



9 de  
septiembre  
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 Arísti, 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:

Título: *Composición 22*. Autor: José Manuel Ballester

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](mailto:alejandro.anca@uria.com)  
[www.uria.com](http://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](mailto:info@cegeglobal.com)  
[www.cegeglobal.com](http://www.cegeglobal.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.

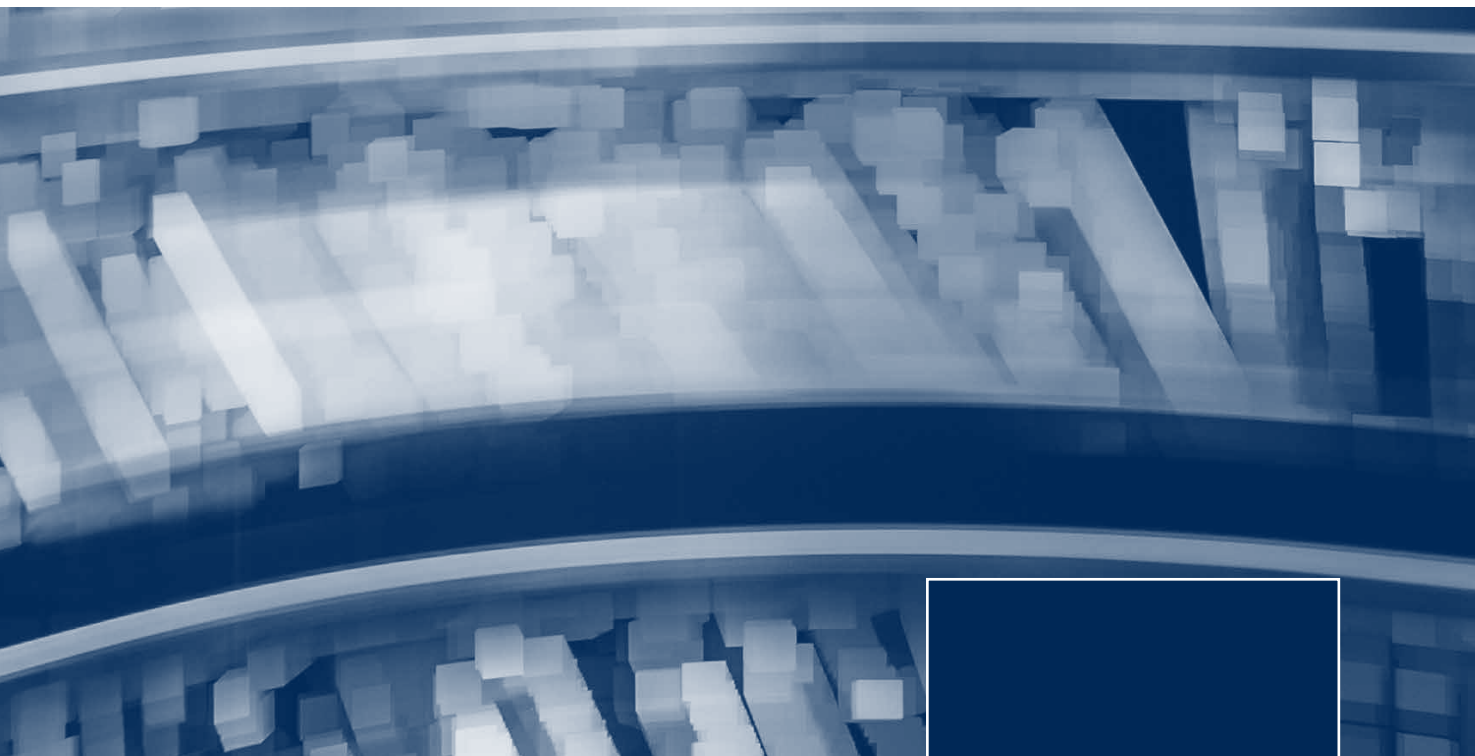
Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o partes de las páginas de Actualidad Jurídica, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

# Sumario

5	Administrativo
29	Arbitraje y Mediación
37	Competencia
49	Derecho Digital
77	Energía
87	Inmobiliario y Urbanismo
99	Laboral y Seguridad Social
119	Marítimo, Transporte y Logística
125	Medio Ambiente
135	Mercantil
165	Procesal Civil
193	Procesal Penal
203	Salud y Alimentación
215	Tributario
239	Unión Europea



9 de septiembre de 2021



Administrativo



9 de septiembre de 2021

## 1. Legislación

---

[Portugal]

### **Medidas especiais de contratação pública – Alterações ao CCP e ao CPTA**

*Lei n.º 30/2021, de 21 de maio (DR 99, Série I, de 21 de maio de 2021)*

A Lei n.º 30/2021, de 21 de maio (“Lei 30/2021”), veio aprovar medidas especiais de contratação pública e alterar o CCP, o CPTA e o regime jurídico aplicável à constituição, estrutura orgânica e funcionamento das centrais de compra, previsto no Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de outubro.

Neste sentido, o legislador aprovou um conjunto de medidas especiais de contratação pública destinadas à simplificação, flexibilização e à celeridade da celebração de contratos públicos em áreas cruciais à recuperação económica do país, bem como alterações significativas ao CCP.

Destacamos, de seguida e de forma resumida, as principais medidas e alterações que resultam deste diploma:

### **Medidas especiais de contratação pública**

#### A. Regime simplificado de contratação

- Contratos abrangidos:
- *Projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus*, bem como contratos relativos à execução do Programa de Estabilização Económica e Social e do Plano de Recuperação e Resiliência;

---

\* 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, Francisco Fráguas Mateus y Maria Estela Lopes, abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

- *Habitação e descentralização*, especificamente: contratos que se destinem à promoção de habitação pública ou de custos controlados ou à intervenção nos imóveis cuja titularidade e gestão tenha sido transferida para os municípios;
- *Tecnologias de informação e conhecimento*, especificamente: contratos para a aquisição de equipamentos informáticos, a aquisição, renovação, prorrogação ou manutenção de licenças ou serviços de *software*, a aquisição de serviços de computação ou de armazenamento em *cloud*, a aquisição de serviços de consultoria ou assessoria e a realização de obras públicas associados a processos de transformação digital; e
- *Setor da saúde e do apoio social*, especificamente: contratos de locação ou aquisição de bens móveis, assim como empreitadas de obras públicas que se destinem à construção, renovação ou reabilitação de imóveis no âmbito do setor da saúde, das unidades de cuidados continuados e integrados, e do apoio social.

Nas matérias mencionadas nas alíneas b. a d. *supra*, as entidades adjudicantes apenas poderão recorrer ao regime simplificado de contratação até 31 de dezembro de 2022.

- Escolha do procedimento: as entidades adjudicantes poderão optar por iniciar e tramitar:

Concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação simplificados: quando o valor dos contratos mencionados no ponto anterior for inferior aos montantes dos limiares europeus previstos nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 474.º do CCP;

Consulta prévia simplificada, com convite a pelo menos cinco entidades, quando o valor dos contratos mencionados no ponto anterior for, cumulativamente, inferior aos montantes dos limiares europeus previstos no artigo 474.º, n.ºs 2, 3, ou 4, do CCP e inferior a € 750.000; e

- Ajuste direto simplificado, quando o valor dos contratos mencionados no ponto anterior for igual ou inferior a € 15.000.

O regime simplificado mencionado nos pontos anteriores é o seguinte:

Dispensa do dever de fundamentação: a entidade adjudicante fica dispensada dos deveres de fundamentação relativamente (i) à opção de não contratar por lotes, (ii) à fixação do preço base e (iii) à redução do prazo de apresentação de propostas e candidaturas em concursos públicos e concursos limitados por prévia qualificação.

Limitações à escolha das entidades convidadas em consultas prévias simplificadas: determina-se que não podem ser convidadas a apresentar propostas entidades às quais a entidade adjudicante



tenha adjudicado, na sequência de consulta prévia simplificada, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, contratos:

De empreitadas de obras públicas ou concessão de serviços públicos ou de obras públicas de montante igual ou superior a € 750.000;

De fornecimentos de bens, prestação de serviços e concursos de conceção de montante igual ou superior a:

- € 139.000 se adjudicados pelo Estado;
- € 214.000 se adjudicados por outras entidades adjudicantes; e
- € 428.000 se adjudicados por entidades que operam nos setores especiais.

Impedimentos à participação de candidatos ou concorrentes com a situação contributiva ou tributária não regularizada: a entidade adjudicante deve admitir a participação de candidatos ou concorrentes com a situação contributiva ou tributária não regularizada, desde que estas dívidas:

Resultem de impossibilidade temporária de liquidez devidamente comprovada; e

Sejam inferiores, no seu conjunto, a € 25.000.

Nestes casos, a entidade adjudicante deverá reter, nos montantes a pagar ao contraente privado, a totalidade do montante da dívida e proceder à liquidação da mesma junto da Segurança Social ou da Administração Tributária e Aduaneira.

Fixação e redução de prazos procedimentais:

O prazo de pronúncia em sede de audiência prévia dos concorrentes é fixado em 3 dias, no caso da consulta prévia, e em 5 dias, nos casos de concurso público e de concurso limitado por prévia qualificação;

Os prazos de apresentação, de pronúncia dos contrainteressados e de decisão das impugnações administrativas são reduzidos de 5 para 3 dias.

Obrigação de prestação de caução: a entidade adjudicante pode não exigir a prestação de caução caso o adjudicatário demonstre a impossibilidade de (i) proceder ao depósito em dinheiro por falta de liquidez devidamente comprovada e (ii) obter seguro de execução do contrato ou declaração de assunção de responsabilidade solidária junto de, pelo menos, duas entidades seguradoras ou bancárias.

## B. Outras medidas especiais de contratação pública

Além do regime simplificado descrito *supra*, prevêem-se ainda as seguintes medidas especiais de contratação:

- Nos contratos de locação ou aquisição de bens, de aquisição de serviços ou de empreitadas necessárias para a gestão dos combustíveis no âmbito do SGIFR, as entidades adjudicantes podem optar por recorrer a procedimentos de ajuste direto ou consulta prévia, quando o valor do contrato seja, simultaneamente, inferior aos montantes dos limiares europeus previstos nas alíneas a), b), c) do n.º 3 ou a) ou b) do n.º 4 do artigo 474.º do CCP e inferior a € 750.000;
- Nos contratos destinados à aquisição de bens agroalimentares, as entidades adjudicantes podem optar por iniciar procedimentos de ajuste direto simplificado, quando o valor do contrato for igual ou inferior a € 10.000, desde que estes bens sejam provenientes de produção em modo biológico ou fornecidos por detentores do Estatuto da Agricultura Familiar ou do estatuto do «Jovem Empresário Rural».

### C. Fiscalização do Tribunal de Contas

Os contratos de valor inferior a € 750.000 celebrados na sequência de qualquer procedimento previsto na Lei 30/2021 devem ser remetidos eletronicamente ao Tribunal de Contas para fiscalização concomitante, no prazo de 10 dias a contar da sua celebração.

Caso, antes do início da execução do contrato, seja apurada alguma ilegalidade em sede de fiscalização concomitante pelo Tribunal de Contas, a entidade adjudicante deverá submeter o contrato a fiscalização prévia e não o executar antes da emissão do respetivo visto.

### D. Contraordenações

No âmbito dos procedimentos de contratação abrangidos pela Lei 30/2021, os montantes mínimos e máximos das coimas previstos nos artigos 456.º a 458.º do CCP são elevados para o dobro.

## Alterações ao CCP

### Contratação pública

Revogação do artigo 27.º-A: revoga-se o artigo 27.º-A que impunha, quando possível, a adoção do procedimento de consulta prévia em casos de escolha do procedimento de ajuste direto com fundamento em critérios materiais.

Contratos reservados: foi substancialmente aumentado o leque de contratos reservados previsto no artigo 54.º-A do CCP.

Assim, as entidades adjudicantes passam a poder reservar a possibilidade de ser candidato ou concorrente a:

Micro, pequenas ou médias empresas, se o valor do contrato for inferior aos montantes dos limiares europeus previstos nas alíneas b) ou c) do n.º 3 ou b) do n.º 4 do artigo 474.º do CCP ou se se tratar de contrato de empreitada de obras públicas ou de concessão de serviços públicos ou de obras públicas de valor inferior a € 500.000; e a

Entidades com sede e atividade efetiva no território da entidade intermunicipal em que se localize a entidade adjudicante, em procedimentos promovidos por entidades ou associações de âmbito local, autarquias locais ou empresas locais para a formação de contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços de uso corrente de valor inferior aos limiares europeus referidos nas alíneas *c)* do n.º 3 ou *b)* do n.º 4 do artigo 474.º do CCP.

Novo documento da proposta: a aditada alínea *c)* do n.º 2 do artigo 57.º vem prever um novo documento que deve ser obrigatoriamente entregue com a proposta: o cronograma financeiro. Assim, nos procedimentos que visem a adjudicação de contratos de empreitadas de obras públicas, os concorrentes devem apresentar com as suas propostas este documento, se o caderno de encargos for integrado por um projeto de execução.

Exclusão de propostas cujo preço contratual seja superior ao preço base: o novo n.º 6 do artigo 70.º vem permitir que, em concursos públicos ou concursos limitados em que todas as propostas tenham sido excluídas, o órgão competente para a decisão de contratar possa, excecionalmente e por motivos de interesse público, adjudicar a melhor proposta que tenha sido excluída por exceder o preço-base, desde que:

A proposta não exceda em mais de 20% o preço base;

Essa possibilidade se encontre prevista no programa do procedimento;

O critério de adjudicação seja multifator;

O valor da adjudicação não obrigasse a que o contrato fosse adjudicado através de um procedimento diferente; e

A decisão de autorização da despesa já habilite ou seja revista no sentido de habilitar a adjudicação por esse preço.

Preço anormalmente baixo: o artigo 71.º vem consagrar expressamente a possibilidade de o órgão competente para a decisão de contratar considerar o preço de uma proposta anormalmente baixo, ainda que não tivesse sido definido no programa do procedimento um critério para o determinar. Naturalmente, antes de excluir uma proposta com esse fundamento, o júri deverá solicitar ao concorrente que preste esclarecimentos, em prazo adequado, relativamente aos elementos constitutivos da sua proposta.

Critério de adjudicação: as normas relativas ao critério de adjudicação e relativas aos fatores e subfatores de avaliação (artigos 74.º e 75.º do CCP) sofreram uma alteração relevante com a presente revisão do CCP.

Assim, *em primeiro lugar*, passa a prever-se a possibilidade de o critério de adjudicação ser composto por um único fator (modalidade monofator) ou por vários fatores de avaliação (modalidade multifator). Apesar de esta possibilidade já se encontrar prevista na anterior versão do CCP, a modalidade monofator apenas podia ser escolhida, por regra, quando o atributo a avaliar fosse exclusivamente o preço ou o custo da proposta. A revisão levada a cabo permite, assim, que a

entidade adjudicante apenas avalie um fator, independentemente de o mesmo ser o preço/custo ou outro fator distinto (*e.g.* prazo de execução).

*Em segundo lugar*, nos casos em que se opte pela modalidade monofator e o fator a avaliar não possua natureza qualitativa, a entidade adjudicante terá de definir no programa do procedimento uma grelha de avaliação das propostas, com base num conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos.

*Em terceiro e último lugar*, foi estendida a lista exemplificativa de fatores e subfatores que as entidades adjudicantes poderão utilizar para densificar o critério de adjudicação, dos quais destacáremos: (i) eficiência energética, (ii) utilização de produtos de origem local ou regional ou de produção biológica e (iii) circularidade.

Documentos de habilitação: a revisão do CCP veio também inserir alterações significativas à fase de habilitação.

Assim, *em primeiro lugar*, o n.º 9 do artigo 81.º veio consagrar um novo documento de habilitação nos casos em que o contrato esteja sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas. Nestes casos, o adjudicatário deverá apresentar um plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas, salvo se este for uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa.

*Em segundo lugar*, o n.º 10 do artigo 81.º veio dispensar os adjudicatários que estejam registados no Portal Nacional de Fornecedores do Estado da apresentação dos documentos de habilitação relativos à sua situação criminal, fiscal e contributiva para a Segurança Social.

*Em terceiro lugar*, passa a ser permitida a apresentação de documentos de habilitação em língua estrangeira, sem necessidade de tradução, desde que tal se encontre previsto no programa de procedimento.

Dispensa da prestação de caução: a possibilidade de não ser exigida a prestação de caução ao adjudicatário foi ampliada a contratos cujo preço contratual seja inferior a € 500.000 (na versão anterior do código este montante era de € 200.000).

Redução do contrato a escrito em suporte eletrónico: a regra passa a ser a de redução do contrato a escrito através de suporte informático, com a aposição de assinaturas eletrónicas. Pelo contrário, a redução a escrito através de suporte em papel passa a exceção, sendo apenas aplicável aos casos em que não tenha sido usada plataforma eletrónica para a tramitação do procedimento (*e.g.* em procedimentos de ajuste direto quando assim tiver sido previsto no convite).

Execução do contrato antes da sua outorga: prevê-se a possibilidade de iniciar a execução do contrato antes da sua outorga:

Nos procedimentos que tenham sido adotados segundo um critério de urgência; ou

Em qualquer procedimento, desde que por motivos de urgência imperiosa decorrentes de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante.

O contrato deve ser outorgado no prazo máximo de 30 dias após início da sua execução.

#### Escolha de entidades convidadas a apresentar proposta em procedimentos de ajuste direto e consulta prévia

O n.º 2 do artigo 113.º do CCP previa e prevê limites à escolha de entidades convidadas a apresentar proposta em procedimentos de ajuste direto e consulta prévia.

Ora, *a um tempo*, a nova redação do n.º 4 do artigo 113.º do CCP vem, de forma inovadora, prever exceções àquelas limitações. Assim, os limites previstos no n.º 2 do artigo 113.º do CCP passam a não ser aplicáveis em procedimentos de ajuste direto para a formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de uso correntes promovidos por autarquias locais desde que:

A entidade convidada seja pessoa singular ou micro, pequena ou média empresa com sede e atividade efetiva no território do município em causa; ou

A entidade adjudicante demonstre fundamentadamente que, no seu território, a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou a adquirir.

*A outro tempo*, o n.º 2 do artigo 113.º do CCP passa a aplicar-se não só às entidades que não podem ser convidadas a apresentar proposta nos termos dessa disposição, como às entidades que sejam especialmente relacionada com aquelas. Entende-se por entidades especialmente relacionadas com aquelas as que partilhem, ainda que parcialmente, representantes legais ou sócios ou sociedades que se encontrem em relação de simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo.

*Finalmente*, a nova redação do n.º 2 do artigo 114.º do CCP impede que a entidade adjudicante convide entidades especialmente relacionadas entre si a apresentar proposta em procedimentos de consulta prévia.

Prazo de vigência dos contratos resultantes de ajuste direto simplificado: a alínea *a*) do artigo 129.º permite agora que os contratos resultantes de ajuste direto simplificado tenham um prazo máximo de vigência de 3 anos (ao invés de 1 ano, como previsto na versão anterior do CCP).

Contratos subsidiados: os contratos previstos no n.º 1 do artigo 275.º do CCP, celebrados por entidades não previstas no artigo 2.º e no artigo 7.º do CCP, que sejam financiados com recurso a subsídios reembolsáveis passam a estar fora do âmbito de aplicação da Parte II do CCP caso o reembolso seja de, pelo menos, 85% dos seu valor.

Regime substantivo dos contratos administrativos

Anulabilidade de contratos com fundamento em vícios procedimentais: é reintroduzido o regime da anulabilidade de contratos com fundamento nos vícios procedimentais previstos no artigo 283.º-A do CCP, o qual tinha sido revogado na revisão do CCP de 2017, voltando a consagrar-se o desvalor da anulabilidade, ao invés da ineficácia, para os casos aí previstos.

Gestor do contrato: o artigo 290.º-A passa a permitir a existência de mais do que um gestor do contrato. Ademais, permite que, em casos excepcionais, devidamente fundamentados, o gestor do contrato possa ser um terceiro. Finalmente, exige-se agora que o(s) gestor(es) do contrato subcreva(m) declaração de inexistência de conflitos de interesse, conforme modelo previsto no Anexo XIII ao CCP, antes de iniciar(em) funções.

Limites à modificação do contrato: a transposição realizada, em 2017, pelo legislador português em relação aos limites à modificação dos contratos administrativos, conforme exigida pelas diretivas de contratação pública de 2014, tinha sido severamente criticada pela doutrina e pela academia.

Neste sentido, a revisão levada a cabo pela Lei 30/2021 visou corrigir a mencionada transposição. Assim, destacamos as seguintes alterações:

O n.º 2 do artigo 313.º do CCP passa a prever o limite à modificação dos contratos administrativos, determinando que as alterações não podem implicar uma "*modificação substancial do contrato*" ou configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência;

Os limites à modificação dos contratos administrativos previstos no n.º 2 do artigo 313.º do CCP passam a apenas aplicar-se aos casos de modificação fundada em razões de interesse público;

Nos casos de modificação contratual determinados por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias o limite passa a ser exclusivamente o de essas modificações não darem origem a uma alteração da natureza global do contrato;

Os limites previstos no n.º 2 do artigo 313.º do CCP não serão aplicáveis a:

Modificações de valor inferior aos limiares previstos nos n.ºs 2, 3 ou 4 do artigo 474.º do CCP, conforme aplicável, e inferior a 10% ou, em contratos de empreitadas de obras públicas, 15% do preço contratual inicial;

Modificações que decorram de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não pudessem ter previsto, desde que a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo as justifique, e desde que o seu valor não ultrapasse 50% do preço contratual inicial.

Em caso de modificações sucessivas, o valor a considerar para efeitos da alínea anterior é, no caso da subalínea (i), o do acumulado das modificações e, no caso da subalínea (ii), o de cada modificação.

Trabalhos complementares: o regime dos trabalhos complementares, previsto nos artigos 370.º e seguintes do CCP, para as empreitadas de obras públicas, é também profundamente alterado e, sobretudo, simplificado.

Deste modo, prevê-se agora que o dono da obra pode exigir ao empreiteiro a execução de trabalhos complementares caso a mudança de cocontratante:

Não possa ser efetuada por razões técnicas; e

Provoque um aumento significativo de custos para o dono da obra.

Ademais, consagra-se um só limite aos trabalhos complementares: o valor dos trabalhos complementares não pode ultrapassar, de forma acumulada, 50% do preço contratual inicial.

Quanto à responsabilidade pelo pagamento dos trabalhos complementares, volta a prever-se que o empreiteiro é responsável por metade do valor dos trabalhos complementares de suprimento de erros e omissões cuja deteção fosse exigível na fase de formação do contrato, exceto pelos que hajam sido identificados nessa fase pelo interessado, mas não tenham sido expressamente aceites pelo dono da obra.

Por último, prevê-se que o regime dos trabalhos complementares, aplicável aos contratos de empreitadas de obras públicas, passa agora também a ser aplicável aos contratos de concessão, de aquisição de serviços e de aquisição de bens, nos termos dos artigos 420.º-A, 454.º e 447.º-A, agora aditado.

Montantes dos limiares europeus: os montantes dos limiares europeus, a partir dos quais é exigível a publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, constantes do artigo 474.º, são atualizados.

#### Alterações ao CPTA

A Lei 30/2021 veio ainda introduzir alterações ao CPTA, especificamente no que diz respeito ao regime do contencioso pré-contratual urgente, modificando os seus artigos 102.º e 103.º-A do CPTA. As alterações introduzidas visaram, sobretudo, (i) impedir que ações manifestamente improcedentes pudessem fazer suspender automaticamente os efeitos do ato de adjudicação e (ii) conceder uma maior celeridade a este tipo de ação.

Assim, em termos de tramitação, o processo passa a ser concluso ao juiz para proferir despacho liminar, no prazo máximo de 48 horas, podendo o juiz indeferir liminarmente a pretensão com fundamento em manifesta ausência dos pressupostos processuais ou em manifesta falta de fundamento das pretensões formuladas. Por sua vez, apenas após o proferimento do despacho liminar pelo juiz é que a entidade demandada e os contrainteressados são citados.

Em relação ao regime aplicável ao efeito suspensivo automático, observou-se uma redução de prazos. Neste sentido, o autor passa a dispor apenas de 5 dias para responder ao pedido de levantamento do efeito suspensivo automático e o juiz a dispor do prazo máximo de 7 dias para decidir, após a realização das diligências instrutórias indispensáveis.

Ademais, é consagrado um único critério em que o juiz se pode basear para levantar o efeito suspensivo automático, bastando que os prejuízos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo automático se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento.

#### Entrada em vigor

A Lei 30/2021 entrou em vigor no passado dia 20 de junho de 2021. Todavia, a Lei 30/2021 determina o seguinte regime de aplicação da lei no tempo:

As medidas especiais de contratação pública e as alterações ao CCP só se aplicam aos procedimentos de formação de contratos públicos que se iniciem após a sua data de entrada em vigor, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos;

As alterações ao regime da modificação dos contratos aplicam-se (i) aos contratos que venham a resultar de procedimentos de formação que se iniciem após a sua data de entrada em vigor ou (ii) a contratos que se encontrem em execução à data da sua entrada em vigor, desde que o fundamento para a modificação ocorra após essa data; e, por último,

A alterações ao CPTA aplicam-se a ações de contencioso pré-contratual urgente que se iniciem após a sua data de entrada em vigor.

## **Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública – Regulamentação**

*Portaria n.º 138-A/2021, de 30 de junho (DR 125, Série I, de 30 de junho de 2021)*

A Portaria n.º 138-A/2021, de 30 de junho (“Portaria 138-A/2021”), veio proceder à regulamentação da Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública, aprovada em anexo à Lei n.º 36/2021, de 14 de junho.

A Portaria 138-A/2021 veio regulamentar os seguintes aspetos carecidos de regulamentação, segundo a Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública:

Procedimento administrativo de atribuição e renovação do estatuto de utilidade pública;

Comunicação automática da atribuição, renovação e revogação do estatuto de utilidade pública à AT; e

Notificação da AT, pela Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros (“SGPCM”), em caso de violação grave ou reiterada dos deveres que impendem sobre as pessoas coletivas de utilidade pública ou de prestação de falsas declarações, para que aquela inicie um procedimento com vista à restituição, por parte da pessoa coletiva, das importâncias correspondentes às isenções e benefícios fiscais que lhe foram atribuídos.

Em particular, no que diz respeito ao pedido de atribuição do estatuto de utilidade pública, a Portaria 138-A/2021 estabelece o seguinte procedimento:

O pedido depende de iniciativa particular, mediante pedido a apresentar à SGPCM, através do portal ePortugal;

O órgão responsável pela instrução do pedido pode proferir, no prazo de 20 dias úteis a contar da apresentação do pedido, despacho de convite ao aperfeiçoamento ou despacho de indeferimento liminar, pelos fundamentos constantes das alíneas *a)* a *c)* do n.º 2 do artigo 3.º do diploma.

Tendo sido proferido despacho de convite ao aperfeiçoamento, o requerente dispõe de um prazo de 20 dias úteis para corrigir ou completar o pedido, sob pena de indeferimento liminar.



Relativamente ao pedido de renovação do estatuto de utilidade pública, a Portaria 138-A/2021 determina que:

Os requerentes terão de cumprir com os requisitos do pedido de atribuição, previstos no n.º 1 do artigo 4.º da Portaria 138-A/2021;

A instrução aplicável ao pedido de renovação do estatuto de utilidade pública é idêntica à do pedido de atribuição, sendo que o diferimento do pedido de renovação está dependente da manutenção do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 8.º da Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública.

A Portaria 138-A/2021 entrou em vigor no dia 1 de julho de 2021.

## 2. Jurisprudencia

---

[Unión Europea]

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve una serie de cuestiones prejudiciales en relación con la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la aplicación de contratos de concesión y, en concreto, sobre la renovación de un contrato de concesión de explotación de los juegos de lotería instantánea**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-721/19 y C-722/19, de 2 de septiembre de 2021*

La sentencia resuelve una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por el Consejo de Estado de Italia en relación con la prórroga de la adjudicación de una concesión de explotación de los juegos de lotería instantánea denominados de "rasca y gana". Varias sociedades impugnan la decisión de renovar la concesión alegando que la norma italiana que sustenta la decisión es contraria al derecho de la Unión, al introducir un sistema de monopolio en favor de un operador único. A su vez, alegan que no se trata de una mera continuación del contrato, sino de una novación de la relación contractual.

Al inscribirse las cuestiones en el contexto de una renovación de una concesión para la gestión de los juegos de lotería instantánea, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia, entre otros, a ciertos artículos de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (la "Directiva 2014/23"), que entró en vigor con posterioridad a la adjudicación de la concesión, pero antes de su renovación. De acuerdo con reiterada jurisprudencia del TJUE, "la legislación de la Unión aplicable a un contrato de concesión de servicios es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que la entidad adjudicadora elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público". Aunque la adjudicación quede así fuera del ámbito de aplicación de la

Directiva 2014/23, en caso de una modificación sustancial de la concesión, la legislación aplicable sería la vigente en el momento de esa modificación.

Las cuestiones prejudiciales a las que da respuesta el Tribunal son las siguientes:

- i. Si el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impone la renovación de un contrato de concesión sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.

El Tribunal señala que, de conformidad con la letra a) del apartado 1 del artículo 43 de la Directiva 2014/23, las concesiones pueden modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas.

Son estas cláusulas las que han de determinar el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones, sin que en ningún caso se pueda alterar el carácter global de la concesión. Por lo tanto, llevar a cabo la renovación de la concesión sin necesidad de un nuevo procedimiento solo es posible en la medida en que se hayan cumplido las condiciones de aplicación de la cláusula prevista inicialmente para ello.

En definitiva, el derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que impone la renovación de un contrato de concesión sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación, siempre y cuando dicha normativa constituya la aplicación de una cláusula del contrato de concesión que ya contemplaba la opción de tal renovación.

- ii. Si el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece, por un lado, que la renovación de una concesión se decidirá unos años antes de su término y, por otro, una modificación de las modalidades de pago recogidas en el contrato.

El Tribunal subraya que el hecho de que la renovación se concediera dos años antes del vencimiento del contrato de concesión no constituye en sí mismo una modificación de las disposiciones de dicho contrato, toda vez que no se imponía una fecha para la eventual adopción de una decisión de renovación.

El Tribunal apunta que la letra a) del apartado 1 del artículo 43 de la Directiva 2014/23 establece una regla general según la cual una modificación de una concesión durante su periodo de vigencia se considerará sustancial cuando tenga como resultado una concesión materialmente diferente de la celebrada en un principio.

En este sentido, una modificación se considerará sustancial cuando introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, cuando atraiga a más participantes en el procedi-

miento de adjudicación de la concesión o cuando altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial.

Siguiendo este planteamiento, el Tribunal declara que la modificación de las modalidades de pago del importe que debe abonar el concesionario como contraprestación no puede considerarse sustancial. En conclusión, el derecho europeo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que la renovación de una concesión se decidirá unos años antes de su término y que modifique las modalidades de pago recogidas en el contrato.

- iii. Si el derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que un operador económico puede interponer un recurso contra una decisión de renovación de una concesión sobre la base de que las condiciones de ejecución del contrato de concesión inicial han sido modificadas con ocasión de la renovación, aun en caso de no haber participado en la licitación inicial.

El Tribunal considera que el hecho de que el operador económico haya participado o no en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión es irrelevante, siempre que, en el momento en que deba renovarse la concesión, pueda justificar un interés en obtener la adjudicación.

En este sentido, la existencia de la posibilidad de que el operador económico pudiese participar en un nuevo procedimiento de adjudicación debe considerarse suficiente. Por lo tanto, el derecho europeo debe interpretarse en el sentido de que un operador económico puede interponer un recurso contra una decisión de renovación de una concesión aun cuando no hubiera participado en el procedimiento de adjudicación si en el momento en que deba producirse la renovación de la concesión justifica un interés en obtener su adjudicación.

[España]

**El Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario VOX del Congreso de los Diputados contra los artículos 7,9,10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, e inadmite el recurso contra la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19**

*Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, n.º 148/2021, de 14 de julio*

La sentencia estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra 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 (el "RD 463/2020") y, en consecuencia,

declara inconstitucionales y nulos tanto los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 como los términos *modificar* y *ampliar* del apartado 6 del artículo 10 del RD 463/2020.

En primer lugar, para delimitar el objeto y el alcance del proceso, el Tribunal Constitucional inadmite el recurso contra la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19, alegando que dicha Orden no puede ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad en razón de su carácter reglamentario.

A continuación, tras hacer referencia al escrito de demanda del grupo parlamentario VOX y al escrito de alegaciones de la Abogacía del Estado, el Tribunal Constitucional realiza una consideración general sobre el estado constitucional de alarma y, en concreto, sobre el estado de alarma decretado por el RD 463/2020. El Tribunal parte del principio de que la declaración del estado de alarma o del estado de excepción se diferencian, entre otras cosas, en la distinta incidencia sobre los derechos fundamentales restringidos: en el primer caso su "limitación"; en el segundo, su "suspensión".

El Tribunal aclara que, aunque el estado de alarma permite la eventual limitación de derechos, dicha limitación debe realizarse en todo caso con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (la "LOAES") y respetando el principio de proporcionalidad. Este principio es el que habrá de delimitar si las medidas impugnadas resultan acordes a la legalidad, si no implican una suspensión de los derechos fundamentales afectados y si se presentan como idóneas, necesarias y proporcionadas.

Seguidamente, la Sala examina los preceptos impugnados:

i. Apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020

En primer lugar, se pronuncia sobre los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020 titulado "Limitación de la libertad de circulación de las personas". El apartado 1 dispone que durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de una serie de actividades y siempre que se realicen individualmente o acompañando a personas con discapacidad, menores, mayores o por otra causa justificada. El apartado 3 establece que se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado primero. Por su parte, el apartado 5 dispone que el Ministro del Interior podrá acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico, o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos.

La cuestión que se ha de dilucidar, a juicio del Tribunal, es en qué medida el derecho a circular por el territorio nacional, garantizado en el artículo 19 de la Constitución española, se ve simplemente limitado o directamente suspendido, en el sentido de que cesa *pro tempore* en su contenido protector por las disposiciones del mencionado artículo 7 del RD 463/2020. El Tribunal considera que la mera lectura de la disposición es suficiente para apreciar que esta plantea la posibilidad de circular no como regla, sino como una excep-

ción. La regla general es, por tanto, la prohibición de circular por las vías de uso público, con la única salvedad de que la circulación responda a alguna de las finalidades contempladas por la norma. Siendo esto así, la restricción del derecho a la circulación es general en cuanto a sus destinatarios y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo que excede lo que la LOAES permite limitar mediante el estado de alarma.

Por otra parte, el derecho fundamental a elegir libremente la propia residencia, contemplado también en el artículo 19 de la Constitución española, ha sido privado o cesado en tanto que se impone imperativamente la constricción del lugar de residencia a aquel que tuviera dicho carácter en el momento de entrada en vigor del RD 463/2020.

Todo lo anterior conduce al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020.

No ocurre así con la alegación de los demandantes sobre la infracción por parte del mismo artículo 7 del RD 463/2020 del derecho de manifestación previsto en el artículo 21 de la Constitución española. El Tribunal considera que restringir la libertad de circulación no implica automáticamente la restricción de acceso a los espacios públicos de los que depende el ejercicio del derecho de manifestación. En este sentido, razona que el RD 463/2020 no impidió la posibilidad de dirigir comunicación previa a la autoridad para la realización de manifestaciones, y se mantuvo la garantía constitucional de que las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones solo podrán ser prohibidas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes. Por todo ello, la ausencia de una específica previsión relativa al posible ejercicio del derecho de manifestación en el RD 463/2020 no conlleva una vulneración constitucional, y esta concreta impugnación del artículo 7 del RD 463/2020 es rechazada.

## ii. Artículo 9 del RD 463/2020

En relación con el artículo 9 del RD 463/2020, titulado “Medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación”, el Tribunal se pronuncia sobre la posible inconstitucionalidad del apartado 1 y del apartado 2. Dichas disposiciones establecen la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza y cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros público o privados. En síntesis, el Tribunal estima que el derecho fundamental a la educación, recogido en el artículo 27.1 de la Constitución española, no resultó suspendido y que la medida no puede tacharse de desproporcionada, toda vez que la limitación extraordinaria del derecho fundamental a la educación llevada a cabo por la disposición se orientó a la preservación, defensa y restauración de la salud y de la vida. A juicio del Tribunal las medidas de distanciamiento físico entre personas se presentaban como imperiosas para limitar el contagio y evitar la propagación comunitaria del virus. Por todo ello, el Tribunal estima que la constricción extraordinaria del derecho fundamental a la educación llevada a cabo por el artículo 9 del RD 463/2020 contó con fundamento suficiente en la LOAES y no resultó desproporcionada, por lo que no cabe tacharla de inconstitucional.

iii. Artículo 10 del RD 463/2020

A continuación se examina la potencial inconstitucionalidad del artículo 10 del RD 463/2020 titulado “Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales”. Dicho artículo contempla medidas como la suspensión de la apertura al público de determinados tipos de establecimientos y locales, la suspensión genérica de ciertas actividades, la regulación de la ocupación del espacio en los establecimientos comerciales cuya apertura al público se permite y la habilitación al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir unas u otras de las anteriores medidas. El precepto constitucional potencialmente infringido es el derecho a la libertad de empresa, recogido en el 38 de la Constitución española. El Tribunal considera que, en este caso, también basta una mera lectura de la norma para observar que la suspensión de actividades no es general, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad empresarial. A juicio del Tribunal la disposición impone unas reglas que, por su propia estructura, se ajustan más a la naturaleza de una intensa limitación que a la de una suspensión general. De esta forma, la limitación extraordinaria al derecho fundamental a la libertad de empresa contó con fundamento en la LOAES y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad.

No obstante, el apartado 6 del artículo 10 del RD 463/2020 que “habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos o actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública, con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine” infringe lo dispuesto en el artículo 8.2 de la LOAES en tanto que los efectos de la declaración de un estado de alarma han de contenerse en el decreto que lo instaure. El Gobierno tiene la obligación de dar cuenta al Congreso de los Diputados de cualquier decreto que dicte durante la vigencia del estado de alarma y, por ello, el Tribunal considera que los términos modificar y ampliar del apartado 6 del artículo 10 del RD 463/2020 son contrarios a los artículos 38 y 116.2 de la Constitución española.

iv. Artículo 11 del RD 463/2020

Por último, el Tribunal se pronuncia sobre la pretendida inconstitucionalidad del artículo 11 del RD 463/2020 cuyo título es “Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas”. El Tribunal estima que las alegaciones de la demanda se centran más bien en que el artículo 7.1 del RD 463/2020 debería haber contemplado, como un supuesto más de desplazamientos permitidos, los orientados a acudir a lugares de culto o a ceremonias religiosas. Por lo demás, el Tribunal recuerda que las manifestaciones de la libertad religiosa y de culto tienen su límite en el “*mantenimiento del orden público recogido por la ley*”, tal y como se establece en el artículo 16.1 de la Constitución española. En este sentido, ninguna coacción conllevó el que se condicionara la asistencia a los lugares de culto y a ceremonias religiosas a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones y en posibilitar determinada distancia entre asistentes. En consecuencia, el Tribunal declara que este precepto no constriñe la libertad religiosa y de culto y, por lo tanto, no es contrario al artículo 16.1 de la Constitución.

Finalmente, el Tribunal precisa el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 y los términos *modificar* y *ampliar* del apartado 6 del artículo 10 del RD 463/2020 en los siguientes términos: (i) se declaran no susceptibles de ser revisados como consecuencia de la nulidad los procesos concluidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada las situaciones decididas mediante actuaciones administrativas firmes y las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados; (ii) se declara la posibilidad de la revisión de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad; y (iii) se declara que la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

La sentencia cuenta con los votos particulares de la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, del magistrado don Andrés Ollero Tassara, del magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón y del presidente don Juan José González-Rivas.

**El Tribunal Supremo concluye que un hospital privado que deriva o facilita el traslado de pacientes a un hospital público no puede ser considerado tercero obligado al pago de la asistencia sanitaria que se les haya prestado. La única excepción serán aquellas asistencias sanitarias prestadas por el hospital público cuya atención corresponda al hospital privado de acuerdo con el convenio o concierto suscrito con la respectiva Administración sanitaria**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 269/2021, de 25 febrero*

El objeto del recurso de casación interpuesto por IDCQ HOSPITALES Y SANIDAD, S.L.U., es la sentencia de 21 de septiembre de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que desestimó el recurso n.º 284/2017, relativo a liquidación en concepto de precio público por prestación de servicio de transporte sanitario.

La cuestión que presenta un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si un hospital privado que requiere el transporte en ambulancia de pacientes a un hospital público puede ser considerado tercero obligado al pago. Y ello en el sentido del artículo 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (la "Ley 14/1986"), desarrollado en el artículo 2.7 y en el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (el "RD 1030/2006"). Adicionalmente, en caso afirmativo, en determinar bajo qué condiciones y de qué modo podrá girarse el precio público establecido para el servicio prestado.

El Tribunal Supremo concluye que un hospital privado que deriva o facilita el traslado de pacientes a un hospital público no puede ser considerado tercero obligado al pago de la asistencia sanitaria que se les haya prestado (en el sentido del artículo 83 de la Ley 14/1986 y del artículo 2.7 del RD 1030/2006). La única excepción serán aquellas asistencias sanitarias prestadas por el hospital



público cuya atención corresponda al hospital privado de acuerdo con el convenio o concierto suscrito con la respectiva Administración sanitaria.

**No existe obstáculo para que en el mismo acuerdo que pone fin al expediente sancionador por apreciar la prescripción de la infracción se acuerde también requerir al sujeto contra el que se dirige el expediente para que reponga las cosas a su estado original, si bien deberán valorarse caso por caso las circunstancias concurrentes**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 778/2021, de 2 de junio*

La sentencia se plantea si la obligación de reposición de las cosas a su estado original puede imponerse en un expediente sancionador que termina declarando la prescripción de las infracciones que causaron la alteración del dominio público hidráulico o si, por el contrario, es necesario iniciar un nuevo procedimiento para poder imponer la obligación de reposición. La obligación de restauración se imponía al amparo del artículo 118.1 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas ("Ley de Aguas"), precepto que regula las indemnizaciones por daños y perjuicios al dominio público hidráulico derivadas de infracciones administrativas.

La doctrina esencial que dimana de la sentencia es que, sin perjuicio de atender a las circunstancias que rodean cada caso, no hay óbice alguno para que en la misma resolución que pone fin al procedimiento sancionador por apreciar que la infracción ha prescrito se acuerde también exigir al sujeto contra el que se dirigía el expediente la obligación de reposición de las cosas a su estado anterior.

Los argumentos que esgrime la Sala para llegar a esta conclusión son los siguientes:

- i. La naturaleza de la acción de carácter sancionador y la de la acción para reparar los daños causados al dominio público son diferentes. Como consecuencia, la prescripción de la primera no se extiende a las obligaciones derivadas de la segunda, que queda incólume, y, por otro lado, debe rechazarse que la obligación de reparar venga condicionada necesariamente a la previa declaración de una infracción.
- ii. Ante la prescripción de la infracción, la naturaleza de la acción de reparación correspondiente debe ser examinada en cada caso (en los casos de infracciones vinculadas a aprovechamientos hidráulicos o concesiones, la obligación de reparación tendrá cariz contractual, por ejemplo).
- iii. Tanto la obligación de reposición de las cosas a su estado anterior contemplada en el artículo 118.1 Ley de Aguas como la recogida en la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, a la que remite el artículo 323 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril), ante actuaciones no conformes a la ley que incidan en el estado, uso y aprovechamiento del dominio público hidráulico, tienen carácter obligatorio e indisponible cuando los comportamientos realizados no sean legalizables.



Como se subraya en la sentencia, se debe atender a las circunstancias que rodean cada caso en concreto. La sentencia aclara que la doctrina asentada alcanza con claridad a dos supuestos (que, al concurrir ambos en el caso a resolver, llevan al Tribunal a desestimar el recurso interpuesto): cuando consta acreditado que la obra o aprovechamiento ilegal ha sido realizado por el mismo individuo a quien se le atribuía la infracción y cuando, no siendo así, la acción se hubiera llevado a cabo dentro de una finca de la que fuera titular la persona a la que se le exige la reposición.

Así, en los casos en los que sea aplicable esta doctrina, nuestro Alto Tribunal considera que obligar a la Administración a incoar un nuevo procedimiento únicamente para exigir la obligación de reparar los daños causados carecería de sentido jurídico a la vez que contravendría el principio de economía procesal.

**La Audiencia estima el recurso planteado contra la Resolución de la directora general de Sostenibilidad de la Costa del Mar de 20 de enero de 2016 que otorgaba la prórroga de una concesión de ocupación de un terreno con destino a la fábrica de papel en Lourizán, Pontevedra, con base en la falta de justificación de que dicha actividad, por su naturaleza, no pueda tener otra ubicación**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 361/2021, de 15 julio*

Se impugna en este recurso la Resolución de la directora general de Sostenibilidad de la Costa del Mar de 20 de enero de 2016 que otorgaba la prórroga de la concesión otorgada por Orden Ministerial de 13 de junio de 1958 a ENCE Energía y Celulosa, S.A., para la construcción de una fábrica de papel en Lourizán, Pontevedra.

De forma preliminar, la Audiencia se pronuncia sobre la posible antijuridicidad del allanamiento del abogado del Estado presentado tras haber solicitado la inadmisibilidad del recurso en las alegaciones previas. El Tribunal razona que el allanamiento, regulado en el artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, está sujeto a una serie de requisitos, entre los cuales no figura la necesidad de que tenga lugar en un determinado momento del procedimiento. El requisito fundamental, que sí se ha cumplido en el presente caso, es que se haya presentado la autorización expresa de la Abogacía General del Estado o de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado y un informe del departamento, organismo o entidad pública correspondiente. Tampoco considera la Audiencia que exista indicio alguno de que dicho allanamiento se haya realizado en fraude de ley.

En cuanto al fondo del asunto, la Audiencia se pronuncia sobre la posible falta de justificación de la ubicación de la instalación industrial en terrenos de dominio público marítimo-terrestre. Dicha falta de justificación supondría una vulneración del artículo 32.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (la "Ley de Costas") tal y como ha sido desarrollado por el artículo 61 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas. El precepto limita la posibilidad de la prórroga de las concesiones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre, previstas en el artículo 2 del mismo texto legal, a aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación.

En este punto, la Audiencia señala que el Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 263/2017 de 16 de febrero, afirmó que el concepto de *"actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación"* se refiere a actividades o instalaciones de una naturaleza determinada que impone su ubicación en el dominio público marítimo-terrestre y no en cualquier otro lugar. Cuestión que ha sido tratada también por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia n.º 233/2015 de 5 de noviembre. La Audiencia recalca que la ubicación de una instalación en espacio marítimo-terrestre en ningún caso puede justificarse en razones de interés o conveniencia, sino por su vinculación con el dominio público, vinculación que exige su ocupación en el desarrollo de la citada actividad. En este sentido, la Audiencia declara que *"la prórroga prevista en el artículo 2 de la Ley de Costas no se configura como un derecho absoluto, pues no opera de forma automática para todos los concesionarios que lo soliciten, sino que tiene carácter discrecional y responde a una potestad discrecional de la administración"*.

La Audiencia concluye que los informes periciales aportados por la concesionaria no son suficientes para justificar la ocupación de los terrenos por la instalación industrial de la concesión que prorroga. Es innegable que el agua dulce es un recurso necesario e imprescindible para el proceso de producción de las fábricas de pasta de papel Kraft, como la de ENCE, así como la proximidad de recursos hídricos para la evacuación del vertido, pero ello no justifica que una planta de estas características deba ubicarse en dominio público marítimo-terrestre, en un entorno tan singular como el de la ría de Pontevedra. La Audiencia hace referencia a otras fábricas de celulosa en nuestro país que se sitúan junto a ríos y no necesariamente en el demanio costero.

## [Portugal]

### **Concurso Público – Princípio da Concorrência – Exclusão de Proposta**

*Acórdão de 2 de junho de 2021 (Processo n.º 00690/19.OBEALM) – TCAN*

O acórdão em apreço diz respeito a uma ação de contencioso pré-contratual instaurada por uma concorrente ("Recorrente") contra a entidade adjudicante ("Recorrida"), em que o Recorrente peticionou pela condenação da Recorrida à prática de ato devido, consubstanciado na adjudicação a si do contrato objeto do concurso.

Na interpretação do Recorrente, o ato de adjudicação seria inválido por vício de violação da lei, uma vez que a proposta adjudicada deveria ter sido excluída ao abrigo alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Com efeito, a entidade à qual foi adjudicado o contrato em causa no presente procedimento pré-contratual tinha sido condenada anteriormente pela AdC pela prática de duas infrações à LdC, ao participar em dois acordos entre empresas concorrentes com o objetivo de fixar o nível de preços e repartir o mercado, no âmbito de dois concursos públicos lançados anteriormente pela Recorrida.

Deste modo, colocou-se, na presente ação, a questão de saber se a exclusão de uma proposta por violação das regras da concorrência por parte de um concorrente tem de ocorrer no próprio procedimento ou se pode relevar também a violação de regras da concorrência por parte de um

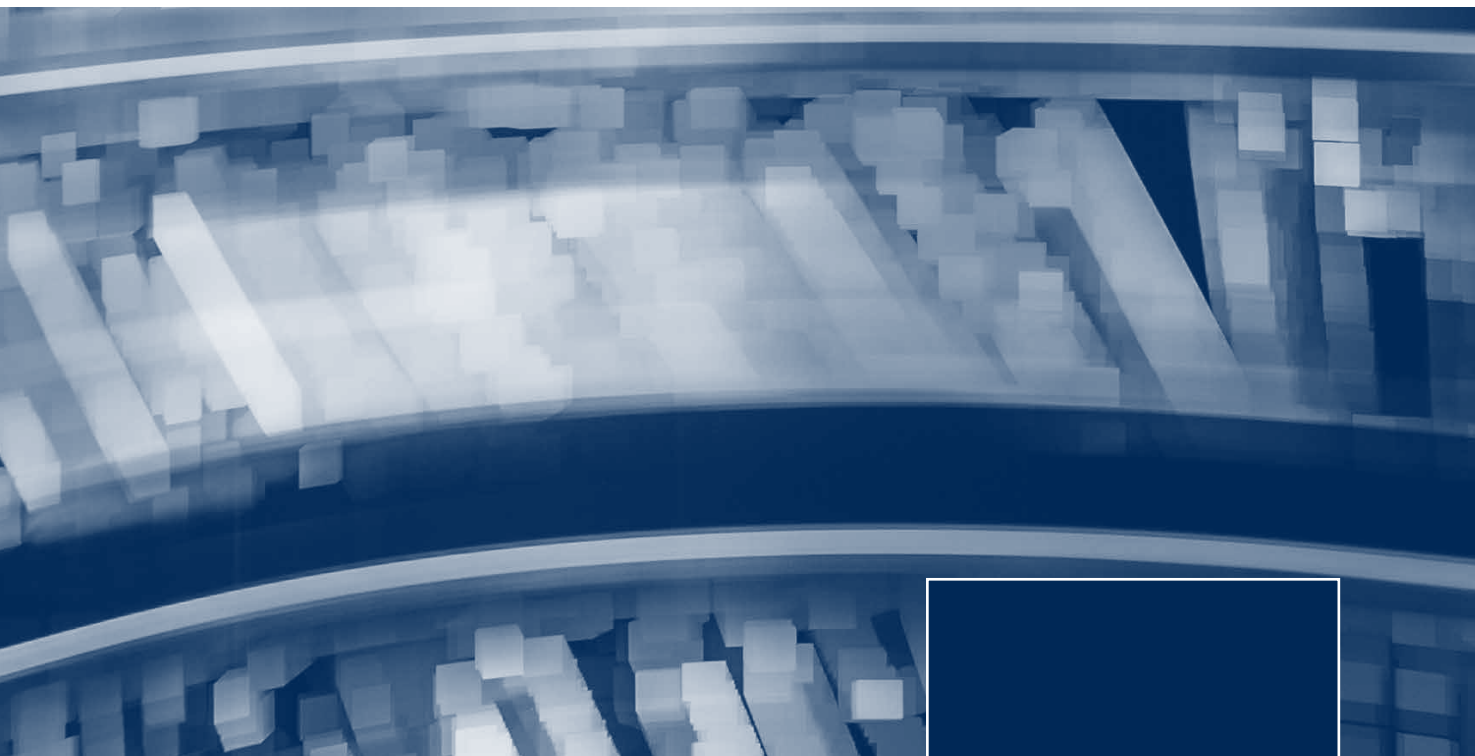
concorrente em momento anterior à abertura do procedimento pré-contratual, para efeitos de interpretação da alínea *g)* do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

A este propósito, o TAF de Viseu julgou a ação proposta improcedente, considerando não existir fundamento para a exclusão da proposta adjudicada, ao abrigo da alínea *g)* do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, quando o adjudicatário tinha sido recentemente condenado por decisão adotada pela AdC, no âmbito de um processo contraordenacional pela prática de graves infrações sancionadas pela LdC.

Pelo contrário, interposto recurso pelo Recorrente, o TCAN considerou que chocava a consciência ético-jurídica que uma empresa que foi condenada com uma coima em processo contraordenacional pela prática de infrações graves à LdC – com prejuízo não só para o funcionamento correto e transparente do mercado, mas também para a Recorrida –, venha, uns dias mais tarde depois de ter sido condenada pela AdC, a ser "*premiada*" pela Recorrida a quem quis prejudicar com a adjudicação de um novo contrato.



9 de septiembre de 2021



Arbitraje y  
Mediación



# Arbitraje y Mediación\*

9 de septiembre de 2021

## 1. Arbitraje de inversión

---

### **Alcance de la jurisdicción *ratione temporis* en relación con actos compuestos y requisitos de la expropiación judicial y tributaria**

*Laudo PCA N.º 2018-06, de 22 de junio de 2021 (OOO Manolium-Processing c. La República de Bielorrusia)*

El 22 de junio de 2021, el Tribunal de Arbitraje administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (“PCA”) bajo el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) emitió el laudo final en el procedimiento iniciado por una empresa rusa (la “Demandante”) contra la República de Bielorrusia (la “Demandada”) con base en el Tratado de la Unión Económica Euroasiática (el “Tratado”). La disputa trae causa en (i) la resolución unilateral de un contrato de construcción celebrado entre la Demandada y el ayuntamiento de Minsk (la “Disputa Contractual”) y (ii) la reclamación de impuestos a la Demandada, con el objeto de compensar las cantidades debidas con base en la referida resolución (la “Disputa Fiscal”). El laudo cuantifica los daños en 20,4 millones de euros, de los 175 millones de euros reclamados por la Demandante.

El tribunal aborda tres cuestiones de interés, en tanto que tradicionalmente han dado lugar a posturas divergentes entre los tribunales de inversión: (i) el alcance de la jurisdicción *ratione temporis* del tribunal en relación con los actos compuestos; (ii) la determinación del carácter expropiatorio de las medidas fiscales; y (iii) la violación del estándar de denegación de justicia como requisito previo a la expropiación judicial.

Comenzando por la primera de las cuestiones, el tribunal analizó su jurisdicción *ratione temporis* para conocer de la Disputa Contractual. El acto compuesto que, según la Demandante, había dado lugar a un *creeping expropriation*, comprendía actos que tuvieron lugar antes y después de la entrada en vigor del Tratado. En efecto, si bien la Disputa Contractual había sido resuelta por el

---

\* 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 Sénior, Daniel García Clavijo, Alberto de Unzurrunzaga Rubio, Ángela Gil-Arrondo López, Julia de Castro Velasco, Alberto Fernández Matía, Elena Gillis Cintrano, Paula Coll Soler e Iciar Álvarez Bullain, del Grupo de Coordinación de Arbitraje y Litigación Internacional del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

tribunal de primera instancia en el periodo comprendido entre la firma del Tratado y su entrada en vigor, la sentencia de primera instancia había sido objeto de ulteriores recursos, que concluyeron tras la entrada en vigor del Tratado.

El tribunal concluyó que su jurisdicción se circunscribía a las reclamaciones derivadas de aquellos actos que tuvieran lugar tras la entrada en vigor del Tratado, con base en el principio de no retroactividad de los tratados. Consecuentemente, el tribunal no entró a conocer la sentencia de primera instancia, y limitó su análisis a los recursos ulteriores para determinar si había existido una vulneración del Tratado por parte de la Demandada. Esta postura se contrapone a diversos criterios sostenidos anteriormente por tribunales de inversión, que tomaron como referencia el momento en que se cristalizó la disputa (*Pey Casado c. Chile*) o la contribución de los hechos anteriores al acaecimiento de una disputa posterior (*Viera c. Chile* y *Lucchetti c. Perú*).

En relación con las medidas tributarias, el tribunal aplicó un criterio doble cumulativo para determinar si las medidas adoptadas por la Demandada habían sido expropiatorias: (i) la magnitud de sus efectos (en opinión del tribunal, una medida será confiscatoria si obliga al inversor a abandonar su inversión o a vender sus bienes a un precio precario); y (ii) la intención del Estado con respecto a las medidas tributarias adoptadas, debiendo ser la medida arbitraria o abusiva. Según el tribunal, una medida se podría considerar abusiva cuando su objetivo no fuese la recaudación de impuestos, sino la adquisición de los bienes del deudor. En el presente caso, el tribunal consideró que las medidas tributarias adoptadas por la Demandada cumplían con estos requisitos, por lo que concluyó que sí habían sido expropiatorias.

Por último, el laudo abordó la cuestión de la expropiación judicial, y centró el debate en el análisis de dos cuestiones. La primera de ellas consistía en determinar si la denegación de justicia constituía un requisito insalvable para la existencia de una expropiación judicial. El tribunal decidió, por mayoría, que el estándar aplicable debía ser equivalente al de la denegación de justicia, de manera que la expropiación judicial debía ser el resultado de una denegación de justicia previa. El segundo aspecto analizado se refirió al momento en el que tiene lugar la expropiación judicial. En anteriores ocasiones, tribunales de inversión habían considerado que la expropiación tenía lugar en el momento en que la resolución que provoca el daño adquiría firmeza. No obstante, en este caso el tribunal determinó que la expropiación se había producido en el momento en el que se había dictado la sentencia en primera instancia, en tanto en cuanto las decisiones ulteriores se limitaban a ratificar la resolución inicial. Dado que el tribunal había negado tener jurisdicción *ratione temporis* en relación con la sentencia de primera instancia, esto se reflejó en que el acto supuestamente expropiatorio se habría encontrado en cualquier caso fuera del ámbito de competencia del tribunal arbitral.



## 2. Jurisprudencia española

---

### **El Tribunal Superior del País Vasco anula parcialmente un laudo dictado en un arbitraje de equidad por error patente y manifiesto de motivación en el cálculo de una liquidación final de obra**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, n.º 4/2021, de 24 de junio de 2021*

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (el "TSJPV") estima parcialmente una acción de anulación de un laudo de fecha 27 de noviembre de 2020, dictado en el marco de un arbitraje de equidad de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao (el "Laudo").

En esencia, el Laudo había estimado parcialmente la demanda formulada por la contratista, había declarado que procedía la liquidación definitiva de unas obras de edificación y había condenado a la promotora al pago de un determinado importe más el interés legal del dinero aplicable. No obstante, también había estimado parcialmente la demanda reconventional de la promotora y había declarado que procedía la minoración y compensación de la liquidación final de la obra en virtud de varios conceptos.

Ambas partes del arbitraje presentaron ante el TSJPV demandas de anulación del Laudo.

Entre otros motivos, la promotora fundamentó su acción de anulación alegando vulneración del orden público, en virtud del artículo 41.1.f) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (la "LA"), por error patente y manifiesto de la motivación en la condena al pago de determinadas cantidades, en concreto de aquellas en concepto de devolución de retenciones correspondientes a dos certificaciones de obra.

En su sentencia, el TSJPV repasa el concepto de orden público siguiendo la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sus sentencias de 15 de junio de 2020 y 15 de febrero de 2021, en las que recuerda que, desde el punto de vista procesal, la garantía del orden público tan solo permite al tribunal analizar los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el arbitraje, siempre que estos se refieran al cumplimiento de garantías fundamentales, entre las que se incluyen que el laudo carezca de motivación o que esta sea incongruente.

En aplicación de esta doctrina, el TSJPV repasa la naturaleza jurídica de la certificación de obra y llega a la conclusión de que, al haberse realizado la liquidación definitiva de la obra, las cantidades por retenciones a las que el Laudo condenó al pago ya estaban incluidas en dicho concepto, por lo que, en lógica, no procedía adicionar dichos importes al de la liquidación final de la obra, pues ello supondría pagar dos veces por el mismo concepto.

La sentencia desestima los otros motivos de anulación solicitados por la promotora y por la contratista. De este modo, el TSJPV estima parcialmente la demanda de la promotora y anula parcial-

mente el Laudo en el extremo de la adición de los importes de las dos certificaciones de obra a la liquidación final.

### **El Tribunal Superior de Justicia de Madrid vuelve a aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la disponibilidad de las partes en supuestos de anulación de laudos y admite el allanamiento de la parte demandada en un proceso de anulación**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, n.º 36/2021, de 26 de mayo de 2021*

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el "TSJM") vuelve a aplicar la reciente doctrina confirmada por el Tribunal Constitucional (el "TC") en relación con la disponibilidad de las partes sobre el objeto de un proceso de anulación de un laudo, esta vez para estimar una demanda de anulación contra un laudo dictado por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol. En concreto, tras serle notificada la demanda, la parte demandada presentó escrito de allanamiento. Sin embargo, la parte demandante formuló escrito de oposición al allanamiento en el que solicitaba la continuación del procedimiento judicial hasta su finalización mediante sentencia definitiva.

Como consecuencia de lo anterior, el TSJM se vio obligado a analizar si era posible el allanamiento en el marco de una acción de anulación. Hasta fechas recientes el TSJM había sostenido que, en aquellas materias que afectaban al orden público, el objeto del proceso de anulación de un laudo no era materia disponible para las partes. Por ello, consideraba que en tales supuestos no cabían ni el allanamiento ni el desistimiento (vid. sentencias del TSJM de 13 de diciembre de 2018 y de 2 de julio de 2019). Sin embargo, el TC, en sus sentencias de los días 6 y 15 de junio de 2020, estableció que la parte que había incoado un proceso de anulación podía efectivamente desistir de él, independientemente de los motivos de anulación alegados, con lo que se impedía que el TSJ siguiera conociendo del asunto.

En aplicación de esta doctrina, el TSJM considera que las pautas establecidas por el TC para el desistimiento resultan también aplicables a la figura del allanamiento, ya que ambas son "*manifestaciones procesales del principio dispositivo que inspira el proceso civil*", siempre que no nos encontremos ante los límites establecidos en el artículo 21.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

De este modo, el TSJM considera que las cuestiones que se resuelven en el procedimiento arbitral son de naturaleza contractual y, por ende, perfectamente disponibles, y que, además, el allanamiento de la parte demandada no se ha producido en fraude de ley ni supone una renuncia contra el interés general o en perjuicio de tercero. En consecuencia, el TSJM admite el allanamiento de la demandada y estima íntegramente la demanda de anulación.

## **El Tribunal Superior de Justicia de Madrid reitera su doctrina sobre el concepto de orden público y el objeto de la acción de anulación**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, n.º 33/2021, de 25 de mayo de 2021*

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el “TSJM”) desestima una acción de anulación de un laudo dictado por el Tribunal Español de Arbitraje Deportivo (el “TEAD”) en relación con la resolución de un contrato de mandato de gestión y representación de un futbolista.

Según la sentencia del TSJM, en ese contrato se había pactado que el futbolista abonaría a la mandataria el 10 % de las cantidades devengadas por su contratación por cualquier club perteneciente a las Confederaciones de la Fédération Internationale de Football Association (los “Clubes FIFA”). El futbolista resolvió el contrato y la entidad mandataria no aceptó esa resolución por considerarla carente de justa causa. Posteriormente, el futbolista firmó un contrato de trabajo con un Club FIFA y no abonó a la mandataria la comisión del 10 % pactada.

Esto llevó a la mandataria a presentar una demanda ante el TEAD en la que solicitaba que se le abonase la comisión pactada, junto con el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos y, subsidiariamente, la resolución del contrato de mandato y una indemnización. El TEAD declaró resuelto sin justa causa el contrato y condenó al futbolista a pagar una compensación.

El futbolista ejercitó una acción de anulación ante el TSJM con base en el art. 41.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, por entender que el laudo fue contrario al orden público al no respetar las garantías constitucionales fundamentales debido a su incongruencia (interna) y vulnerar el principio de contradicción e igualdad de las partes, y por falta de motivación.

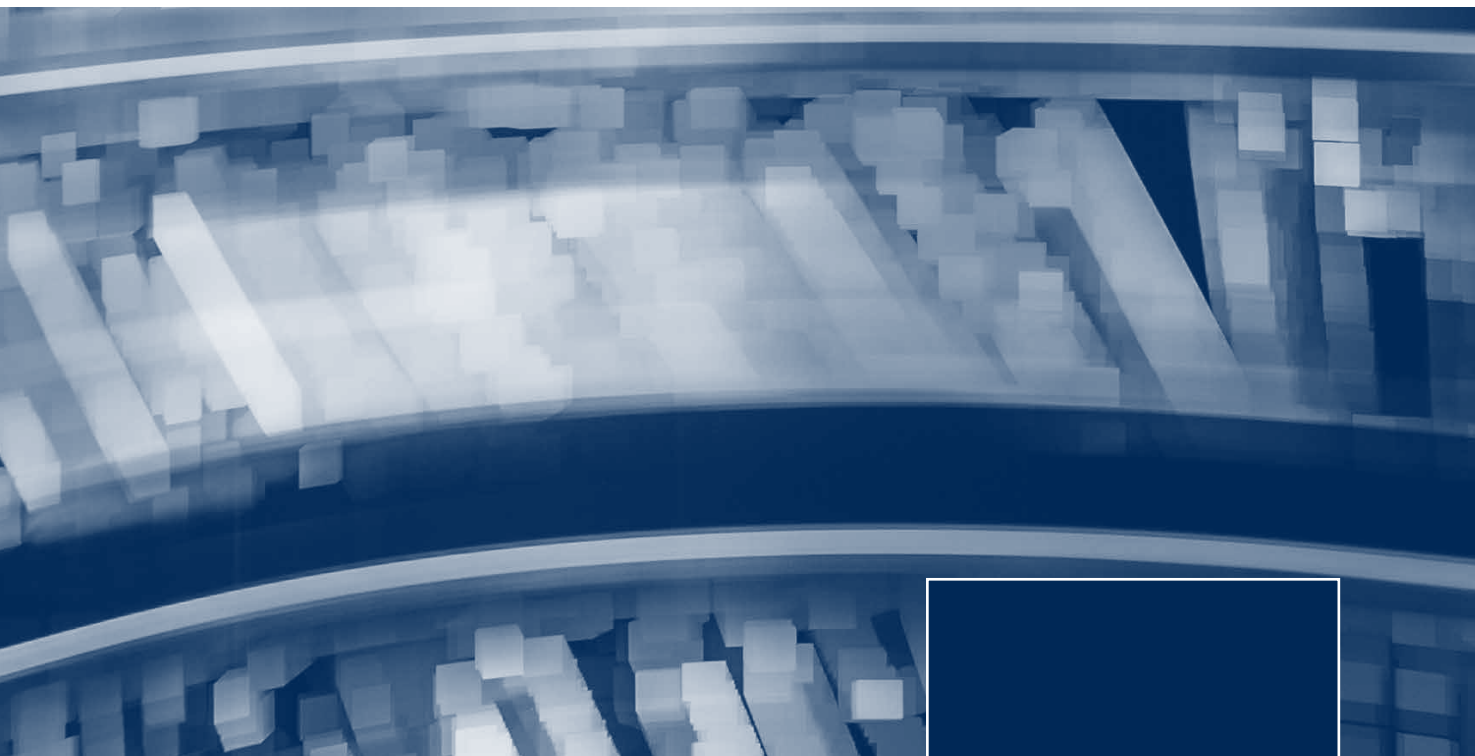
En su sentencia, el TSJM destaca que ya ha manifestado en varias sentencias que la acción de anulación no configura una nueva instancia: ni otorga a la Sala la potestad de revisar los hechos y el derecho aplicados en el laudo ni es un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia.

La sentencia también trae a colación la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 2020 para determinar que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizadas por la Constitución española, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador, y que la acción de anulación solo puede referirse al análisis de errores procesales concernientes al cumplimiento de garantías fundamentales, como los derechos de defensa, igualdad, contradicción o prueba.

En aplicación de la anterior doctrina, el TSJM desestima la acción de anulación al juzgar —dado el ámbito objetivo de esa acción y el concepto de orden público antes indicados— que el demandante no había alegado la infracción de ninguno de los principios rectores del procedimiento arbitral y que el árbitro había conducido el procedimiento correctamente y había dictado un laudo con suficiente motivación. Por tanto, la sentencia concluye que no se ha vulnerado el orden público.



9 de septiembre de 2021



Competencia



# Competencia\*

9 de septiembre de 2021

## 1. Legislación

---

[Portugal]

### **Empresa Fornecedora de Dispositivos Médicos sancionada pela AdC por Restringir a Concorrência entre os seus Distribuidores**

*Decisão de 27 de abril de 2021 (caso PRC/2020/3) - AdC*

A AdC sancionou a empresa Natus Medical Incorporated (“Natus”) numa coima de €100.000 por entender que a mesma teria celebrado um acordo vertical com os seus dois distribuidores nacionais, Munditer e Sano-Técnica, que terá restringido a concorrência no mercado da distribuição de dispositivos médicos.

A Natus é uma empresa sediada nos Estados Unidos da América que vende dispositivos médicos por grosso, fornecendo ao mercado português dispositivos de rastreamento, monitorização e tratamento de doenças através dos seus distribuidores nacionais Mundinter e Sano-Técnica que, por sua vez, os revendem a empresas retalhistas, clínicas e hospitais.

Neste contexto, a Natus terá acordado com os referidos distribuidores a repartição geográfica do mercado nacional de forma a que cada um só pudesse revender os dispositivos da Natus nas zonas geográficas que lhes estivessem atribuídas, estando, *a contrario*, impedidos de revender os produtos fora destas áreas. Por outro lado, a AdC entendeu que foi também acordada a alocação específica aos respetivos distribuidores de determinado portfolio de produtos.

De acordo com a AdC, este acordo vertical, que resultou na repartição do mercado entre os distribuidores, abrangia tanto as vendas ativas como as vendas passivas. Tal significa que os distribuidores nacionais não só foram proibidos de procurar e promover ativamente a revenda dos respetivos produtos da Natus a clientes fora da área geográfica atribuída; como foram proibidos de responder a encomendas espontâneas / não solicitadas de clientes estabelecidos fora das ditas

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez. Para su elaboración ha contado con la colaboración de Cristina Areces, François Doumont, Jokin Beltrán de Lubiano, Violeta Marinas, Anna María Sánchez e Inés Pajares de Dios, del Área de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea de Uría Menéndez (Madrid); de Carmen Martínez, Patricia Cano, Alberto Pérez y Álvaro Angulo, del Área de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea de Uría Menéndez (Bruselas); y de Guilherme Neves y Guilherme Drummond, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Lisboa).

áreas. Por norma, as vendas passivas não podem estar sujeitas a quaisquer restrições nos contratos de distribuição.

Neste sentido, a AdC concluiu que os termos acordados entre a Natus e cada um dos distribuidores restringia a concorrência no mercado da distribuição de dispositivos médicos através da repartição dos mercados e a proibição das vendas passivas. A Natus, através do procedimento de transação, admitiu a conduta em causa, colaborou com a AdC e abdicou do direito à litigância judicial, motivo pelo qual beneficiou de uma redução da coima.

## **Empresas e Administradores dos Grupos Blueotter e Egeo Sancionados pela AdC por Alegado Acordo de Não Concorrência**

*Decisão de 30 de junho de 2021 (processo PRC/2019/3) - AdC*

Em 30 de junho de 2021, a AdC sancionou as empresas Blueotter, SGPS, S.A., Blueotter Circular, S.A., CITRI – Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, S.A. e Proresi, S.A. – do Grupo Blueotter – e EGEO SGPS, S.A. e EGEO – Tecnologia e Ambiente, S.A. (“EGEO TA”) – do Grupo EGEO – bem como seis administradores destas empresas, pela alegada implementação de um acordo de não concorrência no mercado da prestação de serviços aos sistemas de gestão de resíduos no território nacional numa coima total de €2,9 milhões e de € 27.075 aos referidos administradores (correspondendo a coimas individuais entre €1.400 e €9.100, determinadas em função das remunerações anuais destes).

É neste caso relevante o facto da AdC ter aberto investigação, em maio de 2019, na sequência da notificação da aquisição do controlo exclusivo do Grupo Blueotter sobre a EGEO Circular, S.A. (à data do Grupo EGEO e agora denominada Blueotter Circular, S.A.) no âmbito da qual foi submetido à apreciação da AdC o respetivo contrato promessa de compra e venda que estabelecia, entre outros, cláusulas de não concorrência ao abrigo das quais o Grupo Blueotter e o Grupo EGEO se comprometeram em não concorrer entre eles nas áreas de negócios em que cada grupo se encontrava simultaneamente ativo, extravasando assim o âmbito das cláusulas de não concorrência admissíveis, em virtude do seu carácter acessório, num contrato de compra e venda de uma sociedade ou de um conjunto de ativos, no âmbito das quais apenas o vendedor se pode obrigar, por um período limitado, a não fragilizar o negócio que acabou de alienar.

Ora, de acordo com a AdC, as obrigações de não concorrência constantes do referido contrato promessa de compra e venda, analisado por esta autoridade no âmbito do processo de controlo de concentrações, tinham um escopo de precedia, inclusivamente, o contrato de compra e venda, uma vez que viriam, alegadamente, alargar o âmbito de outras obrigações de concorrência que já se encontravam em vigor desde 2017 nos termos de um contrato de prestação de serviços de valorização e eliminação de resíduos celebrado entre as subsidiárias CITRI e EGEO TA. Nos termos deste primeiro contrato, celebrado em março de 2017, de acordo com a AdC, estas empresas tinham acordado procurar minimizar as manifestações de interesse ou apresentação de propostas comerciais a empresas que fizessem parte da carteira de clientes da contraparte, passando estas obrigações, mercê do contrato promessa de compra e venda, a abranger clientes de todas as sociedades que integravam o Grupo Blueotter e o Grupo EGEO.



Sendo assim, após a análise dos documentos apresentados à AdC pelas próprias empresas, no contexto do referido processo de controlo de concentrações, a AdC concluiu que as obrigações de não concorrência, constantes do contrato de prestação de serviços e ampliadas pelo contrato promessa de compra e venda, consubstanciavam um acordo horizontal de repartição de mercado, a nível nacional, em que o Grupo Blueotter e o Grupo EGEO, alegadamente, se comprometeram a atuar no sentido de eliminar qualquer dinâmica concorrencial entre ambos, entre abril de 2017 e julho de 2019.

As empresas e os administradores sancionados ainda podem recorrer da decisão condenatória da AdC, junto do TCRS.

## 2. Jurisprudencia

---

### [Unión Europea]

#### **El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el tribunal competente territorialmente dentro de un Estado miembro para conocer de acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2021 en el asunto C-30/20, Volvo y otros*

En sentencias anteriores (asuntos C-451/18 Tibor-Trans y C-352/13 CDC Hydrogen Peroxide), el Tribunal de Justicia se había pronunciado sobre la competencia internacional para conocer de acciones de daños derivados de ilícitos concurrenciales. Sin embargo, no se había manifestado sobre la competencia territorial dentro de un Estado miembro para conocer de dichas acciones.

Ante la falta de indicaciones sobre la cuestión, el Tribunal Supremo había considerado, sin estimar procedente consultar previamente al Tribunal de Justicia, que la normativa europea (contenida en el artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012) solo resultaba aplicable para determinar la competencia internacional. Por el contrario, para determinar la competencia dentro de cada Estado miembro, nuestro Alto Tribunal había considerado necesario aplicar la normativa nacional, con arreglo a la cual entendía que estas acciones debían ejercitarse ante los juzgados del domicilio del demandado o, en ausencia de domicilio en territorio español, ante los juzgados en cuya demarcación se habían adquirido los bienes objeto del acuerdo anticompetitivo.

En la sentencia que aquí se comenta, el Tribunal de Justicia opta por una interpretación divergente y declara que la referida normativa europea también resulta aplicable a la hora de determinar la competencia territorial dentro de cada Estado miembro. Ello lleva al Tribunal de Justicia a considerar que las acciones de reclamación de daños pueden ejercitarse ante el tribunal en cuya demarcación se adquirieron los bienes objeto del acuerdo anticompetitivo o, en el caso de compras realizadas en varios lugares, ante el tribunal en cuya demarcación se encuentre el domicilio social de la empresa perjudicada.

[España]

### **La Audiencia Nacional rechaza que la adopción de una decisión por parte de la Asociación de Clubes de Baloncesto (“ACB”) constituya un acuerdo restrictivo entre competidores**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, Rec. 413/2017, de 29 de junio de 2021*

La Audiencia Nacional ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la ACB al entender que la conducta que se le atribuía no era constitutiva de la infracción tipificada en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”).

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) consideró acreditado que la ACB, a través de una serie de acuerdos entre los clubes que la conforman, impuso unas condiciones económico-administrativas desproporcionadas, inequitativas y discriminatorias a los clubes deportivos que adquirirían el derecho a ascender a la Liga ACB, por mérito deportivo, desde ligas de inferior categoría y que no habían sido previamente miembros de la ACB. Además, circunscribió el mercado de producto a la Liga ACB, en la que la asociación actuaría como único oferente y los distintos clubes de baloncesto interesados en participar en la Liga ACB, como demandantes.

A pesar de que la Resolución atribuyó la adopción de los acuerdos a los clubes que integran la asociación, decidió no sancionarlos, sino a la ACB. Es decir, la Resolución concluyó la existencia de un acuerdo entre competidores, a los que no sanciona, pero atribuye la infracción a una decisión única adoptada por la ACB.

La Audiencia Nacional establece que la conducta que se imputa a la ACB no tiene encaje en la infracción del artículo 1 de la LDC, tal y como se ha definido el mercado en la Resolución. A su juicio, esta definición de mercado determina que la conducta que se atribuye a la ACB constituya, en su caso, un abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2, pero no una infracción del artículo 1 de la LDC.

### **La Audiencia Nacional confirma las multas impuestas por la CNMC a doce de las quince empresas que participaron en el “cártel de las mudanzas internacionales”**

*Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 21 de junio de 2021, Recs. 465/2016; 498/2016; 529/2016; 528/2016 y 518/2016; de 18 de junio de 2021, Recs. 523/2016 y 530/2016; de 17 de junio de 2021, Recs. 527/2016 y 487/2016; de 16 de junio de 2021, Recs. 531/2016 y 491/2016; de 9 de junio de 2021, Rec. 499/2016; y de 1 de junio de 2021, Recs. 464/2016 y 524/2016*

La Audiencia Nacional resolvió el pasado mes de junio los recursos planteados por catorce de las quince empresas integrantes del cártel de las mudanzas internacionales, que fueron sancionadas por la CNMC en su Resolución de 6 de septiembre de 2016 con una suma total de 4,09 millones de euros.

La CNMC entendió acreditada la existencia de un plan conjunto por parte de las empresas de servicios de mudanzas internacionales, implementado mediante una serie de actuaciones reiteradas y prolongadas en el tiempo, que tenía la finalidad de fijar los precios de los servicios y el reparto de mercado (a través de la asignación de cuotas y el reparto de traslados y/o de clientes), con el propósito común de limitar la competencia en el mercado y el poder negociador de los clientes. La CNMC calificó tales hechos como constitutivos de cártel, práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE.

La Audiencia confirma tanto la infracción como el importe de la sanción en doce de los recursos interpuestos, al entender que la CNMC delimitó correctamente el mercado afectado y acreditó suficientemente las conductas sancionadas.

En cuanto a las dos sentencias restantes, en el Rec. 523/2016 la Audiencia estima parcialmente el recurso y anula la sanción en lo relativo a la cuantía, para que sea fijada nuevamente por la CNMC tomando como período infractor imputable únicamente el acreditado, al ser la duración de la conducta infractora uno de los criterios seguidos para cuantificarla. Por su parte, en el Rec. 518/2016 la Audiencia estima íntegramente el recurso planteado al entender que la CNMC no probó que la recurrente conociera el plan de reparto de mercado, que contribuyera intencionadamente a ese plan o que conociera los comportamientos infractores de los demás participantes. En tanto que no se ha desvirtuado la presunción de inocencia, la Audiencia Nacional estima íntegramente el recurso y anula la declaración de infracción y la sanción de la recurrente.

### 3. Resoluciones y decisiones sobre expedientes sancionadores

---

#### [Unión Europea]

#### **La Comisión Europea sanciona a varios fabricantes de automóviles por un cártel en el desarrollo de tecnologías de emisiones**

*Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2021 en el asunto 40178 - Car emissions*

La Comisión Europea ha sancionado a Daimler, BMW y Volkswagen por un acuerdo anticompetitivo en el desarrollo de tecnologías de reducción de emisiones diésel. La autoridad considera acreditado que las infractoras habrían alcanzado un acuerdo y participado en diversas reuniones para discutir el desarrollo de la tecnología de reducción catalítica selectiva que elimina las emisiones nocivas de óxido de nitrógeno de los turismos diésel mediante la inyección de urea (también llamada AdBlue) en el escape. De este modo, evitaban competir en el desarrollo de tecnologías más avanzadas que las que exigía la normativa de emisiones, a pesar de que existía potencial para ello.

Daimler evitó la imposición de una multa de 727 millones de euros por desvelar el cártel a la Comisión Europea y colaborar en su investigación. Volkswagen, que también colaboró en la investigación, aunque con posterioridad a la solicitud de clemencia de Daimler, obtuvo una reducción

del 45 %. El resto de los fabricantes obtuvieron una reducción del 10 % de la multa a cambio de reconocer la infracción y no plantear objeciones al pliego de cargos de la Comisión.

Se trata de la primera decisión de la Comisión en la que se sanciona como cártel exclusivamente un pacto sobre el desarrollo técnico de productos (sin incluir ningún pacto de precios, reparto de mercados o de clientes). Este hecho supuso una reducción adicional del 20 % de la multa. En total, la sanción impuesta por la Comisión a todos los fabricantes asciende a 875 millones de euros.

### **La Comisión Europea recalcula la multa contra ICAP por facilitar varios cárteles en el mercado de derivados sobre tipos de interés en yenes (YIRD)**

*Decisión de la Comisión de 28 de mayo de 2021 en el asunto 39861 - YIRD*

La Comisión Europea ha vuelto a adoptar una decisión por la que se declara la participación de ICAP en una infracción del derecho europeo de la competencia por haber facilitado varios cárteles en el mercado de derivados sobre tipos de interés en yenes (YIRD, por sus siglas en inglés). Esta decisión se produce después de que el Tribunal General anulase la decisión original de la Comisión (en febrero de 2015) por falta de motivación al no haber acreditado una de las seis infracciones declaradas y de que acortase la duración de otras cuatro.

Tras la desestimación del recurso de casación de la Comisión Europea, esta segunda decisión recalcula la multa teniendo en cuenta el pronunciamiento de los Tribunales de la Unión, incluye un razonamiento más extenso sobre los defectos de la decisión original y una exposición de la metodología de cuantificación de la multa más detallada. Ahora la multa impuesta a todas las entidades del grupo ICAP asciende a aproximadamente 6,45 millones de euros, algo menos de la mitad de la sanción recogida en la decisión original.

## **[España]**

### **La CNMC impone sanciones elevadas a varias empresas por la constitución de un cártel para el reparto de las licitaciones de los servicios de conservación y explotación de la Red de Carreteras del Estado y activa la prohibición de contratar**

*Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 17 de agosto de 2021 en el Expediente S/0013/19, conservación de carreteras*

La CNMC sanciona a doce empresas con un total de 61,28 millones de euros por una infracción constitutiva de cártel tras concluir su investigación iniciada por una denuncia anónima y sustentada por inspecciones domiciliarias, la solicitud de clemencia de una de las empresas y un informe de la Unidad de Inteligencia Económica de la CNMC.

La conducta sancionada consistió en un supuesto cártel concretado en un acuerdo para la adopción de condiciones de coordinación en 101 licitaciones convocadas por el Ministerio de Fomento desde 2014 a 2018, por el que se fijaron fórmulas complejas que indirectamente afectaban a las bajas máximas que podían ofrecerse en cada uno de los lotes de las licitaciones que se convoca-

ron. La organización del cártel se habría realizado principalmente mediante reuniones entre los directivos de las empresas.

Según el relato de la CNMC, el sofisticado sistema diseñado por las empresas se fue adaptando a los sucesivos cambios en los pliegos de contratación introducidos por la Administración. La mecánica empleada resultaba particularmente compleja y facilitaba la monitorización de su cumplimiento a la vez que dificultaba su detección. Esto se traduce en la declaración por parte de la CNMC de una circunstancia agravante de "*adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas*". Asimismo, la especial gravedad de la infracción tiene como consecuencia que los tipos sancionadores considerados por la CNMC para el cálculo de la multa sean muy elevados (entre un 6,7 % y un 9,5 %, siendo el máximo legal un 10 %).

La autoridad de competencia acuerda remitir a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado copia de la Resolución a efectos de iniciar el procedimiento tendente a determinar la duración y alcance de la prohibición de contratar para las empresas sancionadas, excepto para el solicitante de clemencia. Por último, la Resolución insta a la Dirección de Competencia a la investigación de la posible responsabilidad de ciertos directivos en la infracción declarada en la resolución.

### **La CNMC sanciona nuevamente por *gun jumping* a una empresa de servicios funerarios**

*Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 13 de julio de 2021 en el Expediente SNC/DC/045/21, Albia/Tanatorios Móstoles*

La CNMC ha sancionado a Albia Gestión de Servicios, S.L.U. ("Albia") por ejecutar la adquisición de la funeraria Tanatorios Móstoles sin notificar previamente la concentración a la CNMC ni contar con la preceptiva autorización. Esta infracción fue detectada por la CNMC al tramitar la concentración Santa Lucía/Funespaña, operación que acaba de ser autorizada en segunda fase.

Durante la instrucción del expediente sancionador, Albia argumentó que resulta razonable sostener la existencia de un mercado superior al municipal en unión con municipios cercanos o distritos de Madrid, en el que la operación no supondría la adquisición de una cuota de mercado superior al 30 % que diera lugar a una obligación de notificación. Sin embargo, la CNMC rechazó dicha consideración sobre la base de la definición del ámbito municipal del mercado de tanatorios establecida en sus precedentes. Por ello, soslayar la posibilidad de que el mercado sea municipal, como hace Albia, es calificado por la CNMC de negligencia inexcusable. De acuerdo con la CNMC, si las definiciones de mercado recogidas en sus precedentes generaban a Albia algún tipo de duda, debería haberla planteado a la CNMC, que, a tal efecto, cuenta con los procedimientos voluntarios de consulta previa y prenotificación.

La CNMC requirió a Albia la notificación de la operación de oficio y autorizó la concentración sin compromisos. No obstante, el expediente sancionador incoado para valorar la posible comisión de una conducta de *gun jumping* ha concluido con una declaración de infracción grave de las normas de competencia y la imposición a Albia de una multa de 300.000 euros.

## 4. Decisiones en materia de control de concentraciones

### [Unión Europea]

#### **La Comisión Europea declara compatible con el mercado interior una concentración en el sector de servicios financieros**

*Decisión de la Comisión de 8 de marzo de 2021 en el asunto M. 10075 - NEXIS / NETS GROUP*

La Comisión Europea ha adoptado una decisión por la que no se opone a la concentración consistente en la adquisición de control exclusivo de Nets A7S y Concardis Payment Group GmbH ("Nets") por parte de Nexi SpA ("Nexi").

La actividad de Nexi se centra en la prestación de servicios de pago a comerciantes, titulares de tarjetas y bancos, servicios de adquirencia para comerciantes, suministro de terminales de punto de venta ("TPV") y servicios conexos, tarjetas de pago inteligentes, gestión automática de efectivo, servicios de compensación de pagos y servicios corporativos digitales.

Por su parte, Nets ofrece, entre otros, servicios de adquirencia para comerciantes, suministro de TPV físicos y virtuales, servicios de procesamiento y tarjetas de pago inteligentes.

La decisión de la Comisión Europea se centra en analizar los posibles efectos contrarios a la competencia que parecían generarse en los mercados de (i) prestación de servicios en TPV físicos en Italia, Dinamarca y Alemania; (ii) procesamiento de adquirencia en Croacia, Dinamarca, Noruega y Eslovenia; (iii) suministro y mantenimiento de TPV físicos en Italia y Suecia; y (iv) personalización de tarjetas inteligentes en Hungría, Eslovaquia y Rumanía. Tras estudiar en detalle la posición de las partes y sus competidores en los mercados afectados, la Comisión Europea concluye que la entidad resultante de la operación no tendrá poder suficiente para restringir la competencia en el mercado y, en consecuencia, no se opone a la concentración.

### [España]

#### **La CNMC condiciona una operación de concentración a compromisos**

*Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 23 de febrero de 2021, e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia en el Expediente C/1128/20 - Enoplastic / Sparflex*

La CNMC ha autorizado con compromisos la adquisición de control exclusivo de Sparflex, S.A., por parte de Enoplastic, S.P.A. La concentración afectaba, principalmente, al mercado de cápsulas para cavas y vinos espumosos, en el que las partes tienen conjuntamente una cuota de mercado del 60-70 %.

La operación fue parcialmente ejecutada en terceros países, a excepción de España, donde se esperó a la recepción de la autorización por parte de la CNMC. La razón por la que la CNMC aceptó el *carve-out* (y permitió la ejecución de la operación fuera de España) fue que las empresas adquiridas en esos países eran independientes y estaban separadas de la filial española. Sin embargo, la CNMC denegó la solicitud de concesión de una dispensa *ex art. 9 LDC* para que la operación fuera ejecutada, a su vez, en España, en la medida en que consideró que existía un riesgo significativo de que la competencia se viera obstaculizada.

Por lo que se refiere al análisis sustantivo, la CNMC manifiesta que, si bien es posible que la operación dé lugar a eficiencias, la parte notificante no las ha cuantificado (ni siquiera se aporta una estimación) y tampoco ha demostrado cómo se trasladarían a los consumidores. Por estas razones, la CNMC concluye que las eficiencias alegadas por la parte notificante no cumplen con los requisitos establecidos en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales.

En la medida en que las partes son los únicos dos operadores que disponen de instalaciones en España, el notificante presentó un compromiso por el que se obliga a desinvertir una unidad productiva en favor de un tercero que estuvo presente en el mercado afectado hasta el año 2010. Según la CNMC, este tercer operador dispone del *know-how* y la capacidad financiera para competir con la entidad resultante en plazo muy breve, por lo que autoriza la operación sujeta a este compromiso.

## 5. Decisiones en materia de ayudas de estado

---

### [Unión Europea]

#### **La Comisión Europea aprueba el fondo español de recapitalización de empresas afectadas por la COVID-19 por valor de 1000 millones de euros**

*Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2021 en el asunto SA.62067 - Fondo de recapitalización para determinadas empresas afectadas por el brote de COVID-19*

La Comisión Europea ha autorizado, como ayuda de Estado compatible con el mercado interior, la creación por parte del Gobierno español de un fondo de recapitalización para paliar los efectos económicos de la COVID-19. El fondo se encuentra dotado de un presupuesto de 1000 millones de euros y se dirige a empresas de tamaño medio (facturación consolidada entre 15 y 400 millones de euros) que hayan sufrido un impacto económico negativo como consecuencia de la pandemia y necesiten de un apoyo de capital. El fondo contempla la suscripción de instrumentos de capital de hasta 25 millones de euros por empresa, en la forma de suscripción de acciones o participaciones y préstamos participativos.

La Comisión considera que la medida española se ajusta a las condiciones establecidas en el marco temporal sobre ayudas de Estado para combatir la COVID-19 que ha aprobado esta institución. En particular, la ayuda está disponible solo en aquellos casos en los que no haya otra solución

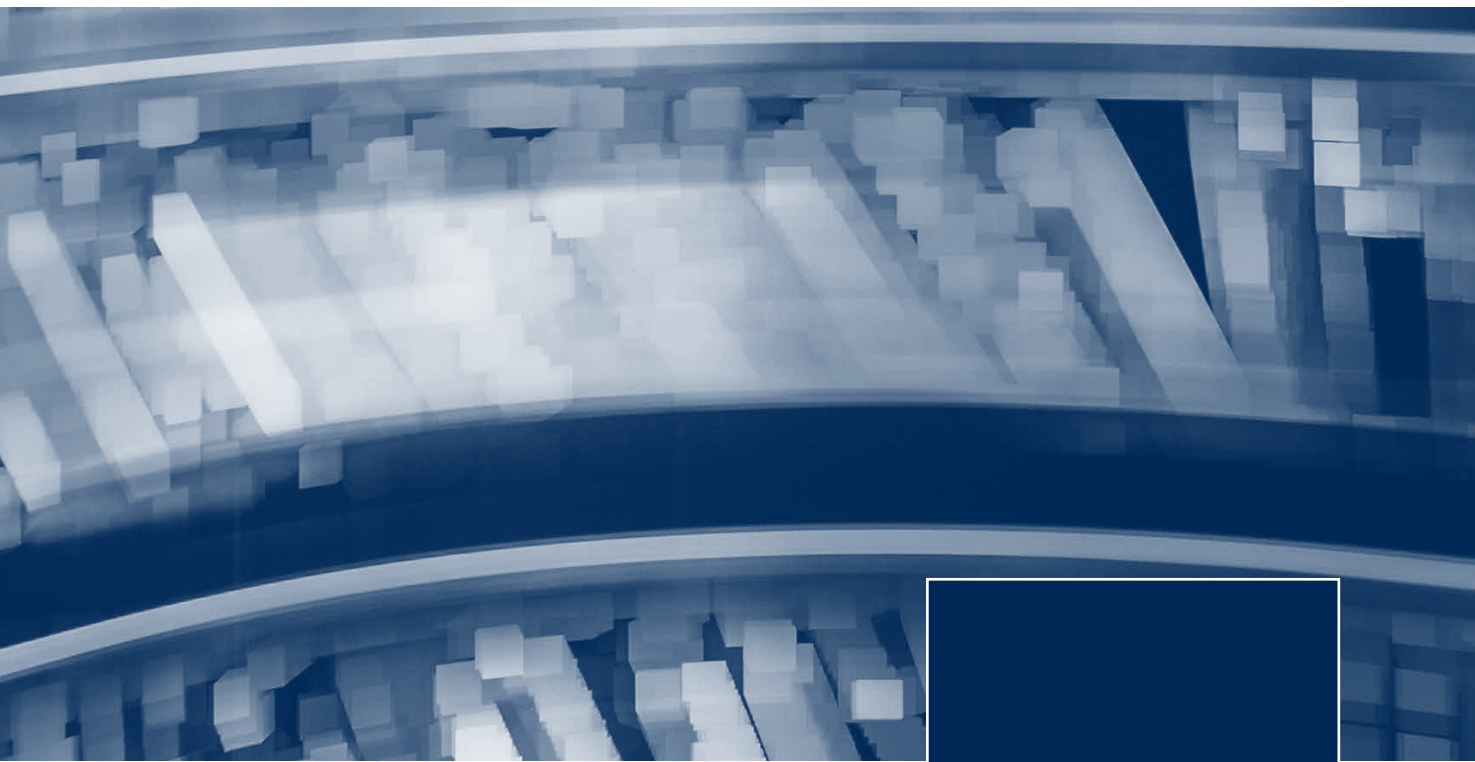
adecuada y exista un interés público, el apoyo financiero de capital del Estado se retribuya adecuadamente y de forma que incentive a los beneficiarios a devolver esta ayuda lo antes posible, y existan ciertas limitaciones en la conducta comercial de los beneficiarios que impidan que estos compitan agresivamente en el mercado con financiación estatal.

En relación con este último punto, resulta muy relevante que las empresas financiadas por el fondo de recapitalización quedan sujetas a una prohibición, con ciertas excepciones, de adquirir una participación superior al 10 % en empresas competidoras o de empresas con una relación vertical (*i. e.*, proveedores o clientes). También se prohíbe la distribución de dividendos y el incremento de las retribuciones a directivos, de nuevo sujeto a ciertas excepciones y límites temporales.

La Comisión concluye, por tanto, que la medida es necesaria, adecuada y proporcionada para poner remedio a una grave perturbación de la economía de España, y que la ayuda es compatible de conformidad con el artículo 107.3.b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.



9 de septiembre de 2021



Derecho Digital



9 de septiembre de 2021

## 1. Propiedad intelectual. Jurisprudencia

---

[Unión Europea]

**Un motor de búsqueda en Internet que da acceso libremente a una base de datos y que permite a sus usuarios efectuar búsquedas en ella desde su propio sitio de Internet realiza una extracción y una reutilización del contenido de esa base de datos (asunto C-762/19)**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021*

CV-Online Latvia SIA (“CV-Online”), sociedad letona, explota el sitio de Internet www.cv.lv. Este sitio contiene una base de datos, desarrollada y regularmente puesta al día por CV-Online, en la que figuran anuncios de empleos publicados por empresarios y equipados con metaetiquetas del tipo microdatos. CV-Online considera que su derecho de *sui generis* ha sido vulnerado por Melons SIA (“Melons”), sociedad también letona que explota el sitio de Internet www.kurdarbs.lv, que es un motor de búsqueda especializado en anuncios de empleo, en el que mediante hipervínculos se remite a los usuarios a los sitios de Internet en los que se ha publicado inicialmente la información buscada, entre ellos, el sitio de CV-Online. La información que contienen las metaetiquetas insertadas por CV-Online en la programación de su sitio de Internet aparece también en la lista de resultados que se obtiene al utilizar el motor de búsqueda especializado de Melons, por lo que CV-Online sostiene que Melons extrae y reutiliza una parte sustancial del contenido de su base de datos.

El Tribunal Regional de Riga plantea dos cuestiones prejudiciales: (i) si redirigir al usuario final mediante un hipervínculo al sitio de Internet de CV-Online, donde se puede consultar una base de datos de anuncios de trabajo, es un acto que está incluido en la definición de reutilización del artículo 7, apartado 2, letra b), de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (“Directiva 96/9”); y (ii) si

---

\* Esta sección de Derecho Digital, en su parte de *Propiedad Intelectual* ha sido coordinada por Agustín González García y Rafael Sánchez Arísti, y elaborada por Rafael Fernández Jordano, Antonio García Vázquez e Iciar Álvarez Bullain, 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 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, Ignacio Esteban Avendaño, Jose María Echave-Sustaeta Osuna y Candela Muñoz Vega, Guilherme Neves y Guilherme Drummond, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

la muestra de la información que contienen las metaetiquetas en el motor de búsqueda de Melons es una conducta que está incluida en la definición de extracción.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") considera que el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Directiva 96/9, debe interpretarse en el sentido de que un motor de búsqueda en Internet especializado en la búsqueda del contenido de las bases de datos, que copia o indexa la totalidad o una parte sustancial de una base de datos accesible libremente en Internet y a continuación permite a sus usuarios efectuar búsquedas en esa base de datos desde su propio sitio de Internet según criterios pertinentes desde el punto de vista de su contenido, realiza una extracción y una reutilización de dicho contenido, en el sentido de esta disposición. No obstante, puntualiza que el fabricante de dicha base de datos podrá prohibir esos actos solo en la medida en que ocasionen un perjuicio a su inversión en la obtención, verificación o presentación de dicho contenido, es decir, siempre que constituyan un riesgo para las posibilidades de amortización de esa inversión mediante la explotación normal de la base de datos en cuestión, extremo este que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

### **El registro sistemático de las direcciones IP de usuarios, por parte del titular de derechos de propiedad intelectual y por parte de un tercero que actúa por cuenta de este y la comunicación de sus nombres y direcciones para presentar una demanda de indemnización es conforme a Derecho bajo ciertas condiciones**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 2021 (asunto C-597/19)*

El origen de la sentencia es la demanda presentada por Mircom International Content Management and Consulting (M.I.C.M.) Limited ("Mircom") ante el *ondernemingsrechtbank Antwerpen* (Tribunal de Empresas de Amberes) por la que solicitaba que se ordenara a Telenet BVBA ("Telenet") a proporcionar los datos de identificación de sus clientes cuyas conexiones a Internet se habían utilizado supuestamente para compartir películas incluidas en el catálogo de Mircom a través de una red entre pares mediante el protocolo BitTorrent.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") responde a cuatro cuestiones prejudiciales:

La primera es si el artículo 3, apartados 1 y 2, 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") debe interpretarse, en el sentido de constituir una puesta a disposición del público la carga desde el equipo terminal de un usuario de una red entre pares hacia los equipos de dicha red, de partes previamente descargadas por el usuario antes citado de un archivo multimedia que contiene una obra protegida. Todo ello, aun a pesar de que esas partes solo sean utilizables por sí solas a partir de un determinado volumen de descarga y de que, como consecuencia de la configuración del *software* de intercambio cliente-BitTorrent, sea el propio *software* el que automáticamente dé lugar a la carga mencionada.

El TJUE responde afirmativamente a esta primera cuestión al entender que todo usuario de la red entre pares que no haya desactivado la función de carga del *software* de intercambio cliente-BitTorrent carga en esa red las partes de los archivos multimedia que previamente ha descargado en su ordenador. Siempre que se ponga de manifiesto que los usuarios han decidido utilizar ese *software* y que han dado su consentimiento a su ejecución tras haber sido debidamente informados sobre sus características, debe considerarse que tales usuarios actúan con pleno conocimiento de su comportamiento y de las consecuencias que este puede tener.

La segunda cuestión va referida a si la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (“Directiva 2004/48”) debe interpretarse en el sentido de que una persona que, en virtud de un contrato, es titular de determinados derechos de propiedad intelectual que, sin embargo, no utiliza por sí misma, sino que se limita a reclamar una indemnización por daños y perjuicios a supuestos infractores, puede acogerse a las medidas, procedimientos y recursos previstos en el capítulo II de la Directiva 2004/48.

El TJUE también responde de manera positiva a esta cuestión, salvo que se compruebe con arreglo a la obligación general prevista en el artículo 3, apartado 2 de esa Directiva, basándose en un análisis global y circunstanciado, que su pretensión resulta abusiva. En particular, tratándose de una petición de información basada en el artículo 8 de la Directiva 2004/48, también habrá de desestimarse tal petición si es injustificada o no proporcionada, extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente.

Por último, el TJUE trata dos cuestiones más de forma conjunta. En ellas se plantea al Tribunal si las circunstancias expuestas en las dos primeras cuestiones son pertinentes para apreciar la justa ponderación entre el derecho de propiedad intelectual y la protección de la vida privada y de los datos personales, en particular, desde el punto de vista de la proporcionalidad, y si el artículo 6.1.l.f) del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos (“Reglamento 2016/679”) permite el registro sistemático y la comunicación de los nombres y direcciones de esos usuarios de una red entre pares al titular de los derechos de propiedad intelectual o a un tercero.

El TJUE considera que el derecho de la Unión no se opone al registro sistemático por parte del titular de derechos de propiedad intelectual y por parte de un tercero que actúa por cuenta de este, ni a la comunicación de nombres y direcciones al mencionado titular o tercero para permitirle presentar una demanda de indemnización ante la jurisdicción civil por el perjuicio supuestamente ocasionado por los usuarios de una red entre pares, a condición de que las iniciativas y pretensiones sean justificadas, proporcionadas y no abusivas, y se fundamenten en una medida legal nacional en el sentido del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002.

## **Conforme a la Directiva 2001/29, el operador de una plataforma no realiza una comunicación pública, a menos que, más allá de la mera puesta a disposición de la plataforma, contribuya a proporcionar al público acceso a los contenidos disponibles en dicha plataforma**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 2021 (asuntos C-682/18 y C-683/18)*

La presente sentencia acumula dos procedimientos: el primero, entre Frank Peterson, productor musical y propietario de Nemo Studio y Google LLC ("Google"), cuya controversia surgió por la aparición en la plataforma de Youtube de obras sobre las que Nemo Studio ostentaba los derechos de explotación en exclusiva; y el segundo, entre Elsevier Inc ("Elsevier"), editorial internacional, y Cyando, que explota la plataforma de alojamiento e intercambio de archivos denominada Uploaded, litigio que surge a raíz de la posibilidad de consultar en Uploaded obras cuyos derechos de explotación pertenecen en exclusiva a Elsevier.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") da respuesta en esta sentencia a tres cuestiones prejudiciales que habían sido planteadas por el Tribunal Supremo Federal alemán.

En primer lugar, se plantea si el operador de una plataforma donde los usuarios ponen a disposición del público vídeos con contenidos protegidos por derechos de autor sin el consentimiento del titular de los derechos lleva a cabo un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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").

El TJUE considera que en las circunstancias descritas en los procedimientos principales no se realiza una comunicación al público, a menos que, más allá de la mera puesta a disposición de la plataforma, su operador contribuya a proporcionar al público acceso a los contenidos que en ella se encuentren disponibles y que sean vulneradores de derechos de autor. Según el TJUE, se produce tal contribución cuando el operador (i) tiene conocimiento de la puesta a disposición de un contenido concreto y se abstiene de eliminarlo o de bloquear el acceso a él con prontitud; (ii) se abstiene de aplicar las medidas técnicas apropiadas que cabe esperar de un sujeto en su situación medianamente diligente, dirigidas a combatir de forma creíble y eficaz violaciones de los derechos de autor; y (iii) participa en la selección de los contenidos protegidos comunicados al público de forma ilícita, proporciona herramientas destinadas específicamente al intercambio ilícito de tales contenidos o promueve a sabiendas esos intercambios.

En segundo lugar, se plantea si, en caso de respuesta negativa a la cuestión primera, la actividad de las plataformas descrita en los asuntos principales está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 14.1 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información ("Directiva 2000/31"), que condiciona la responsabilidad de esta clase de prestadores intermediarios al conocimiento efectivo de que la actividad o la información que intercambian sus usuarios es ilícita, así como el conocimiento de hechos o circunstancias por los que se revele su carácter ilícito a actividades o informaciones ilícitas concretas.

Según la sentencia, la actividad del operador de una plataforma de intercambio de vídeos o de una plataforma de alojamiento y de intercambio de archivos está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 14.1 de la Directiva 2000/31, siempre que dicho operador no desempeñe un papel activo que pueda conferirle un conocimiento y un control de los contenidos subidos a su plataforma. De ese modo, para que no pueda beneficiarse de la exención de responsabilidad, el operador debe tener conocimiento de actos ilícitos concretos de sus usuarios referentes a contenidos protegidos que han subido a su plataforma.

En tercer lugar, se cuestiona si es compatible con el artículo 8.3 de la Directiva 2001/29 que el titular de los derechos solo pueda obtener un mandamiento judicial contra un prestador de servicios cuyo servicio consista en el almacenamiento de información proporcionada por los usuarios y haya sido utilizado por el usuario para vulnerar derechos de autor o derecho afines, cuando, tras haber denunciado una clara violación de sus derechos, se haya vuelto a producir otra violación del mismo tipo.

A este respecto, el TJUE resuelve que el mencionado precepto no se opone a que en virtud del derecho nacional, el titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor solo pueda obtener medidas cautelares contra el intermediario cuyo servicio haya sido utilizado por un tercero para vulnerar sus derechos, cuando haya notificado previamente la vulneración de sus derechos al intermediario.

## [España]

### **Las impresoras multifunción adquiridas por entidades financieras no deben ser gravadas con el canon de la compensación equitativa por copia privada, en tanto que equipos adecuados para desarrollar su actividad empresarial y manifiestamente reservados a usos distintos de ese límite**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de junio de 2021*

El Tribunal Supremo resuelve en sede casacional el litigio seguido entre Caixabank, S.A. ("Caixabank") y las entidades de gestión Centro Español de Derechos Reprográficos ("CEDRO") y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos ("VEGAP"), mediante el que Caixabank reclamaba a esas entidades la devolución de las cantidades satisfechas al distribuidor de las impresoras multifunción que había adquirido entre 2006 y 2009 —que este, a su vez, había entregado a CEDRO y VEGAP— en concepto de la compensación equitativa por copia privada fijada en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril ("TRLPI").

Caixabank alegaba que las cantidades percibidas por CEDRO y VEGAP procedentes de los pagos hechos por Caixabank en concepto de canon por copia privada constituían un enriquecimiento injusto, por habersele repercutido el canon pese a no poder presumirse el uso de dichos equipos por personas físicas para funciones de copia privada, pues se trataba de equipos manifiestamente reservados a su uso dentro de su actividad empresarial. Se basaba para ello en la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") había realizado de la compensación

equitativa por copia privada, regulada en el artículo 5.2.b de la Directiva 2001/29/CE, que exige su aplicación no indiscriminada, lo que se produce cuando dicha compensación se proyecta sobre equipos no puestos a disposición de usuarios privados y manifiestamente reservados a usos distintos del de la copia privada.

Frente a ello, CEDRO y VEGAP opusieron que el pago resultaba conforme a lo dispuesto en el artículo 25 TRLPI, sin perjuicio de que ello no fuera absolutamente conforme con lo dispuesto en la Directiva 2001/29/CE: careciendo la Directiva de efecto directo en el ordenamiento español, sus disposiciones no eran directamente oponibles frente a particulares dada la inadecuada transposición por el legislador, sin que cupiera interpretar el artículo 25 TRLPI *contra legem* para tratar de coherenciarlo con la Directiva.

El TJUE determina que es posible conciliar la finalidad de la Directiva de limitar la aplicación del canon a aquellos supuestos en los que se pueda prever la utilización de los equipos gravados a la realización de copias privadas y la producción de un perjuicio efectivo con la letra del artículo 25 TRLPI, en tanto que el propio artículo, en su apartado 6.4<sup>o</sup>.a), hacía referencia a la toma en consideración del criterio del perjuicio efectivo para determinar los equipos gravados por el canon, más allá de la vinculación del propio criterio de idoneidad de los equipos gravados, que exige el artículo 25.1 TRLPI, con el principio del perjuicio efectivo.

En consecuencia, el Alto Tribunal resuelve que, siendo las impresoras multifunción equipos destinados manifiestamente a la actividad empresarial de Caixabank, sin que quepa presumirse su uso por personas físicas para realizar copias privadas, se trataría de elementos que no cumplirían con el principio de perjuicio efectivo, por lo que VEGAP y CEDRO carecerían de legitimidad para percibir una compensación equitativa ligada a su adquisición por Caixabank. Ello determina la condena a que las demandadas restituyan a la actora las cantidades que esta acreditó haber satisfecho por ese concepto respecto de las mencionadas impresoras.

### **Los herederos de un autor que cedió en vida los derechos de explotación sobre su obra bajo la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 mantienen la nuda propiedad sobre esos derechos y, si desaparece el cesionario sin su transmisión a terceros, los recuperan en plena propiedad**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>), de 3 de junio de 2021*

La Audiencia Provincial de Barcelona resuelve el recurso interpuesto por los herederos de los dos traductores al castellano de sendos volúmenes de *Las mil y una noches* frente a la editorial Ediciones Atalanta, S.L. ("Atalanta"), que editó y distribuyó dichas traducciones durante los ejercicios 2014 a 2017. Los textos, fruto de la colaboración entre los dos traductores, habían sido originariamente publicados por la editorial Argos Vergara, S.L. ("Vergara") en 1965.

Precisamente, en primera instancia Atalanta había excepcionado la falta de legitimación activa de las demandantes, dado que los derechos de explotación sobre las obras habrían sido cedidos a Vergara, puesto que uno de los autores había suscrito un contrato de encargo de la traducción



para la publicación de dos ediciones y el otro se encontraba vinculado a Vergara en calidad de empleado.

La excepción fue estimada en primera instancia, pronunciando este que es recurrido por los herederos de ambos autores. Por su parte, la Audiencia Provincial rechaza la falta de legitimación activa. Según razona la sentencia, en atención a su fecha de celebración, los contratos suscritos entre los autores y Vergara debían regirse por lo dispuesto en la Ley de 10 de enero de 1879, de Propiedad Intelectual (“LPI 1879”), de acuerdo con la disposición transitoria tercera del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (“TRLPI”).

Así las cosas, de conformidad con la LPI 1879, toda cesión de derechos de explotación debía formalizarse mediante un acto dispositivo claro y acreditado (art. 2.5.º), al tiempo que quedaba limitada, en caso de existir herederos forzosos, a un plazo de 25 años tras el fallecimiento del autor, tras el cual los derechos cedidos se reintegrarían a sus herederos por un plazo adicional de 55 años (art. 6).

La Audiencia declara no haberse acreditado claramente la cesión de derechos a Vergara, dado que, respecto del primer autor, su contrato no establecía expresamente cesión de derechos alguna, y respecto del segundo, no había quedado acreditado el contenido de su contrato de trabajo. Junto con ello, la Audiencia Provincial observa que, incluso si dicha cesión hubiera constado acreditada, Vergara había sido objeto de un procedimiento de quiebra, sin que constara en autos la existencia de su sucesor como cesionario de esos derechos, debido a lo cual dichos derechos debían entenderse reintegrados plenamente en favor de los herederos, al establecer el artículo 6 de la LPI 1879 una suerte de nuda propiedad en su favor sobre los derechos de explotación y haber dejado de existir la editorial Vergara.

En suma, la Audiencia estima el recurso de los herederos, declara infringidos sus derechos por Atalanta y condena a esta a cesar en la explotación, así como a abonarles una indemnización conforme al criterio del beneficio del infractor previsto en el artículo 140.2.a) TRLPI.

### **La contribución a la creación de una obra de arte plástica en calidad de coautor puede efectuarse a través de la ejecución personal, aunque la concepción de la obra se deba a otro coautor**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), de 21 de mayo de 2021*

Fumiko Negishi presentó demanda contra el artista Antonio de Felipe en la que solicitaba que se declarara la autoría o, subsidiariamente, la coautoría de la actora con respecto a 221 obras pictóricas del catálogo del pintor. Su pretensión fue desestimada en primera instancia por considerar el juez que el demandado estaba favorecido por la presunción de autoría, pues las obras se habían hecho públicas bajo su firma y la demandante había sido una empleada subordinada a las instrucciones del demandado, sin que considerase acreditado que la actora hubiera desplegado una actividad creativa que permitiese atribuirle la condición de autora o coautora de las piezas objeto de la litis.

Frente a esta decisión, Negishi presentó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (“AP”), que estimó la pretensión subsidiaria de coautoría. La AP considera que, aunque la actora recibiese instrucciones de Antonio de Felipe sobre el objeto o la persona que había que retratar, la gama de colores a emplear, la escenografía a representar y otros elementos vinculados a cada pieza, era ella la que ejecutaba esas instrucciones pintando sola durante horas, con lo que necesariamente tenía que adoptar decisiones creativas para conseguir traducir en una imagen pictórica la concepción inicial ideada por De Felipe.

Según razona la sentencia, en las obras de arte pictóricas no cabe atribuir toda la importancia a la fase de concepción, sino que la ejecución personal en una forma de expresión material y concreta resulta también trascendental, ya que en definitiva es en esta fase cuando se alumbra la plasmación de la creación en una obra original. Habiendo una contribución de dos personas a la generación de lo que constituye la obra pictórica, la sentencia razona que la condición que ambos merecen es la de coautores.

## 2. Comunicación y entretenimiento. Jurisprudencia

---

[Unión Europea]

**El TJUE entiende que una opción tarifaria de “tarifa cero” incumple el principio de neutralidad de la red, basado en la obligación de trato equitativo del tráfico de datos**

*Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 2 de septiembre de 2021 (asuntos C-5/20 y C 854/19)*

El TJUE responde a dos cuestiones prejudiciales, planteadas por (i) Vodafone GmbH (“Vodafone”) y (ii) la Unión Federal de Centrales y Asociaciones de Consumidores de Alemania, en relación con la oferta por Vodafone a sus clientes de una “tarifa cero”.

Este tipo de tarifa implica la oferta por el operador, en este caso Vodafone, de unas condiciones más ventajosas para el uso de ciertos servicios o categorías de aplicaciones, que son propuestas por socios comerciales del operador. En este caso, los datos móviles consumidos para el uso de ciertos servicios no computaban dentro del volumen de datos incluido en la tarifa básica.

En concreto, el TJUE analiza la compatibilidad de dicha “tarifa cero” con el artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120, que establece el principio de neutralidad de Internet al indicar que los operadores tratarán todo el tráfico de manera equitativa, sin discriminación e independientemente de las aplicaciones o servicios utilizados. Si bien esto no obsta a que puedan aplicarse medidas razonables de gestión del tráfico, dichas medidas no podrán basarse en consideraciones comerciales, sino en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio.

Así, entiende el Tribunal que, con independencia de que las cuestiones prejudiciales partan de supuestos diferentes (al referirse uno de ellos a una limitación en el uso del *tethering* o punto

de acceso inalámbrico, y el segundo a una limitación en relación con el *roaming*), la respuesta ha de ser la misma, puesto que la “tarifa cero” en sí misma realiza una distinción en el tráfico de internet que se basa en consideraciones comerciales y que, por tanto, incumple la obligación general de trato equitativo del tráfico.

En consecuencia, el TJUE concluye que no son válidas las limitaciones sobre el uso del terminal como punto de acceso inalámbrico ni sobre el uso de una tarifa en itinerancia, en la medida en que ambas limitaciones se produzcan como consecuencia de la activación de una “tarifa cero”, puesto que esta es incompatible con las obligaciones derivadas del artículo 3.3 del Reglamento (UE) 2015/2120.

[España]

### **La Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación presentado por LaLiga en el conflicto con la RFEF sobre competencia desleal y autoriza la programación de partidos del Campeonato Nacional de Liga los viernes y los lunes**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) de 18 de junio de 2021*

La Audiencia Provincial de Madrid (“AP”) ha estimado el recurso de apelación interpuesto por la Liga Nacional de Fútbol Profesional (“LaLiga”) y aprecia que la Real Federación Española de Fútbol (“RFEF”) ha realizado actos de competencia desleal por obstaculización al tratar de impedir la programación y celebración de partidos del campeonato Nacional de Liga los lunes y viernes.

El caso tiene su origen en la oposición de la RFEF a que LaLiga programe partidos del Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División los lunes y los viernes. En particular, desde marzo de 2019, la RFEF ha tratado de impedir la programación y celebración de partidos esos días y ha exigido a LaLiga la previa obtención de una autorización (remunerada) por medio de un acuerdo contractual. A juicio de la RFEF, la legislación deportiva atribuiría a la RFEF una función de coordinación consistente en autorizar o prohibir la programación y celebración de partidos fuera de la jornada oficial, que, según la RFEF, sería el sábado y el domingo.

Ante las dificultades de programar partidos los lunes y viernes y la incertidumbre en el mercado de los derechos audiovisuales que comercializa LaLiga, esta interpuso una demanda contra la RFEF por competencia desleal, dirigida en esencia a obtener un pronunciamiento que declarara que la conducta de la RFEF era contraria a la Ley de Competencia Desleal y que condenara a la RFEF a cesar en esta conducta.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid desestimó la demanda y acogió íntegramente la posición de la RFEF. Sin embargo, la AP ha estimado el recurso de apelación de LaLiga. En la sentencia, la AP considera que la RFEF ha incurrido en actos de competencia desleal y la condena a cesar y abstenerse de realizar en el futuro la conducta obstaculizadora.

Además de la importancia del fallo, que permitirá a LaLiga programar las próximas temporadas y comercializar los derechos audiovisuales con mayor seguridad y antelación, así como sin la oposición de la RFEF, la sentencia es relevante porque aclara que (i) LaLiga, como organizadora

de la competición, tiene plena facultad para determinar las fechas y horas de los partidos; (ii) las funciones de coordinación que corresponden a la RFEF no le confieren un derecho de autorizar o prohibir (veto) las decisiones que adopte LaLiga, sino únicamente verificar que las competiciones que organiza esta última no interfieren en el desarrollo de otras competiciones oficiales (*i. e.*, compromisos con la Selección); y (iii) la conducta seguida por la RFEF, consistente, entre otros, en realizar manifestaciones públicas en las que asegura que es necesario que LaLiga recabe una autorización de la RFEF para programar partidos los lunes y los viernes, es un acto de obstaculización desleal contrario al art. 4.1 de la Ley de Competencia Desleal.

### **Un juez de lo mercantil eleva al TJUE cuestiones prejudiciales relativas al posible abuso de posición de dominio por parte de FIFA y UEFA en relación con la creación de la Superliga**

*Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 17 de Madrid, de 11 de mayo de 2021*

El Juzgado de lo Mercantil n.º 17 de Madrid ha acordado suspender, hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) responda a las cuestiones prejudiciales que le formula, el procedimiento iniciado por Superleague Company, S.L. para impedir que FIFA, UEFA y todas sus federaciones o ligas asociadas adopten medidas que impidan o dificulten la preparación y puesta en marcha de la Superliga Europea de Fútbol (“Superliga”).

En particular, el juez de lo mercantil ha planteado seis preguntas relativas a la posible existencia de abuso de posición dominante por la UEFA y la FIFA de acuerdo con la normativa comunitaria, en concreto con los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), al impedir la organización de otras competiciones fuera de su ámbito, cuando no existe un procedimiento reglado sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios para autorizar esta nueva competición, y teniendo en cuenta el posible conflicto de interés que afectaría a FIFA y UEFA. En el auto también se cuestiona la conformidad con el TFUE de las posibles sanciones que la UEFA y la FIFA podría adoptar contra los clubes impulsores del proyecto de la Superliga y sus jugadores.

Además, el juez de lo mercantil solicita que la solicitud de cuestión prejudicial se tramite por el procedimiento de urgencia y aclara que hasta que el TJUE se pronuncie sobre la admisión y/o resolución del recurso seguirán vigentes las medidas cautelares adoptadas el pasado 20 de abril.

### 3. Comercio electrónico, protección de datos y privacidad. Legislación

---

[Europa]

#### **El Comité Europeo de Protección de Datos y el Supervisor Europeo de Protección de Datos emiten una opinión sobre la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial**

*Opinión conjunta 5/2021 del Comité Europeo de Protección de Datos y el Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial*

El 18 de junio de 2021 el Comité Europeo de Protección de Datos (el "CEPD") y el Supervisor Europeo de Protección de Datos ("SEPD") emitieron una opinión conjunta sobre la propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial en la que destacaron las implicaciones en materia de protección de datos. En resumen, el CEPD y el SEPD:

- i. Critican que se excluya del ámbito de aplicación la cooperación internacional en materia penal, pues su exclusión podría generar riesgo de elusión legal.
- ii. Aprecian el enfoque basado en el riesgo, pero solicitan una mayor claridad en la definición del "riesgo para los derechos fundamentales".
- iii. Recuerdan que las obligaciones derivadas de la normativa europea son plenamente aplicables y que el cumplimiento de la normativa de protección de datos debería incluirse expresamente como un prerrequisito a la entrada en el mercado común como producto con el mercado CE. En concreto, respecto al sistema de certificación, echan en falta menciones expresas a los principios de minimización de datos y privacidad desde el diseño como elementos a considerar.
- iv. Indican que, dado el alto riesgo de discriminación, el Reglamento debería prohibir cualquier tipo de evaluación social (*social scoring*), incluyendo cuando es llevada a cabo por entidades privadas tales como redes sociales o proveedores en nube.
- v. Reclaman que, dadas las graves consecuencias en la vida privada de las personas y expectativa de anonimato en espacios públicos, se debe prohibir de forma general el uso de inteligencia artificial para el reconocimiento automático de características humanas (cara, voz, huella dactilar, forma de caminar, etc.) en lugares públicos.
- vi. Piden que se prohíban los sistemas de inteligencia artificial que categoricen a las personas en grupos con base en motivos prohibidos de discriminación (p. ej., raza, género, orientación sexual u opiniones políticas), así como los sistemas capaces de inferir las emociones de una persona.

- vii. Valoran positivamente la designación del SEPD como autoridad competente y autoridad de vigilancia de mercado para las instituciones europeas, pero indican que sus competencias requieren mayor claridad y solicitan que las autoridades nacionales de protección de datos sean designadas autoridades de control en el Reglamento.
- viii. Reivindican la independencia de las autoridades de control y la dotación de mayor autonomía en el ejercicio de sus funciones al Comité Europeo de Inteligencia Artificial.
- ix. Invitan al establecimiento de un punto de contacto único en la UE tanto para los particulares como para las empresas, teniendo en cuenta la posibilidad de casos transfronterizos en el mercado común.
- x. Recomiendan clarificar el alcance y objetivos de los *sandboxes* y explicitar que la base legal de los *sandboxes* debe cumplir con los requisitos de la normativa de protección de datos.
- xi. Consideran que los códigos de conducta deben aclarar si la protección de datos puede abordarse en ellos y garantizar que las especificaciones técnicas de las soluciones no entran en conflicto con la normativa de protección de datos.

## **La Comisión Europea declara al Reino Unido como país adecuado a efectos de transferencias internacionales**

*Decisiones de ejecución de la Comisión de 28 de junio de 2021 sobre la protección de datos personales adecuada de Reino Unido conforme al Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 y la Directiva 2016/680 de protección de datos en procesos penales*

El 28 de junio de 2021 la Comisión Europea adoptó dos decisiones de adecuación para Reino Unido con base en el RGPD y la Directiva 2016/680 de protección de datos en procesos penales (“LED”). Las decisiones destacan que el sistema legal relativo a protección de datos del Reino Unido sigue basándose en las mismas normas anteriores al brexit al haber incorporado plenamente a su ordenamiento jurídico el RGPD y la LED. No obstante, es destacable que la decisión de adecuación se da por un plazo limitado de cuatro años y está sujeta a revisión en caso de que la regulación de protección de datos de Reino Unido diverja en un futuro.

[España]

## **Publicación de la Carta de Derecho Digitales**

*Carta de Derechos Digitales*

El 14 de julio de 2021, el Gobierno hizo pública la Carta de Derecho Digitales. La Carta no tiene carácter normativo, sino que busca reconocer los retos de aplicación de los derechos en el entorno digital y servir de marco de referencia para la acción de los poderes públicos. La Carta de Derechos Digitales se aprueba tras un período de consulta pública que finalizó en enero de 2021.

## 4. Comercio electrónico, protección de datos y privacidad. Jurisprudencia

---

### **El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve una cuestión prejudicial sobre el sistema de ventanilla única del RGPD**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 15 de junio de 2021, Asunto C-645/19*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") ha resuelto una petición de decisión prejudicial que tenía como objeto la interpretación de los artículos 55.1, 56 a 58, y 60 a 66 del RGPD en atención al sistema de ventanilla única (*one-stop-shop mechanism*) instaurado por el RGPD. La petición traía causa en un litigio en el que la Autoridad de Protección de Datos Belga (La "APD") ejercitaba en los tribunales belgas una acción de cesación del tratamiento de datos mediante *cookies*, complementos sociales (*social plug-in*) y píxeles por una red social cuyo establecimiento principal estaba en Irlanda y la autoridad de control principal a efectos del RGPD era la Comisión Irlandesa de Protección de Datos.

El TJUE resumidamente concluye lo siguiente:

- i. Una autoridad de control de un Estado miembro que, en virtud de la legislación nacional, está facultada para poner en conocimiento de los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro cualquier supuesta infracción de dicho Reglamento y, si procede, para iniciar o ejercitar acciones judiciales, puede ejercer esta facultad en lo que respecta a un tratamiento de datos transfronterizo aunque no sea la "autoridad de control principal", siempre que se encuentre amparada por alguna situación en la que el RGPD le confiere competencia para adoptar una decisión en la que se declare que dicho tratamiento incumple el RGPD (p. ej., urgencia o tratamiento con impacto exclusivamente local) y siempre que se respeten los procedimientos de cooperación y de coherencia del propio reglamento.
- ii. En relación con el punto anterior, en el caso de tratamientos de datos transfronterizos, el ejercicio de la facultad por parte de una autoridad de control de un Estado miembro, distinta de la autoridad de control principal, de iniciar o ejercitar acciones judiciales no exige que el responsable del tratamiento transfronterizo de datos contra quien se ejercite la acción disponga de un establecimiento principal u otro establecimiento en el territorio de dicho Estado miembro.
- iii. Una autoridad de control, distinta de la autoridad de control principal, puede poner en conocimiento de los órganos jurisdiccionales de ese Estado cualquier supuesta infracción del RGPD. Además, si procede, la autoridad de control que no tenga carácter principal podrá iniciar o ejercitar acciones judiciales, en el sentido de dicha disposición, ya que estas acciones pueden ejercerse tanto con respecto al establecimiento principal del responsable del tratamiento que se encuentre en el Estado miembro de dicha autoridad como con respecto a otro establecimiento de ese responsable, siempre que la acción judicial tenga por objeto

un tratamiento de datos efectuado en el contexto de las actividades de ese establecimiento y que dicha autoridad tenga competencia para ejercer esa facultad.

- iv. Si una autoridad de control de un Estado miembro distinta a la autoridad de control principal ha ejercitado antes del 25 de mayo de 2018 una acción judicial cuyo objeto era un tratamiento transfronterizo de datos personales, esa acción puede mantenerse, desde el punto de vista del derecho de la Unión, sobre la base de las disposiciones de la Directiva 95/46/CE, que sigue siendo aplicable en lo que se refiere a las infracciones de las normas que establece cometidas hasta la fecha en que dicha Directiva fue derogada.
- v. Por último, dado que el RGPD tiene efecto directo, una autoridad de control nacional puede invocar esta característica para ejercitar o retomar una acción contra particulares, aun cuando dicha facultad no se haya aplicado específicamente en la legislación del Estado miembro de que se trate.

## **Conclusiones del Abogado General sobre la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania**

*Conclusiones del Abogado General de 24 de junio de 2021 en el Asunto C102/20*

El Abogado General de la Unión presentó el pasado 24 de junio de 2021 sus conclusiones a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania, en la que solicita al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE") que se pronuncie sobre la cuestión de si, y en su caso, con qué condiciones, puede considerarse compatible con las Directivas 2002/58 y 2005/29 una práctica en virtud de la cual se insertan mensajes publicitarios en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico que se proporciona gratuitamente a este usuario y que se financia mediante la publicidad pagada por los anunciantes. Solicita así que el TJUE le proporcione aclaraciones sobre los conceptos de "correo electrónico" y de su "utilización con fines de venta directa".

El Abogado General opta por una interpretación funcional del concepto "correo electrónico" y considera que un mensaje publicitario como el que es objeto del asunto principal cumple los criterios establecidos en la Directiva 2002/58. En definitiva considera que el "correo electrónico" es un mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que debe poder almacenarse en la red del equipo terminal del receptor y al cual podrá acceder su destinatario.

En sus conclusiones, el Abogado General defiende que:

- i. En primer lugar, la Directiva 2002/58/CE debe interpretarse en el sentido de que constituye una "utilización de [...] correo electrónico con fines de venta directa". En el sentido de esta disposición, la inserción en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico, de mensajes publicitarios en una forma que se parece a la de los correos electrónicos y en la misma ubicación que estos, sin que la determinación aleatoria de los destinatarios de dichos mensajes tenga incidencia a este respecto ni resulte necesario comprobar que la molestia para el usuario va más allá de una incomodidad.



Corresponderá al tribunal remitente comprobar si el referido usuario ha dado su consentimiento, que ha de ser libre, específico e informado, a la inserción de tales mensajes publicitarios en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico.

- ii. En segundo lugar, el concepto de "*proposiciones no solicitadas y persistentes por [...] correo electrónico*" en el sentido de la Directiva 2005/29/CE debe interpretarse en el sentido de que puede cubrir comportamientos como los que son objeto del asunto principal.

No obstante, corresponderá al tribunal remitente comprobar, por un lado, si la inserción de estos mensajes publicitarios ha tenido la frecuencia y regularidad suficientes para poder ser calificada de proposiciones "persistentes" y, por otro, si la inserción de dichos mensajes puede ser calificada de proposiciones "no solicitadas", teniendo en cuenta la existencia o no de un consentimiento dado por el referido usuario con anterioridad a tal inserción, así como la oposición a tal procedimiento publicitario expresada por aquel.

## 5. Comercio electrónico, protección de datos y privacidad. Otros

---

[Unión Europea]

### **El Comité Europeo de Protección de Datos adopta las Directrices sobre Códigos de Conducta como herramienta para las transferencias internacionales de datos**

*Directrices 1/2019 sobre códigos de conducta y organismos de supervisión con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679*

El 7 de julio de 2021 el CEPD adoptó las Directrices sobre los Códigos de Conducta como herramienta para las transferencias internacionales de datos (las "Directrices"). Las Directrices buscan ayudar a identificar el contenido de los códigos de conducta, su proceso de aprobación y las partes que deben implicarse en su aprobación, así como los requerimientos y garantías que deben incluir.

Respecto al contenido, las Directrices facilitan una lista de los elementos, que debe incluir un código de conducta, y subrayan la necesidad de que los códigos de conducta señalen los principios esenciales, derechos y obligaciones derivados del RGPD para los responsables del tratamiento, así como las garantías que son específicas del contexto de las transferencias, como podrían ser las transferencias ulteriores o los conflictos de leyes en el tercer país.

Por lo que se refiere a su proceso de aprobación, el CEPD señala que, en la medida en que los códigos destinados a las transferencias son más susceptibles de ser utilizados por los responsables/encargados del tratamiento para transferencias desde más de un Estado miembro, se calificarían como "códigos transnacionales" y deberían seguir el procedimiento de aprobación de las transferencias transnacionales, incluida la necesidad de un dictamen del CEPD.

Asimismo, las Directrices indican que las partes que deben involucrarse en la adopción de un código de conducta son el dueño del código (por ser su promotor), un organismo acreditado por la autoridad de control (que deberá supervisar que los responsables/encargados localizados en terceros países y adheridos al código cumplan con sus reglas), la autoridad de control (a la que corresponde la aprobación del código), el CEPD (que deberá emitir un dictamen al borrador de la autoridad de control) y la Comisión Europea (que podrá adoptar actos de ejecución para conferir validez general al código en la Unión).

Las Directrices subrayan la necesidad de que los instrumentos escogidos para adherirse al código, ya sea un contrato u otro tipo de instrumento, no solo sean vinculantes y exigibles de conformidad con el derecho de la Unión, sino que también reconozcan derechos en favor de terceros beneficiarios, con el propósito de que los responsables/encargados del tratamiento localizados fuera de la Unión deban sujetarse a lo dispuesto en el RGPD. Además, cuando el código se utiliza para transferencias a encargados del tratamiento y ulteriores transferencias a subencargados, en el acuerdo entre responsable y encargado del tratamiento se debería hacer una referencia tanto al código de conducta en cuestión como al instrumento que garantiza su carácter vinculante y ejecutivo.

## **TJUE - Exercício de poderes pelas autoridades de controlo ao abrigo do RGPD**

*Acórdão de 15 de junho de 2021 (Processo C-645/19) – TJUE*

O TJUE recebeu um pedido no âmbito de um litígio que opõe a Facebook Ireland Ltd, a Facebook Inc. e a Facebook Belgium BVBA à *Gegevensbeschermingsautoriteit* ("Autoridade de Controlo Belga"), que sucedeu à *Commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer* (a comissão de proteção da vida privada belga), a respeito de uma ação intentada pelo presidente desta última, que tem por objeto o tratamento de dados pessoais dos utilizadores de Internet no território belga que a rede social em linha Facebook efetua através de cookies, módulos sociais (*social plug-ins*) e de pixéis.

A respeito deste litígio o *hof van beroep te Brussel* (i.e. o tribunal de recurso de Bruxelas) decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE 6 questões prejudiciais a respeito dos poderes que podem ser exercidos por autoridades de controlo, entre estas a Autoridade de Controlo Belga, nos termos previstos no RGPD.

Em 15 de junho de 2021, o TJUE declarou em matéria dos poderes que podem ser exercidos pelas autoridades de controlo previstos no RGPD, o seguinte:

- i. uma autoridade de controlo de um Estado-Membro que, nos termos da legislação nacional adotada em execução do RGPD, está habilitada a dar conhecimento das violações do referido regulamento às autoridades judiciais desse Estado-Membro e, se necessário, a intentar uma ação ou de outro modo intervir em processos judiciais, pode exercer esse poder em relação ao tratamento de dados transfronteiriço, embora não seja a autoridade de controlo principal, na aceção do artigo 56.º, n.º 1, do mesmo regulamento, no que se refere a tal tratamento de dados, desde que tal suceda numa das situações em que o RGPD confere a essa autoridade de controlo competência para adotar uma decisão que constate

- que o referido tratamento viola as regras nele contidas e que sejam respeitados os procedimentos de cooperação e de controlo da coerência previstos no RGPD;
- ii. em caso de tratamento de dados transfronteiriço, o exercício do poder de uma autoridade de controlo de um Estado-Membro, diferente da autoridade de controlo principal, para intentar uma ação judicial, não exige que o responsável pelo tratamento ou o subcontratante para o tratamento transfronteiriço de dados pessoais contra o qual esta ação é intentada disponha de um estabelecimento principal ou de outro estabelecimento no território desse Estado-Membro;
  - iii. o poder de uma autoridade de controlo de um Estado-Membro, que não seja a autoridade de controlo principal, de dar conhecimento de qualquer violação do RGPD a uma autoridade judicial deste Estado e, se necessário, de intentar uma ação ou de outro modo intervir em processos judiciais, pode ser exercido tanto em relação ao estabelecimento principal do responsável pelo tratamento que se encontre no Estado-Membro a que pertence esta autoridade como em relação a outro estabelecimento deste responsável, desde que a ação judicial diga respeito a um tratamento de dados efetuado no âmbito das atividades deste estabelecimento e que a referida autoridade seja competente para exercer esse poder, nos termos do ponto (i);
  - iv. se uma autoridade de controlo de um Estado-Membro que não é a autoridade de controlo principal, tiver intentado uma ação judicial relativa a um tratamento transfronteiriço de dados pessoais antes de 25 de maio de 2018, esta ação pode, do ponto de vista da do direito da União Europeia, manter-se ao abrigo das disposições da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, a qual continua a ser aplicável no que respeita às infrações às regras nela previstas que tenham sido cometidas até à data em que esta diretiva foi revogada. A referida ação pode, além disso, ser intentada por esta autoridade a título de infrações cometidas após esta data, desde que tal suceda ao abrigo de uma das situações nas quais, a título de exceção, este é conferido a uma autoridade de controlo de um Estado-Membro que não é a autoridade de controlo principal para adotar uma decisão que constate que o tratamento de dados em questão viola as regras previstas no RGPD e desde que sejam respeitados os procedimentos de cooperação e de controlo da coerência previstos;
  - v. uma autoridade de controlo nacional pode invocar a referida disposição para intentar ou dar continuidade a uma ação judicial contra particulares, ainda que esta disposição não tenha sido especificamente implementada na legislação do Estado-Membro em causa.

[España]

## **La Agencia Española de Protección de Datos emite un informe desfavorable a la tramitación del proyecto que plantea el tratamiento de datos biométricos para la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo**

*Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD N.º 0047/2021*

El 2 de julio de 2021, la AEPD emitió un informe desfavorable a un proyecto que planteaba el tratamiento de datos de reconocimiento facial en el momento del alta de clientes en la oficina o a través de un canal *online* con el objetivo de verificar su identidad y así evitar posibles suplantaciones de identidad (el "Proyecto").

El Proyecto basaba la legitimidad del tratamiento de estos datos biométricos en el cumplimiento de una misión de interés público, de acuerdo con el art. 9.2.g) del Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (el "RGPD"), como es la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, e indicaba que la aplicación de dicha base jurídica se limitaba exclusivamente a estos fines y no a fines comerciales.

La resolución de la AEPD señala la improcedencia del uso con carácter generalizado de estas técnicas de reconocimiento facial por los siguientes motivos:

- i. A pesar de que existe un interés público en prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, este no legitima cualquier tipo de tratamiento de datos personales, sino que deberán seguirse las condiciones establecidas en la normativa. Dado que la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (la "Ley 10/2010") no atribuye competencias a las entidades financieras como sujetos obligados al cumplimiento de dicha norma, no se cumple este requisito.
- ii. La justificación aportada por la promotora del Proyecto, referida a las suplantaciones de identidad, no se refiere al interés público perseguido por la Ley 10/2010, sino a supuestos de fraude en perjuicio de la propia entidad, de modo que responde a un interés privado de la compañía.

De acuerdo con la normativa, el DNI es el único documento con suficiente valor por sí solo para la acreditación, a todos los efectos, de la identidad y los datos personales de su titular y cumplir así la obligación de identificación formal recogida en la Ley 10/2010. En consecuencia, resultaría contraria a la normativa vigente y desproporcionada la imposición obligatoria de la identificación mediante reconocimiento.

## La AEPD sanciona con 30.000 euros a una aerolínea por no ofrecer la posibilidad de rechazar *cookies*

*Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00032/2020*

La Agencia Española de Protección de Datos (la "AEPD") impuso una sanción de 30.000 euros a una aerolínea como consecuencia de una denuncia presentada por un particular, que denunció ante la AEPD que la página web de la reclamada no le ofrecía la posibilidad de rechazar las *cookies*, sino que le obligaba a aceptarlas para continuar con la navegación. La AEPD, tras verificar que el portal web no permite oponerse ni prestar el consentimiento al tratamiento de datos personales mediante *cookies*, abrió una investigación previa y solicitó a la compañía información adicional sobre las medidas que había adoptado para evitar incidencias similares. En la resolución, la AEPD revisa las medidas adoptadas por la compañía e identifica una serie de incumplimientos:

- i. el aviso de *cookies* de la primera capa proporcionaba información poco concisa, poco transparente e inteligible, en contra de lo recomendado en la guía sobre el uso de las *cookies* de la AEPD;
- ii. aunque en el momento de acceder a la segunda capa se permitía la configuración de las *cookies* de forma granular, no se permitía el rechazo de todas las *cookies* en un solo clic;
- iii. en la segunda capa tampoco se identificaban las *cookies* de terceros ni se informaba del periodo de conservación de las *cookies* en el navegador.

Según indica la resolución, la entidad reclamada no modificó los errores detectados hasta haber recibido la notificación de la incoación del procedimiento sancionador, de modo que le impone una sanción de 30.000 euros, en lugar de un apercibimiento, que —entiende— solo habría procedido si la entidad hubiera demostrado haber corregido los errores detectados en su escrito de enero de 2020.

## La AEPD sanciona con 10.000 euros a una entidad inmobiliaria por falta de diligencia a la hora de eliminar los datos personales de la reclamante de sus bases de datos

*Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00488/2020*

El 7 de julio de 2021 la AEPD publicó una sanción impuesta a una sociedad dedicada a la compra-venta, arrendamiento y administración de inmuebles por vulneración del artículo 17 del RGPD, al apreciar que la entidad no actuó con diligencia a la hora de eliminar los datos personales de la reclamante de sus bases de datos.

La reclamante presentó un escrito ante la AEPD en el que denunciaba la recepción de mensajes publicitarios en su teléfono móvil por parte de la mercantil. La reclamante respondió al segundo mensaje preguntando cómo podía conseguir que sus datos fueran borrados de los archivos de la sociedad, sin que esta le respondiera. Posteriormente, y tras recibir un nuevo mensaje de contenido publicitario, amenazó con presentar una denuncia, a lo que la sociedad respondió asegurando

que no volvería a recibir comunicaciones. Sin embargo, la reclamante volvió a recibir otro mensaje, a lo que respondió indicando, de nuevo, que iba a presentar una reclamación.

En sus alegaciones, la sociedad señaló, entre otros, que tenía un interés legítimo en llevar a cabo las comunicaciones comerciales, de conformidad con el artículo 6.1.f) del RGPD, y que había informado a la reclamante, de manera telefónica, sobre las vías para ejercer sus derechos, sin que la reclamante hubiera ejercitado el derecho de supresión a través de los canales comunicados por la empresa. Asimismo, indica que tras la segunda amenaza de presentación de una reclamación por parte de la reclamada, no había enviado nuevos mensajes.

De acuerdo con la AEPD, el objeto del procedimiento no era determinar si el canal a través del cual se realizó la conversación tenía o no mecanismos sencillos para bloquear al remitente, sino que la reclamante, al ejercer sus derechos en materia de protección de datos personales, recibió respuesta afirmativa de la entidad, con la indicación de que *"no volverían a contactar con ella"*. Sin embargo, la reclamante volvió a recibir un nuevo mensaje de contenido publicitario, de modo que la entidad reclamada incurrió en una vulneración del artículo 17.1 RGPD, al no eliminar los datos personales de la reclamante de sus bases de datos en tiempo y forma.

### **La AEPD sanciona con 3,15 millones de euros a una cadena de supermercados por diversas infracciones derivadas de la implantación de un sistema de reconocimiento facial en sus establecimientos**

*Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00120/2021*

El 27 de julio de 2021 la AEPD ha multado a una cadena de distribución y supermercados por la implantación de un sistema de reconocimiento facial en sus establecimientos que implicaba el tratamiento de datos biométricos de todas las personas que accedían al local. La entidad investigada estaba implementando un programa piloto para la identificación de personas que tuvieran una orden de alejamiento vigente a sus establecimientos (p. ej., por delitos contra la entidad o contra sus trabajadores), que consistía en la implantación de un sistema de videovigilancia que, mediante técnicas de reconocimiento facial, comprobaba (con base en fotografías indubitadas extraídas de los procesos judiciales) si cualquier persona que intentaba acceder al establecimiento tenía una prohibición judicial de entrada y que, en su caso, hacía saltar una alerta. Según indica la entidad investigada, la identificación se realizaba en 0,3 segundos y los datos se eliminaban inmediatamente si la identificación era negativa, y si era positiva se conservaban por el tiempo necesario para dar aviso a la Policía. La entidad investigada alega que la finalidad del tratamiento es la protección de la seguridad de los bienes e instalaciones de la entidad, así como de sus trabajadores, en cumplimiento de una resolución judicial, y que la base de legitimación era el interés público de conformidad con el art.6.1.e) RGPD, y, en concreto, que el tratamiento de datos biométricos estaría permitido con base en la excepción del art.9.2.f) RGPD al ser necesario para la formulación, ejercicio y defensa de reclamaciones.

En la resolución, la AEPD entiende que la entidad investigada incurre en las siguientes infracciones y por los siguientes motivos:

- i. **Infracción de los art. 6 y 9 RGPD por tratamiento prohibido de datos biométricos y sin base de legitimación.** La AEPD recuerda que, conforme al art. 9 RGPD, el tratamiento de datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física está prohibido, y su tratamiento exige el previo levantamiento de la prohibición por alguno de los supuestos del art. 9.2 RGPD. En este sentido, la entidad investigada alega que la prohibición quedaba levantada con base en el art. 9.1.f) RGPD; si bien la AEPD entiende que dentro del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de hacer cumplir las resoluciones judiciales podría entenderse que una resolución judicial puede levantar la prohibición al autorizar medidas de control de su cumplimiento (p. ej., la orden de alejamiento), deben entenderse acotadas (en tiempo, territorio y personas —i. e., solo respecto del condenado—) sin que la medida generalizada implantada por la entidad esté amparada por la resolución judicial, pues afectaría indiscriminadamente a una cantidad indeterminada de personas. Asimismo, la AEPD recuerda que el uso de la base de legitimación del interés público del art.6.1.e) RGPD exige que el interés público esté concretado en una norma de rango de ley que, además, evalúa las circunstancias y reglas precisas que justifican la restricción del derecho a la protección de datos, lo cual tampoco se daría en este caso, además de que el interés perseguido por la entidad investigada es un interés privado.

Por esta infracción la AEPD le impuso una multa de dos millones de euros.

- ii. **Infracción de los arts. 12 y 13 RGPD del deber de transparencia.** La AEPD también entiende que la información facilitada a los interesados no sería correcta ni ajustada a la finalidad (i. e., hacer efectiva una medida de seguridad), pues se informaría de que la medida es para la seguridad de los clientes cuando realmente es para la seguridad de la entidad.

Por esta infracción, la AEPD le impuso una multa de cien mil euros a la cadena de supermercados.

- iii. **Infracción del art. 5.1.c) del principio de minimización de datos.** La AEPD es especialmente crítica con que la medida implantada no cumple con el principio de minimización de los datos, por cuanto implica el tratamiento masivo de los datos personales de cualquier persona que acceda a los establecimientos de la entidad investigada, independientemente de si pesa sobre ella una prohibición judicial. En este sentido, la AEPD indica que la medida no supera el juicio de proporcionalidad, al no ser una medida idónea respecto del resto de los ciudadanos, no ser necesaria, al haber otras medidas menos intrusivas que garantizan el mismo fin (p. ej., sistema de videovigilancia ordinario), y no ser proporcionada, al tratar de los datos de todo tipo de interesados indiscriminadamente, incluyendo menores inimputables.

Por esta infracción la AEPD le impuso una multa de quinientos mil euros a la cadena de supermercados.

- iv. **Infracción del art. 25.1 de privacidad desde el diseño.** La AEPD entiende que la implantación de la medida no ha tenido en cuenta el principio de privacidad desde el diseño, dado que los sistemas de reconocimiento facial generan errores de identificación con ries-

go de discriminación y exclusión social, más aún en un contexto de pandemia en que la mayoría de las personas lleva mascarilla.

Por esta infracción la AEPD le impuso una multa de quinientos mil euros a la cadena de supermercados.

v. **Infracción del art. 35 de evaluación de impacto de tratamiento de datos personales.**

Si bien es cierto que la entidad investigada habría realizado una evaluación de impacto del tratamiento de datos personales que incluía un análisis del amparo en una base de legitimación para el tratamiento de datos biométricos o del juicio de proporcionalidad del tratamiento, la AEPD indica que la evaluación estaría mal realizada, ya que no había previsto expresamente los riesgos derivados del tratamiento de forma automatizada, o de la afectación del resto de las personas (clientes y empleados) cuyos datos también serían tratados, incluyendo menores.

Por esta infracción la AEPD le impuso una multa de cincuenta mil euros a la cadena de supermercados.

## **La AEPD sanciona con 60.000 euros a una entidad de adquisición y recuperación de deudas por tratar ilícitamente los datos de un particular y por vulneración del derecho de acceso**

*Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00467/2020*

El 27 de julio la AEPD publicó una sanción impuesta a una entidad de adquisición y recuperación de deudas, por importe de 60.000 euros.

La resolución trae causa de una denuncia presentada por un particular en la que sostenía que la entidad estaba reclamándole una deuda de un contrato que negaba haber celebrado. En el procedimiento se alegó que el reclamante había contratado una tarjeta de crédito con otra entidad en el año 2000 y que en 2006 se habían devuelto una serie de recibos cargados a esa tarjeta. Más tarde, la deuda de la tarjeta se transmitió a otra sociedad, que a su vez traspasó la deuda a la entidad reclamada a través de una operación de cesión global de activo y pasivo. Sin embargo, la AEPD observa una serie de incoherencias entre los certificados aportados por la entidad que originalmente celebró el contrato con el reclamante, con el crédito que esta traspasó y cuyo pago se reclama al denunciante. Se alega una inconsistencia en el apartado de "concepto" en el contrato de traspaso de créditos, así como en la identidad de la sociedad que recibe las transferencias, que no es la originalmente contratante, sino otra de su grupo. En consecuencia, en los certificados que se aportan a la AEPD no queda constatada que la reclamante sea efectivamente la deudora de los impagos producidos en la tarjeta.

Por un lado, la AEPD constata un incumplimiento del principio de licitud del artículo 5 del RGPD, dado que señala que no se han aportado pruebas suficientes que corroboren que la reclamante fue quien realmente firmó el contrato de la tarjeta de crédito, ni por parte de la entidad que, presuntamente, había contratado originalmente con el denunciante, ni con la entidad reclamada.



Por otro lado, la AEPD entiende que existe falta de diligencia por parte de la entidad reclamada en el cumplimiento del derecho de acceso, así como un incumplimiento del principio de exactitud, pues no se han adoptado las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan. La AEPD se basa en que la entidad reclamada solo envió la información de los datos que trataba del reclamante tras haber recibido un requerimiento de la AEPD, cuando el reclamante se la venía solicitando desde hacía más de tres meses, con lo que se incumplía el plazo de un mes previsto en el art. 12.3 del RGPD. La AEPD no acoge los argumentos de la entidad reclamada, que alegaba que el retraso se debía a las llamadas telefónicas que estaba realizando con el reclamante para resolver sus dudas sobre la tarjeta y los pagos efectuados, y entiende que constituye una agravante que la entidad contestó al reclamante incluso un mes después de conocer que se había presentado una denuncia por los hechos ante la AEPD.

Asimismo, la AEPD descarta que haya prescrito la infracción, por las incoherencias observadas entre los conceptos del traspaso de deuda entre la entidad originalmente contratante y la que adquirió la deuda en primer lugar, así como porque la entidad que recibió una serie de pagos del reclamante en 2011 no era en teoría originalmente contratante, sino otra de su grupo. Además, la primera noticia que recibió el reclamante de la deuda fue el 12 de junio de 2019.

### **La AEPD sanciona con 30.000 euros a una entidad financiera por vulnerar el derecho de rectificación de un particular**

*Resolución de la AEPD en procedimiento sancionador N.º PS/00291/2021*

El 27 de julio la AEPD emitió una sanción impuesta a una entidad financiera por vulneración del derecho de rectificación de un particular, regulado en el artículo 16 del RGPD.

El reclamante recibió una llamada de la entidad financiera al haber devuelto uno de los plazos de pago, en la que el reclamante comunicó que había cambiado de domicilio. Sin embargo, dado que la deuda siguió impagada, se comunicó la deuda en el fichero de solvencia patrimonial y de crédito ASNEF. El reclamante solicitó por correo electrónico a ASNEF la rectificación o cancelación de la anotación mientras no rectificaran su dirección, solicitud que en un principio fue denegada. Con posterioridad, la anotación fue cancelada, si bien ya había sido consultada por varias entidades.

En la resolución, la AEPD indica que la entidad financiera había vulnerado el derecho del reclamante a obtener sin dilación indebida la rectificación de sus datos personales, de modo que dicha conducta, subsumible en el tipo sancionador del artículo 83.5.b, del RGPD, deriva en la vulneración del artículo 16 del RGPD, que recoge el derecho de rectificación.

### **La AEPD simplifica el formulario de notificación de brechas de datos personales**

*Sede Electrónica de la Agencia Española de Protección de Datos (sedeagpd.gob.es)*

El 15 de junio de 2021 la AEPD ha simplificado el formulario mediante el cual los responsables del tratamiento que se vean afectados por una brecha de seguridad pueden cumplir con su obli-

gación de notificación al amparo del RGPD. El nuevo formulario guía a los responsables a través de preguntas concretas sobre los puntos que debe contener la notificación y facilita la entrega gradual de información estableciendo dos tipos de notificaciones nueva o modificación de una notificación previa. Además, la AEPD utilizará la dirección electrónica habilitada para comunicar a los responsables información sobre el estado de la notificación y cualquier otro tipo de notificación o requerimiento al respecto.

## [Portugal]

### Carta Portuguesa de Direitos humanos na era digital

*Lei n.º 27/2021, de 17 de maio (DR 95, Série I, de 17 de maio de 2021)*

Foi publicada a Lei n.º 27/2021, de 17 de maio (“Lei 27/2021”), pela qual se aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital.

A Lei 27/2021, além de prever expressamente que as normas que consagram direitos, liberdades e garantias são plenamente aplicáveis no ciberespaço, inclui normas que consagram direitos e deveres que se aplicam quer às relações entre particulares, quer às relações entre os cidadãos e o Estado, das quais destacamos as seguintes:

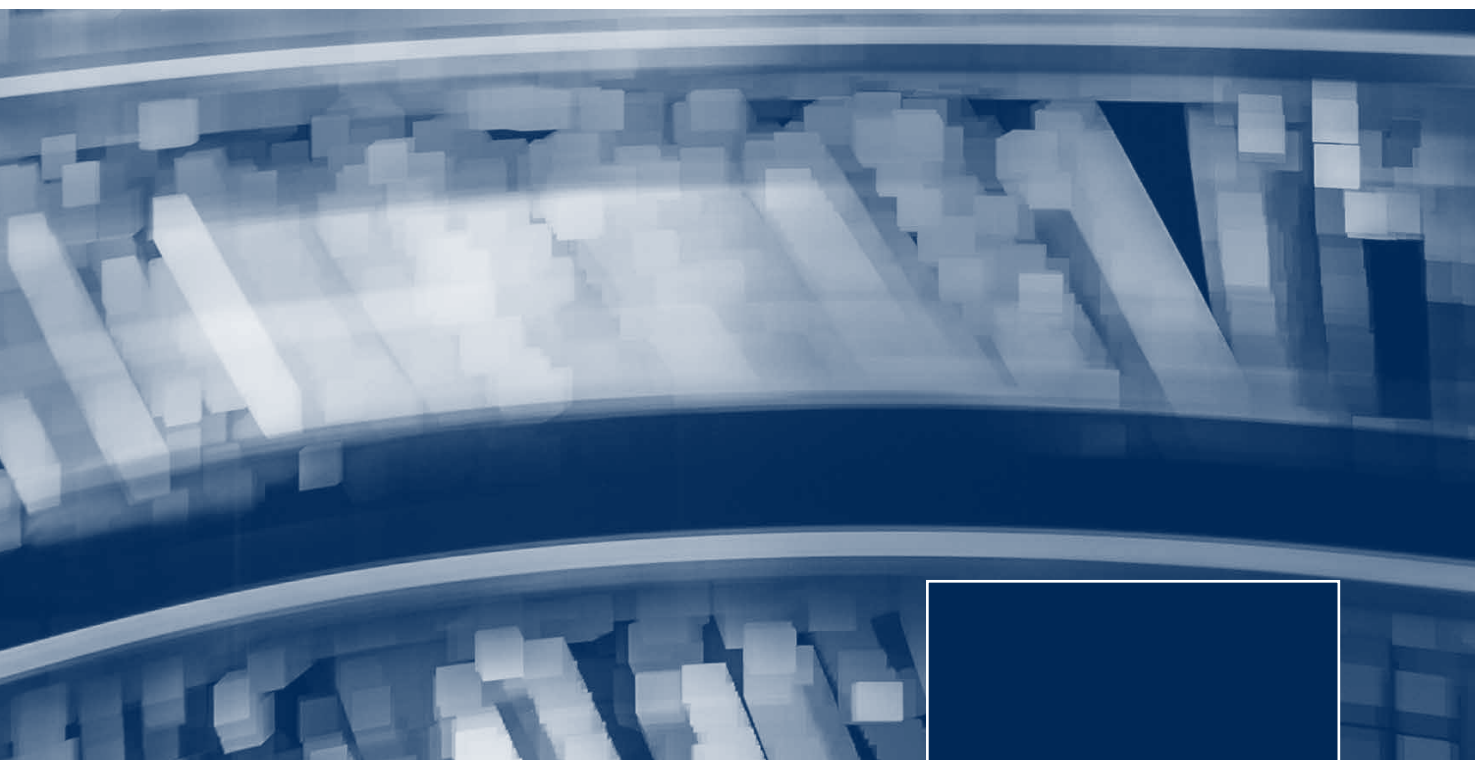
- i. **Direito de acesso ao ambiente digital** — todos, independentemente da ascendência, género, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual, têm o direito de livre acesso à Internet, competindo ao Estado promover um ambiente digital que fomente e defenda os direitos humanos;
- ii. **Liberdade de expressão e criação em ambiente digital** — todos têm o direito de exprimir e divulgar o seu pensamento, bem como de criar, procurar, obter e partilhar ou difundir informações e opiniões em ambiente digital, de forma livre, sem qualquer tipo ou forma de censura, sem prejuízo do disposto na lei relativamente a condutas ilícitas;
- iii. **Direito ao esquecimento** — todos têm o direito de obter do Estado apoio no exercício do direito ao apagamento de dados pessoais que lhes digam respeito, nos termos e nas condições estabelecidas na legislação europeia e nacional aplicáveis;
- iv. **Direitos de reunião, manifestação, associação e participação em ambiente digital** — a todos é assegurado o direito de reunião, manifestação, associação e participação de modo pacífico em ambiente digital e através dele, designadamente para fins políticos, sociais e culturais, bem como de usar meios de comunicação digitais para a organização e divulgação de ações cívicas ou a sua realização no ciberespaço;
- v. **Direito à privacidade em ambiente digital** — todos têm direito a comunicar eletronicamente usando a criptografia e outras formas de proteção da identidade ou que evitem a recolha de dados pessoais, designadamente para exercer liberdades civis e políticas sem censura ou discriminação;

- vi. **Direito à neutralidade da Internet** — todos têm direito a que os conteúdos transmitidos e recebidos em ambiente digital não sejam sujeitos a discriminação, restrição ou interferência em relação ao remetente, ao destinatário, ao tipo ou conteúdo da informação, ao dispositivo ou aplicações utilizados, ou, em geral, a escolhas legítimas das pessoas;
- vii. **Direito à cibersegurança** — todos têm direito à segurança no ciberespaço, incumbindo ao Estado definir políticas públicas que garantam a proteção dos cidadãos e das redes e sistemas de informação, e que criem mecanismos que aumentem a segurança no uso da Internet, em especial por parte de crianças e jovens;
- viii. **Direito ao testamento digital** — todas as pessoas podem manifestar antecipadamente a sua vontade no que concerne à disposição dos seus conteúdos e dados pessoais, designadamente os constantes dos seus perfis e contas pessoais em plataformas digitais, nos termos das condições contratuais de prestação do serviço e da legislação aplicável, inclusive quanto à capacidade testamentária.

A Lei 27/2021 entra em vigor no dia 16 de julho de 2021.



9 de septiembre de 2021



Energía



9 de septiembre de 2021

## 1. Legislación

---

[España]

### **Normativa estatal**

*Resolución de 4 de agosto de 2021, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se revisan los procedimientos de pruebas de rendimiento para la determinación de los parámetros aplicables a los costes variables de las instalaciones de generación con régimen retributivo adicional ubicadas en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares (BOE de 19 de agosto de 2021)*

*Resolución de 21 de julio de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueban los umbrales para los incentivos a la retribución del operador del sistema eléctrico en el periodo regulatorio 2020-2022 y los valores definitivos de los incentivos para el año 2020 (BOE de 28 de julio de 2021)*

*Resolución de 15 de julio de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica el procedimiento de operación del sistema eléctrico 14.8 «Sujeto de liquidación de las instalaciones de producción y de las instalaciones de autoconsumo» (BOE de 21 de julio de 2021)*

El pasado 15 de julio, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") dictó resolución por la que se modifica el procedimiento de operación del sistema eléctrico 14.8 ("PO 14.8") sobre los sujetos de liquidación de las instalaciones de producción y de las instalaciones de autoconsumo.

El PO 14.8 se modifica con el fin de recoger una serie de mejoras para la implantación del autoconsumo. Los cambios más relevantes que se introducen en el procedimiento de operación 14.8 son los siguientes:

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Juan Ignacio González Ruiz, y en su elaboración han participado Ángela Gil Arrondo, João Louro, Maria Estela Lopes y Francisco Fráguas, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

- i. Se modifica el procedimiento para que las instalaciones de autoconsumo con excedentes, no acogidas a compensación y sin obligación de inscripción en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica (RAIPEE), puedan solicitar el cambio de sujeto de liquidación para pasar del representante de referencia a un liquidador responsable del balance (*Balance Responsible Party*, "BRP") libremente elegido por ellos, siempre que estén inscritas en el Registro Administrativo de Autoconsumo de Energía Eléctrica del Ministerio para la Transición Ecológica ("RAAEE"). El PO 14.8 anterior requería la inscripción de la instalación de generación de autoconsumo en el RAIPEE para poder solicitar el cambio de sujeto de liquidación. Por ello, los titulares de instalaciones de autoconsumo con excedentes y no acogidas a compensación, y sin obligación de inscripción en el RAIPEE, no podían cambiar el representante de referencia asignado en el momento del alta de la instalación al representante libremente elegido por ellos.
- ii. Asimismo, se modifica el primer párrafo del apartado 5 del PO 14.8. La modificación tiene por objeto dar mayor claridad al proceso seguido por el operador del sistema. Se establece que las nuevas instalaciones dispondrán de una fecha de alta provisional, que se modificará posteriormente por la fecha de inscripción en el RAIPEE o, en su caso, en el registro de autoconsumo. El alta previa de una nueva instalación se establece a los efectos de realizar los trámites necesarios para permitir la liquidación de la energía vertida por la instalación y designar un sujeto de liquidación para la energía excedentaria.
- iii. También se incluyen aclaraciones sobre el tratamiento de las instalaciones cuando el consumidor se queda sin contrato de suministro. En tales casos, la energía horaria excedentaria que pudiera existir pasará a ser cedida al sistema eléctrico sin ningún tipo de contraprestación económica vinculada a dicha cesión. Sin embargo, esta previsión no se aplica cuando el titular de la instalación no coincide con el consumidor.

*Resolución de 9 de julio de 2021, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establecen las condiciones para la prestación del servicio de creador de mercado obligatorio por parte de los operadores dominantes del mercado de gas natural (BOE de 14 de julio de 2021)*

*Orden TED/741/2021, de 5 de julio, por la que se extiende la exención del gasoducto Magreb-Europa del cumplimiento de determinadas disposiciones en relación al acceso de terceros (BOE de 14 de julio de 2021)*

*Orden TED/740/2021, de 5 de julio, por la que se extiende la exención del gasoducto Medgaz del cumplimiento de determinadas disposiciones en relación al acceso de terceros y de las obligaciones de separación de actividades como empresa transportista (BOE de 14 de julio de 2021)*

*Circular 6/2021, de 30 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen los incentivos del gestor técnico del sistema gasista y la afección a su retribución (BOE de 5 de julio de 2021)*



*Real Decreto 440/2021, de 22 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 263/2019, de 12 de abril, por el que se regula el Programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en PYME y gran empresa del sector industrial (BOE de 23 de junio de 2021)*

El pasado 22 de junio el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 440/2021 ("RD 440/2021"), que tiene por objeto modificar el Real Decreto 263/2019, de 12 de abril, por el que se regula el Programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en PYME y gran empresa del sector industrial ("RD 263/2019").

El RD 263/2019 regula la concesión de ayudas dirigidas a incentivar y promover la realización de actuaciones en PYME y gran empresa del sector industrial que reduzcan las emisiones de dióxido de carbono y el consumo de energía final.

Entre otras medidas, el RD 440/2021 amplía la vigencia del programa de ayudas durante un periodo de dos años más, hasta el 30 de junio de 2023.

*Resolución de 24 de junio de 2021, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural (BOE de 30 de junio de 2021)*

*Real Decreto 477/2021, de 29 de junio, por el que se aprueba la concesión directa a las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla de ayudas para la ejecución de diversos programas de incentivos ligados al autoconsumo y al almacenamiento, con fuentes de energía renovable, así como a la implantación de sistemas térmicos renovables en el sector residencial, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE de 30 de junio de 2021)*

*Resolución de 16 de junio de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen los criterios que deberán seguir las empresas distribuidoras de energía eléctrica para la declaración de la información necesaria para el cálculo de la retribución de la actividad del ejercicio 2022 (BOE de 22 de junio de 2021)*

*Circular informativa 5/2021, de 2 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre el mercado minorista español de gas natural (BOE de 10 de junio de 2021)*

*Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios (BOE de 2 de junio de 2021)*

*Real Decreto 391/2021, de 1 de junio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía para colaborar en la financiación de la tramitación de las ayudas derivadas del bono social térmico correspondiente al ejercicio 2020, con cargo al presupuesto del año 2021 (BOE de 2 de junio de 2021)*

*Resolución de 20 de mayo de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifican los procedimientos de operación 14.4 y 14.6 para su adaptación a las normas comunes de liquidación de intercambios intencionados y no intencionados previstas en los artículos 50(3) y 51(1) del Reglamento (UE) 2017/2195 de la Comisión, de 23 de noviembre de 2017, por el que se establece una directriz sobre el balance eléctrico (BOE de 1 de junio de 2021)*

### **Normativa autonómica**

*Decreto Foral Legislativo 3/2021, de 14 de julio, de Armonización Tributaria, por el que se modifica el Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica (BOE de 11 de agosto de 2021)*

*Ley 3/2021, de 30 de junio, de Garantía de Derechos y Prestaciones Vitales del Principado de Asturias (BOE de 10 de agosto de 2021)*

*Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha (BOE de 12 de julio de 2021)*

*Ley 4/2021, de 25 de junio, de Medidas Urgentes de Agilización y Simplificación de Procedimientos para la Gestión y Ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación (Castilla-La Mancha) (DOCM de 20 de junio de 2021)*

## **[Portugal]**

### **Contratos de Gestão de Eficiência Energética – Regime jurídico**

*Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de junho (DR 114, Série I, de 15 de junho de 2021)*

O Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de junho ("Decreto-Lei 50/2021"), veio estabelecer o regime jurídico dos contratos de gestão de eficiência energética a celebrar entre os serviços e organismos da Administração Pública direta, indireta e autónoma e as empresas de serviços energéticos.

O presente diploma determina que o Estado e as demais entidades públicas devem, nos edifícios de que são proprietários e nos equipamentos afetos à prestação de serviços públicos, implementar medidas de melhoria de eficiência energética e instalar unidades de produção para autoconsumo.

Para este efeito, o Decreto-Lei 50/2021 vem estabelecer um conjunto de regras aplicáveis, por um lado, à formação destes contratos e, por outro, à sua execução.

A um tempo, relativamente à formação dos contratos de gestão de eficiência energética, destacam-se as seguintes especificidades introduzidas pelo Decreto-Lei 50/2021:

A entidade adjudicante deve realizar uma consulta preliminar ao mercado, nos termos do artigo 35.º-A do CCP, antes de adotar a decisão de contratar, de modo a identificar os potenciais de poupança e de eficiência nos edifícios a concurso;

Instituição de um sistema de qualificação de empresas de serviços energéticos;

A entidade adjudicante deve obrigatoriamente adotar, na celebração destes contratos, os procedimentos de concurso limitado por prévia qualificação ou de negociação, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 245.º do CCP;

As empresas de serviço energético selecionadas a participar no procedimento pré-contratual devem proceder a uma auditoria energética dos edifícios ou equipamentos afetos à prestação de serviços públicos objeto de intervenção, a suas expensas;

Definição de regras que devem ser incluídas no caderno de encargos, como, por exemplo, a determinação do consumo de referência e a inclusão das medidas de melhoria da eficiência energética e de produção de eletricidade por fontes renováveis não admissíveis;

Fixação de que o preço contratual corresponde à diferença entre o valor, ou parte dele, de acréscimo de economias de energia alcançado pela empresa de serviços energéticos e o valor das economias de energia anuais garantidas contratualmente para a entidade adjudicante;

Determinação do critério de adjudicação, correspondendo ao da proposta economicamente mais vantajosa, sendo aferido em função da maior economia de energia para a entidade adjudicante e densificado, no mínimo, pelos fatores relativos às economias de energia anuais para a entidade adjudicante e ao prazo contratual.

Adicionalmente, o Decreto-Lei 50/2021 estabelece que ao procedimento de formação dos contratos de gestão de eficiência energética é aplicável subsidiariamente o CCP, em tudo quanto não esteja expressamente regulado pelo diploma.

A outro tempo, relativamente à execução dos contratos de gestão de eficiência energética, o Decreto-Lei 50/2021 estabelece o seguinte:

- i. Determinação do conteúdo essencial dos contratos de gestão de eficiência energética, devendo estes incluir, sob pena de nulidade, cláusulas sobre o prazo de vigência do contrato, sobre os critérios de avaliação do desempenho energético dos edifícios ou equipamentos afetos à prestação de serviços públicos objeto de intervenção, as consequências do seu não cumprimento ou cumprimento defeituoso e os termos da reversão de todos os equipamentos a favor do contraente público;
- ii. Fixação de regras quanto à partilha de riscos, estabelecendo-se que os contratos de gestão de eficiência energética devem implicar uma significativa e efetiva transferência de risco para a empresa de serviços energéticos;

- iii. O prazo de vigência contratual deve ser fixado em função do período necessário para amortização e remuneração do capital investido pela empresa de serviços energéticos, em condições normais de rentabilidade da exploração, não podendo ser a inferior a 15 anos;
- iv. Definição dos direitos das empresas de serviços energéticos, tais como o direito a explorar, em exclusividade, a eficiência energética no âmbito do contrato, o direito a receber o preço contratual, o direito a utilizar os bens de domínio público necessários à execução do contrato e, o direito a proceder ao seu armazenamento ou a vender a terceiros, caso existam excedentes de produção de eletricidade;
- v. Determinação do regime dos bens afetos ao contrato, onde se incluem bens cuja propriedade pode pertencer ao contraente público, à empresa de serviços energéticos ou a terceiros.

Ademais, o Decreto-lei 50/2021 estabelece que as peças-tipo para os procedimentos de formação dos contratos de eficiência energética serão publicados por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, da modernização do Estado e da Administração Pública e da energia, no prazo de 90 dias contados da data de entrada em vigor do Decreto-Lei 50/2021.

O Decreto-Lei 50/2021 foi publicado no dia 15 de junho e entra em vigor no dia 13 de setembro, i.e., 90 dias após a sua publicação.

## 2. Jurisprudencia

---

### Sentencias del Tribunal Supremo

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.<sup>a</sup>), de 14 de junio de 2021*

El Tribunal conoce del recurso contencioso-administrativo formulado por la mercantil Granada Vapor y Electricidad, S.L., contra la Orden TED/171/2020, de 24 de febrero, por la que se actualizan los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos a efectos de su aplicación al periodo regulatorio que tiene su inicio el 1 de enero de 2020.

El Tribunal desestima el recurso y considera que la orden recurrida no vulnera el principio de transparencia, pues de ella se pueden inferir y extraer datos que permiten conocer cuáles son las razones fácticas y jurídicas que determinaron que se aplicara de forma excepcional una metodología distinta de la establecida en la normativa sobre el régimen retributivo de la actividad de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Además, la Sala entiende que de la normativa aplicable no se infiere que para el cálculo de la retribución específica deban considerarse los precios futuros de mercado.

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 8 de junio de 2021*

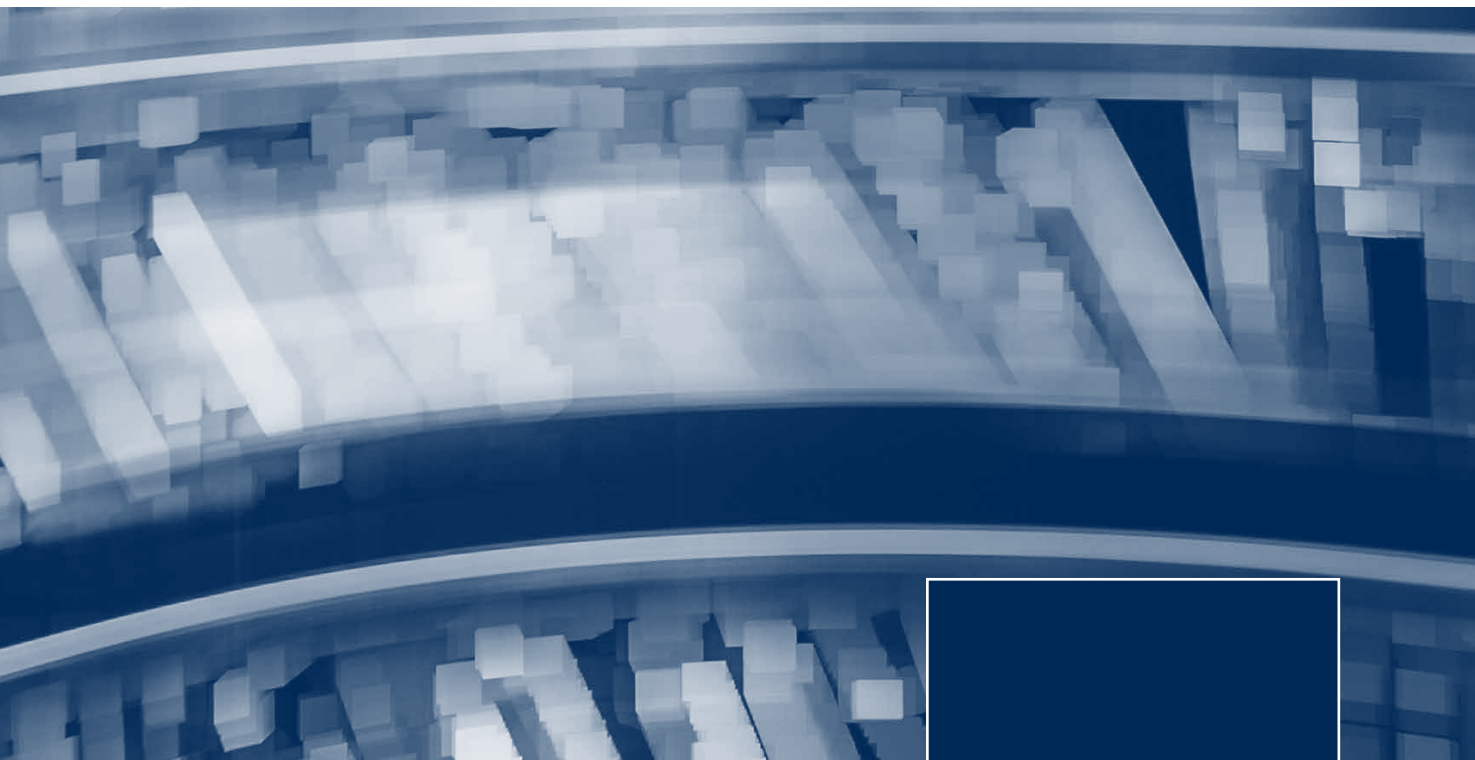
La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias en las que declara que el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica (IVPEE) no es contrario a la Constitución ni al derecho de la Unión Europea.

La Sala afirma que los artículos 1, 4.1, 6.1 y 8 de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética que regulan el impuesto, no contradicen el principio de capacidad económica que proclama el artículo 31.1 de la Constitución española.

Además, recuerda que el Tribunal Constitucional resolvió que las dudas de constitucionalidad planteadas en relación con el citado impuesto resultaban infundadas, motivo por el que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta Sala.



9 de septiembre de 2021



Inmobiliario y  
Urbanismo





9 de septiembre de 2021

## 1. Legislación

---

[España]

### **Vulnerabilidad económica y social**

*Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptan medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE de 4 de agosto de 2021)*

Adopta medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

### **Rehabilitación energética para edificios existentes en municipios de reto demográfico**

*Real Decreto 691/2021, de 3 de agosto, por el que se regulan las subvenciones a otorgar a actuaciones de rehabilitación energética en edificios existentes, en ejecución del Programa de rehabilitación energética para edificios existentes en municipios de reto demográfico (Programa PREE 5000) (BOE de 4 de agosto de 2021)*

Tiene por objeto regular las subvenciones a otorgar a actuaciones de rehabilitación energética en edificios existentes, en ejecución del Programa de rehabilitación energética para edificios existentes en municipios de reto demográfico (Programa PREE 5000), incluido en el Programa de regeneración y reto demográfico del Plan de rehabilitación y regeneración urbana del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, así como su concesión directa a las comunidades autónomas.

---

\* 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 Villasante, Alicia Martín, M.ª Amparo Guerrero, Héctor Nogués, Iván Abad, Ignacio Nägele, Rafael Castillo, Miguel Herráiz y Daniel Segovia, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia).

## **Prevención y lucha contra el fraude fiscal**

*Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego (BOE de 10 de julio de 2021)*

Adopta medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal. La Ley 11/2021 incorpora al derecho español la Directiva (UE) 2016/1164, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

## **Compensación ante paralización de desahucio y lanzamiento de inquilinos en vivienda en alquiler**

*Real Decreto 401/2021, de 8 de junio, por el que se aprueban las medidas necesarias para que las comunidades autónomas puedan utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, a fin de hacer frente a las compensaciones que procedan, y por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la compensación a los propietarios y arrendadores (BOE de 9 de julio de 2021)*

El Real Decreto 401/2021 aprueba las medidas necesarias para que las comunidades autónomas puedan utilizar los recursos del Plan estatal de vivienda 2018-2021, a fin de hacer frente a las compensaciones que procedan, y por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la compensación a los propietarios y arrendadores a que se refieren los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

## **Andalucía. COVID-19. Renovación de establecimientos de alojamiento turístico**

*Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, por el que se disponen medidas de incentivos para la renovación y modernización de los establecimientos de alojamiento turístico (BOJA de 12 de julio de 2021)*

Persigue la dinamización económica del sector turístico, posibilitando la modernización de los establecimientos, el aumento de categoría y la adaptación de sus instalaciones a las exigencias derivadas de la crisis sanitaria del COVID-19.

## **Aragón. Inmuebles vacantes**

*Ley 6/2021, de 29 de junio, por la que se modifican el Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, y el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de*

*17 de diciembre, del Gobierno de Aragón, en lo que afecta a la regulación de los inmuebles vacantes y los saldos y depósitos abandonados (BOA de 5 de julio de 2021)*

Añade al libro IV de las Leyes Civiles Aragonesas un título III bis que regula la adquisición de bienes por la Comunidad Autónoma, los inmuebles vacantes y los saldos y depósitos abandonados.

### **Baleares. Alojamiento turístico y edificaciones con usos no residenciales. Cambio de uso**

*Decreto 34/2021, de 21 de junio, por el cual se crea la Comisión para la Reversión y el Cambio de Uso de Establecimientos de Alojamiento Turístico y Edificaciones con Usos no Residenciales (BOIB de 22 de junio de 2021)*

Crea la comisión prevista en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 2/2020, de 15 de octubre. Su finalidad es la emisión de los informes previstos en dicha disposición, que, en caso de otorgarse con carácter favorable y por unanimidad, posibilitarán la viabilidad del proyecto de cambio de uso (siempre que se cumplan los restantes requisitos normativos).

### **Canarias. Consejería de Planificación Territorial**

*Decreto 54/2021, de 27 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial (BOC de 8 de junio de 2021)*

Regula el ámbito competencial, funciones, estructura y órganos de la Consejería encargada de la propuesta y ejecución de las directrices y la política del Gobierno de Canarias en las materias de medio ambiente, energía, planificación territorial y aguas terrestres tanto superficiales como subterráneas, así como de la gestión de los respectivos servicios y competencias sobre dichas materias.

Modifica, entre otros, el Reglamento de Planeamiento de Canarias en materia de iniciativa pública en la elaboración y aprobación de determinados instrumentos de planeamiento. Deroga, entre otros, el Decreto 137/2016.

### **Cataluña. Derecho a la vivienda**

*Acuerdo GOV/68/2021, de 1 de junio, por el que se crea el Grupo de Trabajo para la garantía del derecho a la vivienda (DOGC de 1 de junio de 2021)*

Se constituye este órgano colegiado con el objetivo de proponer al Gobierno medidas y actuaciones que garanticen el derecho a la vivienda de los ciudadanos en riesgo de exclusión residencial social.

### **Galicia. Plan de acción del paisaje de A Ribeira Sacra**

*Orden de 15 de julio de 2021 por la que se aprueba el Plan de acción del paisaje de A Ribeira Sacra (DOG de 3 de septiembre de 2021)*

Este plan aborda la protección, gestión y ordenación del paisaje en el territorio, e incluye una propuesta de medidas para el mantenimiento, mejora, recuperación o regeneración de los paisajes presentes en su ámbito.

### **Madrid. COVID-19. Flexibilización en establecimientos comerciales**

*Orden 825/2021, de 25 de junio, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica la Orden 572/2021, de 7 de mayo, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (BOCM de 26 de junio de 2021)*

Introduce, entre otras medidas, la eliminación del uso obligatorio de mascarillas en la vía pública y en espacios al aire libre, con excepciones, y el incremento del porcentaje de aforo permitido en establecimientos comerciales y profesionales.

### **Melilla. Precio máximo de venta de vivienda protegida**

*Orden n.º 1599 de fecha 15 de julio de 2021, sobre modificación de precios de venta máximos y de las viviendas protegidas acogidas al Real Decreto 3148/1978 y a los planes estatales de vivienda vigentes (BOME de 23 de julio de 2021)*

Con el objeto de facilitar el desplazamiento de los promotores al subsector de la vivienda protegida, esta Orden acuerda un incremento de los precios máximos de venta del producto final. Se propone un aumento de un 10 % en el Módulo de Vivienda Protegida de Régimen Especial y del 6 % en el Módulo de Vivienda Protegida de Régimen General.

### **Murcia. Recuperación y protección del Mar Menor**

*Decreto-ley 4/2021, de 27 de agosto, de modificación de la Ley 3/2020, de 27 de julio, de Recuperación y Protección del Mar Menor (BORM de 30 de agosto de 2021)*

Modifica la Ley 3/2020, de 27 de julio, de Recuperación y Protección del Mar Menor, con la finalidad de imponer actuaciones extraordinarias y urgentes para revertir cuanto antes el proceso de degradación ambiental, actuando sobre las presiones que se han identificado como sus causantes.

Corrección de errores publicada en el BORM de 2 de septiembre de 2021.

## **País Vasco. Vivienda deshabitada**

*Decreto 149/2021, de 8 de junio, de vivienda deshabitada y de medidas para el cumplimiento de la función social de la vivienda (BOPV de 18 de junio de 2021)*

Regula, entre otros, (i) las viviendas susceptibles de ser consideradas deshabitadas, su procedimiento de declaración e inscripción en el correspondiente registro; (ii) la creación y funcionamiento de tal registro; (iii) las medidas de fomento para impulsar la movilización de viviendas deshabitadas y promover su ocupación; y (v) los supuestos y procedimientos de alquiler forzoso y expropiación.

## **Valencia. Aplazamiento PATSECOVA**

*Decreto-ley 14/2021, de 6 de agosto, del Consell, de aplazamiento de la entrada en vigor de determinados artículos de la normativa del Plan de acción territorial sectorial del comercio de la Comunitat Valenciana (PATSECOVA) (DOGV de 10 de agosto de 2021)*

La pérdida de funcionalidad de los centros urbanos y la deslocalización de operadores clave hacia periferias, entre otros, han propiciado que a través de esta norma se acuerde el aplazamiento de la entrada en vigor de determinados preceptos del PATSECOVA hasta que finalice el procedimiento de modificación de dichos artículos (y, como máximo, dos años a contar desde el día siguiente de la publicación en el DOGV).

Fue convalidado por la resolución 19/X, de 3 de septiembre (DOGV de 8 de septiembre de 2021).

## **Valencia. Ordenación del territorio, urbanismo y paisaje**

*Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje (DOGV de 16 de julio de 2021)*

Se integran en un texto único todas las modificaciones de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje que se habían producido a través de varias normas que modificaron la redacción de algunos preceptos o introdujeron nuevas disposiciones.

Además de la derogación de la propia Ley 5/2014 y la Ley 1/2019, deroga artículos de distintas leyes y añade un nuevo apartado 4 al artículo 42 de la Ley 8/2004 de la Vivienda de la Comunitat Valenciana en materia de regeneración y rehabilitación.

## 2. Jurisprudencia

---

[España]

### **Moderación de cláusula penal por la resolución unilateral de contrato de arrendamiento**

*Sentencia del Tribunal Supremo n.º 485/2021, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2021*

La sentencia analiza la procedencia de la moderación de la cuantía de la penalidad aplicable en caso de desistimiento unilateral de un contrato de arrendamiento.

En este supuesto concreto, las partes firmaron un contrato de arrendamiento de un inmueble con fecha 18 de marzo de 2005, por un plazo de duración de doce años, en el que se pactó una cláusula penal por la cual, en caso de que cualquiera de las partes diera por extinguido el contrato antes de su vencimiento, la parte que desistiera unilateralmente del contrato debería abonar a la otra el importe correspondiente a todas las rentas del período contractual que restare por cumplir hasta el vencimiento del contrato.

Con anterioridad al transcurso del plazo pactado, la parte arrendataria manifestó su voluntad de desistir del contrato, tras lo cual la parte arrendadora manifestó que no aceptaba el desistimiento y que procedía el abono íntegro de la penalidad pactada.

La Audiencia Provincial de Barcelona procedió a la moderación del 50 % de la penalidad por aplicación del artículo 1255 del Código Civil argumentando que dicho precepto permite reducir el exceso de la cuantía de la pena sobre el daño previsible cuando no encuentre justificación aceptable con el objetivo de disuadir, de forma proporcionada, el incumplimiento de la condición contemplada.

El Tribunal Supremo revoca el pronunciamiento de la Audiencia Provincial y, por ende, rechaza la moderación de pena. En este sentido, con base en el principio *pacta sunt servanda*, no procede la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento total, parcial o incluso deficiente de la obligación en cuestión.

No obstante, el Alto Tribunal afirma que es compatible con el principio *pacta sunt servanda* que la pena pueda moderarse judicialmente cuando la diferencia entre la cuantía de los daños y la pena sea tan extraordinariamente elevada que implique, por un cambio de circunstancias imprevisible a la hora de contratar, que el daño producido se ha separado de forma radical de lo previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía de los potenciales daños derivados del incumplimiento.

Ahora bien, atendiendo a las circunstancias concretas, el Tribunal Supremo considera que no se ha acreditado que la cláusula penal pactada sea extraordinariamente superior al daño efectivamente sufrido por la parte arrendadora, por lo que procede el abono íntegro de la penalidad.

## **Regulación legal de los complejos inmobiliarios privados**

*Sentencia del Tribunal Supremo n.º 489/2021, Sala de lo Civil, de 6 de julio de 2021*

El recurso de casación trae causa de una demanda interpuesta por una macrocomunidad de propietarios que ejercitaba una acción de condena pecuniaria contra un propietario en relación con cuotas impagadas al amparo del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal.

El objeto del debate del recurso se centra en la existencia o no de elementos o servicios comunes prestados por la citada macrocomunidad a los propietarios de las fincas que justifique la obligatoriedad de contribuir a sufragar los gastos comunes que generen.

El Tribunal Supremo aplica el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, que prevé que el régimen especial de propiedad previsto en el artículo 396 del Código Civil será aplicable a los complejos inmobiliarios privados que reúnan las siguientes características: que estén integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales, y que los titulares de las fincas participen en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.

En este sentido, para la validez de las supracomunidades, comunidades planas o urbanizaciones, no es imprescindible que se hayan edificado los terrenos, sino que es suficiente con la acreditación de la coexistencia de diferentes unidades inmobiliarias con distintos propietarios, y la participación, con arreglo a una cuota, sobre elementos comunes o, al menos, sobre elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.

Por lo tanto, el elemento clave para determinar la aplicación analógica del régimen propio de las propiedades horizontales a los complejos inmobiliarios es la concurrencia de una situación de titularidad compartida sobre determinados elementos inmobiliarios.

En el supuesto concreto, no concurre este requisito por no haberse acreditado la existencia de ningún elemento inmobiliario o servicio común, por lo que no cabe aplicar el régimen de contribución obligatoria a los gastos generales del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal.

## **Legalidad de la exclusión en determinados planes urbanísticos del documento de evaluación ambiental estratégica**

*Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2021, de 3 de junio*

El Tribunal Constitucional afirma la sumisión a la evaluación ambiental estratégica de los planes que constituyan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental o, en su caso, que puedan tener impactos significativos en el medio ambiente.

Concreta que, en relación con los estudios de detalle en la legislación andaluza, el legislador autonómico puede excluirlos en todo caso del trámite ambiental.

## **Nulidad en cascada del planeamiento**

*Sentencia del Tribunal Supremo n.º 584/2021 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 29 de abril*

El Tribunal Supremo afirma, en relación con el efecto de nulidad en cascada del planeamiento urbanístico, que la declaración jurisdiccional de nulidad de un plan general se despliega sobre sus instrumentos de desarrollo, dado sus efectos *ex tunc*, y es aplicable a aquellos que no hayan sido directa o indirectamente impugnados. Dichos efectos deben considerarse originarios y no sobrevenidos, es decir, la nulidad de dicho planeamiento de desarrollo se produce, al igual que la del planeamiento general, desde el mismo momento en que dicho planeamiento de desarrollo fue aprobado y no desde el momento en que se declara jurisdiccionalmente nulo el planeamiento general que le otorgaba cobertura jurídica.

## **Nulidad de acto de aplicación de planeamiento urbanístico en recurso indirecto**

*Sentencia del Tribunal Supremo n.º 829/2021 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 10 de junio*

El Tribunal Supremo concluye que el órgano jurisdiccional competente para conocer de la nulidad de una disposición de carácter general (por ejemplo, un instrumento de planeamiento urbanístico) no puede anular esa disposición con ocasión del dictado de una sentencia desestimatoria de un recurso que se fundamentaba en la legalidad de dicha norma, por encontrarse circunscrita tal posibilidad anulatoria a una sentencia estimatoria de un recurso —directo o indirecto— planteado frente a la disposición general en cuestión.

## **Nulidad de pleno derecho del plan general por falta de integridad del plan al aprobarse mediante actos sucesivos que afectan a aspectos sustanciales y estructurales**

*Sentencia del Tribunal Supremo n.º 749/2021 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 27 de mayo*

El Tribunal Supremo concluye que la falta de integridad de un instrumento de planeamiento por su aprobación mediante actos sucesivos, cuando el resultado final difiere radicalmente del propuesto inicialmente por el Ayuntamiento y afecta, además, a aspectos sustanciales y estructurales del instrumento, debe dar lugar a la nulidad de pleno derecho del plan general, en la medida en que ni se mantiene el modelo de ciudad establecido por el Ayuntamiento en el ejercicio de su autonomía municipal ni los ciudadanos pudieron pronunciarse sobre el distinto modelo de ciudad resultante de esa aprobación sucesiva y fragmentaria.

## **Nulidad de la modificación puntual de actuación de regeneración urbana**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 213/2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de abril*



El Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara la nulidad de la modificación puntual del vigente Plan General de Ordenación Urbana de Madrid correspondiente al ámbito del nuevo Área de Planeamiento Remitido APR 07.02-M "Metro Cuatro Caminos". Justifica la nulidad en que el proyecto de la citada modificación puntual carece de un correcto estudio de impacto ambiental al no contemplar la alternativa 0 ni analizar otras posibles alternativas de actuación, y tampoco ha acreditado la viabilidad y sostenibilidad económica.

### **Límites de clasificación de suelos no urbanizables por riesgos naturales**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza n.º 18/2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de enero*

El Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza examina la valoración acerca de la clasificación de los suelos que pueden estar sometidos a algún tipo de riesgo natural como suelo no urbanizable. La Sala establece dos criterios de justificación: por una parte, el tiempo en el que pueden producirse estos desastres naturales y, por otra parte, el factor de minimización de los riesgos de los suelos por considerar que las zonas adyacentes se encuentran en una situación similar de riesgo.

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

---

### **Cancelación de condición resolutoria inscrita e (in)suficiencia de facultades del administrador concursal**

*Resolución de 7 de junio de 2021 (BOE de 29 de junio de 2021)*

La DGSJyFP confirma la suspensión de la inscripción de una escritura de cancelación de condición resolutoria explícita otorgada por el administrador concursal al entender que su cancelación constituye un acto de disposición, por cuanto excluye del patrimonio del beneficiario una garantía real y, una vez declarado el concurso (y hasta la aprobación del convenio o el plan de liquidación), la disposición de los bienes y derechos de la masa no puede realizarse sin la preceptiva autorización judicial. No habiéndose hecho constar en modo alguno la fase en la que se encuentra el concurso, no es posible determinar si el administrador concursal ostenta facultades suficientes para actuar sin autorización, y ello a pesar del juicio notarial de suficiencia.

En efecto, sobre la base de la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho del artículo 18 de la LH y del artículo 98 de la Ley 24/2001, el centro directivo afirma que, siendo diferentes los grados de intervención que resultan de cada concurso en concreto y de la fase en la que se encuentre, no es bastante la declaración del notario si no ha podido examinarse la existencia, validez y vigencia de la representación alegada, si no se ha tenido a la vista el auto del que deriva la situación concursal ni se ha efectuado averiguación alguna sobre dicha situación.

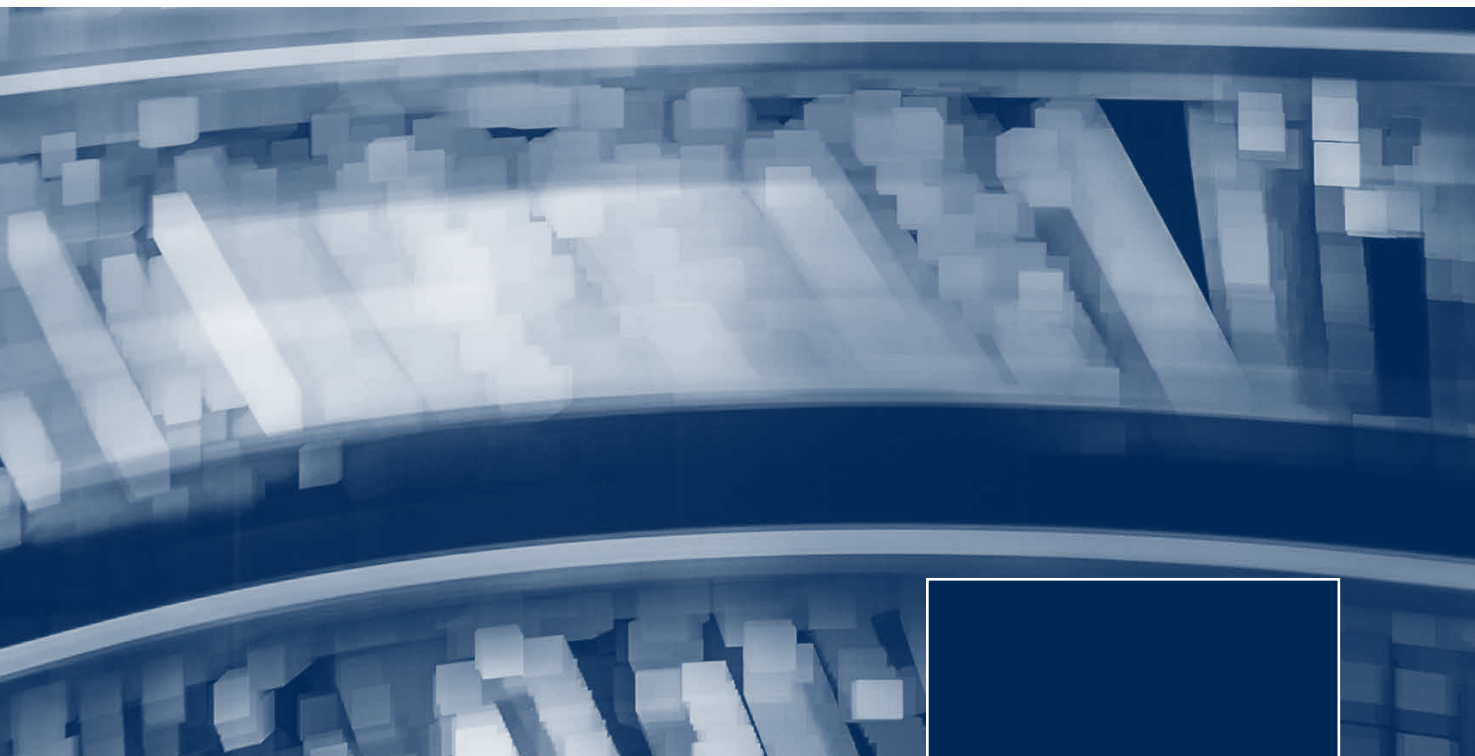
## Cancelación de hipoteca flotante de máximo por caducidad

*Resolución de 9 de junio de 2021 (BOE de 29 de junio de 2021)*

El registrador deniega la cancelación de una hipoteca de máximo constituida para garantizar la restitución del saldo deudor que represente el día del cierre cierta cuenta de domiciliación de pago, en el marco de un contrato de *factoring*, señalando que dicha hipoteca no cumple con los requisitos necesarios para ser considerada como una hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito regulada en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. El registrador argumenta que se trata de una hipoteca flotante, regulada en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, dado que en su inscripción no consta el plazo de liquidación de la cuenta y, por tanto, no resulta con claridad que, transcurrido el plazo pactado, la hipoteca caduque o se extinga, y no se refiera dicho plazo al periodo temporal durante el cual las obligaciones contraídas quedan garantizadas por la hipoteca.

La DGSJyFP coincide con el registrador y afirma que, del análisis de la hipoteca inscrita, se deduce que se trata de una hipoteca flotante cuya regulación se contiene en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, precepto que indica que en la inscripción de la hipoteca ha de constar, entre otros extremos, el plazo de su duración, si bien su último párrafo establece que, al vencimiento pactado por las partes, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con los artículos 129 y 153 de la Ley Hipotecaria. La DGSJyFP interpreta dicho artículo en el sentido de que el plazo de duración de la hipoteca flotante delimita la duración temporal de la cobertura, es decir, el derecho del acreedor a integrar en su ámbito las obligaciones garantizadas incumplidas, pero el vencimiento de ese plazo no supone la cancelación automática de la inscripción de la hipoteca, dado el carácter excepcional de los artículos 82.2 de la Ley Hipotecaria y 174.1 y 353.3 del Reglamento Hipotecario. Todo ello sin perjuicio de que las partes pudieran haber configurado el plazo de duración de la hipoteca como un plazo de caducidad automática, circunstancia que, sin embargo, no concurría en la hipoteca analizada, por lo que no cabe su cancelación ni por caducidad convencional automática del párrafo segundo del artículo 82 ni por prescripción legal del párrafo quinto del mismo artículo, por no haber transcurrido el plazo de veintiún años en él previsto.

9 de septiembre de 2021



Laboral y  
Seguridad Social



# Laboral y Seguridad Social\*

9 de septiembre de 2021

## 1. Legislación

---

[España]

### **Carta Social Europea**

*Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE de 11 de junio de 2021)*

El 1 de julio entrará en vigor la Carta Social Europea (revisada) (“Carta”), que amplía los derechos que deben garantizarse en el entorno laboral. Tal y como ha reiterado el Consejo de Europa a través de sus distintas instancias, se trata de una disposición que debe ser considerada como un instrumento idóneo de coordinación de las políticas sociales europeas, así como la base mínima de los derechos sociales que todos los Estados miembros de esta organización deberían garantizar a sus ciudadanos, en particular, a los más vulnerables. Es —se ha dicho— la Constitución Social de Europa.

En su texto se reafirma, entre otros, el derecho a no ser despedido sin justificación, a una indemnización adecuada y a que se garantice el derecho a poder recurrir ante tribunales imparciales. Se trata de una regulación que, con arreglo a algunas interpretaciones realizadas por jueces y tribunales, así como por importantes sectores doctrinales, podría poner en cuestión el modelo de indemnizaciones por despido hasta ahora existente. Asimismo, el texto de la Carta continúa apostando por la protección de los trabajadores ante insolvencias empresariales, por el derecho a la información y consulta de los representantes de los trabajadores, por la garantía del ejercicio de los derechos colectivos y por el derecho de los trabajadores a ser informados sobre su contrato o relación de trabajo.

Con la ratificación de la Carta se ponen en marcha diversos mecanismos para controlar su aplicación. Así, la Carta incluye la realización de informes al Consejo de Europa por parte de los Estados que la ratifiquen, donde deberá especificarse la implementación de las medidas que se realicen.

---

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

Igualmente, corresponde al Comité Europeo de Derechos Sociales ("CEDS") la comprobación del cumplimiento de los Estados con sus compromisos. Otro aspecto muy relevante es la apertura de la vía de las reclamaciones colectivas, un mecanismo que permite a los sindicatos y organizaciones empresariales denunciar los posibles incumplimientos de la Carta ante el CEDS.

### **Protección de los trabajadores. Agentes cancerígenos**

*Real Decreto-ley 427/2021, de 15 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (BOE de 16 de junio de 2021)*

La Directiva (UE) 2019/130 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de enero de 2019, ha hecho necesaria la aprobación del Real Decreto 427/2021, de 15 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.

El Real Decreto 427/2021 añade a la lista de sustancias, mezclas y procedimientos contenida en el anexo I del Real Decreto 665/1997 los trabajos que supongan exposición cutánea a aceites minerales previamente utilizados en motores de combustión interna para lubricar y refrigerar los elementos móviles del motor, así como los trabajos que supongan exposición a emisiones de motores diésel. Además, en el anexo III se amplía el listado de agentes, algunos con su correspondiente valor límite. Por ejemplo, el valor límite de polvo respirable de sílice cristalina se establece en  $0,05 \text{ mg/m}^3$  ( $0,1 \text{ mg/m}^3$  hasta el 31 de diciembre de 2021 como medida transitoria).

### **Trabajadores autónomos**

*Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos (BOE de 28 de mayo de 2021)*

El Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos, que incorpora el V Acuerdo Social en Defensa del Empleo, establece como medidas principales la prórroga de los ERTE y del régimen de exoneraciones hasta el 30 de septiembre de 2021.

En concreto, se prorrogan automáticamente los ERTE por fuerza mayor los ERTE de fuerza mayor por impedimento y los ERTE de fuerza mayor por limitación. Durante la prórroga, los ERTE de fuerza mayor por impedimento aplicarán las exoneraciones del 100 % y 90 % para empresas de menos de cincuenta trabajadores y de cincuenta o más trabajadores respectivamente. En cambio, en los ERTE de fuerza mayor por limitación, las exoneraciones se sitúan en 85 % (en junio y julio) y 75 % (en agosto y septiembre) en empresas de menos de cincuenta trabajadores y del 75 % (en junio y julio) y 65 % (en agosto y septiembre) en empresas de cincuenta o más trabajadores.

En cuanto al régimen de exoneraciones, entre el 1 de junio de 2021 y el 30 de septiembre de 2021, aplicarán unas determinadas exoneraciones las siguientes empresas: (i) empresas con ERTE de

fuerza mayor prorrogado cuyas actividades se clasifiquen dentro del nuevo listado del CNAE\*\*; (ii) empresas que, durante el mencionado periodo, transiten de un ERTE de fuerza mayor a un ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (“ETOP”); (iii) empresas con ERTE ETOP beneficiadas y cuya actividad se clasifique dentro del listado del CNAE; (iv) empresas cuyo negocio dependa o forme parte de la cadena de valor de las empresas anteriores y se prorrogue automáticamente el ERTE de fuerza mayor, y (v) empresas calificadas como dependientes o integrantes de la cadena de valor que transiten durante el 1 de junio 2021 al 30 de septiembre de 2021 de un ERTE fuerza mayor o uno por causas ETOP.

En este sentido, aplicarán el 95 % o el 85 % las empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores y cincuenta o más trabajadores, respectivamente, respecto de las personas que reanuden su actividad a partir del 1 de junio (o ya la hubiesen reanudado), y aplicarán el 85 % (70 % en septiembre) y 75 % (60 % el mes de septiembre) las empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores y cincuenta o más trabajadores, respectivamente, respecto de los trabajadores que permanezcan en ERTE.

Además, se mantiene la misma regulación hasta la fecha sobre los ERTE ETOP, se establece la posibilidad de presentar nuevos ERTE de fuerza mayor por limitación o impedimentos de la actividad hasta el 30 de septiembre de 2021 aplicando los mismos porcentajes en la exoneración de cuotas a la Seguridad Social y se prorrogan los contenidos complementarios (reparto de dividendos y transparencia fiscal, límites y excepciones a las horas extra, nuevas contrataciones y externalizaciones y las limitaciones en relación con las extinciones). Igualmente, si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido, el inicio del nuevo periodo previsto se producirá cuando aquel termine.

Finalmente, se establecen previsiones con respecto a los contratos fijos-discontinuos y trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas. En este sentido, las empresas que deban realizar llamamientos deberán tener en cuenta que el período teórico de llamamiento es el correspondiente al trabajo efectivo desarrollado entre el 1 de junio y el 30 de septiembre 2019 (si la contratación es posterior a ese periodo, se tomará como referencia el mismo periodo correspondiente al ejercicio de 2020). En el caso de que no se pueda realizar el llamamiento, los trabajadores deberán ser afectados a los ERTE vigentes a 1 de junio 2021 o autorizados con posterioridad. Dicha situación se mantendrá hasta que tenga lugar su reincorporación efectiva o hasta la fecha de interrupción de su actividad, dentro del periodo del 1 de junio al 30 de septiembre de 2021.

## **Plataformas digitales. Derechos laborales de las personas dedicadas al reparto**

*Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE de 12 de mayo de 2021)*

\*\* Se incorporan tres nuevos sectores (1419: Confección de otras prendas de vestir y accesorios; 4637: Comercio al por mayor de café, té, cacao y especias, y 7420: Actividades de fotografía) y se excluyen cinco (1811: Artes gráficas y servicios relacionados con las mismas; 2670: Fabricación de instrumentos de óptica y equipo fotográfico; 4741: Comercio al por menor de ordenadores, equipos periféricos y programas informáticos en establecimientos especializados; 5122: Transporte espacial, y 7734: Alquiler de medios de navegación).

El pasado 12 de mayo se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. El RDL 9/2021, que tiene un solo artículo y dos disposiciones finales, recuerda en su exposición de motivos que es fruto del acuerdo adoptado el 10 de marzo de 2021 entre el Gobierno, CC. OO., UGT, CEOE y CEPYME tras el trabajo desarrollado por la Mesa de Diálogo constituida, a tal efecto, el 28 de octubre de 2020.

Se introduce, en primer lugar, una nueva disposición adicional en el Estatuto de los Trabajadores (“ET”) que establece que las personas que prestan servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital, se presumen incluidas en el ET. Esta nueva disposición adicional incorpora los criterios y parámetros establecidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (“TS”) en la sentencia número 805/2020, de 25 de septiembre, dictada en unificación de la doctrina.

En segundo lugar, se incorpora el apartado d) al artículo 64 del ET, introduciendo el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados por la empresa de “los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial” que pueden incidir en las condiciones de trabajo, la contratación o el mantenimiento del empleo.

Por último, en la disposición final segunda se establece que la entrada en vigor del RDL 9/2021 se llevará a cabo en un período de tres meses desde su publicación en el *BOE*, esto es, el 12 de agosto de 2021.

## [Portugal]

### **Aumento da Retribuição Mínima Mensal Garantida – Medida Excepcional de Compensação para Entidades Empregadoras**

*Decreto-Lei n.º 37/2021, de 21 de maio (DR 99, 1.º Suplemento, Série I, de 21 de maio de 2021)*

O presente diploma procede à criação de uma medida excepcional de compensação pelo aumento da retribuição mínima mensal garantida (“RMMG”) no território continental, cujo valor passou de € 635, fixados em 2020, para € 665, a partir de 1 de janeiro de 2021, apesar do impacto económico-social da situação epidemiológica causada pela COVID-19.

O apoio em questão consiste num subsídio pecuniário pago às entidades empregadoras, de uma só vez, pelo IAPMEI I.P. (“IAPMEI”) ou pelo Turismo de Portugal (no caso de entidades empregadoras que atuam no setor do turismo), correspondente a:

- i. € 84,50 por cada trabalhador que, em dezembro de 2020, tenha auferido retribuição base no valor da RMMG de 2020 (i.e., € 635);



- ii. € 42,25 por cada trabalhador que, em dezembro de 2020, tenha auferido retribuição base em valor superior à RMMG fixada para 2020 mas inferior à RMMG de 2021 (i.e., acima de € 635 mas inferior a € 665).

Para aceder ao apoio, as entidades empregadoras deveriam, cumulativamente, (i) apresentar, na declaração de remunerações de dezembro de 2020, um ou mais trabalhadores ao seu serviço, a tempo completo, que auferissem retribuição base igual ou superior à RMMG de 2020 mas inferior à RMMG de 2021 e (ii) ter as suas situações contributiva e tributária regularizadas no momento do pagamento do subsídio.

O IAPMEI e o Turismo de Portugal disponibilizaram um sistema eletrónico que permitiu a recolha dos dados relevantes das entidades empregadoras para efeitos da concessão do apoio. Por sua vez, as entidades empregadoras tiveram 30 dias, a partir da entrada em vigor do diploma, para efetuar o registo completo junto do referido sistema, sob pena de caducidade do direito ao apoio (o registo decorreu até ao dia 9 de julho de 2021).

O apoio em apreço é cumulável com outros apoios ao emprego aplicáveis ao mesmo posto de trabalho, incluindo os concedidos no âmbito da pandemia da doença COVID-19, cuja atribuição esteja, por natureza, dependente de condições inerentes aos trabalhadores contratados.

O diploma entrou em vigor no passado dia 26 de maio de 2021.

### **COVID-19 – Apoio à Retoma Progressiva – Apoio Simplificado para Microempresas – Alterações**

*Decreto-Lei n.º 32/2021, de 12 de maio (DR 92, 1.º Suplemento, Série I, de 12 de maio de 2021)*

O diploma em apreço procede à sétima alteração do Decreto-Lei n.º 46-A/2020, de 30 de julho, que regula o apoio extraordinário à retoma progressiva de atividade em empresas em situação de crise empresarial com redução temporária do período normal de trabalho ("Apoio à Retoma Progressiva") e o apoio simplificado para microempresas à manutenção dos postos de trabalho ("Apoio Simplificado para Microempresas").

No que concerne à medida de Apoio à Retoma Progressiva, as alterações introduzidas vieram redefinir os limites máximos de redução dos períodos normais de trabalho relativamente a empresas com quebra de faturação igual ou superior a 75%, nos seguintes termos:

- i. Durante o mês de maio, mantém-se a possibilidade de redução até 100% do período normal de trabalho dos trabalhadores;
- ii. Durante o mês de junho, as empresas beneficiárias podem: (a) reduzir até 100% dos períodos normais de trabalho, até ao limite de 75% dos trabalhadores ao seu serviço, ou (b) em alternativa, reduzir até 75% do período normal de trabalho, até à totalidade dos trabalhadores ao seu serviço, com exceção das entidades dos setores de bares, discotecas, parques recreativos e fornecimento ou montagem de eventos, com as empresas abrangidas

das definidas por portaria, que poderão manter todos os seus trabalhadores em redução total do período normal de trabalho.

O valor referido no subponto (a) do ponto (ii) *supra* seria avaliado e poderia ser reajustado no decurso do mês de junho de 2021, de acordo com a evolução da situação pandémica.

Por fim, quanto ao Apoio Simplificado para Microempresas, foi aumentado o período de proibição de as entidades beneficiárias fazerem cessar contratos de trabalho através de despedimento coletivo, por extinção do posto de trabalho ou por inadaptação, de 60 para 90 dias, contados desde o fim do período de concessão do apoio.

O diploma entrou em vigor no dia 13 de maio de 2021 e produz efeitos retroativos a 1 de maio do mesmo ano.

### **COVID-19 – Novo Incentivo à Normalização da Atividade Empresarial – Apoio Simplificado para Microempresas – Regulamentação**

*Portaria n.º 102-A/2021, de 14 de maio (DR 94, 1.º Suplemento, Série I, de 14 de maio de 2021)*

A presente Portaria procede à regulamentação do novo incentivo à normalização da atividade empresarial (“Novo Incentivo à Normalização”) e do Apoio Simplificado para Microempresas previstos, respetivamente, no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 23-A/2021, de 24 de março, e no artigo 14.º-A do Decreto-Lei n.º 46- A/2020, de 30 de julho.

O Novo Incentivo à Normalização consiste num subsídio, aplicável a empregadores que tenham beneficiado do apoio extraordinário à manutenção de contrato de trabalho (comumente designado por *lay-off* simplificado) ou do Apoio à Retoma Progressiva no primeiro trimestre de 2021, correspondente a:

- i. duas RMMG por trabalhador abrangido, pago em duas prestações: (a) a primeira, no prazo de dez dias úteis a contar da data de comunicação da aprovação do pedido; e (b) a segunda, no prazo de seis meses a contar dessa mesma data. De notar que a atribuição desta modalidade dependia da apresentação de requerimento até ao dia 31 de maio de 2021.
- ii. uma RMMG por trabalhador abrangido, paga de uma só vez no prazo de dez dias úteis a contar da data de comunicação da aprovação do pedido, aplicável aos requerimentos apresentados entre 31 de maio e 31 de agosto de 2021. Neste caso, ficciona-se que a modalidade do apoio corresponde a um período de concessão de três meses.

À modalidade prevista no ponto (i) *supra* acresce ainda o direito à dispensa parcial de 50% do pagamento das contribuições para a Segurança Social relativas aos trabalhadores abrangidos durante os primeiros dois meses de concessão do apoio.

O valor do apoio é apurado por referência ao número de trabalhadores da entidade empregadora no mês anterior ao da apresentação do requerimento, tendo como limite máximo o número de

trabalhadores abrangidos pelos apoios anteriormente concedidos ao empregador (*i.e.*, *lay-off* simplificado e Apoio à Retoma Progressiva) no último mês da sua aplicação, exigindo-se, ainda, que os trabalhadores em causa tenham estado abrangidos por esses apoios em 2021 por um período igual ou superior a 30 dias até à entrada em vigor da portaria.

Faz-se notar que, no âmbito da primeira modalidade (a de duas RMMG), decorridos três meses completos após o pagamento da primeira prestação do Novo Incentivo à Normalização, o empregador tem o direito a desistir do mesmo e requerer, subsequentemente, o Apoio à Retoma Progressiva, sem necessidade de devolução dos montantes já recebidos, mas tendo apenas direito ao incentivo no valor máximo de uma RMMG, por trabalhador abrangido e à dispensa parcial de 50% do pagamento de contribuições para a segurança social a cargo da entidade empregadora, durante os primeiros dois meses do incentivo. Nos restantes casos, a desistência do apoio importa a devolução total dos montantes já recebidos ao Instituto do Emprego e Formação Profissional (IEFP).

Em contrapartida da concessão do apoio, a entidade empregadora ficará vinculada à manutenção do nível de emprego durante o período de concessão do apoio, correspondente a seis (na modalidade de duas RMMG) ou três meses (na modalidade de uma RMMG), bem como nos 90 dias seguintes, ressalvadas as circunstâncias previstas na lei.

Já o Apoio Simplificado para Microempresas é destinado a empresas que tivessem ao seu serviço menos de 10 trabalhadores no mês anterior ao da candidatura; que no ano de 2020 tenham recorrido ao *lay-off* simplificado ou ao Apoio à Retoma Progressiva, mas não tenham beneficiado de qualquer destes apoios no primeiro trimestre de 2021. O cálculo assentará no número de trabalhadores da entidade empregadora no mês anterior ao da apresentação do requerimento, tendo como limite máximo o número de trabalhadores abrangidos pelos apoios anteriormente concedidos ao empregador no último mês da sua aplicação.

Este apoio consiste num subsídio, no valor de duas RMMG por trabalhador abrangido, pago em duas prestações de igual valor, uma no prazo de 10 dias úteis após aprovação do pedido e outra no prazo de seis meses a contar da mesma data (ficando sujeito à manutenção da situação de crise empresarial).

Também quanto a este apoio as empresas que dele beneficiem ficam adstritas ao dever de manutenção do nível de emprego durante a sua concessão (seis meses), bem como nos 90 dias seguintes.

As entidades empregadoras que beneficiem deste apoio, que se mantenham em situação de crise empresarial no presente mês de junho e que não tenham beneficiado em 2021 do *lay-off* simplificado ou do Apoio à Retoma Progressiva, podem ainda requerer, entre os meses de julho e setembro, um apoio adicional no valor de uma RMMG por cada trabalhador abrangido, pago de uma só vez, no prazo de 10 dias úteis após comunicação de aprovação da candidatura.

De referir ainda que a Portaria clarifica, quanto a ambos os apoios, que apenas são destinatários dos mesmos as entidades empregadoras com sede em território continental e que as candidaturas deverão ser submetidas através de formulário próprio no site do IEFP.

## **ATIVAR.PT – Prorrogação das Medidas Estágios ATIVAR.PT e Incentivo ATIVAR.PT**

*Portaria n.º 122-A/2021, de 14 de junho (DR 113, 1.º Suplemento, Série I, de 14 de junho)*

A presente portaria procede, entre outras alterações, à prorrogação da medida Estágios ATIVAR.PT e da medida Incentivo ATIVAR.PT criadas, respetivamente, pelas Portarias n.º 206/2020 e n.º 207/2020, ambas de 27 de agosto.

A medida Estágios ATIVAR.PT pretende promover a inserção de jovens no mercado de trabalho e reconverter desempregados de longa duração e a medida Incentivo ATIVAR.PT prevê a atribuição de um apoio financeiro a entidades empregadoras para a celebração de contratos de trabalho com desempregados inscritos no IEFP.

Estas medidas foram promovidas com o intuito de vigorarem apenas até 30 de junho de 2021. No entanto, dada a atual situação pandémica e o impacto que esta tem tido no mercado de trabalho, o diploma prorroga a sua aplicabilidade até 31 de dezembro de 2021, com a possibilidade de renovação por três meses adicionais, mediante requerimento dirigido ao IEFP, desde que a candidatura apresentada não tenha ainda sido alvo de renovações anteriores.

No caso da medida Incentivo ATIVAR.PT, passa ainda a ser exigido que a entidade empregadora tenha a sua situação tributária e contributiva regularizadas logo no momento da aprovação da candidatura.

As alterações introduzidas produzem efeitos à data da entrada em vigor das portarias a que dizem respeito e aplicam-se a candidaturas já em execução.

## **2. Jurisprudencia**

---

[Unión Europea]

**Una empresa de trabajo temporal que solo ejerce actividades de selección y contratación en el Estado miembro de establecimiento no desarrolla en él una “actividad sustancial”**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio de 2021, en el asunto C-784/19*

En el marco de la normativa europea sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, existe una norma particular que permite que un trabajador por cuenta ajena que desarrolla su actividad en un Estado miembro, y que es enviado temporalmente a otro Estado miembro por su empleador, pueda continuar sujeto a la legislación en materia de Seguridad Social del primer Estado miembro (artículo 12 del Reglamento (CE) n.º 883/2004). Para que lo anterior sea posible,

la empresa que desplaza al trabajador a otro Estado miembro debe realizar normalmente “actividades sustanciales” en el territorio de su Estado de establecimiento.

En el caso enjuiciado, el objeto de la controversia consiste en interpretar si, en los supuestos en los que una empresa de trabajo temporal (“ETT”) ejerce sus actividades de selección y contratación de trabajadores en el Estado miembro de su establecimiento, pero realiza la cesión de dichos trabajadores de modo exclusivo o con carácter principal en favor de empresas usuarias establecidas en un Estado miembro distinto, la actividad de selección y contratación puede considerarse como “actividad sustancial” a los efectos de entender que los trabajadores cedidos por dicha ETT continuarán sujetos a la legislación en materia de seguridad social de su Estado de establecimiento.

Dado que la selección y contratación de trabajadores, aunque sean actividades de importancia indudable para las ETT, son solo el requisito previo para su único propósito, esto es, la cesión de los trabajadores contratados a las empresas usuarias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) concluye que una ETT en la situación descrita no desarrolla una “actividad sustancial” en su Estado miembro de establecimiento. De este modo, los trabajadores cedidos por esa ETT no podrán continuar sujetos a la legislación en materia de seguridad social de su Estado de establecimiento, sino que se encontrarán bajo la cobertura de la legislación del Estado miembro donde ejerzan su actividad por cuenta ajena.

### **El principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras puede invocarse directamente en litigios entre particulares**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio de 2021, en el asunto C-624/19*

El artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) establece el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Así, cada Estado miembro tiene la obligación de garantizar la aplicación de este principio para un mismo trabajo y para un trabajo de “igual valor”.

En el caso tratado en la sentencia se discute si, en los supuestos en los que se alega la existencia de trabajos de “igual valor”, los trabajadores pueden invocar este principio directamente ante los tribunales nacionales o si, por el contrario, la referencia a trabajos de “igual valor” del artículo 157 del TFUE requiere un desarrollo normativo que permita una identificación más precisa de cuáles son esos supuestos.

A este respecto, el TJUE concluye que el artículo 157 del TFUE tiene efecto directo, por lo que puede ser invocado por los trabajadores y trabajadoras ante los tribunales nacionales en los litigios entre particulares. En consecuencia, será el juez nacional el responsable de realizar la apreciación fáctica de qué constituye un trabajo de “igual valor”, teniendo en cuenta que para la aplicación de dicho artículo será necesario que el trabajo de “igual valor” objeto del litigio debe ser llevado a cabo por trabajadores de distinto sexo que tengan el mismo empresario y en establecimientos distintos de ese empresario, siempre que este constituya la única fuente de determinación de las condiciones de retribución en sus distintos establecimientos.

## **No es discriminatorio que el FOGASA abone una menor indemnización y/o salarios a los trabajadores a tiempo parcial que a los trabajadores a tiempo completo**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de marzo de 2021, en el asunto C-841/2019*

El citado pronunciamiento resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y del artículo 2, apartado 1, de 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.

En concreto, se trata de una cuestión prejudicial en el contexto de un litigio entre un trabajador y el Fondo de Garantía Salarial ("FOGASA") en relación con el importe del crédito del trabajador frente a su antiguo empresario, correspondiente al trabajo a tiempo parcial que realizaba y cuyo pago corre a cargo del FOGASA tras la insolvencia de este empresario.

Dado que una proporción significativamente más importante de mujeres que de hombres son trabajadores a tiempo parcial y que los tribunales españoles interpretan el apartado 1 del artículo 33 del ET en el sentido de que, en lo que respecta al pago a un trabajador a tiempo parcial de los salarios e indemnizaciones a cargo del FOGASA, el límite legal previsto en esa disposición debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada que realiza este trabajador en comparación con la ordinaria de un trabajador a tiempo completo que ejerce la misma actividad, el Juzgado de lo Social que plantea la cuestión entiende que todo ello conduce a una doble reducción, ya que, por una parte, la base de los salarios de este trabajador se ve ya reducida por el carácter parcial de su actividad y, por otra parte, la aplicación del mecanismo de responsabilidad del FOGASA da lugar a una nueva reducción en el marco del cálculo del importe a cargo de este último.

Ante ello, el TJUE no comparte la argumentación del tribunal nacional y afirma que lo establecido en el apartado 1 del artículo 33 del ET no supone una reducción adicional, en la medida que la toma en consideración de la cantidad de trabajo realizada efectivamente por un trabajador a tiempo parcial, comparada con la de un trabajador a tiempo completo, constituye un criterio objetivo (principio de *pro rata temporis*) que justifica una reducción proporcionada de los derechos y condiciones de empleo de un trabajador a tiempo parcial.

Por todo ello, el TJUE concluye que ha de considerarse que, en lo que respecta a los trabajadores a tiempo parcial, la aplicación de tal ajuste del límite de pago asegurado por el FOGASA no supone una discriminación y es acorde con el derecho de la Unión Europea.

[España]

**El Tribunal Supremo modifica su doctrina y establece que, con carácter general, una duración superior a tres años debe considerarse injustificadamente larga, lo que comporta que el trabajador interino pase a tener la condición de indefinido no fijo**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2021*

El TS reunido en pleno para examinar la incidencia de la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 en diversos recursos ha decidido, por unanimidad, rectificar la aplicación que venía haciendo de su propia doctrina en relación con la duración del contrato de interinidad por vacante en el sector público.

La anterior doctrina, aparecida entre otras en la sentencia del TS de 13 de abril de 2021, entendía que el plazo de tres años establecido en el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público no puede operar de modo automático y de forma inamovible, sino que deben ser las circunstancias del caso las que autoricen el acortamiento del plazo controvertido por la interinidad (supuestos de fraude o abuso), pero también su prolongación, casos de anulación o suspensión de la oferta por la autoridad administrativa o judicial.

Así pues, el cambio consiste en que la duración máxima del contrato de interinidad por vacante será la del tiempo que duren los procesos de selección para cubrir la vacante conforme a lo dispuesto en su normativa legal o convencional específica.

Asimismo, el TS entiende que, a falta de previsión normativa, con carácter general, una duración superior a tres años debe considerarse injustificadamente larga, lo que comportará que el trabajador interino pase a tener la condición de indefinido no fijo. También se establece que el cómputo de tal plazo no puede verse interrumpido por normas presupuestarias sobre paralización de ofertas públicas de empleo, ya que la cobertura de vacantes cubiertas por trabajadores interinos no implica incremento presupuestario.

El principal motivo de este cambio es que el TS entiende que las consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis de 2008, no pueden justificar la inexistencia en el derecho nacional de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

**El descuento de salario por impuntualidad injustificada no constituye una multa de haber contraria a derecho**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2021*

En el marco de un conflicto colectivo de una empresa del sector de los *contact center*, se solicita que se declare que la práctica empresarial consistente en descontar directamente de las nóminas mensuales los retrasos de los trabajadores en el fichaje de entrada constituye una sanción encu-

bierta o multa de haber, ya que la norma colectiva de aplicación ya contempla la falta de puntualidad como una conducta sancionable.

Sin embargo, el TS entiende que, dado que el salario retribuye el trabajo efectivo (o el tiempo de descanso computable como de trabajo), si la falta de prestación de servicios es imputable únicamente al trabajador que, al incorporarse a su puesto de trabajo, se retrasa sin causa justificada, no se desarrolla durante ese tiempo de retraso la prestación de servicios laborales efectiva que justifica el devengo de la retribución. De este modo, el empresario no está obligado al pago de un salario no devengado, con lo que es posible el descuento del salario equivalente al tiempo del retraso injustificado.

Además, el hecho de que el convenio colectivo de aplicación prevea que la falta de puntualidad es una conducta sancionable no implica que, si se realiza el descuento del salario por impuntualidad, se esté aplicando una doble sanción, pues el ejercicio del poder disciplinario del empresario no conlleva que se devengue una retribución indebida al no haberse prestado el trabajo de forma efectiva.

### **La sustitución de un trabajador adscrito temporalmente a otro puesto de trabajo puede hacerse mediante la modalidad de interinidad por sustitución**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2021*

La cuestión suscitada en el recurso de casación para unificación de doctrina se centra en determinar si el contrato de interinidad por sustitución del caso planteado en la sentencia ha devenido fraudulento, pues se trata de una trabajadora que sustituye a un trabajador adscrito temporalmente a otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa, sin que su contrato de trabajo se haya visto suspendido ni el trabajador haya abandonado nunca temporalmente la empresa. La sentencia de suplicación declaraba el contrato de interinidad fraudulento precisamente por esta razón, es decir, porque el contrato del trabajador sustituido nunca estuvo suspendido.

Frente a dicho razonamiento, el TS entiende que la utilización del contrato de interinidad por sustitución es adecuada para cubrir los puestos de trabajo de empleados adscritos temporalmente a otro puesto dentro de la misma empresa, en tanto en cuanto la adscripción temporal supone el mantenimiento de la reserva del puesto de trabajo para el empleado adscrito. Así, lo relevante del régimen jurídico del contrato de interinidad, y de la doctrina que el TS había venido aplicando, es que el trabajador sustituido abandone la prestación de servicios que estaba desempeñando en el puesto de trabajo, y que lo haga con reserva de ese puesto, independientemente de si el contrato está o no suspendido por causas previstas en el ET o en el convenio colectivo de aplicación. Por tanto, dado que la adscripción temporal de un trabajador a otro puesto de trabajo implica la reserva del anterior y que la finalidad del contrato de interinidad no es otra que sustituir a trabajadores con reserva del puesto de trabajo, la utilización de esta modalidad contractual en estos supuestos es plenamente correcta.



## **La copia básica del contrato que se entrega a los representantes legales de los trabajadores no tiene por qué contener el salario real si este no consta en el contrato original**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2021*

Ante la reclamación de reconocimiento del derecho a que la copia básica de los contratos de trabajo que la empresa está obligada a entregar a los representantes legales de los trabajadores contenga la expresión del salario real pactado, sin que sea válida la expresión “según pacto”, el TS recuerda el concepto de copia básica. En este sentido, debe entenderse por “copia” el traslado o reproducción de un escrito, y la copia cumplirá el requisito de “básica” si recoge lo “fundamental”, aunque no sea una reproducción exacta.

Por tanto, dado que el mandato legal consiste en entregar una “copia básica”, el empresario no está obligado a suministrar datos distintos de los que figuran en el documento original, de manera que si en el apartado relativo al salario este solo recoge expresiones como salario “según pacto” o “según convenio”, la copia básica contendrá la misma información, sin que quepa incluir datos que no figuran en el contrato original.

## **La variación de medidas en materia de jornada de trabajo y horario a consecuencia de la situación excepcional de la COVID-19 no supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2021*

Esta sentencia trae causa de los recursos de casación interpuestos por los sindicatos Alternativa Sindical de Trabajadores y Confederación General del Trabajo ante el TS contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) de Madrid que desestimaba las demandas interpuestas y declaraba que la variación de medidas impuesta por la empresa no suponía una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Los sindicatos alegaron que las modificaciones de la jornada de trabajo y horario interpuestas desde el 11 de marzo de 2020 por la empresa suponían una modificación sustancial de las condiciones de trabajo para la que se había omitido el procedimiento previsto en el artículo 41 ET. En concreto, las medidas de la empresa consistían en la sustitución temporal de los calendarios de trabajo y la fijación de turnos de trabajo estancos, ambas medidas aplicadas en atención a la situación excepcional derivada del estado de alarma como consecuencia de la COVID-19.

El TS argumenta que estas medidas empresariales adoptadas encuentran su cobertura en la normativa excepcional y perentoria a consecuencia de la COVID-19 y que en todo momento se ha contado con el Comité de Empresa a través de un proceso negociador. Además, establece que tales medidas han sido adoptadas cumpliendo con las exigencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Así pues, el TS concluye que dichas medidas, al ser temporales y justificadas por la normativa excepcional derivada de la COVID-19, se han realizado para preservar la vida y la integridad de los trabajadores ante esta situación excepcional y temporal, dentro del adecuado marco del poder de dirección y organización asignado a la empresa, por lo que no constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

De este modo, el TS desestima el recurso de casación presentado y confirma la sentencia del TSIJ de Madrid.

### **El empresario incurre en un delito de descubrimiento y revelación de secretos si accede en reiteradas ocasiones al correo electrónico particular del trabajador**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 22 de abril de 2021*

El supuesto consiste en un empresario que, debido a la caída de la cifra de negocio y a determinadas reclamaciones de clientes que recibía en relación con obras en las que no participaba la mercantil, sospechó que un trabajador estaba realizando o participando en dichas obras sin su conocimiento y utilizando materiales de la empresa, por lo que en julio, agosto y septiembre del año 2013 accedió al correo corporativo y personal del trabajador. Ante ello, el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Madrid condenó al empresario como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, pronunciamiento frente al que se interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación por infracción de ley.

Según el empresario, la motivación que tuvo para entrar en el correo privado del trabajador fue únicamente reaccionar frente a un comportamiento de su empleado que entendió delictivo respecto de la empresa que él gestionaba. La información que obtuvo al acceder a ese correo sirvió de base para la querrela que presentó en el año 2014 contra dicho trabajador por los delitos continuados de hurto y otros.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo rechaza el recurso por considerar que no existe un solo fragmento en el *factum* que permita apoyar que existe error de prohibición, como creencia errónea e invencible de estar obrando conforme a derecho. Tampoco resulta acreditada la legítima defensa, ya que no se aprecia la existencia de una agresión ilegítima contra los bienes. En relación con tal cuestión, el empresario se ha limitado a indicar que existía un riesgo de perder la empresa, que estaba en una posición económica muy delicada y que se encontraba abocada a realizar despidos de no revertirse la situación. Sin embargo, aparte de sus manifestaciones en relación con la situación económica de la empresa, tan solo se ha acreditado el descenso de la cifra de negocios de un 19 % en el año 2013, y *"tal dato aislado no resulta relevante, pues puede deberse a diversas causas, tanto voluntarias como involuntarias, y entre las que no puede descartarse la propia gestión empresarial o la existencia de una crisis económica en el sector de la construcción"*.

Finalmente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo concluye que la hipotética comisión de una infracción disciplinaria grave por parte del trabajador, derivada de la indebida utilización del ordenador puesto a su disposición por la empresa, solo permitía a esta asociar su incumplimiento a

una consecuencia jurídica; pero no legitimaba la irrupción del empresario en los correos electrónicos generados durante tres meses en una cuenta privada.

Por ello, declara no haber lugar a recurso de casación y confirma la condena de un año de prisión por delito de descubrimiento y revelación de secretos.

### **En caso de teletrabajo, los cortes de luz e internet ajenos a las personas trabajadoras computan como tiempo efectivo de trabajo**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2021*

Una de las características de la relación laboral es la ajenidad en los medios, lo que implica que el empleador tiene que proporcionar al trabajador los medios de producción necesarios para el desarrollo de su prestación. En el ámbito del teletrabajo, el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, asume dicho principio. Así, establece tanto el derecho del trabajador a la dotación suficiente y al mantenimiento de medios, equipos y herramientas por parte del empleador como el derecho al abono y compensación de gastos. Además, recoge un principio de igualdad según el cual los trabajadores que desarrollen su prestación laboral a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa.

Con esos mimbres, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declara que, en caso de que dentro de la jornada prestada en teletrabajo se produzcan desconexiones que impidan la prestación laboral (como cortes de luz o internet) ajenas a la voluntad de la persona trabajadora, la empresa debe computar el periodo de desconexión como tiempo efectivo de trabajo, sin que se deba recuperar ese tiempo y sin descuento alguno en las retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia.

[Portugal]

### **Responsabilidade por Créditos Laborais – Grupos Societários Nacionais e Internacionais – Responsabilidade Solidária – Inconstitucionalidade**

*Acórdão n.º 272/2021 (DR 129, Série I, de 6 de julho) – TC*

O Tribunal Constitucional (“TC”) declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da interpretação conjugada das normas contidas no artigo 334.º do Código do Trabalho e no artigo 481.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, na parte em que impede a responsabilidade solidária da sociedade com sede fora de território nacional, em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo com uma sociedade portuguesa, pelos créditos emergentes da relação de trabalho subordinado estabelecida com esta última, ou da sua rutura, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”).

O referido artigo 334.º do Código do Trabalho estabelece a responsabilidade solidária de sociedades em relação de participações recíprocas, de domínio e de grupo com o empregador (tal como previstas no artigo 481.º do Código das Sociedades Comerciais), pelos créditos emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, vencidos há mais de três meses. Por sua vez, o preceito do Código das Sociedades Comerciais condiciona a aplicabilidade do regime societário à circunstância de as sociedades terem a sua sede real e efetiva em Portugal, salvo as devidas exceções ali elencadas, o que colocava a questão de saber se o artigo 334.º do Código do Trabalho teria aplicação relativamente a sociedades com sede fora do território nacional.

De acordo com o entendimento do TC, a distinção de trabalhadores com base no local da sede de uma das sociedades do grupo societário em que se insere a entidade empregadora é arbitrária, carecendo de qualquer justificação razoável que a suporte, constituindo uma violação do direito à igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP. Mais considerou o TC que o propósito de atração de investimento estrangeiro e, bem assim, as dificuldades de transposição das formas jurídicas das sociedades em causa não são fundamentos suficientes para realizar tal diferenciação.

Assim, após três pronúncias sobre este tema (no Acórdão n.º 227/2015 e nas Decisões Sumárias n.º 363/2015 e n.º 434/2019), o TC declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma, relembrando a importância da tutela constitucional da retribuição prevista no artigo 59.º da CRP, essencial por visar assegurar a subsistência do trabalhador e, como tal, a sua existência condigna.

## **Alargamento do Período Experimental – Trabalhadores à Procura de Primeiro Emprego – Inconstitucionalidade**

*Acórdão n.º 318/2021 (DR 126, Série I, de 1 de julho) – TC*

O TC declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do artigo 112.º, n.º 1, alínea b), subalínea iii), do Código do Trabalho, na parte que se refere aos trabalhadores que estejam à procura do primeiro emprego, quando aplicável a trabalhadores que anteriormente tenham sido contratados a termo por outro empregador, por um período igual ou superior a 90 dias.

A questão tinha sido levantada por 35 deputados à Assembleia da República, que requereram ao TC que se pronunciasse sobre a constitucionalidade das alterações introduzidas pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, aos artigos 112.º, 142.º e 502.º do Código do Trabalho, relativos à duração período experimental, admissibilidade de contratos de muito curta duração e caducidade de convenções coletivas de trabalho, respetivamente.

Nas alterações introduzidas, passou a prever-se um período experimental de 180 dias para trabalhadores à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração (artigo 112.º, n.º 1, alínea b), subalínea iii), do Código do Trabalho). Na prática, tal representa um alargamento do período experimental para a generalidade dos trabalhadores (*i.e.*, trabalhadores que não exerçam cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação, desempenhem funções de confiança, ou exerçam cargos de direção ou quadro superior) que se encontrem numa dessas situações (à procura de primeiro emprego

ou em situação de desemprego de longa duração). O TC conclui pela inconstitucionalidade deste alargamento, quanto a trabalhadores à procura de primeiro emprego, mas apenas quanto a trabalhadores que já tivessem sido contratados a termo anteriormente por, pelo menos, 90 dias.

Para tal entendimento contribuiu o facto de a norma em apreço ter sido introduzida em contrapartida da eliminação da situação de primeiro emprego e desemprego de longa duração como fundamento para a contratação a termo.

Assim, embora a extensão o período experimental seja, no entender do TC, uma norma restritiva do direito à segurança no emprego, previsto no artigo 53.º da CRP, o Tribunal concluiu que a alteração legislativa acabou por promover a estabilidade no emprego, reduzindo a precariedade laboral, uma vez que aquele período experimental está previsto para contratos de trabalho por tempo indeterminado (que são, pela própria natureza, vínculos laborais mais estáveis do que os contratos a termo).

No entanto, concluiu o TC que, no caso de trabalhadores à procura do primeiro emprego que já tivessem sido contratados a termo (por, pelo menos, 90 dias), ainda que por outro empregador, a extensão do período experimental viola o princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º da CRP. Considerou, para esse efeito, o Tribunal que, atendendo a que a justificação para a extensão do período experimental reside na in experiência associada a esta categoria de trabalhadores, caso estes já tenham desenvolvido funções por, pelo menos 90 dias, ainda que ao serviço de outra entidade empregadora, tal in experiência deixa de se verificar.

Por fim, é ainda de sublinhar que, neste mesmo aresto, o TC decidiu não declarar a inconstitucionalidade:

- i. das alterações introduzidas ao regime dos contratos a termo de muito curta duração, *i.e.*, (a) a previsão da possibilidade de contratação com recurso a esta figura em qualquer setor que experimente "irregularidades" e cuja "natureza estrutural não seja passível de ser assegurada pela sua estrutura permanente", deixando de estar restringida aos setores agrícola e do turismo e (b) a contabilização da extensão da duração máxima de 70 dias por ano civil entre o mesmo trabalhador e empregador (anteriormente aplicável ao conjunto de todos os trabalhadores ao serviço de um mesmo empregador).
- ii. da nova subalínea ii), da alínea b) do n.º 1 do artigo 502.º do Código do Trabalho, que passou a prever a caducidade das convenções coletivas de trabalho por efeito da extinção voluntária de associação sindical ou de empregadores outorgantes.

## **Justa Causa de Despedimento – Liberdade de Expressão – Dirigente Sindical**

*Acórdão de 30 de junho de 2021 (Processo n.º 22238/20.4T8LSB-A.L1-4) – TRL*

O Tribunal da Relação de Lisboa ("TRL") pronunciou-se no sentido da licitude do despedimento de uma trabalhadora que prestou declarações públicas falsas sobre a sua entidade empregadora, acusando-a de não respeitar as medidas de prevenção de contágio por COVID-19 emanadas pela Direção-Geral de Saúde (DGS).

Em particular, a trabalhadora, dirigente sindical, declarou publicamente que a entidade empregadora (uma empresa de distribuição alimentar), sabia que tinha trabalhadores infetados e em quarentena e que ainda assim não promovia a realização de testes para deteção da doença nos restantes trabalhadores que tinham estado em contacto com colegas infetados e, quando os promovia, mantinha os trabalhadores em serviço até que se conhecesse o resultado dos testes realizados. Acrescentou ainda que a entidade empregadora estaria a forçar os trabalhadores a assinar um documento no qual se comprometiam a não divulgar as condições em que estariam a trabalhar.

Perante tais declarações, prestadas no final do mês de junho de 2020, a entidade empregadora promoveu um procedimento disciplinar contra a trabalhadora que culminou no seu despedimento.

A trabalhadora impugnou o despedimento, tendo o tribunal de primeira instância concluído pela licitude do despedimento, absolvendo a empresa. Em sede de recurso, o TRL confirmou a decisão proferida em primeira instância, muito embora a trabalhadora tivesse invocado a violação dos seus direitos de liberdade de expressão e exercício da atividade sindical, ambos constitucionalmente protegidos.

Com efeito, o TRL considerou que a trabalhadora havia disseminado notícias que conhecia serem falsas com o intuito de prejudicar a reputação da entidade empregadora, tendo atribuído especial importância ao facto de tais declarações, a serem verdade, poderem consubstanciar a prática de um crime de propagação de doença por parte da entidade empregadora, circunstância que assume manifesta gravidade numa altura em que se desconhecia o nível de perigosidade do vírus, sabendo-se apenas que aquele seria altamente contagioso.

Mais entendeu o Tribunal que as declarações da trabalhadora excediam a medida do seu direito à liberdade de expressão constitucionalmente protegido, mesmo tendo em conta a posição de dirigente sindical que exercia. Neste sentido, apesar de reconhecer que, por ser dirigente sindical, a trabalhadora tinha total legitimidade para reclamar melhores condições de trabalho, nomeadamente no que concerne a segurança e saúde no trabalho, sendo-lhe inclusivamente permitida a utilização de "*linguagem mais contundente*", entendeu o TRL que ao divulgar publicamente factos que bem sabia serem falsos, e que não só afetam o bom nome da entidade empregadora como são aptos a lesá-la economicamente, o comportamento adotado pela trabalhadora é censurável.

9 de septiembre de 2021



Marítimo,  
Transporte y  
Logística





## 1. Legislación

---

[Unión Europea]

### Trasporte ferroviario

*Reglamento Delegado (UE) n.º 2021/1061 de la Comisión, de 28 de junio de 2021, por el que se prorroga el periodo de referencia del Reglamento (UE) 2020/1429 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen medidas en favor de un mercado ferroviario sostenible habida cuenta del brote de COVID-19 (DOUE L 229, de 29 de junio de 2021)*

Con el fin de apoyar a las empresas ferroviarias y contrarrestar los efectos económicos de la pandemia de COVID-19, el Reglamento prorroga el periodo de referencia hasta el 31 de diciembre de 2021, durante el cual se autoriza a los administradores de infraestructuras a reducir, eximir o aplazar los cánones para acceder a la infraestructura ferroviaria que las empresas debieran abonar a dichos administradores por el uso de la infraestructura.

## 2. Jurisprudencia

---

[Unión Europea]

**Cuestión prejudicial referente a la posibilidad para considerar si un transportista que ha efectuado un transporte internacional de mercancías por cuenta propia está autorizado a realizar transportes de cabotaje consecutivos a ese transporte internacional en el territorio del Estado miembro de destino**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Octava, de 8 de julio de 2021*

El Tribunal de Justicia concluye que:

- i. El Reglamento 1072/2009 establece, en su capítulo II, las normas a las que están sometidos los transportes internacionales, incluido el artículo 3, que proclama el principio general de que *“los transportes internacionales requerirán la posesión de la correspondiente*

---

\* 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).

*licencia comunitaria, y, si el conductor es nacional de un tercer país, un certificado de conductor". No obstante, el artículo 1, apartado 5, letras a) a e), del Reglamento dispone que, en ciertos tipos de transporte, los transportistas de mercancías por carretera no precisarán licencia comunitaria y quedarán exentos de cualquier autorización de transporte. De la lectura conjunta de estas disposiciones se desprende que los transportes internacionales de mercancías por cuenta propia no están sometidos a los requisitos previstos en su artículo 3.*

Los transportistas que han efectuado un transporte internacional de mercancías por carretera por cuenta ajena entre Estados miembros están autorizados a realizar, en el territorio del Estado miembro de destino, transportes de cabotaje consecutivos a ese transporte internacional si cumplen los requisitos previstos en el artículo 3.

- ii. El concepto de "transportes de cabotaje" se define, a efectos del Reglamento, como "transportes nacionales por cuenta ajena", el apartado 6 del artículo 8 del Reglamento no puede referirse a los transportes de cabotaje por cuenta propia, en el sentido de la letra d), apartado 5 del artículo 1 del Reglamento. El apartado 6 del artículo 8 supone una excepción al principio general del apartado 1 del artículo 8. Por tanto, los transportes internacionales de mercancías por cuenta propia no están sometidos a los requisitos del artículo 3 del Reglamento.

El tribunal considera que el transportista de mercancías por carretera que ha efectuado un transporte internacional de mercancías por cuenta propia, en el sentido de la letra d) del apartado 5 del artículo 1 del Reglamento, entre Estados miembros, está autorizado, de conformidad con el apartado 6 del artículo 8 del Reglamento, a efectuar transportes de cabotaje consecutivos a ese transporte internacional en el territorio del Estado miembro de destino, sin estar sometido a los requisitos previstos en los artículos 3 y 8, apartado 1, del Reglamento.

## [España]

### **Estimación parcial del recurso de casación interpuesto por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) en el único sentido de declaración de abusividad de dos cláusulas del condicionado general del contrato aéreo de pasajeros de la compañía Ryanair D.A.C. En concreto, las cláusulas referentes a ley aplicable y al transporte de equipaje en otro vuelo**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de julio de 2021*

En esta sentencia, el Tribunal Supremo concluye lo siguiente:

- i. Con base en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el derecho extranjero debe ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, sin que sea oportuno discutir su valoración e interpretación. Considera que (i) el tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del derecho español conforme al artículo 12.6 del Código Civil; (ii) los jueces españoles no tienen obligación de conocer el derecho extranjero, por ello se exige,

la prueba de este; (iii) la exigencia de prueba del derecho extranjero no lo transforma en un simple hecho; (iv) el empleo de los medios de averiguación del derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal; y (v) la consecuencia de falta de prueba del derecho extranjero no supondrá la desestimación de la demanda o de la pretensión, sino la aplicación del derecho español.

El Tribunal recuerda que los derechos nacionales deben ser interpretados conforme a las normas comunitarias y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en consonancia con otras normas internacionales, como ocurre en este caso, con el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999.

- ii. El Tribunal señala que para enjuiciar el carácter abusivo de una cláusula de elección de ley no hay que acudir a ningún derecho nacional, sino que el estándar de abusividad deriva del Reglamento Roma I, que determina la ley aplicable a un contrato en defecto de elección. En su artículo 5 se establece que, en el caso de un contrato de transporte de pasajeros, el derecho aplicable al contrato sería la ley española si el consumidor tiene su residencia habitual en España y si, además, el lugar de origen o destino de viaje se localiza en nuestro país. Resulta evidente, por tanto, que la sumisión a ley irlandesa causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, en los términos de la Directiva 93/13/CEE, y que obstaculiza el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor.
- iii. Finalmente, conforme al apartado k) de la Directiva 93/13/CEE, se considera abusiva la cláusula que autorice al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto a suministrar o del servicio a prestar. El Tribunal añade que puede haber casos que justifiquen la excepción a la regla de que el pasajero y su equipaje deben viajar juntos. Esto, siempre que la cláusula no sea genérica e invoque circunstancias inconcretas y absolutamente inespecíficas aun cuando se trate de "circunstancias de seguridad u operatividad".

**Conflicto positivo de jurisdicción planteado entre la Delegación del Gobierno en Galicia y el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, al rechazar este último, por auto, el requerimiento de inhibición que formalizó el delegado del Gobierno en Galicia, en el concurso ordinario de acreedores 18/2011, seguido respecto a la entidad Factorías Vulcano, S.A.**

*Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 24 de marzo de 2021*

Los conflictos de jurisdicción, en general, se originan por la discrepancia entre el ejercicio de la potestad de autotutela administrativa reconocida a las Administraciones públicas y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que, por mandato constitucional y legal, corresponde a jueces y tribunales. El modo de dirimir estas controversias se contiene en la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales (LOCJ), que encarga al Tribunal de Conflictos la decisión sobre la competencia para

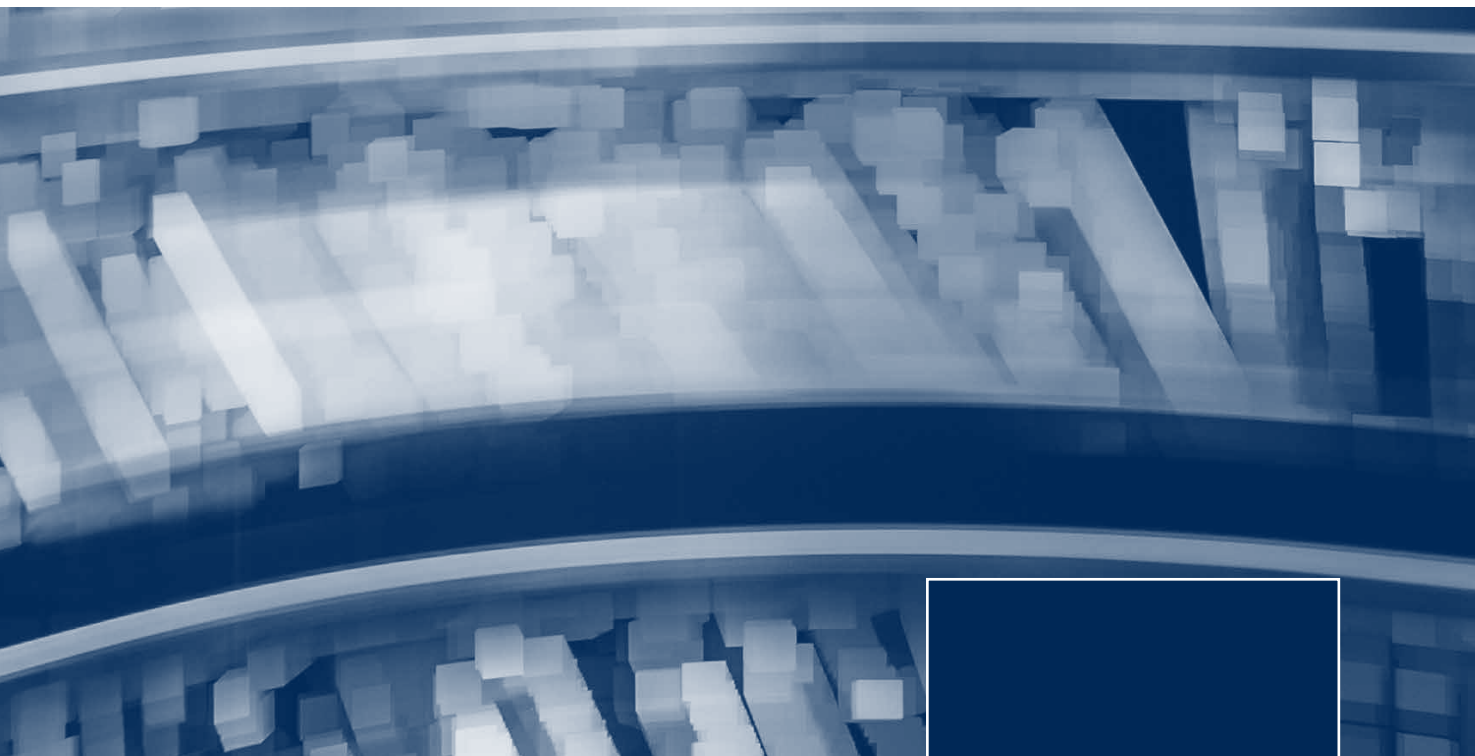
conocer de la cuestión suscitada cuando ambos la reclaman para sí. El Tribunal no debe examinar la cuestión de fondo, ya que esta deberá resolverse en el procedimiento correspondiente.

El artículo 7 de la LOCJ no permite plantear un conflicto de jurisdicción si la interpelación o solicitud de inhibición se produce cuando el acto que se considera indebidamente realizado ya ha agotado sus efectos. Esto, incluso en supuestos en que se hubiese procedido indebidamente en perjuicio de la competencia del organismo requirente. Además, el mismo artículo no excluye el planteamiento del conflicto cuando nazca con motivo de la ejecución de resoluciones judiciales firmes o afecte a facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en trámite de ejecución.

En este sentido, el plan de liquidación regulado en el artículo 416 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLC) no adopta decisión alguna, sino que propone los pasos a seguir para la realización de activos y los plazos necesarios para ello. En nada afecta, por tanto, a la eventual extinción *ex lege* de una concesión demanial.

En definitiva, el conflicto debe ser estimado y se declara que la jurisdicción competente sobre la concesión demanial y su eventual extinción corresponde a la Administración que ha suscitado el conflicto, como resulta del régimen jurídico de la concesión de domicilio público a que se refiere el conflicto, que se rige por la legislación de puertos del Estado y no por la normativa de contratos del sector público. Todo ello, puesto que el artículo 222 del TRLC no atribuye la competencia al juez del concurso sobre el régimen de la concesión demanial.

9 de septiembre de 2021



Medio Ambiente



9 de septiembre de 2021

## 1. Legislación

---

### [Unión Europea]

#### **Marco para lograr la neutralidad climática**

*Reglamento (UE) 2021/1119, de 30 de junio, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) 2018/1999; "Legislación europea sobre el clima" (DOUE de 9 de julio de 2021)*

El Reglamento impone el objetivo de reducción neta mínima de las emisiones de gases de efecto invernadero de un 55 % con respecto a los niveles de 1990 para 2030. Para garantizar que se realizará un esfuerzo de mitigación suficiente, se limita la contribución de las absorciones netas a 225 MtCO<sub>2</sub>.

Asimismo, se establece que la Comisión presentará una propuesta legislativa para incluir un objetivo climático intermedio de la UE para 2040, a más tardar en seis meses desde el primer balance mundial realizado con arreglo al Acuerdo de París.

### [España]

#### **Recuperación y protección del Mar Menor**

*Decreto-Ley 5/2021, de 27 de agosto, de modificación de la Ley 3/2020, de 27 de julio, de Recuperación y Protección del Mar Menor (BORM de 30 de agosto de 2021)*

El Decreto-Ley incluye medidas de carácter urgente para detener la entrada de nutrientes en el Mar Menor a la vista de la situación ambiental en la que se encuentra tras haber sufrido un grave episodio de hipoxia en agosto 2021. A tal fin se modifican diversos preceptos de la Ley 3/2020, de 27 de julio, de Recuperación y Protección del Mar Menor.

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Jesús Andrés Sedano Lorenzo, y en su elaboración han colaborado Bárbara Fernández Cobo e Íñigo Ormaeche Lendínez, João Louro, Maria Estela Lopes y Francisco Fráguas, de los Grupos de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente y Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Los cambios más relevantes son los siguientes:

- i. *Limitación del uso de fertilizantes nitrogenados*: se limita el uso de fertilizantes nitrogenados en la zona 1 durante dos años o hasta que se habiliten infraestructuras para el encauzamiento de las escorrentías, salvo ciertas excepciones.
- ii. *Régimen sancionador*: se tipifica como infracción grave el uso de fertilizantes nitrogenados en la zona 1 y se modifica el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento sancionador —que pasa a ser de seis meses—, y para resolver y notificar la resolución del procedimiento de restablecimiento de la legalidad —que pasa a ser de tres meses—.
- iii. *Actividad agrícola*: se reduce a tres meses el plazo de tramitación de los expedientes exigiendo la restitución a un estado natural de aquellos regadíos que hayan sido cesados o prohibidos por resolución firme en vía administrativa por el Organismo de Cuenca por no estar amparados por un derecho de aprovechamiento de aguas. Asimismo, se otorga un máximo de tres meses para la ejecución de las actuaciones de restitución, y se establece que, una vez impuestas tres multas coercitivas, en un mes se procederá a la ejecución subsidiaria.

## Next Generation

*Decreto-Ley 4/2021, de 17 de junio, de simplificación administrativa en materia de Medio Ambiente, Medio Natural, Investigación e Innovación Agrícola y Medioambiental (BORM de 22 de junio de 2021)*

Este Decreto-Ley introduce medidas urgentes relacionadas con el Instrumento Europeo de Recuperación “Next Generation” y con el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en España.

Entre las cuestiones más destacadas, se encuentran:

- A. La creación del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Medioambiental (IMIDA) como organismo público de investigación para encontrar soluciones con base científica y tecnológica en el campo agroalimentario y medioambiental, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad de obrar, adscrito a la Consejería de Agua, Agricultura, Ganadería, Pesca y Medioambiente.
- B. La ampliación de la vigencia de las órdenes de veda en materia piscícola. Se establece la publicación plurianual de las disposiciones generales de vedas de pesca fluvial con vigencia máxima de hasta tres años. Además, se prevé la prórroga automática de las órdenes de veda cuando no se haya aprobado una nueva orden regulatoria al finalizar la vigencia de la anterior.



- C. La adecuación de plazos a la Ley 21/2013 de Evaluación Ambiental y al Texto Refundido de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación del Real Decreto Legislativo 1/2016. Se reduce para de nueve a seis meses el plazo máximo para resolver y notificar la autorización ambiental integrada, por ejemplo. También se considera a la Consejería competente en materia de producción agrícola como órgano sustantivo a los efectos de autorizar proyectos de explotación agrícola de áreas naturales, seminaturales e incultas.
- D. Cuestiones relativas a los procedimientos de autorización de cambio de uso y modificación de cubierta vegetal. Se prevé la obligación de acompañar las solicitudes de cambio de uso y de modificación de cubierta vegetal de documentación técnica adicional. Por otro lado, en cuanto a la reversión al uso agrícola de superficies de monte reforestadas con arreglo a políticas de fomento, se contempla la obligación de garantizar el reintegro de las ayudas públicas percibidas con anterioridad a una posible autorización excepcional y favorable al cambio, o bien compensar con la forestación de superficie equivalente a la que fuera objeto de las mencionadas ayudas.
- E. Ajuste de las clasificaciones de las vías pecuarias cuyos trazados se encuentren total o parcialmente en suelo urbano o urbanizable sectorizado mediante instrumentos de planeamiento cuando la compatibilidad de usos lo haga posible (sin perjuicio de las adecuaciones que se puedan realizar) y en favor de una gestión coordinada entre las administraciones implicadas, adaptada a la realidad del paso del tiempo y el desarrollo urbano.

Con el fin de implementar las anteriores medidas, este Decreto-Ley modifica las siguientes leyes: la Ley 8/2002 por la que se crea el Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA), la Ley 7/2003 de Caza y Pesca Fluvial de la Región de Murcia, la Ley 4/2009 de Protección Ambiental Integrada de la Región de Murcia y la Ley 8 /2014 de medidas tributarias, de simplificación administrativa y en materia de función pública.

## **Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de Valencia**

*Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobació del text refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje (DOGV de 16 de julio de 2021)*

Este Decreto Legislativo refunde la normativa sobre ordenación del territorio valenciano, de la actividad urbanística, de la utilización racional de suelo y de la conservación del medio natural. Además de la regulación de los instrumentos de ordenación urbanística (supramunicipales y municipales), el texto refundido recoge el régimen jurídico de los proyectos de inversión estratégica sostenible, la gestión urbanística, de la edificación y rehabilitación, así como la regulación en materia de disciplina urbanística (*i.e.*, régimen de licencias, declaración responsable, etc.), entre otros.

## [Portugal]

### **Depósitos Minerais - Regulamentação**

*Decreto-Lei n.º 30/2021, de 7 de maio (DR 89, Série I, de 7 de maio de 2021)*

O Decreto-Lei n.º 30/2021, de 7 de maio ("Decreto-Lei 30/2021"), procede à regulamentação, no que respeita aos depósitos minerais, da Lei n.º 54/2015, de 22 de junho, a qual estabelece o enquadramento jurídico das atividades de revelação e aproveitamento de recursos geológicos em território nacional.

A nova regulamentação dos depósitos minerais passa a assentar em três eixos fundamentais: (i) a sustentabilidade ambiental, (ii) o reforço de disponibilização e transparência da informação, bem como da participação pública e, por fim, (iii) a repartição justa dos benefícios económicos da exploração entre o Estado, os municípios onde se insere e as suas populações.

No âmbito do primeiro eixo da sustentabilidade ambiental, assegura que a atividade de revelação e aproveitamento de depósitos minerais apenas possa ser desenvolvida obedecendo aos princípios do *green mining*. Neste sentido, entre outros, (i) exige-se a certificação do plano de lavra pelas entidades competentes; (ii) estabelece-se a intervenção nos procedimentos das entidades competentes na área do ambiente, conservação da natureza, ordenamento do território e património cultural; e (iii) determina-se a obrigatoriedade da fase de pós-avaliação de impacte ambiental nos casos em que tenha havido avaliação de impacte ambiental.

Em relação ao segundo eixo de reforço de disponibilização e transparência da informação, determina-se que todos os procedimentos prévios à atribuição de direitos de uso privativo sejam precedidos de participação pública. Para o efeito, é disponibilizada informação dos elementos relevantes do processo através de sessões públicas de esclarecimento, promovidas pelos requerentes, obrigatórias no caso de concessão de exploração e facultativas no caso da atribuição de direitos de prospeção e pesquisa.

Por fim, com respeito ao terceiro eixo de repartição justa dos benefícios económicos da exploração, consagram-se as obrigações de instalação da sede do concessionário num dos municípios abrangidos, assegurando a repartição dos tributos devidos pelos rendimentos, bem como a existência de um plano de responsabilidade social do concessionário. No que respeita aos encargos de exploração, *royalties*, até aqui reservados ao Estado, procede-se à sua repartição equitativa com os municípios, para benefício das suas populações.

O Decreto-Lei 30/2021 entrou em vigor no dia 8 de maio de 2021.

## 2. Jurisprudencia

---

### Convenio de Aarhus

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 15 de abril de 2021 Friends of the Irish Environment c. Commissioner for Environmental Information (as. C-470/19)*

La sentencia se pronuncia sobre el 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, firmado en Aarhus el 25 de junio de 1998 (el “Convenio de Aarhus”) y la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental (la “Directiva”).

En concreto, la sentencia analiza la facultad del Servicio Judicial (organismo público nacional encargado del archivo, almacenamiento y gestión de los autos judiciales) de denegar a una organización no gubernamental el acceso a los autos judiciales de un litigio con implicaciones medioambientales, una vez que este había concluido y había transcurrido el plazo para interponer recurso.

El Servicio Judicial entendió que podía denegar la solicitud de acceso porque los órganos e instituciones que actúan en el ejercicio de funciones legislativas o jurisdiccionales están excluidos del ámbito de aplicación del Convenio de Aarhus, la Directiva y el derecho nacional aplicable.

A este respecto, la sentencia establece que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar si el Servicio Judicial es una “autoridad pública” incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva —es decir, fundamentalmente una Administración pública o una persona o entidad que ejerza funciones administrativas o públicas relacionadas con el medio ambiente, incluidas las personas o entidades que actúen bajo la autoridad de los anteriores— y si, por el hecho de mantener estrechos vínculos con los órganos jurisdiccionales, bajo cuya autoridad se encuentra, es una autoridad judicial excluida del ámbito de aplicación de la Directiva al igual que tales órganos jurisdiccionales.

Finalmente, la sentencia aclara que no tiene ninguna relevancia que los autos que contienen la información medioambiental solicitada se refieran a procedimientos en curso o concluidos, o a procedimientos que puedan ser reabiertos.

### AAI. Instalación industrial térmica de carbón

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de 6 de mayo de 2021 (recurso núm. 5816/2017)*

Con ocasión de un recurso contencioso-administrativo contra la modificación y actualización de una autorización ambiental integrada (“AAI”) de una instalación industrial térmica de carbón, se plantearon las siguientes cuestiones:

- A. La necesidad de apertura de un trámite de participación pública en el procedimiento de actualización. A este respecto, el Tribunal Supremo indicó que el trámite de participación pública no es necesario cuando la modificación y actualización de la AAI no es sustancial según lo dispuesto en el artículo 14 del RD 815/2013, o, dicho en otras palabras, cuando no sea capaz de cambiar los parámetros básicos de la actividad ni aborde aspectos ambientales significativos de ella. Se rechaza, pues, la causa de nulidad de pleno derecho alegada a este respecto.
- B. La posibilidad de exigir medidas de protección con ocasión de la actualización de la AAI al autorizar el vertido de aguas de la instalación a un río cercano declarado como ZEC (zona especial de conservación) de conformidad con el artículo 6.2 de la Directiva de Hábitats y el artículo 46.2 de la Ley 42/2007. Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo resuelve que sí son exigibles mayores medidas de protección desde el prisma del principio de precaución.
- C. La corrección de los valores límite de emisión (“VLE”) aplicados. La sentencia confirma la corrección de los VLE incluidos en la AAI por estar la instalación acogida al Plan Nacional de Reducción de Emisiones de las Grandes Instalaciones de Combustión —un mecanismo de excepción para eximir a determinadas instalaciones de la aplicación de los VLE generales que se aplicaban en el resto de los casos— y al posterior Plan Nacional Transitorio —que establece que para las instalaciones incluidas en él se mantendrán vigentes los VLE de sus respectivas AAI otorgadas antes del 31 diciembre de 2015—. Concluye que en este caso no procedía, por tanto, aplicar los VLE contenidos en el anejo 3 parte 1 del Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

### **AAI. Modificación de oficio por normativa estatal**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de 26 de mayo de 2021 (recurso núm. 7175/2019)*

La cuestión que suscitó interés casacional es este recurso, interpuesto por una sociedad dedicada a la fabricación de fertilizantes a propósito de la modificación de oficio de su AAI, fue la siguiente: *“Si el órgano ambiental competente puede modificar de oficio una autorización ambiental integrada (AAI), procediendo a exigir nuevas condiciones -como la instalación de un sistema automático de medida (SAM)-, en cualquier momento, incluso sin haber cambiado las circunstancias de la instalación o de sus impactos, que concurrieron en la tramitación y resolución inicial”.*

Para la resolución del recurso fueron objeto de interpretación los artículos 25.4.e) de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación —coincidente con el vigente artículo 26.4.e) del Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre—; 6.4 del Real Decreto 100/2011, de 28 de enero, por el que se actualiza el catálogo de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera y se establecen las disposiciones básicas para su aplicación; y 17.1.a) del Decreto 239/2011, de 12 de julio, por el que se regula la calidad del medio

ambiente atmosférico y se crea el Registro de Sistemas de Evaluación de la Calidad del Aire en Andalucía.

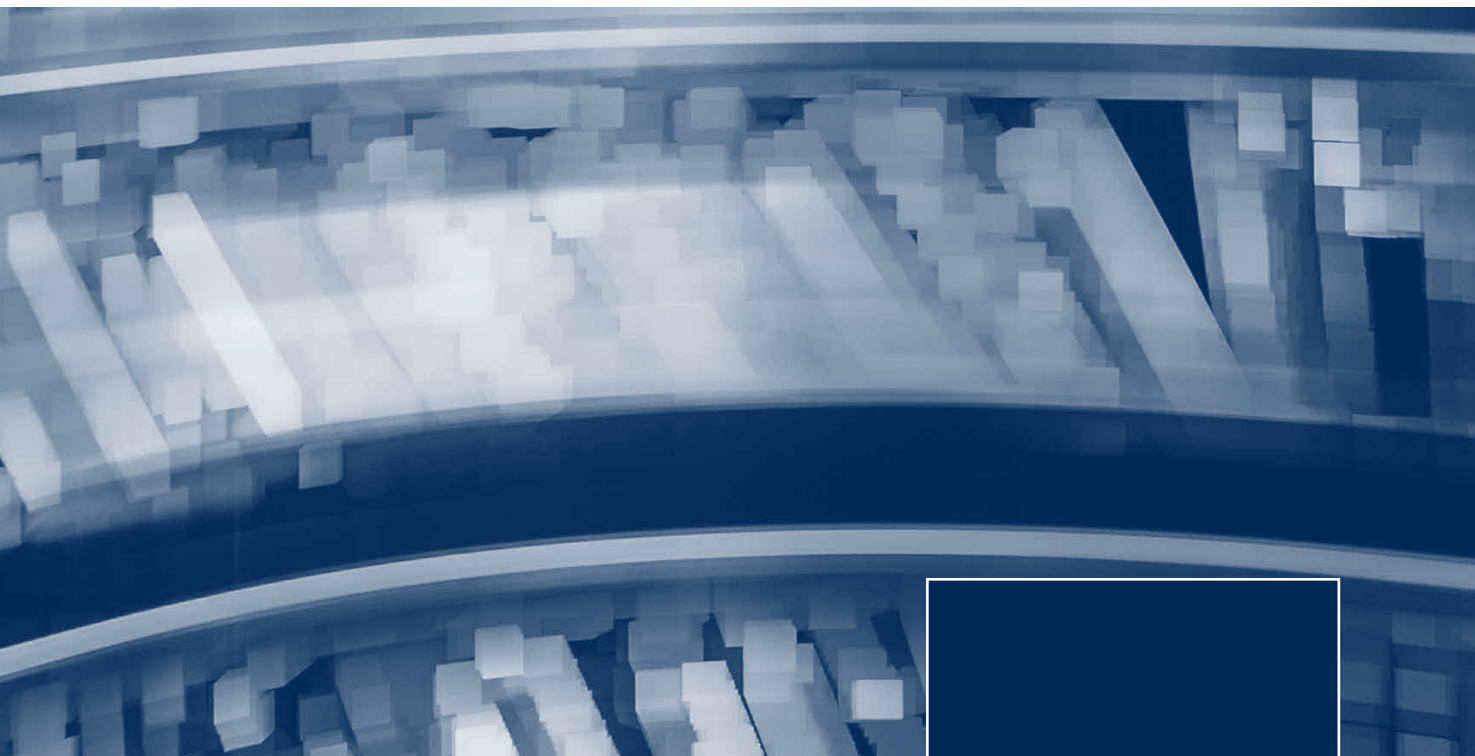
En primer lugar, el Tribunal Supremo parte de una explicación conceptual sobre la naturaleza y finalidad de la AAI, en contraposición de las tradicionales licencias o autorizaciones, en los términos en los que se pronunció en su Sentencia núm. 1439/2020. Concluye que cuando una actividad está sujeta a AAI, subyace la idea de que *"no existe un derecho preexistente al ejercicio de la actividad, ni el legislador ha podido prever y regular agotadoramente la multitud de supuestos en que una actividad es susceptible de deteriorar mediante la contaminación el medio ambiente"*.

En segundo lugar, distingue conceptualmente entre el concepto *"modificación de las instalaciones"* y *"modificación de la AAI"*, puesto que cabe la modificación de la AAI por circunstancias ajenas a la configuración de las instalaciones (por ejemplo, cambio en circunstancias ambientales o urbanísticas).

Por último, el Alto Tribunal concluye que la normativa estatal prevé la modificación de oficio de la AAI cuando la legislación sectorial lo especifique y que, a este respecto, la normativa autonómica establece que tal revisión se produzca para imponer el control en continuo de emisiones. Aplicado al caso, esto supone que se confirma la facultad del órgano ambiental para modificar de oficio una AAI imponiendo nuevas condiciones, en cualquier momento, incluso sin haber cambiado las circunstancias de la instalación o de sus impactos que concurrieron en la tramitación y resolución inicial, siempre que motive de modo razonable y suficiente que la imposición de la nueva condición está justificada y es proporcionada al objetivo que se pretende conseguir.



9 de septiembre de 2021



Mercantil





9 de septiembre de 2021

## 1. Legislación

---

[Unión Europea]

### **BCE. Supervisión de entidades de crédito**

i. Idoneidad

*Decisión (UE) 2021/1438 del Banco Central Europeo de 3 de agosto de 2021, por la que se modifica la Decisión (UE) 2017/935 sobre la delegación de la facultad de adoptar decisiones de idoneidad y sobre la evaluación del cumplimiento de los requisitos de idoneidad (BCE/2021/34) (DOUE de 6 de septiembre de 2021)*

ii. Significatividad

*Decisión (UE) 2021/1437 del Banco Central Europeo de 3 de agosto de 2021, por la que se modifica la Decisión (UE) 2017/934 sobre la delegación de las decisiones sobre la significatividad de las entidades supervisadas (BCE/2021/33) (DOUE de 6 de septiembre de 2021)*

iii. Pasaporte, participaciones cualificadas y revocación de autorización. Delegación

*Decisión (UE) 2021/1440 del Banco Central Europeo de 3 de agosto de 2021, por la que se modifica la Decisión (UE) 2019/1376 sobre la delegación de la facultad de adoptar decisiones relativas al régimen de pasaporte, la adquisición de participaciones cualificadas y la revocación de la autorización de entidades de crédito (BCE/2021/36) (DOUE de 6 de septiembre de 2021)*

iv. Presentación de datos al BCE

*Decisión (UE) 2021/1396 del Banco Central Europeo de 13 de agosto de 2021, por la que se modifica la Decisión BCE/2014/29 sobre la presentación al Banco Central Europeo de los datos de supervisión transmitidos a las autoridades nacionales competentes por las entida-*

---

\* Esta sección ha sido elaborada por Ignacio Klingenberg, Leyre López Itoiz, Teresa Tellechea, Joana Torres Guilherme Neves y Guilherme Drummond, del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

*des supervisadas conforme a los Reglamentos de Ejecución (UE) n.º 680/2014 y (UE) n.º 2016/2070 de la Comisión (BCE/2021/39) (DOUE de 24 de agosto de 2021)*

- v. Supervisión prudencial de las Entidades de Crédito. Reparto de dividendos

*Recomendación del Banco Central Europeo de 23 de julio de 2021, por la que se deroga la Recomendación BCE/2020/62 (DOUE de 29 de julio de 2021)*

A la vista de las últimas proyecciones macroeconómicas, que indican el comienzo de la recuperación económica y una mayor reducción de la incertidumbre económica, el BCE entiende que ya no se dan las razones que justificaron la Recomendación BCE/2020/62 en virtud de la cual se aconsejaba que las entidades de crédito fueran muy prudentes al decidir los importes de los dividendos, al repartirlos o al recomprar acciones para remunerar a los accionistas. Por ello, el BCE considera que la menor incertidumbre económica actual permite llevar a cabo una evaluación supervisora individual y en profundidad de la prudencia de los planes de las entidades de crédito de repartir dividendos y recomprar acciones, así como evaluar prospectivamente sus planes de capital, todo ello en el contexto del ciclo supervisor normal.

Por lo tanto, se deroga con efectos a partir del 30 de septiembre de 2021, la Recomendación BCE/2020/62, sobre el reparto de dividendos durante la pandemia de COVID-19 y por la que se deroga la Recomendación BCE/2020/35.

### **Titulización. Cooperación, intercambios de información y notificaciones entre autoridades competentes**

*Reglamento Delegado (UE) n.º 2021/1415 de la Comisión, de 5 de mayo de 2021, por el que se complementa el Reglamento (UE) n.º 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la cooperación, el intercambio de información y las obligaciones de notificación entre las autoridades competentes y la AEVM, la ABE y la AESPI (DOUE de 30 de agosto de 2021)*

### **Junta Europea de Riesgo Sistémico. Medidas macroprudenciales nacionales**

*Decisión de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, de 6 de agosto de 2021, por la que se modifica la Decisión JERS/2015/4 sobre un marco de coordinación para la notificación de medidas macroprudenciales nacionales por parte de las autoridades pertinentes y la emisión de dictámenes y recomendaciones por la JERS, y por la que se revoca la Decisión JERS/2014/2 (DOUE de 27 de agosto de 2021)*

## Resiliencia operativa digital del sector financiero

*Dictamen del Banco Central Europeo de 4 de junio de 2021 acerca de una Propuesta de Reglamento sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero (DOUE de 26 de agosto de 2021)*

El Banco Central Europeo emitió el Dictamen de 4 de junio de 2021 respecto de una Propuesta de Reglamento sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero, también conocido como DORA por sus siglas en inglés (*Digital Operational Resilience Act*).

DORA pretende establecer un marco único europeo de obligaciones, principios y requerimientos en materia de ciberseguridad para el sector financiero con el propósito de eliminar obstáculos al mercado interior de servicios financieros y mejorar su establecimiento y funcionamiento, armonizando las normas aplicables en el ámbito de la gestión del riesgo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), la presentación de informes, las pruebas y el riesgo de terceros relacionados con las TIC. Además, DORA pretende simplificar y armonizar, evitando duplicidades, los actuales requisitos regulatorios o expectativas de supervisión de acuerdo al vigente derecho de la Unión relativo a las entidades financieras.

Además, se prevé la posibilidad de que los órganos legislativos de la Unión establezcan un régimen transitorio para el periodo comprendido entre la entrada en vigor del reglamento propuesto y la entrada en vigor de las normas técnicas de regulación previstas en él.

## Reestructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Contenido de las cláusulas contractuales

*Reglamento Delegado (UE) n.º 2021/1340 de la Comisión, de 22 de abril de 2021, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que determinan el contenido de las cláusulas contractuales sobre el reconocimiento de las competencias de suspensión de la resolución (DOUE de 16 de agosto de 2021)*

## Seguros y reaseguros

- i. Cálculo de provisiones técnicas

*Reglamento de Ejecución (UE) n.º 2021/1354 de la Comisión, de 6 de agosto de 2021, por la que se establece la información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de junio de 2021 y 29 de septiembre de 2021 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (DOUE de 13 de agosto de 2021)*

- ii. Empresas de seguros y distribuidores de seguros. Factores, riesgos y preferencias de sostenibilidad

*Reglamento Delegado (UE) n.º 2021/1257 de la Comisión de 21 de abril de 2021, por el que se modifican los Reglamentos Delegados (UE) n.º 2017/2358 y (UE) n.º 2017/2359 en lo que respecta a la integración de los factores, los riesgos y las preferencias de sostenibilidad en los requisitos de control y gobernanza de los productos aplicables a las empresas de seguros y los distribuidores de seguros, y en las normas de conducta y de asesoramiento en materia de inversión relativas a los productos de inversión basados en seguros (DOUE de 2 de agosto de 2021)*

El Reglamento modifica el inciso i) en el artículo 4, apartado 3, letra a), los artículos 5 y 6, el apartado 1 en el artículo 7, el apartado 3 en el artículo 8, el apartado 2 en el artículo 10 y el artículo 11, del Reglamento Delegado (UE) n.º 2017/2358, por el que se completa la Directiva 2016/97 en lo que respecta a los requisitos de control y gobernanza de los productos aplicables a las empresas de seguros y los distribuidores de seguros. Asimismo, modifica y el apartado 1 en el artículo 3 y los artículos 9 y 14 del Reglamento (UE) n.º 2017/2359 por el que se completa la Directiva (UE) 2016/97 en lo que respecta a los requisitos de información y las normas de conducta aplicables a la distribución de productos de inversión basados en seguros.

Además, añade los puntos 4 y 5 en el artículo 2 al Reglamento Delegado (UE) n.º 2017/2359, por el que se completa la Directiva (UE) 2016/97 en lo que respecta a los requisitos de información y las normas de conducta aplicables a la distribución de productos de inversión basados en seguros.

- iii. Riesgos de Sostenibilidad

*Reglamento Delegado (UE) n.º 2021/1256 de la Comisión, de 21 de abril de 2021, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) n.º 2015/35 en lo que respecta a la integración de los riesgos de sostenibilidad en la gobernanza de las empresas de seguros y reaseguros (DOUE de 2 de agosto de 2021)*

- iv. Gestores de fondos de inversión alternativos. Riesgos y factores de sostenibilidad

*Reglamento Delegado (UE) n.º 2021/1255 de la Comisión, de 21 de abril de 2021, por el que se modifican el Reglamento Delegado (UE) n.º 231/2013 en lo que atañe a los riesgos de sostenibilidad y los factores de sostenibilidad que deben tener en cuenta los gestores de fondos de inversión alternativos (DOUE de 2 de agosto de 2021)*

- v. Instrumentos financieros

Calidad de los índices de referencia

*Reglamento Delegado (UE) n.º 2021/1352, de 6 de mayo de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 2016/1011 sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los*

*fondos de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican las condiciones para garantizar que la metodología para la determinación del índice de referencia cumpla los requisitos de calidad (DOUE de 13 de agosto de 2021)*

vi. Manipulación de los índices de referencia

*Reglamento Delegado (UE) n.º 2021/1351, de 6 de mayo de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 2016/1011 sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican las características de los sistemas y controles para la identificación y la comunicación de cualquier conducta que pueda entrañar manipulación o intento de manipulación de un índice de referencia (DOUE de 13 de agosto de 2021)*

vii. Índices de referencia en instrumentos financieros. Gobernanza de los administradores

*Reglamento Delegado (UE) n.º 2021/1350, de 6 de mayo de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 2016/1011 sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los requisitos para garantizar que los mecanismos de gobernanza de los administradores sean suficientemente sólidos (DOUE de 13 de agosto de 2021)*

viii. Índice de referencia crucial

*Reglamento Delegado (UE) n.º 2021/1349, de 6 de mayo de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 2016/1011 sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los criterios para la evaluación por las autoridades competentes del cumplimiento en relación con la administración obligatoria de un índice de referencia crucial (DOUE de 13 de agosto de 2021)*

ix. Índice de referencia no significativos

*Reglamento Delegado (UE) n.º 2021/1348, de 6 de mayo de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 2016/1011 sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los criterios con arreglo a los cuales las autoridades competentes podrán requerir cambios en la declaración de cumplimiento de los índices de referencia no significativos (DOUE de 13 de agosto de 2021)*

## **Mecanismo «Conectar Europa»**

*Reglamento (UE) n.º 2021/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2021, por el que se establece el Mecanismo «Conectar Europa» y se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1316/2013 y (UE) n.º 283/2014 (DOUE de 14 de julio de 2021)*

El Reglamento establece el mecanismo «Conectar Europa» (MCE), cuyo objetivo es establecer la base jurídica del MCE para el período posterior a 2020. El MCE tiene por objetivo seguir financiando los proyectos clave en los ámbitos del transporte, el sector digital y la energía.

Deroga, además, el Reglamento (UE) n.º 1316/2013, por el que se crea el mecanismo «Conectar Europa», y el Reglamento (UE) n.º 283/2014 relativo a unas orientaciones para las redes transeuropeas en el sector de las infraestructuras de telecomunicaciones.

[España]

## **Endeudamiento de las comunidades autónomas y entidades locales. Principio de prudencia financiera**

*Resolución de 3 de septiembre de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se actualiza el Anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2019, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales (BOE de 4 de septiembre de 2021)*

## **Comisión Nacional del Mercado de Valores. Delegación de competencias**

*Acuerdo de 29 de julio de 2021, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre delegación de competencias (BOE de 31 de julio de 2021)*

En virtud de este Acuerdo se delegan competencias, entre otras, en materia de verificación de requisitos para la admisión de valores a negociación en mercados regulados, de ofertas públicas de venta y suscripción de valores, de suspensión de la negociación en mercados secundarios, de ventas en corto, de participación en el capital de las sociedades que gestionan mercados regulados de valores y depositarios centrales de valores, en mercados primarios y secundarios, en informes financieros y corporativos, en materia de *sandbox* y de accesibilidad de sitios web y aplicaciones, y de resolución preventiva de empresas de servicios de inversión e índices de referencia. También se delegan competencias en el ámbito de la Dirección General de Entidades y de la Dirección General del Servicio Jurídico y Secretaría del Consejo. Por último, se prevén otras delegaciones de carácter general en materia de intervención y sustitución de entidades, de información reservada, codificación de valores, registro telemático, informes preceptivos relativos a entidades de crédito y entidades aseguradoras y reaseguradoras, e informes, propuestas normativas y consulta pública.

Además, se deja sin efecto el Acuerdo de 11 de marzo de 2021 sobre delegación de competencias.

## Cuentas anuales consolidadas. Modelo

*Orden JUS/793/2021, de 22 de julio por la que se aprueban los modelos de presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas de los sujetos obligados a su publicación (BOE de 26 de julio de 2021)*

En virtud de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, la Ministra de Justicia ha aprobado por medio de esta Orden el nuevo modelo de presentación de cuentas anuales consolidadas en el Registro Mercantil.

Deroga la Orden JUS/318/2018, por la que se aprueba el nuevo modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas, y la Resolución de 22 de mayo de 2019, por la que se modifican los anexos I, II y III de la Orden JUS/318/2018. Se regula, además, un régimen transitorio de los modelos y formatos electrónicos contemplados en virtud del cual los sujetos obligados podrán seguir utilizando el modelo y formato electrónico vigentes para la presentación de las cuentas consolidadas de ejercicios iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2020. Además, se permite la utilización de los modelos aprobados por la Orden y Resolución que se derogan, siempre que la aprobación de las cuentas consolidadas y su depósito en el Registro Mercantil competente se haya efectuado con anterioridad a la entrada en vigor de esta orden (*i. e.*, el 26 de julio de 2021).

## Auditoría de cuentas. Estados financieros y emisión del informe de auditoría (NIA-ES 700)

*Resolución de 9 de febrero de 2021, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre la actuación del auditor en relación con los estados financieros presentados en el Formato Electrónico Único Europeo, y la modificación de la NIA-ES 700 (revisada) «Formación de la opinión y emisión del informe de auditoría sobre los estados financieros» (BOE de 18 de junio de 2021)*

La Resolución publica la Norma Técnica de Auditoría sobre la actuación del auditor en relación con los estados financieros presentados en el Formato Electrónico Único Europeo, y la modificación de la NIA-ES 700 (revisada) «Formación de la opinión y emisión del informe de auditoría sobre los estados financieros».

[Portugal]

## Proposta de alteração ao Código de Valores Mobiliários

*Proposta de Lei n.º 94/XIV/2.ª, de 14 de maio*

O Governo apresentou à Assembleia da República, no dia 14 de maio, a Proposta de Lei n.º 94/XIV/2.ª ("Proposta"), nos termos da qual se propõe, entre outros aspetos, a 39.ª alteração ao CVM.

Entre as diversas alterações propostas, destacam-se as seguintes:

i. Eliminação da figura de sociedade aberta

Dado que a figura da sociedade aberta não encontra paralelo em outros ordenamentos jurídicos e a sua aplicação se tem revelado um fator gerador de incerteza nos agentes económicos, nomeadamente quanto aos critérios de qualificação, âmbito do regime e requisitos para a perda de qualidade de sociedade aberta, o Governo propõe, na Proposta, a eliminação da mesma.

As sociedades abertas existentes na data de publicação desta lei continuarão a reger-se pelas normas legais e regulamentares vigentes até 31 de dezembro de 2022.

ii. Simplificação e clarificação do regime de participação e votação nas assembleias gerais e criação da figura dos certificados de legitimação

O Governo incluiu na Proposta, por forma a facilitar e fomentar o exercício de direitos dos acionistas, a simplificação e clarificação do regime de participação e votação nas assembleias gerais e a criação da figura dos certificados de legitimação.

No que diz respeito ao mecanismo dos certificados de legitimação, irá permitir-se, desta forma, que os beneficiários efetivos dos valores mobiliários possam exercer diretamente os direitos dos acionistas, visando-se superar dificuldades que têm sido sentidas pelos investidores que gostariam de exercer diretamente o direito de voto nas assembleias gerais de sociedades cotadas nacionais em alternativa à tradicional representação pelos bancos custodiantes.

iii. Possibilidade de emissão de ações com direito ao voto plural

Para melhorar a atratividade e competitividade do nosso mercado, a Proposta prevê a introdução da possibilidade de emissão de ações com direito ao voto plural.

Deste modo, as sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado ou em sistema multilateral poderão emitir ações com direito especial ao voto plural, até ao limite de cinco votos por cada ação.

iv. Revisão do regime das ofertas públicas de valores mobiliários

O Governo propõe ainda uma revisão do regime das ofertas públicas de valores mobiliários, propondo-se um conjunto de soluções mais simples, menos onerosas e mais ajustadas à realidade dos emitentes e do mercado de capitais nacional, com vista à sua promoção e dinamização.

Em particular, a Proposta pretende aumentar a transparência na atuação dos administradores da sociedade visada para: (i) prevenir eventuais situações de conflitos de interesses; (ii) eliminar obstáculos ao aparecimento de ofertas concorrentes que apresentem condições mais favoráveis aos destinatários dessas ofertas; e (iii) prever, como exceção



ao dever de lançamento de OPA, a transmissão de controlo *mortis causa*, considerando o interesse de acionistas fundadores em garantir que o controlo da sociedade se mantém na esfera familiar, mesmo que parte do capital da sociedade se encontre disperso pelo público.

Desta forma, prevê-se na Proposta, por exemplo, a eliminação do duplo limiar para exercício do direito de aquisição potestativa, que passa a ser 90% do capital.

As regras supracitadas não se aplicarão a valores mobiliários emitidos por organismos de investimento coletivo, bancos centrais de um dos Estados-Membros da UE e pelo BCE.

## **Registo, Organização e Funcionamento das Agências e Extensões de Agência**

*Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2021, de 7 de junho de 2021 (DR 109, Série II, de 7 de junho de 2021)*

O Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2021, de 7 de junho (“Aviso 4/2021”) regulamenta o registo de agências de instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica com sede em Portugal ou no estrangeiro, que disponham de sucursais em território português (“Instituições”).

Esta regulamentação é efetuada no âmbito da identificação da necessidade de dar enquadramento normativo a recentes formas de prestação de serviços, nomeadamente decorrentes de inovações tecnológicas, clarificando as tipologias de agências que podem ser estabelecidas pelas Instituições e definindo os elementos que devem constar do respetivo registo.

Nesse sentido, é reconhecida uma nova forma de prestação de serviços associada às agências designada por “extensão de agência”, que se caracteriza sobretudo pela ausência de autonomia face à agência a que está associada, ficando numa situação de dependência operacional e funcional em relação àquela.

Em função do local de atividade, as agências e as extensões de agência podem revestir as seguintes tipologias:

- i. “Fixas”, quando a atividade seja exercida em bens imóveis, nomeadamente em prédios, frações autónomas, espaços comerciais ou *stands* instalados em bens imóveis;
- ii. “Móveis”, quando a atividade seja exercida em bens móveis, tais como veículos automóveis.

Podem ser realizadas nas extensões de agência todas as operações que são efetuadas na agência da qual dependem. No entanto, cumpre notar que cada agência pode apenas estabelecer, no máximo, cinco extensões.

O Aviso 4/2021 esclarece que não são consideradas agências nem extensões de agências os locais onde se efetuam operações bancárias e outras operações financeiras apenas com recurso a meios automáticos, nomeadamente máquinas de distribuição e tratamento de notas.

As Instituições devem, no prazo de 30 dias a contar da data do facto, registar junto do BdP os seguintes elementos relativos às agências:

- A. Tipologia da agência;
- B. Extensões de agências, caso existam;
- C. Data de abertura;
- D. Morada ou zona de atuação.

No âmbito do pedido de registo, as Instituições reportam ao BdP um leque de informações, nomeadamente o horário de funcionamento, itinerário, partilha de espaço com outras entidades, e, no caso das extensões de agências, o elenco das operações a realizar e a descrição detalhada da dependência funcional e operacional em relação à agência da qual dependem.

O Aviso 4/2021 entrou em vigor no dia 8 de junho de 2021.

### **Critérios para Identificar os Membros do Pessoal que têm Impacto no Perfil de Risco da Instituição**

*Regulamento Delegado (UE) 2021/923, de 25 de março de 2021 (JOUE L 203/1, 9 de junho de 2021)*

Foi publicado o Regulamento Delegado (UE) 2021/923, da Comissão, de 25 de março ("Regulamento Delegado 2021/923"), que complementa a Diretiva 2013/36/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho ("Diretiva 2013/36"), no que diz respeito às normas técnicas de regulamentação que estabelecem os critérios para definir responsabilidades de gestão, funções de controlo, unidades de negócio significativas e impacto significativo no perfil de risco de uma unidade de negócio, e que estabelecem critérios para identificar os membros ou categorias do pessoal cujas atividades profissionais têm um impacto no perfil de risco da instituição comparável ao dos membros ou categorias de pessoal a que se refere o artigo 92.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 3, da Diretiva 2013/36.

Os critérios são definidos tendo em conta os poderes e responsabilidades dos membros do pessoal, o perfil de risco e os indicadores de desempenho da instituição, a sua organização interna, assim como a natureza, o âmbito e a complexidade da instituição em causa. Estes critérios deverão permitir às instituições estabelecer incentivos adequados nas respetivas políticas de remuneração, a fim de assegurar que os membros do pessoal em causa agem com prudência no exercício das suas funções.

De forma a identificar os membros do pessoal relevantes para estes efeitos, o Regulamento Delegado 2021/923 estabelece critérios qualitativos e quantitativos.

Relativamente aos critérios qualitativos, considera-se que os membros do pessoal têm um impacto significativo no perfil de risco da instituição se (i) assumem responsabilidades de gestão por determinadas áreas de negócio, como, por exemplo, assuntos jurídicos, finanças, recursos humanos ou tecnologias de informação; (ii) têm responsabilidades de gestão relativamente às categorias de risco definidas nos artigos 79.º a 87.º da Diretiva 2013/36 (risco de crédito e de contraparte, residual, de titularização, de mercado); (iii) têm poder de decisão sobre determinadas posições em risco de crédito; (iv) têm poder de decisão relativamente a certas transações da carteira de negociação; (v) têm responsabilidades de gestão sobre grupo de membros do pessoal; ou (vi) têm poder de decisão quanto à introdução de novos produtos.

Em termos quantitativos, o Regulamento Delegado 2021/923 define que, em princípio, têm um impacto significativo no perfil de risco da instituição os membros do pessoal que, em relação ao exercício financeiro anterior (i) tenham recebido uma remuneração total igual ou superior a EUR 750.000; ou (ii) façam parte dos 0,3% a quem foram atribuídas as remunerações totais mais elevadas (e instituição tenha mais de 1000 membros do pessoal). As instituições poderão, contudo, ilidir esta presunção, mediante a verificação de determinados requisitos e a aprovação prévia da autoridade de supervisão competente.

O presente diploma é aplicável, nos termos da Diretiva 2013/36, para além das instituições de crédito, às empresas de investimento.

O Regulamento Delegado 2021/923 entrou em vigor no dia 14 de junho de 2021.

## **Alteração do conteúdo do processo a apresentar pelo inquiridor à ESMA**

*Regulamento Delegado (UE) 2021/732 da Comissão, de 26 de janeiro*

Foi publicado o Regulamento Delegado (UE) 2021/732 da Comissão, de 26 de janeiro (“Regulamento”), que altera o Regulamento Delegado (UE) 667/2014, no que diz respeito ao conteúdo do processo a apresentar pelo inquiridor à ESMA, ao direito a ser ouvido no que respeita às decisões provisórias e ao depósito de coimas e sanções pecuniárias.

Destacam-se as alterações seguintes introduzidas pelo Regulamento:

- i. O processo completo a apresentar pelo inquiridor à ESMA deve incluir os seguintes documentos: (i) as conclusões e uma cópia das conclusões dirigidas à pessoa sujeita a investigação; (ii) uma cópia das observações apresentadas por escrito pela pessoa sujeita a investigação; e (iii) as atas de qualquer audição oral;
- ii. O inquiridor deve apresentar o processo juntamente com as suas conclusões à ESMA e informar imediatamente a pessoa sujeita a investigação das suas conclusões, mas sem lhe dar a oportunidade de apresentar observações;
- iii. Se a ESMA considerar que os factos descritos nas conclusões do inquiridor não parecem constituir uma infração, deve tomar a decisão de encerrar a investigação, notificando essa decisão à pessoa sujeita a investigação;

- iv. Por outro lado, se a ESMA decidir que a pessoa sujeita a investigação cometeu uma ou mais infrações e adotar uma decisão provisória que imponha medidas de supervisão, deve notificar imediatamente essa decisão provisória à pessoa em causa;
- v. Se, com base num processo completo e após ter ouvido as pessoas sujeitas a investigação, a ESMA considerar que a pessoa sujeita a investigação cometeu uma ou mais infrações, deve adotar uma decisão confirmativa que imponha uma ou mais das medidas de supervisão, devendo notificar imediatamente a pessoa em causa dessa decisão;
- vi. Até serem considerados definitivos, os montantes das coimas e sanções pecuniárias cobradas pela ESMA devem ser depositados numa conta remunerada, aberta pelo contabilista da ESMA. Caso a ESMA cobre várias coimas ou sanções pecuniárias em paralelo, o contabilista da ESMA deve assegurar que as mesmas são depositadas em diferentes contas ou subcontas. Os montantes pagos não devem ser inscritos no orçamento da ESMA ou registados como montantes orçamentais.

O presente regulamento entrou em vigor no dia 7 de maio de 2021.

## **Complemento do regime das regras processuais aplicáveis às coimas e sanções pecuniárias impostas pela ESMA**

*Regulamento Delegado (UE) 2021/731 da Comissão, de 26 de janeiro*

Foi publicado o Regulamento Delegado (UE) 2021/731 da Comissão, de 26 de janeiro (“Regulamento”), o qual vem complementar o Regulamento (UE) 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, no que diz respeito às regras processuais aplicáveis às coimas e sanções pecuniárias impostas pela ESMA às contrapartes centrais de países terceiros ou a terceiros com elas relacionados.

Em especial, o Regulamento especifica de forma mais pormenorizada as regras processuais aplicáveis à imposição de coimas e sanções pecuniárias pela ESMA às contrapartes centrais (“CCP”) de países terceiros ou a terceiros aos quais essas CCP tenham subcontratado funções ou atividades operacionais que sejam sujeitas a investigações e ações executivas da ESMA, especificando de igual modo as regras sobre os direitos de defesa e os prazos de prescrição.

Adicionalmente, o diploma em questão regulamenta o direito da pessoa sujeita a investigação a ser ouvida pela ESMA no que concerne à imposição de coimas e medidas de supervisão, de sanções pecuniárias, ou de decisões provisórias que imponham coimas e de decisões provisórias que imponham sanções pecuniárias.

A ESMA deve permitir ainda o acesso ao processo às partes a quem o inquiridor ou a ESMA enviou as conclusões, sempre que solicitado. O referido acesso será facultado após notificação de quaisquer conclusões.

Finalmente, os poderes conferidos à ESMA para **aplicar coimas e sanções** pecuniárias às CCP de países terceiros e a terceiros aos quais as CCP de países terceiros tenham subcontratado funções ou atividades operacionais ficam sujeitos a um prazo de prescrição de cinco anos, que começa a

contar no dia seguinte àquele em que foi cometida a infração ou na data em que tiver cessado a infração, quando diga respeito a infrações continuadas ou repetidas. Já no que diz respeito à **execução de coimas e sanções** pecuniárias, o poder da ESMA está sujeito a um prazo de prescrição de oito anos, que começa a contar no dia seguinte àquele em que a decisão se torna definitiva.

O presente regulamento entrou em vigor no dia 7 de maio de 2021.

## **Cláusulas contratuais gerais**

*Lei n.º 32/2021, de 27 de maio (DR 103, Série I, de 27 de maio de 2021)*

Foi publicada a Lei n.º 32/2021, de 27 de maio (“Lei 32/2021”) que estabelece limitações à redação de cláusulas contratuais e prevê a criação de um sistema de controlo e prevenção de cláusulas abusivas, alterando o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

Nos termos da Lei 32/2021, passam a ser absolutamente proibidas as cláusulas contratuais gerais que se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15.

Adicionalmente, a Lei 32/2021 prevê ainda que o Governo deverá regulamentar este diploma no prazo de 60 dias, designadamente criando um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas, garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades.

A Lei 32/2021 entra em vigor no dia 25 de agosto de 2021.

## **Arquivo eletrónico de documentos notariais**

*Portaria n.º 121/2021, de 9 de junho de 2021 (DR 111, Série I, de 9 de junho de 2021)*

Foi publicada em Diário da República a Portaria n.º 121/2021 (“Portaria”), que veio regulamentar: (i) o arquivo eletrónico de documentos lavrados por notários e de outros documentos arquivados nos cartórios, (ii) a disponibilização dos referidos documentos através de certidão notarial permanente, passando, desta forma, a comprovação, para efeitos de registo, dos factos constantes de documentos que devam ser arquivados eletronicamente, a ser feita através da respetiva consulta eletrónica desse documento, mediante a apresentação de um código de acesso à certidão permanente, e (iii) a participação dos atos por via eletrónica, pelos notários, à Conservatória dos Registos Centrais.

Por força desta Portaria, passam a estar obrigatoriamente sujeitos a arquivo na data da sua elaboração, através de plataforma eletrónica disponibilizada e gerida pela Ordem dos Notários, (i) os documentos lavrados por notário relativamente aos quais deva ser participada informação à Conservatória dos Registos Centrais nos termos do artigo 187.º do Código do Notariado, aqui se incluindo os testamentos públicos; os instrumentos de aprovação, depósito ou abertura de testamentos cerrados e de testamentos internacionais e as escrituras públicas; (ii) os documen-

tos particulares autenticados por notário que não titulem atos sujeitos a registo predial; e (iii) os documentos lavrados por notário que envolvam aceitação, ratificação, retificação, alteração ou revogação de documento previamente arquivado eletronicamente.

Adicionalmente, a pedido de qualquer interessado, podem igualmente ser sujeitos a arquivo eletrônico (i) os instrumentos de atas de reunião de órgãos sociais; (ii) os instrumentos de procurações que não estejam sujeitas a registo obrigatório na base de dados das procurações, criada pelo artigo 1.º da [Lei n.º 19/2008](#), de 21 de abril; e (iii) os documentos que forem entregues nos cartórios para ficarem arquivados.

A presente portaria entrará em vigor no dia 9 de dezembro de 2021.

## 2. Jurisprudencia

---

### **Nombramiento de mediador concursal**

*Resolución de 24 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 10 de junio de 2021)*

En este caso, una sociedad limitada solicita de la Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Valencia la designación de mediador concursal. La Cámara de Comercio de Valencia, considerándose competente, acepta la solicitud y designa a un mediador concursal. Con posterioridad, la secretaria de la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Valencia solicitó la anotación del nombramiento del mediador concursal en el Registro Mercantil de conformidad con el artículo 649 del Real Decreto Legislativo 1/2020, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal ("Ley Concursal"). El registrador la deniega por entender que correspondía al Registro Mercantil la tramitación del procedimiento.

La cuestión a dilucidar consiste en determinar si es competente la Cámara de Comercio de Valencia para conocer del procedimiento de designación de mediador concursal cuando el solicitante es una sociedad mercantil, específicamente una sociedad limitada. Para la DGSJFP la respuesta debe ser rotundamente afirmativa a tenor del contenido de la previsión legal contenida en el artículo 638 de la Ley Concursal.

Por lo tanto, DGSJFP acuerda estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

### **Clausulas estatutarias. Objeto social y remuneración de administradores**

*Resolución de 25 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 10 de junio de 2021)*

En el presente expediente el Registro Mercantil rechazó la inscripción de dos artículos estatutarios de una sociedad limitada con base en dos defectos. El primero de ellos se refiere al artículo rela-

tivo al objeto social, que prevé como objetivo principal, en resumen, la suscripción o adquisición, tenencia, administración y enajenación de acciones y participaciones en el activo de sociedades de toda clase. Si bien, incluye también en el objeto social el asesoramiento financiero. El registrador rechazó la inscripción argumentando que el asesoramiento financiero está reservado, en exclusiva, por los artículos 143 y 144 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, a las empresas de servicios de inversión, cuyos requisitos, autorización e inscripción en los correspondientes registros administrativos no son cumplidos por la sociedad.

En relación con este primer defecto, la DGSJFP confirma el argumento del registrador y la calificación registral en este punto. No obstante, dado que en la escritura se solicitó expresamente la inscripción parcial, la DGSJFP considera que el registrador debe acceder a ella, conforme artículo 63 del RRM, excluyendo la disposición relativa al asesoramiento financiero, pues no afecta a la esencia del negocio jurídico formalizado, y las restantes actividades incluidas en el objeto social cuya inscripción se rechaza tienen autonomía en relación con la actividad rechazada.

La segunda objeción que el registrador opone a la inscripción solicitada se refiere al artículo de los estatutos sociales, según el cual *"el cargo de administrador es retribuido y consiste, no en una participación en los beneficios, sino en una cantidad fija que cada año establecerá la junta general. Además, se prevé que el desempeño del cargo de administrador es compatible con el desempeño de otras tareas laborales para la entidad. En el caso de que las mencionadas tareas sean las labores de gerencia y dirección de la entidad, la remuneración por estas labores consistirá en una cantidad fija que cada año determinará la junta general"*. A juicio del registrador, deberán condicionarse las retribuciones que el administrador perciba por relaciones laborales a que este desarrolle como consecuencia de ellas una actividad distinta a la que le corresponde como órgano de administración y excluyendo las relaciones laborales de alta dirección.

Frente a la objeción anterior, la DGSJFP argumenta que, en el caso discutido, en que el cargo de administrador es retribuido, la redacción de la cláusula estatutaria objeto de debate podría haber sido más clara. Pero, interpretada en su conjunto (vid. la Resolución de este centro directivo de 12 de mayo de 2014) y del modo más adecuado para que produzca efecto, debe entenderse que consta en los estatutos debidamente el sistema de retribución de los administradores por el ejercicio de las funciones inherentes a dicho cargo, de modo que únicamente existe falta de fijación estatutaria del sistema retributivo para esas *"otras tareas laborales para la entidad"* distintas del desempeño del cargo de administrador —con el que son compatibles, según la misma disposición estatutaria—. Así interpretada la cláusula debatida, debe entenderse que lo que se dispone es que la remuneración por las tareas que sean las labores de gerencia y dirección de la entidad es la prevista, en general, para el cargo de administrador, es decir, una cantidad fija que cada año determinará la junta general. Entiende, por tanto, que sí hay distinción entre la retribución por las labores inherentes al cargo de administrador y por las labores de gerencia y dirección distintas de las anteriores.

A la luz de lo anterior, la DGSJFP ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la calificación únicamente respecto del segundo de los defectos impugnados, y desestimarlos, con confirmación de la calificación, respecto del primer defecto.

## Nombramiento y cese de cargos

*Resolución de 1 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 16 de junio de 2021)*

En el presente expediente se pretende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de una sociedad anónima adoptados por su consejo de administración de forma unánime y celebrada con carácter universal. El acuerdo en cuestión se adoptó el 23 de noviembre de 2020 y acordaba el cese del secretario no consejero y el nombramiento de otro secretario. El secretario cesado fue nombrado para el cargo el 29 de octubre de 2004 por la junta general.

Interesa hacer constar que los estatutos sociales de la sociedad, en uno de sus artículos, preveían lo siguiente: *"El Consejo de Administración designará, en caso de no haberlo realizado la Junta General, un Secretario y, potestativamente, un Vicesecretario, pudiendo recaer el nombramiento en quienes no sean administradores, en cuyo caso actuarán con voz pero sin voto [...]"*.

El registrador suspendió la inscripción esgrimiendo que, según el artículo transcrito, el consejo solo tenía facultad para nombrar secretario en el caso de la junta general no lo hubiera nombrado. Argumentó que, para proceder al nombramiento por el consejo, se debían dar dos requisitos: en primer lugar, debía estar vacante el cargo, por cese o por otra causa legal, ya que el cargo no tenía plazo de caducidad; y, en segundo lugar, que la junta general no hubiera provisto un nuevo nombramiento.

Por el contrario, la DGSJFP estimó el recurso interpuesto por la sociedad anónima y revocó la calificación del registrador al considerar que la disposición estatutaria debatida, según su propio contenido literal, no impedía que el consejo de administración cesara del cargo a quien hubiera sido designado secretario no consejero ni, en caso de que dicho cargo se hallara vacante, designar a otra persona para que lo desempeñara.

## Escisión parcial

*Resolución de 8 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 29 de junio de 2021)*

Se pretende inscribir una escritura subsanatoria de otra de escisión parcial, con aumento de capital en la beneficiaria. La escisión parcial se inscribió en el Registro Mercantil el 22 de marzo de 2018. En la escritura subsanatoria, de fecha 20 de noviembre de 2020, los administradores de la sociedad escindida y beneficiaria elevaron a público nuevas certificaciones de las actas de las juntas universales de ambas sociedades del día 8 de junio de 2017, porque las certificaciones expedidas en su día no recogían con exactitud el contenido íntegro de los acuerdos adoptados en ellas. En las certificaciones constaba que se aprobaba por unanimidad el proyecto de escisión y el acuerdo de escisión, con aumento de capital de la beneficiaria, y en el punto quinto de ambas juntas ("Régimen fiscal de la operación de escisión"), se acordaba *"someter los presentes acuerdos de escisión a condición suspensiva consistente en la obtención de resolución favorable de consulta vinculante formulada expresamente al efecto o pericial emitida por profesional de reconocido pres-*



*tigio en el mismo sentido*", siendo este acuerdo la diferencia con el contenido ya inscrito en el Registro Mercantil.

El registrador denegó la inscripción de la escritura subsanatoria argumentando que, como constaba inscrita la escisión parcial de la sociedad escindida en beneficio de la sociedad beneficiaria, ha desplegado toda su eficacia, sin que pueda someterse el acuerdo de escisión —en virtud de escritura subsanatoria posterior de fecha 20 de noviembre de 2020— a la condición suspensiva que, por su propia naturaleza, pretende la eficacia retroactiva del cumplimiento de la condición consistente en la obtención de resolución favorable de consulta vinculante formulada expresamente al efecto o pericial emitida por profesional de reconocido prestigio sobre la aplicación del régimen fiscal especial que se establece en el capítulo VII del título II de la Ley del Impuesto de Sociedad. En consecuencia, estando inscrito el acuerdo de escisión y siendo plenamente válido y eficaz, no se puede someter después a su inscripción a condición suspensiva, pues el principio de legitimación registral establece que el contenido del Registro se presume exacto y válido, estando los asientos bajo la salvaguardia judicial y produciendo sus efectos en tanto no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad.

Contra la anterior calificación, el administrador solidario de la sociedad escindida interpuso recurso frente al que la DGSJFP argumentó que debe tenerse en cuenta que la legislación societaria se inspira en dos grandes principios: (i) el de la seguridad jurídica, que trata de hacerse efectivo mediante el sometimiento de los actos de nacimiento de las sociedades y sus modificaciones al control notarial y registral, ejercido en el ámbito respectivo por profesionales cualificados en el conocimiento del ordenamiento jurídico; y (ii) el de la seguridad del tráfico, que trata de hacerse realidad mediante la regulación de determinados supuestos de apariencia en la que pueden confiar los terceros, por cuanto el ordenamiento los protege. Continúa diciendo que la cuestión que debe plantearse es si puede inscribirse una escisión sujeta a condición suspensiva, cuyos efectos no se producirán, aun cuando lo sea con carácter retroactivo, hasta que la condición se cumpla.

La confluencia de consentimientos negociales existe desde que las juntas generales de ambas sociedades acuerdan la escisión (artículos 40 y 73 de la Ley sobre modificaciones estructurales), pero solo implica que desde ese momento las sociedades participantes están vinculadas entre sí por el contenido del acuerdo, haya existido o no previo proyecto de fusión (artículos 1254 y 1261 del Código Civil). Los plenos efectos de la escisión solo se alcanzan al culminar el procedimiento previsto por el legislador mediante la escrituración del acuerdo y su inscripción en el Registro Mercantil (artículo 46 de la Ley sobre modificaciones estructurales), momento en que el negocio despliega su eficacia en el ordenamiento y es plenamente oponible frente a cualquiera. Por lo tanto, si el acuerdo de escisión se sujeta a condición suspensiva, dado que los peculiares efectos de esta modificación estructural no se despliegan sino desde que el evento condicional se cumpla, no podrá inscribirse sin que se acredite su cumplimiento.

Lo mismo ocurre con el supuesto de ampliación de capital, por cuanto el artículo 315 de la Ley de Sociedades de Capital ("LSC") establece que *"el acuerdo de aumento de capital social y la ejecución del mismo deberán inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil"*, y el acuerdo de escisión inscrito conlleva un aumento de capital social en la beneficiaria. Por lo tanto, para poder rectificar el contenido del Registro, en este caso concreto, y no ser inscribible la escisión sujeta a condición suspensiva, las dos sociedades afectadas deberían consentir la cancelación de los asientos practi-

cados y tomar al mismo tiempo las medidas oportunas para proteger los intereses de los acreedores, por cuanto se dejaría sin efecto el aumento de capital practicado en la beneficiaria. Finalmente, la DGSJFP considera que, al no ser objeto del recurso, no puede entrar a pronunciarse sobre si estamos ante una auténtica condición suspensiva y si tiene un plazo señalado de cumplimiento.

En consecuencia, la DGSJFP acordó desestimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los fundamentos anteriores.

### **Préstamo hipotecario. Depósito previo de las condiciones generales de contratación**

*Resolución de 17 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 7 de julio de 2021)*

En la escritura de préstamo hipotecario objeto de calificación, el notario hace constar que la entidad de crédito ha hecho el depósito registral previo de las condiciones generales de contratación relativas a esta operación.

El registrador señala como defecto que el notario debe hacer constar de forma expresa que él mismo ha verificado el previo depósito por la entidad acreedora de las condiciones generales en dicho Registro especial, sin que sea suficiente la manifestación de los interesados al respecto o la advertencia del notario sobre la obligación de depositar.

El notario recurrente alega que en la expresión “verificando” que emplea se encuentra incluida la verificación notarial exigida; pero el registrador y la DGSJFP entienden que de los distintos términos empleados en la escritura en relación con la inscripción o depósito de las condiciones generales de la contratación resulta que se trata de manifestaciones de las partes contratantes, sin que conste expresamente en dicha escritura que el notario haya realizado la comprobación de tal extremo.

En consecuencia, la DGSJFP confirma la calificación del registrador.

### **Cese de administrador solidario**

*Resolución de 28 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 21 de julio de 2021)*

Se debate si es inscribible en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público del acuerdo social de cese de uno de los dos administradores solidarios que tiene la sociedad, o si es necesario para inscribir el cese que se acuerde simultáneamente el nombramiento de algún otro administrador solidario o el cambio de estructura del órgano de administración.

En este caso, el acuerdo es adoptado por junta general convocada con asistencia del 55 % del capital social y por unanimidad de los votantes. Teniendo en cuenta que lo único solicitado al Registro es el cese de uno de los dos administradores solidarios, sin que haya acuerdo sobre el nombramiento de uno nuevo, dicho cese puede tener acceso al Registro, sin que pueda entrarse

a valorar las consecuencias que sobre la vida social tendrá que la sociedad se quede con un solo administrador solidario, por no ser esta la cuestión planteada en el recurso.

Así, se estima el recurso y se revoca la calificación impugnada.

## **Disolución, nombramiento de liquidador y liquidación de una sociedad limitada**

*Resolución de 5 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 26 de julio de 2021)*

Se pretende la inscripción de una escritura de disolución, nombramiento de liquidador y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal. La elevación a instrumento público de los correspondientes acuerdos sociales se hace tomando como base la certificación emitida por el propio recurrente como liquidador único nombrado en el acto certificado, y entre los acuerdos elevados se encuentra el previo de destituirle como administrador único. La socia única inscrita ha fallecido con anterioridad a los acuerdos adoptados, que se dicen tomados por el propio recurrente como representante de la comunidad hereditaria, considerada al efecto como "socia única" de la compañía.

Suspendida la calificación de la escritura por no acreditar el pago de los impuestos, pero vigente el asiento de presentación, tiene entrada en el Registro Mercantil la documentación relativa a la declaración en concurso de la herencia yacente de la socia única y la decisión del administrador concursal de designarse a sí mismo administrador único de la sociedad. Transcurrido el período de vigencia del asiento de presentación de la primera escritura sin que se acreditara el pago de los impuestos, gana prioridad el presentado por la administración concursal de la herencia yacente, y la registradora inscribe al designado como administrador único. Presentada de nuevo la primera escritura y subsanado el defecto referente al pago de impuestos, la registradora procede a la calificación y, en función de la nueva situación registral, emite la nota que es objeto de recurso.

En relación con la argumentación esgrimida por el recurrente sobre la condición de representante del socio único, condición que atribuye a la "comunidad hereditaria" surgida tras el fallecimiento de la persona que con ese carácter figuraba inscrita en el Registro, la DGSJFP indica que la afirmación contenida en la certificación sobre la conservación de las facultades de administración y disposición por parte del socio único se contradice con lo dispuesto en el artículo 570 del texto refundido de la Ley Concursal (reflejo del artículo 40.5 de la Ley Concursal precedente), en los siguientes términos: *"En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que el juez pueda modificar esta situación"*. Sin embargo, el recurrente insiste en que el socio único conservó las facultades de administración y disposición hasta que le fueron suspendidas por auto de fecha 26 de octubre de 2020.

La DGSJFP afirma que, considerando la hipótesis de que las facultades hubieran estado simplemente intervenidas, faltaría el beneplácito de la administración concursal que, con carácter general, exige en tales casos el artículo 106.1 del texto refundido de la Ley Concursal, requisito que no puede entenderse cumplido con la mera manifestación de haberse solicitado su presencia y

no haber comparecido, ni considerarse innecesario ante un cambio de tanta trascendencia en el patrimonio sometido a concurso, y cuya falta determinaría la anulabilidad del acto a instancia de la administración concursal (artículo 109 de la Ley Concursal). La constancia en el Registro Mercantil de la identidad del socio único y del concurso de su herencia yacente se presenta como un obstáculo difícil de franquear sin una modificación previa de las situaciones en que se sustentan. Aunque el Registro Mercantil no tiene por objeto la publicación de la titularidad de las participaciones de sociedades de capital, por lo que, en principio, no corresponde al registrador en su calificación entrar en cuestiones de legitimación para el ejercicio de los derechos sociales, en este caso concreto el contenido del registro únicamente legitima al administrador concursal para ejercer los derechos de socio en la junta general de la compañía. Si a la situación de yacencia ha sucedido la de aceptación plena (artículo 567 del texto refundido de la Ley Concursal), o de cualquier otro modo han desaparecido los presupuestos determinantes de la declaración de insolvencia, los herederos deberán solicitar del juez la declaración de la conclusión del concurso.

En vista de lo anterior, la DGSJFP desestima el recurso y confirmar la nota de calificación impugnada.

### **Retribución de consejeros. Estatutos**

*Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 26 de julio de 2021)*

En este expediente se dilucida si es o no fundada la calificación según la cual el registrador suspende la inscripción de la cláusula de los estatutos relativa a la retribución de los miembros del consejo de administración a los que se les atribuyan funciones ejecutivas, porque considera que esa remuneración debe ser aprobada por la junta general de la sociedad, de conformidad con lo previsto en los artículos 217 y 249 de la LSC y la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero 2018.

La DGSJFP estima el recurso al entender que, en la línea de flexibilidad que en la interpretación de los artículos 217 y 249 de la LSC patrocina la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, ha admitido que, aun cuando los distintos conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán estos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad para que se detalle si se le remunerará por todos o solo por algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos. De este modo se compatibiliza la debida protección de los socios, por cuanto se fijan en estatutos los posibles conceptos retributivos y se aprueba en junta general el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, con la adaptación a las necesidades de la práctica, por cuanto se atribuye al consejo de administración la competencia de elegir, caso por caso, entre los distintos conceptos retributivos previstos en los estatutos, aquellos concretos que deben incluirse en el contrato al que se refiere el artículo 249 de la LSC, sin necesidad de modificación estatutaria alguna.

La DGSJFP concluye que en el presente caso no cabe rechazar la inscripción, pues la cláusula debatida es análoga a la admitida por el centro directivo en la Resolución de 31 de octubre de 2018 y se ajusta a los parámetros de lo establecido en los artículos 217 y 249 de la LSC.

## Constitución de hipoteca. Tasación

*Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 26 de julio de 2021)*

La única cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si en las hipotecas constituidas a favor de entidades distintas de las expresadas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, la tasación de la finca hipotecada tiene que ser necesariamente realizada por sociedad de tasación homologada, o puede ser hecha por otro tipo de entidades o personas físicas que tengan entre sus funciones profesionales la de tasación de inmuebles.

Como datos concretos concurrentes en este supuesto se señala que la obligación garantizada es un reconocimiento de deuda que lleva a cabo una persona física de profesión agricultor, que deriva de sus relaciones comerciales con la empresa acreedora, en garantía de la cual hipoteca dos fincas rústicas. En la descripción registral de una de ellas figura, ya desde el año 1997, que dentro existe una casa de teja en estado ruinoso. El registrador acordó no practicar la inscripción de la escritura de constitución de la hipoteca esgrimiendo por defecto que *"falta incorporar a la escritura los certificados vigentes de tasación de las fincas, emitidos por sociedad de tasación homologada, independiente del prestamista"*.

Según la DGSJFP, tratándose de hipotecas constituidas a favor de sujetos distintos de los mencionados en el citado artículo 2 de la Ley 2/1981, parece que la tasación no necesariamente ha de ser verificada por entidad oficial de tasación, por cuanto el artículo 2 de la Orden ECO/805/2003, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, expresamente delimita su ámbito: *"La presente Orden será de aplicación siempre que el valor de tasación se utilice para alguna de las finalidades siguientes: a) Garantía hipotecaria de créditos o préstamos que formen o vayan a formar parte de la cartera de cobertura de títulos hipotecarios emitidos por las entidades, promotores y constructores a que se refiere el artículo segundo del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario"*.

Por lo tanto, la DGSJFP señala que, en los préstamos hipotecarios concedidos por entidades distintas de las expresadas en el artículo 2 de la citada Ley 2/1981, la tasación puede ser realizada por una entidad que no necesariamente sea de las homologadas, y puede ser realizada por otras entidades o personas físicas que tengan entre sus funciones profesionales la de tasación de inmuebles. Es decir, en tales supuestos no se exceptiona la exigencia de la realización de una tasación profesional de la finca o bien hipotecado, pero sí la cualificación oficial de la entidad (como entidad homologada) que realice la tasación.

Según la DGSJFP a la misma conclusión se llega por aplicación de los artículos 7 de la Ley 2/1981 y 8 del Real Decreto 716/2009, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, al decir ambos que *"los bienes inmuebles por naturaleza sobre los que recaiga la hipoteca deberán haber sido tasados con anterioridad a la emisión de títulos por los servicios de tasación de la entidad financiera prestamista o de entidades homologadas, con arreglo a lo que dispone este real decreto. Dicha tasación tiene por objeto estimar de forma adecuada el precio que pueden alcanzar aquellos"*

*bienes de manera que su valor se constituya en garantía última de las entidades financieras y de los ahorradores que participen en el mercado”.*

La DGSJFP añade que ese significado de dualidad de entidades tasadoras es el que, en consecuencia, ha de atribuirse a la expresión “en su caso” a que se refieren los artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria tras la reforma operada por la Ley 19/2015, y vigente en la actualidad. Debe exigirse el certificado de tasación por entidad homologada solo cuando concorra la doble exigencia subjetiva y objetiva de ser concedidas por entidades de crédito de las previstas por el citado artículo 2 de la Ley 1/1981 y poder servir de cobertura para la emisión de títulos hipotecarios.

En consecuencia, la DGSJFP acuerda estimar el recurso y revocar la nota de calificación.

### **Nombramiento de liquidador**

*Resolución de 15 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 29 de julio de 2021)*

Se trata de una sociedad que estuvo en disolución, pero que ha sido reactivada en virtud de acuerdos adoptados por la junta general de la compañía, y cuya reactivación sido inscrita en el Registro Mercantil. Posteriormente, se presenta mandamiento que ordena la inscripción del nombramiento de un liquidador nombrado judicialmente. La registradora deniega la inscripción por no estar la sociedad en disolución, sino reactivada. El recurrente, socio de la sociedad, entiende que no debió inscribirse la reactivación, pues los liquidadores de la sociedad habían perdido toda legitimación para actuar en nombre de la sociedad, y, por tanto, también para convocar la junta que acordó la reactivación. Además, entiende que la convocatoria de la junta general ha sido llevada a cabo por personas incompetentes, lo que determina su invalidez, así como la de los acuerdos en ella adoptados.

La DGSJFP indica que tiene razón el recurrente cuando afirma que de haberse producido el cese o remoción judicial de los anteriores liquidadores se provocaría la ineficacia de los acuerdos de reactivación adoptados en la junta convocada por ellos. Pero estando inscrita en el Registro Mercantil y, en consecuencia, bajo la salvaguardia de los tribunales la reactivación de la sociedad, no puede ahora ponerse en entredicho su validez. La DGSJFP concluye afirmando que sin estar registralmente la sociedad en situación de disolución y liquidación, no procede la inscripción del nombramiento de liquidador presentado a inscripción (artículo 11 del RRM).

La DGSJFP ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

### **Cancelación de hipoteca de máximo por caducidad**

*Resolución de 16 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 30 de julio de 2021)*

En este expediente se presenta ante el Registro de la Propiedad una instancia mediante la cual se solicita, conforme al párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, la cancelación —por caducidad— de una hipoteca de máximo que se había constituido mediante escritura autoriza-

da el día 29 de septiembre de 2008, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se relacionan con la apertura de una “Cuenta Especial de Liquidación” en la que se consignarán las cantidades que a favor del Banco resulten impagadas por las obligaciones garantizadas presentes y futuras derivadas de los contratos y negocios jurídicos que se describen en una de sus estipulaciones.

El registrador deniega la cancelación solicitada por entender que la sociedad propietaria e hipotecante no deudora no puede decidir unilateralmente en qué fincas se cancela la hipoteca y en qué fincas debe subsistir. El hipotecante expone como causa que ha solicitado al acreedor —por burofax en dos ocasiones, por correo electrónico en al menos doce ocasiones y por teléfono en múltiples ocasiones— la liberación de las fincas, la entrega del extracto de la cuenta especial de liquidación y del cuadro con la responsabilidad efectiva de cada una de las fincas de la hipotecante no deudora, sin que la entidad haya cumplido con su obligación. Además, el registrador añade que no procede la cancelación por caducidad al no haber transcurrido el plazo legalmente establecido.

La DGSJFP acuerda desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación. Señala que la cancelación convencional automática solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida por no saberse si se está refiriendo a la caducidad misma del derecho o al plazo durante el cual las obligaciones contraídas en dicho lapso son las únicas garantizadas por la hipoteca. Para que opere la cancelación por caducidad o extinción legal del derecho, es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro. A ese plazo en el mismo precepto legal se añade el año siguiente, durante el cual no resulte del mismo Registro que las obligaciones garantizadas hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca. O bien, el transcurso de los plazos que figuran en el artículo 210.1.8.<sup>ª</sup> de la Ley Hipotecaria, que se aplicarán a las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias de todo tipo y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, es decir, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, siempre que hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía.

Según la DGSJFP, del análisis sistemático de todas las cláusulas del contrato resulta que el plazo de duración pactado debe entenderse referido no tanto a un plazo de caducidad de la hipoteca, sino más bien referido al plazo durante el cual las obligaciones contraídas antes del vencimiento del *dies ad quem* son las únicas que quedan garantizadas con la hipoteca constituida. Dado que la hipoteca cubre incluso obligaciones posteriores a la finalización del plazo referido, no se puede entender que estemos ante un supuesto de caducidad convencional, sino ante la fijación de plazo para el cierre de la cuenta cuyo saldo es asegurado por la hipoteca.



## **Constitución de una sociedad limitada**

*Resolución de 21 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 5 de agosto de 2021)*

En el presente expediente se constituye una sociedad limitada con la peculiaridad de que una de las personas físicas otorgantes interviene en su propio nombre y derecho y, además, como administrador único de una de las dos sociedades fundadoras. En la escritura se designa como administrador único a esa misma persona física. El registrador suspende la inscripción porque considera que ese otorgante incide en un supuesto de autocontratación al ser él solo el que realiza el acto, en la doble representación que converge en su persona, la propia y la de la sociedad fundadora. Y añade que el hecho de que se proceda en la escritura de constitución a designarse a sí mismo como administrador de la nueva sociedad creada genera un conflicto de intereses entre representante y representado.

La DGSJFP indica que debe aplicarse el criterio sentado en la Resolución de 14 de mayo de 1998, con la consecuencia de que, en el caso del presente recurso, el hecho de que el representante de una de las sociedades fundadoras sea también parte en el contrato como socio fundador en modo alguno supone un riesgo para la representada, pues el nombramiento de administrador forma parte del contenido negocial en el que no puede apreciarse de entrada un riesgo para la sociedad representada desde el momento en que no tiene el carácter de pacto contractual irrevocable, sino que forma parte de su contenido organizativo que queda supeditado a la voluntad social a través de los acuerdos de la junta general, que podrá modificarlo en cualquier momento.

La DGSJFP ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación del registrador.

## **Modificación estatutaria. Mayorías, transmisión de participaciones y exclusión de socios**

*Resolución de 28 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 6 de agosto de 2021)*

En este expediente se deniega la inscripción de los acuerdos adoptados por unanimidad en junta general universal de una sociedad limitada, por los cuales se modifican los estatutos sociales en lo relativo, entre otros extremos, a las mayorías para adopción de acuerdos en junta general y el régimen de transmisión de participaciones sociales, así como la exclusión de socios.

En relación con el primero de los defectos, la registradora indica que la disposición ha de dejar a salvo aquellos supuestos en que la LSC exige de forma imperativa la mayoría inferior de un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social (artículo 238 de la LSC para el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores, y artículo 364 de la LSC para acordar la disolución de la sociedad por causa legal). La DGSJFP indica que se puede establecer una mayoría reforzada, pero siempre que no rebase el límite legal y que no afecte al acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores. Y, por lo que se refiere al acuerdo de disolución, la DGSJFP establece que el acuerdo puramente voluntario



y discrecional de disolución que adopte la junta general puede ser condicionado por los estatutos a la concurrencia de una concreta mayoría reforzada (artículo 368 en relación con el artículo 200 de la LSC), pero no así los acuerdos que consisten en una mera constatación o corroboración de la existencia de una causa legal de disolución, siempre susceptible de ser declarada subsidiariamente por resolución judicial.

Sobre el segundo de los defectos, la cláusula defectuosa prevé un supuesto por el cual uno o varios socios deberán transmitir de forma obligatoria a uno o varios del resto de los socios, ante el acaecimiento de determinadas circunstancias, y además faculta al socio adquirente que se acoge al supuesto de transmisión obligatoria a abonar el precio de las participaciones al socio transmisor de forma aplazada, como máximo, en un año. La DGSJFP indica que la cláusula analizada que impone al socio incumplidor el aplazamiento para la satisfacción del precio durante un año no rebasa los límites generales a la autonomía de la voluntad, y establece un sistema que no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicada, deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho. Por otra parte, si por las circunstancias del caso concreto, el aplazamiento en el pago o reembolso del valor de tales participaciones pudiese implicar para el socio una vinculación excesiva o abusiva o un perjuicio para terceros, quedará a salvo el eventual control judicial de este extremo, atendiendo a tales circunstancias.

A la luz de lo anterior, la DGSJFP ha acordado desestimar parcialmente el recurso respecto del primero de los defectos expresados por la registradora, y estimarlo respecto del segundo defecto.

## **Elevación a público de acuerdos sociales**

*Resolución de 28 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 6 de agosto de 2021)*

En este expediente se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad limitada por los cuales esta se disuelve, se cesa al administrador único y se nombran dos liquidadores solidarios. La convocatoria de la junta general fue realizada mediante acuerdo adoptado por el consejo de administración, y los referidos acuerdos de la junta general fueron aprobados con el voto favorable de dos socios con participaciones que representan el 66,60 % del capital social y el voto en contra de otro socio, titular de participaciones que representan el 33,40 % del capital.

El primero de los defectos expresados por el registrador en su calificación consiste en que, a su juicio, el acuerdo de convocatoria de la junta general fue adoptado por un consejo de administración deficitario. No obstante, para la DGSJFP debe tenerse en cuenta que el recurrente alega que dicha convocatoria de la junta general fue realizada por acuerdo adoptado por el consejo de administración al que asistieron cuatro de los seis consejeros, por haber cesado dos de ellos; y esta afirmación no aparece contradicha según escritura calificada y el historial registral de la sociedad. Por lo tanto, según consta en la hoja registral, figura inscrito el cese de dos de los seis consejeros. Y, aunque el registrador se limita a afirmar en su calificación que dimitió otro consejero, como

consta en la escritura que reseña, lo cierto es que esa escritura no consta presentada en el Registro con asiento vigente. Por ello, debe tenerse en cuenta que el registrador, al calificar, no puede tener en cuenta sino los títulos presentados, con asiento de presentación vigente, y no aquellos cuyo asiento de presentación haya caducado, pues a efectos del procedimiento registral es como si no hubieran estado presentados nunca. Por ello, el defecto debe ser revocado.

Según el segundo de los defectos, no se cumple con el *quorum* fijado en el artículo 13 de los estatutos sociales para disolver la sociedad, para lo que es preciso el 73 %. El recurrente alega que, al existir pérdidas que han dejado reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, la sociedad incurrió en causa legal de disolución obligatoria y por ello se adoptó el referido acuerdo.

Para la DGSJFP, el acuerdo debatido se basa en una causa legal de disolución, concretamente la existencia de pérdidas, por lo que según el artículo 364 de la LSC es necesario únicamente que dicho acuerdo sea adoptado por la junta general con la mayoría ordinaria establecida en el artículo 198 (mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital social). En tal supuesto el acuerdo de disolución adoptado por la junta no es sino un acto debido y una declaración de ciencia que constata tales pérdidas y, por ende, la existencia de la causa legal obligatoria de disolución.

La DGSJFP ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

## Cierre de hoja registral

*Resolución de 29 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 11 de agosto de 2021)*

En el presente expediente se deniega la inscripción de los acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada con relación al cese y nombramiento de administradores porque (i) la sociedad figura dada de baja provisional en el Índice de Entidades del Ministerio de Hacienda, (ii) la hoja de la sociedad se encuentra cerrada de conformidad con el artículo 378 del RRM por falta del depósito de las cuentas anuales correspondientes, y (iii) la sociedad figura con el NIF revocado según mandamiento de revocación remitido al Registro por la Agencia Tributaria.

Ante la negativa de inscripción por parte del registrador, la antigua administradora y ahora recurrente interpone recurso en el que solicita que se acuerde la inscripción parcial de su cese, toda vez que el propio texto de la LSC recoge en su artículo 282 que, si bien para el supuesto en el que haya transcurrido más de un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas no se permitirá inscripción de documento alguno relativo a la sociedad, existen ciertas excepciones expresamente previstas en la norma, entre las cuales se encuentra precisamente el cese de un administrador. Además, extiende su argumento a los otros defectos de carácter fiscal y entiende que estos son consecuencia inherente a la falta de depósito de las cuentas anuales y que, por tanto, no deberían interferir en la inscripción del cese de la administradora.

En el informe emitido por el registrador y elevado posteriormente a la DGSJFP, el primero argumenta que, pese a ser cierto que si el cierre registral hubiese estado motivado únicamente por el incumplimiento de la obligación de depósito de las cuentas anuales resultaría procedente la inscripción del cese de la administradora, lo cierto es que ello no es posible por haberse producido también dicho cierre registral como consecuencia de las otras causas previamente mencionadas. Esto se debe a que, si bien el cese de un administrador es una excepción prevista e inscribible en el caso de la falta de depósito de las cuentas anuales, no es, sin embargo, una de las excepciones previstas —ni por tanto inscribibles— en el caso de figurar la sociedad dada de baja provisional en el Índice de Entidades del Ministerio de Hacienda o de figurar su NIF revocado.

Argumenta, además, que tiene sentido que la solución normativa sea distinta respecto de los efectos del cierre registral por falta de depósito de cuentas o por estos otros motivos, y que no se permita el cese o desvinculación del administrador frente a terceros en el caso de que la sociedad haya incumplido sus obligaciones fiscales. Concluye que, aun siendo distintas las excepciones previstas, debe primar en todo momento la responsabilidad del administrador. Por lo tanto, no debe permitirse la inscripción registral del cese mientras el cierre subsista.

La DGSJFP acuerda desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada, ya que, antes de cualquier inscripción registral —incluido el cese de un administrador— debe certificarse nuevamente el alta de la sociedad en el Índice de Entidades.



9 de septiembre de 2021



Procesal Civil



9 de septiembre de 2021

## 1. Legislación

---

[España]

### **Apoyo a las personas con discapacidad**

*Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE de 3 de junio de 2021)*

El 3 de septiembre de 2021 entró en vigor la nueva Ley 8/2021 para adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (la "Convención"). La reforma de la Ley 8/2021 introduce un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad, en el que, como regla general y bajo determinadas salvaguardias, será aquella la encargada de tomar sus propias decisiones. Se pretende con ello dar cumplimiento a lo proclamado en el artículo 12 de la Convención, en el que se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

La Ley 8/2021 se estructura en ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. Su reforma alcanza a los siguientes textos legales: la Ley del Notariado ("LN"); el Código Civil ("CC"); la Ley Hipotecaria ("LH"), la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC"); la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad ("LPPD"); la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil ("LRC"); la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria ("LJV"); el Código de Comercio; y el Código Penal.

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra y Antonio José Moya Fernández, y en su elaboración han participado Sonia Borges Fernández, Guillermo García Berdejo, Miguel Ángel Cepero Aránguez, Linda Guerra Henríquez, Carlos Francés Bataller, Eduardo Soria Salvo, Xuan Wu Zhuo, Jorge Azagra Malo, David García Martín, Miguel Moratinos López, Kevin Kumar Rohira Abad, Borja Sabater Torrontegui, Alberto Bermejo Nieto, Francisco José Caamaño Rodríguez, Marcos Aurelio Rodrigo Henfling, Mariana de la Rosa Riera, Jorge Izquierdo Fernández, Valentina Johanna Pacella Garay, Javier Alberite Carreño, Eduardo Martínez Albors, Laia Climent Sanchís, Paula Caramés Rodríguez, Ramón Riera Quesada y Laura Barroso Lucas, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Valencia y Bilbao).

Sobre la base del nuevo sistema, la Ley 8/2021 elimina de nuestro ordenamiento jurídico las siguientes figuras: la declaración judicial de incapacitación; la tutela para las personas con discapacidad (solo pueden quedar sujetos a tutela los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad [artículo 199 CC]); la prodigalidad; y la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.

Las novedades más destacables se articulan en torno a los siguientes grandes bloques:

## **Reformas en el CC**

La idea central del nuevo sistema es la del apoyo a la persona que lo precise, con independencia de si la situación de discapacidad ha sido o no reconocida a nivel administrativo previamente. Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera (artículo 249 CC).

A efectos prácticos, el apoyo engloba todo tipo de actuaciones y medidas, tales como el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en las declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, la toma de decisiones delegadas y la representación en la toma de decisiones cuando fuere necesario.

Se da preferencia a las medidas voluntarias, que son las establecidas por la persona con discapacidad, entre las que se encuentran los poderes y mandatos preventivos y la posibilidad de autocuratela. En la disposición transitoria tercera se prevé que las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela y se regirán por la Ley 8/2021, y que los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 quedarán sujetos a ella.

Por su parte, las medidas legales o judiciales de apoyo (la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial) solo procederán en defecto o ante la insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad y deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad (artículo 249 CC).

Tras la eliminación de la tutela (salvo para menores), la curatela pasa a ser la principal medida judicial de apoyo. En la nueva regulación, la curatela tiene, primordialmente, naturaleza asistencial (artículos 268 a 294 CC). Solo cuando sea preciso, y de manera excepcional, será representativa. Se trata de una medida formal de apoyo, dirigida a las personas que precisan de apoyo continuado y que debe ser acordada mediante resolución judicial.

Se establece que las medidas adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, excepcionalmente, de seis años. En este punto, conviene remarcar que, según la disposición transitoria segunda, a los tutores de las personas con discapacidad que venían ejerciendo su cargo a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, les serán de aplicación las normas establecidas para los curadores representativos.

El nombramiento del defensor judicial de la persona con discapacidad (artículos 295 a 298 CC) procederá en los supuestos previstos legalmente, entre los que se encuentran las situaciones de conflicto de interés entre la persona con discapacidad y la que ha de prestarle los apoyos, cuando



quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial, y cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo con carácter ocasional, aunque sea recurrente. También se nombrará defensor judicial del menor emancipado que requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 (para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor) y 248 CC (para casados menores de edad que quieran enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes) y cuando a quienes corresponda prestarlo no pueda hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses (artículo 235.3 CC).

Asimismo, se regula la figura de la guarda de hecho (artículos 263 a 267 CC) como medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas de apoyo voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. Si se requiere la actuación representativa del guardador de hecho, se habrá de obtener la autorización judicial *ad hoc* a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria. Según la disposición transitoria segunda, quienes vinieron actuando como guardadores de hecho antes de la entrada en vigor de la ley sujetarán su actuación a las disposiciones de la Ley 8/2021.

La reforma elimina las figuras de la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Cuando el menor discapacitado llegue a la mayoría de edad, la autoridad judicial podrá acordar la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Ello será así salvo que el mayor de dieciséis años haya hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad, en cuyo caso, se le dará participación en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias.

Además, según la disposición transitoria segunda, quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta. La revisión de las medidas de apoyo se solicitará a instancia de quien ostente la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Si no se efectúa la solicitud, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

La prodigalidad se elimina como figura autónoma y se establece que los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición final quinta.

Esta reforma ha implicado necesariamente la adaptación del CC en materia de derecho internacional privado, nacionalidad, derecho de sucesiones y derecho de contratos, y de reglas sobre efectos de las crisis matrimoniales y sobre establecimiento de la filiación cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad.

## **Reformas en el ámbito procesal y de jurisdicción voluntaria**

En el ámbito procesal, el proceso para la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad sustituye a los procesos de incapacitación o modificación de la capacidad.

Se establecen adaptaciones y ajustes para que las personas con discapacidad puedan participar en los procesos en condiciones de igualdad, incluyendo los actos de comunicación. Y ello con independencia de si intervienen en calidad de parte o en otra distinta y de la fase y actuación procesal en la que resulte necesaria su participación.

Cuando sea pertinente nombrar a un curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo se regirá por lo dispuesto en los artículos 756 a 763 de la LEC. Por tanto, en los supuestos en que no exista oposición se seguirán los cauces previstos en la LJV.

El proceso para la adopción de medidas judiciales de apoyo podrá ser promovido por la propia persona interesada, por su cónyuge no separado de hecho o legalmente o por quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, por sus descendientes, ascendientes, hermanos y el Ministerio Fiscal (artículo 757 LEC).

Se permite la presentación de alegaciones por el propuesto como curador y también se admite la intervención en el proceso de cualquiera de los legitimados que no sea promotor del procedimiento o de cualquier sujeto con interés legítimo (apartados 3 y 4 del artículo 757 LEC).

En cuanto al expediente establecido en la LJV para el nombramiento del tutor o del curador, se modifica el procedimiento para la rendición de cuentas (artículo 51 LJV).

También se introduce la regulación de la extinción de los poderes preventivos, que podrá pedirla cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere (artículo 51 LJV bis).

En relación con el expediente de autorización o aprobación judicial de actos de enajenación o gravamen de bienes de menores y personas con discapacidad, no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador cuando el valor del acto sea inferior a 6.000 euros, ni tampoco para la solicitud inicial cuando supere los 6.000 euros, sin perjuicio de que el juez pueda ordenar la actuación de todos los interesados por medio de abogado cuando la complejidad de la operación así lo requiera o comparezcan sujetos con intereses enfrentados (artículo 62.3 LJV).

## **Reformas en la LH**

Se eliminan los artículos de la LH que se refieren a la incapacitación o los incapacitados. Se suprime el libro de incapacitados y se incorpora el artículo 242 bis, dedicado al libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles. Se reforma el número cuarto del artículo 168 LH en el sentido de suprimir la mención a los incapacitados, de tal modo que solo pueden exigir la hipoteca legal sobre los bienes de los tutores los menores de edad sujetos a tutela. Respecto a la regula-

ción de la anotación preventiva (artículo 42 LH), se permitirá anotar las demandas de algunas de las resoluciones a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 755 LEC, salvo las relativas a medidas de apoyo a personas con discapacidad. Según el número cuarto del artículo 2 LH, las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo se practicará solo en el referido libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles.

Al margen de la regulación sobre capacidad, la Ley 8/2021 deroga el artículo 28 LH, que constituía una excepción, por vía de suspensión de efectos, al principio de fe pública registral regulado en el artículo 34 LH. El artículo 28 LH —también conocido como la “Ley de Cuba”— nació para proteger a los hijos de españoles que habían emigrado, de modo que les diese tiempo a regresar ante el fallecimiento de los padres para reclamar su parte de la herencia.

El mencionado artículo establecía que las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado no surtirían efecto, en cuanto a tercero, hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Se exceptuaban las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos.

En la práctica, la derogación del artículo 28 LH supone que los herederos no forzosos (colaterales y extraños) no tendrán que esperar dos años a que su titularidad sobre los referidos inmuebles surta plenos efectos. Se convertirán en sus propietarios directamente y podrán transmitirlos sin limitación alguna relacionada con aquel precepto.

### **Reformas en la LRC**

La modificación de la LRC implica, entre otras cosas, que las medidas de apoyo que accedan al Registro se traten como datos sometidos al régimen de publicidad restringida.

### **Reformas en la LN**

En relación con la LN de 28 de mayo de 1862, además de las correspondientes adaptaciones terminológicas, se garantiza la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, pudiendo utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos.

En relación con el acta inicial de la declaración de herederos abintestato, el notario comunicará al Ministerio Fiscal que alguno de los interesados menor carece de representante legal, o es persona con discapacidad sin apoyo suficiente. Idéntica regulación se establece sobre los testamentos cerrados y ológrafos. Además, se modifica la LN para eliminar la prohibición de reclamar deudas de alimentos por las personas con discapacidad.

Respecto a la regulación de la conciliación ante notario, será posible alcanzar un acuerdo extrajudicial respecto a las cuestiones en que se encuentren interesadas personas con discapacidad.

## Reformas en la LPPD

Tras la reforma de la LPPD, pueden constituir un patrimonio protegido quienes presten apoyo a las personas con discapacidad, así como la persona comisaria o titular de la fiducia sucesoria, cuando esté prevista en la legislación civil, debidamente autorizada al respecto por su constituyente. En cuanto a las aportaciones al patrimonio protegido, cualquier persona con interés legítimo podrá aportar bienes o derechos, con el consentimiento de la persona con discapacidad con el apoyo que requiera. Deberán realizarse siempre a título gratuito, incluso a través de pacto sucesorio en aquellas legislaciones civiles vigentes que la permitan, y no estarán sujetas a término.

## Reformas en el CP

Por último, la reforma del CP afecta a la responsabilidad civil derivada de ilícito penal cuando la responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo. De este modo, quienes ejerzan el apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte, responden civilmente de los actos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, y ello sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables. La misma previsión se establece para los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo. El Ministerio Fiscal evaluará, atendiendo a las circunstancias del caso, la procedencia de promover un proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a la persona con discapacidad o, en el supuesto de que existan medidas de apoyo, la revisión de estas.

## Reforma de la Ley Concursal

*Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132*

El Anteproyecto de Ley tiene por objeto acometer la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones. Para ello, introduce una importante reforma del texto refundido de la Ley Concursal, que fue aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

Con esta reforma legislativa se pretende dotar de mayor flexibilidad y agilidad a los procedimientos de insolvencia, así como favorecer el uso de mecanismos preconcursales, para facilitar la reestructuración de las empresas viables y la liquidación rápida y ordenada de aquellas que no lo son. Asimismo, se introducen modificaciones relevantes en el procedimiento de segunda oportunidad y la exoneración del pasivo insatisfecho.

Las novedades y modificaciones más relevantes que se contienen en el Anteproyecto de Ley son las siguientes:

## La introducción de los planes de reestructuración

- i. Se prevé la sustitución de los instrumentos concursales vigentes (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos) por los denominados planes de reestructuración. A estos efectos, se introduce el concepto de probabilidad de insolvencia como un nuevo estado previo a la insolvencia inminente y la actual, y que se corresponde con el riesgo de insolvencia real si el deudor no procede a una reestructuración concursal. El deudor que se encuentre en dicho estado podrá promover un procedimiento o marco de reestructuración preventiva para negociar un plan de reestructuración.
- ii. La comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración podrá suspender las ejecuciones sobre bienes necesarios para la actividad empresarial del deudor, pudiéndose ajustar el alcance de la suspensión. Asimismo, se recoge la posibilidad de que los efectos suspensivos se extiendan a las garantías personales o reales prestadas por terceros que pertenezcan al mismo grupo de sociedades, para el supuesto de que la ejecución pudiera precipitar la insolvencia de la sociedad garante y del deudor.
- iii. A fin de permitir que la negociación de reestructuraciones de elevada complejidad tenga lugar en el ámbito concursal, se contempla la posibilidad de prorrogar los efectos suspensivos de la comunicación por periodos de tres meses, hasta un máximo de doce meses.
- iv. En el procedimiento o marco de reestructuración preventiva no se limitarán o suspenderán las facultades de administración y disposición del deudor sobre sus bienes.
- v. Se establece que, en el supuesto de que el deudor solicite voluntariamente la declaración de concurso encontrándose las negociaciones con sus acreedores muy cercanas a alcanzar un plan de reestructuración, cabrá suspender la solicitud del deudor para evitar que se pueda frustrar la adopción del plan.
- vi. Los planes de reestructuración mantendrán la flexibilidad de sus predecesores y contarán con nuevos mecanismos especiales para posibilitar el arrastre tanto a acreedores disidentes dentro de una misma clase como a clases enteras de acreedores disidentes. Las clases de acreedores deberán conformarse por aquellos acreedores que presenten un interés común determinado conforme a criterios objetivos, constituyendo el parámetro principal los rangos crediticios concursales. En este sentido, se recoge la posibilidad de solicitar una confirmación judicial previa a la aprobación del plan, con el objeto de determinar si las clases han sido formadas adecuadamente. También se prevé el voto de los socios cuando el plan afecte a cuestiones que necesiten de su intervención (p. ej., venta de activos esenciales), y, en ciertos casos, se podrá homologar el plan incluso con su voto desfavorable.
- vii. La única excepción al principio de universalidad del pasivo susceptible de afectación por los planes de reestructuración serán los créditos públicos, los créditos laborales, los alimenticios y los extracontractuales.

- viii. Se admite que el plan de reestructuración comprenda la resolución de contratos en interés de la reestructuración, incluyendo con ciertas especialidades los contratos de alta dirección.
- ix. Se prevé la posibilidad de homologar aquellos planes de reestructuración que prevean directamente la venta de secciones o de la totalidad de la empresa.
- x. Se parte del principio de intervención judicial mínima, por el que los tribunales únicamente deberán ejercer cierto control sobre la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores y la confirmación u homologación del plan de reestructuración.
- xi. En relación con el procedimiento de impugnación de la homologación, se dispone que los interesados podrán optar alternativamente entre las siguientes dos posibilidades: por un lado, que tras la homologación judicial acordada sin contradicción previa quepa su impugnación ante la Audiencia Provincial o, por el otro, que se requiera al juez para que proporcione un trámite de alegaciones a las partes afectadas por el plan con carácter previo a su homologación. En este segundo caso no cabría recurso posterior contra la homologación acordada.

### **La introducción de la figura del experto en la reestructuración**

- i. El Anteproyecto de Ley introduce la figura del experto en la reestructuración y lo asemeja a un mediador para el contexto preconcursal. Entre sus cometidos se recogen facilitar la negociación entre deudores y acreedores, ayudar a deudores con poca experiencia y apoyar a la toma de decisiones judiciales en caso de discrepancia. Su nombramiento resultará preceptivo únicamente en los casos ya listados en la Directiva de reestructuraciones y, en lo restante, se condicionará a que el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite.
- ii. Una de sus atribuciones más relevantes consistirá en la elaboración de un informe sobre el valor en funcionamiento de la empresa en aquellos supuestos en los que se tramite la aprobación y homologación de un plan de reestructuración "no consensual", esto es, que no cuente con el apoyo de alguna clase de acreedores o incluso de los propios socios del deudor.

### **La modificación del procedimiento de segunda oportunidad**

- i. Se mantiene que el deudor persona natural puede solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho con independencia de si las deudas provienen de actividades empresariales.
- ii. Se elimina la exigencia de que el deudor deba haber intentado infructuosamente un acuerdo extrajudicial para poder acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho. También se elimina el requisito consistente en que el deudor no haya rechazado una oferta de empleo en los cuatro años anteriores a la declaración de concurso.
- iii. Se dota de mayor flexibilidad al procedimiento de segunda oportunidad y se articulan dos modalidades de exoneración de deudas: la exoneración inmediata con liquidación de la

masa activa y la exoneración con plan de pagos y sin obligatoria liquidación de la masa activa.

- iv. Se amplía la exoneración a todas las deudas concursales y contra la masa, con determinadas excepciones, entre las que se encuentran las deudas por alimentos, las de derecho público, las derivadas de ilícito penal o las generadas por responsabilidad extracontractual.
- v. Se reduce la duración del plan de pagos del deudor de cinco a tres años, salvo para algunos casos excepcionales en los que los acreedores hagan concesiones o esfuerzos más gravosos a favor del deudor o cuando su riesgo de recobro sea mayor. El plan de pagos debe detallar los ingresos previsibles, la deuda no exonerable, la exonerable y las nuevas obligaciones derivadas de la actividad del deudor.
- vi. Se contempla que el juez pueda aprobar el plan de pagos previa audiencia de los acreedores, incluso sin su consentimiento, si bien podrán impugnarlo y, en su caso, formular recurso de apelación frente a la desestimación de la impugnación.
- vii. La sentencia que declare la exoneración contendrá un mandamiento a los acreedores afectados para que informen a los sistemas de información crediticia a los que previamente se hubiera comunicado el impago o mora de la deuda exonerada.

### **La creación de un procedimiento especial para microempresas**

- i. Se crea un procedimiento especial adaptado a las llamadas microempresas, entendiendo como tales aquellas que cuenten con menos de diez trabajadores e ingresos anuales inferiores a los dos millones de euros.
- ii. Con este procedimiento especial se pretende lograr una importante reducción de costes para el deudor. Entre otras medidas, se prevé que puedan emplearse formularios oficiales accesibles en línea, que la asistencia de letrado y procurador solamente sea preceptiva para unas concretas actuaciones (por ejemplo, en materia de calificación del procedimiento) y que se recurra preferentemente a incidentes escritos. En caso de que deban sustanciarse vistas, estas deben realizarse por medios telemáticos.
- iii. Este procedimiento especial deviene el único disponible para las microempresas, que no tendrán acceso al concurso o a los planes de reestructuración. La potestad para solicitar la apertura del procedimiento especial se atribuye tanto al deudor como a sus acreedores y a los socios personalmente responsables.
- iv. El procedimiento especial combina aquellos elementos del concurso y de los planes de reestructuraciones que se ajustan a la situación de las microempresas. Se inicia con una fase de negociación, en la que cabe solicitar el efecto suspensivo de las ejecuciones sobre los bienes necesarios del deudor, que puede finalizar con un plan de continuación o con la enajenación de la empresa. Tras lo anterior se pueden seguir dos itinerarios: la liquidación rápida o un procedimiento de continuación rápida y flexible, en el que los acreedores y el deudor elaborarán un plan. En el supuesto de que el referido plan para la continuidad

finalmente no se apruebe o fracase, se deberá abrir el procedimiento especial de liquidación.

- v. Por regla general, en este procedimiento especial no resulta preceptivo el nombramiento de un experto en la reestructuración o de un administrador concursal, aunque tanto el deudor como aquellos acreedores cuyos créditos representen un mínimo porcentaje total podrán solicitarlo voluntariamente. También cabe solicitar la limitación, intervención o sustitución de las facultades de administración y disposición del deudor.
- vi. Se admite que en un escenario de liquidación en el que no se haya nombrado un administrador concursal sea el propio deudor quien se encargue de liquidar la masa activa. A su vez, el deudor persona natural podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho si concurren sus presupuestos.

### **Disposiciones para incrementar la agilidad y eficiencia de los procedimientos de insolvencia**

- i. Se determina que la solicitud de concurso de acreedores deberá ser objeto de reparto el mismo día de su presentación o el siguiente día hábil, a fin de que pueda ser examinada con celeridad por el juez competente. También se reducen los plazos para la declaración de concurso voluntario y la tramitación de la solicitud de concurso necesario.
- ii. La presentación del informe de la administración concursal, con el inventario y la lista de acreedores provisionales, abrirá automáticamente tanto el plazo de presentación de la propuesta de convenio del deudor y de los acreedores que alcancen determinado porcentaje del pasivo como el plazo para presentar informe de calificación.
- iii. Para evitar que la exigencia de aprobar el plan de liquidación pueda retrasar la tramitación de los concursos, se opta por establecer normas legales de liquidación, facultando al juez del concurso para que, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, pueda aprobar reglas especiales de liquidación.
- iv. Se introducen nuevas normas que regulan la presentación de ofertas de adquisición de unidades productivas junto con la solicitud de concurso, el denominado *pre-pack administration*.
- v. Se abre el régimen de los concursos sin masa a un mayor control de los acreedores.
- vi. Se amplía el listado de actos que se declaran rescindibles a través del sistema de reintegración de la masa activa.
- vii. Para potenciar el convenio en el concurso de acreedores, se establece un régimen simplificado y parecido al de los planes de reestructuración, suprimiendo el convenio anticipado y la Junta de acreedores.
- viii. Se introducen cambios en el régimen de calificación del concurso de acreedores para acelerar su tramitación. Asimismo, se suprime el dictamen del Ministerio Fiscal y se reco-



noce legitimación a los acreedores que representen un porcentaje mínimo del pasivo para presentar informe de calificación simultáneo e independiente del emitido por la administración concursal.

- ix. Se modifica el sistema y exigencias para el nombramiento de los administradores concursales.

### **La creación de herramientas de alerta temprana**

- i. Se habilita a los titulares de los ministerios de Hacienda y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para que, mediante Orden Ministerial y con la información de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social, regulen un sistema de alerta temprana que permita emitir advertencias a las empresas que se encuentren en una situación de probabilidad de insolvencia. Todo ello con el fin de evitar que sus dificultades financieras puedan desembocar en una situación de insolvencia.
- ii. Adicionalmente, se prevé que, a través del correspondiente desarrollo reglamentario, se establecerán servicios de asesoramiento gratuito y confidencial para pequeñas y medianas empresas que puedan afrontar dificultades.

### **Reforma de la Ley del Poder Judicial**

*Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de eficiencia en los Juzgados de lo Mercantil, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*

La reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, promovida con el Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, y la consecución de las exigencias de la referida norma europea sobre celeridad y eficiencia procesal, requieren de ciertos ajustes en el reparto competencial de los Juzgados de lo Mercantil y de las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales. Con este fin, mediante este Anteproyecto de Ley Orgánica se reforman diversos aspectos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En lo que respecta a los Juzgados de lo Mercantil, se les vuelve a atribuir el conocimiento de los concursos de acreedores de aquellas personas naturales que no sean sujetos mercantiles. Esta atribución, según se explica en el Anteproyecto de Ley Orgánica, permitirá que toda clase de deudores se puedan beneficiar de la especialización de estos juzgados en la materia concursal y, además, se considera aconsejable a la vista de la nueva concepción y configuración de la exoneración del pasivo insatisfecho como un derecho.

En contraposición, y a fin de descargar a los Juzgados de lo Mercantil de otras materias que pudieran comprometer los objetivos de la Directiva de reestructuraciones, se contempla eliminar su

competencia para conocer de las acciones colectivas previstas en la legislación sobre condiciones generales de la contratación y en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios, y de las acciones a que se refieren ciertos Reglamentos europeos sobre compensación y asistencia a pasajeros en diversos medios de transporte.

Se prevé también que las secciones especializadas en asuntos mercantiles de las Audiencias Provinciales pierdan la competencia para conocer de los recursos contra las sentencias dictadas respecto de acciones individuales y colectivas de condiciones generales de la contratación, así como de aquellas previstas en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios.

Igualmente, se habilita al Consejo General del Poder Judicial para que pueda acordar la asunción de materias únicas (p. ej., concursos, propiedad intelectual, etc.) por parte de determinados Juzgados de lo Mercantil y de secciones especializadas de Audiencias Provinciales.

Por otro lado, contiene modificaciones de diversos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial para armonizar su contenido con el del Texto Refundido de la Ley Concursal y, además, introducir aclaraciones, actualizaciones y mejoras de redacción. Entre las modificaciones se encuentra la incorporación de referencias a los planes de reestructuraciones y de la extensión de la jurisdicción del juez del concurso para conocer de cuestiones prejudiciales civiles, administrativas y sociales directamente relacionadas con el concurso de que se trate, o cuya resolución sea necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal.

## 2. Jurisprudencia

---

[España]

**El Tribunal Supremo establece que la sentencia que declara la nulidad de un negocio jurídico y la consecuente obligación de restitución de prestación no tiene carácter constitutivo. El momento de nacimiento de la obligación a los efectos de analizar la responsabilidad de los administradores por deudas sociales prevista en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital es el de suscripción del contrato**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2021*

La Sala Primera del Tribunal Supremo se pronuncia sobre el momento en que debe fijarse el nacimiento de la obligación de restitución de prestaciones derivada de una sentencia que declara la nulidad judicial de un contrato, a los efectos de enjuiciar la posible existencia de responsabilidad de administradores por obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución prevista en el artículo 367 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ("LSC").

Los antecedentes del caso analizado por el Alto Tribunal son los siguientes. En el año 2008, el demandante había suscrito con MARKET&BUSINESS CONSULTING ADVICE, S.L. ("Market") diver-

sos contratos de asesoramiento financiero e inversión. En 2011, estos contratos fueron anulados por sentencia judicial en primera instancia, que fue posteriormente confirmada en apelación y que devino firme en 2013. Posteriormente, al no cumplir la sociedad con el fallo de la sentencia de forma voluntaria, el demandante inició un procedimiento ejecutivo que resultó infructuoso por falta de bienes que trabar.

Ante esta situación, en junio de 2015, el demandante interpuso reclamación judicial frente al entonces administrador único de la sociedad, en ejercicio de las acciones de responsabilidad por deudas previstas en el artículo 367 LSC y de responsabilidad individual prevista en el artículo 241 LSC. En la demanda, se justificaba que la sociedad no presentaba cuentas anuales desde el año 2010, en cuyo ejercicio constaba una pérdidas de, aproximadamente, 60.000 euros.

El administrador demandado opuso, por un lado, que carecía de legitimación pasiva, dado que, en la fecha de suscripción de los contratos (año 2008), no era administrador de Market; y, por otro, que en ese momento (2008), la sociedad no estaba en situación de insolvencia ni tampoco en causa legal de disolución. No obstante, sí admitió que la compañía estaba en situación de inactividad desde el año 2010.

La demanda fue desestimada íntegramente en primera instancia. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia Provincial estimó la acción de responsabilidad por deudas sociales prevista en el artículo 367 LSC al considerar que el momento del nacimiento de la obligación no debe retrotraerse a la fecha de firma de los contratos litigiosos, sino que ha de fijarse en la que se declaró judicialmente su nulidad.

El Tribunal Supremo analiza cuál debe ser el momento en que se fije el nacimiento de la obligación de restitución de prestaciones en caso de declaración judicial de nulidad del contrato y concluye que esta fecha debe ser la de suscripción del contrato y no la de declaración judicial de su nulidad.

El Alto Tribunal advierte, con cita de su jurisprudencia, que la sentencia que declara la nulidad y condena a la restitución no tiene carácter constitutivo. No crea una situación jurídica nueva. La nulidad, o bien era congénita (surgió desde el mismo momento del nacimiento del contrato), en el caso de ser absoluta, o bien, en el caso de la relativa o anulabilidad, retrotrae sus efectos a aquel momento liminar de la relación contractual como consecuencia del ejercicio de la acción de impugnación, seguido de la declaración judicial firme de anulación. Por tanto, la sentencia no crea una obligación nueva, sino que declara una obligación preexistente, derivada de la ley, una vez ejecutadas las prestaciones previstas en el contrato nulo.

Por ello, siendo incontrovertido que la suscripción de los contratos anulados fue anterior al acaecimiento de la causa legal de disolución y a la vigencia del cargo del administrador de la sociedad demandado, no resulta exigible la responsabilidad solidaria por deudas sociales prevista en el artículo 367 LSC.

Finalmente, el Alto Tribunal desestima también la acción de responsabilidad individual por daños del artículo 241 LSC, porque el administrador demandado tomó posesión del cargo tras la suscripción de los contratos anulados y su actuación en aquel proceso previo (litigando en defensa de la

sociedad) no puede considerarse tampoco un acto contrario a la ley, los estatutos o los deberes inherentes a su cargo.

**El Tribunal Supremo determina que la situación posesoria temporal al amparo del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, no puede prevalecer en un desahucio por precario posterior frente a quien adquirió de buena fe la finca, una vez transcurrido el plazo de suspensión fijado judicialmente sin que conste solicitud de ampliación ni persistencia en la situación de precariedad**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2021*

La Sala Primera del Tribunal Supremo analiza en esta sentencia si un auto dictado en un procedimiento de ejecución hipotecaria que acuerda la suspensión del lanzamiento al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios (posteriormente modificado por el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social), es título suficiente para enervar el derecho a obtener la posesión del inmueble por un posterior adquirente de buena fe de la vivienda, en un ulterior proceso de desahucio por precario.

Las circunstancias concurrentes en el caso de autos son la siguientes. En diciembre del año 2014, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria instado por una entidad financiera, fue dictado un auto que acordó la suspensión del lanzamiento y el mantenimiento del ejecutado en la ocupación de la finca por un plazo de dos años, en aplicación de la facultad de suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables prevista en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre. En septiembre de 2016, la entidad financiera vendió mediante escritura pública la vivienda, haciendo constar que era propietaria en pleno dominio del 100 % al resultar adjudicataria en subasta judicial en procedimiento hipotecario, pero que no había obtenido la posesión efectiva hasta la fecha y que desconocía su estado de ocupación. Días más tarde, los compradores de la vivienda interpusieron demanda de desahucio por precario frente a los ocupantes de la vivienda.

Tras ser estimada la demanda en primera y segunda instancia, los ocupantes interpusieron recurso de casación argumentando que las sentencias dictadas infringían el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en la medida en la que el auto que acordaba la suspensión del lanzamiento y el mantenimiento de su posesión determinaba que no era oponible el derecho de uso por el nuevo adquirente.

El Tribunal Supremo recuerda en la sentencia que el auto de suspensión constituye una medida procesal que afecta a la ejecución del lanzamiento de los ocupantes sin título y que, en la medida en que el lanzamiento queda en suspenso, se suspende también correlativamente el derecho del adjudicatario de obtener la posesión del inmueble. Es decir, el ejecutado conserva durante ese tiempo el uso o disfrute de la posesión inmediata de la vivienda, sin que se trate de una situación meramente tolerada por el adjudicatario, pues esta no tiene su fundamento en su consentimiento.

La situación posesoria se mantiene temporalmente a favor del ejecutado aun contra la voluntad del adjudicatario, quien tendrá el deber jurídico de soportarlo.

Por tanto, para el Alto Tribunal es claro que el acreedor adjudicatario carece de acción de desahucio frente al deudor ejecutado durante el tiempo de la suspensión, pues está directamente vinculado y obligado por la resolución judicial dictada en el procedimiento de ejecución en el que ha participado como ejecutante. Una falta de acción que se extendía también, en la redacción original del artículo 1 de la Ley 1/2013, a cualquier otro adjudicatario que hubiera actuado en la subasta por cuenta del acreedor. Y que, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, que amplió la paralización de los lanzamientos, para las ejecuciones que se produzcan a partir de su vigencia, a las adjudicaciones hechas "*a cualquier otra persona física o jurídica*", se hace extensiva a la totalidad de los adjudicatarios.

Sin embargo, como la propia sentencia refleja, la cuestión jurídica objeto de debate en el caso de autos era otra: si la situación de posesión inmediata y provisional que detentaba el ejecutado durante el tiempo de suspensión en el procedimiento de ejecución hipotecaria es también título suficiente frente a la propiedad obtenida por un adquirente de buena fe, con eficacia bastante para enervar la acción de desahucio promovida por ese adquirente, una vez cumplido el plazo de paralización del lanzamiento.

Para resolver esta cuestión, el Alto Tribunal considera que debe estarse a las concretas circunstancias del caso y a los criterios hermenéuticos extraídos del conjunto de su jurisprudencia anterior, que igualmente cita. El análisis conjunto le lleva a confirmar la decisión desestimatoria de la instancia con base en los siguientes argumentos:

- i. El precario no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor. Por ello, no es suficiente para enervar la acción de desahucio que la situación del demandado no responda a la mera tolerancia del actor, pues el ámbito del precario no se limita a esas situaciones posesorias meramente toleradas.
- ii. Aunque en el momento de interponerse la demanda de desahucio por precario todavía no había concluido el plazo de suspensión fijado por el auto dictado, en el momento de la celebración de la vista del juicio habían transcurrido ya más de cuatro meses desde la expiración de aquel plazo.
- iii. No se ha acreditado que los demandados hubieran solicitado del juzgado la ampliación del plazo de suspensión del lanzamiento, al amparo de las reformas legales introducidas por el Real Decreto-ley 1/2015, la Ley 25/2015, o el Real Decreto-ley 5/2017 (este último ya en vigor cuando presentó el escrito de interposición del recurso de casación). Tampoco se ha probado que en el momento del vencimiento del plazo de duración de dos años de la suspensión del lanzamiento persistieran las condiciones de vulnerabilidad exigidas para acceder a esa medida excepcional.

- iv. No se ha probado que ni durante el periodo de suspensión ni después el demandado hubiera solicitado al banco adjudicatario (o, en su caso, al nuevo propietario) la posible formalización de un arrendamiento de la vivienda, en las condiciones previstas en el Código de Buenas Prácticas, lo que ha conducido a que el demandado disfrute del uso de la vivienda desde diciembre de 2014 sin pagar ninguna renta o contraprestación por dicho uso, ni tampoco haber hecho frente a los gastos de la comunidad de propietarios, tributos que gravan la propiedad de los bienes inmuebles, etc.
- v. Es un hecho probado que el demandante es un adquirente de buena fe, sin que conste que hubiera sido informado de la suspensión del lanzamiento acordada en la ejecución hipotecaria, y sin que el auto de suspensión del lanzamiento constase en la inscripción de la finca enajenada en el Registro de la Propiedad.
- vi. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado en sede de arrendamientos urbanos que el arrendamiento no inscrito sobre una vivienda queda extinguido cuando el derecho del arrendador se resuelve por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, regulación con arreglo a la cual se han estimado las acciones de desahucio por precario cuando por la ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada se había producido la pérdida del derecho de propiedad del arrendador y la consiguiente extinción del arrendamiento.
- vii. Este mismo criterio de seguridad jurídica del tráfico y de los terceros adquirentes inspiró las sentencias dictadas por la Excm. Sala en unificación de doctrina que reconocen el carácter oponible a terceros y la condición de inscribible en el Registro de la Propiedad del uso de la vivienda concedida mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular.
- viii. Por todo ello, en suma, el Tribunal Supremo considera que, en este caso, no puede prevalecer quien ostenta una situación posesoria temporal al amparo del artículo 1 de la Ley 1/2013 frente a quien adquirió de buena fe la finca.

## **El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el derecho de reembolso del cooperativista ante aportaciones no dinerarias**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de julio de 2021*

La Sala Primera del Tribunal Supremo establece, con base en la normativa aplicable\*\*, que los trabajos y los servicios prestados por el socio cooperativista no pueden ser considerados aportaciones no dinerarias, puesto que, aunque puedan ser valorables económicamente, no pueden incorporarse al patrimonio de la sociedad como activo en el balance, al no cumplir con la función de garantía que es propia del capital social.

---

\*\* Reglamento (CE) n.º 1435/2003, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al estatuto de la Sociedad Cooperativa, Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas [estatal] y Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia.

No obstante, el Tribunal Supremo valora la posibilidad de que los trabajos preparatorios para la puesta en funcionamiento de la actividad puedan ser considerados como crédito.

En estos casos, no se estaría ante una aportación de trabajo, sino ante la aportación de un crédito por retribución de unos trabajos o servicios previos a la constitución de la sociedad.

Para que ello pueda ocurrir deben concurrir dos circunstancias: (i) que los trabajos y servicios resulten merecedores de una retribución independiente y puedan ser conceptuados como un crédito contra la sociedad que se aporta como aportación no dineraria en una ampliación de capital; y (ii) que tales trabajos y servicios no se encuentren comprendidos en las labores propias de los administradores o miembros del consejo rector para poner en marcha el objeto social de la sociedad una vez constituida.

**El Tribunal Supremo establece que, con independencia de que el defecto constructivo no se haya exteriorizado en todas las viviendas, no existe preclusión de la garantía del artículo 17.1.b) de la Ley 38/1999, de 5 de diciembre, de Ordenación de la Edificación, respecto de ninguna de ellas si se acredita que su origen está en un problema en el procedimiento seguido, que afecta de forma generalizada a toda la promoción**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2021*

En el supuesto enjuiciado, una comunidad de propietarios y una promotora inmobiliaria ejercitan una acción de responsabilidad y de reclamación de daños contra una empresa constructora por los defectos sufridos en 84 viviendas por la incorrecta colocación del pavimento. A petición de la constructora demandada, son llamados al procedimiento el arquitecto y el aparejador de la obra en calidad de intervinientes —y no de demandados—, quienes se personan y presentan su contestación a la demanda.

En primera instancia, la demanda es estimada parcialmente, se condena a la constructora a indemnizar los daños sufridos en aquellas concretas viviendas en que se habían exteriorizado los defectos y se establece, en relación con el arquitecto y el aparejador, que, dada su mera condición de *intervinientes*, "no cabe dictar ninguna sentencia condenatoria ni absolutoria al respecto".

En segunda instancia, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia. Considera que las patologías denunciadas afectaban a todas las viviendas y declara que el defecto se había producido para todas dentro del plazo de garantía de los tres años, pues la causa de su existencia era la forma y materiales empleados en su ejecución, y que fue la misma para la totalidad de la promoción. Es decir, que era un defecto generalizado, tanto si este se había materializado en la vivienda como si por el momento el vicio existía, pero no se había materializado.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia, considera que no existe preclusión de la garantía del artículo 17.1.b) de la Ley 38/1999, de 5 de diciembre, de Ordenación de la Edificación ("LOE"), pues, siendo un hecho probado en la instancia que los defectos de construcción son generalizados y se produjeron dentro del plazo de garantía de tres años, resulta irrelevante si el daño

se ha materializado ya o no. En consecuencia, el Alto Tribunal confirma que el plazo de garantía no ha precluido para ninguna de las viviendas.

Asimismo, la Sala rechaza el planteamiento del recurso y niega que exista una infracción del artículo 1902 del Código Civil basada en que el daño no esté acreditado (al no haberse manifestado el defecto), en que no son suficientes meras hipótesis o probabilidades y en que no existe un perjuicio real y efectivo. Para el Tribunal Supremo, constatada la existencia del defecto generalizado, el daño es real y no hipotético: se trata de daños materiales, en cuanto comprometen la integridad de la vivienda al afectar a su habitabilidad, porque la subsanación o reparación de los defectos tiene un coste cierto y evaluado económicamente y, por tanto, no se infringe el artículo 1902 del Código Civil.

Finalmente, el Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia relativa a la posición jurídica de los terceros intervinientes: incide en que quienes son llamados al proceso por la vía de la disposición adicional 7.<sup>a</sup> de la LOE y el artículo 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo hacen en calidad de terceros, siempre que la demanda no se dirija contra ellos y no sea precisa su interpelación conjunta con las partes demandadas. Así, aclara que esta situación no constituye un litisconsorcio pasivo necesario y que el interviniente solo se convertiría en demandado si el demandante así lo hiciera constar en su escrito rector.

En consecuencia, el Tribunal Supremo precisa cómo debe interpretarse la oponibilidad y ejecutividad del fallo con respecto a los terceros intervinientes —arquitecto y aparejador, en este caso— en los siguientes términos: (i) ambos quedan vinculados por las declaraciones que se hagan en la sentencia a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que no podrían alegar en un juicio posterior que resultan “*ajenos a lo realizado*”; (ii) ninguno de ellos puede ser condenado ni absuelto en la sentencia, ni esta se podría ejecutar contra ellos, ya que no se dan los presupuestos procesales para ello, al no haber sido demandados, por mucho que hayan tenido oportunidad de defenderse en el proceso; y (iii) lo anterior no quita para que se estime parcialmente el recurso de la constructora y se declare la responsabilidad del aparejador —que intervino en el pleito, aunque no como demandado— por el fracaso generalizado de la pavimentación de las viviendas.

### **Desheredación del esposo de la testadora por incumplir la condición establecida en el testamento de no contraer segundas nupcias o una situación de convivencia *more uxorio* o unión de hecho**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 2021*

La Audiencia Provincial de A Coruña declara la ineficacia de la institución como heredero del marido de la testadora por haber incumplido aquella la condición impuesta en el testamento de no contraer segundas nupcias o una situación de convivencia *more uxorio* o de unión de hecho.

A diferencia de lo que resuelve el Juzgado *a quo*, la Sala entiende que la parte demandante acredita que el marido, pese a no contraer segundas nupcias, ha mantenido durante muchos años una relación afectiva y de apariencia conyugal, con carácter habitual y estable, con una tercera



persona, con la que ha llevado una vida en común y con la que ha convivido en el mismo hogar con la apariencia de un matrimonio.

Por tanto, la Sala declara probado por la demandante, hermana de la testadora, el incumplimiento por el marido demandado de la obligación que aquella le impuso como condición para la eficacia de su institución como heredero. En consecuencia, declara nula y sin efecto dicha institución, por lo que pasan a ser herederos los hermanos de la causante, y condena al demandado a la restitución de los bienes de la herencia de su esposa, y declara nulas las transmisiones que pudiera haber realizado de dichos bienes, así como las inscripciones registrales correspondientes, con su cancelación.

### **En la rendición de cuentas, si el mandatario es el padre de los mandantes, deben analizarse tanto los rendimientos como los gastos a fin de determinar si pueden entenderse derivados de una obligación legal de alimentos**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2021*

Los demandantes realizaron, al tiempo del fallecimiento de su madre, un poder en favor de su padre para que administrase y dispusiese de los bienes adquiridos por estos en la herencia. Con posterioridad, el padre contrajo segundas nupcias, de la que nació una tercera hija. El padre otorgó testamento y, tras su fallecimiento, los hijos del primer matrimonio presentaron demanda contra la herencia yacente ejercitando la acción de rendición de cuentas del artículo 1720 del Código Civil. Los demandantes alegaban que, de la rendición de cuentas, resultaba un saldo a su favor del mandato conferido a su padre.

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda con base en la falta de acreditación de la supuesta gestión indebida o apropiación del patrimonio de los hijos por parte de su padre. Además, apoyándose fundamentalmente en la pericial practicada, entendió que la cantidad de dinero invertida por el padre en sus hijos fue superior a la cantidad efectiva ingresada en el patrimonio de estos. En ese sentido, descarta que los gastos efectuados por el padre, dada la edad de los hijos (mayoría de edad), fueran derivados de un derecho de alimentos.

En segunda instancia se revocó la sentencia, al entenderse que existía un crédito efectivo a favor de los hijos, ya que los gastos efectuados por el padre durante su vida deben considerarse como gastos de alimentos, una obligación que, de acuerdo con la Audiencia Provincial, subsistiría después de la mayoría de edad de los hijos.

El Tribunal Supremo revoca la sentencia con base en que el fallo de apelación no tenía en cuenta, a su juicio, que los hijos contaban con su propio patrimonio para poder atender, razonada y suficientemente, sus gastos. En ese sentido, el Alto Tribunal considera que los hijos no se encontraban en una situación que justificase la obligación de alimentos a cargo del padre y que le confirieron a este, de forma voluntaria y durante largo tiempo, la administración de su patrimonio, sin que puedan alegar posteriormente que eran desconocedores de su situación patrimonial.

En definitiva, el Tribunal Supremo concluye que no existe un saldo acreedor a favor de los demandantes fruto de la acción de rendición de cuentas.

## Prohibición de compensación en concurso de acreedores

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2021*

En el supuesto de autos se discute si un crédito concursal ordinario a favor de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (“CNMC”) puede ser objeto de compensación con una serie de créditos generados a favor de la concursada frente a la CNMC, sin infringir la prohibición de compensación prevista en el derogado artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“LC”). Este precepto prohibía —como regla general— la compensación de créditos y deudas del concursado, pero establecía dos excepciones: la concurrencia, antes de la declaración del concurso, de los requisitos para proceder a la compensación y la compensación como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual.

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo afirma que, para resolver la cuestión, se debe *“partir de la justificación sobre el origen de los créditos y las deudas del concursado”*.

En el caso de autos, los créditos a favor de la concursada son fruto de la continuación de su actividad económica, consistente en la generación de energía eléctrica, tras la declaración del concurso de acreedores. El crédito a favor de la CNMC surge de regularizar —tras la declaración del concurso— las liquidaciones practicadas por la CNMC —antes de la declaración del concurso— en el marco del régimen retributivo de *“primas, primas equivalentes, complementos e incentivos”* previsto en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (“RDL 9/2013”). La regularización se produce por la aplicación del mecanismo previsto en la disposición transitoria tercera del RDL 9/2013, aplicable a las liquidaciones practicadas durante el periodo transitorio comprendido entre la aprobación del RDL 9/2013 y la aprobación de su normativa de desarrollo.

El Tribunal Supremo sostiene que no puede confundirse la regularización de las liquidaciones —operación de la que surge el crédito a favor de la CNMC, y que sí está permitida, por no ser una compensación en los términos de la LC— con la compensación de este crédito con los generados a favor del concursado por continuar con su actividad económica con posterioridad a la declaración del concurso. Afirma que la compensación está prohibida porque *“los créditos y deudas no se corresponden a liquidaciones del mismo periodo de tiempo, y no se cumplían los requisitos de la compensación antes de la declaración de concurso, pues los derechos a favor de la concursada son posteriores”*, por lo que no concurre ninguna de las excepciones que permitirían la compensación.

En relación con la prohibición de compensación recogida anteriormente en el artículo 58 de la LC, el Tribunal Supremo ha dictado también la Sentencia n.º 315/2021, de 13 de mayo, en la que se pronuncia sobre si un juez de primera instancia, que tiene competencia para conocer de una reclamación formulada por el concursado frente a un tercero, la tiene también para decidir sobre la compensación hecha valer por el demandado (el tercero). Esta resolución establece que la pretensión de compensación debe hacerse ante el juez del concurso y a través del incidente concursal. Sin embargo, admite la posibilidad de que el demandado en un procedimiento judicial al margen del concurso pueda oponer la excepción de compensación prevista en el artículo 408 de la LEC, sin que pueda llegar a formular reconvencción en este sentido, a los únicos efectos de pedir la desestimación de la demanda.

## **Proposición alternativa de conversión de créditos subordinados en acciones de la concursada**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2021*

En el supuesto de autos se discute si una proposición alternativa de conversión de créditos subordinados en acciones de la sociedad concursada, incorporada a una propuesta de convenio que también prevé quitas y esperas que afectan a los acreedores ordinarios y —por extensión— a los subordinados, es contraria al derogado artículo 134.1 de la LC por no dirigirse también a los acreedores ordinarios.

El Tribunal Supremo establece que se trata de una proposición alternativa válida y que, por tanto, puede incorporarse a la propuesta de convenio por las siguientes razones.

En primer lugar, el derogado artículo 100.2 de la LC preveía —en lo que ahora interesa— la posibilidad de añadir a la propuesta de convenio, además de quitas y esperas, proposiciones alternativas dirigidas a una clase de acreedores en concreto. Y especificaba que el contenido de estas proposiciones alternativas podía ser la conversión de créditos en acciones de la concursada. El Alto Tribunal enfatiza que esta previsión legal no excluye a los acreedores subordinados, a quienes puede dirigirse en exclusiva.

En segundo lugar, el derogado artículo 134.1 de la LC facultaba expresamente a los acreedores subordinados para aceptar propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones de la concursada. Esta facultad, según el Tribunal Supremo, no se encuentra limitada ni excluida por su jurisprudencia anterior, concretamente su Sentencia n.º 50/2013, de 19 de febrero. En esta resolución se estableció el carácter imperativo de la extensión a los créditos subordinados de las quitas y esperas previstas para los créditos ordinarios, con el único fin de evitar que los acreedores subordinados —sin derecho a voto para la aceptación del convenio— pudiesen verse afectados por quitas y esperas superiores a las previstas para los acreedores ordinarios.

En último lugar, el Tribunal Supremo establece que la aprobación de una propuesta de convenio que incorpore una proposición alternativa de conversión de créditos subordinados en acciones requiere el voto favorable del 65 % del pasivo ordinario, dado que se está atribuyendo un trato singular a ciertos acreedores (los subordinados). Por tanto, es preciso el voto favorable del pasivo no afectado por el trato singular (el ordinario), de conformidad con el derogado artículo 125 de la LC.

## **La imposibilidad de satisfacer los créditos en un periodo de tiempo razonable justifica la conclusión del concurso al amparo del artículo 152.2 de la LC**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2021*

En un concurso de persona física, tras liquidarse la masa activa y no ser esta suficiente para satisfacer íntegramente la masa pasiva, el administrador concursal decidió solicitar la conclusión del concurso al amparo del artículo 152.2 de la LC. Aunque la masa activa continuaría incrementándose mensualmente con la retención de una parte del sueldo del concursado, el importe de los crédi-

tos era tan elevado que hacía imposible lograr su satisfacción en un periodo de tiempo razonable, por lo que el administrador consideró desproporcionado mantener abierto el procedimiento.

El concursado se opuso a la decisión del administrador concursal argumentando que dicho precepto impide la conclusión del concurso cuando se ha acreditado la existencia de derechos del concursado y, en cambio, no se ha acreditado la insuficiencia de tales derechos para atender los créditos contra la masa. Sin embargo, el Alto Tribunal concluye que, *"a la vista de que el único que se ha opuesto a la conclusión del concurso ha sido el propio concursado, y por esta razón de que queda en el activo la expectativa de un ingreso mensual de 230 euros, debe entenderse correctamente aplicada la causa de conclusión del concurso. Si se hubiera opuesto un acreedor que contara con la expectativa de satisfacer su crédito con ese flujo de cantidades en un tiempo razonable, hubiera tenido sentido mantener durante este tiempo abierto el concurso. Pero si es el deudor, de cuyo sueldo se detraen esas cantidades (230 euros mensuales), el único que se opone a la conclusión, en cuanto no se le perjudica en nada con la medida, y, lo que resulta más importante, se impide que el mantenimiento del concurso genere más gastos con cargo a la masa, resulta razonable tener por cumplido el presupuesto legal de conclusión del concurso"*.

Aclara, además, que ello no contradice lo previsto en el artículo 176.1.3.º de la LC, que regula otra causa de disolución distinta (la insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, en cualquier momento del procedimiento), aunque vinculada a la anterior.

### **Quien figura en el inventario como deudor de un derecho de crédito de la concursada puede impugnar la inclusión de ese derecho amparándose en que el contrato del que surge es nulo**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2021*

La Sala resuelve un supuesto en el que varias personas físicas decidieron impugnar, al amparo del artículo 96.2 de la LC, el inventario elaborado por la administración concursal porque figuraban en él como deudores de unos créditos de la concursada que tenían su origen en unos contratos que reputaban nulos.

El juez del concurso otorgó validez a los contratos y desestimó la demanda de incidente concursal de impugnación del inventario. En apelación, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso interpuesto por los deudores de la concursada argumentando que el incidente concursal de impugnación no era el cauce adecuado para resolver sobre la validez de los contratos, por lo que debía haberse instado antes el correspondiente procedimiento declarativo a tal efecto.

Finalmente, ya en casación, el Alto Tribunal señala que *"la función del inventario es predominantemente informativa, a fin de que los acreedores puedan conocer con qué bienes y derechos cuenta el concursado"* y que, a diferencia de lo que ocurre con la inclusión de un crédito en el listado de la masa pasiva —que sí tiene consecuencias jurídicas de fondo—, *"incluir un derecho de crédito o un bien en el inventario no constituye una declaración judicial acerca de la titularidad del bien o el derecho de que se trate"*. De modo que no existe inconveniente para que quien aparece en el inventario como deudor de un derecho de crédito de la concursada pueda impugnar la inclusión

de ese derecho sobre la base de que el contrato del que surge era nulo. La Sala concluye, desde un punto de vista procesal, que *“en la medida en que esta pretensión de nulidad contractual constituye un presupuesto necesario para interesar la exclusión del derecho de crédito, siempre que sean parte en el incidente de impugnación quienes lo hubieran sido en el contrato, puede ser un cauce adecuado para resolver esta cuestión, con efectos de cosa juzgada”*.

### **La extinción de la garantía real por subordinación del crédito del acreedor garantizado no afecta a las garantías reales o personales prestadas por terceros diferentes del concursado**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2021*

En esta sentencia la Sala resuelve un recurso de casación interpuesto por una sociedad a la que, en su condición de fiadora solidaria, le fue exigido el pago del principal pendiente de amortización de dos préstamos hipotecarios. Y ello después de que —en el seno del concurso de la sociedad prestataria— se hubiese declarado la extinción de las hipotecas que garantizaban los dos préstamos, como consecuencia de la subordinación del crédito de la entidad prestamista por ser considerada persona especialmente relacionada con el deudor (artículo 97.2 de la LC).

Las sociedades demandadas se opusieron a la reclamación de la entidad prestamista alegando que, de conformidad con el artículo 97.2 de la LC, la subordinación del crédito de aquella implicaba no solo la cancelación de las hipotecas que garantizaban los préstamos, sino también la de las garantías personales prestadas en seguridad de esos mismos préstamos por terceros diferentes del deudor concursado.

De acuerdo con el razonamiento del Tribunal Supremo, la *ratio* del artículo 97.2 de la LC consiste en hacer efectiva la subordinación en el concurso, privando al acreedor concursal que sea persona especialmente relacionada de cualquier garantía que le permita cobrar en el concurso con alguna preferencia.

Por ello, apoyando su argumentación en el contenido del nuevo artículo 302.1 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (“TRLR”), la sentencia expone que las únicas garantías que quedan extinguidas en estos supuestos son aquellas que afectan directamente al concurso o, lo que es lo mismo, están constituidas sobre bienes y derechos de la masa activa. La cancelación de cargas a la que se refiere el artículo 97.2 de la LC no afecta, por tanto, a las garantías reales o personales constituidas por terceros distintos del deudor concursado.

### **Determinación del salario mínimo interprofesional a los efectos del límite previsto en el artículo 176.bis.2.2.º de la LC**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de julio de 2021*

En el marco de un concurso de acreedores, se suscita la cuestión de cómo debe calcularse el salario mínimo interprofesional (“SMI”) en relación con el límite del artículo 176.bis.2.2.º de la LC, al

promover varios trabajadores de la sociedad concursada una demanda incidental en reclamación de una serie de cantidades correspondientes a salarios devengados. A la hora de calcular estas cantidades, los trabajadores incluyeron en el límite del triple del SMI establecido en el artículo 176. bis.2.2.º LC el prorrateo de las pagas extraordinarias.

En la sentencia de primera instancia no se incluyó la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias. Para justificar esta decisión, el juez invocó las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1995 y de 11 de junio de 1998, de acuerdo con las cuales las pagas extraordinarias no deben estar comprendidas en la noción de SMI al no existir una indicación expresa en la ley que así lo establezca.

Por el contrario, en la sentencia de apelación, la Audiencia Provincial acogió los argumentos de los trabajadores y concluyó que el cálculo del SMI se debería realizar *“atendiendo al concepto legal de salario mínimo interprofesional que incluye la parte proporcional de las pagas extraordinarias”*.

Finalmente, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial con base en los siguientes motivos:

- i. El Real Decreto 1717/2012, de 28 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2013 —año en que se devengaron los salarios— establecía como límite mínimo anual una cuantía que resulta de calcular el salario mensual por catorce pagas (incluyendo, por tanto, las dos gratificaciones extraordinarias).
- ii. La jurisprudencia citada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no se considera aplicable al recurso, puesto que no está relacionada con el ámbito concursal ni con el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores (“ET”).
- iii. La reforma del artículo 33 ET del año 2011, que incluyó la referencia a las pagas extraordinarias, se hizo con el objetivo de solventar las controversias que se habían suscitado en torno a este precepto.
- iv. No se considera razonable que el cálculo del límite de la garantía del FOGASA en los procesos concursales (calculado conforme al artículo 33 ET) utilice un concepto diferente y menos restrictivo del que se utiliza para determinar el límite de la preferencia concursal.

### **Determinación de criterios para la subordinación de créditos en el marco de un concurso de acreedores**

*Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º 440/2021 y 422/2021, de 22 de junio de 2021*

En la Sentencia n.º 440/2021, el Tribunal Supremo establece qué debe entenderse por *“personas especialmente relacionadas con el deudor”*; y, en la Sentencia n.º 422/2021, el Alto Tribunal determina cuándo —en el marco de un concurso— los créditos pueden considerarse derivados de negocios jurídicos de análoga finalidad al préstamo.

En el primer caso, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial declaran la subordinación de un crédito con base en lo dispuesto en el artículo 93.2.1.º de la LC, puesto en relación con el artículo 93.1.2.º de la LC. Concretamente, el juzgado concluye que se debe subordinar el crédito en cuestión por ser el acreedor persona especialmente relacionada con la concursada: el apoderado de la sociedad acreedora era hermano de un administrador mancomunado de la concursada.

Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que se había hecho una interpretación extensiva del concepto *"persona especialmente relacionada con el deudor"*, dado que el caso objeto de la controversia no tiene encaje en ninguno de los supuestos enumerados en el artículo 93.1 de la LC (y, por ende, tampoco en el 93.2). Concretamente, en la sentencia se afirma que *"La LC incluye una relación de sujetos que se encuentran vinculados por una relación especial al deudor, sea éste una persona natural (art. 93.1 LC) o una persona jurídica (art. 93.2 LC). La enumeración, tanto en uno u otro supuesto, es taxativa y cerrada, introduciendo presunciones iuris et de iure, de modo que cualquier sujeto incluido en la relación tendrá la consideración de persona especialmente relacionada; pero, del mismo modo, un sujeto no incluido en la relación no tendrá esta condición de persona especialmente relacionada con el deudor"*.

En el segundo caso, el supuesto de hecho versa sobre los créditos derivados de la venta con precio aplazado de dos inmuebles por un socio de la concursada (y su esposa) a la sociedad concursada. El objeto principal de discusión es la determinación de si el negocio jurídico descrito puede encuadrarse en el concepto de *"cualquier otro contrato de análoga finalidad [al préstamo]"* a los efectos del artículo 92.5.º de la LC. La importancia de dilucidar esta cuestión radica en que, de acuerdo con el precepto mencionado, los créditos de los que fuera titular alguna persona especialmente relacionada con el deudor serán considerados subordinados, con excepción de aquellos *"diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios"*.

El Tribunal Supremo establece en su sentencia que el negocio jurídico objeto de la controversia —una compraventa con precio aplazado— no está dentro de la excepción contemplada en el artículo 92.5.º LC. El argumento principal de la Sala se basa en asimilar el aplazamiento del pago del precio a una financiación indirecta al comprador (asimilación funcional). En consecuencia, los créditos derivados de la compraventa con precio aplazado son créditos subordinados.

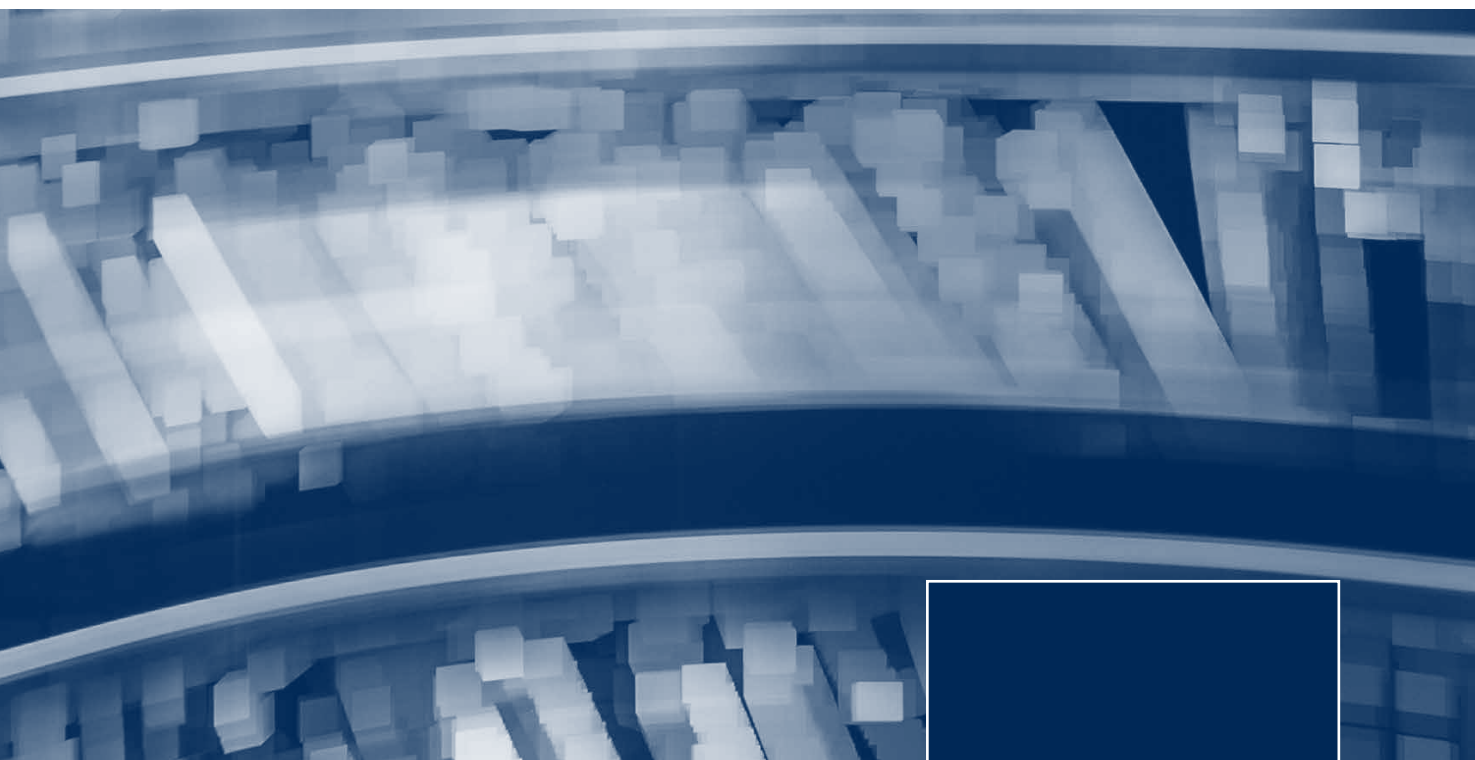
A este respecto, el Tribunal Supremo determina que no existe imposibilidad alguna en la naturaleza jurídica del contrato que intrínsecamente impida considerar una finalidad económica de financiación del comprador. A pesar de que en sede de compraventa rija la ejecución simultánea de las obligaciones sinalagmáticas, esta puede ser exceptuada mediante pacto, de modo que el precio sea exigido solamente al vencimiento del término señalado por las partes. En consecuencia, puede apreciarse en ciertas circunstancias que la compraventa con precio aplazado posee una función complementaria de financiación.

Por último, el Tribunal Supremo explica que, en el caso concreto que es objeto de análisis, existen determinadas circunstancias que apoyarían que la compraventa con precio aplazado sea asimilada a una financiación: el elevado porcentaje del precio objeto de aplazamiento, el amplio periodo de amortización de ese precio y la refinanciación después de vencido el plazo previsto en el contrato, con la formalización de una hipoteca sobre los inmuebles vendidos (asegurando un pago futuro).





9 de septiembre de 2021



Procesal Penal



9 de septiembre de 2021

## 1. Jurisprudencia

---

[España]

**El Tribunal Supremo declara por vez primera que los plazos máximos de instrucción del artículo 324 LECrim (tanto en la redacción de 2015 como tras la reforma legal de 2020) son imperativos y que, por tanto, las diligencias acordadas una vez transcurridos dichos plazos son nulas de pleno derecho y causan siempre indefensión material a los investigados, sin que quepa subsanación ulterior. Procede decretar el sobreseimiento y archivo de la causa si el Juzgado de Instrucción no acuerda válidamente en plazo tomar declaración a los investigados**

*Sentencia n.º 455/2021 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2021 (rec. n.º 3034/2019)*

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Pte. Magro Servet) resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la acusación popular frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 28 de mayo de 2019, que, a su vez, desestimaba los recursos de apelación interpuestos por las mismas partes contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.<sup>a</sup>) el 20 de diciembre de 2018.

En el pronunciamiento de instancia, la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.<sup>a</sup>), estimando las cuestiones previas formuladas por las defensas antes del inicio del juicio oral, decretó la nulidad de resoluciones anteriores dictadas en fase de instrucción por otra Sección de la misma Audiencia Provincial y por el propio Juzgado de Instrucción por haber acordado dichas resoluciones practicar diligencias de investigación y continuar el procedimiento penal cuando ya había expirado el plazo máximo previsto en el artículo 324 LECrim sin que se hubiese tomado declaración válida a los investigados en la fase de instrucción. Al estimar las cuestiones previas y declarar la nulidad de las resoluciones judiciales anteriores, la Audiencia de Murcia concluyó que solo cabía dictar sentencia absolutoria respecto de los acusados.

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Enrique Rodríguez Celada, y en su elaboración han participado Mario Montes Santamaría, Arianna Vázquez Fernández, Andrés Turiel Miranda, Belén Adell Troncho, Gonzalo Mesalles Garau y Adrián Agenjo, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

El Ministerio Fiscal impugna la confirmación en apelación del pronunciamiento absolutorio alegando vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Por un lado, argumenta que la declaración de nulidad de actuaciones exige una vulneración de normas esenciales del procedimiento y que ello produzca efectiva indefensión. A juicio de la Fiscalía, los plazos máximos del art. 324 LECrim no son normas esenciales del procedimiento penal, su transcurso no provoca indefensión material *per se* y cabe en todo caso la subsanación posterior. Por otro lado, argumenta que, en caso de declaración de nulidad por el tribunal de enjuiciamiento, se debió haber remitido la causa de nuevo al Juzgado de Instrucción, sin que sea ajustada a derecho la decisión de absolver a los acusados sin la celebración de un juicio oral.

El Tribunal Supremo desestima ambos motivos y hace suyo el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial. Respecto del primer motivo, el Tribunal Supremo establece por vez primera que los plazos del artículo 324 LECrim son de obligado cumplimiento, no orientativos ni subsanables, y que las diligencias que se practican fuera de plazo son nulas de pleno derecho y causan siempre indefensión material. En concreto:

- Los plazos del artículo 324 LECrim son un límite temporal de obligado cumplimiento, pues así se fija como opción de política legislativa y así se extrae de la propia LECrim. Al analizar la *mens legislatoris*, el Tribunal Supremo establece que el legislador ha fijado un plazo imperativo de movilidad práctica temporal de las diligencias en la fase de instrucción, atribuyendo al Fiscal una función fiscalizadora de la agilización de esas diligencias y de la no expiración del plazo. Por tanto, el legislador busca condicionar la validez de las diligencias a que se acuerden dentro de plazo. Entender que los plazos tienen eficacia orientativa conduciría a consecuencias absurdas, como la eternización o el abandono de la instrucción, o su ejecución de manera descuidada.

Además, tanto el preámbulo de la Ley 41/2015 como el propio artículo 324 LECrim (en su redacción anterior y en la actual) hacen referencia a plazos "máximos". Los plazos son, por tanto, normas esenciales del procedimiento penal. De hecho, el Tribunal Supremo destaca que ambas redacciones del precepto contemplaban consecuencias de invalidez para las diligencias acordadas fuera de plazo. El actual artículo 324.3 LECrim explicita que si el Juzgado de Instrucción no hubiese dictado la resolución de prórroga antes de la finalización del plazo, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de dicha fecha.

- Las diligencias extemporáneas, así como sus consecuencias, son nulas de pleno derecho, pues su práctica causa siempre indefensión material. El Alto Tribunal determina que, al acordarse diligencias de forma extemporánea, se produce no solo indefensión formal, sino también material, cercenándose el derecho de los investigados a que se dicte el auto de archivo en el plazo fijado sin petición de prórroga del Fiscal, al ser este límite un mecanismo de salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva frente a retrasos injustificados. La nulidad de las diligencias extemporáneas se extiende a las consecuencias que dimanen de estas; entre otras, la eventual apertura de juicio oral, como sucedía aquí. En cualquier caso, no hay subsanación posible para estas diligencias inválidas *ex origen*.

La expiración del plazo supone, además, la imposibilidad de incorporar nuevo material instructorio y de practicar actuaciones adicionales. Ello resulta de particular relevancia en el caso enjuiciado, puesto que el plazo máximo se agotó sin que el Juzgado de Instrucción hubiese acordado

dentro de plazo la declaración de los investigados. Dado que la LECrim obliga a tomar declaración a los investigados en fase de instrucción como requisito previo insoslayable de la continuación del procedimiento a la fase acusatoria, la ausencia de declaración en plazo conlleva la necesidad de que el Juzgado de Instrucción dicte un auto de sobreseimiento y archivo.

Respecto del segundo motivo de recurso, el Tribunal Supremo establece que la sentencia absoluta fue una solución procesal adecuada en ausencia de acusación válidamente formulada. La alternativa propuesta por el Ministerio Fiscal en su recurso —la retroacción de actuaciones y devolución de la causa al Juzgado de Instrucción— no era viable al no ser posible la reapertura de la causa por haber expirado el plazo máximo. El Alto Tribunal justifica su decisión en motivos de economía procesal y seguridad jurídica, puesto que la reanudación de la causa por el Juzgado de Instrucción solo podría concluir en sobreseimiento, al haber fenecido la posibilidad de dirigir el procedimiento contra los acusados.

Por todo ello, el Tribunal Supremo confirma los pronunciamientos judiciales previos y confirma la absolución de los acusados.

### **El Tribunal Supremo declara que la inspección y remisión a las autoridades de conversaciones privadas por parte de una red social no conlleva quebranto del derecho fundamental a la intimidad si las condiciones de uso habilitaban esas actuaciones y el afectado las aceptó**

*Sentencia n.º 694/2020 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 2020 (rec. n.º 671/2019)*

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. Palomo del Arco) resuelve el recurso de casación interpuesto por la defensa frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1.ª) n.º 301/2018, de 29 de octubre de 2018, que condenaba al recurrente por múltiples delitos de corrupción de menores (*grooming*), abusos sexuales a menores y exhibicionismo y provocación sexual.

La investigación de los hechos se inició por mor de una denuncia presentada por la red social Tuenti tras revisar los chats privados del condenado sin autorización judicial, con aportación de dichos chats adjuntos a su denuncia ante la Guardia Civil.

El principal fundamento del recurso es que el acceso y la cesión del contenido de los chats privados por parte de la red social fueron ilícitos, ya que no contaron con la preceptiva autorización judicial para desvelar esa información. El recurrente considera insuficiente, además, que la red social estuviera habilitada para ello en virtud de sus condiciones privadas de uso. Según el recurrente, esa actuación vulneró su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE), su derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18.1 CE) y su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), así como el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La consecuencia jurídica de esa actuación irregular debería ser, a juicio del recurrente, la ilicitud de la prueba obtenida por mediar conexión de antijuridicidad (artículo 11.1 LOPJ), lo que impedi-

ría valorar no solo la concreta prueba obtenida irregularmente, sino todas las obtenidas a raíz de aquella (en particular, el resultado de las intervenciones telefónicas practicadas, la información adicional proporcionada por la red social a la investigación policial y las exploraciones de las menores). El recurso concluye que, sin ese material probatorio, la condena no podría sustentarse por no quedar enervada la presunción de inocencia.

El Tribunal Supremo, con carácter previo al examen de fondo de las alegaciones del recurrente, comienza aclarando tres cuestiones: (i) que la red social preveía en sus condiciones privadas de uso la facultad de notificar a las autoridades policiales y judiciales cualquier infracción de la legislación o sospecha de comisión de delito; (ii) que la injerencia alegada no provino de las autoridades estatales ni se produjo a indicación o sugerencia de ellas; y (iii) que el contenido de las conversaciones privadas obedecía a un proceso comunicativo finalizado, por lo que el derecho fundamental supuestamente vulnerado sería la intimidad y no el secreto de las comunicaciones, dado que este último solo rige mientras se desarrolla el proceso de comunicación. Esta distinción resulta esencial, pues mientras la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial *ex artículo 18.3 CE*, no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto de las injerencias en el derecho a la intimidad. Asimismo, el Alto Tribunal recuerda que, aunque en la limitación de derechos fundamentales rige la regla del monopolio jurisdiccional, excepcionalmente es posible que la policía judicial realice determinadas prácticas que supongan injerencias leves en la intimidad, siempre que se respete el principio de proporcionalidad.

El Tribunal Supremo recuerda, además, que estas consideraciones generales no resultan aplicables en caso de que medie consentimiento del interesado. No podría hablarse de injerencia ilegítima en el derecho a la intimidad si el afectado prestase consentimiento eficaz, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno.

Seguidamente, el Tribunal Supremo aborda el fondo de la cuestión, a saber: si el recurrente, al aceptar las condiciones privadas de uso de la red social, prestó un consentimiento eficaz que amparaba tanto la fiscalización de sus conversaciones privadas por parte de la red social como la remisión de su contenido a la autoridad policial.

A ese respecto, la Sala Segunda señala que la interpretación que realizó el tribunal *a quo* sobre el alcance de la aceptación de las condiciones privadas de uso fue lógica y racional. Por lo tanto, al aceptar el recurrente dichas condiciones, aceptó que Tuenti revisara la legalidad de los contenidos difundidos a través de su red. En consecuencia, el Tribunal Supremo considera que el recurrente prestó un consentimiento eficaz a la intromisión en su intimidad por parte de la red social, que además lo fue en términos válidos bajo los parámetros de la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

La sentencia apostilla que, con frecuencia, se hace caso omiso de las condiciones de uso, cuyo contenido se acepta de forma acrítica. Este hecho, empero, no constituye argumento válido de defensa, pues de una lectura en diagonal de las condiciones de uso se podía advertir que en ellas se especificaba que la red social realizaría actividades de vigilancia y pondría en conocimiento de las autoridades cualquier sospecha de la comisión de delitos.

Por todo ello, el Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la condena del acusado.

**El Tribunal Supremo atribuye efectos interruptivos de la prescripción a toda actuación judicial con contenido sustancial o material que demuestre que la investigación judicial se encuentra en marcha. En lo que se refiere a las resoluciones que acuerdan diligencias de investigación, el Alto Tribunal aclara que resulta intrascendente a efectos interruptivos que dichas diligencias lleguen a practicarse finalmente o que posteriormente se revelen inútiles para los fines de la instrucción**

*Sentencia n.º 429/2021 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 20 de mayo (recurso n.º 3168/2019)*

El Tribunal Supremo confirma la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de enero de 2019, que condenó a los recurrentes como autores de un delito contra la Hacienda Pública.

La sentencia de instancia considera probado que los condenados, en su respectiva condición de administradores únicos de una sociedad y su filial, se concertaron para enajenar un inmueble propiedad de la segunda (lo cual le reportó un importante beneficio) y, tras ello, realizaron distintas operaciones de compraventa con otras sociedades relacionadas a fin de aminorar la base imponible de la mercantil vendedora. La Audiencia Provincial entiende que dichos negocios fueron simulados y no perseguían otra finalidad que la defraudación fiscal.

Los recurrentes alegan en su primer motivo de casación que los hechos objeto de acusación se encuentran prescritos porque la causa estuvo paralizada entre febrero de 2006 y febrero de 2012. A este respecto, señalan que el Juzgado de Instrucción dictó una resolución en fecha de 9 de marzo de 2007, a la que no cabe atribuir efectos interruptivos, puesto que acordaba la declaración como investigado de una persona fallecida en esa fecha (y, consecuentemente, cuya responsabilidad penal se habría extinguido), de modo que se trataba de una medida de investigación totalmente inútil o inocua.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina en esta materia, en virtud de la cual:

- i. Son susceptibles de interrumpir la prescripción los actos procesales que tengan un auténtico "*contenido sustancial propio de la puesta en marcha y prosecución del procedimiento*". Esto abarca no solamente las actuaciones con fines de investigación sumarial, sino también las de ordenación del procedimiento (tales como la decisión de admisión o rechazo de pruebas o el señalamiento del juicio oral).
- ii. Por el contrario, carecen de virtualidad interruptiva las diligencias banales, inocuas o de mero trámite que no afecten al curso del procedimiento, así como aquellas resoluciones judiciales que no versen sobre la efectiva prosecución penal frente a los culpables (como sucede, por ejemplo, con las dictadas en la pieza de responsabilidad civil).

Sentado lo anterior, el Alto Tribunal disiente con los razonamientos de los recurrentes y subraya que la evaluación de la trascendencia de una diligencia no puede hacerse mediante un juicio *ex post* ni puede depender de una valoración sobre la necesidad real de esa diligencia. En otras palabras, debe atribuirse efectos interruptivos a todas las actuaciones tendentes al esclarecimiento de

los hechos, con independencia de que no lo consigan o de que, una vez acordadas, se demuestren estériles o impracticables. Lo fundamental es que la decisión del juzgado evidencie en el momento que el proceso está vivo, que la investigación prosigue.

En virtud de lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que la providencia por la que se acordaba la declaración como investigado de una persona fallecida tiene capacidad para interrumpir la prescripción, sin perjuicio de que luego no pudiera llegar a practicarse.

Los condenados también alegaron, por la vía de error en la apreciación de la prueba (art. 849.2.º LECrim), que el tribunal de instancia debía considerar los negocios enjuiciados como “operaciones vinculadas”, cuyo régimen jurídico está previsto en la normativa fiscal para las sociedades, ya que todas las sociedades pertenecían al mismo grupo empresarial. Este motivo de casación se basaba en el contenido de determinados informes periciales presentados por las defensas al procedimiento penal, que vendrían a contradecir las conclusiones de la Hacienda Pública y, por consiguiente, los hechos probados de la sentencia.

El Tribunal Supremo comienza repasando su doctrina respecto del error en la apreciación de la prueba. Dicho motivo de casación (i) debe fundarse en una verdadera prueba documental; (ii) dicho documento debe ser literosuficiente (esto es, que demuestre el error sin necesidad de acudir a otras fuentes de prueba complementarias), (iii) debe aportar datos que no entren en contradicción con otros de los que se consideren probados (pues, en tal caso, lo que se estaría discutiendo es la racionalidad del proceso valorativo del tribunal); y (iv) debe ser relevante, es decir, que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo.

Al hilo de ello, el Alto Tribunal indica que los informes periciales no tienen la naturaleza de documentos a efectos casacionales, sino de prueba personal, y que solo es posible que se invoquen por la vía casacional del art. 849.2.º LECrim de forma excepcional cuando concurren los siguientes requisitos: (i) la existencia de un único informe o varios dictámenes absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto; y (ii), dándose la anterior circunstancia, que esa pericial entre en contradicción con hechos relevantes recogidos u omitidos en la sentencia de instancia.

En el supuesto examinado, existían diferentes informes periciales que eran contradictorios entre sí y el tribunal *a quo* se había inclinado por dar más credibilidad al presentado por la Agencia Tributaria. Por lo tanto, el Alto Tribunal entiende que los recurrentes están planteando algo que no tiene encaje en sede de casación: una nueva valoración de la prueba. Por estas razones, se desestima también este motivo.

**La Sala Segunda del Tribunal Supremo confirma la imposición de las costas procesales a la acusación particular sobre la base de que, aunque el ejercicio inicial de la acción no hubiera sido temerario, se aprecia mala fe en la posterior retirada de la acusación (única que sustentaba el procedimiento) pocos días antes del juicio oral y sin justificación alguna**

*Sentencia n.º 225/2021 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 2021 (recurso n.º 2212/2019)*



El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por una acusación particular frente a la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Séptima) que acordaba su condena en costas.

Se trata de un procedimiento penal en el que el Ministerio Fiscal había solicitado el sobreseimiento de la causa, de modo que la apertura de juicio oral se sustentaba únicamente en el escrito de conclusiones provisionales presentado por la acusación particular. Pocos días antes de la celebración del juicio, la acusación particular anunció su renuncia a la acción penal sin explicar las razones que le habían llevado a ese cambio de criterio.

A raíz de la renuncia de la acusación particular, las defensas presentaron sendos escritos en los que solicitaban el archivo de la causa con base en el principio acusatorio (*i. e.*, si nadie dirige la acción penal frente al acusado, el tribunal debe archivar el procedimiento), si bien no incluían una expresa petición de condena costas en esos escritos. La Audiencia Provincial de Madrid acordó el archivo de la causa, tuvo por renunciada a la acusación particular y le impuso a esta las costas procesales derivadas del procedimiento. Frente a ese pronunciamiento de la Sala, la acusación particular presentó un recurso de súplica que fue desestimado y, posteriormente, interpuso el recurso de casación que el Tribunal Supremo resuelve en esta sentencia, argumentando que la resolución recurrida carece de razonamientos que justifiquen la imposición de costas o aludan al ejercicio temerario de la acción penal.

El Alto Tribunal da la razón a la Audiencia Provincial y confirma la imposición de costas a la acusación particular. La sentencia recuerda que la condena en costas tiene una naturaleza eminentemente civil y responde a tres finalidades fundamentales: (i) la conveniencia de que se repare, compense o resarza de los gastos procesales causados a la parte que han sufrido las consecuencias del delito, y por ello ha comparecido ante los tribunales en demanda de tutela judicial efectiva; (ii) la necesidad de imponer las costas a los acusadores por las consecuencias económicas que se derivan del ejercicio de una acción penal temeraria, porque carece de base indiciaria o se trata de acusaciones infundadas; y (iii) también para resarcimiento de las defensas en los supuestos de ejercicio de la acción penal en la que media mala fe.

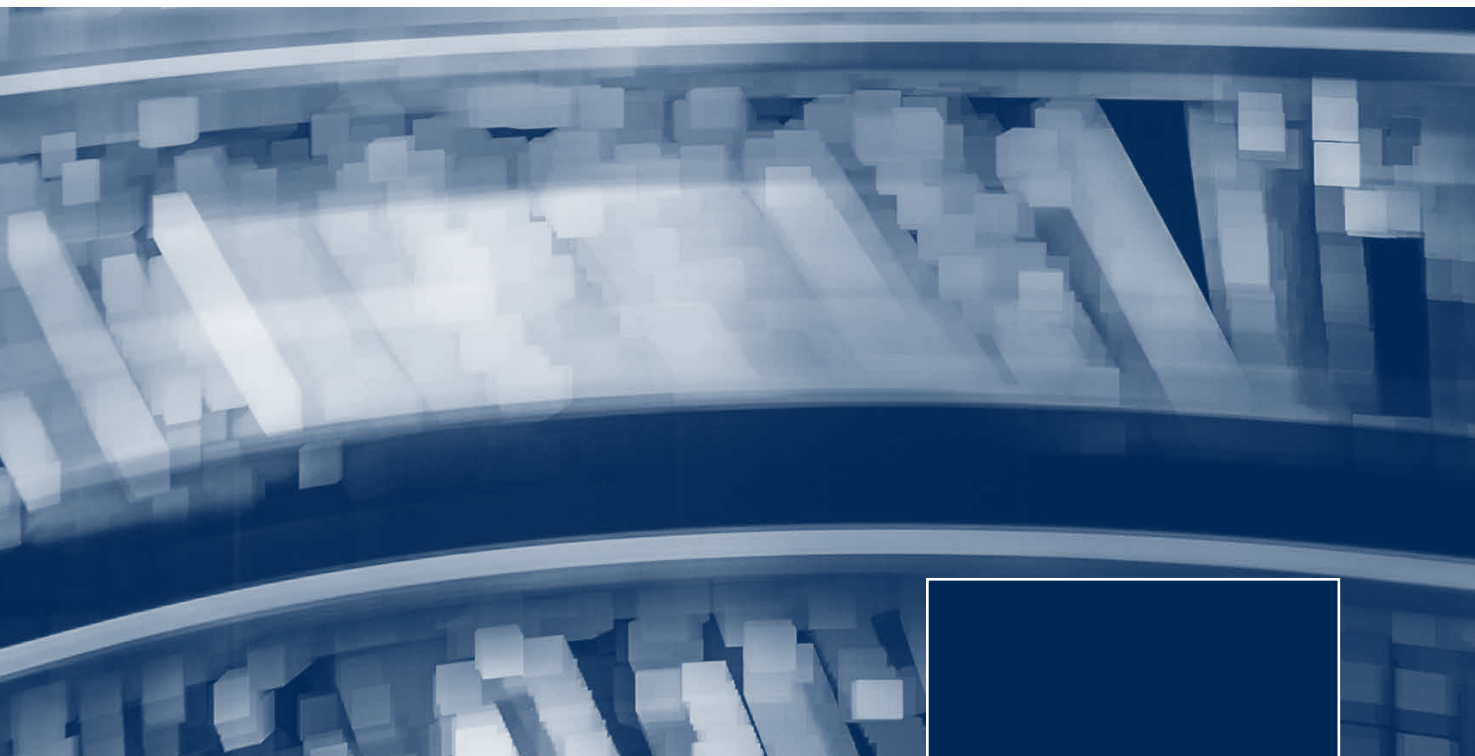
El Tribunal Supremo explica que, si bien la acción penal ejercitada en su momento no fue temeraria (*i. e.*, manifiestamente carente de fundamento), ha existido mala fe en su renuncia. En particular, subraya que la acusación particular había mantenido “vivo” el procedimiento penal durante cuatro años y que había decidido solicitar la apertura de juicio oral en contra del criterio del Ministerio Fiscal; pero, de forma totalmente sorpresiva, anunció su renuncia a la acción penal a escasos veinte días de la celebración del juicio oral. A la vista de ello, el Tribunal Supremo entiende que existen motivos suficientes para imponer las costas procesales a la acusación particular teniendo en cuenta que:

- i. La acusación particular no ha motivado su cambio de estrategia procesal en ningún momento, a diferencia de lo que ocurría en las sentencias invocadas por el recurrente para avalar la improcedencia de la condena en costas.
- ii. Los acusados han tenido que soportar la carga de defenderse durante la instrucción de la causa y, de forma específica, después de la apertura de juicio oral frente a ellos a instancias

de la acusación particular. Dicha carga, en palabras del Tribunal, debe ser "*compensada y resarcida*" a través de la imposición de las costas procesales a la acusación.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal —que se adhirió al recurso de casación— alegaba la vulneración del principio de rogación, con base en que la Audiencia Provincial había impuesto las costas procesales sin que ninguna de las defensas lo hubiera solicitado en el escrito de petición de archivo de la causa. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza este motivo indicando que esa solicitud sí se había incluido en los respectivos escritos de conclusiones provisionales que las defensas presentaron antes de conocer la renuncia de la acusación particular.

9 de septiembre de 2021



Salud y  
Alimentación



9 de septiembre de 2021

## 1. Legislación

---

[Unión Europea]

### **Régimen transitorio para las autorizaciones de comercialización temporales de medicamentos veterinarios**

*Comunicación de la Comisión sobre las autorizaciones de comercialización de medicamentos veterinarios para los que el período de validez de cinco años expire en la fecha de entrada en vigor del Reglamento (UE) 2019/6 o con posterioridad a dicha fecha*

El Reglamento (UE) 2019/6 sobre medicamentos veterinarios, que deroga la Directiva 2001/82/CE y cuya entrada en vigor está prevista para el 28 de enero de 2022, prevé que las autorizaciones de comercialización otorgadas a su amparo tendrán vigencia indefinida desde el momento de su concesión (a diferencia de lo establecido por la Directiva, bajo la cual las autorizaciones de comercialización tendrían una validez inicial de cinco años y solo tendrían vigencia indefinida tras un procedimiento de renovación).

La comunicación de la Comisión complementa el régimen transitorio del Reglamento (UE) 2019/6 señalando que los medicamentos veterinarios autorizados por el procedimiento centralizado bajo la normativa anterior con una validez temporal de cinco años podrán acogerse al plazo de duración indefinida de las autorizaciones de comercialización que establece el Reglamento (UE) 2019/6. La Agencia Europea de Medicamentos enviará una comunicación a los titulares de dichas autorizaciones en la que solicitará si quieren acogerse al plazo de duración ilimitada. En caso de respuesta afirmativa, la Comisión adoptará las medidas necesarias para garantizar que la autorización de comercialización tenga esta duración ilimitada. En caso de respuesta negativa o ausencia de respuesta, la autorización de comercialización expirará automáticamente después del período de validez de cinco años previsto.

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina y redactada por Alejandro Abad Chamorro, Carla Bravo Gil de Antuñano, Guilherme Neves y Guilherme Drummond, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

En el caso de los productos autorizados a nivel nacional, la Comisión señala que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones nacionales en cuestión se modifiquen a su debido tiempo con el fin de eliminar el límite de cinco años.

## [Portugal]

### Dispositivos médicos

*Regulamento (UE) 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2017 (JOUE L 117/1, de 5 de maio de 2021). Início da aplicação*

O Regulamento (UE) 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2017 ("Regulamento 2017/745"), que estabelece as regras aplicáveis à colocação no mercado, disponibilização no mercado ou entrada em serviço de dispositivos médicos para uso humano e dos acessórios desses mesmos dispositivos na União, com exceção dos dispositivos médicos para diagnóstico *in vitro* abrangidos pelo Regulamento (UE) 2017/746, de 5 de abril de 2017 (e entretanto já alterado pelo Regulamento (UE) 2020/561 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2020), que entrou em vigor no dia 25 de abril de 2017, passou a ser aplicável na sua totalidade a partir de 26 de maio de 2021.

O Regulamento 2017/745 tem por objetivo garantir o bom funcionamento do mercado interno no que diz respeito aos dispositivos médicos, tendo por base um elevado nível de proteção da saúde dos doentes e utilizadores e tendo em conta as pequenas e médias empresas que operam neste setor. Ao mesmo tempo, o Regulamento 2017/745 define normas elevadas de qualidade e de segurança dos dispositivos médicos para ir ao encontro das preocupações comuns de segurança relativas a esses produtos.

Entre as várias alterações promovidas pelo Regulamento 2017/145 está o alargamento do âmbito de aplicação do regime e do conceito de dispositivo médico. A este respeito, cumpre salientar que o *software*, por si só, passa a ser qualificado como dispositivo médico quando especificamente destinado pelo fabricante a ser utilizado para um ou vários fins médicos indicados na definição de dispositivo médico. Para além desta novidade, ficam ainda abrangidos por este conceito os dispositivos sem finalidade médica que exibam características semelhantes às dos dispositivos com finalidade médica, tais como lentes de contacto, equipamento destinado a ser utilizado para reduzir, eliminar ou destruir o tecido adiposo, entre outros.

Para além disso, em substituição da figura de responsável estabelecido na União Europeia, o artigo 11.º do Regulamento 2017/745 institui a figura do mandatário, que deve ser designado pelo fabricante de um dispositivo médico que não esteja estabelecido num Estado-Membro como condição para que o mesmo possa ser colocado no mercado da União Europeia, para assegurar a conformidade desse dispositivo com as regras aplicáveis.

Por outro lado, passa a estar prevista a figura dos dispositivos de uso único, que correspondem àqueles destinados a ser utilizados numa pessoa durante um único procedimento. Neste contexto, o artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento 2017/745 prevê que o reprocessamento e a reutilização de dis-

positivos de uso único só podem ter lugar se forem permitidos pelo direito nacional e unicamente em conformidade com o disposto no referido artigo.

No caso de doentes com um dispositivo implantado, passa também a ser obrigatório o fornecimento, juntamente com o dispositivo em causa, do cartão de implante, pelo qual se indiquem informações que permitam identificar o dispositivo, advertências, precauções ou medidas a tomar pelo doente, informações sobre o período de vida útil esperado do dispositivo, entre outras.

Foi ainda instituído um sistema de identificação única dos dispositivos (“sistema UDI”, sigla inglesa de *Unique Device Identification*), que permite a identificação e facilita a rastreabilidade dos dispositivos, com exceção dos dispositivos feitos por medida e dos dispositivos experimentais. Paralelamente, no artigo 33.º do Regulamento 2017/745 prevê-se a criação de uma base de dados europeia sobre dispositivos médicos com as finalidades de, nomeadamente, permitir que o público seja devidamente informado sobre os dispositivos colocados no mercado, dos certificados correspondentes emitidos pelos organismos notificados e sobre os operadores económicos relevantes e, ainda, de permitir uma identificação única dos dispositivos no mercado interno e facilitar a sua rastreabilidade.

Uma outra novidade prevista neste diploma é a criação de um sistema eletrónico relativo à vigilância e à monitorização pós-comercialização. Assim, nos termos do artigo 83.º do Regulamento 2017/745, cabe aos fabricantes planear, estabelecer, documentar, aplicar, manter e atualizar um sistema de monitorização pós-comercialização de um modo que seja proporcional à classe de risco e adequado ao tipo de dispositivo.

O Regulamento 2017/745 revogou a Diretiva 90/385/CEE do Conselho, de 20 de junho de 1990, e a Diretiva 93/42/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993. Tendo em conta, por um lado, a aplicação direta no ordenamento jurídico português do Regulamento 2017/745 a partir de 26 de maio de 2021 sem necessidade de um ato nacional de transposição, e, por outro, a prevalência do direito da União Europeia sobre o direito nacional, o Regulamento 2017/745 terá como a desaplicação das disposições do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, que estabelece as regras a que devem obedecer a investigação, o fabrico, a comercialização, a entrada em serviço, a vigilância e a publicidade dos dispositivos médicos e respetivos acessórios, que sejam incompatíveis com as do referido Regulamento 2017/745.

## 2. Jurisprudencia

---

[Unión Europea]

**Un medicamento no sujeto a prescripción médica en un Estado miembro solo puede ser comercializado en otro Estado miembro si este último también ha autorizado su comercialización**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 8 de julio de 2021 en el asunto C-178/20 Pharma Expressz Szolgáltató és Kereskedelmi Kft. v. Országos Gyógyszerészeti és Élelmezés-egészségügyi Intézet*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) resuelve en este caso una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal General de la Capital, Hungría, en relación con un litigio suscitado entre la sociedad húngara Pharma Expressz (“Pharma Expressz”) y el Instituto Nacional de Farmacia y Nutrición de Hungría (el “Instituto”).

En marzo de 2019, el Instituto conminó a Pharma Expressz a que se abstuviera de comercializar en Hungría un medicamento, no autorizado en Hungría, que había sido importado de otro Estado miembro en el que dicho medicamento sí estaba autorizado como medicamento no sujeto a receta médica.

En efecto, según la normativa húngara, los medicamentos que no dispongan de una autorización de comercialización (“AC”) expedida por las autoridades húngaras o por la Comisión Europea (por el procedimiento centralizado) solo pueden ser comercializados en Hungría si su utilización con fines médicos ha sido notificada al Instituto por un médico prescriptor, quien debe obtener de su parte una declaración relativa a ese uso. Pharma Expressz alegó que esta interpretación del derecho húngaro equivalía a imponer una restricción cuantitativa a la importación, contraria al artículo 34 TFUE y no justificada por el objetivo de protección de la salud y vida de las personas, consagrado en el artículo 36 TFUE.

El TJUE entiende, en primer lugar, que de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (la “Directiva Código”), se desprende que la autoridad competente de un Estado miembro solo puede proceder a la clasificación de un medicamento como sujeto a receta médica o no sujeto a receta médica después de que se haya concedido una AC para la comercialización de dicho medicamento en ese Estado. Esto es, si un medicamento no cuenta con una AC concedida por la autoridad competente del Estado miembro en el que se ofrece a la venta (o de una AC expedida por la Comisión Europea por el procedimiento centralizado), no puede ser comercializado en dicho Estado, y el procedimiento de clasificación de medicamentos previsto en los artículos 70 a 73 de la Directiva Código carece de relevancia.

Únicamente podrían dispensarse medicamentos sin AC en un Estado miembro si, de acuerdo con la legislación vigente, se suministran atendiendo a una solicitud de uso compasivo, elaborados de



acuerdo con la prescripción de un facultativo reconocido y que los destine a un paciente individual bajo su responsabilidad personal directa (tal y como prevé la excepción del artículo 5, apartado 1, de la Directiva Código). Así, para permitir la dispensación de medicamentos que no disponen de una AC en Hungría, la normativa húngara exigía la existencia de una receta extendida por un prescriptor y una declaración de la autoridad competente en materia de salud. A este respecto, el TJUE recuerda que una norma nacional mediante la cual un Estado miembro cumple sus obligaciones derivadas de la Directiva Código (como, en este caso, la transposición del artículo 5, apartado 1, de la Directiva Código) no puede calificarse de restricción cuantitativa a la importación o de medida de efecto equivalente comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE.

Por ello, en definitiva, el TJUE establece que una medida nacional de transposición del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva Código, que, para la dispensación de un medicamento que no cuenta con una AC, exige una receta médica y una declaración de la autoridad competente en materia de salud a fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha disposición, no constituye una restricción cuantitativa ni una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 34 TFUE.

### **Un consejo de salud inexacto no confiere al periódico en que se publique carácter de producto defectuoso**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de junio de 2021, C65/20, VI / KRONE Verlag Gesellschaft mbH e Co KG*

La cuestión prejudicial se plantea en el contexto de un litigio entre un particular y una empresa editorial en el que la primera demanda a la segunda daños y perjuicios derivados de lesiones corporales resultantes de haber seguido un consejo de salud inexacto publicado en un periódico editado por la editorial.

Como primer punto del análisis, el TJUE determina la naturaleza del consejo de salud publicado en el periódico: la recomendación de salud tiene naturaleza de servicio, y el periódico (el alegado "producto") tan solo es el soporte físico del servicio.

El Tribunal concluye que un consejo de salud inexacto, publicado en un periódico impreso, queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y no puede conferir carácter defectuoso a dicho periódico ni puede generar, sobre la base de esta Directiva, la responsabilidad objetiva del productor, ya sea el editor o el impresor de ese periódico o incluso el autor del referido artículo. El TJUE concluye recordando al particular reclamante que, si bien no es de aplicación el régimen de responsabilidad objetiva por los daños causados por productos defectuosos, podrá ejercitar las acciones oportunas bajo otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual que se basen en fundamentos diferentes, como la obligación de saneamiento por vicios ocultos o la culpa.

## **La prohibición nacional de ofertar ventajas y otros regalos publicitarios de valor pecuniario en el ámbito de la venta de medicamentos no supone una restricción cuantitativa a la importación ni una medida de efecto equivalente**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de julio de 2021, C-190/20, DocMorris NV / Apothekerkammer Nordrhein*

La cuestión prejudicial planteada se refiere a la prohibición de ofrecer regalos promocionales para promover la venta de medicamentos contenida en el artículo 7 de la ley alemana sobre publicidad sanitaria. En concreto, en el caso de autos, la acción publicitaria controvertida consistía en un juego promocional que permitía a los participantes obtener objetos de la vida cotidiana distintos de los medicamentos, estando la participación en ese juego supeditada al envío de un pedido de un medicamento de uso humano sujeto a prescripción médica, acompañado de la correspondiente receta. La acción publicitaria se implementó por DocMorris NV, sociedad neerlandesa que explota una farmacia de venta por correspondencia establecida en los Países Bajos, y se dirigió a su clientela en Alemania.

El TJUE recuerda que la prohibición de organizar juegos para promocionar servicios de venta de medicamentos prestados por correspondencia no es objeto de armonización a escala de la Unión Europea, ya que la determinación de las normas en la materia sigue siendo competencia de los Estados miembros, siempre y cuando estas no supongan una restricción cuantitativa a la importación ni una medida de efecto equivalente (art. 34 TFUE).

El TJUE concluye que la prohibición de una modalidad de publicidad contenida en la ley alemana queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE, porque:

- i. La ley alemana se aplica indistintamente a todas las farmacias que venden medicamentos en el territorio alemán, tanto si están establecidas en dicho territorio como en otro Estado miembro.
- ii. Las disposiciones nacionales que prohíben determinados tipos de publicidad en ciertos sectores afectan del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de productos procedentes de otros Estados miembros.

### [España]

#### **Subasta andaluza de medicamentos. Interés casacional para la formación de jurisprudencia**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 16 de junio de 2021, STS 862/2021*

El Tribunal Supremo ("TS") resuelve en esta sentencia el recurso de casación interpuesto por Laboratorios Davur, S.L.U. (la "Recurrente") contra la sentencia 1125/2019, de 17 de julio, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Jus-

ticia de Andalucía, en el recurso de apelación 658/2019 interpuesto a su vez frente a la sentencia 27/2019, de 30 de enero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 13 de Sevilla. Las partes recurridas fueron el Servicio Andaluz de Salud y las sociedades Industria Química y Farmacéutica VIR, S.A., Aristo Pharma Iberia, S.L., y Laboratorios Medicamentos Internacionales, S.A.

El contencioso se originó por la resolución dictada en 2015 por el Gerente del Servicio Andaluz de Salud, que aprobaba el listado de medicamentos seleccionados, correspondientes a la convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia cuando sean prescritos o indicados por el principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud (esto es, en relación con el conocido procedimiento de subastas andaluzas de medicamentos).

La Sección de Admisión de la Sala acordó admitir a trámite el recurso por entender que existía interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en la resolución de las siguientes cuestiones:

- i. si en el procedimiento de selección de medicamentos instaurado en Andalucía concurren, efectivamente, los caracteres que determinan la existencia de un procedimiento de contratación, y
- ii. si el resultado de la subasta, consistente en la exclusividad en el suministro de tales medicamentos, constituye una restricción a la libre competencia y, en su caso, si concurren razones imperiosas de interés general que lo justifiquen.

El TS desestima el recurso de casación y se remite a lo ya expuesto en su sentencia 852/2021, de 15 de junio (recurso de casación 8337/2019), donde las cuestiones litigiosas que aquí se plantean ya fueron resueltas. Así:

- A. En primer lugar, la Sala considera que el recurso no carece de objeto ni de sentido (como argumentaba la Administración demandada, al haberse modificado con posterioridad la Ley 22/2007, de Farmacia de Andalucía —“Ley 22/2007”—) porque esta norma de cobertura de la actuación administrativa impugnada ha producido, durante su vigencia, un reguero de actos de aplicación que han sido impugnados y no han alcanzado firmeza y que han de ser resueltos con arreglo al marco jurídico que estaba vigente cuando se dictaron.
- B. En relación con las cuestiones de interés casacional, la Sala determina que el procedimiento andaluz que determina los medicamentos a dispensar cuando se prescriban o indiquen por principio activo, y que se realizará mediante convocatorias públicas para la selección del medicamento, atendiendo al menor coste final de la prescripción, que luego deberá ser dispensado por las oficinas de farmacia cuando se presente una receta médica u orden de dispensación, no tiene naturaleza contractual.

En efecto, la Sala entiende que no estamos ante la formalización del contrato de suministro entre el laboratorio y la Administración, en virtud del cual el primero deba proveer de medicamentos a la segunda, que se obliga al pago de un precio. No se produce el ca-

racterístico intercambio patrimonial entre las partes que comporta la formalización de un contrato administrativo. En definitiva, los convenios a suscribir por el Servicio Andaluz de Salud con los laboratorios farmacéuticos o las empresas proveedoras de productos sanitarios seleccionados, con un plazo de vigencia no superior a dos años (artículo 60 quater de la Ley 22/2007), una vez celebrada la convocatoria pública, no son contratos sujetos a la legislación de contratos del sector público.

En relación con esta cuestión, la sentencia pone de manifiesto (i) que resulta significativo, a los efectos examinados sobre si estamos o no ante un procedimiento de naturaleza contractual, que no se invocara, en el recurso de inconstitucionalidad que termina en la STC 210/2016, el título competencial previsto en el artículo 149.1 CE, que al relacionar las competencias del Estado establece, en el apartado 18, entre otras, la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas (y, por tanto, la expresada STC 210/2016 no lo aborda para enjuiciar la constitucionalidad del Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, que modifica la Ley 22/2007); y (ii) que esta interpretación resulta coherente con la doctrina del TS al respecto, en particular con la expresada en su sentencia de 23 de junio de 2019 (recurso de casación 2940/2017), en lo referente a la fijación de intereses de demora en relación con el concierto entre la Conselleria de Sanidad y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de las provincias de Alicante, Castellón y Valencia, por el que se fijan las condiciones económicas para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia.

- C. Finalmente, la sentencia añade que el procedimiento descrito no supone una restricción a la libre competencia. Entiende que el sistema de convocatoria pública analizado respeta la libre competencia entre los diferentes laboratorios que tienen medicamentos con los mismos principios activos. De hecho, el TS determina que no estamos ante una restricción pública a la libre competencia ni a la libertad de empresa, sino ante una acción de la Administración que comporta medidas de intervención en materia de sanidad, en concreto, respecto de la prestación farmacéutica, mediante el uso racional y adecuado de los medicamentos, cuya intensidad en este sector resulta proporcionada a los derechos y bienes jurídicos que se protegen.

## **Publicidad ilícita de un complemento alimenticio para la pérdida de peso**

### *Resolución de 21 de mayo de 2021 de la Sección Séptima del Jurado de Autocontrol*

En la resolución de 21 de mayo de 2021, Autocontrol resuelve sobre la reclamada ilicitud de los siguientes mensajes publicitarios del complemento alimenticio XtraSlim 700 titularidad del laboratorio Reig Jofre, S.A. ("Reig Jofre"): "*Quemador de grasas extra*", "*Control de peso*", "*Adelgazar con la ayuda de complementos alimenticios*", "*Quema hasta 700 kcal/día*", "*Eficacia probada*" y "*Quemador de grasas extra*".

El denunciante solicita la declaración de ilicitud de la publicidad invocando el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria (el "Real Decreto 1907/1996"), que prohíbe

cualquier clase de publicidad *"que sugiera propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad"*.

Por su parte, Reig Jofre defiende que la publicidad reclamada está amparada por la normativa sobre declaraciones de propiedades saludables autorizadas, esto es, el Reglamento 1924/2006 relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos ("Reglamento 1924/2006") y el Reglamento 432/2012 por el que se establece una lista de declaraciones autorizadas de propiedades saludables ("Reglamento 432/2012").

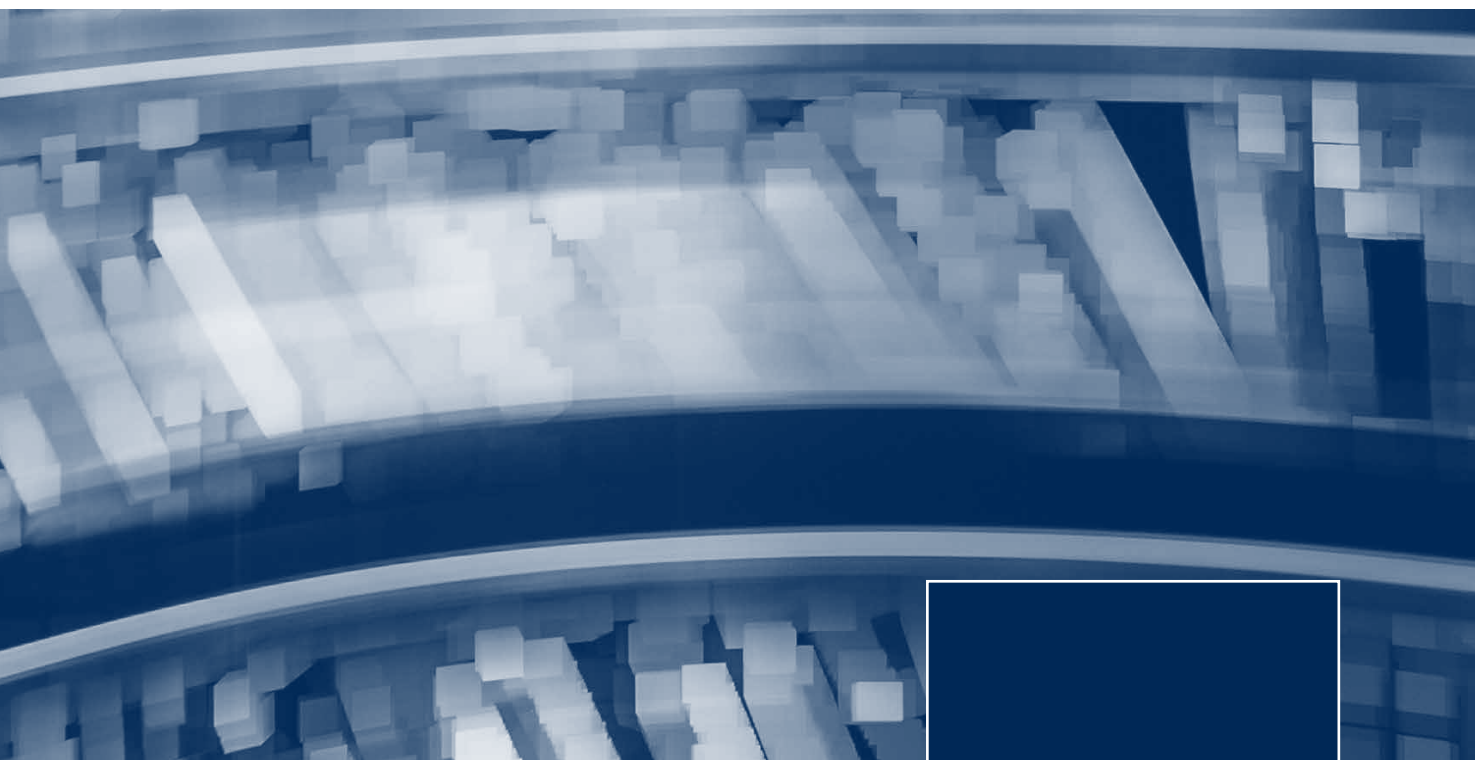
Entre otros requisitos (por ejemplo, veracidad y contrastación científica de la declaración; comprensibles para el consumidor medio), el uso de declaraciones de propiedades saludables en mensajes publicitarios o etiquetado solo estará permitido si la declaración está incluida en la lista de alegaciones del Reglamento 432/2012 (por ejemplo, *"la Vitamina A contribuye al funcionamiento normal del sistema inmunitario"*) o en otra normativa comunitaria que autorice declaraciones de propiedades saludables. Si la declaración no está incluida en dichos listados, podrá usarse de forma transitoria, hasta la decisión de autorización o denegación, siempre que se haya efectuado una solicitud de autorización y siempre que resulte conforme con las disposiciones nacionales existentes.

Autocontrol desestima la alzada interpuesta por Reig Jofre sobre la base de los siguientes fundamentos:

- i. Siendo cierto que algunas de las declaraciones de propiedades saludables alegadas por Reig Jofre están incluidas en la lista del Reglamento 432/2012 y, por tanto, autorizadas (sería el caso de la declaración relativa a la vitamina B6, *"La vitamina B6 contribuye al metabolismo normal de las proteínas y del glucógeno"*, y la de la vitamina B1 o tiamina, *"La tiamina contribuye al metabolismo energético normal"*), la mayoría estaban todavía pendientes de autorización (como es el caso de la declaración *"Wakamé: ID 2345: Ayuda a controlar el peso / contribuye al metabolismo de las grasas, lo que a su vez ayuda a controlar el peso / ayuda a reducir el apetito"*).
- ii. En cuanto a las declaraciones autorizadas, se refieren al funcionamiento normal del metabolismo y no a la quema de grasas o calorías y, por lo tanto, no son suficientes para sustentar un mensaje de adelgazamiento y de quema de grasas y calorías.
- iii. Y, por último, sobre las declaraciones pendientes de evaluación y autorización, su uso transitorio no está permitido porque contraviene una normativa nacional, en concreto, el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, que prohíbe mensajes publicitarios *"que sugieran propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad"*.



9 de septiembre de 2021



Tributario





9 de septiembre de 2021

## 1. Legislación

---

[España]

### **Fraude fiscal. Juego**

*Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego (BOE de 10 de julio de 2021)*

### **Modificación de Reglamentos**

*Real Decreto 424/2021, de 15 de junio, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, y el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (BOE de 16 de junio de 2021)*

### **Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales**

*Resolución de 25 de junio de 2021, de la Dirección General de Tributos, relativa al Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (BOE de 29 de junio de 2021)*

*Preguntas Frecuentes Impuesto Sobre Determinados Servicios Digitales (página web AEAT)*

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Miguel Bastida Peydro, y en su elaboración han participado Catarina Fernandes y Martim Teixeira, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

[Portugal]

### **Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) e Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) – Declaração modelo 30 – Rendimentos Pagos ou Colocados à Disposição de Sujeitos Passivos Não Residentes**

*Portaria n.º 98/2021, de 5 de maio de 2021 (DR 87, Série I, de 5 de maio de 2021)*

A presente Portaria aprova a declaração Modelo 30, e respetivas instruções de preenchimento, mediante a qual deverão ser declarados os rendimentos pagos ou colocados à disposição de sujeitos passivos não residentes.

O cumprimento desta obrigação declarativa deve ser assegurado pelas entidades devedoras ou pagadoras de rendimentos que se considerem obtidos em território português, até ao final do segundo mês seguinte àquele em que ocorrer o ato do pagamento, do vencimento (ainda que presumido), da colocação à disposição, da liquidação ou do apuramento do respetivo quantitativo, e tem obrigatoriamente lugar por transmissão eletrónica de dados.

A Portaria em referência revoga a Portaria n.º 372/2013, de 27 de dezembro de 2013, e a Portaria n.º 78/2020, de 20 de março de 2020, tendo entrado em vigor no dia 6 de maio de 2021.

### **Cooperação Administrativa no Domínio dos Impostos Especiais Sobre o Consumo – Conteúdo dos Registos Eletrónicos**

*Regulamento (UE) 2021/774 do Conselho, de 10 de maio de 2021 (JOUE L 167/1, de 12 de maio de 2021)*

O Regulamento em referência vem alterar o Regulamento (UE) n.º 389/2012 do Conselho, de 2 de maio de 2012, relativo à cooperação administrativa no domínio dos impostos especiais sobre o consumo (IEC) no que respeita ao conteúdo dos registos eletrónicos. Em concreto, o Regulamento em referência estabelece que os registos eletrónicos dos operadores económicos e dos locais autorizados como entrepostos fiscais que cada Estado-Membro (EM) deve manter, no âmbito da armazenagem e troca de informações sobre as autorizações relativas a operadores económicos e entrepostos fiscais, passam a ter de conter também as seguintes informações:

- i. Relativamente aos expedidores certificados que apenas ocasionalmente enviem produtos sujeitos a IEC, a quantidade de produtos sujeitos a IEC, a identidade do destinatário no EM de destino e o período de validade da certificação temporária;
- ii. Relativamente aos destinatários certificados que apenas ocasionalmente recebam produtos sujeitos a IEC, a quantidade de produtos sujeitos a IEC, a identidade do expedidor no EM de expedição e o período de validade da certificação temporária.

O presente Regulamento é diretamente aplicável em todos os Estados-Membros a partir de 13 de fevereiro de 2023.

## **IVA – Prorrogação da Isenção de IVA sobre a Importação de Bens Necessários no Combate à Covid-19**

*Lei n.º 33/2021, de 28 de maio de 2021 (DR 104, Série I, de 28 de maio de 2021)*

A Lei em referência procede à alteração da Lei n.º 13/2020, de 7 de maio de 2020, prorrogando, até 31 de dezembro de 2021, a isenção de IVA aplicável às transmissões e aquisições intracomunitárias de bens necessários no combate à Covid-19 pelo Estado e outros organismos públicos ou por organizações sem fins lucrativos. Nesse sentido, a referida Lei determina que passam a estar abrangidas por esta isenção as transmissões e aquisições intracomunitárias de bens efetuadas no território nacional durante o período compreendido entre 30 de janeiro de 2020 e 31 de dezembro de 2021.

A presente lei entrou em vigor no dia 29 de maio de 2021 e vigora até 31 de dezembro de 2021.

## **Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) – Âmbito e Condições Específicas de Funcionamento do Programa “IVAucher”**

*Decreto Regulamentar n.º 2-A/2021, de 28 de maio de 2021 (DR 104, Série I, de 28 de maio de 2021)*

O presente Decreto Regulamentar vem definir o âmbito e as condições específicas de funcionamento do programa de apoio e estímulo ao consumo nos setores de alojamento, cultura e restauração denominado “IVAucher”. Este programa, de caráter temporário, deverá compreender duas fases:

- i. Uma primeira fase, de apuramento do montante do benefício, que tem por referência o IVA em que os consumidores incorreram nessa fase em aquisições de bens e serviços a comerciantes abrangidos pelo Programa “IVAucher”, tituladas por faturas emitidas e comunicadas à AT; e
- ii. Uma segunda fase, em que os consumidores poderão utilizar o montante apurado anteriormente em aquisições de bens e serviços a comerciantes abrangidos pelo Programa “IVAucher”.

Como beneficiários do Programa “IVAucher”, são elegíveis os consumidores pessoas singulares que adiram ao programa mediante aceitação dos respetivos termos de adesão junto da entidade operadora do sistema, ou entidades terceiras autorizadas por esta, e associem o seu número de identificação fiscal português a um cartão de pagamento elegível pela entidade operadora do sistema. Estabelece-se ainda que os consumidores que sejam sujeitos passivos de IVA ou da categoria B de IRS só poderão usufruir da acumulação do benefício se as faturas forem classificadas e registadas como despesas realizadas fora do âmbito da sua atividade profissional, através da aplicação informática da AT ou do Portal das Finanças, sendo que esta classificação apenas produz efeitos no âmbito do programa se for efetuada até ao dia 24 do mês seguinte ao último mês abrangido pela primeira fase de acumulação do benefício.

Como participantes do Programa “IVAucher”, são elegíveis os comerciantes com uma das Classificações Portuguesas de Atividades Económicas (CAE) principal identificadas no anexo ao Decreto Regulamentar em apreço. A participação dos comerciantes faz-se das seguintes formas:

- i. (De forma automática e sem necessidade de adesão, através da utilização dos Terminais de Pagamento Automático /Point of Sale (“TPA/POS”), quer sejam da entidade operadora do sistema ou estejam informaticamente integrados através de Application Programming Interface; ou,
- ii. Mediante aceitação dos respetivos termos de adesão, por via eletrónica perante a entidade operadora do sistema por forma a permitir que a utilização do benefício seja efetuada através de pagamento por chave (token) associada a cartão bancário, sem TPA/POS.

O apuramento do montante do benefício é efetuado pela AT e traduz-se na soma dos montantes de IVA suportados pelos consumidores aderentes nas suas aquisições realizadas aos comerciantes abrangidos pelo programa. Para o efeito, são considerados os montantes de IVA constantes nas faturas emitidas durante a fase de acumulação do benefício, comunicadas à AT pelos sujeitos passivos emitentes, deduzindo-se o montante de IVA respeitante a faturas anuladas e notas de crédito emitidas. O montante definitivo do benefício é apurado pela AT e divulgado aos consumidores em aplicação informática da AT ou no Portal das Finanças, até ao último dia do mês seguinte ao fim da fase de acumulação.

A utilização do benefício apurado a final tem lugar na segunda fase. Durante este período, o consumidor poderá usufruir dele no pagamento de aquisições de bens e serviços realizadas a comerciantes abrangidos pelo programa, através de um meio de pagamento elegível pela entidade operadora do sistema, estabelecendo-se que a utilização do benefício fica limitada a 50% do valor do bem ou serviço em cada transação.

O montante de benefício utilizado pelo consumidor ao abrigo deste programa não concorre para o montante das deduções à coleta que de outra forma seriam admitidas em sede de IRS (deduções de despesas gerais e familiares e dedução pela exigência de fatura). Não obstante, o montante de benefício acumulado não utilizado pelo consumidor, independentemente do setor de consumo, é considerado para efeitos de dedução à coleta pela exigência de fatura.

O presente Decreto Regulamentar entrou em vigor no dia 29 de maio de 2021.

## **IVA – Data de Início e Duração de Cada Fase do Programa “IVAucher”**

*Portaria n.º 119/2021, de 7 de junho de 2021 (DR 109, Série I, de 7 de junho de 2021)*

A Portaria em referência vem, na sequência da publicação do Decreto Regulamentar n.º 2-A/2021, de 28 de maio de 2021, que definiu o âmbito e as condições específicas de funcionamento do Programa “IVAucher”, determinar a data de início e a duração de cada fase do programa. Neste sentido, a Portaria estabelece que:

- i. A fase de apuramento do montante do benefício, também conhecida como fase de acumulação do benefício, tem início no dia 1 de junho e termina no dia 31 de agosto de 2021, inclusive;
- ii. (A fase de utilização pelos consumidores do montante apurado na primeira fase tem início no dia 1 de outubro e termina no dia 31 de dezembro de 2021, inclusive.

Esta Portaria entrou em vigor no dia 1 de junho de 2021.

### **Regime Jurídico Aplicável ao Estatuto de Utilidade Pública - Benefícios Fiscais**

*Lei n.º 36/2021, de 14 de junho de 2021 (DR 113, Série I, de 14 de junho de 2021)*

A Lei em referência aprovou a lei-quadro do estatuto de utilidade pública e introduziu, designadamente, as seguintes alterações: (i) estabeleceu a obrigação de confirmação do interesse na manutenção do estatuto de utilidade pública à Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros nos termos e nos prazos previstos na Lei, sob pena de caducidade do referido estatuto; (ii) eliminou a distinção anteriormente existente entre pessoas coletivas de utilidade pública administrativa e de mera utilidade pública, passando os beneficiários do estatuto de utilidade pública a designar-se de pessoas coletivas com estatuto de utilidade pública; (iii) estabeleceu que as pessoas coletivas classificadas como de utilidade pública administrativa à data da entrada em vigor da Lei em referência mantêm a isenção automática de IRC sem necessidade de reconhecimento pelo membro do Governo responsável pela área das finanças; e, d) em sede de benefícios fiscais, reconhecidos e atribuídos nos termos da legislação respetiva, introduziu alterações às normas que consagram as isenções de Imposto do Selo, de IMT e de IMI relativamente a imóveis destinados direta e imediatamente à realização dos fins estatutários da pessoa coletiva com estatuto de utilidade pública e de IRC, esclarecendo-se, quanto a este último benefício fiscal, que a isenção apenas poderá aplicar-se em caso de “exercício efetivo, a título exclusivo ou predominante, de atividades dirigidas à prossecução dos fins que justificaram a isenção”.

A Lei em análise entrou em vigor no dia 1 de julho de 2021.

### **IVA – Prorrogação da Vigência das Listas das Entidades que Beneficiam da Isenção do IVA na Aquisição de Bens Necessários no Combate à COVID-19**

*Despacho n.º 6406/2021, de 15 de junho de 2021, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais, da Secretária de Estado da Ação Social e do Secretário de Estado da Saúde (DR 125, Série II, de 30 de junho de 2021)*

O Despacho em referência vem prorrogar a vigência da lista das entidades que beneficiam da isenção do IVA na aquisição de bens necessários no combate à COVID-19, aprovadas pelo Despacho n.º 5638-A/2020, de 18 de maio de 2020, do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais e das Secretárias de Estado da Ação Social e Adjunta e da Saúde, na sua atual redação.

O Despacho entrou em vigor em 1 de julho de 2021 e produz efeitos entre 30 de janeiro de 2020 e 31 de dezembro de 2021.

### **IRS e IRC – Modelo 22-RFI, Modelo 23-RFI e Modelo 24-RFI – Aplicação das Convenções para Evitar A Dupla Tributação Internacional**

*Despacho n.º 6403/2021, de 21 de junho de 2021, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais (DR 125, Série II, de 30 de junho de 2021)*

O presente Despacho aprova novos modelos de formulários para comprovação dos pressupostos de que depende a aplicação das convenções para evitar a dupla tributação internacional, destinados a solicitar a dispensa total ou parcial de retenção na fonte ou o reembolso total ou parcial de imposto que tenha sido retido na fonte (Modelo 22-RFI, Modelo 23-RFI e Modelo 24-RFI).

Estes modelos de formulários vêm substituir os modelos anteriormente aprovados pelo Despacho n.º 8363/2020, de 31 de agosto de 2020, passando a incluir um campo destinado à identificação da conta bancária para a qual deverá ser realizado o referido reembolso, com vista a simplificar e agilizar o reembolso total ou parcial do imposto que tenha sido retido na fonte e que seja pedido ao abrigo do n.º 7 do artigo 101.º -C do Código do IRS e do n.º 7 do artigo 98.º do Código do IRC.

### **IVA – Alteração das Taxas Aplicáveis às Operações efetuadas na Região Autónoma dos Açores**

*Despacho n.º 194/2021-XXII, de 17 de junho de 2021, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais*

Ofício Circulado n.º 30237, de 22 de junho de 2021, do Subdiretor-Geral da Área de Gestão Tributária-IVA

Na sequência da aprovação, pela Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores (RAA), do Decreto legislativo Regional n.º 15-A/2021/A (DR 105, Série I, de 31 de maio de 2021), por via do qual se estabeleceu a redução em 30% face às taxas aplicáveis em Portugal Continental e, em consequência, a aplicação de uma taxa normal de 16% (ao invés da taxa anteriormente aplicável de 18%) e a manutenção da taxa intermédia de 9% e da taxa reduzida de 4%, o Despacho em epígrafe estabelece que, tendo em conta a necessidade de adaptação dos sistemas de faturação e de contabilidade por parte dos sujeitos passivos: (i) A AT deverá proceder aos ajustamentos necessários ao nível dos seus sistemas e promover as necessárias comunicações às instituições da União Europeia (UE), com vista à efetiva aplicação da nova taxa normal de 16% às operações que, de acordo com a legislação especial, se considerem efetuadas na RAA, a partir de 1 de julho de 2021; e que; (ii) deverá ser comunicada, mediante orientação genérica publicada no Portal das Finanças, a necessidade de os sujeitos passivos adaptarem os seus sistemas de faturação e contabilidade à nova taxa normal de 16%.

Por sua vez, o Ofício Circulado em referência vem esclarecer eventuais dúvidas a respeito da aplicação da nova taxa normal fixada em 16% e, em concreto, relativamente à “determinação da taxa em vigor no momento em que ocorre a exigibilidade do imposto”.

## **IRC – Dispensa de Realização dos Pagamentos por Conta**

*Despacho n.º 205/2021-XXII, de 30 de junho de 2021, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais*

O Despacho em referência vem alargar, a favor de determinados sujeitos passivos do IRC, o âmbito de aplicação da dispensa de realização dos primeiro e segundo pagamentos por conta a realizar nos períodos de tributação iniciados em ou após 1 de janeiro de 2021.

Assim, os sujeitos passivos de IRC que sejam cooperativas ou que tenham tido no período de tributação de 2020 um volume de negócios até € 50.000.000, poderão limitar a realização dos primeiros e segundos pagamentos por conta até à totalidade dos montantes que seriam devidos nos períodos de tributação iniciados em ou após 1 de janeiro de 2021.

O Despacho em referência confirma ainda a possibilidade de os mesmos sujeitos passivos (i) deixarem de efetuar o terceiro pagamento por conta caso constatem que o montante dos pagamentos por conta já efetuados é igual ou superior ao imposto devido com base na matéria coletável; bem como, de (ii) procederem à regularização dos pagamentos que se considerem em falta, até ao termo do prazo legalmente previsto para a realização do terceiro pagamento por conta, sem incorrer em quaisquer ónus ou encargos.

## **2. Jurisprudencia**

---

[Unión Europea]

### **Impuesto sobre el Valor Añadido. Base imponible. Operaciones no declaradas**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de julio de 2021 (as. C 521/19)*

Cuando unos sujetos pasivos del IVA no han comunicado a la Administración tributaria la existencia de una operación, ni emitido factura, ni hecho constar los ingresos obtenidos gracias a dicha operación en una declaración de impuestos directos, la reconstitución efectuada por la Administración tributaria interesada de las cantidades entregadas y recibidas con ocasión de la operación controvertida debe considerar un precio que incluye el IVA, a menos que, con arreglo al derecho nacional, los sujetos pasivos tengan la posibilidad de proceder después a la repercusión y a la deducción del IVA controvertido a pesar del fraude.

## **Impuesto sobre el Valor Añadido. Exención de servicios prestados por terceros a sociedades de gestión de fondos comunes de inversión. Aplicación a servicios auxiliares**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 2021 (as. ac. C-58/20 y C59/20)*

El Tribunal declara que la letra g) del apartado 1 del artículo 135 de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del IVA, debe interpretarse en el sentido de que los servicios prestados por terceros a sociedades de gestión de fondos comunes de inversión, como las actividades fiscales necesarias para garantizar la tributación conforme a la legislación nacional de los rendimientos de un fondo obtenidos por los partícipes de este y la concesión de un derecho de uso de un programa informático que sirve para efectuar cálculos esenciales en materia de gestión de riesgos y de medición del rendimiento, están comprendidos en la exención establecida en esa disposición si presentan una vinculación intrínseca con la gestión de fondos comunes de inversión y se prestan exclusivamente para la gestión de tales fondos, aun cuando dichos servicios no se externalicen en su totalidad.

## **Derecho de la Unión Europea. Ayudas de Estado. Inexistencia de ventaja selectiva en favor de una filial luxemburguesa del grupo Amazon**

*Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de mayo de 2021 (as. T-816/17 y T-318/18)*

El Tribunal General anula la decisión de la Comisión por la que se declaró la ayuda incompatible con el mercado interior, ya que la constatación de la ventaja se basa en un análisis erróneo por varias razones.

En primer lugar, no se han tenido debidamente en cuenta las funciones ejercidas por la sociedad a efectos de la explotación de los activos intangibles ni los riesgos asumidos por esa sociedad, ni se ha demostrado que fuese más fácil identificar empresas comparables a dicha entidad que a la contraparte. Además, no se podía afirmar fundadamente que la remuneración percibida pudiese calcularse sobre la base de una mera repercusión de los costes de desarrollo de los activos intangibles soportados sin tener en cuenta el aumento ulterior del valor de los activos intangibles.

En segundo lugar, no pueden asimilarse las funciones vinculadas al mantenimiento de la propiedad de los activos intangibles a una prestación de servicio “de bajo valor añadido”, de modo que la aplicación del tipo de rendimiento más comúnmente utilizado para las prestaciones de servicios de bajo valor añadido no es adecuada.

Por último, no se ha llegado a demostrar que los errores metodológicos identificados hubiesen llevado necesariamente a una infravaloración de la remuneración que la contraparte habría percibido en condiciones de plena competencia.



[España]

### **Procedimiento tributario. Devolución de ingresos indebidos derivados de declaración de inconstitucionalidad**

*Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2021 (Recurso 4961/2019)*

En el ámbito del IIVTNU, la solicitud de devolución de ingresos indebidos derivados de liquidaciones firmes como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 59/2017, de 11 de mayo, debe efectuarse por los cauces establecidos en el capítulo II del título V de la LGT.

La declaración de inconstitucionalidad de los artículos 107.1 y 107.2 a) del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, “*en la medida en que (pueden) someter a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica*”, no determina que las liquidaciones firmes del IIVTNU giradas con anterioridad y que hayan ganado firmeza en vía administrativa incurran en el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 217.1.a) de la vigente Ley General Tributaria, pues aquellos actos tributarios no han lesionado derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, toda vez que el artículo 31.1 de la Constitución (capacidad económica) —único que ha sido tenido en cuenta por el juez a quo para estimar el recurso y que ha provocado el debate procesal en esta casación— no es un derecho fundamental de esa naturaleza.

### **Impuesto sobre el Valor Añadido. Deducibilidad de cuotas soportadas por prestaciones de servicios realizadas por agentes o representantes de jugadores de fútbol como consecuencia del fichaje, traspaso o modificaciones contractuales de jugadores**

*Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2021 (recurso 423/2020)*

En la sentencia se analiza si el destinatario de los servicios prestados por el agente es el club de fútbol o el jugador, y, en consecuencia, quién está obligado a soportar las cuotas del impuesto repercutidas. El club entendió que los importes que había satisfecho a los agentes de los jugadores correspondían a la retribución acordada por los servicios prestados al propio club por dichos representantes, por lo que podía deducirse las cuotas del IVA cuya repercusión había soportado.

Sin embargo, el tribunal entiende que, de acuerdo con la naturaleza económica de la operación y con independencia de la forma jurídica que esta revista, el servicio de intermediación prestado por el agente tiene como beneficiario efectivo al jugador, de forma que este es el destinatario del servicio prestado y facturado por el agente y, por tanto, quien debe soportar la repercusión. De ese modo, cuando el club se haga cargo de ellas, no podrá deducirse el impuesto soportado, entendiéndose que tanto la comisión como el importe de la repercusión tributaria constituyen una mayor retribución del futbolista.

El tribunal también desestima la pretensión subsidiaria de que, conforme a la “teoría de la regularización íntegra”, se reconociera el derecho a la devolución de las cuotas soportadas. Se entiende que esa teoría resulta aplicable cuando la cuota soportada ha sido indebidamente repercutida

por el proveedor y que este no es el caso, ya que el servicio prestado por el agente es un servicio sujeto y no exento del impuesto. Como el destinatario efectivo de la operación no es el club, sino el jugador, es este último el que debió soportar la repercusión y, en consecuencia, se concluye que la totalidad del pago efectuado por el club al agente lo es por cuenta del jugador, siendo una retribución dineraria imputable a este y un gasto de personal para el club.

### **Procedimiento tributario. Responsabilidad tributaria. Responsabilidad de los sucesores de una sociedad concursada y disuelta**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid) de 3 de diciembre de 2020 (recurso 1264/2020)*

En el presente caso, en sede mercantil se declaró en concurso voluntario a la obligada principal y, al mismo tiempo, por insuficiencia de masa, se declaró la conclusión del concurso y disolución de la concursada, por apreciarse de manera evidente que su patrimonio no era suficiente para la satisfacción de los previsible créditos contra la masa del procedimiento ni era previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

Ante la pretensión de la Administración tributaria, el tribunal entiende que no cabe derivar la responsabilidad a los sucesores, pues es inexistente el valor de la cuota de liquidación que pudiera haber correspondido a la recurrente, máxime cuando el juez del concurso excluyó la viabilidad del ejercicio de acciones de reintegración de la masa activa, por lo que parece igualmente claro que no cabe apreciar la existencia de percepciones patrimoniales recibidas por la recurrente en los dos años anteriores a la fecha de disolución que hubiesen minorado el patrimonio social que debiera responder de las obligaciones tributarias.

### **[Portugal]**

### **Contribuição Extraordinária sobre o Sector Energético (CESE) – Princípio da Proporcionalidade – Constitucionalidade**

*Acórdão de 13 de maio de 2021 (Processo n.º 181/2020) - TC*

No Acórdão em referência, o TC foi chamado a pronunciar-se sobre o Regime Jurídico da CESE, aprovado pelo artigo 228.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro e, em concreto, foi chamado a emitir pronúncia sobre a natureza jurídica da CESE e sobre a questão da desconformidade do artigo 12.º do regime da CES, que proíbe a dedução do encargo suportado com a CESE ao lucro tributável em IRC, com o princípio da proporcionalidade.

No que diz respeito à primeira questão, o TC esclareceu que a qualificação da CESE como uma contribuição financeira (e não como um imposto) já foi amplamente tratada e detalhada no Acórdão n.º 7/2019, tendo assinalado como única questão a apreciar a violação do princípio da proporcionalidade.

Para responder à referida questão, o TC começou por sublinhar que a CESE “(...) foi criada no contexto da execução do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (...), com o objetivo de contribuir para a consolidação das contas públicas de duas formas: por um lado, as despesas com a adoção das medidas tidas por necessárias para assegurar a sustentabilidade do sector energético passariam a ser financiadas pelas receitas adicionais obtidas através da liquidação do tributo; por outro, as receitas do orçamento geral do Estado resultantes da liquidação do IRC não sofreriam qualquer diminuição consequente da liquidação do tributo, porque o encargo suportado pelos sujeitos passivos da CESE não poderia ser deduzido ao lucro tributável.”

Após o referido enquadramento, o TC afirmou que, por um lado, “(...) invocar que o artigo 12.º do regime jurídico da CESE contende com o princípio da proporcionalidade, por tornar excessivo o montante do tributo exigido (...)” desconsidera um aspeto essencial deste regime que consiste no esforço de ajustamento orçamental que é especialmente exigido aos operadores do sector energético. Por outro lado, o TC decidiu que a impossibilidade de atenuação do impacto financeiro deste tributo através da dedução dos respetivos encargos ao lucro tributável em IRC é um aspeto extrínseco à configuração da CESE, não podendo por isso ser apreciado à luz do princípio da equivalência, nem sequer como expressão do princípio da proporcionalidade na medida em que, de acordo com o entendimento do TC, da impossibilidade de dedução dos encargos ao lucro tributável em IRC resulta não um aumento do encargo suportado com a CESE, mas um agravamento do montante de IRC a pagar, questão que, no entendimento do TC, excedia o âmbito daquele recurso.

O TC decidiu, assim, negar provimento ao recurso apresentado pelo contribuinte.

## **Lei Interpretativa – Princípio da Proibição da Retroatividade da Lei Fiscal – Constitucionalidade**

*Acórdão de 4 de fevereiro de 2021 (Processo n.º 1238/17) - TC*

No processo em referência, o TC foi chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 135.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, com fundamento na violação do princípio da proibição da retroatividade da lei fiscal consagrado no artigo 103.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP), na parte em que aquela norma atribuiu natureza interpretativa à nova redação dada ao n.º 6 do artigo 51.º do Código do IRC, relativo à eliminação da dupla tributação económica de lucros e reservas distribuídos, que veio limitar o âmbito de aplicação do método da isenção na eliminação da dupla tributação à parte dos rendimentos de participações sociais que, estando afetas às provisões técnicas das sociedades de seguros e das mútuas de seguros, não sejam, direta ou indiretamente, imputáveis aos tomadores de seguros.

O TC decidiu que, em matéria fiscal, não pode aceitar-se a ideia de que uma lei genuinamente interpretativa, porque se limita a consagrar um dos sentidos possíveis da lei interpretada, não seja lesiva das expectativas seguras e legitimamente fundadas dos contribuintes e não esteja vedada pela CRP.

Acrescentou ainda o TC que: “Ao consagrarem um sentido por razões de ordem política, constitutivas e não declarativas de direito, as leis interpretativas frustram essa expectativa legítima dos

*cidadãos.*”, motivo pelo qual, no entendimento daquele Tribunal, a retroatividade inerente às leis interpretativas é necessariamente material e, estando em causa a interpretação legal de normas fiscais, a referida retroatividade não pode deixar de estar vedada pelo princípio da proibição da retroatividade constitucionalmente consagrado no artigo 103.º, n.º 3, da CRP.

O TC decidiu, assim, julgar inconstitucional a norma constante do artigo 135.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março de 2016, na parte em que atribui natureza interpretativa à nova redação dada ao n.º 6 do artigo 51.º do Código do IRC, por violação do princípio constitucional da proibição de criação de impostos com natureza retroativa, estatuído no artigo 103.º, n.º 3, da CRP, negando provimento ao recurso apresentado pelo Ministério Público e pela Autoridade Tributária e Aduaneira (AT).

### **IRC – Tributações Autónomas – Presunções Ilidíveis**

*Acórdão de 24 de março de 2021 (Processo n.º 21/20.7BALS B) – STA*

No Acórdão de uniformização de jurisprudência em análise, o STA foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se os n.os 3 e 9 do artigo 88.º do Código do IRC, ao delimitarem as situações em que há lugar a tributação autónoma, consagram presunções ilidíveis tal como previstas no artigo 73.º da LGT.

O STA concluiu que as referidas normas de incidência tributária não consagram presunções ilidíveis pelas seguintes razões: (i) Em primeiro lugar, porque a sujeição a imposto é a consequência jurídica da verificação de um certo facto tributário — a realização da despesa legalmente prevista —, sendo a própria realização da despesa que determina a aplicação da norma; (ii) Em segundo lugar, o contexto verbal das disposições em causa reforça a posição no sentido da inexistência de uma qualquer presunção legal relacionada com o carácter empresarial das despesas: excluem-se da tributação autónoma certo tipo de veículos de acordo com critérios de política fiscal e estabelecem-se taxas diferenciadas com base em características atinentes ao custo de aquisição dos bens e à tipologia dos veículos; e também no que concerne aos encargos com compensação pela deslocação em viatura própria do trabalhador, a que se reporta o n.º 9 do artigo 88.º do Código do IRC, a incidência da tributação autónoma determina-se em função de certos aspetos relacionados com a específica situação tributária que está em causa; e, (iii) Em terceiro lugar, entende o STA que a razão de ser das tributações autónomas é complexa e múltipla, pretendendo, designadamente, prevenir e evitar que, através de determinadas despesas, as empresas procedam à distribuição oculta de lucros ou atribuam rendimentos que poderão não ser tributados na esfera dos respetivos beneficiários.

O STA decidiu assim que as normas legais que estabelecem a tributação autónoma constantes dos n.os 3 e 9 do artigo 88.º do Código do IRC constituem normas de incidência tributária que não consagram qualquer presunção que seja passível de prova em contrário e, em consequência, negou provimento ao recurso apresentado pelo contribuinte e confirmou a decisão arbitral que havia sido objeto de recurso.

## **Zona Franca da Madeira – Auxílios De Estado – Pedido de Suspensão da Execução da Decisão da Comissão Europeia e Injunção para Impedir a sua Publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)**

*Despacho n.º T-95/21 R, de 22 de junho de 2021, do Tribunal Geral*

O Despacho em referência tem por objeto um pedido de medidas provisórias apresentado pela República Portuguesa contra a Comissão Europeia, nos termos dos artigos 278.º e 279.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), com vista a obter, por um lado, a suspensão da execução da Decisão C(2020) 8550 final da Comissão, de 4 de dezembro de 2020, relativa ao regime de auxílios SA.21259 (2018/C) (ex 2018/NN) aplicado por Portugal a favor da Zona Franca da Madeira (ZFM) - Regime III, e, por outro lado, o decretamento de uma injunção destinada a impedir a publicação, pela Comissão, desta decisão no JOUE, até à prolação do acórdão no processo principal.

Quanto ao pedido de suspensão da execução da decisão impugnada, o Tribunal salientou, em primeiro lugar, que esta decisão apenas declara que, em certos casos, as empresas registadas na ZFM beneficiaram de auxílios sob a forma de uma taxa reduzida de IRC sobre os lucros resultantes de atividades que não eram efetiva e materialmente realizadas na Madeira, calculados com base num número, que não pode ser verificado, de postos de trabalho criados e mantidos na ZFM. O Tribunal Geral afirmou ainda que a decisão impugnada não põe em causa a existência do regime da ZFM na medida em que: (i) só nos casos em que a República Portuguesa aplicou o regime da ZFM de uma maneira, segundo a Comissão, contrária às Decisões de 2007 e 2013 é que a recuperação dos auxílios em causa foi ordenada; e, (ii) a obrigação de recuperação dos auxílios individuais concedidos ao abrigo do regime da ZFM não abrange todo o universo dos beneficiários deste regime, mas apenas aqueles que usufruíram das vantagens fiscais nele previstas sem terem respeitado as condições fixadas nas Decisões de 2007 e 2013.

Em segundo lugar, quanto ao risco de deslocalização, na sequência da adoção da decisão impugnada, de inúmeras sociedades registadas na ZFM, o Tribunal entendeu que as alegações da República Portuguesa não são sustentadas por nenhuma prova concreta, assentando apenas no pressuposto, não fundamentado, "*(...) de que a recuperação dos auxílios em causa levaria à cessação da atividade de todas ou da maioria das sociedades atualmente instaladas no Centro Internacional de Negócios da Madeira*".

Por fim, no que diz respeito às alegadas consequências nefastas para o regime da ZFM que decorreriam da incerteza do quadro legal aplicável e da atuação da Comissão, que se materializou na decisão de abertura de uma investigação aprofundada e na prolação da decisão impugnada, entendeu o Tribunal que essas alegadas consequências nefastas decorrem da própria existência da decisão impugnada e não da sua execução.

Foi com base nos referidos argumentos que o Tribunal Geral concluiu que a República Portuguesa não logrou demonstrar o requisito relativo à urgência e, em consequência, decidiu indeferir o pedido suspensão da execução da decisão impugnada.

Quanto ao pedido apresentado pela República Portuguesa com vista ao decretamento de uma injunção destinada a impedir a publicação da decisão impugnada no JOUE até à prolação de um acórdão no processo principal, o Tribunal Geral começou por salientar que a decisão impugnada não põe em causa a existência do regime da ZFM, mas unicamente a maneira como este regime foi aplicado pela República Portuguesa e que, por conseguinte, a publicação da decisão impugnada não pode afetar a estabilidade nem a fiabilidade do regime da ZFM, tendo afirmado, igualmente, que a República Portuguesa tem a possibilidade de pedir a apresentação de uma versão pública da decisão impugnada, expurgada dos dados confidenciais, com vista a eliminar as informações suscetíveis de lhe causar um prejuízo grave e irreparável. Por fim, o Tribunal afirmou que os alegados efeitos prejudiciais que a República Portuguesa receia em caso de publicação da decisão impugnada já terão sido produzidos na medida em que a adoção desta decisão e o início do procedimento formal de investigação já foram objeto de publicação no sítio oficial da internet da Comissão, tendo concluído que *"a publicação da decisão impugnada dificilmente pode ser considerada a causa determinante do prejuízo alegado, dado que os operadores da ZFM já estavam perfeitamente informados das sérias dúvidas manifestadas pela Comissão, do início do procedimento formal de investigação e da adoção da decisão impugnada"*. O Tribunal decidiu, assim, indeferir o pedido de medidas provisórias apresentado pela República Portuguesa no sentido de ser decretada uma injunção com vista a impedir a publicação da decisão impugnada no JOUE.

### **Alteração da taxa de IRC – Taxa Aplicável em Períodos de Tributação Não Coincidentes com o Ano Civil**

*Acórdão de 29 de junho de 2021 (Processo n.º 2/2021) - STA*

No processo em referência, o STA foi, na sequência de recurso de oposição de acórdãos apresentado por um contribuinte, chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se a taxa de IRC aplicável a um contribuinte cujo período de tributação não coincidia com o ano civil era a taxa de 21 % que estava em vigor no momento da verificação do facto tributário em sede de IRC (em 31 de Janeiro de 2015) ou, ao invés, a taxa de IRC em vigor no início do período de tributação (23 %).

O STA concluiu que, como o período de tributação de 2014 da Recorrente não coincidia com o ano civil e havia terminado em 31 de Janeiro de 2015, e nesta última data já estava em vigor a nova taxa de IRC de 21 %, introduzida pela lei do Orçamento do Estado para 2015, era esta a taxa aplicável, com os seguintes fundamentos principais: a) Considerando que o período de tributação não coincide com o ano civil, iniciando-se a 1 de fevereiro de 2014 e terminando a 31 de janeiro de 2015, o facto gerador do imposto só se completou nesta última data, como previsto no artigo 8.º, n.º 9, do Código do IRC; b) No que diz respeito à aplicação da lei fiscal no tempo, dado que o legislador previu no artigo 8.º, n.º 9, do Código do IRC que o facto tributário (de formação sucessiva) se produz no último dia do período de tributação, entendeu o STA que tal circunstância exclui a aplicação da regra prevista no artigo 12.º, n.º 2, da LGT e, por conseguinte, a formação do facto tributário só se conclui no termo do período anual de tributação, sendo de excluir a aplicação da regra *pro rata temporis* constante do artigo 12.º, n.º 2, da LGT; e, c) no domínio da tributação do rendimento das pessoas coletivas, por força do conceito, da configuração e do âmbito do facto gerador do imposto, o legislador consagrou uma regra especial quanto à aplicação da lei fiscal no tempo e à retroatividade que afasta a regra geral constante do artigo 12.º n.º 2 da LGT.

Foi com os referidos fundamentos que o STA decidiu julgar procedente o recurso apresentado pelo contribuinte, fixando a seguinte jurisprudência: "Atento o disposto no n.º 9 do artigo 8.º do Código do IRC, que determina que a formação do facto tributário só se conclui no termo do período anual de tributação, e em face do disposto no n.º 1 do art. 12.º da LGT, é aplicável ao facto tributário formado em 31 de Janeiro de 2015 a taxa de 21 %, tal como decorre da Lei n.º 82-B/2014, de 13 de Dezembro, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2015."

### 3. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

---

#### **Impuesto sobre el Valor Añadido. Rectificación de cuotas como consecuencia de la anulación de la operación**

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de abril de 2021 (00/04707/2018)*

Efectuada la compra de unas fincas y soportado IVA por una determinada cantidad, que se dedujo, se anula con posterioridad la compraventa, sin que el sujeto pasivo que soportó y dedujo el tributo rectificase la deducción practicada en su momento. Regularizada la situación del obligado tributario, se discute la procedencia de la rectificación cuando no consta que se haya recibido la correspondiente factura rectificativa.

Según el tribunal, inexistentes las operaciones, no procede deducción alguna en concepto de IVA soportado, según resulta de la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 27 de junio de 2018, SGI y Valérie asuntos acumulados C-459/17 y C-460/17). No hay razón que justifique una interpretación distinta para el caso de las operaciones que cesan en sus efectos, por lo que debe rectificarse la cuota soportada y deducida que ha devenido improcedente.

La situación se distingue de aquellas otras en las que la rectificación de la repercusión únicamente puede ser conocida por quien la soportó por medio de la emisión de la correspondiente factura rectificativa, en las cuales, a falta de esta, no cabe exigir la rectificación de la repercusión del impuesto. No siendo este el caso, por cuanto el adquirente de las fincas es perfecto conocedor de la anulación de la operación y el cese en sus efectos, debe proceder a la rectificación de la deducción practicada. Esta obligación de rectificación ha de considerarse independiente del curso de acción seguido por quien repercutió el impuesto, como apuntan las sentencias del TJUE de 13-3-2014, asunto C-107/13, Firin, o de 26-4-2017, asunto C-564/15, Farkas, al igual que la sentencia 2255/2020 del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 2020.



## **Impuesto sobre el Valor Añadido. Tipo aplicable. Entregas de edificios o partes de ellos aptos para su utilización como viviendas**

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de mayo de 2021 (00/00972/2018)*

Si en el momento de la entrega o puesta a disposición del adquirente, el inmueble dispone de la correspondiente cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación, y objetivamente considerado es susceptible de ser utilizado como vivienda, se aplica el tipo reducido del impuesto.

No obstante, se admite también la aplicación del tipo reducido en un supuesto en el que la cédula de habitabilidad se obtuvo en un momento posterior al de la entrega, pero el reclamante prueba debidamente que la construcción del inmueble estaba terminada en la fecha de la entrega, que no hubo ninguna modificación de este entre dicha fecha y la de obtención de la cédula, debiéndose el retraso únicamente a motivos administrativos. Procede, por tanto, la aplicación del tipo impositivo reducido cuando se acredita que el certificado municipal de final de obras y la cédula de habitabilidad se conceden respecto de un inmueble que se encuentra en el mismo estado y condiciones que en el momento de la entrega.

## **Impuesto sobre el Valor Añadido. Prestaciones independientes o accesorias. Operaciones de *renting* con prestaciones adicionales de contrato de seguro**

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de junio de 2021 (00/06518/2019)*

Una entidad realiza la actividad de arrendamiento de vehículos (*renting*) con la prestación de otros servicios adicionales, entre los que se encuentran contratos de seguros. El artículo 20.uno.16.º de la Ley del IVA establece la exención de las operaciones de seguro, y el artículo 79.dos de la Ley del IVA dispone que las operaciones accesorias han de compartir el mismo tratamiento que la principal a la que acompañan.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE de 25.2.1999, Card Protection Plan, asunto C-349/96; y de 17.1.2013, BGZ Leasing, asunto C-224/11), hay que distinguir el caso en el que hay prestaciones múltiples y el caso en el que hay una operación principal con otras accesorias. Estamos ante prestaciones múltiples cuando las operaciones se perciben como sustantivas por los clientes, que perciben algo adicional que es útil por sí mismo y valoran como tal. El seguro de daños propios en el vehículo analizado se encuadra en las prestaciones múltiples. Tiene sustantividad propia, que se percibe por sus clientes como una prestación adicional y separada, con carácter opcional, desprovista de la nota de accesoriedad. A ello contribuye la forma en que se tarifica, que atiende a la siniestralidad del asegurado, y a la formalización por separado en los contratos suscritos.

Por su condición de operaciones de seguro (exentas), resulta no deducible una parte de las cuotas soportadas por la entidad por los servicios recibidos en relación con esas actividades de seguro, no accesorias a los servicios de *renting*, pues el servicio de cobertura de riesgos que la compañía



factura de forma opcional a sus clientes es una actividad independiente del servicio de *renting* propiamente dicho.

### **Procedimiento tributario. Responsables tributarios. Responsabilidad por ocultación o levantamiento de bienes objeto de embargo**

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de junio de 2021 (00/4694/2020)*

El Tribunal Central, en recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, resuelve si cabe acordar la declaración de responsabilidad solidaria del artículo 42.2.a) de la LGT cuando el negocio jurídico que constituye el presupuesto habilitante de dicha declaración queda sin efecto con posterioridad a instancia de las partes o de terceros.

A juicio del tribunal, la responsabilidad solidaria prevista en el mencionado artículo nace para proteger la presunción de legalidad y ejecutividad de los actos administrativos que integran el procedimiento de apremio frente a las conductas que obstaculizan o impiden la acción recaudadora. Dicho esto, entre los requisitos de la responsabilidad solidaria no se exige la consecución de un resultado, ya que la dicción literal del precepto revela que basta con que los actos realizados por los responsables tiendan a la ocultación o transmisión sin necesidad de que se consume dicho resultado.

Por tanto, se concluye que esta responsabilidad tributaria tiene carácter tendencial y no depende del éxito o fracaso posterior del acto o actos de transmisión u ocultación, por lo que no dejará de declararse y ser conforme a derecho por la mera circunstancia de que el presupuesto de hecho habilitante haya sido anulado de forma privada o pública, a instancia de las partes o de terceros.

## **4. Doctrina administrativa**

---

[España]

### **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Rendimientos del capital inmobiliario. Rentas en especie**

*Consulta de 16 de marzo de 2021 (V0604-21)*

Partiendo de la consideración de que el arrendamiento no se realizará como actividad económica, por no reunir los requisitos previstos en el artículo 27.2 de la LIRPF, los rendimientos que pueda generar el arrendamiento del local constituyen rendimientos del capital inmobiliario. Las obras realizadas por el arrendatario que se van a entregar al arrendador a la finalización del contrato son la contraprestación por los primeros meses del alquiler que no se cobran en dinero.

En este sentido, durante dicho periodo, el arrendador cede el uso del inmueble y se establece como contraprestación la realización de las obras, por lo tanto, percibe una renta en especie, que tendrá la calificación de rendimiento de capital inmobiliario según lo dispuesto en el artículo 22 de la LIRPF. En cuanto a su imputación temporal, en el caso planteado, y partiendo de la premisa de que las obras realizadas tienen la consideración de obras de mejora, los rendimientos de capital inmobiliario deberán imputarse por el consultante al periodo impositivo en que se produzca la entrega, esto es, al periodo impositivo en el que dichas obras revertirán en el propietario, una vez finalizado el contrato.

### **Impuesto sobre Sociedades. Exención dividendos y plusvalías derivadas de participación en otras entidades. Retención**

*Consulta de 29 de abril de 2021 (V1154-21)*

La sociedad matriz dominante de un grupo de entidades acogido al régimen de consolidación fiscal tiene el 100 % de las entidades A y B, y el 99,97 % de la entidad C. Consulta si, cuando se produzca el reparto de dividendos dentro del grupo de consolidación, el 5 % de los dividendos repartidos por las entidades dominadas tributa en la declaración consolidada del grupo o si dichos dividendos deberían eliminarse por aplicación de las reglas de consolidación fiscal.

La contestación establece que, en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 de la LIS, procede la aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.10 LIS, en virtud del cual el importe de los dividendos percibidos se reducirá, a efectos de aplicar la exención, en un 5 % en concepto de gastos de gestión de las participaciones correspondientes. Por tanto, la entidad debe integrar en su base imponible individual el importe indicado, que no será objeto de eliminación a efectos de determinar la base imponible del grupo fiscal, en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 64 de la LIS.

En relación con la obligación de practicar retención, de acuerdo con lo previsto en la letra d) del artículo 128.4 de la LIS, no existe obligación de retener respecto de los dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el artículo 21.1 LIS, por lo que, cumpliéndose los requisitos previstos en este artículo, los dividendos distribuidos a la entidad consultante no están sujetos a retención.

### **Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas. Rendimientos del trabajo. Cesión gratuita del derecho de uso de plazas de parking sin atribución individualizada a trabajadores**

*Consulta Vinculante de 25 de febrero de 2021 (VO405-21)*

Se cuestiona si la cesión limitada (días laborables, mediante solicitud previa y con validez de un día) y gratuita del derecho de uso de las plazas de *parking* de forma indiferenciada a los trabajadores tiene la consideración de retribución en especie exenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

A este respecto, la contestación determina que, habiendo una oferta indiferenciada de las plazas de aparcamiento a los empleados, ya que todos pueden acceder a ellas, se trata de un servicio social a favor del personal que se incluye en el ámbito de los rendimientos de trabajo en especie exentos del artículo 42.3.b) de la LIRPF.

## **Impuesto sobre el Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Hecho imponible. No sujeción**

*Consulta de 23 de junio de 2021 (V1983-21)*

La consulta analiza la tributación en el IIVTNU de un caso en el que los copropietarios de dos inmuebles iniciaron un procedimiento judicial para el cese de la situación de proindiviso. El procedimiento concluirá en subasta pública y, en caso de que quede desierta, se celebraría una subasta restringida entre los actuales copropietarios.

De acuerdo con su configuración legal, en el caso de una transmisión de los bienes inmuebles mediante subasta judicial se estará ante un supuesto de transmisión onerosa de la propiedad de un terreno de naturaleza urbana y cada uno de los copropietarios de los inmuebles tendrá la condición de contribuyente del IIVTNU en relación con su porcentaje de propiedad en dichos inmuebles.

A los efectos de determinar si resulta de aplicación la no sujeción al impuesto establecida como consecuencia de las sentencias del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2017 (59/2017) y 31 de octubre de 2019 (126/19), cada uno de los contribuyentes tendrá que acreditarlo mediante alguno de los medios de prueba enumerados en el artículo 105 de la LGT. Así, cada uno de los copropietarios podrá aportar la escritura pública o documento por el que adquirió su parte de propiedad en cada uno de los inmuebles, siempre que tal operación hubiera estado sujeta al IIVTNU, así como la escritura pública o documento judicial por el que se transmite la propiedad de ambos inmuebles, a los efectos de comparar el valor de transmisión del terreno correspondiente al porcentaje de propiedad que tenga en cada uno de los inmuebles con el respectivo valor de adquisición.

## **[Portugal]**

### **IRC – Taxas de Derrama Incidentes sobre o Lucro Tributável do Exercício de 2020**

*Ofício Circulado n.º 20233, de 7 de maio de 2021, da Subdiretora-Geral da Área de Gestão Tributária-Impostos sobre o Rendimento*

Este Ofício Circulado vem republicar a tabela das taxas e isenções de derrama municipal incidentes sobre o lucro tributável do IRC do período de imposto de 2020, em substituição das anteriormente publicadas pelos Ofícios Circulados n.º 20229, de 16 de fevereiro de 2021, e n.º 20232, de 16 de abril de 2021, introduzindo as alterações solicitadas pelos municípios de Ponte da Barca e Vila Pouca de Aguiar.

## **BREXIT – Prorrogação do Prazo de Nomeação de Representante Fiscal**

*Ofício Circulado n.º 90033, de 13 de maio de 2021, da Subdiretora-Geral da Área da Cobrança*

O Ofício Circulado em referência vem atualizar o ponto 1.1 do Ofício Circulado n.º 90031, de 11 de janeiro de 2021, que divulgou os procedimentos a adotar em matéria de representação fiscal pós-*Brexit*, na sequência da prorrogação do prazo para a nomeação do representante fiscal determinada pelo Despacho n.º 150/2021-XXII, de 30 de abril de 2021, do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais. Assim, do ponto 1.1 daquele Ofício Circulado passa a constar que os sujeitos passivos registados na base de dados da AT até 31 de dezembro de 2020, com morada no Reino Unido, podem nomear um representante fiscal até 30 de junho de 2022 (ao invés de 30 de junho de 2021), sem qualquer penalidade.

## **IVA – Novas Regras aplicáveis ao Comércio Eletrónico em Matéria de Vendas à Distância**

*Ofício Circulado n.º 30238, de 25 de junho de 2021, do Subdiretor-Geral da Área de Gestão Tributária-IVA*

Na sequência da aprovação da Lei n.º 47/2020, de 24 de agosto de 2020, que transpôs para o ordenamento jurídico interno o disposto nos artigos 2.º e 3.º da Diretiva (UE) 2017/2455 do Conselho, de 5 de dezembro de 2017, que alterou a Diretiva 2006/112/CE e a Diretiva 2009/132/CE no que diz respeito a determinadas obrigações relativas ao IVA para as prestações de serviços e as vendas à distância de bens, e a Diretiva (UE) 2019/1995 do Conselho, de 21 de novembro de 2019 que alterou a Diretiva 2006/112/CE no que diz respeito às disposições relativas às vendas à distância de bens e a determinadas entregas internas de bens, aplicáveis a partir de 1 de julho de 2021, o Ofício Circulado em referência foi emitido com vista a esclarecer o âmbito de aplicação das novas regras aplicáveis ao comércio eletrónico pela referida Lei, em especial no que diz respeito às vendas à distância.

## **IVA – Novas Regras em Matéria de Tratamento em IVA do Comércio Eletrónico através de Interfaces Eletrónicas**

*Ofício Circulado n.º 30239, de 25 de junho de 2021, do Subdiretor-Geral da Área de Gestão Tributária-IVA*

A Lei n.º 47/2020, de 24 de agosto de 2020, introduziu alterações relevantes na definição da função desempenhada pelas interfaces eletrónicas na liquidação do IVA e na comunicação de informações às autoridades fiscais, transpondo para o ordenamento jurídico interno o disposto nos artigos 2.º e 3.º da Diretiva (UE) 2017/2455 do Conselho, de 5 de dezembro de 2017, e a Diretiva (UE) 2019/1995 do Conselho, de 21 de novembro de 2019. Das referidas alterações resulta, em síntese, que a partir de 1 de julho de 2021:

- i. Se considera, em certos casos, para efeitos de IVA, que um sujeito passivo que facilita a transmissão de bens mediante a utilização de uma interface eletrónica recebeu e entregou pessoalmente esses bens, sendo considerado sujeito passivo relativamente a essas operações;
- ii. Existem novas obrigações em matéria de manutenção de registos sobre os sujeitos passivos que facilitam a transmissão de bens e a prestação de serviços mediante a utilização de uma interface eletrónica e, bem assim, novas regras de responsabilidade solidária das interfaces eletrónicas com os fornecedores de bens e prestadores de serviços.

O Ofício Circulado em referência vem divulgar as instruções da AT a respeito do âmbito de aplicação das novas regras introduzidas em matéria de obrigações que recaem sobre as interfaces eletrónicas no contexto do comércio eletrónico.

As referidas instruções aplicam-se às operações realizadas pelas interfaces eletrónicas a partir de 1 de julho de 2021.

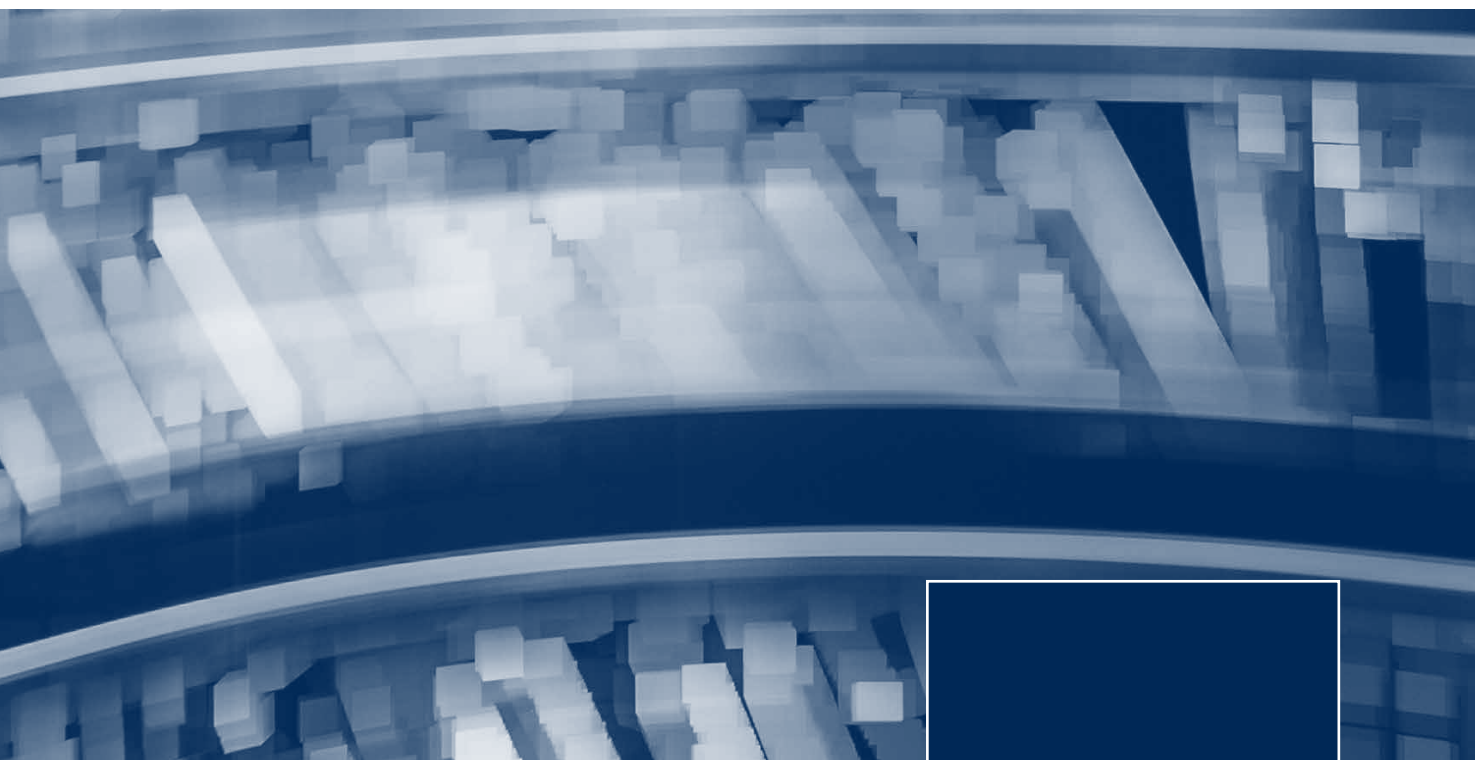
### **IVA – Novo Regime de Balcão Único**

*Ofício Circulado n.º 30240, de 25 de junho de 2021, do Subdiretor-Geral da Área de Gestão Tributária - IVA*

O Ofício Circulado em epígrafe revogou o Ofício Circulado n.º 30164, de 11 de dezembro de 2014, e teve como finalidade o esclarecimento do âmbito de aplicação dos "Regimes especiais de IVA aplicáveis aos sujeitos passivos que prestem serviços a pessoas que não sejam sujeitos passivos, efetuem vendas à distância e determinadas transmissões internas de bens", aprovados pela Lei n.º 47/2020, de 24 de agosto de 2020, em conjugação com o Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 do Conselho, de 15 de março de 2011 e identificados como "Balcão Único" ou, em inglês, "OSS - One Stop Shop".



9 de septiembre de 2021



Unión Europea





9 de septiembre de 2021

## 1. Jurisprudencia

---

### **El Tribunal de Justicia confirma que los terceros Estados están legitimados para impugnar reglamentos que establecen medidas restrictivas en su contra**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2021, en el asunto C-872/19 P, Venezuela/Consejo*

El Tribunal de Justicia (el "TJ") ha confirmado que un tercer Estado como Venezuela puede ser considerado una persona jurídica legitimada para recurrir actos de la Unión, a los efectos del artículo 263, párrafo cuarto, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el "TFUE"). El Consejo, la Comisión y varios Estados miembros que intervinieron en el procedimiento habían manifestado dudas sobre la facultad para impugnar actos de la Unión de un tercer Estado que no hubiera concluido previamente un acuerdo con la Unión sobre este extremo. Aunque el Tribunal General ya había admitido esta posibilidad en el pasado, el TJ no había tenido oportunidad de pronunciarse más que en el caso de recurrentes que sí habían concluido tratados bilaterales con la Unión.

En su sentencia, el TJ se muestra tajante sobre esta cuestión, con lo que cierra la puerta a interpretaciones restrictivas sobre el concepto de persona jurídica. Asimismo, considera que en el caso analizado se cumplen el resto de los requisitos que establece el artículo 263, párrafo cuarto, del TFUE. En particular, apartándose del razonamiento del Tribunal General, el TJ entiende que un acto reglamentario como el recurrido, que impedía a operadores de la Unión llevar a cabo determinadas operaciones con Venezuela, surte efectos directamente sobre la situación jurídica de este país. La sentencia permite así que terceros Estados recurran medidas restrictivas adoptadas contra ellos.

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración ha contribuido Patricia Cano, de Uría Menéndez (Bruselas).

## **Nuevos pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre la incompatibilidad con el derecho de la Unión del régimen disciplinario de los jueces polacos**

*Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2021, en el asunto C-204/21 R, Comisión/Polonia y sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2021, en el asunto C-791/19, Comisión/Polonia*

El TJ ha dictado dos nuevas resoluciones en el marco de la saga polaca sobre la independencia judicial que han tenido gran impacto en el panorama europeo.

Por un lado, ha dictado sentencia en el asunto C-791/19, declarando que Polonia ha incumplido las obligaciones derivadas del derecho de la Unión al no garantizar la independencia e imparcialidad de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo. Esta Sala, que fue creada en 2017, está exclusivamente compuesta por jueces seleccionadas por el Consejo Nacional del Poder Judicial cuyos miembros son elegidos por el Parlamento polaco. El TJ ha entendido en sucesivas resoluciones que la composición y el funcionamiento de la Sala Disciplinaria permiten ejercer control político sobre las decisiones judiciales, mermando así su independencia.

Por otro lado, en el asunto C-204/21 R, el TJ ha ordenado la suspensión cautelar de varias disposiciones sobre el funcionamiento de la referida Sala Disciplinaria introducidas en 2019. La reacción de Polonia no se ha hecho esperar. El Tribunal Constitucional polaco se ha pronunciado de forma inmediata, declarando que las medidas provisionales exceden los poderes del TJ y resultan contrarias a la constitución polaca, obviando así un principio tan básico del derecho de la Unión como el principio de primacía.



URÍA  
MENÉNDEZ  
[www.uria.com](http://www.uria.com)