creído que la aprobación del proyecto de escisión determina únicamente esa fecha a la que necesariamente deben ser anteriores los créditos que dan derecho a oponerse a escisión, de modo que el plazo para que esos acreedores anteriores pudieran oponerse no empieza a contarse mientras no se publicara el acuerdo de escisión propiamente dicho.

Respecto del proyecto de escisión, la DGSJFP añade, en línea con lo que afirma el recurrente, que debe tenerse en cuenta que, aunque el ejemplar que acompaña a la escritura carece de las firmas de los administradores, lo cierto es que a la escritura objeto de calificación aparece incorporado el texto íntegro de dicho proyecto con sus firmas. Por lo tanto, debe considerarse que se han cumplido todos los requisitos establecidos al respecto en los artículos 30 y 73 de la Ley de Modificaciones Estructurales y 230.1.1.⁹ del Reglamento del Registro Mercantil.

No obstante, la DGSJFP sí que confirma la objeción del registrador relativa a los anexos que contienen la relación de los elementos patrimoniales transmitidos a las sociedades beneficiarias, pues la finalidad que tiene la exigencia de que conste la firma es poder identificar a las personas que asumen la responsabilidad de su contenido.

Aumento de capital de una sociedad anónima

Resolución de 3 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 18 de diciembre de 2020)

En el presente caso, el registrador suspende la inscripción de una serie de acuerdos que se habían elevado a público en virtud de los cuales la junta general de una sociedad anónima aprobaba un aumento de capital mediante aportaciones dinerarias, así como la modificación del artículo de sus estatutos sociales relativo al capital social. El acuerdo se aprobó con el voto a favor de dos titulares de acciones que representan conjuntamente el 95,444 % del capital y con el voto en contra de la titular de las restantes acciones, que representan el 4,556 % del capital social.

El registrador entiende que, al no hacerse constancia en los anuncios de convocatoria unidos al acta del derecho que corresponde a todos los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre ella, así como a pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos, se estaría incumpliendo lo establecido en el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital, salvo que se acredite fehacientemente la fecha y forma de entrega a los socios de los documentos referidos en el segundo punto del orden del día. Al respecto, el registrador añade que se debe tener en cuenta que el segundo punto del orden del día al que se hace referencia era el "*Aumento de Capital Social de la Sociedad por aportaciones dinerarias, con motivo de nueva inversión inmobiliaria*".

La DGSJFP acuerda desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

En su resolución indica que, si bien la escritura que pretendía ser inscrita se acompañó de la fotocopia de determinado envío postal (burofax certificado con confirmación de entrega), que, según el recurrente, contiene la propuesta de un acuerdo de aumento de capital con cargo a aportacio-

nes dinerarias (incluyendo el texto íntegro de la modificación estatutaria que se propone a la junta e informe del órgano de administración en relación con la propuesta de aumento de capital), debe confirmarse el criterio del registrador al expresar en su calificación que tales fotocopias, además de carecer de valor formal a efectos registrales, se refieren a envíos realizados con posterioridad a la convocatoria de la junta general. Además, añade que el envío realizado por correo certificado con acuse de recibo no puede acreditar su contenido.

La DGSJFP continúa afirmando que a tales circunstancias deben unirse el hecho de que el texto de convocatoria era ciertamente escueto y el hecho de que la accionista disidente ha considerado violados sus derechos individuales (en tanto que ha expresado en el acta de la junta general su oposición a que esta se considere válidamente convocada y ha anunciado el ejercicio de las acciones procedentes —razón por la cual bien puede haber considerado que, para conservar su posición en la sociedad, no era necesario suscribir ninguna de las nuevas acciones emitidas—). Por ello, concluye que esta situación impide tener por válidamente realizada la convocatoria.

Escritura de apoderamiento

Resolución de 26 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 10 de diciembre de 2020)

En el presente caso, en virtud de la escritura objeto de calificación, se liquida una sociedad limitada y, en pago de la cuota de liquidación, se adjudican determinados bienes, derechos y dinero. En esa misma escritura se elevan a público los acuerdos de cese de las dos liquidadoras mancomunadas, nombramiento de una liquidadora única (una de las que cesaron) y aprobación del balance de liquidación, así como el proyecto de división del haber social con las correspondientes adjudicaciones a los socios.

Según el primero de los defectos, el registrador indica que no puede considerarse válidamente convocada la junta general en virtud del compromiso adquirido por los socios en la junta general, en sustitución del sistema de convocatoria por decisión del órgano de administración (en este caso, acuerdo de las dos liquidadoras mancomunadas).

Además, el registrador aprecia un segundo defecto en la certificación de 19 de junio de 2020 incorporada a dicha escritura en relación con el reparto por acuerdo unánime de todos los socios del inmovilizado y el reparto en efectivo metálico a determinada socia (la antigua liquidadora mancomunada cesante) del resto de su cuota de liquidación, ya que, a pesar de lo manifestado por la liquidadora única de la sociedad, no existe su consentimiento, habida cuenta del contenido de la carta suscrita por ella, que se incorpora por diligencia a la escritura, y, en concreto, sobre lo manifestado con relación a la cuota de liquidación y su reparto entre los socios.

Sobre la base de la argumentación que se indica a continuación, la DGSJFP acuerda desestimar el recurso y confirmar la calificación recurrida. En concreto, acuerda lo siguiente:

- i. Respecto al primer defecto, la DGSJFP confirma la calificación del registrador e indica que, aunque en el acuerdo adoptado por unanimidad de la escritura de disolución consta que *"Los comparecientes, socios y liquidadores se comprometen a formalizar la correspondiente*

junta general de socios a fin de poder otorgar la escritura de liquidación y extinguir la compañía obligándose cada uno de ellos a comparecer en la Notaría", si se atiende únicamente a la escritura calificada, no puede equipararse este compromiso de "formalizar" la junta general para liquidación y extinción de la sociedad, con la convocatoria de aquella, con los requisitos establecidos en la ley, todo ello al margen de las consecuencias que pudieran desprenderse del incumplimiento de tal compromiso.

Esta conclusión queda confirmada si se tienen en cuenta las discrepancias y manifestaciones expresadas en la propia escritura, algunas de las cuales son contradictorias entre sí, sin que puedan prevalecer unas sobre otras, dado que la facultad certificante respecto de los acuerdos sociales es conjunta y no individual.

- ii. El segundo defecto también es confirmado por la DGSJFP al tener en cuenta las consideraciones expresadas anteriormente sobre las discrepancias entre las dos liquidadoras mancomunadas, sobre sus manifestaciones y sobre la atribución de la facultad certificante a ambas liquidadoras (en tanto no exista nombramiento válido de una nueva liquidadora). Concluye afirmando que, dirigida la liquidación a la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartible entre los socios para, previa satisfacción de los acreedores sociales en su caso, proceder a su reparto y a la cancelación de los asientos registrales de la sociedad, se hace imprescindible la formulación de un balance final que debe reflejar fielmente el estado patrimonial de la sociedad una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta. Ese balance debe someterse a aprobación de la junta general junto con un informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante (artículo 390 de la Ley de Sociedades de Capital).

Estatutos. Embargo de participaciones

Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 10 de diciembre de 2020)

En el presente caso, la registradora resuelve no practicar la inscripción de una modificación estatutaria de una sociedad limitada que pretendía disponer que, notificado a la sociedad el embargo de las participaciones sociales por el juez o autoridad administrativa que lo haya decretado, esta, a través de su órgano de administración, podrá adquirir una parte o la totalidad de las participaciones embargadas, debiendo ejercitar su derecho en un plazo máximo de tres meses a contar desde que recibió la notificación del procedimiento de embargo. En caso de que la sociedad no ejercite este derecho, todos los socios podrán adquirir las participaciones embargadas en el plazo máximo de veinte días. En todos los casos anteriores, el precio de la transmisión se corresponderá con el valor razonable de las participaciones, entendiéndose por tal el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta.

A juicio de la registradora dichas disposiciones permiten que, antes de la fase de apremio, pueda ser modificado el objeto de embargo al sustituir, totalmente o en parte, las participaciones sociales embargadas por su valor contable, aun cuando dicho importe sea inferior a lo reclamado por el

actor en el procedimiento de ejecución, cuyo pago podrá ser aplazado, con la consecuencia de imponer al juez el alzamiento de la traba respecto de las participaciones adquiridas.

Por su parte, la DGSJFP desestima el recurso e indica que el artículo 108.2 de la Ley de Sociedades de Capital sanciona con la nulidad cualquier cláusula estatutaria por la que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas.

Al respecto, la DGSJFP señala que este precepto tiene como finalidad impedir que, por el ejercicio parcial del derecho de adquisición preferente (o, en su caso, por el hecho de que la preceptiva autorización sea concedida por la sociedad únicamente respecto de parte de las participaciones sociales), el socio transmitente se vea obligado a conservar, en contra de su voluntad y de sus intereses, un número determinado de participaciones, cuyo valor quede acaso menguado, sobre todo si disminuye o desaparece el poder de control atribuido al conjunto de las participaciones objeto de enajenación. Y, por otra parte, aunque la exigencia de que el precio o valor de las participaciones se pague al contado, se establece únicamente respecto de las transmisiones *mortis causa* y no en relación con las transmisiones forzosas (artículos 109 y 110 de la Ley de Sociedades de Capital), y ello se debe a que para estas últimas se contempla, con carácter supletorio, un sistema consistente en la atribución de un derecho de subrogación por el adquirente en el lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados.

Denominación social de una sociedad limitada

Resolución de 19 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 7 de diciembre de 2020)

El presente caso surge a raíz de que el registrador emita una certificación positiva respecto de la denominación social “Hit Healthy Indoors Technologies, Sociedad Limitada”, por entender que, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 del Reglamento del Registro Mercantil, las siglas o denominaciones abreviadas como las utilizadas en la denominación social solicitada (HIT) no pueden formar parte de ella.

La DGSJFP acuerda estimar el recurso. En su argumentación pone de relieve la Resolución de 1 de diciembre de 1997, según la cual la prohibición resaltada por el registrador tiene la finalidad de evitar más eficazmente la dualidad de nombres que se produciría si se admitiera la denominación social, por una parte, y el anagrama o abreviatura, por otra. Asimismo, indica que a la hora de interpretar esta prohibición se debe tener en cuenta que el fin último de las disposiciones reglamentarias sobre la denominación social es identificar, con un cierto margen de seguridad, al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas y, precisamente, a esta finalidad responde una de las funciones básicas del Registro Mercantil Central. Por ello, la DGSJFP concluye que, cuando el término o la partícula cuestionados no solo puedan ser resultantes de la suma de siglas del resto de la denominación, sino que tengan, en sí mismos o en combinación con los restantes componentes de esa denominación, una significación propia, dicha prohibición debe ser objeto

de una interpretación restrictiva. Esto último es lo que ocurre en el presente caso con el término “HIT” unido al resto de las palabras escritas en inglés que conforman la denominación (con significado de “*tecnologías saludables para interiores*”).

Junta general. Adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. A propósito del Real Decreto-ley 8/2020

Resolución de 19 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 7 de diciembre de 2020)

En este caso se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general sobre la base de cuatro defectos detectados por el registrador.

Sobre el primer defecto, entiende que, aunque se consideran admisibles las cláusulas de estatutos de una sociedad limitada que permitan la emisión del voto a distancia anticipado en las juntas generales de socios, o la adopción de acuerdos por parte de los socios por escrito y sin sesión (sin necesidad de reunirse formalmente en junta), siempre y cuando todos los socios manifiesten su conformidad para la adopción de los acuerdos sin necesidad de sesión y se cumplan determinadas condiciones, a falta de previsión estatutaria, esa posibilidad de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión se admite únicamente para los órganos de administración, pero no para la junta general, según resulta de los apartados 1 y 2 del artículo 40 del Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. La DGSJFP confirma este primer defecto e indica que las normas excepcionales, como es la que debe aplicarse en el presente caso, no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas (artículo 4.2 del Código Civil).

El segundo defecto denunciado consiste en que no pueden entenderse adoptados los acuerdos en junta general universal aun cuando comparecieron en la notaría dos de los socios, que, a mayor abundamiento, manifiestan —según afirma el notario y reflejan en su escrito— que la situación motivada por la COVID no condiciona que los acuerdos se realicen por escrito y sin sesión durante el estado de alarma, por lo que se considera que la junta es nula (artículos 159, 164, 165 y 178 de la Ley de Sociedades de Capital). La DGSJFP indica que, en los supuestos en que sea admitida por vía estatutaria la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión con valor de acuerdos adoptados de junta general, no habría inconveniente en que se adoptaran de ese modo manteniendo su validez, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y en los estatutos, siempre y cuando todos los socios acuerden por unanimidad la adopción de tales acuerdos por escrito y sin reunión, así como el orden del día. No obstante lo anterior —añade la DGSJFP—, en el presente caso lo cierto es que existe una inequívoca oposición por parte de dos de los tres socios a que se adoptaran los acuerdos por esa vía. Por tanto, el defecto debe ser confirmado.

Respecto al tercer defecto, este también es confirmado, pues el acta que se acompaña a la escritura calificada no puede considerarse como un acta notarial de junta general de socios. La DGSJFP señala que el propio recurrente reconoce que el acta presentada a calificación no es un acta de junta general en el sentido contemplado en los artículos 101 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil, sino un acta de requerimiento mediante la cual se comunica a los socios la convocatoria

de junta general, con el envío de su documentación, se acredita la recepción de la convocatoria y documentación anexa, se recogen las intervenciones de todos los socios de la sociedad que han ejercitado su derecho de voto respecto de los diferentes puntos del orden del día (uno de ellos mediante burofax y los otros dos mediante comparecencia en la misma acta y ante notario), y se pone de manifiesto el *quorum* de adopción de acuerdos que, posteriormente, va a servir de base al administrador de la sociedad para el otorgamiento de la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de la junta.

En relación con el cuarto defecto, la DGSJFP indica que la elevación a público de los acuerdos sociales debe tener como base el acta o libro de actas, testimonio notarial o certificación de los acuerdos, o tomando como base la copia autorizada del acta cuando los acuerdos constaran en acta notarial de la junta, y todo ello en la forma establecida en los artículos 107 al 112 del Reglamento del Registro Mercantil. Y concluye que en el presente caso tales requisitos no han sido cumplidos.

Sentencia de nulidad de acuerdos. Cancelación de asientos contradictorios

Resolución de 30 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 23 de noviembre de 2020)

En el presente recurso se debate la eficacia que puede tener una sentencia firme por la que se ordena la cancelación, por nulidad, de los acuerdos sociales adoptados en determinada junta general de una sociedad mercantil y todos los asientos e inscripciones posteriores contradictorias. El registrador tan solo practica la cancelación de los acuerdos sociales anulados adoptados en la junta general, relativos al cese y nombramiento de administradores mancomunados y cambio de la estructura del órgano de administración, con nombramiento de nuevo administrador solidario, sin argumentar en la nota de calificación las razones de no cancelar los asientos posteriores contradictorios, tal como se ordena en la ejecutoria. Por su parte, el recurrente entiende que deben cancelarse los asientos 4.^º al 12.^º, que son posteriores y contradictorios con el acuerdo social anulado, y a los que se refiere la anotación preventiva ya practicada con anterioridad en el Registro Mercantil en el trámite de ejecución provisional.

La DGSJFP, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador por la que se deniega la cancelación de asientos posteriores contradictorios ordenada por sentencia, indica que en el supuesto de hecho de este expediente hay que tener en cuenta que, ya en trámites de ejecución provisional de sentencia en el mismo procedimiento, se había tomado anotación preventiva de cancelación del acuerdo social impugnado y de los que han motivado las inscripciones posteriores, sobre las inscripciones 4.^ª a la 12.^ª, inclusive, así como del depósito de las cuentas anuales correspondientes. Continúa afirmando que no se puede desconocer la eficacia de esta anotación preventiva en relación con los asientos a que expresamente se refiere, pues el mandamiento que ordena la inscripción de la sentencia una vez firme se presenta durante su vigencia. Los asientos del registro están bajo la salvaguarda de los tribunales y producen sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad (*ex* artículo 1 de la Ley Hipotecaria y artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil). La DGSJFP concluye que, al haberse anotado preventivamente en ejecución provisional, la sentencia de nulidad en virtud de la cual se ordena

la cancelación de asientos posteriores, respecto de las inscripciones 4.º a la 12.ª, debe ahora operar, una vez firme, la eficacia cancelatoria de la sentencia mientras no se declare judicialmente la inexactitud o nulidad de la anotación preventiva.

Con base en lo anterior, la DGSJFP acuerda la estimación del recurso y la revocación de la nota de calificación.

[Portugal]

Cessão de créditos e notificação do devedor

Acórdão de 15 de setembro de 2020 (Processo n.º 29015/06.3YYLSB-B.L1-7) – Tribunal da Relação de Lisboa

No acórdão em referência, o Tribunal da Relação de Lisboa foi chamado a pronunciar-se sobre a necessidade e a forma da comunicação da cessão de créditos ao devedor. Segundo este acórdão, se é certo que os efeitos da cessão se produzem imediatamente entre as partes com a celebração do contrato de cessão de créditos, ocorrendo a modificação subjetiva no vínculo obrigacional correspondente à substituição do credor originário por um novo credor, o mesmo não sucede em relação ao devedor. Não tendo este de ser parte no contrato, para que a cessão seja eficaz em relação a ele, carece a mesma de lhe ser notificada, ou de por ele ser aceite, sob pena de não lhe ser oponível.

Assim, nota o Tribunal da Relação de Lisboa que a "*notificação do devedor não é, pois, facto constitutivo do direito do cessionário nem condição necessária para assegurar a sua legitimidade ativa*", sendo apenas "*mera condição de eficácia da cessão em relação ao devedor*".

O Tribunal da Relação de Lisboa foi ainda chamado a decidir sobre se a citação no âmbito de uma ação executiva proposta pelo cessionário contra o devedor substitui a notificação, questão que não tem tido uma resposta uniforme no seio da jurisprudência e da doutrina. A este respeito, o tribunal entendeu que caso a ineficácia da cessão relativamente ao devedor se prolongue até à data da citação, esta deve ser considerada um meio idóneo de transmissão ao devedor do pertinente e adequado "conhecimento", exigível nos termos do artigo 583.º, n.º 1, do Código Civil, concluindo, assim, que, nas situações em que é alegada a transmissão do crédito, a citação para a execução substitui a notificação.

Contrato de opção, promessa e proposta irrevogável

Acórdão de 24 de setembro de 2020 (Processo n.º 21727/18.5 T8SNT.L1-6) – Tribunal da Relação de Lisboa

Este Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa aborda a diferenciação entre as figuras do contrato de opção, promessa e proposta irrevogável.

No cerne da discussão das partes encontrava-se um contrato de arrendamento comercial com prazo de nove anos e com opção de compra pela arrendatária, o qual fixava um prazo para o exercício da opção pela arrendatária mas não fixava prazo para a conclusão da respetiva compra e venda.

Tendo a arrendatária notificado os senhorios da sua intenção de compra antes do fim do prazo previsto no contrato, quis exigir a imediata venda do imóvel, peticionando a execução específica. Por seu lado, os senhorios alegaram que a venda só deveria ter lugar após o termo do contrato de arrendamento, em 2024.

Entendeu o tribunal que o ponto de partida para determinar a aplicabilidade da execução específica ao caso concreto deveria ser a qualificação do acordo relativo à opção de compra, avançando com três possibilidades:

- **Contrato de opção**, contrato atípico em que uma das partes emite, desde logo, a declaração negocial correspondente à celebração do contrato principal, gerando um direito potestativo na outra parte de optar pela conclusão do negócio, com sua respetiva sujeição;
- **Proposta irrevogável**, definida como a proposta contratual que, depois de recebida pelo destinatário ou de outra forma chegar ao seu conhecimento e salvo declaração em contrário, se torna irrevogável para o declarante (distinguindo-se do contrato de opção por ser unilateral, por a origem da irrevogabilidade ser legal e não contratual e pelo regime de incumprimento que lhe está associado — responsabilidade pré-contratual, ao invés de responsabilidade contratual); ou
- **Promessa** (unilateral ou bilateral), em que a parte ou as partes (conforme se trate de promessa unilateral ou bilateral) se comprometem a emitir uma nova declaração negocial no futuro, necessária para a celebração do contrato definitivo (ao contrário do contrato de opção, em que, como referido, uma das partes emite, desde logo, a sua declaração negocial).

No caso em apreço, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que não tinha havido ainda por parte dos senhorios uma declaração negocial de venda do imóvel, mas, apenas, a promessa de a vir a emitir, para o que concorreu, em particular, o facto de o contrato estabelecer que caso a arrendatária exercesse a opção, seria outorgada a respetiva escritura pública. Nesse sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu tratar-se de uma promessa unilateral que, com o exercício de opção por parte da arrendatária, se converteu numa promessa bilateral, vinculativa para ambas as partes.

Analisando de seguida a questão de saber em que prazo deveria ser celebrado o contrato definitivo, uma vez que o contrato era omissivo a este respeito, o tribunal concluiu que a natureza do contrato-promessa é contrária à aplicação do artigo 777.º, n.º 1, do Código Civil, que tornaria a obrigação exigível a qualquer momento, visto que esta figura se destina precisamente ao diferimento do prazo para cumprimento.

Concluiu o tribunal, por tudo isto, que o prazo da obrigação não estava ainda fixado, pelo que nem a obrigação era ainda exigível, nem os senhorios estavam em mora, pelo que se tornava impos-

sível o recurso à execução específica. Ao invés, deveria a Autora, antes de peticionar a execução específica e por força da própria natureza da prestação (*cfr.* o artigo 777.º, n.º 2, do Código Civil), propor uma ação especial de fixação judicial do prazo, nos termos dos artigos 1026.º e seguintes do Código de Processo Civil, para determinar o prazo em que o contrato deveria ser executado.

Inoponibilidade a terceiros de cláusulas estatutárias limitativas dos poderes dos administradores

Acórdão de 8 de outubro de 2020 (Processo n.º 2246/18.6T8FNC-A.L1-2) – Tribunal da Relação de Lisboa

No acórdão em referência, o Tribunal da Relação de Lisboa foi chamado a pronunciar-se sobre a inoponibilidade a terceiros de cláusulas estatutárias limitativas dos poderes dos administradores.

No cerne da discussão encontrava-se a seguinte cláusula constante do pacto social de uma sociedade, que determinava que a sociedade se vinculava com: *"A) Assinaturas conjuntas de dois administradores; B) Assinaturas conjuntas de um administrador e de um mandatário ou procurador da sociedade, no cumprimento do respetivo mandato; C) Assinaturas conjuntas de um administrador e de um administrador delegado, dentro dos limites dos seus poderes"*.

Não obstante, no caso em apreço, um administrador interviu isoladamente e subscrevera um aval em nome da sociedade, ignorando a referida cláusula.

Em face do sucedido, o Tribunal da Relação de Lisboa constatou que, nos termos do n.º 2 do artigo 409.º do Código das Sociedades Comerciais, uma cláusula estatutária limitativa de poderes só é oponível a terceiros se respeitar ao objeto social e se o terceiro com quem a sociedade contrata tiver (ou dever ter) conhecimento de tal cláusula.

Neste caso, uma vez que o aval fora prestado para garantir as obrigações de uma sociedade cujo capital social era detido em mais de 95% pela sociedade, a subscrição do aval não foi considerada contrária ao fim da sociedade, nos termos do n.º 3 do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais, por se presumir o justificado interesse na prestação de garantia.

Por estas razões, o Tribunal da Relação de Lisboa chamou à colação o artigo 409.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, que estabelece que *"Os actos praticados pelos administradores, em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros, não obstante as limitações constantes do contrato de sociedade ou resultantes de deliberações dos accionistas, mesmo que tais limitações estejam publicadas"*, funcionando como uma proteção dos interesses de terceiros que contratem com a sociedade, diminuindo os riscos de serem confrontados com situações em que a representação aparente não coincide com as regras estatutárias.

Em suma, o Tribunal da Relação de Lisboa concluiu, com base no artigo 409.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, que aquela limitação constante do pacto social não produziu quaisquer efeitos na vinculação da sociedade, não tendo tornado a subscrição do aval inválida ou ineficaz.

Justa causa de destituição de gerente

Acórdão de 5 de novembro de 2020 (Processo n.º 3999/19.OT8GMR.G1) – Tribunal da Relação de Guimarães

No acórdão em referência, o Tribunal da Relação de Guimarães foi chamado a pronunciar-se sobre a justa causa de destituição de um gerente.

Na primeira instância, foi declarado parcialmente procedente o pedido de declaração de inexistência de justa causa para a destituição do gerente. A sociedade Ré não concordou com o tribunal a quo na conclusão de que os factos dados como provados não integravam o conceito de justa causa e recorreu da decisão.

Em causa estavam três factos praticados pelo gerente. Em primeiro lugar, foi dado como provado que o gerente enviara aos sócios as atas de várias deliberações sociais passados mais de 30 dias da sua realização, o que fez com que o direito conferido aos sócios a serem informados do que se passa nas assembleias gerais (para assim, caso o entendam, as possam impugnar) tivesse caducado (artigo 59.º do Código das Sociedades Comerciais). Em segundo lugar, o Autor, no período em que geriu a sociedade, fortalecera as relações comerciais entre a sociedade e outra empresa da qual era também gerente, aumentando os fornecimentos e prestação de serviços entre estas empresas em mais de 500% (onde a Ré era sempre a cliente, tendo, por isso, a obrigação de pagar o preço). Em último lugar, foi também dado como provado que o gerente apelidava alguns trabalhadores da Ré de “fracos”, abordando-os com frequência, e demonstrando descontentamento com a sua prestação, causando-lhes ansiedade e inquietação.

Na perspetiva da sociedade Ré, *“tornara-se impossível a manutenção das funções do Autor para com a Ré, pois a relação de confiança que deveria existir entre ambos encontrava-se destruída”*.

O Tribunal da Relação de Guimarães analisou cada um dos factos. Quanto ao primeiro, o tribunal defendeu que o não envio de atas dentro do prazo de 30 dias não quebra irremediavelmente a relação de confiança da sociedade para com o gerente. O facto de a fundamentação vir desacompanhada da *“demonstração de qualquer consequência nefasta para a sociedade”* despiu o facto da gravidade bastante para integrar o conceito de justa causa. Em relação ao segundo facto, considerou o tribunal que faltou demonstrar o pressuposto essencial, isto é, que o aumento das relações comerciais com a empresa da qual também era gerente criara uma *“situação de vantagem para o Autor ou terceiro, com prejuízo para a Ré”*. Quanto ao último, o Tribunal da Relação de Guimarães subscreveu integralmente a posição do tribunal a quo, ao considerar que o mau trato do gerente para com os trabalhadores atesta que aquele *“tem vasto caminho a percorrer quanto ao modo como deve interagir com os subordinados”*, mas que *“apesar de ser lamentável que este tipo de destrato ocorra no relacionamento entre patrões e empregados”*, os factos apurados não bastam à integração do conceito de justa causa para destituição do gerente.

Em suma, o Tribunal da Relação de Guimarães concluiu que a primeira instância decidira corretamente pela inexistência de justa causa para a destituição do Autor das suas funções de gerente da sociedade.

Exoneração de sócio com Fundamento em erro-vício

Acórdão de 3 de dezembro de 2020 (Processo n.º 7620/19.8T8VNF.G1) – Tribunal da Relação de Guimarães

No acórdão em referência, o Tribunal da Relação de Guimarães foi chamado a pronunciar-se sobre o direito à exoneração de um sócio com fundamento em erro-vício.

O sócio Autor instaurou, em 2019, uma ação contra a sociedade Ré, pedindo que o tribunal declarasse que a sua vontade se encontrava viciada por erro e que, consequentemente, lhe concedesse a exoneração em relação à Ré.

Em causa estavam vários incidentes que foram ocorrendo ao longo dos anos e que, na perspetiva do Autor, lhe conferiam o direito de se exonerar da sociedade Ré. Em síntese, o Autor alegou que em 2013 fora convencido, pelo seu pai e sócio-gerente da Ré, a renunciar à gerência desta, de forma a evitar alguns encargos com a Segurança Social, mediante a promessa que o Autor voltaria a beneficiar de um salário e regressaria à gerência no prazo de um ano. As promessas não foram cumpridas e em 2017 a Ré passou a pagar ao Autor o salário mínimo nacional, sem lhe atribuir funções de gerência e sem distribuir lucros. Em face dos acontecimentos, o Autor alegou que em 2013 a Ré atuara em reserva mental e que, se soubesse que teria apenas direito ao salário mínimo nacional, nunca teria constituído a sociedade Ré com uma quota minoritária e com o outro sócio. O Autor argumentou, assim, que fora induzido em erro e que este erro-vício teria inquinado o processo formativo da sua vontade no momento em que a sociedade Ré foi constituída, nos termos do artigo 45.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais.

A primeira instância julgou extinto, por prescrição, o pretenso direito que o Autor reclamava em ser exonerado da sua qualidade de sócio. O tribunal advogou que o prazo que o Autor dispunha para exercer esse direito com os invocados fundamentos era de um ano a contar do momento a partir do qual o Autor se apercebera da existência dos invocados vícios.

Tendo o caso subido à segunda instância, o Tribunal da Relação de Guimarães começou por clarificar que a insatisfação do sócio e o consequente recurso ao direito à exoneração só se pode basear em algum acontecimento previsto na lei ou no contrato (artigo 240.º do Código das Sociedades Comerciais), o que significa que o direito à exoneração nunca está dependente da vontade arbitrária do sócio. Assim, considerou o tribunal que os fundamentos fácticos apresentados pelo Autor não integram uma situação de erro-vício que tenha inquinado a vontade deste em constituir a sociedade Ré. Na perspetiva do tribunal, os factos alegados pelo Autor em relação ao referido acordo celebrado em 2013 *"não consubstanciam erro-vício que possa ter inquinado o processo de formação da vontade interna do apelante em celebrar o contrato de sociedade objeto dos autos e que, por isso, lhe confirmam o direito a poder obter a anulabilidade desse contrato de sociedade nos termos gerais prescritos na lei civil (artigos 251º e 252º do Código Civil) e que, por conseguinte, lhe possam conferir o direito à exoneração previsto no n.º 1 do artigo 45º do Código das Sociedades Comerciais"*.

Para além disso, o Tribunal da Relação de Guimarães, quanto à (suposta) prescrição do pretenso direito e contrariamente ao que foi decidido pela primeira instância, esclareceu que se trata de um

prazo de caducidade (e não de prescrição), *"em consonância com o regime geral estabelecido no n.º 2 do artigo 298º do Código Civil, nos termos do qual, quando, por força da lei ou por vontade das partes um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição"*. Feita a ressalva, o tribunal acrescentou que a contagem do prazo de um ano começa a partir do conhecimento do erro e subscreveu a decisão recorrida quando nela se escreve que *"já em 2014 se teria apercebido que a Ré não cumpria com o prometido pagamento do salário e o regresso à gerência de direito, e que esse último nunca teve lugar, o prazo de um ano para pedir a exoneração começou a contar-se a partir de 2014 e terminou no ano seguinte, em 2015"*.

Em suma, o Tribunal da Relação de Guimarães confirmou a decisão da primeira instância ao julgar extinto por caducidade (e não por prescrição, como nela foi decidido) o direito à exoneração do sócio Autor.

Amortização de ações arrestadas

Acórdão de 10 de dezembro de 2020 (Processo n.º 2319/19.8T8VIS.C1) – Tribunal da Relação de Coimbra

O Acórdão em referência debruça-se sobre a problemática da amortização compulsiva de ações fundada em arresto ainda não transitado em julgado.

No caso em apreço, estava em causa uma sociedade detida equitativamente por dois acionistas. Nos seus estatutos, previa-se a possibilidade de amortização de ações arrestadas.

Ora, a pedido de outra sociedade em relação de grupo com aquela, foi decretado judicialmente o arresto das ações detidas por um dos acionistas, decisão essa que foi confirmada pelo tribunal de primeira instância.

Estando à época pendente decisão para o Tribunal da Relação de Coimbra, foi convocada assembleia geral de acionistas, na qual o outro acionista da sociedade (e único com poder de voto), decidiu a amortização das ações arrestadas, seguida de redução do capital social, nos termos do artigo 347.º do Código das Sociedades Comerciais.

Entendeu o Tribunal da Relação de Coimbra, no acórdão em análise, que a interpretação da cláusula levava a concluir que a amortização de ações só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da decisão. Tal entendimento advém de a cláusula estatutária que previa a possibilidade de amortização ter um forte cunho personalístico (visto que o seu âmbito se centra na regulação da relação entre a sociedade e os seus sócios), devendo por isso ser apreciada à luz das regras de interpretação dos contratos, de acordo com o artigo 236.º do Código Civil.

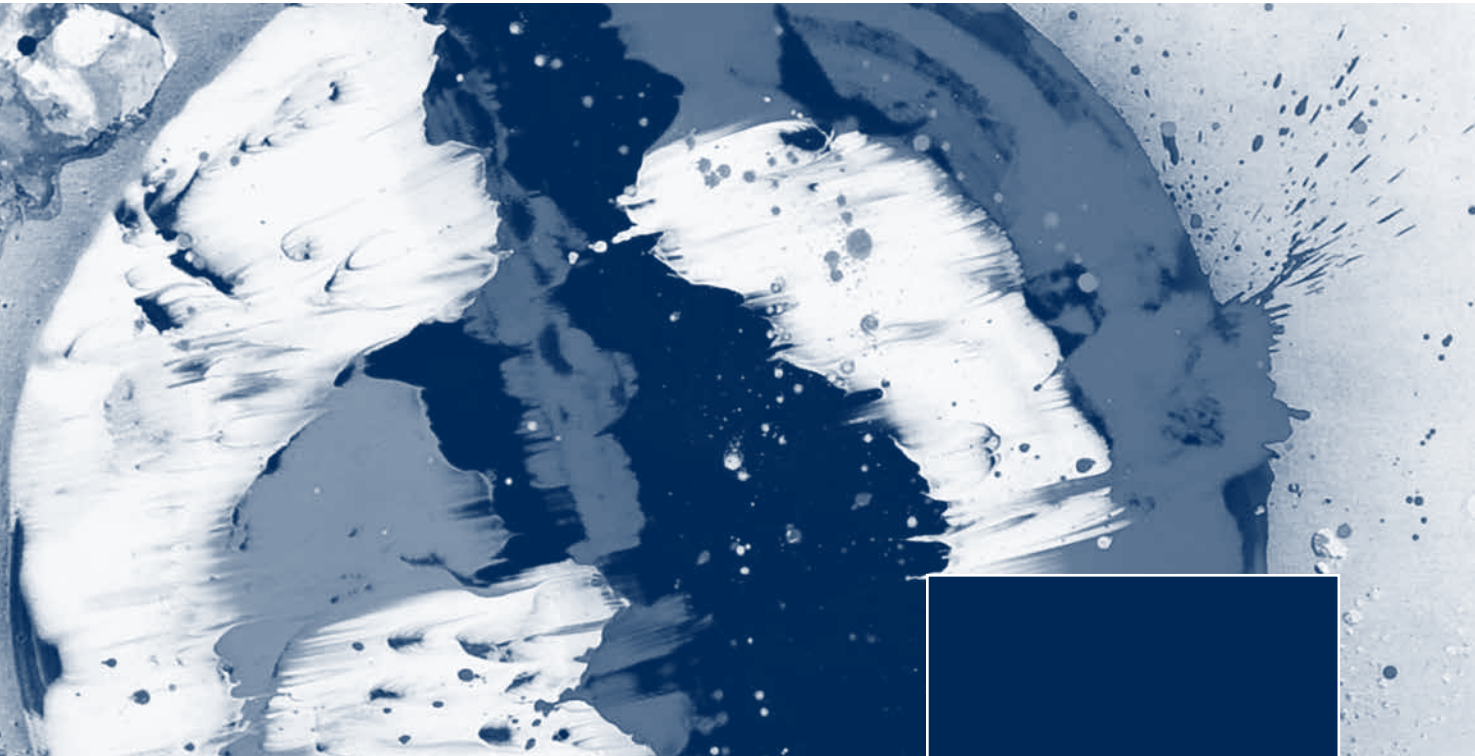
Tal entendimento levou, por sua vez, o tribunal a entender que a cláusula em questão visava impedir que terceiros pudessem ter intervenção na sociedade, ameaça longínqua quando exista apenas uma decisão provisória de arresto, pois a transmissão das ações exige ainda (i) o reconhecimento judicial do crédito que se visa acautelar com a providência cautelar, (ii) a venda executiva e (iii) mesmo na venda executiva, o sócio teria direito de preferência para aquisição da ação.

Por fim, defende ainda o tribunal que a amortização compulsiva de ações, implicando a perda da qualidade de acionista, tem um enorme impacto, podendo mesmo ser considerada desproporcionada se considerarmos que o arresto pode ser decretado em procedimento cautelar com sacrifício do contraditório prévio do réu.

Situação diferente seria se os estatutos previssessem expressamente a suficiência de uma decisão de arresto provisório, coisa que as partes, sublinha o tribunal, são livres de fazer. Assinala-se, no entanto, a importância nesses casos do respeito pelo prazo previsto no artigo 347.º, n.º 6, do Código das Sociedades Comerciais para decisão de amortização de ações, sob pena de caducidade.

Termina o tribunal referindo que, dada a condenação (noutro processo) do sócio titular das ações arrestadas por violação fulcral do seu dever de lealdade, a amortização das suas ações parecia uma inevitabilidade para o futuro, mas tal deveria ocorrer com respeito pelas disposições legais e estatutárias aplicáveis.

9 de febrero de 2021



Procesal Civil

9 de febrero de 2021

1. Legislación

[Unión Europea]

Acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores

Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (DOUE L 409 publicado el 4 de diciembre de 2020)

A resultas del proceso de globalización y de digitalización de la economía, las instituciones europeas han comprobado que las prácticas ilícitas de los empresarios, cuando lesionan los derechos de los consumidores, tienen un alcance cada vez más transnacional. Por ello, se hace necesario articular un mecanismo procesal armonizado en todos los Estados que permita a los consumidores y usuarios la interposición de acciones colectivas para la efectiva defensa de sus intereses, lográndose así una mayor tutela de los derechos de los consumidores, un mejor funcionamiento del mercado interior, una aplicación efectiva del derecho comunitario y una mayor represión de las prácticas empresariales que distorsionan la competencia real entre operadores empresariales. Paralelamente, se persigue aunar esta protección de los consumidores con la previsión de unas salvaguardas adecuadas que permitan a los empresarios protegerse frente al ejercicio abusivo de acciones colectivas que obstaculicen injustificadamente el derecho de esos empresarios a ejercer su actividad en el mercado interior.

La aprobación de la Directiva objeto de este análisis trae causa de la constatación por parte de las autoridades comunitarias de las carencias de la antigua Directiva 2009/22/CE, que no otorgaba a los consumidores todas las herramientas necesarias para la efectiva tutela judicial de sus derechos colectivos. No en vano, mientras la regulación que ahora se ha derogado limitaba la defensa de

* 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, 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 Portugal).

los derechos de los consumidores y usuarios a las acciones colectivas que tenían por objeto la cesación prohibición de las infracciones del derecho de la Unión, la Directiva ahora aprobada amplía estas acciones también a las que persiguen la adopción de medidas resarcitorias por las lesiones sufridas.

a) Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación. La Directiva 2020/1828 se aplica a las acciones ejercitadas por entidades representativas de los consumidores frente a actos de los empresarios que infrinjan las disposiciones de derecho comunitario, siempre que la infracción afecte a un listado de 66 Directivas o Reglamentos enumerados en el Anexo I de la Directiva. Se trata de un listado que hace referencia, en síntesis, a normas comunitarias de tuición general de los consumidores y también a normas específicas en el ámbito de la protección de datos, de los servicios financieros, de los viajes, del turismo, de la energía, de las telecomunicaciones y de los servicios de inversión.

A los efectos de la Directiva, se considerarán entidades representativas de los consumidores las que determine cada Estado. En cualquier caso, la entidad debe ser acumulativamente una persona jurídica (i) que haya desempeñado de forma efectiva y pública durante al menos doce meses una actividad acreditable de defensa de los derechos de los consumidores; (ii) que recoja en sus estatutos que una de sus finalidades es la protección de los derechos de los consumidores y usuarios en los ámbitos a los que se circunscribe la Directiva; (iii) que carezca de ánimo de lucro; (iv) que no esté incusa en un procedimiento de insolvencia o que haya sido declarada insolvente; (v) que sea independiente y su actividad no esté influida por empresarios o terceros que tengan un interés económico en el ejercicio de cualquier acción de representación, y (vi) que cumpla con unos requisitos de transparencia establecidos en la Directiva (publicación de sus fuentes de financiación, de su estructura organizativa y de gestión, de su finalidad estatutaria y de sus actividades, entre otros).

En particular, y ahondando en el principio de transparencia que debe informar la labor representativa de las organizaciones de consumidores y usuarios, la Directiva obliga a las citadas entidades a facilitar, en el marco de las reglas que prevea cada Estado, información pública y puntual sobre las acciones de representación que hayan decidido ejercitar ante un órgano jurisdiccional o ante una autoridad administrativa, sobre la situación procesal de las acciones de representación ejercitadas y sobre los resultados de tales acciones de representación. Asimismo, los Estados miembros tendrán la obligación de crear bases de datos de acceso público que permitan a cualquier consumidor recibir información completa y veraz sobre las entidades representativas habilitadas para el ejercicio de las acciones colectivas y para representar a los consumidores en el seno de acciones colectivas nacionales o transnacionales.

b) Acciones cuyo ejercicio permite la Directiva para la interposición de acciones colectivas representativas de los derechos de los consumidores y usuarios. La norma comunitaria prevé que las entidades designadas por los Estados para representar colectivamente a los consumidores y usuarios puedan ejercitar, de forma independiente o acumulada, dos tipos de acciones: la de *cesación* y la de *resarcimiento*.

- i. Las acciones de cesación son aquellas que tienen por objeto proteger los intereses colectivos de los consumidores y que exigen a un empresario, de forma provisional o definitiva, procesal o extraprocesalmente, que cese en cualquier conducta que resulte contraria a las

normas que constituyen el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva. Estas acciones no solo amparan las pretensiones de cese o prohibición de conductas ilícitas, sino que también permiten a las organizaciones representativas de los consumidores exigir la declaración de que una determinada práctica es contraria al ordenamiento jurídico comunitario o la difusión de esa decisión mediante la publicación total o parcial de la resolución adoptada.

Para el ejercicio de las acciones de cesación, se reconoce una *legitimación abierta*, lo que implica que la entidad representativa de los consumidores tendrá una legitimidad *ex lege* para la interposición de este tipo de acción. Así, para interponer la correspondiente acción, (i) no deberá recabar de los consumidores a los que represente su consentimiento para ser representados por la organización, teniendo una legitimación general automática, ni (ii) demostrar que los representados han sufrido una pérdida de cualquier tipo o que el empresario se ha conducido con negligencia o dolo. Sin embargo, para evitar la proliferación indiscriminada de acciones de cesación, que disuada a los empresarios de llevar a cabo su actividad empresarial en el mercado interior, la Directiva permite expresamente a los Estados que prevean en sus derechos internos que una determinada infracción solo pueda ser denunciada por una única organización.

- ii. Las *acciones de resarcimiento* son las que exigirán a los empresarios que hayan infringido alguna norma de las que prevé la propia Directiva una compensación a los consumidores afectados por la lesión, compensación que puede consistir en el pago de una indemnización, la reparación o sustitución del bien, la reducción del precio, la resolución contractual o el reembolso total del precio pagado.

A diferencia de lo que sucede con las acciones de cesación, la legitimación de las organizaciones representativas de los consumidores y usuarios para el ejercicio de este tipo de acciones no es automática, sino que es *restringida*. Ello significa que la organización solo podrá representar a aquellos consumidores que hayan manifestado expresa o tácitamente su voluntad de ser representados por la organización y de quedar vinculados por el resultado de la acción de representación y de las medidas de resarcimiento reclamadas. Además, para evitar la proliferación indiscriminada de reclamaciones de esta índole, la Directiva habilita expresamente a los Estados para introducir normas de derecho interno que establezcan límites, de suerte que un mismo consumidor solo pueda exigir a un empresario —individual o colectivamente—, por un mismo objeto y causa, una única medida resarcitoria.

La interposición de cualquiera de las dos acciones indicadas *ut supra*, individual o conjuntamente, surtirá el efecto de interrumpir o suspender el plazo de prescripción previsto por la normativa interna de cada Estado. Además, la Directiva conmina a los Estados a que tramiten las acciones objeto de la Directiva con una celeridad suficiente que permita garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos colectivos de los consumidores. En particular, se prevé que las medidas de cesación puedan tramitarse, cuando así lo prevea el ordenamiento jurídico interno, mediante procedimientos ágiles y acelerados.

c) Conflictos de interés. La Directiva comunitaria es bien consciente de que el ejercicio de una acción colectiva de naturaleza resarcitoria puede dar lugar a que emerjan situaciones de conflicto de

interés que es necesario resolver para evitar una lesión real de los derechos de los consumidores o incluso de los propios empresarios.

Así, aunque la Directiva no impide que terceros financien la interposición de este tipo de acciones, cuando así sea posible en cada derecho interno, en cambio se exige que las autoridades nacionales velen por evitar que estas financiaciones externas creen situaciones de conflicto si los financiadores pudieran tener unos intereses no debidamente alineados con los de los propios consumidores. En particular, se prevé que las decisiones relativas a la consecución de acuerdos transaccionales no estén indebidamente influidas por un tercero cuyos intereses resulten contrarios a los de la pluralidad de consumidores representados por la organización o que la acción no la pueda interponer —directa o indirectamente— un competidor del financiador o contra un tercero del que dependa un financiador.

d) Acuerdos transaccionales en el marco de las acciones resarcitorias. Como viene siendo habitual en la tradición jurídica comunitaria, la Directiva apuesta claramente por la resolución extraprosal de los conflictos entre los empresarios y los consumidores. En particular, la norma prevé expresamente que las autoridades administrativas o judiciales encargadas de conocer de las diferencias entre las partes puedan, tras haberlas oído, proponerles que alcancen acuerdos transaccionales en un plazo razonable o que sean las propias partes las que, tras un periodo de negociación, presenten a la autoridad administrativa o judicial una propuesta de resolución amistosa del pleito.

La Directiva reconoce plena validez a los acuerdos transaccionales, que serán vinculantes para las partes con el mismo efecto que tendría una resolución administrativa o judicial, si bien los somete en todo caso al control del órgano administrativo o jurisdiccional, que con carácter previo a su homologación deberá cerciorarse de que el acuerdo transaccional no vulnera los derechos de los consumidores y usuarios afectados y los derechos de las partes en el procedimiento. En este punto, se prevé expresamente una interdicción de homologación y una obligación de seguir con el procedimiento cuando el acuerdo presentado no cumpla con los estándares antes indicados.

e) Efectos de la resolución que se dicte. La Directiva prevé que la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo o judicial —tras un acuerdo transaccional o tras haberse pronunciado el órgano dirimente— tenga efectos de cosa juzgada y resulte vinculante para las partes cuando devenga firme. Además, la norma obliga a los Estados miembros a que aseguren que cualquiera de las partes pueda hacer valer esa resolución firme, con efectos vinculantes, en el contexto de cualquier otra acción ejercitada ante cualesquiera otros órganos internos, de naturaleza administrativa o jurisdiccional.

f) Decisión en materia de costas. Para la Directiva, la efectiva tutela de los derechos de los consumidores no solo exige que la autoridad administrativa o judicial resuelva las diferencias que se produzcan entre los empresarios y los consumidores y usuarios —debidamente representados a través de la correspondiente organización habilitada—, sino que extiende la tutela al propio procedimiento de defensa de los intereses colectivos. En ese sentido, el legislador comunitario obliga a que cada Estado introduzca en su ordenamiento jurídico una disposición según la cual quien vea estimada su pretensión en el marco de una acción de representación pueda exigir a la parte venci-

da un resarcimiento que le permita hacer frente a las costas procesales, todo ello de conformidad con las previsiones y excepciones que determine cada ordenamiento jurídico nacional.

[España]

Medidas en materia de vivienda, llamadas a proteger a los arrendatarios incurso en situaciones de vulnerabilidad social y económica a consecuencia del COVID-19

Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes (BOE de 23 de diciembre de 2020)

Para paliar los efectos económicos adversos provocados por la crisis sanitaria del COVID-19, el Consejo de Ministros aprobó, mediante Real Decreto-ley, una serie de medidas en materia de vivienda, llamadas a proteger a los arrendatarios incurso en situaciones de vulnerabilidad social y económica.

a) Suspensión del lanzamiento interesada por arrendatarios

En particular, en todos aquellos juicios verbales incoados por el titular dominical de una finca urbana frente a su inquilino, en los que se pretenda recuperar la posesión de la finca como consecuencia de un impago de rentas o por la expiración del plazo de vigencia de la relación arrendaticia, se prevé que el arrendatario pueda incoar un *incidente extraordinario de suspensión del desahucio o del lanzamiento*, o, si todavía no estuviese señalada la fecha de lanzamiento, pedir la suspensión de ese señalamiento o de la celebración de la vista de juicio verbal.

El *iter* judicial previsto para la resolución de la solicitud es el siguiente:

- i. *Solicitud*. La solicitud de las medidas citadas *ut supra* se producirá a instancia de la parte arrendataria, quien deberá presentar en el procedimiento judicial un escrito en el que acredite hallarse incurso en una causa de vulnerabilidad social y económica, justifique carecer de una alternativa habitacional y solicite la suspensión del lanzamiento, del señalamiento del lanzamiento o de la celebración de la vista hasta la fecha en que decaiga el estado de alarma.
- ii. *Traslado*. Presentado este escrito, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la solicitud a la parte actora (el propietario de la finca), quien dispondrá de diez días para hacer las alegaciones que estime oportunas sobre la concurrencia de los requisitos exigidos por el Real Decreto-ley y, en su caso, para acreditar por los mismos medios que si se aceptase la solicitud presentada por el inquilino se situaría al titular dominical de la finca en la misma situación de vulnerabilidad.
- iii. *Intervención de los servicios sociales*. Una vez oídas a ambas partes, el letrado de la Administración de Justicia elevará sendos escritos a los servicios sociales competentes, para que libren un informe valorativo de la situación de especial vulnerabilidad alegada por el

arrendatario (y, en su caso, también por el arrendador). Tal informe deberá valorar objetivamente la situación social y económica de las partes que hayan alegado hallarse incursas en una situación de especial vulnerabilidad y habrá de contener igualmente medidas paliativas o correctoras que, desde la administración competente en materia de política social, se puedan adoptar para garantizar una solución habitacional a las partes.

- iv. *Resolución.* A la vista de las alegaciones de las partes y del informe elaborado por los servicios sociales, el juez dictará un auto en el que resuelva conceder o denegar la suspensión interesada. Esta resolución debe señalar en cualquier caso que la suspensión —en caso de adoptarse— deberá alzarse de forma automática cuando decaiga el estado de alarma aprobado mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

b) Suspensión del lanzamiento interesada por precaristas y personas que carezcan de justo título para ocupar una finca urbana

Podrán solicitar igualmente la suspensión de los procedimientos previstos en los ordinales 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 LEC, los precaristas y personas que carezcan de justo título para ocupar una finca, siempre que se acredite acumulativamente que (i) el propietario de la finca sea un *gran tenedor* (persona jurídica o física titular de más de diez viviendas), que el ocupante sea una persona dependiente, víctima de violencia sobre la mujer, persona con menor de edad o dependiente a su cargo y, además, se halle incurso en una situación de especial vulnerabilidad, y que se justifique la suspensión del procedimiento judicial sobre la base de una ausencia de alternativa habitacional.

La tramitación de la solicitud se hará de manera más ágil que en el supuesto anteriormente indicado, al solicitarse de forma inmediata el informe a los servicios sociales, sin escuchar a la parte actora del procedimiento. Una vez emitido el correspondiente informe, los autos quedarán pendientes de resolución judicial.

Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia

Se ha aprobado el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, que incorpora medidas de agilización procesal en determinados ámbitos. Este Anteproyecto modifica una serie de leyes en el ámbito civil, penal, social y contencioso-administrativo. En esta reseña únicamente se explicarán las modificaciones más relevantes, por novedosas, en el ámbito de la jurisdicción civil.

a) Regulación de los medios adecuados de solución de controversias

El título I contiene un bloque de reformas dirigido a regular otros medios adecuados de solución de controversias, alternativos a los procedimientos judiciales, con los que se pretende potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, para reducir el conflicto social y evitar la sobrecarga de nuestros tribunales.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación de los medios adecuados de solución de controversias, estos medios adecuados de solución de controversias se aplicarán a los asuntos civiles y mercantiles, excluyéndose las materias laboral, penal y concursal, así como los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional en el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público.

En lo que se refiere a la jurisdicción civil, se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a un medio adecuado de resolución de controversias para que la demanda sea admisible. Para entender cumplido este requisito, habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar. Además, a los efectos de cumplir el requisito de procedibilidad para la iniciación de la vía jurisdiccional, las partes podrán:

- i. Acudir a la mediación regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- ii. Negociar directamente o, en su caso, a través de sus abogados, así como emplear otras modalidades previstas en la legislación especial.
- iii. Acudir a cualquiera de las modalidades de negociación previa reguladas en el Anteproyecto, entre las que destacan:
 - La conciliación privada: la persona que pretenda ejercitar acciones legales puede requerir a una persona con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate, para que gestione una actividad comercial tendente a alcanzar un acuerdo conciliatorio con la parte a la que se pretenda demandar.
 - Oferta vinculante confidencial: cualquier persona que, con ánimo de dar solución a una controversia, formule una oferta vinculante a la otra parte, queda obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la parte a la que va dirigida la acepta. La aceptación tendrá carácter irrevocable. Si la oferta vinculante es rechazada o no es aceptada expresamente en el plazo de un mes, la parte requirente podrá ejercitar la acción que le corresponda, entendiéndose que se ha cumplido el requisito de procedibilidad.
 - Opinión de un experto independiente: las partes, para resolver una controversia, podrán designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto.

La disposición adicional sexta del Anteproyecto establece una regla específica para los litigios en materia de consumo. En concreto, dispone que, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubiere contratado, sin perjuicio de que también puedan acudir a cualesquiera medios adecuados de solución de controversias. Además, el requisito de procedibilidad se entenderá igualmente cumplido con la presentación de reclamaciones ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

La iniciativa de acudir a los medios de solución de controversias puede proceder de una de las partes, de ambas de común acuerdo o de una decisión judicial de derivación de las partes a este tipo de medios. Ahora bien:

- i. No podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni aun por derivación judicial, los conflictos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes conforme a la legislación aplicable, ni tampoco los conflictos que afecten a alguna de las materias excluidas de la mediación conforme a lo dispuesto en el artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (violencia de género).
- ii. No se exigirá actividad negocial previa como requisito de procedibilidad cuando se pretenda iniciar un procedimiento para la tutela judicial de derechos fundamentales, la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil (prestación de alimentos, disposiciones apropiadas para evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda, medidas para evitar la sustracción de menores, medidas de prohibición de aproximación y comunicación con un menor, y, en general, aquellas medidas destinadas a apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas) y cuando se solicite autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico.

A los efectos de poder acreditar que se ha intentado una actividad negocial previa y que se ha cumplido el requisito de procedibilidad, dicha actividad negocial deberá ser recogida documentalmente. Al efecto, habrá de distinguir entre:

- i. Aquellos casos en que no hubiera intervenido un tercero neutral: en esos casos, la acreditación se cumplirá mediante cualquier documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia de la identidad de las partes, la fecha, el objeto de la controversia y la determinación de la parte o partes que formularon propuestas iniciales; o, en su defecto, mediante cualquier documento que pruebe que la parte requerida ha recibido dicha propuesta y en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro.
- ii. Aquellos casos en que haya intervenido un tercero neutral para gestionar la actividad negociadora: en esos casos, ese tercer neutral deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, un documento en el que hará constar (a) la identidad del tercero, su cualificación, colegio profesional o institución a la que pertenece; (b) la identidad de las partes; (c) el objeto de la controversia; (d) la fecha de la reunión o reuniones mantenidas; y (e) la declaración solemne de que las partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente. En el caso de que la parte requerida no hubiese comparecido o hubiese rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora, se consignará también la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de haber sido realizada y la fecha de su recepción. Si quien no compareciera fuese la parte que promovió la actividad negociadora, se consignará tal circunstancia.

Hay que tener en cuenta que si la propuesta inicial de acuerdo no tiene respuesta o si el proceso negociador finaliza sin acuerdo, las partes deberán formular la demanda dentro del plazo de tres

meses a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida o, en su caso, desde la fecha de terminación del proceso de negociación sin acuerdo, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad. Transcurrido dicho plazo sin que se haya presentado la demanda, las partes deberán iniciar un nuevo proceso de negociación para entender cumplido el requisito de procedibilidad.

En estos mecanismos alternativos de resolución de controversias, las partes podrán alcanzar acuerdos totales o parciales. En este último caso, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que se mantenga la discrepancia. En el documento que recoja el acuerdo, que deberá ser firmado por las partes o sus representantes, se deberá hacer constar la identidad y el domicilio de las partes y, en su caso, la identidad del tercero neutral que haya intervenido, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de negociación ajustado a las previsiones del Anteproyecto. Además, las partes podrán compelerse recíprocamente a elevar el acuerdo alcanzado a escritura pública y, cuando así lo exija la Ley o si el acuerdo se hubiere alcanzado en un proceso de negociación al que se hubiera derivado por el tribunal en el seno de un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación.

En todo caso, el acuerdo alcanzado tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, sin que se pueda presentar demanda con igual objeto. Para que tenga el valor de título ejecutivo, el acuerdo habrá de ser elevado a escritura pública u homologado judicialmente. Contra lo convenido en el acuerdo solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

La solicitud de una de las partes dirigida a la otra para iniciar un procedimiento de negociación a través de un medio adecuado de solución de controversias interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por la parte requerida. El cómputo de los plazos se reiniciará o reanudará, respectivamente, en el caso de que en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito. La interrupción o suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o cuando se produzca la terminación del proceso de negociación sin acuerdo.

Por último, el Anteproyecto permite que las partes acuerden que todas o alguna de las actuaciones de negociación en el marco de un medio adecuado de solución de controversias se lleven a cabo por medios telemáticos. Además, establece que el proceso de negociación y la documentación que en él se utilice son confidenciales, salvo la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y al objeto de la controversia.

b) Juicio verbal. *Modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC")*

Pasarán a decidirse en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas en las que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación, en los casos previstos en la legislación sobre dicha materia, y las acciones que otorga a las juntas de propietarios y a estos la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, siempre que versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, sea cual fuere dicha cantidad. Además, se au-

menta la cuantía en virtud de la cual las demandas se sustanciarán por los trámites del juicio verbal (en la actualidad, se deciden en esta clase de juicios las demandas cuya cuantía no exceda de 6000 euros, pero el Anteproyecto eleva esa cuantía hasta los 15.000 euros).

Asimismo, se cambia la regulación sobre la celebración de vista y proposición de prueba en el procedimiento verbal. De acuerdo con la regulación vigente, basta con que una de las partes solicite la celebración de vista para que esta haya de celebrarse. Sin embargo, en el Anteproyecto se acuerda que, una vez presentada la contestación, se emplazará a ambas partes para que, en cinco días, propongan la prueba que pretendan practicar. En los tres días siguientes al traslado del escrito de proposición de prueba, las partes podrán, en su caso, presentar impugnaciones de documentos. Trascurrido dicho plazo, el tribunal resolverá por auto sobre la admisión de la prueba propuesta y sobre la pertinencia de la celebración de vista. Si considera que la vista no es necesaria, dejará los autos conclusos para dictar sentencia. Contra este auto que resuelva sobre la prueba propuesta, cabrá interponer recurso de reposición, que tendrá efecto suspensivo. Por último, *"cuando la única prueba admitida sea la documental, y estos ya se hubieran aportado sin resultar impugnados; o cuando el tribunal no haya admitido la presencia de los peritos en el juicio, se procederá a dictar sentencia, sin previa celebración de vista"*.

c) Regulación de los llamados "procedimientos testigo"

En los últimos tiempos se ha detectado que la litigación en masa en materia de condiciones generales de la contratación ha desembocado en el colapso de los órganos judiciales. Para tratar de solucionar este problema, se incorpora a la legislación el sistema de tramitación de los llamados procedimientos testigo.

El procedimiento testigo es una vía que se articula para dar respuesta a demandas con identidad sustancial de objeto sin necesidad de tramitar todas ellas. Así, en el caso de las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación, el letrado de la Administración de Justicia dará cuenta al tribunal, antes de la admisión de la demanda, si considera que dicha demanda incluye pretensiones que han sido objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes, que no es preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante y que las condiciones generales de la contratación cuestionadas tienen identidad sustancial.

Del mismo modo, las partes podrán solicitar en sus escritos rectores (demanda y contestación) que el procedimiento se sustancie por los cauces establecidos para los procedimientos testigo, siempre que se den los presupuestos indicados en el párrafo anterior.

Examinada la cuestión por el tribunal, este dictará auto para acordar la suspensión del curso de las actuaciones hasta que se dicte sentencia firme en el procedimiento identificado como testigo o, por el contrario, dictará providencia para seguir con la tramitación del procedimiento.

En caso de que se hubiera dictado el auto para acordar la suspensión, junto con su notificación se remitirá copia de aquellas actuaciones que consten en el procedimiento testigo y que, a juicio del tribunal, permitan apreciar las circunstancias acreditativas de que la demanda incluye pretensiones que han sido objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes, que no es

preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante y que las condiciones generales de la contratación cuestionadas tienen identidad sustancial.

Frente al auto que acuerde la suspensión, cabrá recurso de apelación, que, al igual que el procedimiento testigo, se tramitará de modo preferente. De igual modo, se dará tramitación preferente a los recursos de casación legalmente previstos contra sentencias definitivas dictadas en la tramitación de los procedimientos testigo.

Una vez adquiera firmeza la sentencia en el procedimiento testigo, el tribunal dictará providencia en la que indicará si considera procedente o no la continuación del procedimiento instado, en función de si se han resuelto o no todas las cuestiones planteadas en la sentencia del procedimiento testigo, relacionando aquellas que considere que no están resueltas en la sentencia y dando traslado al demandante del procedimiento suspendido para que, en cinco días, solicite:

- i. El desistimiento de sus pretensiones, en cuyo caso el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto acordándolo, sin condena en costas.
- ii. La continuación del procedimiento suspendido, indicando las razones o pretensiones que deben ser, a su juicio, resueltas. En este caso, el letrado de la Administración de Justicia alzará la suspensión y admitirá la demanda respecto de las cuestiones cuya resolución haya solicitado el demandante.
- iii. La extensión de los efectos de la sentencia dictada en el procedimiento testigo. En este caso, se estará a lo dispuesto en el artículo 519 de la LEC, según el cual el tribunal dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena.

d) Modificaciones en la regulación de reclamaciones derivadas de cláusulas suelo

Se incluye una modificación en la LEC de acuerdo con la cual no se admitirán las demandas que tengan por objeto las acciones de reclamación de cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria si no se acompaña a la demanda documento que justifique que el consumidor ha practicado una reclamación previa extrajudicial a la persona física o jurídica que realice la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional, con el fin de que reconozca expresamente el carácter abusivo de dichas cláusulas, con la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor.

Una vez recibida la reclamación, la persona o entidad destinataria efectuará un cálculo de la cantidad a devolver de manera desglosada, incluyendo necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses. En su caso, admitirá o rechazará la nulidad de las cláusulas que el consumidor señale como abusivas. En el caso de que considere que la devolución no es procedente o que rechace la abusividad de las cláusulas, comunicará razonadamente los motivos en los que funda su decisión, sin que pueda alegar otros diferentes en el proceso judicial que se siga.

El consumidor deberá manifestar, en su caso, si está de acuerdo con el cálculo y la postura del concedente del préstamo o crédito respecto a la abusividad de las cláusulas interesadas. Si lo estuviera, la persona o entidad que hubiera concedido el préstamo o crédito acordará con el consumidor la devolución del efectivo y, en su caso, reconocerá la nulidad de las cláusulas.

El plazo máximo para que el consumidor y la persona o entidad a la que se reclamó lleguen a un acuerdo será de un mes a contar desde la presentación de la reclamación. En todo caso, se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo:

- i. Si la persona o entidad a la que se ha dirigido la reclamación rechaza expresamente la solicitud del consumidor.
- ii. Si finaliza el plazo de un mes desde la recepción de la comunicación, sin comunicación alguna por su parte.
- iii. Si el consumidor no está de acuerdo con el cálculo de la cantidad a devolver efectuado por la persona o entidad concedente del préstamo o crédito, si rechaza la cantidad ofrecida o si no muestra su conformidad con la posición de dicha persona o entidad sobre la nulidad de las cláusulas interesadas.

Si transcurrido el plazo de un mes no se ha puesto a disposición del consumidor, de modo efectivo, la cantidad ofrecida, esta devengará los intereses legales del dinero incrementados en ocho puntos desde que conste fehacientemente que ha sido aceptada la oferta por el perjudicado. Transcurrido dicho plazo de un mes sin hacerse efectiva la cantidad ofrecida, el consumidor podrá acudir a la vía judicial, sin perjuicio de que continúe el devengo de los intereses referidos.

Las partes no podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la reclamación previa durante el tiempo en que esta se sustancie.

e) Modificaciones de la LEC en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal

Se trata de una de las reformas más relevantes del Anteproyecto. Con ella se persigue un triple objetivo: (i) simplificar la concepción del recurso, mediante la previsión de un único recurso de casación que no depende del tipo o cuantía del proceso y que se adentra en el interés casacional de la interpretación de las normas, tanto sustantivas como procesales; (ii) fortalecer el interés casacional, como cauce único de acceso al recurso, simplificando su definición, de modo que existirá interés casacional, sustantivo o procesal, cuando la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia de la Sala Primera (o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente en el recurso de casación autonómico), resuelva una cuestión sobre la que no exista jurisprudencia de dichos tribunales o haya pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales; y (iii) garantizar la celeridad en los tiempos de respuesta de la Sala Primera mediante la simplificación de la fase de admisión.

Así, en el Anteproyecto se elimina el recurso extraordinario por infracción procesal y se establece que el recurso de casación habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siem-

pre que concurra interés casacional. La única excepción para que pueda interponerse un recurso de casación sin que concurra interés casacional es frente a sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo (excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución).

Se entenderá que concurre interés casacional:

- i. Cuando la resolución recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas sobre las que no existiera doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.
- ii. Si se trata de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista doctrina del Tribunal Superior sobre normas de derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.
- iii. En todo caso, cuando la resolución impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica.

El conocimiento del recurso de casación corresponderá a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procesan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas del derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

El Anteproyecto contiene novedades respecto de la admisión del recurso de casación. En la regulación actual, la Sala, antes de resolver sobre la admisión del recurso, pondrá de manifiesto mediante providencia las posibles causas de inadmisión que pueden concurrir en el recurso para que las partes, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes. Transcurrido ese plazo, dictará auto para admitir o inadmitir todo o parte del recurso. El Anteproyecto simplifica este trámite. Así, en primer lugar, transcurrido el plazo para personarse ante el Tribunal Supremo (o ante el Tribunal Superior de Justicia), el letrado de la Administración de Justicia comprobará que el recurso se haya interpuesto en tiempo y forma, incluyendo, en el caso de las infracciones procesales, la denuncia previa en la instancia, así como la debida constitución del depósito para recurrir. De no cumplirse estos requisitos, inadmitirá el recurso mediante decreto. Si estos requisitos se cumplen, el letrado de la Administración de Justicia elevará las actuaciones a la Sección de Admisión (de la Sala Primera del Tribunal Supremo o a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, según corresponda) para que se pronuncie sobre la admisión del recurso, sin dar traslado a las partes para que aleguen sobre las posibles causas de inadmisión concurrentes. El recurso de casación se inadmitirá mediante providencia (y no auto, como en la regulación actual) sucintamente motivada que declarará, en su caso, la firmeza de la resolución recurrida, y se admitirá mediante auto que exprese las razones por las que la Sala Primera o la

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia debe pronunciarse sobre la cuestión o cuestiones planteadas en el recurso.

El Anteproyecto incluye la novedad de que el recurso de casación pueda resolverse mediante auto (en vez de mediante sentencia) en aquellos supuestos en que, habiendo ya doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas, la resolución impugnada se oponga a dicha doctrina. Dicho auto casará la resolución recurrida y devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial.

Por último, se prevé que los actos dispositivos de todo proceso (renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción o sometimiento a medios adecuados de solución de controversias y a arbitraje) no puedan ya realizarse una vez señalado el día para la deliberación, votación y fallo del recurso de casación.

f) Régimen transitorio y entrada en vigor

En la disposición transitoria primera se establece que, con carácter general, las previsiones recogidas en esta norma se aplicarán exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor. Para los procedimientos judiciales en curso a la entrada en vigor de la norma, las partes, de común acuerdo, se podrán someter a cualesquiera medios adecuados de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto en la LEC.

La disposición transitoria tercera se refiere al régimen transitorio del recurso de casación civil. En ella se indica que la nueva regulación del recurso se aplicará a aquellos que se interpongan contra las resoluciones dictadas a partir de su entrada en vigor, con las siguientes excepciones:

- i. Los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal interpuestos contra resoluciones dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley cuyo Anteproyecto es objeto de este comentario se registrarán por la legislación anterior, cualquiera que sea la fecha en la que dichas resoluciones se notifiquen.
- ii. En los supuestos del punto anterior, si procediera la inadmisión de los recursos por las causas previstas en las normas hasta entonces vigentes, se acordará por providencia sucinamente motivada, previa audiencia de las partes.
- iii. También en los supuestos del primer punto, si se trata de un caso en el que ya hay doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas, tanto el recurso de casación como el recurso extraordinario por infracción procesal podrán resolverse por medio de auto, que casará la sentencia recurrida y devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial existente sobre la cuestión o cuestiones planteadas.

La norma entraría en vigor a los tres meses desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

[Portugal]

Processo extraordinário de viabilização de empresas

Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro (DR 232, Série I, de 27 de novembro de 2020)

A Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, consagra um conjunto de medidas destinadas a auxiliar as empresas a ultrapassar as dificuldades resultantes da pandemia da doença COVID-19, com especial destaque para a criação do novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE).

O PEVE destina-se a qualquer empresa que se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente ou atual em virtude da pandemia da doença COVID-19, mas ainda seja suscetível de viabilização. Com algumas ressalvas, só podem aceder ao PEVE as empresas que apresentassem, no dia 31 de Dezembro de 2019, um ativo superior ao passivo, apurado segundo as regras previstas no CIRE.

O PEVE permite à empresa obter a homologação judicial de um acordo de reestruturação de dívida (denominado “acordo de viabilização”), previamente negociado e assinado pela empresa e por credores que representem, pelo menos, as maiorias de voto previstas no regime do PER. A decisão de homologação vincula os subscritores do acordo e os credores constantes da relação de credores, independentemente da sua participação na negociação extrajudicial.

Ainda a propósito do PEVE, cumpre destacar alguns aspetos de regime:

- i. Na pendência do PEVE, não podem ser suspensos os serviços públicos essenciais (e.g., água, energia elétrica, gás, etc.) nem podem ser instaurados processos de cobrança de dívidas contra a empresa ou outros com idêntica finalidade; os processos de cobrança e análogos já pendentes ficam suspensos;
- ii. Ao abrigo do PEVE, pode haver lugar à redução da taxa de juros de mora relativamente a créditos tributários e da segurança social, em harmonia com o disposto no acordo de viabilização e nos montantes previstos no diploma;
- iii. As garantias acordadas entre a empresa e os seus credores no âmbito do acordo de viabilização, com vista ao financiamento da atividade da empresa, permanecem em vigor ainda que a empresa venha a ser declarada insolvente no prazo de dois anos após o termo do PEVE;
- iv. Aos credores, sócios, acionistas ou quaisquer outras pessoas especialmente relacionadas com a empresa que financiem a sua atividade é conferido um privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores.

Paralelamente, a Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, introduz várias alterações em matéria de insolvência e de recuperação de empresas, nomeadamente:

- i. A prorrogação do prazo para a conclusão de negociações com vista à aprovação de um plano de recuperação (PER) ou acordo de pagamento (PEAP), assim como a concessão de um prazo para a adaptação de propostas de plano de insolvência, a fim de acomodar a regulação do PER, do PEAP e do processo de insolvência ao presente contexto de pandemia;
- ii. A aplicação do RERE a empresas que se encontrem em situação de insolvência atual em virtude da pandemia da doença COVID-19;
- iii. A realização obrigatória de rateios parciais em processos de insolvência pendentes com produto de liquidação depositado superior a € 10.000,00;
- iv. A atribuição de prioridade na tramitação de requerimentos de libertação de cauções e garantias prestadas no âmbito de processos de insolvência ou PERs.

A Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, vigorará entre os dias 28 de novembro de 2020 e 31 de dezembro de 2021, sem prejuízo de o Governo ficar autorizado a prorrogar a vigência do regime do PEVE através de decreto-lei.

2. Jurisprudencia

[Espanña]

El Pleno del Tribunal Supremo declara que si la complejidad del asunto lo requiere, el mero incumplimiento del criterio de extensión máxima del escrito de interposición recogido en su acuerdo sobre criterios de admisión no puede suponer la automática inadmisión de los recursos

Sentencia n.º 1/2021, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 13 de enero de 2021

En la Sentencia n.º 1/2021, de 13 de enero, el Tribunal Supremo (reunido en Pleno) resuelve la controversia existente entre la Generalitat de Catalunya, el Museu Nacional D'Art de Catalunya y el Consorci del Museu de Lleida, por un lado, y la Comunidad Autónoma de Aragón y el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, por otro, en relación con la validez de las ventas de bienes del tesoro artístico del Monasterio de Sigüenza (Huesca) a la Generalitat de Cataluña y al Museu Nacional, en los años 80 y 90 del siglo pasado.

En nuestro ordenamiento, los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal tienen la consideración de recursos extraordinarios y están por ello sujetos a unos estrictos requisitos de admisión a trámite que todo recurrente debe justificar. Estos requisitos de admisión se encuentran recogidos, de forma detallada, en el Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de

casación y extraordinario por infracción procesal, del Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 2017 (en adelante, el “Acuerdo”). El Acuerdo, entre otras cuestiones, se refiere a que una extensión desmesurada de los escritos puede ser causa de inadmisión del recurso, por lo que se establecen como referencia 25 páginas en letra Times New Roman, tamaño 12, e interlineado 1,5.

En el caso de autos, los recursos interpuestos por la Generalitat de Cataluña (68 páginas), el Museu Nacional D’Art de Catalunya (67 páginas) y del Consorcio del Museo de Lleida (87 páginas) frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca excedían con creces ese límite.

Al oponerse a ellos, la Comunidad Autónoma de Aragón y el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena invocaron esta circunstancia (la excesiva extensión de los escritos) como causa de inadmisibilidad de los recursos, al amparo de lo dispuesto en el Acuerdo.

El Pleno del Tribunal Supremo, sin embargo, rechaza la citada causa de admisibilidad. La Excm. Sala señala que *“no cabe olvidar que el criterio general de la suficiencia de la extensión señalada de 25 folios, como consideración fruto de la larga experiencia del tribunal, no puede constituir por sí sólo, al margen de otros criterios de inadmisión concurrentes, un obstáculo a la posibilidad de que el desarrollo del motivo cumpla su objeto, esto es, la exposición razonada de la infracción o vulneración denunciada en el encabezamiento y de cómo influyó en el resultado del proceso, y para ello proceder a la identificación del problema jurídico planteado y a fundamentar adecuadamente la infracción del ordenamiento jurídico alegada, en relación con la norma aplicable al caso, que se denuncie como vulnerada. Y aunque con carácter general, es decir, para la inmensa mayoría de los casos, es suficiente, según la experiencia de la sala, con 25 folios en el formato expresado por el «Acuerdo de criterios de admisión» de 2017, sin que en la mayoría de los casos se precise en modo alguno agotar este límite, no siempre puede ser así. En concreto, la extensión razonable podrá rebasar la establecida en el Acuerdo cuando por razón del número de las partes personadas, de la complejidad jurídica de la materia tratada, de la diversidad de relaciones jurídicas que integren el caput controversiae, del número de infracciones legales denunciadas, el carácter prolijo de los antecedentes de hecho, u otras circunstancias, especialmente en el caso de que concurren varias de las citadas, puede hacer razonable y necesario que la extensión adecuada de los escritos rectores de los recursos exceda aquella extensión de 25 folios, a la que el reiterado «Acuerdo» se refiere como adecuada «por lo general», a pesar de que el desarrollo del recurso, en relación con los distintos argumentos desplegados, cumpla con la máxima de la concisión, evitando toda reiteración innecesaria y toda tacha de farragoso”*.

Por lo que respecta al fondo del asunto, la Excm. Sala confirma la nulidad de las compraventas de bienes litigiosas, si bien por una causa distinta a la apreciada por la Audiencia Provincial (que vinculaba esta causa de nulidad a la infracción de las normas de protección del patrimonio histórico-artístico y a la consideración de los objetos vendidos como bienes fuera del comercio). Para el Alto Tribunal, los diferentes regímenes jurídicos de protección aplicables a los contratos controvertidos no determinan la nulidad de las compraventas y, ni desde el punto de vista canónico ni desde la perspectiva del Derecho civil, los objetos vendidos pueden calificarse como “bienes fuera del comercio”. No obstante, el Pleno aprecia la ineficacia de los contratos porque la titular de los bienes —la Real Orden del Monasterio de San Juan de Jerusalén de Sijena— es una persona jurídica diferente e independiente de quien había actuado como vendedora en los sucesivos contratos, que fue la Real Orden del Monasterio de San Juan de Jerusalén de Valldoreix.

Sobre la base de los Acuerdos Jurídicos con la Santa Sede de 1979, el Estado reconoce la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obrar que la legislación canónica atribuye a ambas órdenes religiosas como “monasterios *sui iuris* o autónomos”, que es una modalidad de persona jurídica canónica expresamente prevista en el Código de Derecho Canónico. Pero, aunque los contratos de compraventa litigiosos cumplieron los requisitos de la legislación canónica, no se cumplieron los requisitos adicionales de la legislación civil. En concreto, la Orden del Monasterio de Valldoreix no tenía facultad para disponer de esos bienes, ya que era la Orden de Sijena, con personalidad jurídica canónica y civil propia y patrimonio independiente, la que ostentaba civilmente la propiedad de los bienes vendidos.

Finalmente, respecto a las consecuencias de la ineficacia de los contratos, el Tribunal Supremo considera que la existencia de un depósito de los bienes para su custodia por el Museu Nacional D’Art de Catalunya, con carácter previo a las compraventas, no genera en las entidades recurrentes un interés propio para oponerse a la restitución posesoria que se declara en la sentencia recurrida y al traslado de los bienes al Monasterio de Sijena. Este traslado responde tanto a la singular naturaleza jurídica de los “monasterios *sui iuris* o autónomos”, como persona jurídica canónica y civil vinculada a un lugar, como a las facultades que la legislación especial de protección del patrimonio histórico-artístico reconoce a las entidades demandantes.

El Tribunal Supremo declara que lo relevante para determinar si un documento es decisivo *ex* artículo 510.1.º de la LEC es la *ratio decidendi* tomada en consideración por el tribunal que dictó la sentencia objeto de revisión. Es decir, supone entender que, de haber podido disponer de ese documento, el tribunal hubiera resuelto de manera distinta

Sentencia n.º 20/2021. del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), de 19 de enero de 2021

El artículo 510.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que habrá lugar a la revisión de una sentencia firme “*si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado*”.

En el caso objeto de autos, los demandantes solicitaban que se dejase sin efecto una sentencia dictada en noviembre de 2014 que había desestimado la reclamación que habían interpuesto frente a una entidad financiera, de reclamación de las cantidades entregadas a cuenta del precio de compra de apartamentos en un apartahotel, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 57/1968, Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (la “Ley 57/1968”).

El fundamento de la demanda de revisión estribaba en la aparición de un nuevo documento, de fecha 5 de marzo de 2012, que habría sido ocultado a los actores por la parte demandada: la póliza colectiva de aval por la cual la entidad financiera se comprometía a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores de las viviendas promovidas por la promotora.

La petición de revisión de los demandantes contó con el informe favorable del Ministerio Fiscal, que interesó que se estimara la demanda de revisión con la finalidad de que se pudiera celebrar un nuevo juicio civil en el que se valorara la nueva prueba documental.

La entidad demandada se opuso alegando que el nuevo documento no podía considerarse decisivo, ya que la demanda se había desestimado como consecuencia de entender el juzgador *a quo* que los contratos de adquisición de apartamentos que forman parte de un hotel en construcción no están incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 57/1968, en la que se fundamentaba la demanda, criterio que es compartido por la Excm. Sala.

El Tribunal Supremo concluye que el documento no es decisivo en atención a la razón expuesta por la sentencia para desestimar la demanda. Bajo la lógica de la *ratio decidendi* de la sentencia que se pretende revisar, el documento no podría considerarse decisivo. Y, a estos efectos, *"resulta irrelevante si otro tribunal hubiera resuelto en otro sentido, el carácter decisivo de un documento lo es únicamente en relación con el que dictó la sentencia y con el enjuiciamiento que realizó en ese momento. Esto habría de suponer que, de haber podido disponer de ese documento, el tribunal hubiera resuelto de forma distinta, en este caso, la estimación de la demanda"*.

La Sala Primera del Tribunal Supremo fija que los gastos de tasación en los préstamos hipotecarios anteriores a la Ley de Contratos de Créditos Inmobiliarios corresponden al banco

Sentencia n.º 35/2021, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 27 de enero de 2021

El Tribunal Supremo, reunido en pleno, se pronuncia sobre los efectos económicos de la declaración de nulidad de una cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario hipotecante, a fin de determinar en cada caso la obligación de restitución inherente a dicha declaración de nulidad.

La Excm. Sala comienza por recordar la doctrina establecida en anteriores resoluciones en relación con parte de estos gastos. Así:

- i. En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados ("**ITPAJD**") recuerda que habrá que estar a las siguientes reglas:
 - Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del ITPAJD es el prestatario.
 - En lo que respecta al pago del ITPAJD, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.
 - En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, el abono del impuesto corresponde al prestatario, mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

- ii. En cuanto a los gastos de notaría, tanto los gastos de redacción de la matriz, como derivados la escritura de modificación del préstamo hipotecario, serán asumidos por mitades. Por su parte, los gastos de la escritura de cancelación de la hipoteca serán de cuenta del prestatario. Por último, los gastos de copias corresponderán a quien las solicite.
- iii. Los gastos del registro de la propiedad corresponden al banco prestamista.
- iv. Respecto a los gastos de gestoría, aunque en la sentencia número 49/2019, de 23 de enero, se había establecido que debían sufragarse por mitades, a la luz de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020, deben considerarse a cargo de la entidad prestamista.

Y, finalmente, la Excma. Sala aborda a quién debe corresponder el pago de los gastos de tasación de la finca sobre la que se pretende constituir la garantía hipotecaria.

El Alto Tribunal toma en consideración que, aunque la tasación no constituye propiamente un requisito de validez de la hipoteca, el artículo 682.2.1.º LEC la requiere para la ejecución judicial directa. Y también considera que la exigencia de la tasación de la finca es, además, un requisito previo para la emisión de valores garantizados, de conformidad con la Ley del Mercado Hipotecario.

Posteriormente, la Excma. Sala constata que no existía una norma nacional aplicable que, en defecto de pacto, impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos. Por ello, en aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concluye que solo cuando resulte de aplicación la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los gastos de tasación corresponderán al prestatario, por haberlo prescrito así en el apartado i) de su artículo 14.1.e). En otro caso, incumben al banco y no al consumidor.

La legitimación para ejercitar una acción de desahucio por precario en las comunidades hereditarias y postgananciales frente a un cotitular que tiene exclusivamente la posesión corresponde a cualquiera de los cotitulares si se estima en provecho de la comunidad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2020

La demandante instó en primera instancia una acción de desahucio por precario frente a la demandada, que había recibido como legado el usufructo de la totalidad de todos los bienes de su esposo. En primeras nupcias, este había estado casado con la demandante y, conjuntamente, habían adquirido, para esa primera sociedad de gananciales, el inmueble del que ahora la demandante pretendía desahuciar a la demandada, sin que constase la liquidación de la sociedad de gananciales.

A la demandante le correspondía en proindiviso el 50 % del inmueble, mientras que el 50 % restante correspondía a la comunidad de herederos del esposo. La demandada ostentaba como legataria el usufructo del 50 % perteneciente a esta última comunidad hereditaria, haciendo uso exclusivo y excluyente de él.

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que, si bien cada coheredero tiene la facultad legal de servirse de las cosas comunes, la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo al resto, es ilegítimo, por lo que procede estimar la viabilidad de una acción de precario a favor de la comunidad hereditaria y frente al coheredero que disfruta la cosa en exclusiva.

El Tribunal Supremo reconoce en esta sentencia que la legitimación activa para el ejercicio de la acción de desahucio por precario puede reconocerse a uno solo de los coherederos o comuneros, sin que expresamente deba ser realizada en nombre y provecho de la comunidad —siempre que efectivamente haya un resultado provechoso para esta—. El Alto Tribunal hace extensible las reglas de la comunidad hereditaria a la comunidad postganancial que se había formado en el presente supuesto y reconoce legitimación activa a la demandante y confirma las sentencias de primera instancia y de apelación que condenaban a la demandada a dejar la vivienda libre y expedita, sin autorizar a la actora a ocupar la vivienda de forma exclusiva (lo que contravendría la exigencia de actuar en beneficio de la comunidad postganancial). Este fallo debe entenderse sin perjuicio del derecho de coposesión que tienen los miembros de la comunidad postganancial, que está a su vez integrada, en parte, por los miembros de la comunidad hereditaria entre los que se encontraba la demandada.

La conmutación de la cuota usufructuaria puede acordarse sobre el tercio de mejora legitimaria del cónyuge viudo, pero nunca sobre la porción del usufructo que le corresponde por expresa disposición del causante

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 18 de junio de 2020

La Audiencia Provincial de Sevilla resuelve una cuestión jurídica derivada de la colisión entre el derecho de los herederos de conmutar el usufructo del cónyuge viudo y el respeto de la llamada *cautela socini*. En concreto, se discute si los herederos pueden conmutar únicamente la cuota usufructuaria de la viuda que recae sobre el tercio de mejora, o si, por el contrario, dicha conmutación puede extenderse sobre el usufructo universal y vitalicio de toda la herencia que el causante estableció expresamente en su testamento.

Por un lado, el artículo 839 del Código Civil permite a los herederos satisfacer al cónyuge viudo su parte de usufructo mediante la asignación de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o bien un capital en efectivo. Esta conmutación puede alcanzarse de mutuo acuerdo o, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Por otro lado, la llamada *cautela socini* es una cláusula testamentaria que, pese a no tener apoyo legal expreso, ha sido ampliamente admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de nuestro país. A través de esta cláusula, el testador deja a los legitimarios un valor superior a su legítima, siempre que cumplan una condición o respeten una prohibición impuesta por él.

En el caso que nos ocupa, mediante esta cláusula testamentaria el causante atribuyó a los legitimarios un valor superior del que les correspondía por su legítima, pero con la carga de soportar el usufructo del cónyuge viudo sobre todos los bienes de la herencia. De esta forma, los herederos

tenían dos opciones: cumplir la disposición testamentaria a cambio de una mayor participación en la herencia o, por el contrario, no respetar la voluntad del causante y recibir solamente su legítima estricta.

Con base en el principio de la supremacía de la voluntad del testador, la Audiencia Provincial de Sevilla concluye que la conmutación del usufructo no es aplicable a la porción que le corresponde al cónyuge viudo por expresa disposición testamentaria y que recae sobre los otros dos tercios de la herencia. Si ello se permitiera, se estaría infringiendo directamente la respetada *cautela socini* y ello conllevaría que los herederos únicamente podrían recibir su legítima estricta.

La Audiencia Provincial de Barcelona confirma los requisitos para desheredar por la causa consistente en *"la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario"*, que introdujo el artículo 451.17-2, letra e) del Código Civil de Cataluña

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.^a, de 18 de febrero de 2020

Ante una situación de desheredación establecida por la causante en su testamento respecto de una de sus hijas y sus nietos (hijos de esta última) que viene motivada por la falta de relación familiar, la Sala establece los criterios que deben concurrir para que la causa sea justa.

En primer lugar, la sentencia resume la doctrina referida a la desheredación por la causa consistente en *"la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario"*, que implantó el artículo 451.17-2, letra e) del Código Civil de Cataluña.

Al respecto, la Sala expresa los tres requisitos necesarios para su estimación: (i) *"Falta de relación familiar entre causante y legitimario"*; (ii) *"Que sea continuada y manifiesta"*; y (iii) *"Que se deba a una causa imputable exclusivamente al legitimario"*.

La Audiencia Provincial, remitiéndose a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, destaca que en estos casos la carga de la prueba siempre corresponderá al heredero. Dicho esto, una vez analizada la prueba, la sentencia entiende acreditados todos los requisitos exigidos para que concurra justa causa en la desheredación respecto de la hija de la causante, sin embargo, resuelve que no ha sido probado respecto de los nietos.

En concreto, la Sala expresa que *"las pruebas practicadas justifican que la ausencia manifiesta y reiterada temporalmente desde que se produjo el evento determinante es imputable a la conducta de la madre, pero no al comportamiento de los nietos. La circunstancia de que los nietos vieran sólo a la abuela por Navidad no justifica que la ausencia de relación fuera imputable respecto de ellos, por lo que suceden por derecho de representación por stirpes a su madre Doña Caridad, justamente desheredada, y, por lo tanto, al ocupar su posición tendrán derecho a la parte de legítima que les corresponda, que será el importe equivalente que hubiera correspondido a su madre"*.

Así, la Sala concede a los nietos la parte de la legítima que le pertenecería a su madre legitimaria justamente desheredada.

Concursal. Diferentes posturas de los Juzgados de lo Mercantil en relación con la aplicación del artículo 491 del Texto Refundido de la Ley Concursal (“TRLR”) teniendo en cuenta la interpretación realizada por del Tribunal Supremo del derogado artículo 178 bis de la Ley 22/2003, de 9 de junio, Concursal (“LC”)

Auto n.º 278/2020, del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona, de 20 de octubre, Auto n.º 460/2020 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Girona, de 18 de diciembre, Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de 21 de diciembre, y Auto n.º 1/2021 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de 13 de enero

Tras la entrada en vigor del TRLR el 1 de septiembre de 2020, los Juzgados de lo Mercantil han adoptado al menos tres posturas diferentes en relación con la aplicación del artículo 491 de la TRLR, que establece que la exoneración no alcanzará los créditos de derecho público.

La primera postura —la adoptada por los Juzgados de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona y n.º 1 de Girona— consiste en inaplicar el referido artículo 491 de la TRLR.

En concreto, el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona sostiene que el sistema de exoneración directa previsto en la LC (y ahora denominado de “régimen general” en el TRLR) no generaba dudas para los órganos judiciales en cuanto a sus efectos sobre la totalidad del pasivo insatisfecho. En cambio, señala que sí existían ciertas dudas acerca del sistema de exoneración provisional mediante el plan de pagos (ahora “régimen especial” en el TRLR) en cuanto a sus efectos sobre los créditos públicos, dudas que considera fueron despejadas mediante la sentencia de pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019 que estableció que el crédito público podía ser objeto de exoneración provisional y objeto de satisfacción a través de un plan de pagos. Por ello, el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona razona que el artículo 491 TRLR altera una norma clara e indiscutida, regulando de manera contraria a la norma vigente los efectos de la exoneración. Añade, además, que ello altera el equilibrio de derechos que regula el sistema de la exoneración y que no puede ser considerada una mera aclaración, regularización o sistematización de la LC y de la interpretación dada a esta por el Tribunal Supremo.

Con base en esta argumentación, el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona —y en términos similares el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Girona— concluye que el contenido previsto en el artículo 491 TRLR excede el ámbito objeto de la refundición de la LC y, por ende, vulnera el artículo 82.5 de la Constitución. En consecuencia, ambos juzgados inaplican dicho precepto de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional que avala que no es necesario que, en este caso, se plantee una cuestión de inconstitucionalidad.

La segunda postura es la mantenida por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid. Este Juzgado estima que no es necesario inaplicar el artículo 491 del TRLR en tanto que su tenor resulta coincidente con la LC. La solución estriba en aplicar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la referida sentencia de pleno de 2 de julio de 2019 al interpretar el artículo 491 del TRLR.

Por último, la tercera postura —adoptada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo— considera que el poder legislativo no se ha excedido en su labor. Por ello, debe devenir inaplicable

la doctrina del Tribunal Supremo que interpretaba el derogado artículo 178 bis de la LC. En consecuencia, aplica lo dispuesto en el artículo 491 del TRLC.

Concursal. El socio que ejerce el derecho de separación conserva su condición hasta que se reembolse de manera efectiva su participación. Aspectos concursales del crédito de reembolso

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2021

En esta sentencia, el Tribunal Supremo aborda diversas cuestiones de carácter societario y concursal relativas a la posición jurídica del socio que ejercita su derecho de separación en la sociedad cuando, entre la comunicación de su decisión de separarse y la efectiva liquidación de su participación, la sociedad es declarada en concurso.

La Sala comienza determinando cuál es el momento en el que se pierde la condición de socio tras haber ejercitado el derecho de separación. A continuación, analiza los aspectos concursales del crédito de reembolso que ostenta el socio saliente por el valor de su participación y concluye lo siguiente:

- i. La condición de socio no se pierde cuando se notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación, sino cuando se abona al socio el valor de su participación.
- ii. Sin perjuicio de lo anterior, el crédito de reembolso nace en la fecha en la que la sociedad ha recibido la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación, porque ese es el momento a tener en cuenta para la valoración de su participación y coincide con la naturaleza recepticia de la comunicación de separación.
- iii. El derecho de reembolso tiene una naturaleza "*semejante, pero no idéntica*" a la del derecho a la cuota de liquidación. Por este motivo, a efectos concursales, la situación del socio que ejerce su derecho de separación no es exactamente igual a la del socio de la sociedad liquidada, pues el derecho de reembolso nace cuando la sociedad recibe la comunicación del ejercicio del derecho de separación, mientras que el del socio que no ha ejercitado el derecho de separación no surge hasta que se liquida la sociedad.
- iv. Derivado de lo anterior, el crédito de reembolso tendrá carácter concursal si la comunicación del derecho de separación tuvo lugar con anterioridad a la declaración del concurso de la sociedad. En cambio, la cuota de liquidación, al ser posterior a los créditos de todos los acreedores de la sociedad, es extraconcursal.
- v. La calificación concursal del crédito de reembolso atenderá a los presupuestos subjetivo (persona especialmente relacionada con el deudor) y objetivo (negocio jurídico que da lugar al crédito) exigidos legal y jurisprudencialmente y, de concurrir ambos, el crédito será clasificado como subordinado. En este sentido, "*el crédito de reembolso, en cuanto supone recuperación de la inversión efectuada por el socio, tiene una naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad (art. 92.5 LC). Es decir, puesto que el crédito lo es por reembolso de la parte del capital que corresponde al socio y el capital constituye parte de los*

recursos propios de una sociedad para hacer frente a las obligaciones a corto y largo plazo, el crédito tiene su origen en un negocio jurídico de análoga finalidad al préstamo, atendida la función económica de los fondos aportados para constituir la dotación del capital social".

Por último, la sentencia contiene un voto particular del magistrado D. Juan María Díaz Fraile, quien, por el contrario, sostiene que el momento de la pérdida de la condición de socio *"debería haber sido fijado en la fecha en que la comunicación del socio de su voluntad de ejercer el derecho de separación llegó a la sociedad o, a más tardar, en la fecha en que la sentencia que declaró el derecho de separación y condenó a la sociedad al pago de ese crédito devino firme"*.

La declaración conjunta o acumulación de concursos conexos no permite la consolidación sustantiva o sustancial del patrimonio de todas las sociedades concursadas pertenecientes al mismo grupo, pues sus efectos son meramente procesales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 26 de junio de 2020

La Audiencia Provincial de Zaragoza resuelve un supuesto en el que se plantea la posibilidad de distribuir el resultado de la liquidación de la masa activa de una sociedad en concurso entre los acreedores de otras sociedades del mismo grupo también concursadas, pese a que estos acreedores no formen parte de la masa pasiva de la primera.

La Sala rechaza tal posibilidad argumentando que no existe ningún *"patrimonio del grupo"*, sino que cada sociedad cuenta con su propio patrimonio derivado de su personalidad jurídica independiente, por lo que los acreedores y deudores lo son de cada sociedad, sin perjuicio de que, en determinadas circunstancias, la responsabilidad del pago pueda recaer sobre todas o algunas de las sociedades del grupo, además de sobre la que contrató con el acreedor. Por ello, prosigue, el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley Concursal establece como regla general, en los concursos declarados conjuntamente y acumulados, la no consolidación de las masas.

Por tanto, *"la declaración conjunta o acumulación de concursos, no permite realizar una "consolidación sustantiva o sustancial" del patrimonio de todas ellas (la "sustantive consolidation" del Bankruptcy Code, que la jurisprudencia americana sí la ha aplicado con criterios restrictivos), y la declaración tiene efectos meramente procesales, limitados a la competencia territorial (art. 10.4 LC), al nombramientos de los mismos administradores (art. 28.2 LC), a la posibilidad de condicionar los convenios (art. 101 LC), y al abaratamiento de costes. Todo ello partiendo de la consideración de que la existencia del grupo permite la solicitud conjunta, y su tramitación coordinada, pero no hace desaparecer la personalidad jurídica independiente de cada una de las sociedades que lo integran"*.

Concursal. La Audiencia Provincial determina que el concurso tiene carácter de voluntario aunque la concursada haya incurrido en un defecto procesal al presentar la solicitud de concurso

Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1.ª, de 10 de septiembre de 2020

En el supuesto de autos, la concursada presentó su solicitud de concurso voluntario el 26 de julio de 2018 directamente ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, al tratarse del órgano judicial que había declarado con anterioridad estimar la oposición formulada por la concursada a la solicitud de concurso necesario promovida por un acreedor y a donde se había repartido también el conocimiento de la comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal efectuado por la concursada.

Sin embargo, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo dictó auto en el que requería a la concursada que presentase correctamente su solicitud de concurso en el Decanato, a fin de que fuera debidamente repartido. En esta situación, un acreedor presentó por su parte, el 30 de julio de 2018, solicitud de concurso necesario que, tras ser turnada, fue admitida a trámite por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo.

Finalmente, la concursada presentó correctamente su solicitud de concurso ante el Decanato el 19 de septiembre de 2018, y se turnó al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo.

Partiendo de estos antecedentes, el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo dictó auto en el que razonaba que, al existir plena identidad entre la petición de la concursada de 26 de julio de 2018 y la posterior de 19 de septiembre de 2018, no procedía admitir la solicitud de concurso necesario de 30 de julio de 2018, por ser preferente la fecha de solicitud de concurso voluntario rechazada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo.

El problema reside, por tanto, en si debe considerarse un concurso como voluntario cuando la primera solicitud presentada por el deudor adolece de un defecto procesal que requiere de subsanación y en si debe atenderse a la primera o a la segunda de las fechas.

En este sentido, si bien el TRLC no resulta de aplicación a los autos al haber entrado en vigor el 1 de septiembre de 2020, la Audiencia Provincial declara que debe atenderse a lo dispuesto en su artículo 48 como pauta interpretativa, pues dice que *"si se hubieran presentado solicitudes de declaración del concurso ante dos o más juzgados competentes, será preferente aquel ante el que se hubiera presentado la primera solicitud, aunque esa solicitud o la documentación que la acompañe adolezca de algún defecto procesal o material o aunque la documentación sea insuficiente"*.

La pauta interpretativa del artículo 48 TRLC es puesta en relación por la Audiencia Provincial con el artículo 410 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (aplicable supletoriamente al proceso concursal) sobre los efectos procesales de la litispendencia, que se producen desde la interposición de la demanda, siempre que reúna los requisitos necesarios para ser admitida a trámite.

Por estas razones, la Audiencia Provincial entiende que debe darse preferencia temporal a la solicitud de concurso voluntario inicial del deudor a pesar de haber incurrido en un defecto procesal.

Concursal. La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que la Audiencia puede valorar jurídicamente si el documento que se acompaña como plan de viabilidad a la propuesta de convenio se trata de un verdadero plan con independencia de su viabilidad

Sentencia del Tribunal Supremo n.º 696, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 2020

En el supuesto de autos, el Juzgado de lo Mercantil aprobó judicialmente la propuesta de convenio aprobada en la junta de acreedores, pese a la demanda incidental interpuesta por un acreedor subordinado al entender que (i) era un convenio lesivo para los acreedores que suponía un enriquecimiento injusto de la constructora concursada y sus socios porque mantenían íntegra la propiedad de los activos (de más de cinco millones de euros); (ii) los dos últimos acreedores adheridos a la propuesta de convenio, que tenían más del 75 % del importe total de los créditos ordinarios, eran una sociedad del hermano del administrador de la concursada y su letrado; y (iii) no se cumplían las exigencias legales, porque no se acompañaba un plan de viabilidad a la propuesta de convenio, sino un plan de pagos impreciso, insuficiente y erróneo.

La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto contra la sentencia de aprobación de convenio al entender que existía una insuficiencia palmaria del plan de viabilidad, por lo que se vulneraba lo dispuesto en el artículo 100.5 de la LC.

La concursada interpuso recurso de casación por entender que la Audiencia Provincial no podía pronunciarse sobre la viabilidad del plan acompañado a la propuesta de convenio por ir en contra de la doctrina jurisprudencial y, además, puso en duda la legitimación del acreedor subordinado para impugnar la aprobación de la propuesta de convenio.

El Tribunal Supremo entiende, en primer lugar, que la recurrida sí tenía legitimación para oponerse a la aprobación judicial del convenio porque se trata de un acreedor que no asistió a la junta.

En segundo lugar, acude a la doctrina sentada por la Sala en la sentencia n.º 147/2015, de 26 de marzo, en la que se recurría una sentencia de apelación que había entendido que no se había presentado un plan de viabilidad propiamente dicho con la propuesta de convenio. El Tribunal Supremo declara que no se trata tanto de apreciar que el cumplimiento del convenio no sea viable, sino de que no se ha presentado un plan de viabilidad que explique cómo se iban a generar los recursos necesarios para cumplir con el plan de pagos.

Así, el Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial al entender que esta concluye correctamente que el documento aportado con la propuesta de convenio no es propiamente un plan de viabilidad y, por ello, no se ha cumplido con la exigencia de su aportación prevista en el artículo 100.5 LC. Se trata de una valoración jurídica porque se refiere al análisis sobre si los documentos acompañados a la propuesta de convenio podían ser considerados o no un plan de viabilidad. En palabras del Alto Tribunal, *“una cosa es valorar la viabilidad del plan y otra valorar si lo aportado es un plan de viabilidad”*.

Concursal. El acreedor debe prestar consentimiento en la venta de unidades productivas que incluyan activos afectos a una garantía real si el precio es inferior al valor de la garantía. Si la garantía es contingente, el adquirente de la unidad productiva debe sopesar la posibilidad de que se reconozca el crédito privilegiado en segunda instancia

Sentencia del Tribunal Supremo n.º 694, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 2020

En el marco de un procedimiento concursal, uno de los acreedores comunicó un crédito y solicitó que se clasificara como crédito con privilegio especial, por encontrarse garantizado con una prenda sobre derechos de créditos derivados de contratos suscritos por el concursado con un tercero.

Tras la denegación de la referida solicitud y la clasificación del crédito como ordinario, el acreedor formuló impugnación, que fue desestimada por el Juzgado de lo Mercantil, y recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial.

Con anterioridad a que la Audiencia Provincial resolviera el recurso, un tercero presentó en el concurso una oferta de adquisición de unidad productiva. La oferta comprendía los derechos de crédito pignorados, y contenía una petición de cancelación de cargas y de exoneración de todas las deudas anteriores a la transmisión. El Juzgado de lo Mercantil autorizó la venta de la unidad productiva en los términos de la oferta, si bien con una advertencia expresa respecto de la pendencia de la apelación formulada por el acreedor, sobre el discutido privilegio especial.

Finalmente, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y confirió al crédito comunicado la calificación de privilegiado especial. Tras la referida resolución, el acreedor reclamó el cobro de los derechos de crédito y el adquirente de la unidad productiva interpuso demanda en la que solicitaba que le fuera denegado. El demandante alegó fundamentalmente que la oferta autorizada suponía la adquisición de los activos y créditos libres de cargas. El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia por la que estimó la demanda, que fue confirmada por la Audiencia Provincial.

El acreedor formuló recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue estimado. El Alto Tribunal expuso que, en la medida en que el precio ofrecido por la unidad productiva no cubría el valor de la garantía real reconocida, de conformidad con el artículo 149 de la LC (actual artículo 214 del TRLC), habría resultado necesario el consentimiento del acreedor pignoraticio con la venta. A su vez, en la resolución se pone en valor que el adquirente conocía la pendencia del recurso de apelación sobre la clasificación del crédito.

Concursal. La declaración de concurso del porteador intermedio no afecta a la acción directa que tiene el porteador final o efectivo frente al cargador principal prevista en la Ley de ordenación del transporte terrestre. La referida acción es independiente del pago realizado por el cargador principal al porteador intermedio

Sentencia del Tribunal Supremo n.º 699, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 2020

En el caso de referencia, la sociedad cargadora suscribió con un porteador (intermedio) un contrato de servicios de transporte. A su vez, el porteador intermedio subcontrató el transporte a otro porteador (final). Una vez prestados los servicios de transportes, la sociedad cargadora abonó el importe íntegro pactado al porteador intermedio, quien, tras ser declarado en situación legal de concurso voluntario de acreedores, no abonó los servicios al porteador final.

El porteador final interpuso una demanda contra la sociedad cargadora, en ejercicio de la acción directa regulada en la disposición adicional sexta de la Ley 9/2013, de modificación de la Ley de ordenación del transporte terrestre, en reclamación de las cantidades que se le debían por los servicios de transporte.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron las pretensiones del porteador final contra la sociedad cargadora. En ambas resoluciones se sostuvo que la acción directa ejercitada por el porteador final es inmune a los pagos realizados por la sociedad cargadora al transportista intermedio, con independencia de que este último hubiera sido declarado en concurso de acreedores. Lo anterior, sin perjuicio de la acción de regreso del cargador frente al porteador intermediario.

La sociedad cargadora interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo. En su resolución, el Alto Tribunal niega que exista una identidad entre la acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra, prevista en el artículo 1597 del Código Civil, y la acción del porteador final frente al cargador principal, derivada de la Ley de ordenación del transporte terrestre. El Tribunal Supremo precisa que solamente la primera de ellas resulta afectada por la situación de concurso del contratista (intermedio).

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Supremo explica que la acción directa del porteador final no se encuentra condicionada o afectada por el hecho de que la sociedad cargadora haya pagado al porteador intermedio. La acción directa funciona como una garantía en favor del porteador final de configuración legal, por ser esta la parte económicamente más débil en la cadena de transporte.

[Portugal]

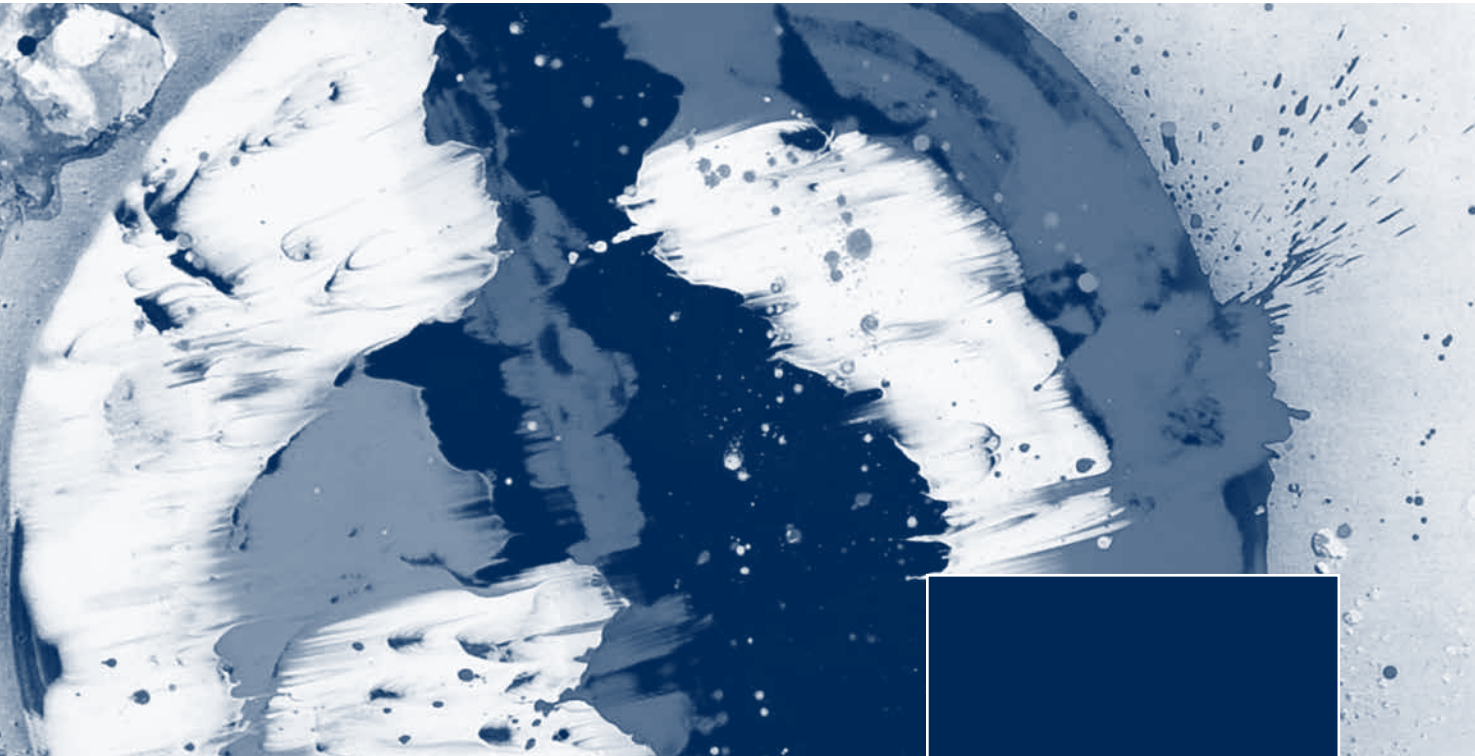
Reclamação da nota discriminativa e justificativa das custas

Acórdão n.º 370/2020 – Tribunal Constitucional (DR 192, Série II, de 1 de outubro de 2020)

No acórdão em apreço, o Tribunal Constitucional foi chamado a apreciar a constitucionalidade do n.º 2 do artigo 26.º A do Regulamento das Custas Processuais, na redação introduzida pela Lei n.º 27/2019, de 28 de março, o qual determina que “[a] reclamação da nota justificativa está sujeita ao depósito da totalidade do valor da nota”.

Segundo o Tribunal Constitucional, o artigo 20.º da CRP não contém nenhum imperativo de gratuitidade da justiça, concedendo ao legislador uma ampla margem de liberdade na disciplina das custas. Ora, a nota de custas é calculada de forma bastante objetiva e é remetida não só às partes, como ao próprio tribunal, existindo ainda uma predeterminação normativa do valor máximo admissível das custas de parte. Assim, no entender do Tribunal Constitucional, existe uma margem muito limitada para lapsos ou manipulações. Pelo exposto, o Tribunal Constitucional considerou que a norma do n.º 2 do artigo 26.º-A do Regulamento das Custas Processuais não restringia de forma desproporcional o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva e, consequentemente, não padecia de qualquer inconstitucionalidade.

9 de febrero de 2021



Procesal Penal

Procesal Penal*

9 de febrero de 2021

Jurisprudencia

[España]

El Tribunal Supremo aplica los estándares fijados por el TEDH en el caso Murtazalaya para llevar a cabo el control casacional de la inadmisión de prueba en instancia: fundamentación de la necesidad del medio probatorio, razonamiento de la decisión del tribunal de instancia y afectación a la equidad del proceso

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 18 de diciembre de 2020 (n.º 710/2020)

El Tribunal Supremo estima los recursos de casación interpuestos por varios acusados contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1.ª) de 28 de septiembre de 2018, por quebrantamiento de forma derivado de la infracción del derecho a la prueba.

La sentencia de instancia condenó a tres de los acusados por un delito continuado de apropiación indebida, en su modalidad agravada (por superar la defraudación los 50.000 €), y a otros dos acusados por un delito continuado de receptación, al declarar probado que los primeros se adueñaron durante varios años de cantidades de marisco de la empresa en la que trabajaban (dedicada a la venta de ese producto) y lo vendieron a los administradores de otra empresa del mismo sector a precios inferiores a los de mercado. Estos últimos, a su vez, vendieron en sus instalaciones el marisco a terceros.

Los acusados basan sus recursos de casación, entre otros motivos, en el quebrantamiento de forma por la denegación indebida de una diligencia de prueba consistente en una pericial económica. Alegan que la pericial propuesta no solo era pertinente en atención a su objeto, sino también necesaria para combatir la pretensión acusatoria de condena por el tipo agravado de apropiación indebida por razón del valor de la mercancía objeto del delito, ya que pretendía destacar las inconsistencias del informe pericial de las acusaciones. Consideran que la decisión del tribunal de

* Esta sección ha sido coordinada por Enrique Rodríguez Celada, y en su elaboración han participado Pablo López Ferrer, Mario Montes Santamaría, Arianna Vázquez Fernández, Marta Barceló Moyano, Andrés Turiel Miranda y Belén Adell Troncho, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

instancia les causó indefensión material, por cuanto la condena se basó en las conclusiones de la pericial de acusación, que no pudieron ser contrabalanceadas.

Para evaluar si la inadmisión de la prueba pericial lesionó el derecho fundamental de las partes a la práctica de prueba y si, con ello, se afectó al nivel exigible de equidad del proceso, el Alto Tribunal aplica los criterios establecidos en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") de 18 de diciembre de 2018 en el caso Murtazalayeva contra Rusia. La doctrina Murtazalayeva reelabora el estándar fijado en la sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 6 de marzo de 2003, en el caso Perna contra Italia, sobre los juicios de inadmisión probatoria, añadiendo nuevos elementos de evaluación.

En concreto, la sentencia Murtazalayeva establece tres niveles de control sobre las decisiones de inadmisión probatoria y los siguientes criterios de evaluación:

- i. La primera cuestión a analizar es la fundamentación de las defensas sobre la necesidad del medio probatorio propuesto. Tal y como se sostuvo en el caso Perna, el medio de prueba propuesto debe ir destinado a *"determinar la verdad"* o *"influir en el resultado del juicio"*. En Murtazalayeva, el TEDH aclara que la prueba también se considerará necesaria cuando *"se pueda esperar razonablemente que refuerce la posición de la defensa"*.
- ii. El segundo nivel de control, creado *ex novo* por el TEDH en esta segunda sentencia, se refiere al grado de razonabilidad de la respuesta ofrecida por el tribunal. El Convenio Europeo de Derechos Humanos ("CEDH") exige que los tribunales nacionales examinen la pertinencia de la pretensión de la defensa y justifiquen suficientemente sus decisiones al respecto. En el caso Murtazalayeva, el TEDH precisa el contenido de esa respuesta y sostiene que, cuanto más sólidos y fundamentados sean los argumentos de la defensa, más exhaustivo tendrá que ser el examen que realice el juez nacional y más convincente tendrá que ser el razonamiento que emplee para el rechazo del medio de prueba solicitado.
- iii. Por último, se debe analizar si la decisión de rechazar el medio de prueba propuesto afectó negativamente a la equidad del juicio, valorándose el desarrollo del proceso en su conjunto. El TEDH sugiere que la existencia de una base razonable en la solicitud de práctica probatoria y una denegación injustificada o arbitraria por parte del tribunal constituyen dos indicadores de inequidad.

En el caso que analiza el Tribunal Supremo, la inadmisión de la prueba pericial se produjo en las siguientes circunstancias: (i) la prueba se propuso por las defensas en fase de cuestiones previas, esto es, en un momento procesal oportuno, (ii) el tribunal de instancia inadmitió el medio propuesto por no considerarlo necesario, pero ni en el acto de la vista ni en la sentencia se precisaron las razones que justificaron esa decisión, y (iii) el presidente del tribunal no permitió a las defensas explicar la razones por las que consideraban necesaria la práctica de la prueba para su defensa y ordenó que su intervención se limitara a formular protesta por la inadmisión.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, la Sala Segunda evalúa cada uno de los niveles de control expuestos:

- i. Respecto del primero, el Tribunal Supremo aprecia relación de pertinencia entre el medio de prueba inadmitido y el objeto del proceso. A este respecto, considera que, por el tipo de información que se pretendía introducir en el cuadro de prueba (sobre el valor de la mercancía detraída), era razonable esperar que este pudiera reforzar la posición de la defensa en relación con uno de los presupuestos fundamentales de la acusación. Sobre este punto, aclara que no puede exigirse que la parte agraviada acredite la absoluta indispensabilidad del medio de prueba no practicado para modificar el fallo del tribunal de instancia, solo la acreditación razonable de una seria necesidad defensiva.
- ii. En relación con el segundo nivel de control, la Sala concluye que las razones ofrecidas por el tribunal de instancia para denegar la práctica de la prueba no satisfacen en modo alguno las exigencias de motivación de los artículos 24.2 de la Constitución española y 6.3 d) del CEDH. Lo hace con base en los siguientes razonamientos:
 - Por un lado, toda limitación de un derecho fundamental (como el derecho a la prueba) exige que la decisión que se adopte venga precedida de las mejores condiciones de defensa, esto es, de posibilidades efectivas de alegación y justificación de las pretensiones defensivas. En este caso, la decisión del tribunal de instancia no vino precedida de adecuadas condiciones comunicativas y cognitivas sobre el alcance defensivo pretendido con la proposición de la pericial.
 - Por otro lado, el Alto Tribunal sostiene que el carácter *prima facie* relevante del medio de prueba propuesto y la ausencia de toda justificación explícita sobre su falta de necesidad convierten la decisión adoptada en fuente de lesión del derecho fundamental a la prueba de los recurrentes.
- iii. Por último, debe analizarse si la decisión de inadmisión comprometió el derecho de los recurrentes a un proceso justo y equitativo en plena igualdad de armas, para lo que hay que valorar si, a lo largo del proceso, estos pudieron reforzar su posición defensiva mediante otros elementos de prueba en términos de equivalencia. El objeto de la prueba inadmitida era determinar el valor de la mercancía supuestamente apropiada y, por tanto, pretendía combatir la pretensión de condena por el tipo agravado del artículo 252 del Código Penal (vigente al tiempo de los hechos). Así, el Tribunal Supremo considera que la pericial adquiriría una particular relevancia para reforzar la posición de la defensa, siendo muy difícil, por no decir imposible, lograr ese objetivo mediante otros medios de prueba.

En consecuencia, se identifican "*claros indicadores de inequidad en el desarrollo del juicio oral por una injustificada lesión de los intereses defensivos de los recurrentes al inadmitirse por innecesaria la pericial propuesta*".

En virtud de lo anterior, el Alto Tribunal anula la sentencia recurrida y ordena la retroacción de las actuaciones para que se celebre un nuevo juicio ante un tribunal distinto, en el que deberá admitirse la prueba pericial propuesta por las defensas.

El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo declara que la ejecución de los pronunciamientos civiles de una sentencia penal firme no está sometida a prescripción o caducidad y que debe continuar hasta la plena satisfacción del acreedor

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 13 de noviembre de 2020 (n.º 607/2020)

La sentencia del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra el auto dictado el 19 de marzo de 2018 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que a su vez revocaba un auto previo de la Audiencia Provincial de Barcelona que declaraba prescritas las responsabilidades civiles derivadas de delito condenado por sentencia penal firme. Al desestimar el recurso de casación, el Alto Tribunal afirma que, en la ejecución de pronunciamientos civiles contenidos en una sentencia condenatoria penal, no son aplicables ni la prescripción referida en el artículo 1971 del Código Civil ni los supuestos de caducidad contemplados en los artículos 239 y 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Supremo reconoce que este pronunciamiento supone una revisión de su jurisprudencia previa, la cual, hasta el momento, había admitido la prescriptibilidad de la acción para reclamar el cumplimiento de los pronunciamientos civiles de una sentencia penal firme. Justifica esta reconsideración de su doctrina con base en dos modificaciones legislativas importantes: la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2000 y la reducción del plazo general de prescripción de acciones personales del artículo 1964 del Código Civil (de quince a cinco años) operada por la Ley 42/2015.

El Pleno de la Sala Segunda afirma que lo relevante es determinar hasta qué punto el reenvío a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil efectuado por el artículo 984.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia penal impone la aplicación de alguno de los preceptos citados, bien del Código Civil o de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. A esos efectos, el Alto Tribunal parte de una consideración hermenéutica básica: la ejecución forzosa penal persigue la protección de las víctimas del delito. En coherencia con lo anterior, esta institución está presidida por una tutela judicial reforzada, que pretende la plena efectividad del fallo de la sentencia. Y este carácter se manifiesta en un elemento propio y distintivo de la ejecución penal: la iniciativa e impulso de oficio por parte del órgano judicial. Por ello, se impone una interpretación restrictiva de los límites legales de la acción basados en una presunción de abandono de un derecho por su titular, que no se fundamentan en razones de estricta justicia:

- i. El Tribunal Supremo rechaza que el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulte aplicable. Estima que no tendría sentido establecer un plazo para el ejercicio de la acción cuando el derecho de crédito recogido en la sentencia penal no necesita de esa acción (*i. e.*, no se precisa ninguna demanda para iniciar la ejecutoria, sino que la ejecución de pronunciamientos civiles se realiza de oficio).
- ii. De igual forma, el Alto Tribunal rechaza que la ejecución pueda remitirse a lo dispuesto en el artículo 1971 del Código Civil. El hecho de que sea el órgano judicial el que active de oficio la ejecutoria colisiona con la nota característica fundamental de la prescripción, que

responde al abandono de un derecho por parte de quien podría haberlo ejercitado. Desde el momento en que es el órgano judicial penal el que inicia la ejecución, queda patente que no son supuestos asimilables.

- iii. Por último, la sentencia recuerda que, según el propio tenor literal del artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede producirse la caducidad de la instancia en el procedimiento de ejecución forzosa (tampoco penal), sin que las paralizaciones que se puedan producir y dilaten la conclusión de la ejecutoria tengan trascendencia en términos de caducidad.

Por todo ello, el Pleno de la Sala Segunda concluye que, declarada firme la sentencia penal, la ejecución de sus pronunciamientos civiles debe continuar hasta la plena satisfacción del acreedor según dispone el artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que resulten aplicables ni la prescripción ni la caducidad.

Este último pronunciamiento es el que provoca un voto particular en la sentencia. El magistrado firmante, si bien está de acuerdo con la resolución del recurso de casación, disiente de la amplitud de los términos en los que se declara la imprescriptibilidad de los pronunciamientos civiles derivados de una sentencia penal firme. Entiende el magistrado que, si bien la ejecución de los pronunciamientos civiles se lleva a cabo de oficio mientras no se ha producido la extinción de la responsabilidad penal (porque se están cumpliendo aún las penas), una vez extinguida la responsabilidad penal por las causas contempladas en el artículo 130 del Código Penal, la ejecución de los pronunciamientos civiles pasa a estar sujeta a las reglas civiles generales (incluido el necesario impulso de parte) y, por ende, sometida al plazo de prescripción señalado en la ley (cuyo *dies a quo* sería la fecha de extinción de la responsabilidad penal).

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid anula la sentencia absolutoria de un exfutbolista y otros dos acusados por delito fiscal, y ordena la devolución de la causa a la Audiencia Provincial para que los mismos magistrados dicten una nueva sentencia en la que solventen el déficit de motivación determinante de la nulidad y resuelvan, con la debida motivación, la cuestión jurídica relativa al ámbito de aplicación del artículo 92 LIRPF

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 20 de enero de 2021 (n.º 18/2021)

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve sendos recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30.^a) n.º 672/2019, de 25 de noviembre. Los magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid absolvieron a un exfutbolista y a otros dos acusados por tres delitos contra la Hacienda Pública relativos a los ejercicios fiscales 2010, 2011 y 2012 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("IRPF") del exfutbolista (el primero y el último por el tipo agravado del artículo 305 bis del Código Penal).

En concreto, se cuestionaba en el juicio si la falta de declaración en el IRPF español, cuando el futbolista era ya residente fiscal en España, de los rendimientos derivados de la explotación de sus derechos de imagen era constitutiva de delito. Todo ello teniendo en cuenta que, en agosto de 2009, antes de que adquiriera su residencia fiscal en España, el jugador cedió la explotación de los derechos de imagen a la mercantil KARDZALI, radicada en Madeira (Portugal) y de la que terminó convirtiéndose en propietario.

La Sección 30.^a de la Audiencia Provincial de Madrid entendió que resultaba procedente no someter a tributación en el IRPF los rendimientos obtenidos como consecuencia de la cesión porque se cumplían los requisitos del artículo 92 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (“LIRPF”): (i) la cesión —real y efectiva— del derecho a la explotación de los derechos de imagen del futbolista; (ii) la relación laboral que unía al jugador con una entidad deportiva española (el Real Madrid) y que obtuvo la cesión del derecho a la explotación o el consentimiento o autorización para la utilización de su imagen; y (iii) que la cuantía de las rentas por explotación de derechos de imagen satisfechas por el Real Madrid no superaba el 85 % del importe total pagado por ambos conceptos —trabajo y derechos de imagen—. Con base en este razonamiento, la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia absolutoria.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Abogacía del Estado recurrieron la resolución sobre la base de los siguientes motivos —prácticamente idénticos en ambos recursos—:

Quebrantamiento de las normas constitucionales y vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías.

Las acusaciones denunciaban que el fallo absolutorio de la sentencia se basaba en declaraciones de terceros prestadas en sede de diligencias de investigación de la Fiscalía, sin que esas personas hubieran declarado en juicio oral como testigos. Por ello, entendían que se habría generado indefensión. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima este motivo.

En concreto, la Sala indica que no ha habido indefensión porque las partes no han sufrido ninguna restricción de sus derechos en tanto que las declaraciones se aportaron al juicio como prueba documental admitida y no impugnada. En cuanto a su alcance, el Tribunal Superior de Justicia razona que, a diferencia de lo que ocurriría en un supuesto de condena, esas documentales sí pueden resultar idóneas para sustentar una absolución como factor de corroboración (no como única y principal prueba de descargo).

Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por “irracional, ilógica, arbitraria e incoherente valoración de la prueba”.

El Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado consideraban que la Audiencia Provincial omitió valorar pruebas esenciales al tiempo que se apartó de las máximas de la experiencia. En concreto, no entró a valorar los indicios racionales que conducían a estimar que el contrato de cesión fue simulado y no se pronunció sobre el recto ámbito de aplicación del artículo 92 LIRPF.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima, en parte, este segundo motivo de apelación. Si bien no se pronuncia respecto del primer punto (porque entiende que la falta de motivación de la sentencia de instancia se lo impide), realiza un exhaustivo análisis respecto del segundo.

Así, el tribunal de apelación, tras reproducir la jurisprudencia más relevante sobre la necesidad de congruencia y motivación de las sentencias (también de las absolutorias), concluye que la Audiencia Provincial incurrió en un déficit de motivación con virtualidad anulatoria en tanto que lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva de las acusaciones por una insubsanable incongruencia interna en su razonamiento.

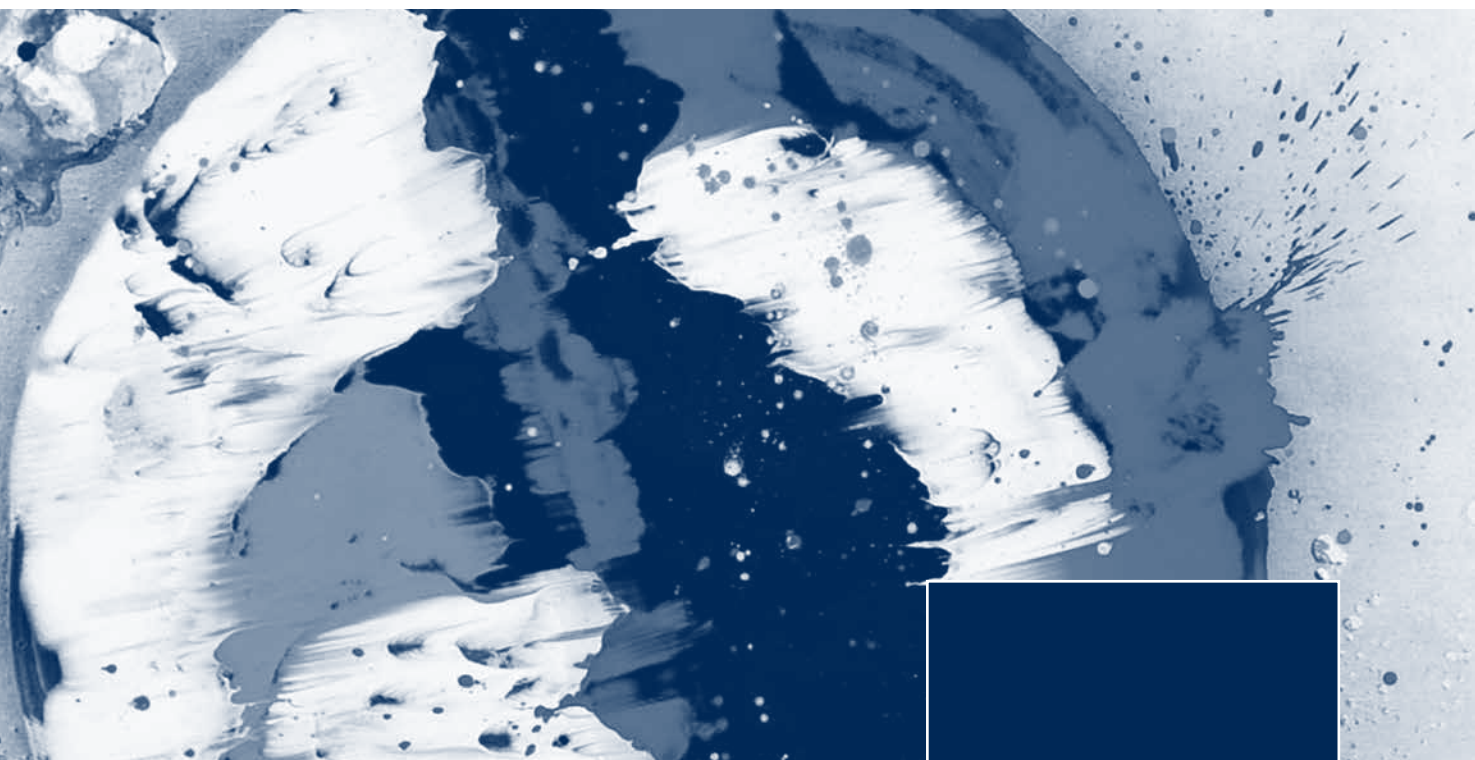
En concreto, el Tribunal Superior de Justicia se refiere al análisis del ámbito de aplicación del artículo 92 LIRPF que realizó la Audiencia Provincial y a sus conclusiones. Según el Tribunal Superior de Justicia, la Audiencia Provincial partía primero de la premisa —que condicionaba todo su discurso— de que si la cesión fue real y efectiva no hay ilícito penal en tanto que la operativa de tributación de rentas derivadas de la explotación de derechos de imagen quedaba amparada en el citado precepto. Para ello, insistía la Audiencia Provincial en que el ámbito de aplicación del artículo 92 LIRPF no era controvertido. Sin embargo, la misma sentencia reconocía que las partes sí discutían que la norma en la que se amparaba el jugador (artículo 92 LIRPF) no sería de aplicación a los rendimientos generados al margen de la relación laboral con el Real Madrid, excluyendo, por tanto, los rendimientos derivados de la relación comercial con patrocinadores (como marcas deportivas, grandes almacenes o empresas de desarrollo de videojuegos). Es respecto de este razonamiento donde el Tribunal Superior de Justicia entiende que la Audiencia Provincial incurrió en incongruencia interna y, por ello, en déficit motivador.

Además, el Tribunal Superior de Justicia entiende que hay un déficit sustancial porque la Audiencia Provincial no argumentó de forma motivada la necesidad de discriminar según el origen de los rendimientos derivados de la cesión de explotación de los derechos de imagen a fin de determinar cuáles están amparados por el artículo 92 LIRPF y cuáles no. De hecho, la sentencia de instancia omitió pronunciarse sobre este extremo, con base en el hecho de que, supuestamente, no sería controvertido. Así, la Audiencia Provincial reputó todos los rendimientos (tanto los generados como parte de la relación laboral con el Real Madrid como los ajenos a esa relación) amparados en el tenor del artículo 92 LIRPF una vez declarado como hecho probado que la cesión no fue simulada.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia concluye que este razonamiento parece apartarse —sin justificación alguna— de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo (Sala Tercera), que, en su sentencia de 28 de marzo de 2012, dispuso la necesidad de discriminar el origen de los rendimientos derivados de la explotación de la imagen (*i. e.*, la relación laboral o no) para aplicar el régimen especial de no imputación de ese artículo 92 LIRPF o para, por el contrario, seguir el régimen general que califica tales rendimientos como del capital mobiliario, imputables en la renta de acuerdo con el régimen de progresividad. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia estima el motivo en lo que respecta a esta cuestión.

Al desestimar el primer punto de este segundo motivo de apelación (es decir, la alegación de que la motivación era irracional, ilógica y arbitraria) y declarar la incongruencia interna, el Tribunal Superior de Justicia rechaza la petición de las acusaciones de ordenar constituir un nuevo tribunal con nuevos magistrados. La sentencia de instancia queda anulada, pero se ordena que los mismos magistrados se pronuncien en una nueva sentencia sobre el alcance del artículo 92 LIRPF aun asumiendo la realidad de la cesión de la explotación de los derechos de imagen (cuestión valorativa que el propio Tribunal Superior de Justicia no aborda y cuyo análisis difiere a un eventual recurso contra la nueva sentencia).

9 de febrero de 2021



Salud y
Alimentación

Salud y Alimentación^{*}

9 de febrero de 2021

1. Legislación

[Unión Europea]

Cooperación normativa en el ámbito de los medicamentos prevista en el Acuerdo de Comercio y Cooperación ente la Unión Europea y el Reino Unido

Acuerdo de Comercio y Cooperación ente la Unión Europea y el Reino Unido firmado el 30 de diciembre de 2020

Desde el 1 de enero de 2021 el comercio internacional de medicamentos entre la Unión Europea y el Reino Unido (las Partes del Acuerdo de Cooperación) está sujeto a formalidades aduaneras y deberá cumplir con las normas de la parte importadora.

Con el objetivo de facilitar el comercio bilateral de medicamentos y simplificar los procedimientos regulatorios, las partes han establecido mediante un anexo al Acuerdo de Cooperación que, bajo ciertas condiciones, se reconocerán los resultados de inspecciones realizadas por las autoridades de la otra parte y se aceptarán sus respectivos documentos oficiales de prácticas correctas de fabricación. Detallamos a continuación los aspectos esenciales del anexo de cooperación normativa en el ámbito de los medicamentos:

- i. El anexo cubre los siguientes medicamentos: medicamentos comercializados de uso humano o veterinario, incluidos los productos biológicos e inmunológicos, medicamentos de terapia avanzada, principios activos de uso humano o veterinario y medicamentos en investigación.
- ii. Cada una de las partes reconocerá las inspecciones realizadas por la otra parte y aceptará los documentos oficiales de prácticas correctas de fabricación expedidos por la otra parte, siempre y cuando las inspecciones y los documentos oficiales se ajusten a la normativa enumerada en el anexo.

^{*} Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina y redactada por Alejandro Abad Chamorro y Carla Bravo Gil de Antuñano, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez.

Ahora bien, cada una de las partes tiene derecho a llevar a cabo su propia inspección de las instalaciones de fabricación que hayan sido certificadas conformes por la otra parte y, cuando se den circunstancias específicas (dudas en relación con la calidad del producto justificadas en un informe de inspección), a optar por no aceptar un documento oficial de prácticas correctas de fabricación expedido por una autoridad de la otra parte en relación con las instalaciones de fabricación situadas en el territorio de la autoridad que haya publicado dicho documento.

Marco común para el uso y la validación de las pruebas rápidas de antígenos y el reconocimiento mutuo de los resultados de las pruebas diagnósticas de la COVID-19 en la UE

Recomendación del Consejo de la Unión Europea (2021/C 24/01) de 21 de enero de 2021

El Consejo de la Unión Europea recomienda a los Estados miembros acordar y mantener con el Centro Europeo para la Prevención y el Control de Enfermedades (ECDE o European Centre for Disease Prevention and Control) y la Comisión Europea una lista común y actualizada de las pruebas rápidas de antígenos para el diagnóstico de la COVID-19 que estén en consonancia con las estrategias para la realización de pruebas de los distintos países y que (i) lleven el marcado CE; (ii) cumplan con los requisitos mínimos de rendimiento de $\geq 90\%$ de sensibilidad y $\geq 97\%$ de especificidad; (iii) hayan sido validadas al menos por un Estado miembro como adecuadas para su uso en el contexto de la COVID-19, y (iv) faciliten información sobre la metodología y los resultados de los estudios realizados.

Sobre la base de la información incluida en la referida lista común, se recomienda que los Estados miembros acuerden una selección de pruebas rápidas de antígenos, cuyos resultados serán objeto de reconocimiento mutuo cuando se realicen por organismos sanitarios certificados.

[España]

Medidas para proteger a los operadores de la cadena alimentaria

Ley 8/2020, de 16 de diciembre, por la que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación (BOE de 17 de diciembre de 2020)

El Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación, modificó la Ley 12/2013 de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Las modificaciones introducidas entonces afectaron principalmente a los contratos alimentarios y tenían como principal objetivo proteger a los operadores del sector primario. Mediante la Ley 8/2020 se incorporan de manera definitiva al ordenamiento las disposiciones del Real Decreto-ley 5/2020, que incluyen, entre otras medidas:

- i. La obligación a cargo de cada operador de abonar al inmediatamente anterior un precio igual o superior al coste de producción del producto (art. 12 *ter* Ley 12/2013).

- ii. La prohibición de que el operador que realice la venta final del producto al consumidor pueda repercutir a ninguno de los operadores anteriores el riesgo empresarial derivado de su política comercial en materia de precios ofertados al público (art. 12 *ter* Ley 12/2013).
- iii. La determinación del coste de producción como un factor esencial para la fijación del precio del contrato alimentario, junto con la expresa prohibición de que en la fijación del precio se utilicen factores que hagan referencia a precios participados por otros operadores o por el propio operador (art. 9.1.c Ley 12/2013).
- iv. La obligación de incluir en el contrato alimentario una manifestación de que el precio pactado entre el productor primario y su primer comprador cubre el coste efectivo de producción (art. 9.1.j Ley 12/2013).
- v. La tipificación como infracción grave de los siguientes actos u omisiones: no formalizar por escrito los contratos alimentarios, no incorporar en el contrato alimentario el precio recogido en el artículo 9.1.c), realizar modificaciones del precio incluido en el contrato que no estén expresamente pactadas por las partes y la destrucción de valor en la cadena alimentaria conforme al artículo 12 *ter*.

Asimismo, adelantándose a la exigencia de la actual normativa europea en la materia, se prevé la publicidad de las infracciones graves y muy graves con fines punitivos, pero también disuasorios.

Medidas transitorias en el ámbito sanitario a consecuencia del Brexit

Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020 (BOE de 30 de diciembre de 2020)

El objeto del Real Decreto-ley 38/2020 es adaptar el ordenamiento jurídico español una vez finalizado el período transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea. Así, a partir del 1 de enero de 2021, la normativa aplicable a los ciudadanos del Reino Unido será la propia de los ciudadanos de un Estado tercero, salvo lo dispuesto en el Acuerdo de Retirada y en el Real Decreto-ley 38/2020.

En el ámbito sanitario, el Real Decreto-ley 38/2020 establece las siguientes medidas transitorias:

- i. Hasta el 30 de junio de 2021 las personas con derecho a asistencia sanitaria en el Reino Unido o en Gibraltar recibirán asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud español (SNS) en los mismos términos y con sujeción a las mismas condiciones establecidas con anterioridad al 1 de enero de 2021, siempre que el Reino Unido preste asistencia sanitaria a los españoles en los mismos términos y condiciones establecidos con anterioridad al 1 de enero de 2021 y reembolse a España los gastos derivados de la asistencia sanitaria prestada por el SNS a los nacionales del Reino Unido.

- ii. La dispensación de recetas de medicamentos extendidas en el Reino Unido y en Gibraltar se mantendrá vigente en los términos previstos en el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, siempre que el Reino Unido y Gibraltar actúen en reciprocidad.

El Real Decreto-ley 38/2020 prevé expresamente que si el Reino Unido no regula un trato equivalente en el ámbito de la asistencia sanitaria y la dispensación de recetas para las personas de nacionalidad española en el Reino Unido o en Gibraltar, las medidas descritas en los dos puntos anteriores serán suspendidas el 1 de marzo de 2021. La suspensión deberá formalizarse mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

Murcia: Visitas médicas de los delegados de empresas farmacéuticas durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19

Orden de 15 de diciembre de 2020, de la Consejería de Salud de la Región de Murcia, por la que se aprueban medidas específicas de adaptación de la actividad de visita médica realizada por los delegados y representantes de las empresas farmacéuticas y de productos y tecnologías sanitarias en los centros, servicios y establecimientos sanitarios del Servicio Murciano de Salud, en atención a la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BORM de 16 de diciembre de 2020)

Esta Orden regula la actividad de visita médica que realicen, durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, los delegados de empresas de la industria farmacéutica en los centros, servicios y establecimientos sanitarios del Servicio Murciano de Salud.

La "actividad de visita médica" sujeta a la Orden está definida en términos amplios, e incluye, en particular, las realizadas por medios a distancia: "*Cualquier cauce o medio de relación entre las empresas del sector afectado y los profesionales sanitarios, que se realiza a través de un delegado del laboratorio farmacéutico, o también mediante la celebración de eventos o reuniones o a través de cualquier forma de comunicación electrónica u online, con el fin de proporcionar información sobre los medicamentos*". Quedan excluidos del concepto de visita médica los programas de formación dirigidos a los profesionales sanitarios en los que cooperen las empresas farmacéuticas.

Conforme a la Orden, la actividad de visita médica quedará sujeta a las siguientes reglas:

- i. Solo podrá realizarse ante los profesionales facultados para prescribir, indicar, dispensar o administrar medicamentos, personal investigador, y directivos y gestores sanitarios.
- ii. Se priorizará la visita médica realizada mediante medios telemáticos.
- iii. No podrá interferir en la actividad asistencial ni en la atención a los pacientes y, como consecuencia, los centros sanitarios deben habilitar espacios para la visita médica y no se podrán realizar las visitas donde estén presentes pacientes o acompañantes (por ejemplo, en la cafetería o en los pasillos).

- iv. No se entregará material informativo, promocional o científico en soporte papel. Siempre que sea posible, la remisión de la información se realizará por medios telemáticos, previo consentimiento expreso del profesional sanitario.
- v. Se deberá registrar la visita en el centro sanitario.
- vi. La visita se deberá ajustar al calendario mensual que deberá confeccionar cada servicio o unidad de los centros sanitarios.
- vii. Cada laboratorio farmacéutico no podrá exceder de seis visitas anuales por servicio o dependencia.

Con esta Orden, la Región de Murcia se suma a otras comunidades autónomas que cuentan con normativa en esta materia, como Canarias, la Comunidad Valenciana o el País Vasco.

Aragón y Castilla y León. Procedimientos autonómicos de acreditación para indicación de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte del personal de enfermería

Orden SAN/16/2021, de 14 de enero, para la acreditación de enfermeras y enfermeros para la indicación, uso y autorización de la dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano, en la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 1 de febrero de 2021)

Orden SAN/1534/2020, de 17 de diciembre, por la que se establece el procedimiento para la acreditación de las enfermeras y enfermeros para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano en la Comunidad de Castilla y León (BOCyL de 29 de diciembre de 2020)

Las comunidades de Aragón y Castilla y León continúan el camino iniciado por la Comunidad Autónoma de Valencia y la de Andalucía, que aprobaron su normativa regulatoria del procedimiento de acreditación del personal de enfermería para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano a finales del año 2020.

En Aragón, el procedimiento de acreditación será iniciado de oficio por la Dirección General competente para aquellos enfermeros que trabajan en el Servicio Aragonés de Salud; para los enfermeros que trabajen en el ámbito privado el procedimiento se iniciará a solicitud del interesado. Por otro lado, en Castilla y León solo se iniciará el procedimiento de oficio para aquellos enfermeros que se encuentren en servicio activo, que cumplan el requisito de haber prestado servicios al menos durante un año el día 1 de diciembre de 2020, incluido, y que presten servicios en la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, en la Gerencia de Servicios Sociales o en las Instituciones Penitenciarias ubicadas en la Comunidad de Castilla de León.

La Orden aragonesa desarrolla el programa formativo necesario para obtener la habilitación de dispensación enfermera, mientras que la Orden de Castilla y León delega en las Direcciones Generales competentes la aprobación del curso formativo, con la instrucción de que su contenido se

adapte al previsto en el Anexo I del 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.

Madrid. Habilitación a las oficinas de farmacia para la realización de pruebas rápidas de antígeno

Orden 36/2021, de 19 de enero, por la que se establece la colaboración de las oficinas de farmacia en la estrategia de salud pública autonómica para la realización de pruebas rápidas de antígeno para el diagnóstico de la infección SARS-CoV-2 (BOCM de 21 de enero de 2021)

La Orden sienta las bases necesarias para articular la colaboración de las oficinas de farmacia con la administración sanitaria para la realización de pruebas rápidas de antígeno para la detección del SARS-CoV-2: habilita a las oficinas de farmacia ubicadas en la Comunidad de Madrid para la realización de pruebas rápidas de antígeno en el marco de los criterios establecidos por la autoridad sanitaria.

Las bases jurídicas invocadas son la Ley 16/1997 de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia y la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que prevén, entre los servicios que deben prestar las oficinas de farmacia, la colaboración en los programas que promuevan las administraciones para la protección de salud y la prevención de la enfermedad.

Como consecuencia de esta Orden, la Comunidad de Madrid y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid han firmado el 26 de enero de 2021 un convenio de colaboración que permite a las farmacias madrileñas participar de forma voluntaria en cribados comunitarios que desarrolle la Comunidad de Madrid en zonas de alta incidencia.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Información en el recipiente y en el embalaje de productos cosméticos

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Asunto C667/19 de 17 de diciembre de 2020

La sentencia resuelve una cuestión prejudicial en el marco de un litigio entre A. M., propietaria de un salón de belleza en Polonia, y E. M., distribuidor de productos cosméticos. La propietaria del salón de belleza interpuso una acción de resolución del contrato de compraventa con E. M. sobre la base de que el etiquetado de los productos cosméticos adquiridos no contenía información en polaco sobre la función del producto y que, en consecuencia, no era posible identificarlos correctamente ni conocer sus efectos. Por su parte, el distribuidor E. M. alegó que los productos

habían sido etiquetados de conformidad con el artículo 19 del Reglamento 1223/2009 sobre los productos cosméticos y que, además, en los productos figuraba un símbolo (una mano con un libro abierto tal y como está previsto en el punto 1 del Anexo VII del Reglamento 1223/2009) que remitía al usuario a un catálogo que contenía toda la información relativa a diversos productos de la empresa distribuidora E. M. en lengua polaca, y que había sido entregado por el representante comercial de E. M. a A. M.

La consulta elevada al TJUE se refiere a la interpretación del artículo 19, apartado 1, letra f), del Reglamento 1223/2009. El artículo 19 enumera las menciones que obligatoriamente han de constar en el recipiente y en el embalaje de los productos cosméticos comercializados en la Unión Europea. Entre dichas menciones está la *“la función del producto cosmético, salvo si se desprende de su presentación”* (letra f). De acuerdo con el artículo 19.5, las menciones sobre la función del producto deberán constar en la lengua determinada por la legislación de los Estados miembros en los que el producto se ponga a disposición del usuario final. También la normativa polaca exigía que la información constara en polaco.

El TJUE señala que el artículo 19 del Reglamento 1223/2009 pretende armonizar las normas de envasado de los productos cosméticos con el objetivo último de asegurar la protección de la salud de los consumidores. En atención al referido objetivo, las menciones sobre la función del producto cosmético exigen que figure en el recipiente y en el embalaje el modo de empleo del producto con el fin de garantizar que este pueda ser utilizado de forma segura por los consumidores.

El TJUE también analiza el apartado 2 del artículo 19 del Reglamento 1223/2009. Dicho precepto establece que, *“cuando sea imposible por razones prácticas indicar en una etiqueta la información”* sobre las precauciones de empleo y la lista de ingredientes, tal información *“se indicará en un prospecto, una etiqueta, una banda, un marbete o una tarjeta adjuntos o unidos”*. La indicación se realizará incluyendo en el envase o en el embalaje el símbolo del punto 1 del anexo VII.

El tribunal nacional pregunta al TJUE si el catálogo de empresa con información sobre diversos productos cosméticos —los adquiridos por A. M., así como otros del catálogo del distribuidor— cumple con las exigencias del artículo 19.2. La respuesta del TJUE es negativa:

- i. El artículo 19.2 del Reglamento 1223/2009 es una excepción a la regla general y, por consiguiente, debe ser objeto de una interpretación restrictiva.
- ii. La mención sobre las precauciones de empleo y la lista de ingredientes en un soporte externo al producto cosmético solo está permitida cuando “por razones prácticas” sea imposible indicarla en el etiquetado. Los costes generados por un nuevo etiquetado en otra lengua en ningún caso pueden considerarse un motivo que justifique un etiquetado incompleto del producto en el recipiente o en el embalaje.
- iii. Como soporte externo del producto cosmético solo se puede emplear *“un prospecto, una etiqueta, una banda, un marbete o una tarjeta adjunta o unida al producto”*. El Tribunal afirma que un catálogo de empresa proporcionado por separado no es ninguno de estos soportes y, además, no va adjunto o unido al producto específico.

[España]

Doctrina del levantamiento del velo en la responsabilidad al organismo notificado por el fabricante de un producto defectuoso, de conformidad con la normativa europea sobre productos sanitarios*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de enero de 2021, STS 87/2021*

El Tribunal Supremo se pronuncia en esta sentencia sobre un recurso por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia n.º 38/2018, de 5 de febrero, dictada por la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia.

La cuestión de fondo del litigio versa sobre la exigibilidad de responsabilidad por producto defectuoso al organismo notificado, de conformidad con la normativa europea sobre productos sanitarios (la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 junio 1993, en vigor en el momento de los hechos).

En concreto, en marzo de 2015 una mujer sufrió la rotura de una de las prótesis mamarias (PIP) que le habían sido implantadas en una operación de aumento de pecho. La afectada demandó de forma solidaria a Poly Implantes Prótesis España, S.L. (importadora de las prótesis y de la que desistió en julio de 2015), contra Allianz France Iard (entidad aseguradora, y cuya absolución por la Audiencia Provincial de Valencia ha quedado firme) y, finalmente, a “TÜV Group (cualquiera que sea su denominación en el mercado)”. En su demanda, la afectada fundaba la responsabilidad de TÜV Group en el incumplimiento de los deberes de auditoría de calidad que, como organismo notificado, le imponía la Directiva 93/42/CEE y que, a su juicio, llevaba a profesionales y consumidores a tener una confianza en el producto a pesar de que, como se había demostrado, era defectuoso.

Emplazado TÜV Group en el domicilio de TÜV Rheinland Ibérica S.A. (“TÜV Ibérica”), alega que TÜV Ibérica no ha participado en ningún modo en el procedimiento de certificación de las prótesis y que, de hecho, fue la empresa alemana TÜV Rheinland LGA Products GmbH, como organismo notificado para las PIP, la que llevó a cabo este procedimiento de certificación.

La sentencia de primera instancia aprecia de oficio falta de legitimación pasiva. La demandante interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, que en su sentencia:

- i. considera acreditado que las prótesis PIP obtuvieron un distintivo CE tras la evaluación realizada por el organismo notificado alemán TÜV Rheinland Product Safety GmbH, que habilitaba para su comercialización en la Unión Europea, de conformidad con el artículo 4 de la Directiva 93/42/CEE;
- ii. aprecia la existencia de incumplimiento de las obligaciones inherentes a la obtención del distintivo CE en la homologación del producto sanitario para su comercialización; y, en conclusión,
- iii. invocando la doctrina del levantamiento del velo, estima el recurso y condena “a TÜV Group en la que se integra la emplazada, TÜV Rheinland Ibérica S.A., y TÜV Rheinland

Aktiengesellschaft, identificada en la demanda como organismo notificado, aunque la que realmente intervino fue TÜV Rheinland Product Safety GmbH".

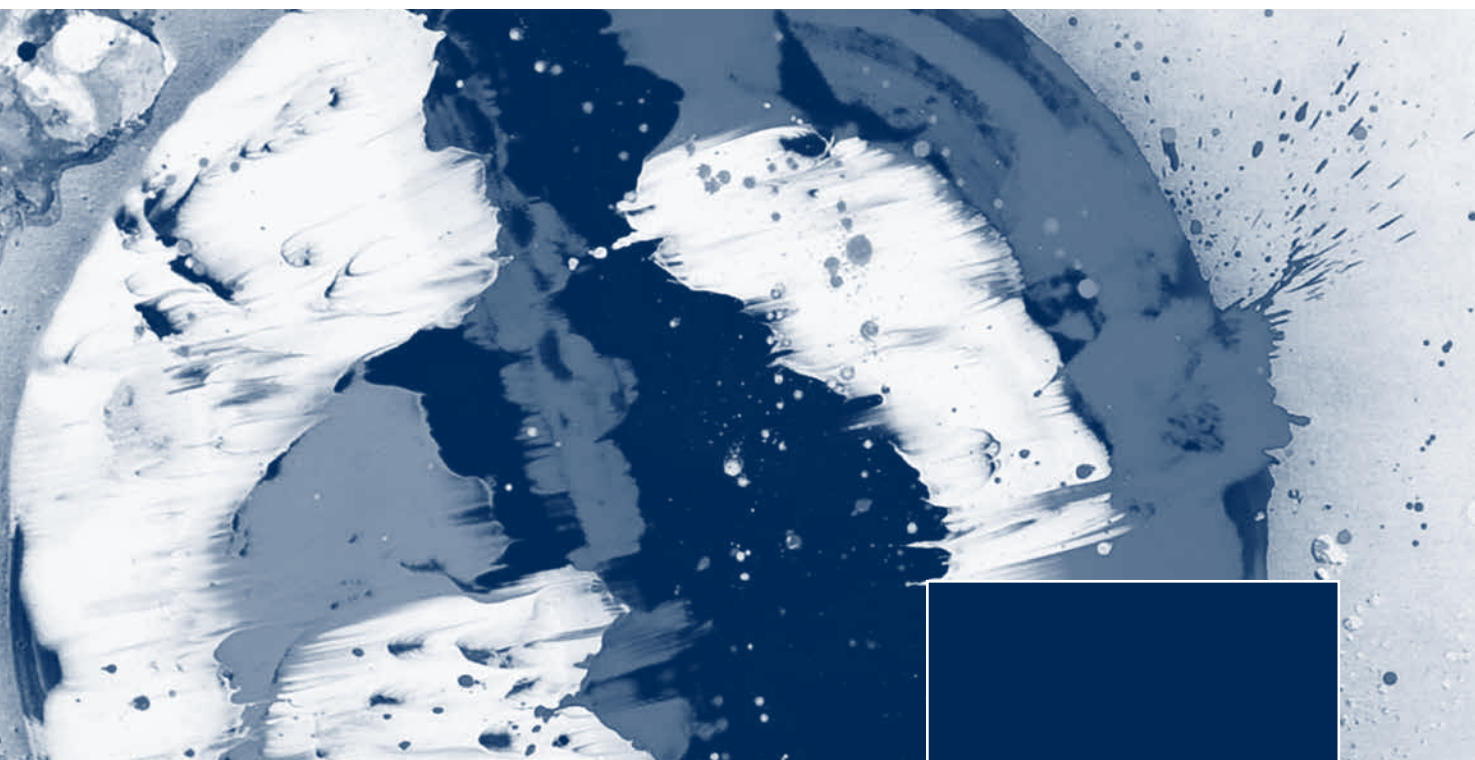
Los recursos de casación e infracción procesal los interpone TÜV Ibérica ante el Tribunal Supremo, y justifica su interés en que su situación es incierta como consecuencia de la compleja sucesión de actos procesales producidos a lo largo del procedimiento.

El Tribunal Supremo parte de considerar que la demandante, ante la insolvencia de la fabricante de las prótesis (Poly Implant Prothèses), pretende dirigir su reclamación contra el organismo notificado por el fabricante de las prótesis que se le implantaron, de acuerdo con la Directiva 93/42/CEE.

El Tribunal Supremo deja constancia de que, aunque los organismos notificados no responden con arreglo a la normativa específica de productos defectuosos, *"si han actuado negligentemente en el desempeño de sus funciones de control, de modo que pudiendo hacerlo no han detectado el riesgo y, por el contrario, certifican la calidad del producto, su responsabilidad puede fundamentarse en las reglas tradicionales de responsabilidad civil, que es exigible siempre que el perjudicado no reciba una doble indemnización por los mismos daños"*. Así, en caso de incumplimiento culpable de sus obligaciones, los organismos notificados pueden ser responsables frente a los pacientes y usuarios afectados.

No obstante, el Tribunal Supremo rechaza la invocación de la teoría del levantamiento del velo y ordena la retroacción de las actuaciones al momento en el que debió emplazarse a TÜV Rheinland LGA Product Safety GmbH.

9 de febrero de 2021



Tributario

9 de febrero de 2021

1. Legislación

[Unión Europea]

Legislación comunitaria

Directiva (UE) 2020/2020 del Consejo, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo relativo a medidas temporales en relación con el IVA aplicable a las vacunas contra la COVID-19 y los productos sanitarios para diagnóstico in vitro de esta enfermedad en respuesta a la pandemia de COVID-19 (DOUE L 419 de 11 de diciembre de 2020)

[España]

Estatutal

Ley 10/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información (BOE de 30 de diciembre de 2020)

Real Decreto-ley 39/2020, de 29 de diciembre, de medidas financieras de apoyo social y económico y de cumplimiento de la ejecución de sentencias (BOE de 30 de diciembre de 2020)

Real Decreto 1178/2020, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio (BOE de 30 de diciembre de 2020)

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Miguel Bastida Peydro, y en su elaboración han participado Catarina Fernandes y Martin Teixeira, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Resolución de 4 de enero de 2021, de la DGT, sobre la devolución del IVA a los empresarios o profesionales establecidos en los territorios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (BOE de 5 de enero de 2021)

Preguntas frecuentes del Impuesto sobre Transacciones Financieras (disponible en la página web de la Agencia Tributaria)

[Portugal]

Imposto sobre o valor acrescentado (“IVA”) - Taxa intermédia - Fornecimentos de eletricidade

Decreto-Lei n.º 74/2020, de 24 de setembro (DR 187, Série I, de 24 de setembro de 2020)

O diploma em epígrafe estabelece a aplicação da taxa intermédia de IVA a determinados fornecimentos de eletricidade, na parte que não exceda um determinado nível de consumo, em relação a potências contratadas em baixa tensão normal.

Esta alteração faz-se por via do aditamento de uma (nova) verba 2.8 à Lista II anexa ao Código do IVA, aí se prevendo os limites de potência contratada (6,90 kVA) e de consumo (100 kWh de consumo mensal ou 150 kWh de consumo mensal no caso de famílias numerosas, cujos agregados sejam compostos por cinco ou mais elementos) a cujos fornecimentos se aplica a taxa intermédia.

Esta nova taxa de IVA aplica-se aos fornecimentos de eletricidade elegíveis realizados em ou após 1 de dezembro de 2020, salvo no caso dos fornecimentos adquiridos para consumo de famílias numerosas, entre 100 kWh e 150 kWh por período de 30 dias, que apenas beneficiam da taxa intermédia quando realizados em ou após 1 de março de 2021.

IVA - Declaração recapitulativa - novo formulário

Portaria n.º 215/2020, de 10 de setembro (DR 177, Série I, de 10 de setembro de 2020)

A Portaria em referência aprovou o novo modelo, e respetivas instruções de preenchimento, da declaração recapitulativa de IVA a entregar, através do portal das finanças e nos prazos previstos na lei, pelos sujeitos passivos que realizem, entre outras operações, transmissões intracomunitárias de bens e operações assimiladas, e/ou prestações de serviços em benefício de sujeitos passivos com sede ou estabelecimento noutro Estado-Membro da União Europeia.

Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares ("IRS") e Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas ("IRC") - Coeficientes de desvalorização de moeda - Bens e direitos alienados em 2020

Portaria n.º 220/2020, de 21 de setembro (DR 184, Série I, de 21 de setembro de 2020)

A presente Portaria procedeu à atualização dos coeficientes de desvalorização da moeda a aplicar, entre outros, no cálculo das mais-valias fiscais, em sede de IRS ou de IRC, realizadas com a alienação de bens ou direitos no ano de 2020.

IRS e IRC - Pagamento em prestações

Despacho n.º 8844-B/2020, de 11 de setembro (DR 179, Série II, de 14 de setembro de 2020)

O Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais em referência determina a obrigação de a AT disponibilizar oficiosamente aos contribuintes, sem necessidade de apresentação de pedido formal para o efeito, a faculdade de pagamento em prestações de determinadas dívidas que, nos termos da lei, podem ser pagas em prestações com dispensa de prestação de garantia.

As dívidas abrangidas por esta obrigação da AT são quaisquer dívidas de IRS ou de IRC de valor não superior a € 5.000 e € 10.000, respetivamente, desde que se encontrem em fase de cobrança voluntária, se vençam até 31 de dezembro de 2020 e, ainda, desde que o sujeito passivo não seja devedor de quaisquer outros impostos.

Obrigações declarativas fiscais - Regime do justo impedimento dos Contabilistas Certificados

Portaria n.º 232/2020, de 1 de outubro (DR 192, Série I, de 1 de outubro de 2020)

A Portaria em referência estabeleceu as obrigações declarativas fiscais que estão abrangidas pelo regime do justo impedimento de curta duração previsto no artigo 12.º-A do Estatuto da Ordem dos Contabilistas Certificados, com vista a afastar a responsabilidade contraordenacional ou penal e a aplicação de juros compensatórios.

A presente Portaria entrou em vigor no dia 2 de outubro de 2020, produzindo efeitos a partir do dia 1 de janeiro de 2020.

IVA - Taxa intermédia - Fornecimentos de eletricidade

Portaria n.º 247-A/2020, de 19 de outubro de 2020 (DR 203, Série I, de 19 de outubro de 2020)

O Decreto-Lei n.º 74/2020, de 24 de setembro, aditou uma (nova) verba 2.8 à Lista II anexa ao Código do IVA que prevê a aplicação da taxa intermédia de IVA a determinados fornecimentos de

eletricidade, na parte que não exceda um determinado nível de consumo, em relação a potências contratadas em baixa tensão normal.

A presente Portaria vem, na sequência daquele diploma legal, regular a aplicação da verba 2.8 da lista II anexa ao Código do IVA, nomeadamente quando aos limites das potências contratadas e de consumo que ficam sujeitos à taxa reduzida, com efeitos a partir de 1 de dezembro de 2020 e, no que diz respeito ao fornecimento de eletricidade para consumo de famílias numerosas, a 1 de março de 2021.

IVA - Sujeitos passivos não residentes - programa certificado de faturação

Despacho n.º 404/2020-XXII, de 20 de outubro de 2020, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais

O Despacho em epígrafe adiou para 1 de julho de 2021 a obrigação que recai sobre os sujeitos passivos não estabelecidos em Portugal, mas aqui registados para efeitos de IVA, de utilização de programa informático de faturação previamente certificado pela AT.

Tal obrigação encontrava-se inicialmente prevista para todas as faturas emitidas pelos referidos sujeitos passivos a partir de 1 de janeiro de 2021.

IVA - Código de barras bidimensional (Código QR) - Código Único do documento (ATCUD)

Despacho n.º 412/2020-XXII, de 23 de outubro de 2020, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais

A Portaria n.º 195/2020, de 13 de agosto de 2020, estabeleceu os requisitos de criação do código de barras bidimensional (código QR) e do código único do documento (ATCUD) que deverão constar de todas as faturas e demais documentos fiscalmente relevantes. A referida Portaria estabelecia ainda que tal obrigação se aplicava a todos os referidos documentos a partir de 1 de janeiro de 2021.

O Despacho em epígrafe veio, designadamente, adiar para 1 de janeiro de 2022 a obrigação de menção em todas as faturas e documentos fiscalmente relevantes do código único do documento (ATCUD), bem como determinar que a comunicação de séries documentais para obtenção do código de validação pelos sujeitos passivos deverá ser feita a partir do início de segundo semestre de 2021.

Aprovação da convenção para evitar a dupla tributação celebrada entre Portugal e o Quênia

Resolução da Assembleia da República n.º 88/2020 e Decreto do Presidente da República n.º 60/2020, de 23 de novembro (DR 228, Série I, de 23 de novembro de 2020)

A Resolução da Assembleia da República em referência, que foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República, veio aprovar a Convenção entre a República Portuguesa e a República do Quênia para Eliminar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e Prevenir a Fraude e a Evasão Fiscal assinada, em Lisboa, em 10 de julho de 2018 ("ADT Portugal Quênia").

O ADT Portugal Quênia ainda não entrou em vigor na medida em que ainda não foi publicado o aviso a tornar público o cumprimento das formalidades constitucionais internas de aprovação do ADT em cada Estado Contratante.

Comunicação de mecanismos transfronteiriços com relevância fiscal ("DAC 6") - Adiamento do prazo de notificação do intermediário ao contribuinte relevante

Despacho n.º 444/2020-XXII, de 19 de novembro de 2020, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais

Este Despacho determinou a prorrogação, até 15 de janeiro de 2021, do prazo para o intermediário notificar o contribuinte relevante para que este cumprisse a obrigação de comunicação de qualquer mecanismo transfronteiriço comunicável cujo primeiro passo da sua aplicação tenha ocorrido no período entre 25 de junho de 2018 e 30 de junho de 2020, nas situações em que se verifique a existência de dever legal ou contratual de sigilo e a obrigação de comunicação seja do contribuinte relevante, devendo a obrigação de comunicação ser cumprida no prazo de 30 dias a contar da notificação do intermediário. Subsidiariamente, cabe ao intermediário cumprir aquela obrigação de comunicação até ao dia 28 de fevereiro de 2021, no caso de não ter sido informado do cumprimento do dever de comunicação pelo contribuinte relevante naquele prazo de 30 dias.

Ajustamento do calendário das obrigações fiscais a cumprir em 2020 e em 2021

Despacho n.º 437/2020-XXII, de 9 de novembro de 2020, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais

O referido despacho ajustou o calendário das obrigações fiscais a cumprir em 2020 e em 2021, sem quaisquer acréscimos ou penalidades para os contribuintes e, em concreto, estabeleceu que:

- Até 31 de março de 2021, devem ser aceites faturas em PDF, as quais são consideradas faturas eletrónicas para todos os efeitos previstos na legislação fiscal;
- Os prazos de entrega das declarações periódicas de IVA e de pagamento do IVA passam a ser os seguintes:

- i. Quando esteja em causa o regime mensal, as declarações periódicas a entregar em novembro e em dezembro de 2020, bem como as declarações a entregar em janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2021 podem ser submetidas até dia 20 de cada mês;
 - ii. Quando esteja em causa o regime trimestral, as declarações periódicas a entregar em novembro de 2020, bem como as declarações a entregar em fevereiro e em maio de 2021 podem igualmente ser submetidas até dia 20 de cada mês;
 - iii. A obrigação de pagamento do IVA que resulte das declarações periódicas a que se referem as alíneas anteriores pode ser cumprida até ao dia 25 de cada mês, em qualquer dos regimes de IVA (mensal ou trimestral);
- Relativamente aos inventários, o referido Despacho estabeleceu que:
 - i. As comunicações de inventários relativas a 2020 devem ser efetuadas até 31 de janeiro de 2021 e através da estrutura dos ficheiros utilizada nas comunicações de inventários relativos a 2019; e,
 - ii. As comunicações de inventários relativas a 2021 devem ser efetuadas até 31 de janeiro de 2022 mas já através da nova estrutura dos ficheiros aprovada pela Portaria n.º 126/2019, de 2 de maio de 2019;
- A obrigação de entrega da declaração de rendimentos pagos e de retenções, deduções, contribuições sociais e de saúde e quotizações (exceto trabalho dependente) referente a 2020 (declaração Modelo 10) poderá ser cumprida até 25 de fevereiro de 2021;
- A obrigação de entrega da declaração anual de informação contabilística e fiscal (“IES”) relativa ao exercício de 2020 deverá ser disponibilizada para submissão no portal das finanças a partir do dia 1 de janeiro de 2021, podendo ser submetida no prazo legalmente previsto (até ao décimo quinto dia do sétimo mês posterior à data do termo do período de tributação);
- As obrigações de entrega da declaração periódica de rendimentos de IRC de 2020 (declaração Modelo 22) e do respetivo pagamento do imposto devido deverão ser disponibilizadas para submissão no portal das finanças, no máximo, a partir de 1 de março de 2021, podendo a declaração ser submetida e o imposto ser pago no prazo legalmente previsto (até ao último dia do mês de maio ou último dia do 5.º mês posterior ao termo do período de tributação quando o mesmo não coincida com o ano civil).

IVA – Prorrogação da isenção completa na aquisição de bens necessários para combater os efeitos do surto de COVID-19

Despacho n.º 450/2020-XXII, de 27 de novembro de 2020, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais

O referido despacho prorrogou, até 30 de abril de 2021, a isenção completa de IVA para as transmissões e aquisições intracomunitárias de bens necessários para combater os efeitos do surto de COVID-19 pelo Estado e outros organismos públicos ou por organizações sem fins lucrativos.

Tal isenção encontrava-se inicialmente prevista para vigorar até 31 de outubro de 2020.

O despacho em referência vem ainda esclarecer que as faturas referentes àquelas transmissões e aquisições que, entretanto, tenham sido emitidas com IVA liquidado, podem ser corrigidas e o respetivo imposto regularizado.

IVA – Micro, pequenas ou médias empresas - Adiamento do prazo de pagamento e possibilidade pagamento em prestações

Decreto-Lei n.º 99/2020, de 22 de novembro (DR 227-B, Série I, de 22 de novembro de 2020)

O Decreto-Lei em referência alterou as medidas excecionais e temporárias relativas à pandemia da doença COVID-19 e aprovou, entre outras medidas, um regime extraordinário de diferimento de obrigações fiscais e contributivas relativas aos meses de novembro e dezembro de 2020.

Segundo este Decreto-Lei, a obrigação do pagamento do IVA devido em novembro de 2020 pelos sujeitos passivos classificados como micro, pequenas ou médias empresas (devendo esta classificação ser efetuada por certificação de revisor oficial de contas ou contabilista certificado), ou ainda os que tenham iniciado a atividade a partir de 1 de janeiro de 2019, podia ter sido cumprida: (i) até ao dia 30 de novembro de 2020; ou, (ii) em três ou seis prestações mensais, de valor igual ou superior a € 25, sem juros e sem necessidade de apresentação de garantia, desde que cumpridas as condições legais previstas no Decreto-Lei.

Este Decreto-Lei veio estabelecer igualmente o diferimento das contribuições sociais devidas em novembro e em dezembro de 2020. Para mais informações sobre esta alteração por favor consultar a secção de Laboral.

Medidas excecionais COVID-19 - IVA a pagar no primeiro semestre de 2021

Decreto-Lei n.º 103-A/2020, de 15 de dezembro (DR 2427/2020, 1.º Suplemento, Série I, de 15 de dezembro de 2020)

O Decreto-Lei em referência estabeleceu um regime complementar de diferimento da obrigação de pagamento do IVA devido no primeiro semestre de 2021 pelos sujeitos passivos que tenham

obtido um volume de negócios até € 2.000.000,00 em 2019, ou que tenham iniciado ou reiniciado a atividade a partir de 1 de janeiro de 2020, aplicável nos casos em que os sujeitos passivos declarem e demonstrem a verificação do requisito cumulativo de diminuição da faturação, através do e-fatura, de, pelo menos, 25% na média mensal do ano civil completo de 2020 face ao período homólogo do ano anterior.

Ao abrigo do referido regime, as obrigações de pagamento do IVA poderão ser cumpridas em três ou seis prestações mensais, de valor igual ou superior a € 25, sem juros.

O referido Decreto-Lei entrou em vigor em 16 de dezembro de 2020.

Avaliação dos prédios urbanos para efeitos fiscais - Valor médio de construção

Portaria n.º 289/2020, de 17 de dezembro de 2020 (DR 244/2020, Série I, de 17 de dezembro de 2020)

A presente Portaria fixa em € 492 o valor médio de construção por metro quadrado a vigorar no ano de 2021 e a considerar na determinação do valor patrimonial tributário ("VPT") dos prédios urbanos.

Estatuto dos Benefícios Fiscais ("EBF") - Aprovação da Declaração Modelo 25 — Donativos recebidos

Portaria n.º 296/2020, de 22 de dezembro de 2020 (DR 247/2020, Série I, de 22 de dezembro de 2020)

A Portaria em referência aprovou o novo formulário da Declaração Modelo 25, destinada à declaração dos donativos fiscalmente relevantes no âmbito do regime consagrado no EBF pelas entidades que os recebam, e respetivas instruções de preenchimento.

A presente Portaria entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2021.

IVA – Alteração das instruções de preenchimento da Declaração Recapitulativa quanto às trocas comerciais com a Irlanda do Norte

Portaria n.º 298-A/2020, de 23 de dezembro de 2020 (DR 248/2020, 1.º Suplemento, Série I, de 23 de dezembro de 2020)

A presente Portaria alterou e republicou as instruções de preenchimento da declaração recapitulativa de IVA, a que se refere a alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º do Regime do IVA nas Transações Intracomunitárias.

Na declaração recapitulativa de IVA devem ser indicadas: (i) as prestações de serviços efetuadas a sujeitos passivos que tenham noutro Estado membro a sua sede ou estabelecimento estável, quando tais operações não sejam tributáveis em território nacional; (ii) as transmissões de bens

isentas de IVA; (iii) as operações em que o sujeito passivo tenha adquirido os bens para proceder à sua transmissão subsequente no Estado membro de chegada dos bens; e, (iv) as transferências intracomunitárias de bens submetidos ao regime de vendas à consignação.

Esta alteração vem dar cumprimento ao Protocolo da Irlanda do Norte, integrante do Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da UE (Brexit), nos termos do qual a Irlanda do Norte continuará sujeita às regras da Diretiva de IVA.

Assim, as regras relativas às transmissões intracomunitárias de bens e operações assimiladas, bem como ao regime de vendas à consignação em transferências intracomunitárias de bens, continuam a ser aplicáveis às trocas comerciais entre a UE e a Irlanda do Norte.

As alterações introduzidas por esta Portaria produzem efeitos a partir de 1 de janeiro de 2021.

IRS e IRC - Aprovação da Declaração Modelo 10 — Rendimentos e retenções — Residentes

Portaria n.º 300/2020, de 24 de dezembro de 2020 (DR 249/2020, Série I, de 24 de dezembro de 2020)

A Portaria em referência vem aprovar o novo formulário da Declaração Modelo 10 e respetivas instruções de preenchimento.

A Declaração Modelo 10 destina-se a declarar os rendimentos auferidos por sujeitos passivos de IRS residentes no território nacional, que estejam sujeitos a imposto, incluindo os rendimentos isentos que estejam sujeitos a englobamento, os rendimentos não sujeitos, os rendimentos que não sejam ou não devam ser declarados na declaração mensal de remunerações, bem como as respetivas retenções na fonte, e ainda rendimentos sujeitos a retenção na fonte de IRC, excluindo os que se encontram dela dispensados.

A presente Portaria entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2021.

IVA - Pedido de autorização prévia no procedimento de regularização do IVA associado a créditos de cobrança duvidosa e a créditos incobráveis

Portaria n.º 303/2020, de 28 de dezembro de 2020 (DR 250/2020, Série I, de 28 de dezembro de 2020)

Esta Portaria procedeu à revogação da Portaria n.º 172/2015, de 5 de junho de 2015, e procedeu à regulamentação do pedido de autorização prévia no procedimento de regularização do IVA associado a créditos de cobrança duvidosa e a créditos incobráveis, aprovando igualmente os modelos a utilizar para o efeito e respetivas instruções.

A presente Portaria entrou em vigor no dia 29 de dezembro de 2020, produzindo efeitos a 1 de janeiro de 2015, relativamente aos procedimentos de regularização por ela regulados que

se encontrem pendentes de decisão na data da sua entrada em vigor, É ainda aprovado um período transitório nos termos do qual: *"(...) os elementos e diligências referentes aos pedidos de autorização prévia cujo prazo de seis meses contados a partir da data em que os créditos sejam considerados de cobrança duvidosa, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 78.º-A do Código do IVA, decorra entre 1 de abril de 2020 e a data da entrada em vigor da presente portaria podem ser comprovados e certificados por contabilista certificado independente até 28 de fevereiro de 2021, salvo se o referido prazo de seis meses se concluir em data posterior."*

DAC 6 - Aprovação da declaração modelo 58 para cumprimento da obrigação de reporte à Autoridade Tributária e Aduaneira ("AT") de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal

Portaria n.º 304/2020, de 29 de dezembro de 2020 (DR 251/2020, Série I, de 29 de dezembro de 2020)

A presente Portaria aprovou a declaração modelo 58, e respetivas informações gerais e instruções de preenchimento, para efeitos de cumprimento da obrigação declarativa de comunicação à AT de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal, nos termos previstos na Lei n.º 26/2020, de 21 de julho de 2020, que foi alterada e complementada pelo Decreto-Lei n.º 53/2020, de 11 de agosto de 2020, e mais recentemente também pelo Despacho n.º 444/2020-XXII, de 19 de novembro de 2020, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais (essencialmente no sentido do diferimento dos prazos de reporte).

Orçamento do Estado para 2021

Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro de 2020 (DR 253/2020, 1.º Suplemento, Série I, de 31 de dezembro de 2020)

O Orçamento do Estado para 2021, aprovado pela lei em epígrafe, introduziu diversas alterações relevantes em matéria tributária, de entre as quais destacamos as seguintes:

- *Em sede de IRS:* (i) são alteradas as regras referentes ao apuramento de mais-valias sobre a afetação de imóveis da esfera particular para a esfera empresarial ou profissional do sujeito passivo (e vice-versa) e, designadamente, passa a estabelecer-se que apenas haverá lugar ao apuramento de mais-valias aquando da transferência onerosa de imóveis a terceiros, prevenindo-se igualmente medidas transitórias quanto às mais-valias suspensas de tributação ao abrigo das anteriores regras e quanto às mais-valias resultantes da venda a terceiros de imóveis outoraa afetos ao património empresarial do sujeito passivo de IRS; (ii) é introduzida a obrigação dos sujeitos passivos de IRS de observarem, nas mais-valias e menos-valias realizadas, os termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis, ficando sujeitos, quanto àquelas operações, às regras de preços de transferência previstas no Código do IRC; (iii) são introduzidas clarificações ao regime do reinvestimento do produto da venda de imóvel afeto à habitação própria e permanente, no sentido de esclarecer, entre outros, que nos casos de contratação de seguro apenas são elegíveis os seguros do ramo vida, que os requisitos de idade ou

reforma referem-se também ao unido de facto e que o pagamento da prestação regular periódica proporcionada pelo contrato de seguro ou pelo fundo de pensões aberto tem de observar um período mínimo e ininterrupto de 10 anos; e, (iv) passam a ser consideradas despesas de saúdes elegíveis para efeitos de deduções à coleta os valores suportados pelos sujeitos passivos com a aquisição de máscaras de proteção respiratória e gel desinfetante (enquanto a sua transmissão estiver sujeita à taxa reduzida de IVA);

- *Em sede de IRC:* (i) são introduzidas alterações ao conceito de estabelecimento estável no sentido do alargamento da figura do “agente dependente”, da redução do elenco das atividades meramente preparatórias ou auxiliares, bem como do alargamento daquele conceito para passar integrar, entre outros, as atividades de prestação de serviços, incluindo serviços de consultoria, prestados por uma empresa em território português quando tais atividades sejam exercidas durante mais de 183 dias num período de 12 meses; (ii) passam a integrar o lucro tributável imputável ao estabelecimento estável os rendimentos obtidos pela casa-mãe não residente com a venda a pessoas ou entidades residentes em Portugal de bens ou mercadorias idênticos ou similares aos vendidos através de estabelecimento estável situado em território português; (iii) é criado um regime transitório nos termos do qual as cooperativas, micro, pequenas e médias empresas podem ficar dispensadas da realização de pagamentos por conta em 2021 e deixa de ser aplicável àquelas entidades, nos exercícios de 2020 e de 2021 e mediante a verificação de determinado requisitos, o agravamento em dez pontos percentuais das taxas de tributação autónoma aplicáveis em caso de apuramento de prejuízos fiscais; e, (iv) as taxas de tributação autónoma reduzidas sobre despesas com veículos passam a aplicar-se a veículos ligeiros de passageiros híbridos *plug-in* que observem determinadas características;
- *Em sede de IVA:* (i) é criado um programa temporário de apoio e estímulo ao consumo nos setores de alojamento, cultura e restauração, o qual se traduz num mecanismo que permite ao consumidor final deduzir a totalidade do IVA suportado nestes setores num determinado trimestre aos consumos que venha a realizar nesses mesmos setores no trimestre seguinte; (ii) é prolongada, até 30 de abril de 2021, a isenção de IVA aplicável às transmissões e às aquisições intracomunitárias de bens necessários para combater os efeitos do surto COVID 19 pelo Estado, outros organismos públicos e por organizações sem fins lucrativos; (iii) a transmissão, importação e aquisição intracomunitária de máscaras de proteção respiratória e de gel desinfetante cutâneo passam a estar sujeitas, de forma permanente, à taxa reduzida de IVA; (iv) fica suspensa, em 2021, a obrigatoriedade de aposição do código único de documento (ATCUD) e do código de barras bidimensional (código QR) em todas as faturas e documentos fiscalmente relevantes; e, (v) é clarificado que a certificação de créditos de cobrança duvidosa pode ser feita por revisor oficial de contas ou por contabilista certificado independente quando o imposto a regularizar não exceda os € 10.000 por pedido de autorização prévia;
- *Em sede de imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (“IMT”):* (i) passa a estabelecer-se que, sempre que o adquirente seja uma entidade dominada ou controlada, direta ou indiretamente, por uma entidade que tenha domicílio fiscal em país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças (“*Paraíso Fiscal*”), a taxa de IMT a aplicar é a taxa agravada de 10% (à semelhança do que já estava previsto nos casos em que o adquirente tenha domicílio fiscal em Paraíso Fiscal, definindo-se situação de domínio ou controlo como a situação na qual se verifique uma

relação de domínio nos termos estabelecidos no artigo 486.^o do Código das Sociedades Comerciais ("CSC") e, por conseguinte, aquela em que a sociedade dominante pode exercer uma influência dominante, diretamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.^o, n.^o 2 do CSC, sobre a sociedade dependente (uma sociedade presume-se dependente de outra se esta última, direta ou indiretamente: a) detém uma participação maioritária no capital; ou b) ou dispõe de mais de metade dos votos; ou, c) tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização); (ii) as reduções e isenções de IMT (como é o caso da isenção de IMT de compra para revenda) deixam de aplicar-se nos casos em que o adquirente do imóvel é uma entidade dominada ou controlada, direta ou indiretamente, por uma entidade que tenha domicílio fiscal em Paraíso Fiscal (à semelhança do que já sucedia nos casos de aquisição de imóveis diretamente por entidades com domicílio em Paraíso Fiscal); e, (iii) passa a estar sujeita a IMT: *"(...) a aquisição de partes sociais ou de quotas nas sociedades em nome coletivo, em comandita simples, por quotas ou anónimas, quando cumulativamente: i) O valor do ativo da sociedade resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50% por bens imóveis situados em território nacional, atendendo ao valor de balanço ou, se superior, ao valor patrimonial tributário; ii) Tais imóveis não se encontrem diretamente afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial, excluindo a compra e venda de imóveis; iii) Por aquela aquisição, por amortização ou quaisquer outros factos, algum dos sócios fique a dispor de, pelo menos, 75 % do capital social, ou o número de sócios se reduza a dois casados ou unidos de facto, devendo em qualquer dos casos as partes sociais ou quotas próprias detidas pela sociedade ser proporcionalmente imputadas aos sócios na proporção da respetiva participação no capital social"*, estabelecendo-se que esta norma não se aplica aos consórcios e agrupamentos complementares de empresas;

- *Em sede de imposto municipal sobre imóveis ("IMI"):* (i) passa a estabelecer-se que, sempre que os sujeitos passivos de IMI sejam entidades dominadas ou controladas, direta ou indiretamente, por entidades que tenham domicílio fiscal em Paraíso Fiscal, a taxa de IMI a aplicar é a taxa agravada de 7,5 % (à semelhança do que já estava previsto nos casos em que sujeitos passivos de IMI tenham domicílio fiscal em Paraíso Fiscal); (ii) as suspensões de IMI aplicáveis aos prédios adquiridos para revenda ou aos terrenos adquiridos para construção seguida de venda deixam de ser aplicáveis nos casos em que o sujeito passivo de IMI seja uma entidade dominada ou controlada, direta ou indiretamente, por uma entidade que tenha domicílio fiscal em Paraíso Fiscal (à semelhança da limitação que já existia relativamente aos imóveis detidos diretamente por entidades com domicílio em Paraíso Fiscal); e, (iii) são introduzidas alterações à fórmula de determinação do VPT dos terrenos para construção, passando a estabelecer-se que os coeficientes de afetação e de localização são aplicáveis na determinação do VPT destes terrenos e que na determinação da percentagem do valor das edificações autorizadas ou previstas (que podem variar entre 15 % e 45 %) são consideradas *"(...) as variáveis que influenciam o nível de oferta e de procura de terrenos para construção em cada zona homogénea do município, designadamente a quantidade de terrenos infraestruturados e as condicionantes urbanísticas decorrentes dos instrumentos de gestão territorial vigentes, sendo determinada pelo quociente entre o valor de mercado do terreno e o valor de mercado do conjunto terreno mais edificações autorizadas ou previstas."*;

- *Em sede de Imposto do Selo*: mantém-se em vigor, no ano de 2021, o agravamento em 50% das taxas de imposto aplicáveis a novas concessões de crédito ao consumo;
- *Em sede do EBF*: (i) o regime do mecenato social é alterado por forma a abranger também os donativos concedidos às Entidades Hospitalares, EPE; (ii) quanto aos benefícios fiscais ao mecenato cultural, passam a estar abrangidas as entidades que desenvolvam atividades predominantemente de caráter cultural no âmbito do teatro, da ópera, do bailado, música, cinema, dança, artes performativas, artes visuais, organização de festivais e outras manifestações artísticas e de produção cinematográfica, audiovisual e literária, (iii) é aprovado um regime de mecenato cultural extraordinário para 2021; e, (iv) é prorrogado, até 31 de dezembro de 2025, o regime fiscal aplicável ao Fundo Nacional de Reabilitação do Edificado (que corresponde ao regime fiscal previsto para os Fundos de Investimento Imobiliário para Arrendamento Habitacional);
- *Em sede do Código Fiscal do Investimento*: no âmbito do Sistema de Incentivos Fiscais em Investigação e Desenvolvimento Empresarial II (“SIFIDE II”): (i) é clarificado o âmbito das aplicações relevantes no que diz respeito às contribuições para fundos de investimento que realizem investimentos de capital próprio e de quase-capital em empresas dedicadas sobretudo a investigação e desenvolvimento, ficando igualmente definido o conceito de “*empresa dedicada sobretudo a investigação e desenvolvimento*”; e, (ii) são estabelecidos mecanismos de reposição dos benefícios fiscais em casos de incumprimento de determinadas condições previstas para o investimento através dos referidos fundos de investimento.

Orçamento da Região Autónoma da Madeira (“RAM”) para 2021

Decreto Legislativo Regional n.º 18/2020/M, de 31 de dezembro de 2020 (DR 253/2020, Série I, de 31 de dezembro de 2020)

O Orçamento da RAM para 2021 introduziu algumas alterações relevantes, entre as quais destacamos as seguintes:

- *Em sede de IRS*: as taxas de imposto aplicáveis aos sujeitos passivos de IRS residentes na Região Autónoma da Madeira (“RAM”) são reduzidas em quase todos os escalões, com exceção do último escalão, em que a taxa aplicável é igual à taxa geral prevista no artigo 68.º do Código do IRS aplicável a Portugal Continental, *i.e.*, 48%;
- *Em sede de IRC*: (i) a taxa de imposto aplicável aos sujeitos passivos de IRC, prevista no n.º 1 do artigo 87.º do Código do IRC, para vigorar na RAM, é reduzida para 14,7%; (ii) no caso de sujeitos passivos que exerçam, diretamente e a título principal, uma atividade económica de natureza agrícola, comercial ou industrial e que sejam qualificados como pequena ou média empresa, nos termos previstos no anexo ao Decreto -Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, na redação atual, a taxa de IRC aplicável aos primeiros € 25 000 de matéria coletável passa a ser de 11,9 %, aplicando-se a taxa geral de IRC de 14,7% ao excedente; (iii) as taxas da derrama regional, que incidem sobre a parte do lucro tributável superior a € 1.500.000, sujeito e não isento de IRC, apurado pelos sujeitos passivos da RAM enquadrados no n.º 1 do artigo 26.º da Lei Orgânica n.º 2/2013, de 2 de setembro, que exerçam, a título principal, uma atividade de

natureza comercial, industrial ou agrícola, também são reduzidas da seguinte forma: (a) ao rendimento tributável de mais de € 1.500.000 e até € 7.500.000 passa a aplicar-se uma taxa de derrama de 2,1%; (b) ao rendimento tributável de mais de € 7.500.000 e até € 35.000.000 passa a aplicar-se uma taxa de derrama de 3,5%; (c) ao rendimento tributável superior a € 35.000.000 passa a aplicar-se uma taxa de derrama de 6,3%; e, (iv) o valor dos pagamentos adicionais por conta devidos passa a ser igual ao valor resultante da aplicação das taxas: (a) de 1,8% sobre a parte do lucro tributável relativo ao exercício de tributação anterior que seja superior a € 1.500.000 e até € 7.500.000; (b) de 3,2% sobre a parte do lucro tributável relativo ao exercício de tributação anterior que seja superior a € 7.500.000 e até € 35.000.000; e, (c) de 6% sobre a parte do lucro tributável relativo ao exercício de tributação anterior que seja superior a € 35.000.000.

- *Relativamente ao Código Fiscal de Investimento da RAM*, estabelece-se que, até 31 de dezembro de 2023, podem ser concedidos benefícios fiscais, em regime contratual, ao investimento produtivo na RAM com um período de vigência até dez anos a contar da conclusão do projeto de investimento, aplicáveis aos projetos de investimento, definidos no referido Código Fiscal do Investimento, cujas aplicações relevantes sejam de montante igual ou superior a € 750.000, no caso de investimentos realizados na ilha da Madeira, e de € 250.000, no caso de investimentos realizados na ilha do Porto Santo.

Representação fiscal em Portugal de pessoas singulares ou coletivas com domicílio fiscal no Reino Unido ("RU")

Despacho n.º 514/2020-XXII, de 23 de dezembro de 2020, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais

O Despacho em referência determinou que a designação de representante fiscal em Portugal pelas pessoas singulares e coletivas que se encontrem registadas na base de dados da AT e possuam morada no RU pode ser realizada no prazo de seis meses a contar do dia 1 de janeiro de 2021, sem qualquer penalidade.

Este Despacho estabeleceu ainda que, relativamente a novas inscrições de cidadãos com residência fiscal no RU e início de atividade de pessoas coletivas domiciliadas no RU, bem como relativamente a alterações de morada para o RU, não se aplica o referido prazo de seis meses, sendo obrigatória a nomeação de representante fiscal no ato de inscrição ou de alteração do cadastro ou de abertura de atividade, de acordo com o regime legal aplicável às pessoas singulares ou coletivas com domicílio fiscal em países terceiros.

IRC - Dispensa de Pagamentos por Conta e devolução de Pagamentos Especiais por Conta - Regulamentação

Despacho n.º 12622/2020, de 29 de dezembro de 2020, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais (DR 251/2020, Série II, de 29 de dezembro de 2020)

O Despacho em referência vem estabelecer que, relativamente aos sujeitos passivos que tenham optado por não proceder à realização dos pagamentos por conta de IRC no ano de 2020 ao abrigo do regime de limitação extraordinária daqueles pagamentos previsto pela Lei n.º 27-A/2020, de 24 julho de 2020, não deverá ser levantado auto de notícia, para efeitos de instauração do respetivo procedimento contraordenacional, quando tenha deixado de ser paga uma importância superior a 20% dos pagamentos por conta que deveriam ter sido pagos em condições normais.

O Despacho em referência vem ainda regulamentar o regime de devolução antecipada de pagamentos especiais por conta não utilizados, estabelecido pela Lei n.º 29/2020, de 31 de julho de 2020 e que estava pendente de regulamentação por parte do Governo.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Derecho de la Unión Europea. Libertad de establecimiento. Normativa nacional que establece limitación a la deducibilidad de los intereses satisfechos a una sociedad no residente

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2021 (as C-484/19)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve una cuestión prejudicial en relación con la normativa sueca que establece la no deducibilidad de intereses pagados a una sociedad no residente que pertenece al mismo grupo que el deudor cuando la operación tiene como finalidad principal obtener una ventaja fiscal. Sin embargo, la normativa sueca sí permitía, sin excepción, la deducibilidad de los intereses si las dos sociedades fueran residentes en Suecia.

A juicio del Tribunal existe una diferencia de trato entre las sociedades de un mismo grupo residentes y las no residentes, dado que los intereses pagados a las primeras pueden beneficiarse de un trato más favorable en cuanto a la deducción del gasto financiero. Por otra parte, el Tribunal considera que esta medida discriminatoria no está justificada por razones de interés general ni es proporcional y, por ello, concluye que la normativa sueca analizada vulnera la libertad de establecimiento.

[España]

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Reducción aplicable a la adquisición mortis causa de participaciones en entidades. Cumplimiento del requisito de que la principal fuente de rentas de la persona que ejerce las funciones de dirección proceda de la remuneración de dichas funciones*Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2020 (recurso de casación 420/2018)*

La sentencia analiza la aplicación de la reducción del 95 % en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones como consecuencia de la adquisición mortis causa de determinadas participaciones en entidades que están exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio. En este sentido, para que se aplique la exención en ese impuesto es necesario, entre otros requisitos, que el propietario de las acciones o alguno de los miembros del grupo de parentesco ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad y perciba por ello una remuneración que represente más del 50 % de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

En el caso concreto que se discute en la sentencia, las funciones de dirección son desarrolladas por uno de los herederos, y se plantea si el ejercicio que se debe tomar en cuenta a efectos de determinar el cumplimiento del requisito relativo a la principal fuente de renta del heredero es el año anterior o el año en el que se produce el fallecimiento del causante (15 de octubre de 2002).

El Tribunal Supremo establece que el requisito se debe medir en el año en el que se produce el fallecimiento del causante. El mismo Tribunal, en sentencia de 5 de abril de 2019, aceptó que este criterio pudiera ser modulado o precisado en atención a criterios de justicia, siempre que concurren circunstancias excepcionales. Como ejemplo de estas circunstancias se cita el caso de las explotaciones agrícolas cuyos cultivos, por su propia naturaleza, no pueden generar beneficios hasta el segundo semestre del año y siempre que se haya acreditado sobradamente que en los ejercicios anteriores dicha actividad económica constituía la principal fuente de renta de la causante.

El Tribunal Supremo considera que el contribuyente no ha probado la concurrencia de las circunstancias excepcionales que permiten exceptuar el criterio general. Por tanto, solo se cumplirá el requisito si se acredita que en el momento del fallecimiento del causante, y hasta ese instante, las retribuciones percibidas por el heredero por las efectivas funciones de dirección en la empresa familiar superaron el porcentaje del 50 % sobre el resto de las retribuciones integradas en su base imponible general.

Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Hecho imponible. Cuota del impuesto que es superior a la plusvalía obtenida por el contribuyente

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2020 (recurso de casación número 6386/2017)

El recurso plantea la posibilidad de que la cuota del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, determinada por aplicación de las reglas establecidas en el Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y en las ordenanzas fiscales del Ayuntamiento de Madrid, puede ser superior a la plusvalía efectivamente obtenida por el transmitente del terreno (entendida como diferencia entre el precio de transmisión y el de adquisición).

Con carácter preliminar, el Tribunal Supremo precisa que no es aceptable la tesis de que la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 126/19) suponía la expulsión del ordenamiento jurídico de todos los artículos relativos a la fijación de la base imponible del impuesto. Por el contrario, entiende que es procedente la liquidación en aquellos casos en los que se genere una plusvalía que ponga de manifiesto capacidad económica gravable.

Dicho lo anterior, y en aplicación de la Sentencia 126/2019 del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo concluye que el impuesto es confiscatorio y, por tanto, inconstitucional cuando suponga que el contribuyente tenga que destinar a su pago la totalidad o la mayor parte de la riqueza real o potencial que tal tributo pone de manifiesto. A estos efectos, se rechaza que, con el objetivo de acreditar que no se ha producido un incremento de valor del terreno susceptible de ser gravado, se pueda actualizar el precio de adquisición del inmueble conforme al IPC (o algún otro mecanismo de corrección de la inflación).

Impuesto sobre Sociedades. Gastos deducibles. Intereses de demora derivados de una liquidación administrativa

Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de octubre de 2020 (recurso 262/2018)

La Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una sociedad a la que la Administración tributaria había negado la deducibilidad de los intereses de demora exigidos en una liquidación derivada de un procedimiento de inspección.

La Audiencia Nacional considera que, en aplicación del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (vigente en los ejercicios comprobados), los intereses de demora derivados de una liquidación tributaria resultan deducibles en cuanto son gastos contables que no tienen carácter punitivo o sancionador ni derivan de actos contrarios al ordenamiento jurídico. Esta es la interpretación que sostiene la Dirección General de Tributos respecto de la normativa actualmente vigente (Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades).

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Rendimientos del capital mobiliario. Renta derivada de la transmisión de acciones propias con cargo a reservas

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2020 (recurso de casación 4993/2018)

La cuestión que plantea el recurso es la calificación que tiene para los socios la renta que se genera por la transmisión de acciones a la propia sociedad que las emitió y que las adquiere como autocartera. En particular, la discusión se centra sobre la parte del precio que paga la sociedad y que se corresponde con el importe de las reservas voluntarias que existían en la sociedad por no haberse distribuido dividendos.

El Tribunal Supremo entiende que la finalidad principal de la operación societaria fue la retribución de los socios mediante el reparto de las reservas voluntarias existentes en la sociedad y que dicha retribución debe considerarse como rendimiento íntegro del capital mobiliario y no como ganancia patrimonial.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Base imponible. Inclusión de la cuota del impuesto en el precio cuando se descubren operaciones no declaradas

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020 (recurso de casación 1954/2019)

El Tribunal Supremo entiende que, en aplicación de la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2013 (asuntos acumulados C-249/12 y C-250/12), se debe entender que para la determinación de la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido ha de considerarse incluido dicho impuesto en el precio pactado cuando las partes establecen el precio de un bien sin ninguna mención al Impuesto sobre el Valor Añadido, el vendedor de dicho bien es el sujeto pasivo del impuesto devengado por la operación gravada y dicho vendedor carece de la posibilidad de recuperar del adquirente el impuesto reclamado.

[Portugal]

Valor patrimonial tributário dos terrenos para construção - Desconsideração dos coeficientes de localização e de afetação

Decisão arbitral de 14 de outubro de 2020 (processo n.º 698/2019-T).

No presente caso, que foi objeto do escrutínio do tribunal arbitral coletivo, estava em causa a análise da legalidade de um ato de fixação, pela AT, do valor patrimonial tributário ("VPT") de um terreno para construção e, designadamente, da aplicação dos coeficientes multiplicadores do VPT (v.g. coeficientes de localização e de afetação).

Após delimitar o objeto da ação, aquele tribunal concluiu que está vedada à AT a aplicação, designadamente, dos coeficientes de localização e de afetação para efeitos de determinação do VPT

dos terrenos para construção na medida em que tais coeficientes são aplicáveis exclusivamente a prédios urbanos edificados habitacionais, para comércio, indústria e serviços.

Para fundamentar a sua posição, o referido tribunal afirmou que os terrenos para construção devem ser avaliados de acordo com as normas constantes do artigo 45.º do Código do IMI e, por conseguinte, tendo por base o valor da área de implantação do edifício a construir e o valor do terreno adjacente à implantação bem como as características de acessibilidade, proximidade, serviços e localização descritas no n.º 3 do artigo 42.º do Código do IMI e ainda o disposto no n.º 2 do artigo 45.º do Código do IMI, mas não outras características ou coeficientes.

Por fim, acrescentou ainda aquele tribunal que uma interpretação diferente do disposto no artigo 45.º do Código do IMI e a aplicação dos coeficientes multiplicadores para efeitos de determinação do VPT dos terrenos de construção apenas poderia ser levada a cabo por analogia com o disposto no artigo 38.º do Código do IMI, analogia essa que é proibida em normas de incidência tributária.

O tribunal arbitral coletivo julgou assim totalmente procedente o pedido arbitral apresentado e ordenou a anulação do ato de fixação do VPT dos terrenos para construção.

Esta decisão vem confirmar a posição adotada por outros tribunais arbitrais em três decisões arbitrais anteriores e, em concreto, nas decisões arbitrais: (i) de 6 de maio de 2019 proferida no processo arbitral n.º 428/2018-T; (ii) 4 de abril de 2020 proferida no processo arbitral n.º 554/2019-T; e, (iii) de 29 de setembro de 2020 proferida no processo arbitral n.º 697/2019-T.

IRC - Falta de entrega dos pagamentos por conta em casos de inexistência de lucro tributável – Exclusão da ilicitude

Acórdão de 2 de dezembro de 2020 (Processo n.º 02482/17.2BEBRG) – Supremo Tribunal Administrativo

O Acórdão em referência foi proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo ("STA") na sequência da apresentação de recurso, pela AT, contra sentença de um tribunal de primeira instância que julgou procedente o recurso judicial de decisão de aplicação de coima com fundamento em falta de entrega do segundo pagamento por conta do IRC relativo ao período de setembro de 2016.

A sentença objeto de recurso havia decidido pela exclusão de ilicitude da referida falta de entrega do pagamento por conta, por inexistência de lucro tributável no período fiscal a que aquela conduta omissiva se reportava.

O STA confirmou a referida posição, tendo decidido que "(...) o "pagamento por conta" é, nos próprios termos da lei, uma entrega pecuniária antecipada, realizada por conta do imposto devido a final, no período de formação do facto tributário (cfr.art.º33, da L.G.T.).(...) se nenhuma quantia pecuniária houver de ser (antecipadamente) entregue por conta do imposto devido a final, no concernente ao período de formação do facto tributário (a que se refere o "pagamento por conta") - mormente por inexistência de lucro tributável revelado pela contabilidade, a esse tempo - aquele "pagamento por conta" não tem fundamento substantivo (...)."

No entendimento do STA, ainda que exista falta de entrega do pagamento por conta, não se verifica o evento jurídico-material de que a lei faz depender a punição - *i.e.*, a efetiva lesão do interesse protegido pela norma incriminadora, que é a cobrança do imposto - se inexistir lucro tributável em IRC e imposto devido, considerando-se, nestes casos, excluída a ilicitude da conduta e não podendo haver punição.

O STA julgou assim totalmente improcedente o recurso apresentado pela AT e confirmou a sentença proferida pelo tribunal de primeira instância.

3. Doutrina Administrativa

IVA - Regras de simplificação nas transações intracomunitárias

Ofício-Circulado n.º 30225, de 2 de outubro de 2020, da Direção de Serviços do IVA

A Diretiva (UE) 2018/1910 aprovou medidas destinadas à harmonização e simplificação de determinadas regras do IVA em matéria de tributação das trocas comerciais entre Estados-Membros da UE.

Tais medidas foram transpostas para o ordenamento nacional pela Lei n.º 49/2020, de 24 de agosto de 2020, que introduziu no Regime do IVA nas Transações Intracomunitárias três medidas de simplificação das regras aplicáveis às operações transfronteiriças relativamente: ao (i) regime de vendas à consignação em transferências intracomunitárias, (ii) às operações em cadeia e, à (iii) clarificação da relevância do número de identificação IVA do adquirente no contexto da aplicação da isenção nas transmissões intracomunitárias de bens.

O Ofício-Circulado em apreço veio clarificar o entendimento da AT quanto à aplicação de cada uma daquelas medidas, pugnando por uma aplicação uniforme das mesmas por todos os serviços da AT.

IVA - Instruções de preenchimento e de apresentação da declaração recapitulativa

Ofício Circulado n.º 30226, de 2 de outubro de 2020, da Direção de Serviços do IVA

O referido Ofício estabelece as instruções de preenchimento e de apresentação da declaração recapitulativa de IVA, na sequência das medidas de simplificação, implementadas pela Lei n.º 49/2020, de 24 de agosto de 2020 relativamente às operações transfronteiriças em sede de IVA e, designadamente, as respeitantes ao regime de vendas à consignação em transferências intracomunitárias.

Com a aprovação de um novo modelo de declaração recapitulativa pela Portaria n.º 215/2020, de 10 de setembro de 2020, o Ofício-Circulado n.º 30113, de 20 de outubro de 2009, deixou de estar atualizado e foi agora substituído pelo Ofício em referência.

EBF - Remuneração Convencional do Capital Social

Ofício Circulado n.º 20226, de 16 de dezembro de 2020, da Subdiretora-Geral dos Impostos sobre o Rendimento e das Relações Internacionais

O Ofício Circulado em referência vem esclarecer que a norma constante do n.º 1 do artigo 41.º-A do EBF relativa ao benefício fiscal da remuneração convencional do capital social deve ser interpretada no sentido de que, independentemente de ser efetuado apenas um aumento de capital ou vários aumentos de capital distribuídos por períodos de tributação distintos, a dedução ao lucro tributável de cada período de tributação está limitada a 7% das entradas realizadas até ao valor máximo suscetível de beneficiar deste incentivo fiscal (€ 2.000.000,00), o que significa que a dedução máxima ao lucro tributável em cada período não poderá exceder os € 140.000,00 (€ 2.000.000,00*7%).

De acordo com os referidos esclarecimentos prestados pela AT, o sujeito passivo pode usufruir, anualmente e durante um período de 6 anos, de uma dedução máxima de € 140.000,00 por ano, o que se traduz numa dedução total agregada de € 840.000,00, correspondente a uma dedução máxima de 42% do montante aplicado no aumento do capital social ou na constituição da sociedade.

4. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero. Compatibilidad con la normativa comunitaria

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 15 de diciembre de 2020 (00/6588/2018)

En la reclamación económico-administrativa se plantea la posible incompatibilidad del Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero con el Reglamento (UE) 517/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo (Gases fluorados de efecto invernadero).

El Tribunal Económico-Administrativo Central entiende que el Estado español goza de plena legitimación para el establecimiento de impuestos medioambientales sin que la normativa comunitaria mencionada establezca limitación alguna al respecto.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Deducción de cuotas soportadas. Interposición de entidades para la construcción de inmuebles que se cederán en arrendamiento a otras entidades que realizan operaciones exentas

Resolución económico-administrativa de 15 de diciembre de 2020 (00/04029/2017)

El supuesto de hecho que se plantea en la reclamación se refiere a una entidad que presta servicios sanitarios y de asistencia social y que constituye otra entidad que se encarga de llevar a cabo las obras de reforma y construcción de los inmuebles en los que realizará parte de sus actividades y que le cederá en arrendamiento. Como consecuencia de esta estructura, la entidad que realiza las obras deduce el Impuesto sobre el Valor Añadido soportado, dado que su destino es la realización de una actividad sujeta y no exenta (el arrendamiento).

La Administración considera la existencia de simulación en el conjunto de operaciones realizadas por las entidades y niega la deducibilidad de las cuotas soportadas por la entidad que realiza la construcción de los inmuebles.

El Tribunal Económico-Administrativo Central entiende que las operaciones realizadas, aun siendo reales y declaradas todas ellas, son artificiosas y persiguen como objetivo principal la deducción de unas cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido que, por razón de la naturaleza de las actividades de la entidad cesionaria, exentas del impuesto, no serían deducibles. De esa manera, el Tribunal considera procedente la aplicación de las cláusulas antiabuso y, en particular, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal entiende que la regularización debe consistir en el restablecimiento de la situación que se hubiera producido en caso de prescindir de las prácticas calificadas como abusivas, pero sin que proceda la imposición de sanción alguna por faltar una base legal clara y exenta de ambigüedad para ello.

5. Consultas a la Dirección General de Tributos

Impuesto sobre Sociedades. Gastos deducibles. Limitación a la deducibilidad de gastos financieros. Gastos financieros registrados en virtud de un contrato de opción de venta por el cual la entidad se compromete a adquirir acciones propias

Consulta de 12 de noviembre (V3348-20)

La entidad consultante suscribe con sus accionistas una opción de venta en virtud del cual estos últimos tendrán derecho a vender sus propias acciones a la consultante por un precio que se determinará tomando como referencia el EBITDA de la entidad.

La contestación de la Dirección General de Tributos se basa en un informe que solicita al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas sobre el tratamiento contable de la operación. De acuer-

do con dicho informe, la entidad consultante deberá reconocer un pasivo por el valor razonable equivalente al valor actual del precio de compra estimado de las acciones por el que se ejercitará la opción de venta, empleando como contrapartida una cuenta que deberá mostrarse con saldo negativo en los fondos propios. El citado pasivo se valorará de acuerdo con el criterio del coste amortizado y su variación de valor se contabilizará como un gasto financiero en la cuenta de resultados.

Si la entidad consultante finalmente adquiere las acciones, deberá cancelar la deuda y reclasificar el saldo de la cuenta de fondos propios. En caso de que los socios no ejerciten el derecho a vender las acciones, la entidad deberá cancelar la deuda con abono al saldo de la cuenta de fondos propios registrada inicialmente y reconocer la diferencia entre ambos importes en una cuenta de reservas.

Con base en lo anterior, la Dirección General de Tributos concluye que los gastos financieros que registre la consultante como consecuencia de la variación de valor del pasivo registrado estarán sometidos a la limitación prevista en el artículo 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

En lo que respecta a la cancelación del pasivo, en caso de que la consultante adquiera acciones propias, la cancelación del pasivo no tendrá efectos en la base imponible de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Por su parte, si la consultante no adquiere las acciones, el abono en la cuenta de reservas no se integrará en la base imponible en la medida en que las reservas se correspondan con gastos financieros que no hayan sido deducidos en base imponible.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Rendimientos de actividades económicas. Deducibilidad de gastos de suministro derivados del desarrollo de la actividad en la vivienda habitual con motivo del COVID-19

Consulta de 30-11-2020 (V3461/2020)

El consultante es una persona física que desarrolla su actividad económica en su despacho hasta el momento del confinamiento general y a partir de ese momento empieza a trabajar en su vivienda habitual. Como consecuencia de esta situación, está haciendo un uso profesional de algunos suministros (como luz o internet) y se consulta si tales gastos podrían deducirse de los ingresos que obtiene de su actividad.

La Dirección General de Tributos rechaza dicha deducibilidad, puesto que la vivienda no se encontraba parcialmente afecta a la actividad, sino que su utilización ha sido motivada por una circunstancia ocasional y excepcional.

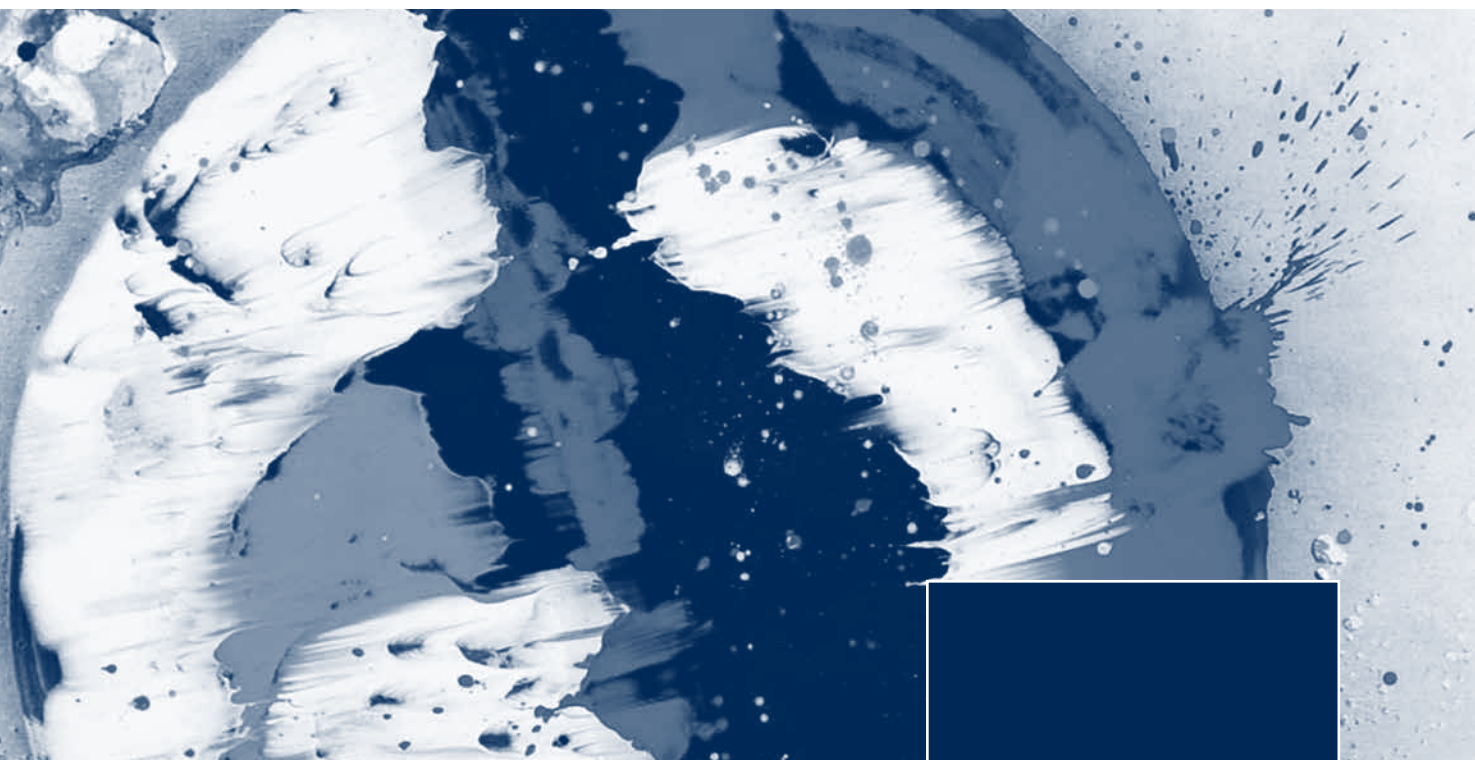
Impuesto sobre el Patrimonio. Aportaciones a contratos de cuentas en participación

Consulta de 16 de septiembre de 2020 (DGT V2808-20)

El consultante plantea el tratamiento a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio de la aportación dineraria, en calidad de partícipe, a un gestor de un contrato de cuentas en participación. Dicho contrato implica que el partícipe no gestor cede al gestor la utilización de un capital con la finalidad de intervenir en sus operaciones mercantiles y ambos participan en los resultados prósperos o adversos de la operación en la proporción pactada.

La Dirección General de Tributos parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se concluye que las aportaciones realizadas por el partícipe en un contrato de cuentas en participación pasan a integrarse en el patrimonio del gestor, que adquiere la propiedad de los bienes aportados. De esta forma, concluye que el partícipe no gestor tiene un derecho de crédito frente al gestor y que deberá incluirlo en su declaración del Impuesto sobre el Patrimonio.

9 de febrero de 2021



Unión Europea

9 de febrero de 2021

1. Jurisprudencia

La existencia de pruebas que constaten las deficiencias sistémicas o generalizadas de la independencia judicial en un Estado miembro no basta por sí sola para denegar la ejecución de una orden de detención europea procedente de ese Estado

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2020, en los asuntos C-354/20, PPU y C-412/20, L/P

En 2015 y 2019 los tribunales polacos emitieron dos órdenes de detención europeas ("ODE") contra dos nacionales polacos que se encontraban en los Países Bajos. El tribunal de primera instancia de Ámsterdam al que se remitieron las solicitudes de ejecución planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia ("TJ") para confirmar si la constatación de deficiencias generalizadas en el sistema judicial polaco eran suficientes para justificar la denegación de ejecución de una ODE.

En su sentencia, el TJ se opone a la denegación de la ejecución de una ODE emitida por la autoridad judicial de un Estado miembro sobre la base de la mera existencia de pruebas de deficiencias sistémicas o generalizadas de la independencia judicial en el Estado en cuestión. Si bien dichas pruebas podrían ser indicativas de la existencia de un riesgo de vulneración del derecho a un proceso equitativo, no permiten presumir de forma seria y fundada que la persona afectada por una ODE correrá efectivamente tal riesgo si es entregada al Estado miembro solicitante. Para apreciar dicho riesgo, la autoridad judicial de ejecución debe evaluar en qué medida las mencionadas deficiencias podrían tener un impacto real en la situación particular de la persona afectada si es entregada a las autoridades judiciales de dicho Estado. Para realizar dicha evaluación deben tenerse en cuenta, en particular, la situación de la persona afectada, la naturaleza de la infracción que se le imputa y el contexto fáctico en que se dictó la ODE.

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración han contribuido Patricia Cano, Alberto Pérez, Patricia Serralta y Frederic Munné.

El Tribunal de Justicia confirma que los Estados miembros pueden limitar los pagos en efectivo a favor de la Administración por razones de interés público

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2021, en el asunto C-422/19, Hessischer Rundfunk

En respuesta a una cuestión prejudicial planteada por los tribunales alemanes sobre la limitación del pago en efectivo de un canon audiovisual, el TJ ha confirmado que determinadas razones de interés público pueden justificar la limitación de los pagos en efectivo a la Administración. Si bien el TJ señala que el curso legal de los billetes y monedas denominados en euros supone como regla general la obligación de aceptarlos, dicha obligación no es absoluta.

En su sentencia, el TJ explica que los Estados miembros cuya moneda es el euro son competentes para regular las modalidades de cumplimiento de las obligaciones de pago, siempre que, por regla general, permitan los pagos en efectivo. Un Estado miembro podría adoptar, por tanto, una disposición por la que obligue a su Administración a aceptar dichos pagos. No obstante, un Estado miembro también podría limitar los pagos en efectivo bajo determinadas circunstancias por razones de interés público. En particular, el TJ menciona que se puede recurrir a dicha posibilidad cuando el número de contribuyentes sea muy elevado, de modo que la aceptación de pagos en efectivo generaría un coste irrazonable para la Administración que le impediría garantizar los servicios que tiene encomendados con menor coste. Ahora bien, se requiere que la limitación (i) no tenga por objeto ni efecto determinar el régimen jurídico del curso legal de dichos billetes, (ii) no lleve de hecho o de derecho a la supresión de dichos billetes, (iii) sea idónea para alcanzar los objetivos de interés público perseguidos y (iv) sea proporcional y contemple medios de pago alternativos que puedan ser fácilmente asequibles para los sujetos pasivos.

2. Otros

La Unión Europea y el Reino Unido firman el Acuerdo de Comercio y Cooperación

Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido firmado el 30 de diciembre de 2020

El Acuerdo contiene en sus más de 1400 páginas disposiciones sobre una pluralidad de materias, entre las cuales pueden diferenciarse cuatro grandes bloques: (i) comercio; (ii) cooperación económica, social, medioambiental y de pesca; (iii) seguridad, cooperación policial y judicial penal; y (iv) gobernanza.

Comercio

El primer bloque aborda la salida del Reino Unido del mercado único y de la unión aduanera de la UE. El Acuerdo establece una zona de libre comercio entre ambas partes sin aranceles ni cuotas arancelarias sobre mercancías, con mecanismos de cooperación regulatoria y aduanera, así como

disposiciones que garantizan la igualdad de condiciones para la competencia. Las mercancías estarán sujetas a formalidades aduaneras y controles reglamentarios por motivos de seguridad, salud y otros fines de interés público. Las partes han acordado un reconocimiento mutuo de los programas de operadores económicos autorizados, lo que les permitirá la simplificación de ciertos trámites aduaneros.

En cuanto a los servicios, los proveedores del Reino Unido no se beneficiarán de determinadas facilidades inherentes al mercado único, como el reconocimiento mutuo o el “pasaporte UE”. Deberán respetar las normas, los procedimientos y las autorizaciones nacionales aplicables a sus actividades en cada uno de los países de la UE donde operan.

Sin este primer bloque del Acuerdo, los intercambios de bienes y servicios entre la UE y el Reino Unido se habrían regido por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (los Acuerdos Generales del Comercio de Mercancías, GATT, y del Comercio de Servicios, GATS), lo cual habría ocasionado un incremento significativo de los aranceles.

Cooperación económica, social, medioambiental y de pesca

El segundo bloque engloba la cooperación de la UE y el Reino Unido en una amplia variedad de cuestiones socioeconómicas y medioambientales.

En materia de transporte aéreo, los transportistas del Reino Unido podrán volar a través del territorio de la UE sin aterrizar, realizar escalas técnicas y transportar pasajeros o carga en cualquier ruta entre un punto dado en el Reino Unido y un punto en la UE, pero no podrán transportarlos entre dos puntos de la UE. En lo relativo a propiedad y control, las compañías aéreas del Reino Unido y de la UE que deseen volar en virtud del Acuerdo deberán tener una licencia válida de las autoridades competentes de cada parte, tener su lugar principal de negocios en el Reino Unido o la UE y estar bajo propiedad y control mayoritario de Reino Unido o la UE.

En cuanto a la movilidad de ciudadanos, el Acuerdo no cubre el derecho a entrar (con o sin visado), trabajar, residir o permanecer de ciudadanos de la UE en el Reino Unido o viceversa. La única excepción se refiere al movimiento temporal de personas físicas con fines comerciales. Adicionalmente, el Reino Unido y la UE ya habían acordado permitir visitas de corta duración (hasta 90 días) sin visado, sujeto al principio de reciprocidad.

El Acuerdo también establece un marco ambicioso para la cooperación en la lucha contra el cambio climático, así como disposiciones para la cooperación en el desarrollo de la energía marina, en particular en el Mar del Norte. Además, establece nuevos acuerdos para la gestión conjunta y sostenible de las aguas compartidas de la UE y el Reino Unido. Las reglas de acceso recíproco y cuotas se mantendrán durante un periodo de 5,5 años, transcurrido el cual se prevén consultas anuales para establecer el nivel y condiciones de acceso recíproco a las aguas de la otra parte.

Seguridad, cooperación policial y cooperación judicial en materia penal

El Acuerdo establece un nuevo marco para la cooperación policial y judicial en asuntos penales, incluidos acuerdos de extradición ambiciosos y el intercambio rápido de datos personales. El Acuerdo prevé el intercambio de registros de nombres de pasajeros (PNR) y de datos sobre ADN, huellas dactilares y datos de matriculación de vehículos. También evitará largos procedimientos de extradición gracias a procedimientos simplificados, plazos tasados, garantías sólidas, derechos procesales y control judicial. La cooperación judicial y policial podrá quedar suspendida en el caso de que se produzca un quebranto de los derechos humanos o las libertades fundamentales por la otra parte.

Gobernanza

El Acuerdo prevé un marco institucional horizontal para gobernar y hacer cumplir todos los aspectos previstos en él. Este seguimiento se realizará mediante la creación del Consejo de Asociación, un organismo conjunto copresidido por un miembro de la Comisión Europea y un representante del Reino Unido que se reunirá al menos una vez al año.

Finalmente, cabe destacar que la UE y el Reino Unido han incluido un mecanismo de resolución de controversias que pudieran resultar de la aplicación del Acuerdo. El proceso consta de tres fases: (i) consultas previas de buena fe entre las partes, (ii) posibilidad de solicitar la remisión de la cuestión a arbitraje por un tribunal de arbitraje independiente (cuyo laudo será vinculante), y (iii) suspensión cruzada de las obligaciones de una parte, en tanto la otra no se avenga a cumplir con las suyas.

El Acuerdo entró provisionalmente en vigor el 1 de enero de 2021. El Parlamento Europeo deberá dar su aprobación a la celebración del Acuerdo y, posteriormente, el Consejo adoptará la decisión de celebración, que supondrá la ratificación del Acuerdo por parte de la UE.

Espacio Schengen

Consulta pública de la Comisión sobre la nueva estrategia para Schengen

El 19 de enero de 2021, la Comisión lanzó una consulta pública sobre el futuro del espacio Schengen que estará abierta a todos los interesados hasta el 16 de marzo de 2021. La referida consulta se enmarca en la presentación de una Estrategia sobre el Futuro de Schengen, que la Comisión anunció en septiembre de 2020 con la publicación del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.

Dicha estrategia, que se espera que la Comisión presente en el primer semestre de 2021, incluirá propuestas de reforma del Código de Fronteras Schengen y del mecanismo de evaluación de Schengen. Con ello, la Comisión pretende reforzar y fortalecer el espacio Schengen a raíz de las crisis que se han sucedido en los últimos años y que han llevado en repetidas ocasiones a la reintroducción de controles fronterizos interiores.

