




9 de septiembre
de 2022



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 21* de 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
www.uria.com

Edición, diseño, producción y distribución: CeGe Global

CeGe Global
Ciutat d'Asunción, 42 - 08030, Barcelona
Tel. +34 93 274 59 00
e-mail: info@cegeglobal.com
www.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
15	Arbitraje y Mediación
21	Competencia
39	Derecho Digital
59	Energía
67	Inmobiliario y Urbanismo
79	Laboral y Seguridad Social
93	Marítimo, Transporte y Logística
99	Medio Ambiente
107	Mercantil
125	Procesal Civil
147	Procesal Penal
157	Salud y Alimentación
165	Tributario
191	Unión Europea

9 de septiembre de 2022



Administrativo

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[España]

Medidas excepcionales de revisión de precios de contratos públicos

Convalidación del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural (BOE de 2 de agosto de 2022)

El Real Decreto-ley 14/2022 ha sido convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, publicado por Resolución de 25 de agosto de 2022. Modifica diversos apartados del Real Decreto-ley 3/2022, que, entre otras cuestiones, introdujo medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras. El Real Decreto-ley 14/2022 modifica los siguientes puntos:

- i. Ya no se exceptiona de la aplicación del régimen de revisión de precios a las entidades del sector público que operen en sectores regulados cuyo régimen de inversiones se hubiera cerrado en los últimos nueve meses.
- ii. A efectos de calcular el impacto directo en la economía del contrato, se tomará como referencia el incremento de los costes aplicado a los costes del contrato certificados en el periodo posterior a 1 de enero de 2021. Este periodo deberá ser como mínimo de doce y como máximo de veinticuatro meses, y será el contratista quien lo determine en su solicitud.
- iii. En caso de que el contrato tuviese una duración inferior a doce meses y superior a cuatro meses, el incremento del coste se calculará sobre la totalidad de los importes del contrato certificados. No se reconoce este derecho en contratos de menos de cuatro meses.

Actualmente se está tramitando esta norma como proyecto de ley.

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

[Portugal]

Regime de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Território Nacional - Acordo CPLP

Lei n.º 18/2022, de 25 de agosto (DR 164, Série I, de 25 de agosto de 2022)

A Lei n.º 18/2022, de 25 de agosto ("Lei n.º 18/2022") aprovou o regime jurídico para a implementação do Acordo sobre a Mobilidade entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa ("Acordo CPLP") e alterou o regime de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, previsto na versão em vigor da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho.

Em acréscimo, este diploma alterou a versão em vigor da Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, que estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo, bem como procedeu à execução na ordem jurídica interna dos Regulamentos (UE) n.os 2018/1860, 2018/1861 e 2018/1862, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de novembro de 2018, relativos ao estabelecimento, ao funcionamento e à utilização do Sistema de Informação de Schengen ("SIS").

Destacam-se as seguintes alterações introduzidas por este diploma:

- i. Título de viagem de cidadãos estrangeiros residentes em Portugal na qualidade de Refugiados: o título de viagem passou a ser válido por um período de cinco anos e permite ao seu titular a entrada e saída do território nacional, bem como do território de outros Estados que o reconheçam para esse efeito;
- ii. Autorização de residência temporária para cidadãos da CPLP: esta medida aplica-se aos cidadãos de Estados em que esteja em vigor o Acordo CPLP e que sejam titulares de visto de curta duração ou de estadia temporária ou que tenham entrado legalmente em território nacional, que passam a poder requerer uma autorização de residência temporária superior a 90 dias e inferior a 1 ano, renovável por igual período;
- iii. Condições especiais de concessão de vistos a cidadãos de Estados em que esteja em vigor o Acordo CPLP, nomeadamente: (i) o parecer prévio do SEF é dispensado; (ii) os serviços competentes para a emissão do visto procedem à consulta direta e imediata das bases de dados do SIS; (iii) a recusa da emissão do visto só ocorre no caso de constar indicação de proibição de entrada e de permanência no SIS ou se o cidadão for menor e não tiver autorização para viajar;
- iv. Pré-autorização de residência: com a concessão do visto de residência é emitida uma pré-autorização de residência, onde consta a informação relativa à obtenção da autorização de residência e a atribuição provisória dos números de identificação fiscal, de segurança social e do serviço nacional de saúde;
- v. Visto de residência para o exercício de atividade profissional prestada de forma remota para fora do território nacional: os trabalhadores subordinados e profissionais indepen-

dentes beneficiam de um visto de residência para o exercício de atividade profissional prestada, de forma remota, a pessoas singulares ou coletivas com domicílio ou sede fora do território nacional, devendo ser demonstrado o vínculo laboral ou a prestação de serviços, consoante o caso.

O presente diploma entrou em vigor no dia 26 de agosto de 2022.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El TJUE declara contrario al derecho de la Unión la configuración legal del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado legislador previsto en las leyes 39/2015 y 40/2015, por ser contrario al principio de efectividad

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (as. C-278/20, Comisión contra España)

El 28 de junio de 2022 el Tribunal de Justicia ha declarado que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador tras las reformas operadas en el año 2015 (Leyes 39/2015 y 40/2015) es contrario al derecho de la Unión. Esta sentencia obligará a una reforma del régimen y también abre la opción de reclamar daños a quienes, hasta la fecha, no cumplían con las condiciones que el Tribunal de Justicia ha declarado ilegales.

La Comisión Europea centró su recurso por incumplimiento frente al régimen español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en cuatro aspectos puntuales:

- i. La exigencia de una declaración, por parte del Tribunal de Justicia, del carácter contrario al derecho de la Unión de la norma aplicada.
- ii. El requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño.
- iii. El requisito de que el particular perjudicado haya alegado la concreta infracción del derecho de la Unión en el marco del recurso contra la actuación administrativa que ocasionado el daño.
- iv. La existencia de un plazo de prescripción para reclamar desde la publicación en el *Diario Oficial* de la sentencia que declare el carácter contrario al derecho de la Unión de la norma con rango de ley cuestionada.

El Tribunal de Justicia ha dado la razón a la Comisión y ha declarado los cuatro requisitos contrarios al principio de efectividad, al considerar que, cada uno de ellos individualmente considerados,

conducen a los particulares que han sufrido un daño por un acto legislativo a una situación que dificulta e incluso puede imposibilitar el ejercicio de una acción de responsabilidad contra el Estado.

Las sentencias del Tribunal de Justicia en un procedimiento por infracción no conllevan la anulación de las normas nacionales impugnadas. Es previsible que a partir de esta sentencia el legislador acometa una reforma del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Hasta entonces, los cuatro requisitos declarados incompatibles con el derecho de la Unión deben ser inaplicados por todas las autoridades, incluidos los tribunales.

[España]

El Tribunal Constitucional establece que el recurso de casación en el orden contencioso-administrativo respeta la garantía de la doble instancia penal en supuestos en los que se impugnen sanciones administrativas materialmente penales, incluso si la resolución judicial es de inadmisión

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 71/2022, Sala Segunda, de 13 de junio de 2022

El recurso de amparo se dirige contra los autos de 1 de marzo y de 7 de junio de 2019 dictados por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. El primero de los autos inadmitió el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil contra la resolución sancionadora de 26 de mayo de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) al considerar que el recurso no presentaba interés casacional objetivo. El segundo auto objeto del recurso de amparo inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por la recurrente.

El Tribunal Constitucional (“TC”) desestima el recurso de amparo. Ante el alegato de que las resoluciones de inadmisión estuvieron desprovistas de motivación, el TC considera que se sujetan a los dos cánones de control que aplica la jurisdicción constitucional en el ámbito del art. 24.1 de la Constitución (“CE”):

- i. Ambas motivan de manera suficiente la decisión de inadmisión, sin que se aprecie arbitrariedad, manifiesta irracionalidad o patentes errores de hecho con relevancia constitucional.
- ii. Ambas resultan proporcionadas y carentes de rigorismos que resulten excesivamente formalistas y vayan más allá de los fines perseguidos por la norma procesal.

En cuanto al alegato de vulneración de la garantía de doble instancia penal —que el recurrente invoca con apoyo en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”), de 30 de junio de 2020, asunto *Sachetti Iglesias c. España* (demanda n.º 50514/13), que califica la sanción administrativa como materialmente penal—, el TC considera que la configuración actual del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo no la infringe. En particular, considera que la STEDH invocada por el recurrente no es relevante para resolver el recurso de amparo, por dos razones. En primer lugar, no es apreciable una vulneración del art. 24.1 CE por falta de

motivación de la resolución de inadmisión por las mismas razones que ofrece para desestimar el primer motivo. En segundo lugar, la legislación española sí prevé un recurso contra las resoluciones dictadas en única instancia que, a pesar de estar configurado como un recurso extraordinario que solo es admisible en supuestos tasados, permanece dentro del margen de apreciación que el TEDH ha reconocido en el ámbito de esta garantía a los Estados parte, siendo lícito que el legislador nacional establezca determinados requisitos de admisión.

Además, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene realizando una interpretación garantista del derecho a la doble instancia penal y su aplicación a las sanciones administrativas, en la medida en que exige evaluar, al momento de decidir sobre la concurrencia de interés casacional objetivo, si el escrito de preparación justifica la naturaleza penal de la infracción objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH (citando como ejemplos las sentencias del Tribunal Supremo núm. 1375/2021, FJ 7 y núm. 1376/2021, FJ 7).

En definitiva, el TC considera que la configuración actual del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, *"tal y como ha sido entendida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se opone (...) a que la impugnación de la sanción impuesta por la administración y confirmada por la instancia pueda ser examinada en casación por el Tribunal Supremo, incluso aunque (...) la decisión consista en la inadmisión del recurso"*.

El Tribunal Supremo delimita los supuestos que se comprenden dentro del concepto de fuerza mayor del art. 239 de la Ley 9/2017, excluyendo aquellos eventos provocados directamente por la acción humana

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de noviembre de 2021

La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por una mercantil contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 31 de enero de 2020 (Rec. 170/2018), fijando la siguiente doctrina jurisprudencial, en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación (FJ 4): *"La cuestión de interés casacional planteada versa sobre si en el concepto de fuerza mayor del artículo 231 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actual artículo 239 de la Ley 9/2017), pueden comprenderse aquellos fenómenos medioambientales catastróficos en los que tiene incidencia la acción humana"*.

El Tribunal Supremo considera al respecto que los supuestos contemplados en el apartado b) de dicha norma se califican como "fenómenos naturales", esto es, cambios en la naturaleza no provocados directamente por la acción humana, sino por las fuerzas naturales ajenas a su intervención, lo que se corrobora si atendemos a los supuestos específicamente mencionados en este apartado (maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones).

El hecho de que el propio precepto, tras la enumeración ejemplificativa, añada "u otros semejantes" no cambia la exigencia inicial que los define: han de ser "fenómenos naturales". De modo que, junto con los específicamente enumerados, también se comprenderán otros en los que exista

identidad de razón, tales como tornados, huracanes, etc.; pero sin que la expresión pueda ser entendida como una puerta abierta a otros eventos en los que no se aprecie dicha identidad, incorporando supuestos en los que se diluya o atenúe la exigencia inicial de que se trata de fenómenos naturales con un resultado catastrófico.

El Tribunal señala que *"es cierto que pueden existir casos en los que la acción del hombre influya de forma meramente circunstancial en los acontecimientos naturales, o que su intervención sobre el medio ambiente contribuya, aun de forma indirecta o mediata, a la producción de estas catástrofes naturales sin que por ello dejen de ser considerados supuestos de fuerza mayor. Lo que se excluye en la norma son los desastres medioambientales en cuya causación y con una conexión directa y relevante intervenga la acción del hombre"*.

El Tribunal Supremo dictamina que la invalidez de una orden judicial de entrada y registro obliga a la Administración a devolver todo el material y la información incautada durante la actuación de inspección

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de mayo 2022

El recurrente interpone recurso de casación contra la Sentencia núm. 659/2020 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la que se constata la nulidad del auto de entrada y registro en su domicilio profesional. El Tribunal Supremo aprecia que existe interés casacional objetivo a la hora de determinar si esta nulidad conlleva la obligación de la Administración de devolver el material y destruir las copias que mantiene en su poder. Sobre la base de su doctrina previa, la Sala concluye que es necesario devolver lo incautado, pues una mera declaración sobre la vulneración de derechos fundamentales resultaría un remedio insuficiente. Este deber de devolución abarca tanto documentos como otros materiales (soportes informáticos, ordenadores, objetos) y culmina con la destrucción de todas las copias que sigan en poder de la Administración.

No obstante, la devolución y destrucción de los soportes no impide que la Administración ya conozca su contenido. La Sala considera que la información es algo inmaterial, que queda independizada de la documentación o el soporte donde fue hallada. Por ello, se abstiene a la hora de resolver si los datos recabados podrán utilizarse en otros procedimientos administrativos o jurisdiccionales, posibilidad que será examinada en cada instancia. Finalmente, estima parcialmente el recurso de casación y ordena a la Agencia Tributaria la devolución al recurrente de su documentación y materiales, sin condenar en costas a la Administración.

3. Doctrina administrativa

El TACRC confirma que, a no ser que lo prevean los pliegos, no está permitido introducir la modificación sustancial de un elemento esencial de un contrato ante una circunstancia como el incremento de precios

Resolución núm. 436/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 7 de abril de 2022

Se recurre una resolución de la Dirección de Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias por la que se autoriza la modificación de un contrato de suministro de papel. El responsable del contrato propuso la modificación, a instancia del adjudicatario, por haberse producido un supuesto de riesgo imprevisible consistente en el incremento de precios de las materias primas (pasta papelera) y los insumos (gas) necesarios para la fabricación del papel.

Una de las empresas que participó en la licitación interpuso recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de modificación del contrato al implicar un incremento de los precios unitarios de adjudicación. La recurrente considera que esta actuación contraviene lo previsto en los artículos 204 y 205 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ("LCSP"), ya que considera que la subida de los precios de las materias primas no es una circunstancia imprevisible en el momento de la licitación.

Con base en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ("TACRC") n.º 27/2020, de 9 de enero de 2020, el Tribunal considera que la modificación es sustancial, ya que afecta a un elemento esencial del contrato (el precio). Así, introduce condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos, la aceptación de una oferta distinta o habría atraído a más participantes al procedimiento. Al tratarse de un cambio sustancial, no puede llevarse a cabo ni aunque responda a circunstancias sobrevenidas imposibles de prever.

El concepto de "modificaciones no previstas" se refiere a la modificación de las prestaciones o actuaciones objeto del contrato, y no al precio o coste de tales prestaciones. Por ello, se vulnera el principio de igualdad de trato, ya que, en esencia, se está practicando una revisión de los precios a pesar de que los pliegos de la licitación no prevén esta posibilidad. En consecuencia, el TACRC concluye que la variación de precios debe ser asumida por el adjudicatario conforme al principio de riesgo y ventura (art. 197 LCSP). El Tribunal estima el recurso y acuerda la anulación de la resolución de modificación del contrato.

9 de septiembre de 2022



Arbitraje y
Mediación

Arbitraje y Mediación*

9 de septiembre de 2022

1. Arbitraje de inversión

Un tribunal arbitral SCC, con sede en Estocolmo, se ha convertido en el primero en desestimar una demanda de arbitraje de inversión intra-UE por motivos jurisdiccionales, al estimar el argumento de España de que el derecho de la UE prevalece sobre el Tratado de la Carta de la Energía

Laudo Green Power Partners K/S y SCE Solar Don Benito APS c. el Reino de España Arbitraje SCC V (2016/135)

El pasado 16 de junio de 2022, un tribunal arbitral constituido bajo el Insituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo ("SCC", por sus siglas en inglés) se convirtió en el primero en desestimar una demanda de arbitraje de inversión intra-UE por motivos jurisdiccionales, al entender —como argumentaba el Reino de España— que el derecho de la UE prevalece sobre el Tratado de la Carta de la Energía ("TCE"). En concreto, el tribunal consideró que carecía de jurisdicción *ratione voluntatis* para conocer de un arbitraje iniciado por dos compañías danesas contra el Reino de España bajo el TCE. La sede del arbitraje era Estocolmo.

En el arbitraje, el Reino de España había presentado una objeción jurisdiccional sobre la base del efecto de las decisiones *Achmea* (Caso C-284/16) y *Komstroy* (Caso C-741/19) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"). En estas decisiones, se declaró la incompatibilidad entre los arbitrajes de inversión intra-EU y el derecho de la Unión Europea, aclarándose en *Komstroy* que dicha incompatibilidad también se extendía a los arbitrajes con base en el TCE.

El Reino de España alegaba que el derecho de la Unión Europea resultaba aplicable al arbitraje en tanto que Dinamarca y España son Estados miembros. No obstante, también sería aplicable al presente caso por tratarse de un arbitraje bajo las Reglas de la SCC y con sede en Estocolmo y, por ende, sometido a la *lex fori*, esto es, la ley sueca, que incorpora a su vez el derecho comunitario.

* 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, Iciar Álvarez Bullain y Juan Manuel Ramírez Cirera, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

Tras acordar la bifurcación del procedimiento, el tribunal arbitral analizó su jurisdicción *ratione voluntatis* con base en el artículo 26 del TCE, relativo a la solución de controversias. En virtud del artículo 26.3 (a) del TCE, "*las Partes Contratantes [entre las que se encuentran España, Dinamarca y la Unión Europea] consienten incondicionalmente en someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional*".

El tribunal arbitral concedió que una interpretación literal del citado precepto llevaría a la conclusión de que España habría otorgado su consentimiento a arbitrar las disputas bajo el TCE. No obstante, consideró que esta interpretación era insuficiente para abarcar la complejidad de la disputa, con lo que prosiguió su análisis interpretando este precepto a la luz de los restantes criterios recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 ("VCLT", por sus siglas en inglés).

En primer lugar, examinó los acuerdos concertados entre las partes con motivo de la celebración del tratado (artículo 31.2(b) VCLT). Entre estos acuerdos destacó las declaraciones efectuadas por la Unión Europea en 1997, momento de ratificación del TCE, por las que las Comunidades Europeas condicionaban su consentimiento a la sumisión de disputas a arbitraje internacional.

El tribunal arbitral concluyó que, en el momento de ratificación del TCE, la Unión Europea no pretendía otorgar su consentimiento incondicional a la sumisión de disputas al arbitraje de inversión. Esta conclusión se vería reforzada, según el tribunal arbitral, por las declaraciones efectuadas por la Unión Europea y diversos Estados miembros tras la conclusión del TCE.

Asimismo, el tribunal arbitral realizó una interpretación sistemática del TCE, en relación con el derecho de la Unión Europea como normativa "relevante" para el caso (artículo 31.3(c) VCLT). En consecuencia, el tribunal consideró que las decisiones del TJUE, que forman parte del sistema de fuentes de la Unión Europea, eran relevantes para la resolución del caso y, en consecuencia, las conclusiones de *Achmea* y *Komstroy* serían extensibles al arbitraje.

La conclusión del tribunal arbitral fue que la oferta de arbitraje realizada por España bajo el TCE no es aplicable a las controversias con inversionistas comunitarios y, en consecuencia, no existía oferta alguna que los demandantes pudieran aceptar. En ausencia de un acuerdo de las partes a arbitrar, el tribunal se declaró sin jurisdicción. Sin embargo, el tribunal advirtió de que esta decisión podría no tener efectos sobre otros arbitrajes en los que la *lex fori* no fuera la de una jurisdicción de la UE, como sería el CIADI.

2. Jurisprudencia española

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima una demanda de anulación de un laudo que consideraba incontrovertible la potestad de los árbitros para aplicar las normas imperativas de derecho de la Competencia en el seno de disputas contractuales cubiertas por el convenio arbitral

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 31 de mayo de 2022

La sentencia tiene por origen la acción de anulación interpuesta frente a un laudo arbitral emitido el 28 de junio de 2021 en un arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid (el "Laudo Final").

El procedimiento arbitral del que trae causa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el "TSJM") trataba diversas cuestiones relativas a un contrato de colaboración y desarrollo de negocio de 5 de diciembre de 2018 (el "Contrato"), firmado entre una titular de vehículos VTC (la "Demandante") y la titular de una plataforma digital de servicios de transporte (la "Demandada"). El Contrato establecía una obligación por la que las licencias VTC y los vehículos adscritos a tales licencias tenían la obligación de operar, de forma exclusiva, a través de la plataforma de la Demandada.

Durante el procedimiento arbitral, la Demandante planteó una excepción de inarbitrabilidad debido a la necesaria aplicación de normas imperativas de derecho de la Competencia. El Tribunal Arbitral dictó un laudo parcial (el "Laudo Parcial") en el que se declaró competente para conocer de la controversia contractual que se le sometía, con aplicación de las normas de derecho de la competencia de forma limitada respecto de los incumplimientos contractuales alegados, pero no de forma general respecto de la existencia o no de supuestos ilícitos concurrentiales. Es decir, el Tribunal Arbitral concluyó que solo podía entrar a valorar las cláusulas contractuales que vinculaban a ambas partes, pero no conductas anticompetitivas, para las que no era competente, con lo que desestimaba la excepción de inarbitrabilidad que había sido planteada por la Demandante.

En su acción de anulación ante el TSJM, la Demandada considera que el Laudo Final ha de ser anulado, *ex* artículo 41.1 f) de la Ley de Arbitraje, ya que entiende que el Tribunal Arbitral sí se había declarado competente para resolver en materia de infracciones de derecho de la competencia en el Laudo Parcial, y que, en cambio, en la parte dispositiva del Laudo Final manifestó su falta de competencia para conocer tales infracciones.

En cambio, el TSJM considera que en el Laudo Parcial el Tribunal Arbitral no se declaró competente sobre toda cuestión que pudiera constituir una infracción del derecho de la competencia, sino que tan solo declaró su competencia para conocer de la relación contractual que vinculaba a ambas partes y para decidir si esta vulneraba las normas de derecho de la competencia desde la perspectiva estrictamente contractual. Además, indica que, en todo caso, si la Demandada no estaba de acuerdo con la decisión adoptada en el Laudo Parcial, en cuanto a la delimitación de la

competencia del Tribunal Arbitral, debería haber interpuesto frente a él acción de anulación. No obstante, la Demandada se aquietó a la limitación en el conocimiento de la cuestión planteada por el Tribunal Arbitral con exclusión de todo lo que pudiera constituir un acto de competencia desleal.

El TSJM entiende que las razones por las que el Tribunal Arbitral resuelve la controversia aparecen plenamente razonadas y son razonables. Asimismo, declara que la interpretación del Contrato no es revisable en sede de anulación. Por lo tanto, desestima la demanda de anulación del Laudo Final.

9 de septiembre de 2022



Competencia

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[Portugal]

Alterações à Lei da Concorrência em Resultado da Transposição da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2018

Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto (DR 158, Série I, de 17 de agosto de 2022)

No dia 16 de setembro de 2022, entrou em vigor a Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto (“Lei n.º 17/2022”), que veio transpor a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (“Diretiva ECN+”) para o ordenamento jurídico português, alterando a Lei da Concorrência.

Poderes de investigação da Autoridade da Concorrência (“AdC”)

Em primeiro lugar, a nova lei veio alterar, ampliar e clarificar os poderes de investigação da AdC. Os artigos 18.º e 19.º da Lei da Concorrência, relativos aos poderes de busca, exame, recolha e apreensão, foram reformulados e os poderes de inquirição foram autonomizados, tendo sido acrescentado o artigo 17.º-A para o efeito.

Resulta da nova redação do artigo 18.º que, no âmbito da obtenção e recolha de “documentos controlados”, a AdC pode continuar a efetuar a pesquisa de informação e a seleção de cópias ou extratos nas instalações da AdC ou em quaisquer outras instalações designadas. Esta é uma mudança relevante, uma vez que limita a possibilidade de monitorização por parte dos representantes dos visados, no que concerne à informação fora do escopo da investigação.

A proposta inicial da AdC e do Governo previa ainda expressamente a possibilidade de acesso e apreensão de correio eletrónico e de sistemas de mensagens instantâneas, o que não foi incluído

* Esta crónica ha sido dirigida por Alfonso Gutiérrez Hernández, y en su redacción han participado Ignacio García-Perrote Martínez, François Doumont, Rocío Mackinlay Bustamante, Violeta Marinas Serra, Inés Pajares de Dios Tarancón, Beatriz Sastre Furones, Álvaro Angulo Garciandía, Eduardo Sevilla Soto, Jokin Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain, Barbara Montanari, Alberto Pérez Hernández, Guilherme Neves Lima, Gabriel Budnik, Isabel Fernández Pérez, Pablo González Guillén, Tânia Luísa Faria, Margot Lopes Martins y Afonso Marques dos Santos, de las Áreas de Derecho Público, Procesa y Arbitraje y Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Bruselas y Perú).

na versão final da Lei. A ausência destas referências dever-se-á às questões de constitucionalidade, suscitadas ao longo do procedimento legislativo.

Quanto às buscas domiciliares, para além de permitidas para as situações de fundadas suspeitas de que existem provas da violação das regras sobre práticas restritivas da concorrência (artigo 9.º da Lei da Concorrência) e abusos de posição dominante (artigo 11.º da Lei da Concorrência), passaram também a ser possíveis em relação a abusos de dependência económica (artigo 12.º da Lei da Concorrência).

A realização de buscas em escritório de revisor oficial de contas foi equiparada às buscas em escritório de advogados ou consultórios médicos, beneficiando da respetiva proteção. Tal significa que a busca no escritório/consultório de qualquer um destes profissionais deve ser realizada na presença do Juiz de Instrução Criminal e que este deve avisar previamente o presidente do conselho regional/geral da ordem profissional em causa, para que este ou seu representante possa estar presente na busca.

Destaque-se neste contexto também, a introdução do artigo 86.º-A que esclarece e prevê expressamente que as reações contra as decisões no âmbito de diligências de buscas e apreensões, incluindo todos os incidentes, arguições de nulidade e requerimentos devem ser dirigidos à autoridade judiciária que autorizou o respetivo ato, no prazo de 10 dias úteis após o encerramento das respetivas diligências. Esta alteração é de grande relevância prática, uma vez que antes as reações contra as decisões no âmbito de diligências de buscas e apreensões eram dirigidas à AdC, que não poucas vezes tardava em dar seguimento aos pedidos.

Determinação da coima

Foram também incluídos novos parâmetros no que concerne o cálculo das coimas previstas em caso de infração das regras de concorrência. Assim, o limite máximo na aplicação de coimas corresponderá a 10% do volume de negócios total e a nível mundial do conjunto de empresas que integram a empresa infratora realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida.

Adicionalmente, a nova redação do artigo 69.º, n.º 7, da Lei da Concorrência, prevê uma espécie de válvula de escape, cuja interpretação não é clara, ao dispor-se que o valor da coima não pode ser superior ao que resultaria tendo por referência o valor correspondente ao ano económico anterior ao ano da infração.

Prescrição

Em terceiro lugar, nos termos do novo artigo 74.º, n.º 9, da Lei da Concorrência, prevê-se que a prescrição do procedimento por infração suspende-se se a decisão da AdC for objeto de recurso judicial (incluindo recursos interlocutórios e recursos para o Tribunal Constitucional).

Foi removida a disposição que estipulava que a suspensão da prescrição não podia ultrapassar três anos, ficando uma possibilidade de suspensão teoricamente ilimitada. Neste âmbito, não é claro

como poderá aplicar-se o limite global previsto para interrupção do prazo de prescrição, segundo o qual os procedimentos só se podem estender até cinco anos ou sete anos e meio.

Recursos

Por fim, no que concerne aos recursos, houve também algumas alterações relevantes. Nomeadamente, esclareceu-se que o prazo de interposição de recursos de decisões interlocutórias é de 20 dias úteis e que o prazo de interposição de recurso de decisões finais da AdC passou de 30 dias úteis para 60 dias.

Manteve-se a regra geral do efeito devolutivo dos recursos das decisões da AdC, incluindo nos recursos interlocutórios. Esclareceu-se que, para que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso de uma decisão que imponha sanções, o visado terá de proceder ao pagamento em 20 dias de uma caução no valor de 50% da coima imposta, disposição esta que limita a flexibilidade no que concerne este ponto, em função da situação económica da entidade sancionada, especialmente quando estão em causa coimas, em muitos casos, de dezenas de milhões de euros.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal General anula la decisión de la Comisión Europea por la que se establecía el abuso de posición de dominio en el mercado mundial de conjuntos de chips por parte de Qualcomm Inc.

Sentencia del Tribunal General (Sala sexta), de 15 de junio de 2022, T-235/18 – Qualcomm Inc. / Comisión

El 15 de junio de 2022, el Tribunal General de la Unión Europea anuló en su totalidad la decisión de la Comisión Europea mediante la cual se imponía a Qualcomm una multa de 997.439.000 euros por abuso de su posición dominante entre el 25 de febrero de 2011 y el 16 de septiembre de 2016 por descuentos y pagos por exclusividad de Qualcomm a Apple en el mercado de chips *Long Term Evolution* ("LTE").

En la sentencia se constata, en primer lugar, la existencia de irregularidades de procedimiento que afectaron al derecho de defensa de Qualcomm. En especial, la decisión no se refiere al mismo mercado que el analizado en el pliego de cargos, sin que Qualcomm fuera avisada de este cambio ni se le ofreciera oportunidad de hacer alegaciones al respecto.

En segundo lugar, el Tribunal critica que la Comisión no aportara pruebas concluyentes sobre la existencia de un efecto anticompetitivo derivado de los descuentos por exclusividad a Apple. En particular, el Tribunal advierte que la propia decisión reconoce que no había otra alternativa viable desde un punto de vista técnico a los chips LTE para la mayoría de sus necesidades durante

ese periodo (en esencia, para los iPhones y iPads). Tampoco habría acreditado cómo los pagos por exclusividad en la venta de chips para el lanzamiento de ciertos modelos de iPad entre 2014 y 2015 habría sido suficiente para inferir que esta práctica redujo los incentivos de Apple a cambiar de proveedor para toda su demanda global de chips LTE.

El Tribunal de Justicia aclara el ámbito de aplicación temporal de las normas que rigen el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción por daños derivados de ilícitos de competencia, la cuantificación y la presunción *iusuris tantum* del perjuicio

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de junio de 2022, C-267/22 Volvo AB y DAF Trucks NV/RM

El Tribunal de Justicia responde a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de León en el contexto de un procedimiento en el que se interponía una acción *follow-on* por daños derivados de un cártel que finalizó antes de la entrada en vigor de la Directiva 2014/104, pero que fue ejercitada tras la entrada en vigor de su normativa de transposición.

En primer lugar, el Tribunal establece que las normas sobre prescripción de las acciones por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia son disposiciones sustantivas cuya aplicación retroactiva queda, por tanto, prohibida de acuerdo con la Directiva. Dentro del ámbito temporal de estas normas se incluyen las acciones por daños ejercitadas tras la entrada en vigor de la normativa de transposición, en tanto en cuanto no se haya agotado el plazo concedido por el derecho nacional vigente para ejercitar dicha acción en el momento de expiración del plazo de transposición. El Tribunal precisa que, de acuerdo con el principio de efectividad, el plazo de prescripción comienza a correr el día de la publicación del resumen de la Decisión de la Comisión Europea sobre el cártel en cuestión.

En segundo lugar, el Tribunal estima que la norma relativa a la cuantificación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales del perjuicio sufrido es de carácter procesal, por lo que la norma de transposición no será aplicable a acciones ejercitadas antes del 26 de diciembre de 2014.

Por último, el Tribunal entiende que la presunción *iusuris tantum* de existencia del perjuicio causado por un cártel es una disposición sustantiva, directamente relacionada con la imputación de la responsabilidad civil extracontractual al autor de la infracción de que se trate y que, en consecuencia, afecta directamente a la situación jurídica de este. Debido a su carácter sustantivo, la presunción no puede aplicarse retroactivamente a una acción por daños referida a una infracción finalizada antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva.

El Tribunal General respalda la nueva interpretación de la Comisión Europea del artículo 22 del Reglamento Europeo de Control de Concentraciones, confirmando su competencia sobre concentraciones que no alcanzan ni los umbrales de la Unión ni los nacionales

Sentencia del Tribunal de General, de 13 de julio de 2022, T-227/21 Illumina Inc y Grail LLC / Comisión

El 20 de septiembre de 2020 se formalizó un contrato por el cual Illumina adquiriría el control exclusivo de la *start-up* farmacéutica Grail. A pesar de que la operación no superaba los umbrales de notificación europeos ni nacionales, la Comisión se declaró competente para analizarla al amparo de una interpretación extensiva del artículo 22 del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo sobre control de concentraciones entre empresas. La Comisión definió la operación como una *killer acquisition* y alegó la existencia de riesgos de restricción de acceso a cierta tecnología desarrollada por Grail o de subida de su precio en detrimento de sus competidores.

El 19 de febrero de 2021, la Comisión informó de la operación a los Estados miembros y les invitó (bajo el artículo 22.5 del Reglamento) a plantear su reenvío a la Comisión. Illumina y Grail recurrieron esta invitación y la posterior Decisión de 19 de abril de 2021 por la que la Comisión se declaraba competente para resolver la concentración.

En la sentencia que resuelve estos recursos, el Tribunal General concluye que la decisión de la Comisión de aceptar el reenvío es un acto recurrible porque pone fin a un procedimiento (el de reenvío) que tiene consecuencias jurídicas definitivas (i. e., la asunción de competencia por la Comisión Europea). En cambio, las cartas mediante las cuales la Comisión informó a los Estados miembros de la posibilidad de reenviar el caso son actos de trámite, intermedios, que, por lo tanto, no pueden ser objeto de recurso.

En cuanto a los aspectos sustantivos, el Tribunal sostiene que la Comisión es competente con base en el artículo 22 del Reglamento, pues su tenor literal indica "*podrán solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración*", lo que permite que una concentración pueda ser remitida independientemente de los umbrales o, incluso, de la existencia de normativa de control de concentraciones en el país remitente. Asimismo, el considerando 11 define el mecanismo de remisión como "*corrector eficaz*" e indica un poder subsidiario y flexible de la Comisión para asegurar el control de concentraciones. Además, a falta de notificación, el plazo de quince días hábiles para solicitar la remisión empieza a correr desde que hay transmisión activa al Estado miembro remitente de información suficiente (en este caso con la invitación a solicitar el reenvío) para que dicho Estado pueda llevar a cabo una evaluación preliminar. Aunque el plazo para enviar la invitación fuera superior al razonable, no se justifica la nulidad de la Decisión. Por último, para el Tribunal no queda demostrada la supuesta violación del principio de protección de confianza legítima alegado por las partes, toda vez que las autoridades competentes no proporcionaron al recurrente "*garantías precisas, incondicionales y coherentes procedentes de fuentes autorizadas y fiables*" o le hicieron concebir "*expectativas fundadas*" sobre cómo la Comisión trataría la concentración.

En paralelo, el 6 de septiembre la Comisión emitió una nota de prensa en la que informó de que había adoptado la decisión de prohibir la concentración, a lo que siguieron sendos comunicados de las empresas afectadas de su intención de recurrirla ante el Tribunal General.

O Tribunal Geral Nega Provimento ao Recurso Interposto por Portugal contra a Decisão da Comissão Relativa à Zona Franca da Madeira

Acórdão de 21 de setembro de 2022 (Processo T-95/21) – TGUE

Em 2007, a Comissão aprovou uma medida destinada a promover o desenvolvimento regional e a diversificação da estrutura económica da Madeira, considerando um auxílio de estado na Zona Franca da Madeira compatível com o mercado comum, uma vez que se trataria duma região ultraperiférica e o auxílio de estado proporcionaria as condições necessárias para compensar as empresas estabelecidas nesta região pelas desvantagens naturais de operar no arquipélago.

Todavia, em 2020, a Comissão considerou que o regime de auxílios estava, em grande medida, a ser executado ilegalmente por Portugal, tendo em conta, sobretudo, a falta de verificação dos requisitos aplicáveis, em particular no que concerne a criação de emprego, e, assim, a aplicação deste regime seria incompatível com o mercado interno. Por conseguinte, decidiu que Portugal deveria proceder à recuperação dos auxílios indevidamente concedidos.

O Estado português recorreu para o Tribunal Geral., alegando nomeadamente a impossibilidade de dar cumprimento à decisão da Comissão e que o regime não foi executado ilegalmente, que inclusive para a aferição do número de trabalhadores foram utilizadas metodologias compatíveis com os regimes laborais aplicáveis. Contudo, o Tribunal refutou os onze fundamentos apresentados pelo Estado português e considerou-os a todos improcedentes. O Tribunal negou provimento ao recurso na totalidade.

É de referir que as empresas abrangidas pela recuperação são as que receberam mais de 200 mil euros ao abrigo do regime de auxílios da Zona Franca da Madeira e não possam demonstrar o cumprimento dos requisitos da Decisão da CE, desde logo que os seus rendimentos tributáveis ou postos de trabalho criados estão ligados a atividades efetivamente realizadas na região.

[Espanha]

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la caducidad del procedimiento sancionador por no haberse adoptado acuerdo de suspensión de plazo en la remisión de la información a la Comisión Europea

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, n.º 916/2022, de 5 de julio de 2022

El Tribunal Supremo estima íntegramente el recurso de casación interpuesto por Compañía Española de Petróleos, S.A.U. (“Cepsa”) contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2020 (rec. 208/2015), por la que estimó parcialmente el recurso interpuesto por Cepsa contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) de 20 de febrero de 2015, en virtud de la cual se impuso una sanción por importe de 10.000.000 de euros por la comisión de una infracción regulada en el artículo 1 LDC.

Con fecha 18 de diciembre de 2014, la CNMC acordó la remisión a la Comisión Europea de información sobre la resolución prevista, lo que se produjo el 19 de diciembre de 2014. La CNMC adoptó el acuerdo de suspensión del procedimiento con fecha 23 de diciembre de 2014. La sentencia de instancia consideró que la eficacia de la suspensión del procedimiento sancionador causada por la remisión a la Comisión Europea se produce de forma automática con la mera remisión, con independencia de que el acuerdo de suspensión sea adoptado con carácter posterior.

El Alto Tribunal estima el recurso al entender que en el momento en el que la CNMC notificó a los interesados la resolución sancionadora el expediente ya había caducado. En concreto, el Tribunal Supremo considera que la caducidad del procedimiento sancionador se produjo por no haberse adoptado en plazo el necesario acuerdo de suspensión del plazo máximo de resolución cuando se remitió la información a la Comisión Europea. En otros términos, la suspensión no se produce de manera automática por el mero hecho de remitir la información a la Comisión Europea, sino que es preciso adoptar un acuerdo de suspensión del procedimiento que, sin embargo, debe adoptarse en plazo y no puede tener efectos retroactivos.

La Audiencia Nacional estima íntegramente el recurso presentado por Gedhosa sobre su ausencia de participación en un posible reparto de mercado, acuerdos de fijación de precios o intercambio de información sensible en el sector hormigonero

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, Rec. n.º 246/2017, de 27 de junio de 2022

La Audiencia Nacional ha estimado íntegramente el recurso interpuesto por General de Hormigones, S.A. ("Gedhosa") contra la resolución de la CNMC, de 23 de febrero de 2017, en virtud de la cual la CNMC impuso una multa por importe de 1.758.251 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 LDC consistente en un posible reparto de mercado o acuerdos de fijación de precios o intercambio de información comercialmente sensible en los mercados de fabricación, distribución y comercialización de hormigón y otros productos estrechamente relacionados en Asturias y territorios próximos.

La Audiencia Nacional acoge los argumentos planteados por la recurrente, al considerar (i) que la Administración no explicita el razonamiento por el que, partiendo de la documentación recabada en las inspecciones, ha llegado a la conclusión de que Gedhosa cometió una conducta infractora; (ii) que no existe constancia de la asistencia de Gedhosa a las reuniones en las que supuestamente se produjeron los repartos de mercado, que, según la CNMC, fueron acreditadas por anotaciones manuscritas recabadas en la sede de otra empresa sancionada; y (iii) que la muestra de obras seleccionada por la CNMC (9 de 307) es insuficiente a los efectos de acreditar la conducta, por lo que toda coincidencia con la tabla de reparto proporcionada por el denunciante es casual y ocasional, sin que pueda establecerse la existencia de un reparto de mercado.

En consecuencia de lo anterior, la Audiencia Nacional considera que Gedhosa no ha participado en el ilícito y excluye, por tanto, su culpabilidad.

[Portugal]

O TRL Pronuncia-Se sobre a Apreensão de Correio Eletrónico em Sede de Direito da Concorrência

Acórdão de 26 de setembro de 2022 - Tribunal da Relação de Lisboa

No Acórdão de 26 de setembro de 2022, o Tribunal da Relação de Lisboa revogou a decisão proferida pelo JIC, considerando válida a apreensão de emails recolhidos pela AdC na sede da Vodafone, que tinha sido considerada nula pelo JIC.

No entender da Vodafone, para as buscas realizadas pela AdC serem válidas, estas deveriam ter sido autorizadas pela autoridade judiciária competente, à semelhança do que acontece no processo penal com as buscas domiciliárias. Para tal, sustentou-se no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

De acordo com o Tribunal da Relação de Lisboa, o correio eletrónico lido não se enquadra na noção de correspondência, tratando-se sim de um “mero documento” que não está protegido pela Constituição da República Portuguesa e, por conseguinte, a AdC poderia apreendê-los. O Tribunal considerou que o regime aplicável seria o Regime Jurídico da Concorrência e que, não havendo nada que indicasse a remissão para a Lei do Cibercrime, esta não poderia ser aplicada. Por último, o Tribunal invocou o facto de a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 dezembro de 2018, mencionar que as autoridades nacionais deverão obter “todas as informações relacionadas com a empresa ou associação de empresas objeto da medida de investigação em formato digital, incluindo os dados forenses, independentemente do suporte em que as informações estiverem armazenadas, designadamente computadores portáteis, telemóveis, outros dispositivos móveis ou armazenamento em nuvem”, para fortalecer a sua tese.

É de notar que o Tribunal da Relação de Lisboa havia decidido precisamente no sentido oposto em 15 de junho de 2022. No processo 10626/18.OT9LSB-B.L1, o Tribunal declarou a nulidade dos atos de apreensão de correspondência digital, realizados pela AdC. O Tribunal tinha considerado que a apreensão de correspondência digital era regida pela Lei do Cibercrime e que era competência do Juiz a autorização ou ordem para que se procedesse à apreensão de correios eletrónicos.

3. Decisiones en materia de expedientes sancionadores

[España]

La CNMC sanciona a seis empresas constructoras por compartir trabajos técnicos e intercambiar información estratégica en el marco de contratos de obras licitados por Administraciones públicas en España

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 5 de julio de 2022, Expediente S/0021/20, Obra Civil 2

La CNMC ha sancionado a seis empresas constructoras (Acciona Construcción, S.A.; Dragados, S.A.; FCC Construcción, S.A.; Obrascón Huarte Lain, S.A.; y Sacyr Construcción, S.A.) por haber supuestamente alterado, durante más de 25 años (1992-2017), licitaciones públicas convocadas en los mercados de obra o ingeniería civil, edificación residencial y edificación no residencial en el territorio nacional.

En concreto, y según la Resolución, siete empresas constructoras constituyeron un grupo con el objeto de compartir semanalmente determinados aspectos de las ofertas técnicas que las empresas presentaban en licitaciones públicas de obra y edificación civil a las que concurrían como competidoras (trabajos técnicos que se solían subcontratar a consultores externos, para luego presentarlos como propios en la licitación por la que competían). De forma simultánea, las empresas constructoras involucradas compartieron información de carácter estratégico que tenía relación con su participación en los procesos de licitación.

La CNMC determinó que la forma de actuación del grupo de constructoras se traducía en una falta de independencia que afectaba el proceso competitivo y transgredía los principios subyacentes a los procedimientos de contratación pública, a saber: (i) el deber de oferta única y la interdicción de interferencia recíproca entre las ofertas presentadas en una licitación; y (ii) el deber de secreto de las proposiciones y de la identidad de los participantes en la licitación.

Seis de las siete empresas constructoras que formaron parte del grupo fueron sancionadas con multas que variaron entre 16.700.000 euros y 57.100.000 euros y con la prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público.

La CNMC acuerda la no incoación de un procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones en relación con una denuncia sobre la posible existencia de un reparto de contratos públicos en la recogida y gestión de aceite vegetal

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 19 de julio de 2022, Expediente S/0639/18, Recogida Aceites Cadenas Hostelería

La CNMC considera que no dispone de indicios que sirvan de base para la incoación de un procedimiento sancionador y acuerda el archivo de las actuaciones en un expediente relativo a la

posible existencia de un reparto de contratos públicos en la recogida y gestión de aceite vegetal usado en el País Vasco, tramitado a raíz de una información remitida por la Autoridad Vasca de Competencia.

La documentación facilitada por la AVC ponía de manifiesto la existencia de contrataciones recíprocas entre empresas del sector. En particular, los establecimientos hosteleros contrataban con una única empresa el servicio de recogida de aceite vegetal usado para todas sus sucursales o agencias en todo el territorio español, la cual subcontractaba posteriormente la ejecución de la recogida con empresas locales. Asimismo, se daban vínculos societarios entre las empresas competidoras y con las empresas de valorización del aceite usado.

Sin embargo, la CNMC considera que estos hechos, por sí solos, no constituyen un indicio de acuerdo anticompetitivo entre competidores, al tiempo que destaca la lógica económica detrás de tales prácticas. Según la CNMC, la contratación centralizada mediante contratos puede encontrar justificación en la eficiencia, mientras que la subcontractación permite crear o duplicar infraestructuras logísticas, especialmente para aquellos lugares en que la empresa contratada no tiene la presencia física que sí tienen empresas locales.

Por las razones apuntadas, se acuerda no incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones.

[Unión Europea]

La Comisión multa a varios bancos de inversión por un importe total de 28 millones de euros por participar en un cártel en el mercado de negociación de bonos

Decisión de 28 de abril de 2021 en el asunto AT.40346 — SSA bonds

El 24 de mayo de 2022, la Comisión Europea ha sancionado a tres bancos —Bank of America Merrill Lynch (“BAML”), Crédit Agricole y Credit Suisse— por una infracción única y continuada del artículo 101 del TFUE, mediante un intercambio de información que les permitió coordinar su conducta, con el objetivo de restringir o falsear la competencia en el sector de los bonos supranacionales, soberanos y de agencia emitidos en dólares estadounidenses, y les ha impuesto una multa total de 28.494.000 euros. El procedimiento se inició con base en una solicitud de clemencia presentada por Deutsche Bank, que obtuvo a cambio inmunidad.

El intercambio de información tenía como objeto coordinar los precios cotizados a contrapartes específicas; coordinar los precios ofrecidos en el mercado en general (acordaron los precios que mostrarían para obligaciones específicas en el mercado en general en un momento dado); intercambiar información comercial sensible actual o prospectiva sobre sus actividades de negociación y los flujos comerciales en el mercado secundario; intercambiar información, confirmar y alinear estrategias de negociación y precios; y coordinar sus actividades comerciales. La conducta duró desde enero de 2010 hasta marzo de 2015 y abarcó, como mínimo, a todo el EEE.

[Portugal]

A ADC Sanciona Empresas Por Participação Em Alegado Cartel Em Concursos Públicos No Setor Da Vigilância E Segurança Privada

Decisão da AdC, de 12 de julho de 2022, Processo PRC/2019/4

A ADC adotou uma decisão sancionatória dirigida a sete empresas no setor da vigilância e segurança privada — a Grupo 2045, a Comansegur, a Grupo 8, a Prestibel, a Prosegur, a Securitas e a Strong Charon — pela participação num alegado cartel, no mercado da prestação de serviços de vigilância e segurança privada, relacionada com a apresentação de propostas em concursos públicos.

O processo foi aberto pela AdC na sequência de denúncias apresentadas por entidades públicas, tendo a Autoridade realizado diligências de busca e apreensão nas instalações destas empresas, em 2019, após as quais a empresa Strong Charon apresentou um pedido de clemência, o que resultou na adoção, pela AdC, de uma Nota de Ilícitude (i.e. a acusação) neste processo, em 16 de julho de 2021.

De acordo com a AdC, as empresas em causa terão repartido clientes entre si, fixado os níveis de preços dos serviços a prestar e coordenaram a participação em procedimentos de contratação pública, tendo alegadamente combinado a apresentação de propostas fictícias, a supressão de propostas e a exclusão de participação em procedimentos, de modo a, segundo a AdC, garantirem a adjudicação do contrato à empresa escolhida entre elas.

Segundo a AdC, estas condutas duraram cerca de 9 anos (de 2009 até 2018) no caso da Strong Charon, e cerca de 11 anos (de 2009 até 2020) nos restantes casos.

A AdC decidiu aplicar coimas aos participantes num montante total aproximado de € 41,3 milhões e aplicou, uma sanção acessória, de proibição de participação em procedimentos de contratação pública destinados à aquisição de serviços de vigilância e segurança humana, isolados ou em combinação com outros serviços, em todo ou parte do território nacional, pelo período de 6 meses. Esta sanção acessória foi aplicada a todas as empresas, exceto à Strong Charon, que apresentou um pedido de clemência. É apenas a segunda vez que a AdC aplica esta sanção acessória, que, paradoxalmente, limita o número de potenciais participantes em concursos futuros, podendo, portanto, ser considerada limitadora da concorrência.

A decisão é suscetível de recurso para o TCRS.

A ADC Sancionou a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, por Alegado Gun Jumping

Decisão da AdC, de 6 de setembro de 2022, Processo PCC 3/2021 - SCML

A AdC sancionou, em 6 de setembro de 2022, a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (SCM), com uma coima no montante de € 2.500.000, em virtude da alegada realização de uma operação de

concentração alegadamente em violação da obrigação de não implementar a aquisição antes da decisão de não oposição da AdC (conduta designada “Gun Jumping”).

No caso em apreço, o incumprimento terá ocorrido em 14 de dezembro de 2020, aquando da aquisição pela SCM do controlo exclusivo da CVP - Sociedade de Gestão Hospitalar, S.A. sociedade gestora do Hospital da Cruz Vermelha Portuguesa, sendo que a AdC apenas foi notificada desta concentração em 28 de maio de 2021.

De acordo com a AdC, a referida operação seria notificável tendo em conta o preenchimento do limiar de notificação relativo à quota de mercado. Recorde-se, neste contexto, que as operações de concentração de empresas que atinjam os limiares de notificação, alternativos, previstos na Lei da Concorrência, relacionados com volume de negócios e quota de mercado devem ser previamente notificadas à AdC, devendo aguardar-se pela autorização desta autoridade antes de implementar a concentração.

A SCM sustentou a sua decisão de não notificar com base na não inclusão de determinados volumes de negócios do respetivo grupo empresarial, entendimento este posto em causa pela AdC, que adotou uma abordagem de grupo económico e de volume de negócios de molde a incluir as atividades relacionadas com os jogos sociais, em particular, as percentagens das receitas obtidas e os prémios não levantados relativos aos jogos sociais do Estado.

A AdC ainda considerou, na determinação do montante da coima, a colaboração da SCM ao longo do processo, bem como o facto de a operação em causa ter sido, ainda que a posteriori, voluntariamente notificada e aprovada pela Autoridade, o que ainda assim resultou na coima mais alta aplicada pela AdC num caso de gun jumping.

A ADC Sancionou Cadeias de Supermercados e Fornecedor de Bebidas Alcoólicas, por Participação em Alegada Concertação De Preços

Decisão da AdC, de 13 de setembro de 2022, Processo PRC/2017/6

A AdC adotou uma decisão sancionatória dirigida a três cadeias de supermercados — o Auchan, o Modelo Continente e o Pingo Doce, bem como ao fornecedor — Active Brands/Gestvinus e a um responsável desta empresa, por terem participado num esquema de fixação de preços de venda ao consumidor.

De acordo com a AdC, as empresas de distribuição asseguraram o alinhamento dos preços de retalho mediante contactos estabelecidos através do fornecedor, sem comunicarem diretamente entre si (prática conhecida por “hub-and-spoke”).

Segundo a AdC, estas práticas duraram mais de oito anos (de 2009 até 2017) e visaram vários produtos do fornecedor, nomeadamente vinhos, aguardentes e licores/aperitivos. A AdC decidiu aplicar coimas aos participantes num montante total de € 5.665.178 , sendo a decisão suscetível de recurso para o TCRS.

De notar que a AdC tem promovido, nos últimos anos, uma série de investigações no setor do retalho alimentar. Neste contexto, as principais cadeias de retalho alimentar em Portugal, vários fornecedores e, em alguns casos, indivíduos, foram sancionados por alegada fixação de preços através de acordos de hub-and-spoke, com multas totais de cerca de € 675 milhões, incluindo a coima individual mais elevada de € 121,9 milhões. Em concreto, desde dezembro de 2020, a AdC já emitiu 9 decisões sancionatórias.

4. Decisiones en materia de control de concentraciones

[España]

La CNMC aprueba en primera fase y sin compromisos la adquisición de Vetsum por parte de Anicura en la primera concentración en España sobre servicios de asistencia veterinaria

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, 25 de mayo de 2022, e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia en el Expediente C/1290/22 - ANICURA/VETSUM

La CNMC ha analizado, entre otros, el mercado de prestación de servicios de asistencia veterinaria, que nunca antes había sido analizado en detalle por la CNMC ni la Comisión Europea. Ante la ausencia de precedentes aplicables, la CNMC recurre al análisis de la *Competition and Markets Authority* de Reino Unido (CMA), en el reciente caso ME/6927-21 CVS/*The Vet*, así como precedentes relacionados con mercados análogos (por ejemplo, el mercado de medicamentos para animales).

En cuanto al mercado geográfico, la CNMC se apoya también en otro precedente de la CMA (caso ME/6665/17 BUPA/OASIS), que analiza el mercado de prestación de servicios odontológicos, así como precedentes nacionales en el sector de los supermercados (entre otros, C/0634/15 DIA / EROSKI), pues considera que presentan dinámicas competitivas similares a las del mercado analizado. La particularidad de estos mercados es que se analizan utilizando isócronas, teniendo en cuenta las características de los distintos establecimientos y el contexto competitivo en que desarrollan sus actividades.

[Unión Europea]

La Comisión Europea aprueba la adquisición de Ferro Corporations por ASP Prince Holdings con compromisos

Decisión de la Comisión de 25 de enero de 2022, asunto M.10341 PRINCE / FERRO

La Comisión Europea ha aprobado la adquisición de control exclusivo de Ferro Corporations por ASP Prince Holdings mediante la adquisición de acciones de esta última. Esta concentración afecta

al sector de la fabricación de revestimientos, en particular, los revestimientos de esmalte de porcelana y de vidrio.

En su análisis competitivo, la Comisión identifica solapamientos horizontales en los mercados de la fabricación de esmalte de porcelana y de vidrio que producen una reducción significativa de la competencia en estos mercados. En particular, la concentración supondría la formación de un operador con una cuota de mercado significativamente elevada proveniente de la concentración de dos operadores considerados competidores próximos. De hecho, por la calidad de sus productos, la Comisión concluye que son proveedores sustitutivos entre sí contra los que potenciales proveedores alternativos y externos al Espacio Económico Europeo no podrían competir.

Por el impacto que tendría la concentración en la calidad, el precio y la oferta de la fabricación de revestimientos de esmalte de porcelana y de vidrio, la Comisión considera que la operación afecta la competencia en estos mercados y no la aprobaría. Las partes, por consiguiente, deciden ofrecer como compromiso la escisión de las unidades productivas de Prince Holdings de fabricación de revestimientos de esmalte de porcelana y de vidrio a un tercero con experiencia probada en el sector y que pueda, por tanto, devenir un competidor activo a largo plazo. Además, condicionan la implementación de la operación a la ejecución de la venta.

La Comisión considera que los compromisos reducen los impedimentos significativos para la competencia derivados de esta transacción y la autoriza sujeta a su cumplimiento.

5. Decisiones en materia de ayudas de Estado

[Unión Europea]

La Comisión Europea autoriza la concesión de un crédito en la autoliquidación del Impuesto de Sociedades a las sociedades italianas que editan periódicos y distribuyen los ejemplares en papel para asegurar el acceso efectivo a una información plural en toda Italia y a todos los públicos

Resolución de la Comisión Europea de 8 de julio de 2022 — Aiuti di Stato SA.101274 (2021/N) — Italia — Credito d'imposta per le spese sostenute nell'anno 2020 dalle imprese editrici di quotidiani e periodici per la distribuzione delle testate edite

La Comisión Europea ha autorizado una ayuda de 60 millones de euros, financiada con cargo al presupuesto estatal italiano, a las sociedades italianas que se dedican a la actividad editorial y que no se encuentran en situación de crisis financiera. La ayuda consiste en la concesión de un crédito en el Impuesto de Sociedades italiano (asimilable a un gasto deducible del sistema español) aplicable respecto del ejercicio 2021, de un máximo del 30 % de los gastos admisibles soportados en 2020 por la distribución de periódicos en papel publicados por los beneficiarios, siendo expresamente incluidos los gastos de transporte hasta los puntos de venta.

Esta medida de paliación de uno de los gastos más relevantes para las editoriales se concede con el objetivo de promover el pluralismo de la información y la accesibilidad de la prensa incluso para personas mayores o para quienes viven en zonas remotas donde la distribución de periódicos es más cara o el acceso a Internet es más limitado. Por otra parte, esta ayuda resulta necesaria porque el sector editorial sobre el que pesa la responsabilidad de mantener un suministro inclusivo lleva sometida a dificultades económicas desde hace una década debido a una fuerte reducción de los beneficios del material editorial y de la publicidad, la reducción del número de lectores dispuestos a pagar por la información, la digitalización del lector y de los soportes de información y, por último, los efectos de la pandemia.

A la luz de lo anterior, y ya que no existen orientaciones para evaluar este tipo de ayuda de Estado, la Comisión ha aplicado el artículo 107.3(c) del TFUE y ha apreciado que la medida cumple con sus requisitos para considerarla compatible con el mercado interior, ya que (i) es conforme al derecho de la Unión y no es discriminatoria; (ii) es necesaria (pues sin ella la difusión de periódicos en papel en determinadas áreas podría cesar), proporcionada, transparente y sus efectos negativos son limitados; y (iii) tiene efectos positivos y facilita, por un lado, la pluralidad informativa y el acceso a la información, especialmente en los municipios pequeños o que tengan un único punto de venta y para las personas con menores competencias en el uso de Internet, y, por otro lado, el desarrollo de la actividad editorial, reforzando su capacidad de producción, desarrollo y difusión de periódicos en papel.

9 de septiembre de 2022



Derecho Digital

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[Unión Europea]

La Comisión Europea publica nuevas propuestas de normas para el tratamiento de datos en la economía digital

Propuesta de Reglamento Europeo referente a las normas armonizadas sobre el acceso a los datos y su uso (Data Act); Propuesta de Reglamento Europeo de Resiliencia Operativa Digital (DORA); Propuesta de Reglamento Europeo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios (EHDS)

La Comisión Europea sigue desarrollando nuevas iniciativas legislativas para facilitar el tratamiento de datos (personales y no personales) como activos digitales a fin de reforzar el crecimiento y la seguridad de la economía digital en Europa, entre las que se encuentran:

- i. La *Propuesta de Reglamento Europeo referente a las normas armonizadas sobre el acceso a los datos y su uso (Data Act)* es un norma que busca habilitar el uso y acceso de los datos generados a través de dispositivos conectados para intercambiarlos con terceros que presen servicios de posventa u otros servicios innovadores basados en datos. La Propuesta de Reglamento establece derechos de los usuarios a acceder a los datos de los dispositivos conectado y normas para equilibrar el poder de negociación de las pymes en los contratos de intercambio de datos (incluyendo normas sobre cláusulas abusivas). La propuesta de Reglamento también incluye medios para que el sector público obtenga y use datos en manos del sector privado cuando sea necesario en circunstancias excepcionales (p. ej., emergencias públicas) y no sean accesibles de otro modo. Finalmente, la propuesta de Reglamento incluye normas para facilitar el cambio de proveedor de servicios en nube y prevenir la transferencia ilegal de datos.

* Esta sección de Derecho Digital, que en esta ocasión solo incluye la parte de Comercio Electrónico, Protección de Datos y Privacidad, ha sido elaborada por Leticia López-Lapuente, Ignacio Esteban Avendaño, Miriam Goitia de Gústín, María Ángeles Díaz López y Martín Montilla Castilla, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

- ii. La *Propuesta de Reglamento Europeo de Resiliencia Operativa Digital (DORA)* pretende establecer unos requisitos comunes para la seguridad de las redes y los sistemas de información de las entidades que operan en el sector financiero, así como de terceros proveedores de servicios esenciales relativos a las tecnologías de la información y la comunicación (p. ej., plataformas en la nube o servicios de análisis de datos). Conforme a esta propuesta, se quiere prevenir el riesgo de futuras ciberamenazas contra las entidades pertenecientes al sector financiero y dotarlas de unas medidas técnicas y organizativas que sean capaces de resistir, responder y recuperarse de cualquier tipo de ataque cibernético que se produzca contra ellas.
- iii. La *Propuesta de Reglamento Europeo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios (EHDS)* tiene como objetivo establecer un ecosistema que permita dotar a los interesados de un mayor control sobre sus datos sanitarios y potenciar la investigación científica y la asistencia sanitaria a través del uso secundario de estos datos. El uso secundario de los datos debe entenderse como el uso de los datos de salud con un fin distinto de la finalidad inicial, aunque manteniendo una finalidad de servicio público. Estos datos no se podrán utilizar para tomar decisiones que puedan perjudicar al interesado o con fines publicitarios o de mercadotecnia directa, que escapa a su finalidad de interés público sanitario. Este nuevo ecosistema de datos sanitarios estará regulado en cada Estado miembro por una autoridad de acceso a datos sanitarios.

Comunicado 02/2022 relativo à Legalidade da Transferência de Dados para a Rússia

Comité Europeu para a Proteção de Dados - 12 julho 2022

O Comité Europeu de Proteção de Dados emitiu, no passado mês de julho, um comunicado relativo à legalidade da transferência de dados para a Rússia.

Desde 16 de março de 2022, e na sequência da invasão da Ucrânia pelas tropas Russas, a Federação Russa foi excluída do Conselho da Europa, deixando de ser parte contratante das convenções e protocolos concluídos no âmbito do Conselho. Ainda que, por decisão adotada pelo Comité de Ministros do Conselho, a Rússia permaneça vinculada às convenções abertas a Estados não membros, a sua forma de participação mantém-se incerta.

Neste contexto, e dadas as preocupações acrescidas relativamente à proteção de dados o Comité reforça a posição da Rússia como Estado que não beneficia de uma constatação de adequação por parte da Comissão Europeia nos termos do artigo 45º do RGPD.

Assim, as transferências de dados pessoais para a Rússia devem ser efetuadas utilizando outros instrumentos. Por sua vez, os exportadores de dados devem, ao abrigo do RGPD, avaliar e identificar bases jurídicas para a transferência bem como a utilização dos restantes instrumentos previstos no artigo V do regime, afim de garantir as necessárias salvaguardas.

Na sequência do acórdão Schrems II, os exportadores de dados da União Europeia devem avaliar se existe instrumento legal ou prática na Rússia que possa pôr em causa a eficácia dos instrumen-

tos do RGPD. Nesse caso, devem adotar medidas suplementares de forma a garantir um nível de proteção equivalente aos standards do Espaço Económico Europeu.

Caso o cumprimento destes requisitos não esteja assegurado, e não possam ser identificadas medidas suplementares, as transferências de dados devem ser suspensas.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que las normas de protección de datos y vida privada impiden que una la ley nacional permita la publicación en línea de las declaraciones de intereses privados de cualquier directivo de una entidad beneficiaria de fondos públicos en la medida en que la publicación abarque el nombre de su cónyuge, pareja o conviviente o allegados y abarque las transacciones realizadas en el último año por cuantías inferiores a 3.000 euros

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de agosto de 2022 (as. C184/20)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) ha interpretado que el art. 6 RGPD, en consonancia con el art. 7 (derecho a la vida privada y familiar) y art. 8 (derecho a la protección de datos) de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, impide que una legislación nacional permita la publicación en línea las declaraciones de intereses privados de cualquier directivo de una entidad beneficiaria de fondos públicos en la medida en que la publicación abarque el nombre de su cónyuge, pareja o conviviente o allegados y abarque las transacciones realizadas en el último años por el declarante y su cónyuge, pareja, conviviente o allegado por cuantías inferiores a 3.000 euros. El TJUE señala que, aunque el interés público de prevenir la corrupción y salvaguardar la probidad e imparcialidad en la toma de decisiones por los trabajadores del sector público es legítimo, existen otras medidas para cumplir con el mismo objetivo que son menos intrusivas en la vida privada del declarante y de las personas a él vinculadas, especialmente teniendo en cuenta que las obligaciones de la ley afectarían también a individuos que no pertenecen al sector público y donde el interés perseguido por la norma no se aplica de la misma manera.

En particular, el TJUE señala que la comunicación pública en línea del nombre del cónyuge, pareja o conviviente del declarante, así como la indicación del objeto de las operaciones cuyo valor supere los 3.000 euros, puede revelar información sobre determinados aspectos sensibles de la vida privada de las personas afectadas, tales como su situación financiera o, incluso, datos especialmente protegidos, como su orientación sexual (al ser el nombre un indicativo del género). Además, la publicación en línea de esa información permite su acceso a un número ilimitado de personas y puede exponer a los personas afectadas a distintos riesgos, tales como mercadotecnia microdirigida, prospección comercial reiterada o incluso riesgo de conductas delictivas.

[España]

El Tribunal Supremo confirma que no se pueden tratar los datos tributarios cedidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria para fines distintos de los recaudatorios

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de julio de 2022

El Tribunal Supremo decidió estimar el recurso de casación interpuesto por un particular (el “recurrente”) contra un ayuntamiento por revocar al recurrente una licencia de taxi basándose en los datos personales de naturaleza tributaria que fueron cedidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (“AEAT”). El Tribunal Supremo decidió admitir el recurso a trámite por considerar que existía interés casacional por los siguientes motivos:

- i. determinar si son aplicables los principios y garantías propios del procedimiento administrativo sancionador a este supuesto de hecho; y
- ii. determinar si es posible obtener como prueba de cargo de un procedimiento sancionador datos personales de los obligados tributarios cedidos por la AEAT para su tramitación y su eventual integración en el ilícito del tipo infractor.

Respecto del segundo de los motivos, la AEAT manifestó que cedió los datos tributarios del recurrente conforme a lo estipulado en el artículo 95.1 de la Ley General Tributaria, que establece que los datos obtenidos por la AEAT tienen carácter reservado y solo pueden ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos. Asimismo, y excepcionalmente, se podrán utilizar estos datos tributarios cuando su cesión tenga como objetivo la colaboración de las Administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones, previa autorización de los obligados tributarios.

En este caso, la AEAT cedió datos personales, en particular datos tributarios, al ayuntamiento, argumentando que se encuentra bajo la excepción de colaboración entre Administraciones públicas. Sin embargo, en este caso no se solicitó en ningún momento la autorización del obligado tributario para la cesión de estos datos personales.

El Tribunal Supremo falla a favor de la parte recurrente manifestando que, si existe una cesión de datos personales a otras Administraciones públicas para fines no fiscales, debe constar la expresa autorización del interesado. En este caso no se ha solicitado esta autorización y, por lo tanto, los datos tributarios del reclamante no podrían ser utilizados como prueba de cargo por otra administración para la revocación de la licencia.

El Tribunal Supremo considera que la emisión no consentida de imágenes de una persona involucrada en una causa criminal por parte de un programa de televisión se puede encontrar amparada en el derecho a la libertad de información

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de julio de 2022

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por un grupo de comunicación audiovisual (el "Grupo Audiovisual") contra la condena por vulneración del derecho a la propia imagen del demandante que se dictó en primera instancia y posteriormente fue confirmada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Uno de los programas del Grupo Audiovisual emitió tres reportajes (los días 6 y 7 de octubre de 2016 y el 16 de junio de 2017) en los que se mencionaba al demandante y su presunta involucración en un delito de narcotráfico. Para la emisión de los reportajes se utilizaron imágenes extraídas del canal de YouTube del hijo del demandante. El demandante había consentido la participación en dichos vídeos, en los que mostraba un elevado nivel de vida. Posteriormente, en el último de los reportajes, se grabó la salida del demandante de prisión y este compareció voluntariamente ante las cámaras del programa para dar su versión de los hechos y volver a hacer ostentación de su riqueza.

El Tribunal Supremo ponderó la colisión de dos derechos fundamentales, por un lado, el derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la Constitución y, por otro lado, el derecho a la libertad de información del art. 20.1.d de la Constitución, y llevó a cabo un análisis de ponderación con el objetivo de decidir cuál de los dos debe prevalecer en este caso.

Respecto del derecho a la propia imagen, el Tribunal Supremo parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero, en la que se establece que el hecho de que las imágenes se encuentren subidas a una red social (en este caso, YouTube) no significa que estas sean de dominio público; es más, subir una imagen a una red social no equivale a un consentimiento expreso para cualquier tratamiento derivado de su publicación, sino que es necesario un consentimiento individualizado para que sea utilizado para otros fines. Por lo tanto, salvo que concurra una causa de interés público, el uso de estas imágenes debe ser autorizado inequívocamente por su titular.

Respecto al derecho a la libertad de información, este derecho puede prevalecer sobre otros derechos de la persona cuando (i) la información sea referida a un asunto de interés general; (ii) su uso sea proporcionado, es decir, que no se utilicen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias en el discurso; y (iii) la información sea veraz.

El Tribunal Supremo, falló a favor del Grupo Audiovisual declarando que prevalece el derecho a la libertad de información, sobre la base de los siguientes argumentos:

- A. La información sobre la que tratan las imágenes era veraz y no cuestionada.
- B. Esta información albergaba interés público al tratar sobre delitos de narcotráfico cometidos por una supuesta organización criminal, y el demandante poseía proyección pública, al ser el presunto jefe de una organización criminal.

- C. Las imágenes no buscaban difundir el aspecto (ya conocido) del autor ni mostraban aspectos íntimos o especialmente privados (ya que fueron subidas con su consentimiento a YouTube).
- D. Las imágenes tenían relación con el contenido del reportaje, ya que mostraban el elevado nivel de vida del demandante, presuntamente logrado a través de las actividades criminales que se le imputan.
- E. El tratamiento de estas imágenes no tenía una intención vejatoria, sino que era respetuoso con su persona, sin perjuicio de la atribución de los presuntos hechos delictivos.
- F. Estas imágenes fueron publicadas con el consentimiento del demandante en YouTube, haciendo la grabación accesible para todo el mundo.
- G. Las imágenes mostraban el elevado nivel de vida del demandante, de igual manera que los vídeos publicados en YouTube como en las declaraciones realizadas ante las cámaras del programa. En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda que la protección civil del derecho a la propia imagen queda delimitado por las leyes y los usos sociales, atendiendo al ámbito que mantenga cada persona reservado para sí mismo o su familia (art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo consideró que el uso de estas imágenes quedaba amparado por el derecho a la libertad de información de los medios, pese a no contar con la autorización para su uso.

La Audiencia Nacional confirma la sanción impuesta por la AEPD al empleado de una empresa por decir que un extrabajador había cometido una infracción de tráfico

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de diciembre de 2021

El pasado 20 de diciembre de 2021, la Audiencia Nacional desestimó un recurso interpuesto contra una resolución de la AEPD. En vía administrativa, el reclamante alegó ante la AEPD que la empresa (el "sancionado") en la que trabajaba le estaba acusando de haber cometido una infracción de tráfico con un vehículo destinado a uso profesional. Sin embargo, el reclamante explicó que su relación laboral con la empresa había finalizado una semana antes de la comisión de la infracción y que, por lo tanto, no podía haber sido él quien cometió la infracción de tráfico. La AEPD resolvió a favor del reclamante e impuso una multa de 3.000 euros al sancionado por haber infringido el principio de exactitud de los datos personales (artículo 5.1.d RGPD).

En vista de la resolución de la AEPD, el sancionado interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional con base en tres argumentos principales:

- i. Que la infracción había prescrito porque habrían pasado casi tres años desde su comisión. Sin embargo, la Audiencia Nacional descarta este argumento, ya que la infracción del artículo 5 RGPD tiene la calificación de muy grave y prescribe a los tres años de su comisión.
- ii. Que la sanción no era proporcional, dado que consideraba que no es congruente con la entidad de la infracción cometida. La Audiencia Nacional descartó igualmente el argumento por entender que la resolución sancionadora no había infringido el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción impuesta, que resultaba ponderada y proporcionada a la gravedad de la infracción, ya que una multa de 3.000 euros, dentro de un rango en el que podría llegar a 20 millones de euros, resulta adecuada.
- iii. Que no había tenido información de que el reclamante hubiera sido despedido de la empresa y alega que, en todo caso, quien debería haber sido sancionada es la gestoría de la empresa, por no haber proporcionado esta información. Además, argumentó que no se ha constatado que, a pesar de que estuviera despedido, el reclamante no era la persona que conducía el vehículo y que, por tanto, habría sido posible que el reclamante fuera el conductor.

Sin embargo, finalmente, la Audiencia Nacional decide desestimar el recurso frente a la resolución de la AEPD y confirma la sanción de 3.000 euros.

El Juzgado Contencioso-Administrativo de Barcelona considera que una plataforma de intermediación de venta y alquiler de viviendas no está sujeta a la Ley de Vivienda por ser un servicio de la sociedad de la información sujeto a su normativa específica

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, n.º16, Sentencia 215/2022 de 1 de julio de 2022

El pasado mes de julio se resolvió un recurso contencioso-administrativo presentado por una plataforma de intermediación de venta y alquiler de viviendas contra una resolución del Ayuntamiento de Barcelona, por la que se le sancionaba con una multa de 3.000 euros por no hacer constar el índice de referencia de precios de alquiler de viviendas en relación con la vivienda publicada en un enlace concreto (artículo 125.5.f de la Ley de Vivienda).

El principal argumento que utilizó la plataforma fue que no es un agente inmobiliario sujeto a la Ley de Vivienda, sino que es un prestador de servicios de la sociedad de la información ("PSSI") sujeto a la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. La plataforma alegó que es un portal en internet que no está diseñado para que los usuarios negocien y concluyan operaciones en un entorno virtual, sino que se trata del medio tecnológico que permite a esos usuarios ponerse en contacto y que, por tanto, adopta un carácter pasivo respecto de las actividades que llevan a cabo los usuarios en ella. Por todo ello, la plataforma entendió que el Ayuntamiento de Barcelona había vulnerado los siguientes principios al imponer esta sanción, y en particular:

- i. el principio de tipicidad, al no ser una persona obligada por la Ley de Vivienda;
- ii. el principio *non bis in idem*, ya que la Agència Catalana del Consum ya archivó un procedimiento sancionador idéntico al reconocer que la plataforma en aquel procedimiento era un PSSI; y
- iii. el principio de legalidad, debido a que el ayuntamiento carece de competencia para imponer una sanción por esta infracción.

Por su parte, el Ayuntamiento de Barcelona alegó que es competente para tratar este tipo de cuestiones, ya que la Ley de Vivienda extiende la responsabilidad a todos los intervinientes y que, por tanto, no se ha producido una violación de los principios de tipicidad y legalidad. Asimismo, el ayuntamiento expuso que tampoco se había vulnerado el principio *non bis in idem*, porque los hechos constituyentes de infracción en cada uno de los casos no eran completamente idénticos, ya que se refieren a distintos inmuebles.

En este sentido, el juzgado falló que la plataforma no merece la consideración de agente inmobiliario y que la interpretación que realizó el Ayuntamiento de Barcelona de la Ley de Vivienda era demasiado extensiva. El juzgado concluyó que la plataforma es únicamente un medio tecnológico que permite a los usuarios ponerse en contacto, pero en ningún caso constituye un entorno virtual donde estos puedan negociar y concluir contratos. Para reforzar este argumento, el juzgado citó la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 19 de diciembre de 2019 (caso Airbnb), que concluyó que otro portal de similares características era un PSSI y que, por lo tanto, la normativa sectorial de vivienda no se le aplicaba.

En definitiva, se estimó el recurso interpuesto por la plataforma, debido a que el juzgado consideró que no se le debería de haber aplicado la Ley de Vivienda y que, por tanto, la sanción impuesta estaría vulnerando el principio de legalidad y tipicidad.

El Tribunal Supremo considera como prueba válida las imágenes grabadas por una cámara que no contaba con el cartel de videovigilancia exigido por la normativa de protección de datos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 22 de julio de 2022

El Tribunal Supremo resolvió un recurso para la unificación de doctrina en la que aclara que se admite la validez como prueba de las imágenes grabadas por una cámara de vigilancia oculta. Una persona en situación de vulnerabilidad incorporó una cámara oculta en su hogar apuntando en concreto a un armario donde se encontraba la caja fuerte. El objetivo de la instalación de la cámara era verificar si la empleada del hogar que cuidaba a la dueña del inmueble accedía a la caja fuerte, por motivos de seguridad. De acuerdo con los hechos descritos en la sentencia, la empleada del hogar accedió a la caja fuerte y robó una cantidad dineraria elevada. Consecuentemente, la dueña del inmueble despidió a la empleada del hogar basándose en las imágenes grabadas por la cámara oculta.

El Tribunal Supremo concluyó que, aunque no se haya cumplido con la normativa de protección de datos aplicable, porque la empleada del hogar no fue informada sobre el tratamiento de datos personales que iba a llevar a cabo la dueña del inmueble mediante la instalación de la cámara, el cumplimiento de dicha obligación no podría ser exigible porque, en caso de informar a la empleada del hogar de la instalación de dicha cámara, se perdería la finalidad del tratamiento.

3. Otros

[Unión Europea]

El Comité Europeo de Protección de Datos y el Supervisor Europeo de Protección de Datos emiten una opinión conjunta sobre la Propuesta de Reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios

Opinión conjunta 3/2022 del Supervisor Europeo de Protección de Datos y del Comité Europeo de Protección de Datos sobre la Propuesta de Reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios adoptada el 12 de julio de 2022

El pasado 12 de julio de 2022 el Supervisor Europeo de Protección de Datos (“SEPD”) y el Comité Europeo de Protección de Datos (“CEPD”) emitieron de manera conjunta una opinión sobre la Propuesta de Reglamento Europeo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios, que pretende dotar a los interesados de un mayor control sobre sus datos sanitarios que a la vez fomente un “uso secundario” de estos datos para impulsar la asistencia sanitaria y la investigación científica.

En líneas generales, el SEPD y CEPD celebran que se refuerce el control de los interesados sobre sus datos sanitarios y se promueva el uso secundario de los datos con fines de investigación y asistenciales; sin embargo, recalcan que este Reglamento puede suponer un deterioro de la protección de los datos personales (especialmente de datos especialmente protegidos – datos de salud). El CEPD y el SEPD indican que las sucesivas normas que regulan los tratamientos de datos en los distintos sectores y a distintos niveles hacen necesario regular y clarificar adecuadamente la interrelación entre las distintas normas a fin de que no se perjudique la protección de los datos de carácter personal, por ejemplo: se establecen nuevas bases legitimadoras o excepciones que, siguiendo la estructura de los artículos 6 y 9 del RGPD, permiten el tratamiento de los datos sanitarios, pero no se aclara su interrelación con la normativa nacional de cada Estado miembro; al igual que tampoco se aclara la interrelación de los nuevos derechos de protección de datos de la Propuesta de Reglamento con los derechos de protección de datos del RGPD.

El CEPD y el SEPD también ponen especial atención en que las aplicaciones móviles relativas a la salud queden fuera de esta regulación que permite el uso secundario de los datos de salud, o que al menos requieran del consentimiento del interesado para su uso. Esto es debido a que estas aplicaciones no generan unos datos sanitarios tan precisos como los instrumentos sanitarios profesionales, que puedan justificar su uso secundario con fines de interés sanitario; y a que estas

aplicaciones generan una inmensa cantidad de datos que pueden llegar a ser invasivos con la privacidad del usuario, como puede ser mediante el perfilado.

El CEPD y el SEPD también recomiendan que la obligación de que los datos sanitarios no personales se almacenen en la UE se extienda también a los datos sanitarios de carácter personal, ya que no se entiende que se asegure un mayor grado de protección a los datos no personales, y que esto no debe impedir que se realicen transferencias internacionales de datos, siempre que se asegure un adecuado nivel de protección.

Finalmente, el CEPD y el SEPD, en relación con la nueva autoridad creada por la Propuesta de Reglamento, ponen especial atención en que sus competencias no se solapen con las ya establecidas para las autoridades de protección de datos nacionales y en que se establezcan sistemas de cooperación entre ellas para realizar su función de control.

[España]

Código de conducta regulador del tratamiento de datos personales en los sistemas comunes de información del sector asegurador

La Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (“UNESPA”) ha promovido la publicación de un código de conducta con el objetivo de regular los sistemas comunes de información de las compañías aseguradoras y reaseguradoras en lo que afecta al cumplimiento de las normas de protección de datos —incluyendo el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, de Protección de Datos Personales (“RGPD”), y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“LOPDGDD”), y la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (“LOSEEAR”)—, así como las obligaciones de las entidades adheridas en relación con estos sistemas.

Los sistemas comunes de información que regula este código son:

- i. el sistema de información histórico de seguros del automóvil, que incluye la información del histórico de siniestros en relación con las pólizas suscritas por un tomador en los últimos cinco años;
- ii. el sistema de información de automóviles, pérdida total, robo e incendios que incluye información referida a los siniestros objeto de cobertura en el ámbito del seguro de vehículos de motor a fin de prevenir y evitar el fraude; y
- iii. el sistema de información de prevención del fraude en seguros de ramos diversos en que se incluye información referida a los siniestros objeto de cobertura en el ámbito de los seguros relacionados con los ámbitos de hogar, comunidades, comercios y oficinas e industrias y pymes, a fin de prevenir y evitar el fraude.

Este código de conducta también es de aplicación a Tecnologías de la Información y Redes para las Entidades Aseguradoras, S.A. (“TIREA”), creada con el fin de poner a disposición de las entidades

aseguradoras y reaseguradoras tecnologías de la información y de las comunicaciones que hagan más eficiente la actividad de estas entidades.

El código establece que las entidades aseguradoras adheridas, en relación con los tratamientos de los sistemas de información regulados en él, tienen la condición de corresponsables (mantienen, por tanto, su condición de responsables del tratamiento derivado del artículo 99 LOSSEAR), mientras que TIREA ostenta la condición de encargada del tratamiento. Por lo tanto, las entidades aseguradoras adheridas serán responsables del cumplimiento de los principios de protección de datos del artículo 5 RGPD y de remitir la información pertinente a los sistemas de información y a TIREA de manera segura y proporcionada a las necesidades del tratamiento de datos personales. Por otro lado, se establecen las obligaciones de TIREA como encargada del tratamiento, que actuará siempre por cuenta de las entidades aseguradoras, que tienen la condición de corresponsables del tratamiento de los datos personales introducidos en estos sistemas de información.

De cara a la relación con los interesados, el código de conducta contempla la obligación de las entidades aseguradoras adheridas de informar a los interesados, en cualquier comunicación que se realice, acerca de la existencia de los sistemas de información y de su inclusión en estos sistemas. También se regulan los distintos derechos que les asisten a los interesados en relación con los tratamientos de datos personales en cada uno de los sistemas de información, incorporando al código de conducta distintos modelos para que los interesados puedan ejercitar cada uno de estos derechos.

Adicionalmente, el código de conducta establece un catálogo adicional RGPD y LOPDGDD de infracciones y sanciones de aplicación para las entidades aseguradoras y reaseguradoras adheridas a este código, enfocadas en los tratamientos de datos personales habituales en el mercado de los seguros. Por ejemplo, se considera como infracción muy grave *"la existencia de errores en la información remitida a los sistemas regulados por este código puestos de manifiesto como consecuencia de la estimación de más de un 50 por 100 de los supuestos de ejercicio de los derechos de rectificación o supresión"*.

La AEPD sanciona a un banco con una sanción de 70.000 euros por emitir un informe mensual de cartera de inversiones a la expareja de una cliente sin su consentimiento

Resolución de la AEPD en procedimiento sancionador Nº PS/00421/2021

La AEPD ha sancionado a un banco tras la reclamación interpuesta por una cliente de la entidad bancaria sancionada en la que manifestaba que el banco le había emitido a su expareja un informe mensual de cartera de inversiones que este había utilizado en un juicio. El informe contenía datos de la reclamante, de su madre y hermanos, así como datos relativos a la cartera de inversiones. El banco alegó que la emisión del informe se debió a un error informático puntual que afectó a los datos personales de un número muy reducido de personas y que, tras conocer la brecha de confidencialidad, se tomaron las medidas correctoras oportunas.

La AEPD concluyó que la emisión del informe a la expareja de la cliente sin su consentimiento era una violación de seguridad de los datos personales y, en particular, una brecha de confidencialidad que tiene lugar cuando se produce una revelación no autorizada o accidental de los datos personales o el acceso a ellos. La AEPD añade que el error informático aducido por la entidad bancaria no era causa de justificación o exculpación suficiente, ya que los afectados se han visto desprovistos del control sobre sus datos personales.

Por todo lo anterior, la AEPD impuso al banco una multa de 70.000 euros por infringir el principio de integridad y confidencialidad de los datos personales (artículo 5.1.f RGPD).

La AEPD sanciona a una aseguradora con una multa de 220.000 euros por enviar autorizaciones de pruebas médicas a un tercero

Resolución de la AEPD en procedimiento sancionador N.º PS/00080/2022

La AEPD ha sancionado a una aseguradora después de que un particular manifestara haber recibido correos electrónicos de aseguradora relativos a autorizaciones de pruebas médicas de terceros y haber informado a la entidad aseguradora en repetidas ocasiones del error. Tras admitir la reclamación a trámite, la AEPD realizó actuaciones previas de investigación y verificó que la aseguradora no había notificado ninguna brecha de seguridad a la AEPD y que la reclamante había recibido en un periodo de once meses hasta cincuenta y un correos con autorizaciones de pruebas médicas de terceros.

La AEPD concluyó que la entidad aseguradora había infringido:

- El principio de integridad y confidencialidad (artículo 5.1.f RGPD), por haberse producido una comunicación de datos personales a un tercero que no es el titular de los datos personales. Por esta infracción, la AEPD impuso a la entidad aseguradora una multa de 100.000 euros.
- La seguridad del tratamiento (artículo 32 RGPD), por no haber garantizado la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia de los sistemas y servicios del tratamiento, ya que las medidas de seguridad técnicas y organizativas implementadas no eran las adecuadas y, en consecuencia, se expusieron a tercera persona ajena datos personales relativos a la salud de los clientes. Por esta infracción, la AEPD impuso a la entidad aseguradora una multa de 60.000 euros.
- La obligación de notificar las violaciones de seguridad de los datos personales a la autoridad de control (artículo 33 RGPD), por no haber comunicado a la AEPD la brecha de seguridad, teniendo en cuenta que se ha producido un riesgo para los derechos y libertades de los clientes, ya que los datos personales afectados son relativos a la salud. Por esta infracción, la AEPD impuso a la entidad aseguradora una multa de 60.000 euros.

Para la imposición de las sanciones, la AEPD tuvo en consideración como agravantes el carácter continuado de la infracción, el volumen de datos personales de los tratamientos (cincuenta y un correos electrónicos), la afectación a categorías especiales de datos y la vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales.

La AEPD sanciona a una entidad bancaria con 70.000 euros por un tratamiento de datos personales sin base de legitimación

Resolución de la AEPD en procedimiento sancionador N.º EXP202105364

La AEPD ha sancionado a una entidad bancaria tras la reclamación de un particular por el envío reiterado de informes financieros por vía postal pese a que, desde el 24 de noviembre de 2014, el reclamante solicitó en varias ocasiones que no se le enviaran estos informes por vía postal.

La entidad bancaria alegó que se encuentra obligada a enviar estos informes financieros en virtud de la Circular 4/2008, de 11 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Sin embargo, la AEPD recuerda que esta circular también prevé que la remisión de los informes pueda realizarse por vía telemática si hay conformidad del partícipe, como así hizo el reclamante al aportar su correo electrónico para su envío. De los hechos se deriva que se trata de un tratamiento de datos de carácter personal (el envío postal de estos informes) sin base legitimadora, infringiendo el artículo 6 RGPD, ya que el reclamante se opuso a este tratamiento y solicitó que estos informes se le enviaran por vía electrónica.

La AEPD consideró a su vez los siguientes agravantes: la duración de la infracción, que se cometió durante el período de 2014 a 2019; la negligencia apreciada en la comisión de la infracción, considerando que la parte reclamada no tuvo en cuenta la voluntad manifestada por la parte reclamante; la alta vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales (al ser una entidad bancaria que trata datos personales de millones de interesados); y la condición de gran empresa.

Por lo expuesto, la AEPD propuso sancionar con 70.000 euros a esta entidad bancaria por vulneración del artículo 6 RGPD.

La AEPD sanciona a una comercializadora de gas con 100.000 euros por incumplir con el principio de exactitud de los datos personales

Resolución de la AEPD en procedimiento sancionador N.º EXP202105923

La AEPD ha sancionado a una empresa comercializadora de gas tras la reclamación de un particular (la "reclamante") que alegaba que la factura del contrato de suministro había sido enviado a su antigua dirección, lugar donde residía su expareja sobre la que recaía una orden de alejamiento respecto de ella.

La reclamante y la empresa comercializadora suscribieron en noviembre de 2021 un contrato de suministro cuya factura llegó a la antigua dirección de la reclamante. Esto fue así porque, aunque en el momento del alta se indicó la nueva dirección, el servicio de factura digital se activó sin actualizar la dirección de la reclamante. Ello provocó que el contrato de suministro, incluyendo los datos personales, fuera enviado a su anterior domicilio, lugar donde residía su expareja, sobre la que recaía una orden de alejamiento.

Por lo tanto, la AEPD consideró que hubo un tratamiento ilícito de los datos personales al haber remitido el contrato de suministro donde constaban los datos personales de la reclamante, entre otros su nueva dirección, a una dirección incorrecta, con lo que se incurrió en una infracción del principio de exactitud de los datos personales (artículo 5.1.d RGPD), al no haberlos actualizado correctamente.

Por tanto, la AEPD impuso una sanción de 100.000 euros a la empresa comercializadora por infringir del artículo 5.1.d RGPD.

La AEPD sanciona a una empresa de comercialización de servicios telefónicos con 40.000 euros por incumplir sus obligaciones como encargada del tratamiento

Resolución de la AEPD en procedimiento sancionador N.º PS/00394/2021

La AEPD ha sancionado a un operador de telefonía móvil, tras la reclamación de un particular por haber recibido llamadas telefónicas publicitarias del operador después de haberse inscrito en la lista de exclusión publicitaria o Lista Robinson y a pesar de haber solicitado que se le eliminase de la lista de llamadas con fines publicitarios.

En el procedimiento sancionador, el operador manifestó que no fue quien realizó la llamada, sino que la llamada se hizo desde un número de teléfono perteneciente a otra empresa que se dedica a la comercialización de servicios telefónicos. Esta empresa comercial habría confirmado que realizó las llamadas al reclamante por un motivo eminentemente comercial, que tiene una relación de encargado del tratamiento de datos personales con respecto del operador (responsable del tratamiento), que realiza las llamadas desde su número de teléfono de manera aleatoria, con fines comerciales y sin comprobar quiénes forman parte de las Listas Robinson.

Según la AEPD se vulneraron tres normas:

- i. El artículo 48.1.b) de la Ley General de Telecomunicaciones, en virtud del cual los usuarios de servicios de comunicaciones tienen el derecho a oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial.
- ii. El artículo 23 de la LOPDGDD, que prevé la creación de sistemas de exclusión publicitaria. Este artículo establece que quienes pretendan realizar comunicaciones de mercadotecnia directa deben previamente consultar los sistemas de exclusión publicitaria que pudieran afectar a su actuación.
- iii. El artículo 28 RGPD, que regula el contrato de encargo del tratamiento y que incluye una obligación para el encargado del tratamiento por la que deberá tomar todas las medidas de seguridad, técnicas y organizativas, que sean necesarias para llevar a cabo sus funciones.

En suma, la AEPD sancionó al encargado del tratamiento, esto es, la empresa de comercialización de servicios telefónicos, con una multa de 40.000 euros.

En términos similares se pronunció la AEPD en su *Resolución en procedimiento sancionador N.º PS/00186/2022*. En este caso, la empresa de comercialización de servicios telefónicos reclamada actuaba también como encargada del tratamiento, pero en vez de realizar esta actividad por sí misma, subcontrataba a otra empresa para hacerlo. Este subencargado del tratamiento realizaba comunicaciones comerciales a usuarios que habían ejercitado su derecho de oposición (apuntándose en la Lista Robinson) en infracción de los artículos 48.1.b de la Ley General de Telecomunicaciones y 23 RGPD. Junto con esta infracción, se le imputó también a la reclamada una infracción del artículo 28 RGPD al subcontratar a un tercero sin tomar todas las medidas de seguridad, técnicas y organizativas necesarias para llevar a cabo sus funciones en cumplimiento con la normativa de protección de datos, como es consultar la Lista Robinson. Por lo expuesto, la AEPD propuso una multa de 2.000 euros por la primera de las infracciones y una multa de 5.000 euros por la segunda.

La AEPD sanciona a una entidad pública con apercibimiento por implantar el reconocimiento facial como medida de control de registro de la jornada laboral

Resolución de la AEPD en procedimiento sancionador N.º PS/00218/2021

La AEPD ha sancionado a una entidad pública que, con el inicio de la pandemia del coronavirus, informó a sus empleados de que, debido a la situación sanitaria, se iba a implantar un sistema de reconocimiento facial para el registro diario de la jornada laboral. Según los hechos descritos, antes de la pandemia, la entidad tenía implantado un sistema de control de jornada basado en la huella dactilar, pero manifestó que era conveniente sustituir este sistema para evitar la proliferación de contagios de la COVID-19 y garantizar la salud de los trabajadores.

Tal y como recuerda la AEPD, el reconocimiento facial es una tecnología basada en datos personales de carácter biométrico. Los datos biométricos solamente pueden ser tratados en los casos excepcionales tasados en el artículo 9.2 RGPD. En este caso concreto, la entidad alegó encontrarse bajo la excepción del artículo 9.2.b RGPD al recabar estos datos biométricos para cumplir obligaciones legales en el ámbito laboral.

La entidad pública alegó distintas bases de legitimación: (i) que el tratamiento era necesario para la ejecución del contrato laboral (artículo 6.1.b RGPD) en relación con la obligación legal de realizar el control de la jornada laboral (artículo 6.1.c RGPD); (ii) que era necesario para la satisfacción de un interés legítimo consistente en el control de la jornada laboral de los trabajadores (artículo 6.1.f del RGPD); y (iii) que el reconocimiento facial le permite cumplir con las funciones de interés público encomendadas como Administración pública (artículo 6.1.e RGPD). Ante estos argumentos, la AEPD estableció que la única base de legitimación posible para el tratamiento de estos datos biométricos podría ser el cumplimiento de una obligación legal (artículo 6.1.c RGPD) de control de la jornada laboral. Sin embargo, la AEPD recuerda que el tratamiento de datos biométricos debe ser necesario para el cumplimiento de estas obligaciones legales, ya que entrañan riesgos para los derechos de los interesados y este cumplimiento puede realizarse por otros medios menos intrusivos. La AEPD concluye que la base de legitimación para realizar el control de la jornada laboral solo alcanza a la obligación de realizar el control, pero no de realizarlo utilizando datos biométricos.

La AEPD sancionó a la entidad pública con apercibimiento por haber infringido el artículo 9.2.b RGPD por tratar datos biométricos sin base de legitimación y el artículo 35 RGPD por no haber realizado una evaluación de impacto relativa al tratamiento basado en el reconocimiento facial. Además, añade que, antes de implantar sistemas como el reconocimiento facial, el responsable debe valorar si hay otro sistema menos intrusivo con el que se consiga idéntica finalidad.

La AEPD sanciona con 10.000 euros a un bloguero por realizar publicaciones en las que utiliza datos personales con fines difamatorios y sin causa que legitime el tratamiento

Resolución de la AEPD en procedimiento sancionador N.º EXP202105344

La AEPD ha sancionado a un bloguero tras la reclamación de un particular por la publicación en el blog de numerosas publicaciones en las que se publica la imagen y el nombre del reclamante sin su consentimiento, acompañados de comentarios denigratorios y vejatorios.

Paralelamente con la reclamación interpuesta se adjuntó copia del auto dictado por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción en diligencias previas, en el que se acordaba ordenar y requerir a la parte reclamada de abstenerse de realizar nuevas publicaciones relacionadas con el reclamante, así como retirar las ya existentes.

La AEPD recuerda en su resolución que la imagen de una persona física es un dato de carácter personal, por lo que su publicación en este blog con el nombre del reclamante debió realizarse bajo alguna de las bases de legitimación del artículo 6.1 RGPD, y de los hechos se desprendía que estas publicaciones no contaban con el consentimiento del interesado ni ninguna otra base de legitimación.

Debido a esto, la AEPD sancionó al bloguero con 10.000 euros por haber infringido el artículo 6.1 del RGPD al realizar este tratamiento de datos personales sin base legitimadora. Además, la AEPD tuvo en cuenta los siguientes agravantes: la naturaleza y la gravedad de la infracción, al tratar de identificar al reclamante con conductas reprobables e incluso ilegales; y la intencionalidad en la infracción, que pretende expresamente desacreditar al reclamante.

La AEPD sanciona a la empresa organizadora de una carrera popular por el tratamiento de datos de salud especialmente protegidos sin base legitimadora

Resolución de la AEPD en procedimiento sancionador N.º EXP202105653

La AEPD ha sancionado a la empresa organizadora de una carrera popular que exigía a los participantes para la inscripción el pasaporte COVID o, en su defecto, presentar una prueba PCR o de antígenos realizada en las 72 horas previas a la carrera.

La empresa organizadora alegó que el objetivo de esta solicitud no era otro que evitar posibles contagios y, así, proteger la salud de los participantes. La base legitimadora del tratamiento de datos sería, según la alegación de la empresa organizadora, la ejecución de la relación contractual.

La AEPD recordó que los datos de salud son datos especialmente protegidos cuyo tratamiento está prohibido, salvo que concurra alguna excepción del artículo 9.2 RGPD. Ante la posible existencia de la excepción de que el tratamiento fuera necesario en el ámbito de la salud pública (artículo 9.2.i RGPD), la AEPD indica que el legislador español ha adoptado medidas legales para que las autoridades públicas enfrenten la situación de riesgo sanitario originado por la pandemia del COVID (como el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, o los artículos 4 y 84 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). De esta manera, la salvaguardia de estos intereses esenciales corresponde a las diferentes Administraciones públicas, que pueden adoptar las medidas necesarias para protegerlos, y no la empresa organizadora de la carrera. En consecuencia, la AEPD señaló que la empresa había infringido el 9.2 RGPD, al tratar datos especialmente protegidos sin encontrarse amparada por ninguna excepción, y el artículo 6 del RGPD, al realizar un tratamiento de datos personales sin legitimación que justificara este tratamiento.

Finalmente, la AEPD propuso sancionar con 10.000 euros a la reclamada por una infracción del artículo 9 RGPD y con 6.000 euros por la infracción del artículo 6 RGPD al tratar datos especialmente protegidos sin una base legitimadora adecuada. Esta infracción se vio agravada por el alto número de interesados afectados.

La AEPD sanciona a una agrupación política por enviar un correo electrónico con 241 destinatarios sin ocultar sus direcciones

Resolución de la AEPD en procedimiento sancionador N.º EXP2021104139

La AEPD ha sancionado a una formación política por enviar una convocatoria de asamblea a una pluralidad de destinatarios sin ocultar sus respectivas direcciones de correo electrónico.

La AEPD consideró que se ha producido una vulneración del principio de confidencialidad del artículo 5.1.f) al revelar a terceros datos de carácter personal. Esta revelación, por su parte, se ha producido por no adoptar las medidas de seguridad técnicas y organizativas exigidas al responsable y al encargado del tratamiento en el artículo 32 RGPD, en particular, por no poner en copia oculta a los 241 destinatarios del correo electrónico.

La AEPD acordó sancionar a la formación política con 1.500 euros por vulneración de la confidencialidad y 500 euros por falta de medidas de seguridad, y requirió la instauración de las medidas de seguridad adecuadas para prevenir futuras brechas de seguridad en este tipo de tratamiento de datos.

La AEPD sanciona a una comercializadora de energía con 50.000 euros por no respetar el principio de exactitud de los datos

Resolución de la AEPD en procedimiento sancionador N.º PS/00292/2021

La AEPD ha sancionado a una comercializadora de energía por no respetar el principio de exactitud de los datos. Un tercero, suplantando la identidad del titular del contrato de suministros de

energía, contactó en dos ocasiones con la empresa comercializadora de energía para modificar los datos del domicilio asociado al contrato de suministro y vinculado a un Código Unificado de Punto de Suministro ("CUPS") aludiendo un error en la recogida de datos. Ante esta situación, el titular tuvo que volver a solicitar a la empresa comercializadora, también por dos ocasiones, que rectificara los datos del domicilio asociado a ese CUPS, a fin de que se correspondiera efectivamente con el titular del domicilio y del contrato suscrito con la comercializadora de energía. Por este motivo, el titular del contrato interpuso una reclamación ante la AEPD contra la empresa comercializadora.

Ante estos hechos, la AEPD consideró que la empresa comercializadora vulneró el principio de exactitud de los datos del artículo 5.1.d) RGPD al dar de baja el contrato de suministro eléctrico del titular y asociar el CUPS, previamente asociado a otro domicilio, con la vivienda de un tercero y dar de alta el suministro eléctrico en ese otro domicilio. La AEPD recordó que el principio de exactitud de los datos establece la necesidad de adoptar medidas razonables para garantizar que los datos tratados no sean inexactos, y, en particular en el sector de suministro energético es importante asociar el CUPS a los contratos de suministro que se formalizan, por lo que es exigible una debida diligencia de la empresa comercializadora al respecto.

La AEPD impuso a la empresa comercializadora una sanción de 50.000 euros por infracción del principio de exactitud de los datos artículo 5.1.d) RGPD.

9 de septiembre de 2022



Energía

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[España]

Medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural

Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural (BOE de 2 de agosto de 2022)

En primer lugar, este Real Decreto-ley introduce las siguientes medidas de fomento del ahorro y la eficiencia energética dirigidas a edificios y locales de uso administrativo, establecimientos comerciales, espacios culturales o infraestructuras destinadas al transporte de personas:

- i. *Limitación de las temperaturas de calefacción y refrigeración a 19 °C y 27 °C, respectivamente. No obstante, aquellos recintos que justifiquen la necesidad de mantener unas condiciones térmicas especiales no tendrán que cumplir estas limitaciones, si bien deberán contar con una separación física respecto de aquellos locales que sí estén obligados a su implementación.*
- ii. *Información mediante carteles explicativos o pantallas de las medidas obligatorias de ahorro, en las que se pueden incluir otras medidas adicionales que se estén adoptando para reducir el consumo energético.*
- iii. *Disposición de sistemas de cierre de puertas.*
- iv. *Apagado desde las 22 horas del alumbrado de señales y anuncios luminosos de escaparates y de edificios públicos que a tal hora permanezcan vacíos.*

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

- v. *Obligación de adelantar la siguiente inspección de eficiencia energética* en aquellos edificios obligados a ello, conforme al Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE), cuya última inspección sea anterior al 1 de enero de 2021. De este modo, al finalizar el año 2022, todos los edificios con un consumo relevante de climatización habrán pasado por una inspección de este tipo en los últimos dos años.
- vi. *En el marco de la contratación pública y de forma transitoria hasta el 31 de diciembre de 2022*, a los contratos de obras, suministros o servicios para la mejora energética de los edificios e instalaciones de titularidad de entidades públicas o gestionados por estas será de aplicación el procedimiento negociado sin publicidad por causa de imperiosa urgencia previsto en el artículo 168.b) 1.º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público con una serie de especialidades:
 - A. El órgano de contratación no estará sujeto al plazo general, pudiendo establecer justificadamente un plazo inferior de presentación de las proposiciones, que nunca será inferior a diez días desde el envío de la invitación escrita.
 - B. Si fuera posible, se procederá a la negociación de los términos del contrato directamente con los candidatos invitados antes de la adjudicación del contrato. No obstante, si no es posible negociar, podrá reservarse tal derecho si lo indicó en la invitación a presentar ofertas.
 - C. Cualquier actuación que no sea estrictamente indispensable para dar respuesta a la necesidad de imperiosa urgencia quedará excluida del objeto del contrato y se tramitará por los procedimientos ordinarios.
 - D. El inicio de la ejecución del contrato deberá tener lugar a más tardar en el plazo de un mes desde su formalización.
 - E. Antes de formalizarse el contrato, el órgano de contratación deberá emitir una memoria justificativa en la que ponga de manifiesto la concurrencia de una circunstancia de imperiosa urgencia y la limitación del objeto del contrato a lo estrictamente imprescindible en el ámbito objetivo y temporal para darle respuesta.
 - F. La interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, no supondrá la suspensión automática de su tramitación, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan adoptarse.

Por otro lado, este Real Decreto-ley incluye también medidas de fomento de la electrificación y despliegue de energías renovables. En síntesis, son las siguientes:

- *Descuento por retardo en activación de autoconsumo.* Se introduce una compensación directa en la factura de los clientes que están tratando de activar sus instalaciones de autoconsumo (de hasta 100 kW conectadas a baja tensión) y realizar vertidos, que será asumida por el distribuidor o por el comercializador en el supuesto de que se produzcan grandes retrasos imputables a ellos.

En este contexto, el tiempo para la activación del autoconsumo que se fija es de dos meses desde la obtención del certificado de instalación eléctrica (CIE) y la transmisión de la información de las comunidades autónomas a las distribuidoras.

- Periodo mínimo de permanencia de la modalidad de autoconsumo de cuatro meses (antes un año).
- Plazo de quince días a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para la emisión de informe sobre autorizaciones de instalaciones de transporte. Pasado este plazo, el silencio administrativo será positivo.

Asimismo, se introduce una casuística para la cual las instalaciones de transporte no requerirán autorización administrativa previa.

- Las *instalaciones susceptibles de ser consideradas como singulares* desde el punto de vista retributivo podrán iniciar su tramitación aun cuando no hubieran obtenido la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, pudiendo avanzar en la tramitación en paralelo de los estudios necesarios sobre la definición técnica y económica del proyecto. No obstante, no podrán obtener la autorización administrativa previa sin haber sido antes catalogadas como singulares mediante resolución.
- Las *centrales hidráulicas existentes* (con o sin bombeo) podrán introducir equipos electrónicos en los grupos electromecánicos sin necesidad de obtener nuevos permisos de acceso.
- Las *modificaciones de las posiciones de conexión* para su adaptación a la inyección a red de gases renovables se considerarán modificaciones menores y su tramitación no requerirá de la autorización administrativa ni aprobación del proyecto de ejecución.

Por último, se establece una *aportación al sector eléctrico de 1.360 M€ procedente de los Presupuestos Generales del Estado de 2022* para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 29/2021 por la reducción de ingresos que se ha producido por la suspensión del Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica (IVPEE).

Existencias de seguridad de productos petrolíferos. Liberación

Orden TED/725/2022, de 27 de julio, por la que se completa la liberación de existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos en el marco de la segunda acción coordinada de la Agencia Internacional de la Energía como respuesta a la guerra de Ucrania (BOE de 29 de julio de 2022)

Desde el 1 de agosto, se reduce nuevamente la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos. Esta vez se ha reducido en 2,2 días (de 86,4 a 84,2 días), lo cual equivale a 1,7 millones de barriles de petróleo.

Fomento de la investigación e innovación en el sector eléctrico

Real Decreto 568/2022, de 11 de julio, por el que se establece el marco general del banco de pruebas regulatorio para el fomento de la investigación y la innovación en el sector eléctrico (BOE de 12 de julio de 2022)

Este real decreto tiene por objeto desarrollar reglamentariamente el marco general del banco de pruebas regulatorio concebido como un entorno controlado para llevar a cabo ensayos que permitan el desarrollo de proyectos piloto con el fin de facilitar la investigación, la innovación y la mejora regulatoria en el ámbito del sector eléctrico, en virtud de lo previsto en la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Otra normativa estatal

— *Resolución de 25 de agosto de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural (BOE de 30 de agosto de 2022)*

— *Resolución de 8 de agosto de 2022, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban procedimientos de operación, para su adaptación a mejoras en relación con las garantías exigidas a los sujetos participantes en el mercado, y a mejoras en la gestión técnica de las medidas en el sistema eléctrico (BOE de 15 de agosto de 2022)*

— *Resolución de 2 de agosto de 2022, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se convoca la cuarta subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables al amparo de lo dispuesto en la Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre (BOE de 5 de agosto de 2022)*

— *Orden TED/733/2022, de 22 de julio, por la que se aprueba el reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social y al coste del suministro de electricidad de los consumidores a que hacen referencia los artículos 52.4.j) y 52.4.k) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, correspondiente al año 2022 (BOE de 29 de julio de 2022)*

— *Resolución de 18 de julio de 2022, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se convoca la tercera subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables al amparo de lo dispuesto en la Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre (BOE de 28 de julio de 2022)*

— *Orden TED/707/2022, de 21 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para las convocatorias de los programas de incentivos a proyectos de redes de calor y frío que utilicen fuentes de energía renovable, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE de 26 de julio de 2022)*

— Orden TED/706/2022, de 21 de julio, por la que se aprueban las bases reguladoras y programas de incentivos para la concesión de ayudas a proyectos singulares de instalaciones de biogás, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE de 26 de julio de 2022)

Normativa autonómica

— Decreto Foral Legislativo 4/2022, de 5 de julio, de Armonización Tributaria, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido y con el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica (Navarra) (BON de 28 de julio de 2022)

— Ley 7/2022, de 29 de julio, de Medidas para la Agilización Administrativa de los Proyectos de Energías Renovables en Castilla-La Mancha (Castilla-La Mancha) (DOCM de 11 de agosto de 2022)

— Resolución 72/2022, de 3 de agosto, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo por el que se exceptúa de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos de generación de energía, como medida urgente en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania (País Vasco) (BOPV de 31 de agosto de 2022)

[Portugal]

Tarifa Regulada - Venda de Gás Natural

Decreto-Lei n.º 57-B/2022, de 6 de setembro (DR 172, Série I, de 6 de setembro de 2022)

O Decreto-Lei n.º 57-B/2022, de 6 de setembro, (“Decreto-Lei n.º 57-B/2022”) aprovou um regime excecional e temporário que permite aos clientes finais de gás natural, com consumos anuais inferiores ou iguais a 10.000 m³, aderir ao regime de tarifa regulada de venda de gás natural.

Deste modo, o presente diploma permite que os consumidores domésticos e pequenas empresas possam celebrar um contrato de fornecimento de gás natural com o comercializador de último recurso (“CUR”) da sua área geográfica, nos termos definidos pelo Decreto-Lei n.º 74/2012, de 26 de março.

O presente decreto-lei determina, ainda, que os CUR devem disponibilizar propostas ao público de fornecimento de gás, no prazo máximo de 45 dias a partir da entrada em vigor do diploma, bem como conter informação simples e clara sobre o procedimento de adesão ao regime de tarifa regulada do gás natural nos seus sítios de internet, sob pena da prática de contraordenação.

Por último, o Decreto-Lei n.º 57-B/2022 estabelece que o regime regulado de venda de gás natural será objeto de reavaliação, no prazo de 12 meses após a entrada em vigor do diploma, mediante um relatório elaborado pela ADENE após a audição da ERSE.

O presente diploma entrou em vigor no dia 7 de setembro de 2022.

9 de septiembre de 2022



Inmobiliario y
Urbanismo

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[España]

Medidas Urgentes del Plan Nacional de respuesta a la guerra en Ucrania. Convalidación

Resolución de 14 de julio de 2022 (BOE 20 de julio de 2022)

Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma.

Entre otras medidas, el Real Decreto-ley prorroga la limitación extraordinaria a la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de viviendas regulada en el artículo 18 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, impidiendo subidas superiores al 2 %.

De acuerdo con la nueva norma, en los arrendamientos de vivienda sujetos a la LAU cuya renta deba ser actualizada entre el 1 de abril de 2022 y el 31 de diciembre de 2022, el arrendatario tendrá derecho a limitar la actualización de acuerdo con las siguientes normas:

- i. En el caso de que el arrendador sea un gran tenedor, el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto entre las partes, sin que pueda exceder del resultado de aplicar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad ("IGC") a fecha de dicha actualización que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato. En ausencia de este nuevo pacto entre las partes, el incremento de la renta quedará sujeto a esta misma limitación.

* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Andrea Sandi, Alicia Martín, Ainhoa Pérez, Héctor Nogués, Iván Abad, Ignacio Nägele, Rafael Castillo, Miguel Herráiz, Gabriel Rodríguez, Francesco Mazza, María Goreti Rebêlo, Miguel Ferreira, Micaela Cunha Ribeiro, Maria de São José Bogalho y Germán Garrido, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

- ii. En el caso de que el arrendador no sea un gran tenedor, el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto entre las partes. En ausencia de ese nuevo pacto, el incremento de la renta no podrá exceder del resultado de aplicar la variación anual del IGC a fecha de dicha actualización, tomando como mes de referencia para la actualización el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato.

En este sentido es importante tener que cuenta que, aunque el último IGC publicado se sitúa en un 4,05%, la actualización no podrá superar el 2 % de la renta en vigor. Esto se debe a que, de conformidad con la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, cuando el IGC exceda el límite superior del objetivo a medio plazo de inflación del Banco Central Europeo (esto es, el 2 %), se considerará este como valor de referencia con independencia de que el IGC publicado supere ese umbral.

Cantabria. Ordenación del territorio y urbanismo

Ley de Cantabria 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria (BOC de 22 de julio)

Con el propósito de actualizar y modernizar la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, y en vista del largo tiempo transcurrido desde que dicha Ley se aprobó, se promulga la Ley 5/2022, de 15 de julio. Esta Ley tiene por objeto asentar los principios básicos y regular los instrumentos necesarios para la ordenación territorial y urbanística, con el fin de establecer una utilización racional del territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, así como regular la actividad administrativa en materia de usos del suelo y de los recursos naturales.

Castilla y León. Precios máximos de venta y alquiler de viviendas de protección pública

Orden MAV/868/2022, de 11 de julio, por la que se actualizan los ámbitos municipales y los coeficientes para la determinación de los precios máximos de venta, adjudicación y de referencia para el alquiler en Castilla y León (BOCYL de 19 de julio)

Esta orden actualiza los ámbitos municipales y los coeficientes para la determinación de los precios máximos de venta, adjudicación y de referencia para el alquiler en Castilla y León. De esta manera, deroga la Orden FOM/85/2010, de 22 de enero, que venía conteniendo los ámbitos municipales y los coeficientes para la determinación de los precios máximos de venta, adjudicación y de referencia para el alquiler en Castilla y León, hasta hoy. Esta actualización proporciona una reducción del número de ámbitos territoriales a tres, reasigna el ámbito de algunos municipios y revisa coeficientes a fin de ajustar los precios de la promoción a las circunstancias del mercado.

Madrid. Vivienda

Orden 2350/2022, de 27 de julio, de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura, por la que se regula el programa Mi Primera Vivienda (BOCM de 18 de agosto de 2022)

Con la finalidad de hacer frente a las dificultades de acceso a la vivienda en compra para los jóvenes que no superen los treinta y cinco años de edad, con solvencia suficiente para satisfacer las cuotas hipotecarias para la adquisición de una vivienda, pero sin disponer del ahorro suficiente correspondiente al 20 % del valor del inmueble, surge el programa Mi Primera Vivienda. Este programa facilita el acceso a una hipoteca articulando las medidas necesarias para que se pueda llegar hasta un 95 % del valor del inmueble.

Navarra. Viviendas de protección pública y alojamientos dotacionales. Precios de venta y rentas

Ley foral 20/2022, de 1 de julio, para el fomento de un parque de vivienda protegida y asequible en la Comunidad Foral de Navarra (BON de 14 de julio 2022)

Para poder generar vivienda protegida suficiente y asequible, se dota a la Administración de nuevos mecanismos, como la calificación indefinida de la vivienda protegida o la creación del Registro de Contratos de Arrendamiento de Navarra, entre otros. Asimismo, esta Ley no solo proporciona nuevos mecanismos a la Administración Pública, sino que prevé la adecuación de mecanismos ya existentes, como la ampliación del derecho de tanteo y retracto a operaciones singulares, la mejora de incentivos fiscales relacionados con vivienda o la ampliación de la edad del programa Emanzipa progresivamente hasta los 35 años, entre otros.

País Vasco. Viviendas y alojamientos dotacionales. Condiciones mínimas de habitabilidad y normas de diseño

Decreto 80/2022, de 28 de junio, de regulación de las condiciones mínimas de habitabilidad y normas de diseño de las viviendas y alojamientos dotacionales en la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV de 1 de septiembre de 2022)

Unifica las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y de los alojamientos dotacionales para el conjunto del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

País Vasco. Desarrollo rural

Ley 7/2022, de 30 de junio, de desarrollo rural (BOPV de 15 de julio 2022)

A través de esta nueva ley, se pretende ampliar el horizonte de las anteriores políticas de desarrollo rural, previendo no solo las implicaciones de la actividad agraria y forestal sostenible sobre el entorno natural y el territorio, sino también todos aquellos elementos que permitan impulsar los intercambios económicos y sociales entre el medio social y el urbano.

País Vasco. Viviendas de protección pública

Orden de 30 de junio de 2022, del Consejero de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes, sobre determinación de los precios y rentas máximas de las viviendas de protección pública y el canon de los alojamientos dotacionales (BOPV de 14 de julio 2022)

Esta Orden va dirigida a ajustar al alza el precio de referencia de las viviendas protegidas de régimen general y a reajustar el precio máximo de las viviendas de régimen tasado, en cumplimiento del principio de autosuficiencia financiera, mientras se sigue optando por un alquiler asequible, sensiblemente inferior al mercado libre, para atender la demanda efectiva en régimen de alquiler registrada en Etxebide.

Se deroga la Orden de 3 de noviembre de 2010, sobre determinación de precios máximos de viviendas de protección oficial y su posterior modificación.

Valencia. Movilización de viviendas vacías y deshabitadas

Decreto 85/2022 de 1 de julio, del Consell, por el que se modifica el Decreto 130/2021, de 1 de octubre, del Consell, de aprobación del Reglamento para la movilización de viviendas vacías y deshabitadas (DOCV de 22 de julio)

En concordancia con la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana, el Consell aprueba la modificación de los artículos 8, 11, 19, 42 y 81 del Decreto 130/2021, de 1 de octubre, del Consell, de aprobación del reglamento para la movilización de viviendas vacías y deshabitadas.

Valencia. Intermediación inmobiliaria

Decreto 98/2022, de 29 de julio, del Consell, por el que se regula el Registro de Agentes de Intermediación Inmobiliaria de la Comunitat Valenciana y los requisitos para la inscripción (DOCV de 16 de agosto de 2022)

Se crea el registro de Agentes de Intermediación Inmobiliaria de la Comunitat Valenciana y se regulan los requisitos para la inscripción en este de aquellas personas que se dediquen profesional o empresarialmente al ejercicio de la actividad de mediación, asesoramiento y gestión en la transacción sobre bienes y derechos definida en la Ley 2/2017.

[Portugal]

Prorrogação do prazo para incluir nos planos municipais e intermunicipais as regras de classificação e qualificação dos solos - DL n.º 45/2022

Decreto-Lei n.º 45/2022 de 8 de julho (DR n.º 131/2022, Série I, de 8 de julho de 2022)

O Decreto-Lei n.º 45/2022, de 8 de julho, altera o Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, que aprovou a revisão do RJIGT - que por sua vez procedeu ao desenvolvimento da Lei n.º 31/2014, de 30 de maio (a lei de bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, doravante “Lei de Bases”).

Atendendo à alteração às regras de classificação dos solos, previstas na Lei de Bases e concretizadas pelos artigos 69.º a 74.º do RJIGT, foi necessário impor aos municípios o dever de alteração dos seus planos municipais e intermunicipais de modo a garantir a conformidade com aquela alteração.

O DL n.º 45/2022, vem assegurar a conclusão do processo de adoção destas regras pelos municípios, estabelecendo novos prazos para o efeito e transpondo, até ao dia 31 de dezembro de 2023, o termo final do prazo estabelecido no RJIGT, da seguinte forma:

- i. prevê-se um prazo intermédio até ao qual os municípios devem realizar a primeira reunião da comissão consultiva, que corresponde à data de 31 de outubro de 2022.
- ii. Prevê-se, como se referiu, o prazo final de 31 de dezembro de 2023, até ao qual os municípios devem adaptar os seus planos municipais e intermunicipais de modo a coaduná-los com as regras de classificação e qualificação dos solos contidas na Lei de Bases.

Declaração de Inconstitucionalidade - Parecer Obrigatório e Vinculativo das Regiões Autónomas sobre a Gestão e Ordenamento do Espaço Marítimo Nacional

Acórdão n.º 484/2022 (DR 183, Série I, de 21 de setembro de 2022) - TC

O acórdão em apreço surge no âmbito da solicitação ao TC da análise da constitucionalidade das normas presentes no artigo 8.º n.º 1 e n.º 3 e no artigo 31.º-A da Lei n.º 17/2014, de 10 de abril, conforme alterada, na qual se estabelecem as Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional (a “Lei 17/2014”).

A inconstitucionalidade sobre a qual o TC é chamado a pronunciar-se debruça-se sobre a inserção das normas que impunham o parecer obrigatório e vinculativo por parte das Regiões Autónomas no que diz respeito aos instrumentos de gestão e ordenamento relativos ao espaço marítimo nacional quer até às 200 milhas marítimas (nos termos do artigo 31.º-A da Lei 17/2014), quer após estas (nos termos do artigo 8.º, n.º 3 da Lei 17/2014). Acrescenta-se a arguição da inconstitucionalidade da última parte do n.º 1 do artigo 8.º que afirma que os instrumentos aprovados pelo Governo o são sem prejuízo das competências dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas.

A inconstitucionalidade arguida fundamenta-se na violação de diversas normas constitucionais referentes ao domínio público do espaço marítimo mas, sobretudo, no facto do Estado não dever estar sujeito a um parecer vinculativo das Regiões Autónomas, nomeadamente no que diz respeito a matérias de reserva relativa e absoluta da competência da Assembleia da República.

No que concerne à constitucionalidade do artigo 8.º, n.º 3, o TC declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral na medida em que a norma explanada no artigo 8.º, n.º 3 da Lei 17/2014 (i) afeta a capacidade do Estado poder ordenar o espaço marítimo de que é titular e (ii) somente o Estado possui poderes sobre a zona da plataforma continental não sendo por isso estes transferíveis.

No que respeita a constitucionalidade do artigo 31.º-A, o TC veio também declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas contidas no referido artigo da Lei 17/2014 na medida em que a Assembleia da República, ao abrigo da reserva relativa de competência legislativa fixada no artigo 165.º, n.º1 alínea v) da CRP, não poderá remeter as bases gerais do regime para outra entidade (i.e. Região Autónoma) devendo ser esta a fixar todo o conteúdo.

Por último, o TC não declarou a inconstitucionalidade do segmento final do n.º 1 do artigo 8.º da Lei 17/2014 que refere que *"os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional são elaborados e aprovados pelo Governo, sem prejuízo das competências dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas"* por denotar que não existia uma relação indissociável entre as normas declaradas inconstitucionais e esta, podendo assim a mesma subsistir no ordenamento.

Revogação de medidas excepcionais e temporárias no contexto da pandemia COVID-19

Decreto-Lei n.º 66-A/2022, de 30 de setembro (DR 190, Série I, de 30 de setembro de 2022)

O Decreto-Lei n.º 66-A/2022, de 30 de setembro ("**Decreto-Lei 66-A/2022**"), nos termos do seu artigo 2.º vem revogar o Decreto-Lei n.º 17/2020, de 23 de abril, na sua redação atual, o Decreto-Lei n.º 99/2020, de 22 de novembro, na sua redação atual, e o Decreto-Lei n.º 35-A/2021, de 18 de maio, na sua redação atual, todos referentes a medidas de apoio temporárias e excepcionais no contexto da pandemia Covid-19.

Em suma, a revogação dos referidos Decretos-Lei vem trazer as seguintes alterações:

- i. revogação das normas constantes do Decreto-Lei n.º 17/2020, de 23 de abril, e do Decreto-Lei n.º 99/2020, de 22 de novembro, na qual se decretava a possibilidade de utilização dos empreendimentos turísticos para outros usos, nomeadamente para uso de escritório, reuniões, eventos culturais, showrooms, entre outros, devendo estes espaços retornar a ser afetos ao seu uso primário respeitante ao setor turístico;
- ii. revogação das normas constantes do Decreto-Lei n.º 35-A/2021, de 18 de maio, na qual cessa a possibilidade de aumento da área destinada a esplanadas dos apoios de praia, bares e restaurantes devendo estes espaços que, ao abrigo desta norma aumentaram a respetiva área, repor a mesma para a inicialmente prevista e, complementarmente, deixarão de beneficiar da isenção da taxa de recursos hídricos relativa à área de aumento.

Sem prejuízo do acima exposto, a revogação dos Decreto-Lei n.º 106-A/2020, de 30 de dezembro e do Decreto-Lei n.º 56-B/2021, de 7 de julho, pelo Decreto-Lei 66-A/2022, não prejudica as alterações por aqueles introduzidas a diplomas que não sejam expressamente revogados pelo Decreto-Lei 66-A/2022.

Consequentemente, continuarão em vigor todas as medidas aditadas à Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril, por via dos Decretos-Lei revogados, visto a mesma não ter sido revogada até à data.

O Decreto-Lei 66-A/2022 entrou em vigor no passado dia 3 de outubro de 2022.

2. Jurisprudencia

[Espanña]

Desahucio por falta de pago y reclamación del IBI. Aplicación del art. 101 de la LAU de 1964

Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de julio de 2022 (Sentencia 578/2022)

La sentencia analizada trata sobre el impago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) como motivo legítimo para resolver un contrato de arrendamiento por impago de las cantidades asimiladas a la renta en los contratos de arrendamiento de vivienda anteriores al 9 de mayo de 1985.

El supuesto fáctico que sustenta esta controversia es, en síntesis, el siguiente: en el mes de diciembre de 2019, la parte actora promovió una demanda de desahucio por falta de pago y reclamación de cantidad contra la arrendataria, por impago del IBI correspondiente a las anualidades 2014-2018 del piso alquilado.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa declaró resuelto el arrendamiento y condenó a la demandada a abonar a la parte actora la suma reclamada en concepto de IBI.

El Tribunal Supremo, al analizar los argumentos propuestos por la recurrente, recordó que el Tribunal Supremo ya había fijado como doctrina jurisprudencial que el impago por el arrendatario del IBI y del coste de los servicios y suministros repercutidos es una causa de resolución en arrendamientos de vivienda existentes en el momento de la entrada en vigor de la LAU de 1994 comprendida en el art. 114-1.ª de la LAU de 1964.

Esto se debe a que, cuando la causa 1.ª del art. 114 se refiere a cantidades asimiladas a la renta, hace referencia a cantidades cuyo pago ha de asumir el arrendatario por mandato legal, empleando una fórmula abierta que incluye el IBI.

En este sentido, no es exigible para que nazca la obligación del arrendatario que el arrendador efectúe una manifestación de voluntad de repercutir el IBI al arrendatario, pues existe la obligación del arrendatario en la medida en que la ley impone el pago de las cantidades asimiladas a la

renta. Por ello, es suficiente con que el arrendador reclame el IBI al arrendatario, quien tendrá la obligación de asumir su pago, salvo que haya operado la prescripción y esta sea alegada.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo finalmente desestimó las alegaciones de la demandada, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial.

Resolución del contrato por ruina. Indemnización de daños y perjuicios por negligencia del arrendador

Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2022 (Sentencia 569/2022)

La sentencia analizada aborda la cuestión de si la desaparición del objeto arrendaticio por ruina da lugar, por un lado, a la extinción de cualquier derecho a la reconstrucción derivado del artículo 107 de la LAU de 1964 y, por otro lado, a la resolución del contrato de arrendamiento por parte del arrendador.

El supuesto fáctico que sustenta esta controversia es, en síntesis, el siguiente: las partes litigantes estaban vinculadas por un contrato de arrendamiento de vivienda suscrito el 1 de marzo de 1967. El propietario y arrendador del inmueble interpuso demanda contra el arrendatario al considerar concurrente la causa de resolución del contrato por ruina, al amparo del artículo 118 de la LAU de 1964.

El Alto Tribunal considera que no procede la condena del arrendador a ejecutar las obras de reparación a las que se refieren tanto el artículo 107 LAU de 1964, como en el artículo 1554.2 del Código Civil, cuando la vivienda o el local de negocio se encuentren en el estado de ruina previsto en el artículo 118 de la LAU de 1964.

Así, el artículo 1554 del Código Civil obliga al arrendador a realizar las operaciones necesarias durante el arrendamiento para no desvirtuar el uso al que la cosa arrendada ha sido destinada, pero no obliga a este a reconstruir o edificar el objeto arrendado, dado que estas obras son de mayor relevancia y no se pueden confundir con simple reparos.

El Tribunal Supremo recuerda, con base en doctrina anterior, que la reconstrucción que haga precisa la ejecución de obras cuyo coste exceda del cincuenta por ciento del valor real de la cosa arrendada equivale a su destrucción, por lo que el arrendador está facultado a resolver el contrato por ruina económica.

Ahora bien, en estos supuestos no se excluye que se pueda valorar como indemnizable el incumplimiento contractual causado por el arrendador al no proceder, en su momento, con las reparaciones necesarias del inmueble a las que está obligado.

La Administración no puede adoptar un acuerdo de suspensión cautelar del otorgamiento de licencias sin que existan razones de interés general

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª). Sentencia n.º 898/2022 de 30 junio 2022

El Alto Tribunal establece que una Administración incumple las obligaciones que le incumben, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuando, con ocasión de la tramitación del procedimiento de modificación o revisión de una ordenanza municipal, adopta un acuerdo de suspensión cautelar del otorgamiento de licencias sin ponderar si las limitaciones impuestas al desarrollo de actividades económicas puede justificarse por razones imperiosas de interés general vinculadas con el interés público referido a garantizar la calidad del entorno urbano o la protección del medio ambiente, y sin comprobar ni verificar que tal medida resulta acorde con los principios de necesidad y proporcionalidad.

Nulidad de una modificación puntual de Plan General por la ausencia de elaboración de memoria de viabilidad económica durante su tramitación

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Sentencia n.º 912/2022 de 5 julio 2022 y Sentencia n.º 992/2022 de 13 de julio de 2022

El Tribunal Supremo establece que el informe o memoria de sostenibilidad económica o, en el caso de actuaciones en suelo urbano, la memoria de viabilidad económica constituyen requisitos necesarios para la aprobación de instrumentos de ordenación y que su omisión comporta la nulidad de pleno derecho de ellos. En el caso enjuiciado, confirma la nulidad de la modificación puntual del PGOU-97 en el ámbito del nuevo área de Planeamiento Remitido APR 07.02-M "Metro Cuatro Caminos" por no incluir en la memoria de sostenibilidad la evaluación del coste financiero del mantenimiento de las nuevas infraestructuras a las arcas municipales.

Régimen de las modificaciones aisladas de Plan General

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Sentencia n.º 962/2022 de 11 julio 2022

El Tribunal Supremo establece que los planes de urbanismo deben someterse a declaración ambiental estratégica por el órgano ambiental en el caso de que existan riesgos geomorfológicos, sin que sea posible la sustitución de dicha declaración por un estudio de detalle de riesgos elaborado por el órgano sustantivo. Por ello, declara la nulidad de la modificación aislada n.º 13 del PGOU de Sallent del Gállego. Por otro lado, concluye que la modificación aislada de un planeamiento general, en la medida que no comporte la instalación de servicios que no estuvieran ya previstos al aprobarse el planeamiento general, no requiere la emisión del informe de sostenibilidad económica.

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

Inscripción de derecho de superficie sin licencia urbanística y/o autorización especial

Resolución de 21 de junio de 2022 (BOE 26 de julio de 2022)

Se plantea si es posible inscribir un derecho de superficie sobre una finca en Jerez por el que se habilita al superficiario a llevar a cabo la promoción, construcción, montaje, puesta en marcha, mantenimiento, operación y explotación y, en su caso, cesión o venta a un tercero de un parque fotovoltaico para la generación de energía eléctrica y su posterior vertido a la red y/o venta sin contar con la correspondiente licencia urbanística y autorización especial.

La DGSJyFP revoca la calificación del registrador y aclara que ni en la legislación estatal ni en la autonómica aplicable se impone la previa obtención de licencia para que los notarios puedan autorizar o los registradores puedan inscribir un derecho de superficie constituido en escritura pública con independencia del alcance o propósito para el que se hubiera constituido (en este caso, un parque fotovoltaico). Lo que debe quedar sujeto a intervención y control municipal son las obras, edificaciones y, en definitiva, los usos que se hagan de la finca objeto del derecho, pero no la constitución del derecho.

Cancelación de hipoteca flotante por caducidad

Resolución de 13 de junio de 2022 (BOE 7 de julio de 2022)

Calificada la hipoteca objeto del recurso como hipoteca de máximo flotante (153bis LH), el centro directivo establece que el transcurso del plazo de duración convenido por las partes determina el momento a partir del cual podrá cancelarse el derecho de hipoteca inscrito.

La consecuencia más importante de este plazo (obligatorio para la constitución de las hipotecas flotantes) es que la duración del derecho real no está ligada ni viene determinada, como en las hipotecas sin plazo convencional, por el plazo de las obligaciones garantizadas (ni siquiera el de la de mayor duración) a partir de la cual comenzaría a computar la prescripción de la acción hipotecaria (82.5 y 128 LH), sino que, en las flotantes, con el cumplimiento del plazo convenido se produce la caducidad del asiento registral. En otras palabras, en las hipotecas flotantes, la caducidad del asiento registral no está condicionada a la prescripción de la acción hipotecaria (82.5 LH).

Sin embargo, la constancia de una nota al margen de la hipoteca sobre la expedición de certificación de dominio y cargas sí impide, a pesar de lo expuesto, que opere la cancelación automática, al menos, hasta que se verifique su levantamiento registral.

Por último, la DGSJyFP expone que, a diferencia de lo que ocurre con las hipotecas sin plazo, en las que la cancelación debe ser solicitada por el titular registral de algún derecho inscrito (82.5LH), en las flotantes o aquellas sujetas a plazo convencional, la cancelación por caducidad (legal o convencional) puede solicitarla cualquier interesado.

9 de septiembre de 2022



Laboral y
Seguridad Social

Laboral y Seguridad Social*

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[Portugal]

Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Território Nacional - Vistos e Outras Alterações Laborais

Lei n.º 18/2022, de 25 de agosto (DR 164, Série I, de 25 de agosto de 2022)

O presente diploma procede à nona alteração da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional.

Salientam-se, em particular, as seguintes alterações com implicações laborais:

Visto para procura de trabalho: este novo visto habilita o seu titular a entrar (por uma vez) e permanecer em território português com essa finalidade por um período de 120 dias, prorrogável por mais 60 dias. A sua concessão autoriza o titular a exercer atividade laboral dependente até ao termo da duração do visto ou até à concessão de autorização de residência. Destaca-se, ainda, que a concessão deste visto integra uma data de agendamento no SEF para concessão de autorização de residência, dentro do período referido;

Visto de residência para o exercício de atividade profissional prestada de forma remota para fora do território nacional: passa a prever-se a concessão de visto de residência a trabalhadores subordinados ou profissionais independentes que prestem a sua atividade, de forma remota, a pessoas singulares ou coletivas com domicílio ou sede fora do território nacional, desde que demonstrem a existência de vínculo laboral ou de prestação de serviços, consoante o caso;

Exercício de atividade profissional (pendência do pedido a autorização de residência): durante a pendência do pedido de autorização de residência por causa não imputável ao requerente, pode este exercer uma atividade profissional;

* Esta sección ha sido elaborada por Jesús Mercader Uguina, Raúl Boo Vicente, Albert Roche Carneros, Carmen Hans González, María Baixauli Puig y Susana Bradford Ferreira, Liliana Silveira de Freitas y Matilde Diniz Nunes, del Área Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Valencia y Lisboa).

Exercício de atividade laboral (vistos de curta duração ou de estada temporária): os titulares de visto de curta duração ou de estada temporária passam a poder exercer outras atividades laborais que não as especificadas no visto, junto de um ou de sucessivos empregadores;

Exercício de atividade profissional complementar à autorização de residência para investigação, estudo, estágio profissional ou voluntariado: os titulares de autorização de residência com as referidas finalidades passam a poder exercer atividade profissional, complementarmente à atividade que deu origem ao visto.

O diploma em apreço entrou em vigor a 26 de agosto de 2022.

Estatuto dos Profissionais da Área Da Cultura - Alteração

Decreto-Lei n.º 64/2022, de 27 de setembro (DR 187, Série I, de 27 de setembro de 2022)

O presente decreto-lei procedeu à primeira alteração ao Estatuto dos Profissionais da Área da Cultura ("EPAC"), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 105/2021, de 29 de novembro, tendo como objetivo simplificar e ajustar algumas soluções dele constantes.

Destaca-se, em particular, a alteração ao artigo 30.º do EPAC que, até então, exigia que a celebração de contratos de prestação de serviço com profissionais da área da cultura fosse comunicada pelo beneficiário da prestação que dispusesse (ou devesse dispor) de contabilidade organizada à Inspeção Geral Das Atividades Culturais ("IGAC") e à AT, até ao início da produção dos seus efeitos, obrigando-o, de igual modo, a ilidir fundamentadamente a presunção de laboralidade prevista no artigo 7.º do mesmo diploma. Em resultado desta recente alteração, passa apenas a ser exigido a tal categoria de beneficiário que comunique a celebração dos contratos de prestação de serviços com os profissionais da área da cultura à IGAC, dispensando-o dos demais formalismos.

O diploma em apreço entrou em vigor a 28 de setembro de 2022.

Vistos – Atividade Profissional Prestada De Forma Remota - Documentação

Decreto Regulamentar n.º 4/2022, de 30 de setembro (DR 190, Série I, de 30 de setembro de 2022)

O presente Decreto Regulamentar procede à sexta alteração ao Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de novembro, que regulamenta o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional, aprovado pela Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, e visa regulamentar as recentes alterações introduzidas a tal regime pela Lei n.º 18/2022, de 25 de agosto.

No diploma em análise encontra-se, entre outros, elencada a documentação instrutória que deve acompanhar o pedido de cada um dos novos vistos criados pela mencionada Lei n.º 18/2022, de 25 de agosto.

Dada a sua crescente relevância, fazemos menção especial à documentação que deverá instruir o pedido de visto de estada temporária para o exercício de atividade profissional prestada de forma remota ou de visto de residência para o mesmo fim (cf. artigos 18.º-B e 31.º-A, respetivamente, do Decreto Regulamentar) e que deverá ser constituída pelos seguintes elementos:

- i. comprovativo de rendimentos médios mensais auferidos pelo requerente no exercício de atividade profissional subordinada ou independente nos últimos três meses de valor mínimo equivalente a quatro remunerações mínimas mensais garantidas (i.e., € 2.820);
- ii. documento que ateste a residência fiscal do requerente; e
- iii. nas situações de trabalho subordinado (um dos seguintes elementos): (a) contrato de trabalho; (b) declaração do empregador a comprovar o vínculo laboral com o requerente; ou (c) promessa de contrato de trabalho (apenas aplicável ao visto de estada temporária); ou
- iv. nas situações de atividade profissional independente (um dos seguintes elementos): (a) contrato de sociedade; (b) contrato de prestação de serviços; (c) documento demonstrativo de serviços prestados pelo requerente a uma ou mais entidades; ou (d) proposta escrita de contrato de prestação de serviços (apenas aplicável ao visto de estada temporária).

O diploma em apreço entrará em vigor no dia 30 de outubro de 2022.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Es compatible con el Derecho de la Unión la cláusula convencional que fija una mayor retribución para el trabajo nocturno ocasional frente al efectuado de manera regular

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de julio de 2022

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE") da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania) sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión, concretamente de la Directiva 2003/88 (la "Directiva") en relación con el artículo 51.1 de la Carta y el Convenio de la OIT sobre el trabajo nocturno (el "Convenio"), de una cláusula de un convenio colectivo que preveía un mayor incremento de la retribución fijada para la realización de trabajos nocturnos puntuales, frente a la establecida para la prestación de servicios en régimen de trabajo nocturno de manera regular.

El TJUE entiende que la Carta no es aplicable sobre la normativa nacional cuando las disposiciones del Derecho de la Unión en la materia considerada no impongan a los Estados miembros ninguna obligación específica concerniente a la situación enjuiciada. Así, cuando el Derecho de la Unión no regule determinado aspecto y no imponga obligaciones específicas a los Estados miembros, la

cláusula de un convenio colectivo reguladora de ese aspecto se sitúa fuera del ámbito de aplicación de la Carta, de forma que el litigio ante el TJUE se centra en determinar si la Directiva regula el incremento de la retribución de los trabajadores para el trabajo nocturno.

El Tribunal de Luxemburgo determina que los artículos de la Directiva invocados se refieren únicamente e imponen obligaciones a los Estados miembros en relación con materias distintas de la retribución, por lo que no puede considerarse que impongan a los Estados miembros ningún tipo de obligaciones específicas en relación con la retribución del trabajo nocturno.

Tampoco resulta aplicable el Convenio, en relación con la Directiva, puesto que, al no haber sido ratificado por la Unión Europea, no tiene valor jurídico vinculante en el ordenamiento jurídico de la Unión.

[España]

Resulta conforme a derecho la extinción de la relación laboral en periodo de prueba de una persona transgénero al no existir indicios de discriminación en la decisión empresarial

Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de junio de 2022

El Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo interpuesto por una persona transgénero y concluye que su cese en periodo de prueba no puede calificarse de nulo por discriminatorio, dado que la empresa demandada ha rebatido adecuadamente los indicios racionales de discriminación por motivo de identidad de género aportados y que ha puesto de manifiesto que la causa del cese no fue la identidad de género de la persona trabajadora ni su expresión externa de esa identidad de género, sino cuestiones ajenas, como es la falta de satisfacción.

Tras realizar un exhaustivo análisis de la identidad de género en el marco del derecho de la igualdad y su aplicación en el ámbito de las relaciones laborales, el Tribunal Constitucional determina que, en la medida que el cese no se produce como reacción a la forma de vestir o a la identidad sexual de la persona transgénero, ni que tampoco existe una correlación clara entre el inicio del conflicto y la actuación de la empresa, no puede considerarse vulnerado un derecho fundamental.

El plazo de prescripción para reclamar contra una reducción de salario que no se haya llevado a cabo por la vía de modificación sustancial de las condiciones de trabajo subsiste mientras perviva la relación laboral

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 13 de junio de 2022

La reducción de determinado complemento salarial sin acudir al procedimiento establecido en el artículo 41 del Estatuto de los trabajadores (el "ET"), esto es, efectuada de manera unilateral por el empresario, debe ser considerada como un incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia salarial y puede ejercitarse mientras la relación laboral se encuentre vigente. Ello es así porque el empleador no alegó ninguna de las posibles causas habilitantes contempladas en el

artículo 41 del ET, no siguió el procedimiento establecido en el mismo precepto y no notificó su decisión a la trabajadora recurrente.

No obstante, la acción para reclamar el cumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones salariales no alcanza la reclamación de diferencias salariales, que se rigen por el plazo de prescripción general de un año establecido en el artículo 59 del ET.

El plazo de caducidad de la acción de despido se reanuda tras la celebración del acto de conciliación o, en su defecto, tras transcurrir quince días hábiles desde la presentación de la papeleta conciliadora

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2022

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ("TS") unifica doctrina en lo relativo a la incidencia de la conciliación administrativa en el cómputo de la caducidad de la acción de despido.

Reiterando la doctrina jurisprudencial tradicional —que considera que (i) no se computan dentro del plazo de caducidad ni el día en que se interpone la conciliación ni el día en que se lleva a cabo, y (ii) que el plazo de caducidad tiene un plazo limitado en el tiempo—, el Alto Tribunal concluye que no es posible entender que la reanudación del cómputo del plazo de la acción de despido se realiza a partir del día siguiente de la celebración del acto de conciliación con independencia de cuál sea la fecha de ello, pues dicho plazo necesariamente debe reanudarse si han pasado quince días hábiles desde que se presenta la papeleta de conciliación, pese a que la conciliación no se haya celebrado.

A efectos de determinar el complemento por incapacidad temporal previsto en convenio colectivo cuyo pago depende del nivel de absentismo en la empresa, el cálculo ha de hacerse poniendo en relación los días de absentismo con el número de días cotizados

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de junio de 2022

El Alto Tribunal rechaza el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa y declara que el porcentaje de absentismo previsto para el cómputo del complemento por incapacidad temporal del convenio colectivo de empresa debe calcularse poniendo en relación los días de absentismo con el número de días cotizados.

Considera, por un lado, que para las ausencias totales se computarán tanto las situaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias profesional de duración inferior a los treinta días como los días por asuntos propios, permisos retribuidos y no retribuidos; por otro lado, entiende que los días de vacaciones quedarán excluidos del numerador y, como tal, se descontarán de los días cotizados incluidos en el denominador.

No vulnera el derecho a la protección de datos del trabajador el hecho de utilizar las grabaciones de los sistemas de videovigilancia de la empresa para determinar si unos concretos hechos sancionables han tenido lugar también en días anteriores. Rige el plazo de un mes previsto para la eliminación de las grabaciones

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2022

El TS enjuicia el despido de una trabajadora por atender a un conocido suyo, en lugar de realizar las labores de apertura del establecimiento que tenía encomendadas. Este extremo fue advertido por la empresa mediante el visionado de las grabaciones tomadas por las cámaras de videovigilancia tras recibir una queja de un cliente. Al constatar este incumplimiento, la empresa visionó también las grabaciones correspondientes a determinados turnos anteriores de la trabajadora, que confirmaban que la conducta sancionable también se había producido en ocasiones anteriores.

El Alto Tribunal declara la procedencia del despido objeto del litigio al entender que la empresa no ha infringido el derecho a la protección de datos. Para llegar a esta conclusión, se basa en los siguientes argumentos: la empresa solo pretendía constatar si los hechos sancionables habían ocurrido también en ocasiones anteriores, la búsqueda se limitó al mismo día y hora de las semanas anteriores y el periodo objeto de investigación no excedió el plazo de un mes que establece la legislación para el borrado de lo captado por las cámaras de videovigilancia.

El plus de transporte tiene naturaleza extrasalarial, por lo que no debe abonarse a los teletrabajadores que no prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa y que no tienen que desplazarse a ella

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2022

El TS se pronuncia sobre la naturaleza del plus de transporte previsto en el artículo 51 del II Convenio Colectivo del sector de *contact center* para las personas trabajadoras que comiencen o finalicen su jornada laboral entre las 24:00 horas y las 06:00 horas.

En el supuesto enjuiciado, el sindicato recurrente alegó que el plus de transporte retribuía el trabajo realizado en periodo nocturno sin exigir el desplazamiento de la persona trabajadora y que, por lo tanto, debía abonarse también a quienes prestaban servicios en régimen de teletrabajo.

El TS determina que la concreción de una franja horaria que actúe como límite a efectos del abono del plus de transporte no tiene por objeto la configuración de un “segundo” plus de nocturnidad, sino compensar el gasto de los trabajadores que inician o finalizan su actividad laboral en una franja horaria en la que el transporte público, o bien no funciona, o bien no lo hace con regularidad. En ese sentido, considera que no puede afirmarse la naturaleza salarial del meritado plus, por cuanto no ha sido establecido para retribuir la penosidad del trabajo realizado en periodo nocturno. A diferencia del plus de nocturnidad, el plus de transporte no se paga por la prestación laboral en periodo nocturno, sino en función de si la hora de inicio y finalización de la actividad laboral se produce en una franja horaria en la que el transporte público tiene peores frecuencias.

En consecuencia, el TS concluye que nos encontramos ante un plus de naturaleza extrasalarial y que no debe abonarse a los teletrabajadores que no deben desplazarse para prestar servicios en el centro de trabajo.

Las ofensas verbales y físicas a compañeros de trabajo realizadas fuera del lugar y tiempo de trabajo cuando la actuación afecte a la empresa son causa de despido

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 31 de mayo de 2022

El TS se pronuncia sobre la calificación del despido disciplinario de un trabajador que agredió e insultó a sus compañeros durante una comida de Navidad organizada por su empresa y confirma la sentencia de instancia que determinó la procedencia del despido del trabajador.

La Sala de lo Social manifiesta, de una parte, que los trabajadores deben cumplir escrupulosamente con sus deberes dentro del tiempo y lugar de trabajo; y, de otra, que, aunque esa obligación se flexibilice cuando los trabajadores se encuentran fuera de tiempo y lugar de trabajo, ello no quiere decir que los trabajadores estén habilitados para cometer cualquier acto que, por su relevancia y vinculación con su actividad laboral, pueda perjudicar a la empresa.

En consecuencia, el Alto Tribunal determina que, a pesar de que los hechos enjuiciados ocurrieron fuera del tiempo y lugar de trabajo, la conducta del trabajador estuvo vinculada a su relación laboral, toda vez que rompió las reglas de convivencia y produjo un grave perjuicio a la empresa, por lo que el despido necesariamente debe calificarse como procedente.

Si una empresa decide voluntariamente no activar un ERTE, no queda eximida de sus obligaciones salariales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2022

El TS falla a favor del derecho de las personas trabajadoras al cobro de determinados complementos salariales durante el tiempo en que la empresa estuvo cerrada como consecuencia del estado de alarma, pero sin activar, de manera voluntaria y expresa, el mecanismo suspensivo de las relaciones laborales que representa el ERTE.

En este sentido, la Sala de lo Social del TS entiende que, aun cuando la empleadora continuara abonando parte de la retribución mensual fija de estas personas trabajadoras, no es posible alegar una causa de fuerza mayor para eludir la obligación de pagar parte de esta (concretamente, la prima de producción, plus de nocturnidad y de turno partido y plus de manutención), ya que las causas de suspensión de contratos únicamente exoneran de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo cuando se canalizan de conformidad con lo previsto en las propias normas que las identifican, en este caso, lo establecido en el artículo 47 del ET.

El contrato eventual por circunstancias de la producción no es compatible con las necesidades estructurales del sector público, salvo en situaciones excepcionales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 18 de mayo de 2022

La Sala de lo Social del TS unifica doctrina en cuanto a la utilización del contrato eventual por circunstancias de la producción en el ámbito del sector público y reitera que el contrato indefinido constituye la regla general de la que se apartan los supuestos tasados y específicamente diseñados por el legislador, caracterizados todos ellos por la nota de causalidad.

En este sentido, el Alto Tribunal concluye que resulta legítimo acudir a la suscripción del contrato eventual en aquellas circunstancias extraordinarias que deriven de una causa de suspensión del contrato no previsible por el empleador y que genere un manifiesto desequilibrio entre el personal disponible y la actividad —déficit de personal—. Así pues, en la medida que entiende que las vacantes no pueden ser cubiertas de modo rápido al tener que respetar los mecanismos legales que rigen en materia de empleo público, razona que dicha situación sí sería asimilable a la de acumulación de tareas.

En contra de lo anterior, rechaza que dentro de ese supuesto se encuentre el disfrute de los periodos de descanso y vacaciones, ni las suspensiones del contrato que conforman un determinado nivel de absentismo perfectamente conocido por la empleadora u otros factores de estacionalidad repetida en las mismas fechas durante todos los años, al constituir una situación estructural y previsible, incompatible con las causas de temporalidad imprevisibles que autoriza el artículo 15 del ET.

Esta doctrina ha sido ratificada por las sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del TS de 19 y 20 de mayo de 2022.

Las empresas tienen el deber de proporcionar una cuenta de correo electrónico a las personas que teletrabajen y debe garantizarse un canal de interacción con la representación legal de los trabajadores a las personas que presten servicios en régimen de trabajo a distancia. Es nulo el obligar al trabajador a utilizar su correo electrónico personal

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 27 de junio de 2022

La Audiencia Nacional (“AN”) falla a favor de la parte sindical demandante al declarar que es el empleador el que debe proporcionar los medios de trabajo, incluyendo, si fuera necesario, la dirección de correo electrónico, de forma que no cabe obligar al trabajador a utilizar la suya propia. También considera esta práctica empresarial contraria a la normativa en materia de protección de datos, puesto que, si el correo electrónico fuera un medio esencial para el desempeño de la prestación laboral, necesariamente debería ser proporcionado por el empleador. Esta postura encuentra respaldo igualmente en lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que obliga al empresario a dotar a los trabajadores de todos los medios que esta modalidad laboral exija.

También se solicitaba que se ordenara a la empresa dejar de obstaculizar el derecho de los sindicatos demandantes a difundir información a las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia. En particular, se pedía que se diera acceso a los sindicatos a un directorio de correo electrónico que contuviera las direcciones de todos los trabajadores para poder enviarles comunicaciones sin intromisiones ilegítimas de la parte empresarial, a lo que la AN accede por ser necesario que la empresa garantice un medio de comunicación de la representación legal de los trabajadores con los empleados.

Por todo ello, se condena a la empresa a poner a disposición de las personas trabajadoras una dirección de correo electrónico de trabajo, donde también puedan recibir comunicaciones por parte de la representación legal de las personas trabajadoras.

La alteración de los horarios de entrada y salida de trece minutos puede suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo si afecta al derecho a la conciliación de la vida personal y familiar

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2022

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias considera que, a la luz de los cambios sociales operados en los últimos años, en los cuales el horario de trabajo ha sido objeto de numerosas modificaciones en forma de permisos, con o sin sueldo, para permitir la conciliación, ha quedado obsoleta la corriente jurisprudencial que entendía que el límite para considerar o no un cambio de horario modificación sustancial de las condiciones de trabajo debía establecerse en la envergadura del propio cambio. Así, entiende que, en el contexto actual, debe examinarse la sustancialidad o no de la medida desde múltiples prismas que permitan asegurar el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, particularmente a las mujeres.

Para ello, el órgano judicial debe realizar una ponderación entre el derecho fundamental y la decisión empresarial a la luz de las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares.

Es procedente el despido de un trabajador que, a pesar de haber sido advertido por su superior, superaba el tiempo de descanso establecido para la prestación de servicios en régimen de teletrabajo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2022

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León desestima un recurso interpuesto por un trabajador frente a su despido, que se había producido por considerar la empresa que había desobedecido reiteradamente las órdenes de sus superiores de ajustar sus tiempos de descanso a lo convencionalmente previsto.

La empresa había constatado que el trabajador, que prestaba servicios en régimen de teletrabajo, se excedía notablemente en los descansos y pausas de descanso visual a las que tenía derecho, al comprobar determinados parámetros de calidad, por lo que le requirió para que se limitara a descansar únicamente los periodos de tiempo a los que tenía derecho.

Al comprobar que, tras ser apercibido en múltiples ocasiones, el trabajador no cesaba en su conducta, este fue despedido disciplinariamente por desobediencia grave, que es ratificada por la Sala, al constituir un quebranto manifiesto de la disciplina persistente en el tiempo que causaba perjuicios a la empresa en forma de penalizaciones por bajo rendimiento recogidas en los contratos con sus clientes.

[Portugal]

Remissão Abdicativa de Créditos Laborais

Acórdão de 7 de setembro de 2022 (Processo n.º 16670/17.8T8PRT.P1.S1) – STJ

No caso sob análise, a Autora, trabalhadora, sustentava que os vários contratos a termo celebrados com a Ré, empregadora, ao longo de cerca de oito anos, deveriam ser contabilizados como um único vínculo laboral, por entender que os termos apostos àqueles contratos eram inválidos. Por conseguinte, alegava a Autora que a cessação do último contrato operada pela Ré deveria configurar um despedimento ilícito e, nessa medida, que as várias remissões abdicativas – documentos pelos quais declarou nada mais ter a receber da Ré a título de créditos laborais –, que assinou aquando da cessação de cada contrato de trabalho, deveriam ser consideradas como inválidas, porque haviam sido produzidas na vigência do contrato de trabalho (durante o qual os créditos laborais são indisponíveis).

Em sede de revista – contrariando as decisões de primeira e segunda instância, e ainda que com um voto de vencido – o STJ considerou que, efetivamente, tinha havido lugar a sucessivos despedimentos ilícitos da trabalhadora e, concomitantemente, determinou a invalidade das remissões abdicativas assinadas pela mesma que, no caso, eram globais (i.e., referiam-se genericamente à totalidade dos créditos laborais) e tinham sido prestadas gratuitamente. Segundo a decisão adotada, a validade destas renúncias depende do conhecimento prévio da existência dos concretos direitos a abdicar, nomeadamente dos emergentes de potencial despedimento ilícito (cuja existência ou possibilidade de existência é, tipicamente, desconhecida por não-juristas).

Ademais, atendendo à sucessiva celebração de contratos de trabalho entre a Autora e a Ré ao longo dos anos, foi ainda levantada pelo STJ neste acórdão a hipótese de a remissão abdicativa ser inválida por poder ter sido emitida pela Autora na esperança de voltar a ser contratada, equiparando-a assim à remissão abdicativa realizada durante a execução do contrato de trabalho (cuja invalidade resulta, precisamente, de se tratar de renúncia de direitos oferecida no contexto de uma situação de subordinação psicológica ou “psicojurídica” da parte renunciante face à contraparte).

Transporte Aéreo de Passageiros. Incumprimento de Serviços Mínimos

Acórdão de 14 de julho de 2022 (Processo n.º 2191/19.8T8PDLL1.S1) – STJ

No processo sob análise, o trabalhador (Autor) pugnava pela declaração de ilicitude do despedimento de que fora alvo com base no alegado incumprimento de serviços mínimos decretados no âmbito de uma greve convocada na sua entidade empregadora (Ré) – dedicada ao transporte aéreo de passageiros –, pelo Sindicato Nacional do Pessoal de Voo da Aviação Civil (o “Sindicato”), e que abrangia a categoria profissional do trabalhador.

No caso vertente, ficou provado que o Sindicato, com vista à elaboração dos trabalhadores afetos aos serviços mínimos, tinha solicitado à Ré uma lista de trabalhadores disponíveis para o efeito, o que esta se absteve de fazer, conduzindo o Sindicato a indicar trabalhadores não elegíveis (devido a impedimentos de ordem diversa), numa lista da qual o Autor não constava.

Em face da lista entregue pelo Sindicato, donde constavam trabalhadores não elegíveis, a Ré emitiu ela própria uma nova lista de trabalhadores afetos aos serviços mínimos, tendo feito dela constar o nome do Autor entre outros trabalhadores.

Nessa sequência, o Autor, invocando a adesão à greve e tomando por referência a lista elaborada pelo Sindicato (mas não a da Ré), não compareceu ao serviço, tendo-lhe sido, posteriormente, instaurado um procedimento disciplinar pela Ré do qual resultou o seu despedimento.

A sentença proferida em sede de primeira instância entendeu, por um lado, que a ordem dada ao Autor para cumprir os serviços mínimos era lícita e, correspondentemente, a desobediência daquele ilícita. Não obstante, considerou que, para existir justa causa de despedimento, se exigia culpa grave do trabalhador e que a mesma não existia no caso concreto. Nessa medida, concluiu que a sanção era excessiva e, conseqüentemente, determinou a ilicitude do despedimento.

Já em recurso de segunda instância, o TRL concluiu no mesmo sentido, mas fê-lo com fundamento na ilicitude da ordem dada pela entidade empregadora, referindo que, desta forma, o trabalhador não lhe devia obediência, pelo que nenhuma infração disciplinar havia sido cometida pelo Autor. O TRL fez notar, ainda, que “mesmo que assim não se entendesse (...) o comportamento do trabalhador (...) não reveste gravidade que (...) justifique a aplicação da sanção disciplinar mais gravosa, ou seja, da pena expulsória”.

Finalmente, no acórdão em apreço, o STJ veio considerar que, ao não facultar uma lista de trabalhadores disponíveis para cumprir os voos dos serviços mínimos, a entidade empregadora não agiu de boa-fé, tal como lhe seria exigível ao abrigo do artigo 522.º do CT, o que impediu o Sindicato de indicar corretamente os trabalhadores adstritos à prestação de serviços mínimos, tal como lhe é imposto pelo artigo 538.º, n.º 7, do CT.

Desta forma, concluiu o STJ que “a Ré agiu abusivamente e que há que considerar ilícita a designação dos trabalhadores adstritos aos serviços mínimos por ela efetuada” e, conseqüentemente, o trabalhador não só não devia obediência à mesma, como não cometeu nenhuma infração disciplinar, sufragando, assim, o entendimento do TRL.

9 de septiembre de 2022



Marítimo,
Transporte y
Logística

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[Unión Europea]

Pesca

Reglamento de Ejecución (UE) 2022/1614 de la Comisión, de 15 de septiembre de 2022, por el que se determinan las zonas de pesca en aguas profundas existentes y se establece una lista de zonas en las que se conoce la existencia de ecosistemas marinos vulnerables o la posibilidad de que existan (DOUE L 242/1, de 19 de septiembre de 2022)

El Reglamento establece en su artículo 1 las zonas de pesca en aguas profundas existentes que se determinarán de acuerdo con las coordenadas establecidas en su Anexo I.

Además, determina las zonas de pesca en aguas profundas que estarán sujetas a las normas establecidas en el Reglamento (UE) 2016/2336, en particular en su artículo 8, apartados 2 y 4, en lo que respecta a la limitación de las autorizaciones de pesca y a la prohibición de pescar con redes de arrastre de fondo a más de 800 metros de profundidad.

El artículo 2 dispone la lista de las zonas en las que se conoce la existencia de ecosistemas marinos vulnerables o la posibilidad de que existan, de conformidad con las coordenadas establecidas en el Anexo II.

Dichas zonas estarán sujetas a las normas establecidas en el Reglamento (UE) 2016/2336, en particular en su artículo 9, apartados 1 y 9, en lo que respecta a su aplicación a las actividades pesqueras con artes de fondo a más de 400 metros de profundidad y a la prohibición de pescar con artes de fondo en todas las zonas designadas por el Reglamento.

* Esta sección ha sido coordinada por Luz Martínez de Azcoitia, y en su elaboración ha participado Laura Peláez, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

[España]

Transporte aéreo. Melilla

Orden TMA/831/2022, de 22 de agosto, por la que se recuperan las obligaciones de servicio público establecidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de octubre de 2018, por el que se declaran obligaciones de servicio público en las rutas aéreas Melilla/Almería, Melilla/Granada y Melilla/Sevilla, dejando sin efecto las modificaciones temporales establecidas por la Orden TMA/297/2021, de 29 de marzo (BOE de 1 de septiembre de 2022)

A partir del 2 de septiembre de 2022, serán exigibles las obligaciones de servicio público establecidas en el anexo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de octubre de 2018, por el que se declaran obligaciones de servicio público en las rutas aéreas Melilla-Almería, Melilla-Granada y Melilla-Sevilla, quedando sin eficacia para estas rutas las modificaciones temporales establecidas en la Orden TMA/297/2021, de 29 de marzo, como consecuencia de la crisis sanitaria de la COVID-19.

Transporte aéreo. Islas Canarias

Orden TMA/830/2022, de 22 de agosto, por la que se recuperan las obligaciones de servicio público establecidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006, por el que se declaran obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las islas Canarias, dejando sin efecto las modificaciones temporales establecidas por la Orden TMA/676/2020, de 20 de julio, y se modifican las tarifas de referencia establecidas en dichas obligaciones (BOE de 1 de septiembre de 2022)

A partir del 2 de septiembre de 2022, quedarán sin eficacia las modificaciones temporales establecidas en el punto 3) del apartado primero de la Orden TMA/676/2020, de 20 de julio, acordadas como consecuencia de la crisis sanitaria de la COVID-19 para las rutas aéreas de las islas Canarias, recuperándose las condiciones específicas establecidas en el apartado 1.1.2 del epígrafe III del anexo del Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006, modificado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de octubre de 2011, con la excepción de lo establecido para la ruta La Palma-Lanzarote, que se mantendrá sin exigencia de servicios mínimos.

La Orden establece las condiciones específicas establecidas para cada ruta, así como el ajuste de las tarifas de referencia y el límite superior de las tarifas flexibles para cada ruta.

2. Jurisprudencia

[España]

Indemnización. Póliza de cascos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 2022

El Tribunal Supremo se pronuncia en un recurso de casación dirigido contra una sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo que absolvió a una aseguradora del deber de indemnizar bajo la póliza de cascos suscrita por el propietario de una embarcación naufragada. Este último salió a faenar solo poco tiempo después de que la Capitanía Marítima hubiera formulado un informe favorable para que la embarcación pudiera ser tripulada por una sola persona, si bien la Resolución pertinente no había sido emitida.

La cuestión planteada surge de la interpretación dada al artículo 756 del Código de Comercio (hoy derogado por la ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima), pero aplicable a este supuesto. En concreto, este artículo contemplaba como exclusión del deber de indemnizar de los aseguradores aquellas situaciones en las que no se dieran condiciones de navegabilidad debido, entre otros, al incumplimiento de reglamentos marinos o a la contravención de disposiciones administrativas. En este caso, el requisito relativo a la tripulación mínima (dos tripulantes) que dejó de ser exigible tras la entrada en vigor del Real Decreto 963/2013, lo que motivó la solicitud del propietario ante la Capitanía Marítima.

Lo relevante en este asunto es que, a juicio del Tribunal Supremo, es necesario que, con independencia de que exista una infracción administrativa (el requisito de dotación mínima), es necesario que coexista relación de causalidad entre esa irregularidad y el siniestro, requisito indispensable para aplicar la exclusión de la cobertura.

9 de septiembre de 2022



Medio Ambiente

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[Unión Europea]

Gas. Medidas de reducción de demanda

Reglamento (UE) 2022/1369 del Consejo de 5 de agosto de 2022 sobre medidas coordinadas para la reducción de la demanda de gas (DOUE de 8 de agosto de 2022)

El Reglamento (UE) 2022/1369 tiene como fin garantizar y preservar la seguridad del suministro de gas en la Unión Europea frente al riesgo de que Rusia, el principal proveedor de gas de la Unión, cese totalmente y de manera brusca y unilateral el suministro.

El Reglamento prevé que los Estados miembros adopten medidas voluntarias para reducir su demanda antes de la llegada del invierno 2022-23. Los Estados deberán reducir su consumo de gas entre el 1 de agosto de 2022 y el 31 de marzo de 2023 en, al menos, un 15 % con respecto a su consumo medio de gas en el periodo comprendido entre el 1 de agosto y el 31 de marzo de los cinco años consecutivos anteriores.

Además, el Reglamento crea un nuevo instrumento que permite al Consejo, a propuesta de la Comisión, declarar la alerta e imponer una reducción obligatoria de la demanda de gas para todos los Estados miembros, con independencia de los niveles nacionales de crisis. Ese escenario se daría ante un riesgo considerable de escasez grave o cuando se dé una demanda excepcionalmente elevada de gas.

Los Estados miembros podrán elegir libremente las medidas de reducción (voluntarias u obligatorias), si bien deberán considerar medidas para reducir el consumo de gas en el sector de la electricidad, para fomentar el cambio de combustible en la industria, campañas nacionales de concienciación y obligaciones específicas para reducir la calefacción y la refrigeración y reducir el consumo de la industria.

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús Sedano Lorenzo, y en ella han colaborado Bárbara Fernández Cobo, Luis Villar González, Íñigo Ormaeche Lendínez y Elena Velar Rojo, del Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez.

Por último, el Reglamento impone a los Estados miembros la obligación de realizar un seguimiento de la ejecución de las medidas para la reducción de la demanda en su territorio y de notificar a la Comisión cada dos meses la reducción de la demanda lograda.

[España]

Transporte. Sostenibilidad

Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural (BOE de 2 de agosto de 2022)

El Real Decreto-ley 14/2022 prevé medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte y en materia de becas y ayudas al estudio, así como medidas encaminadas a fomentar el ahorro, la eficiencia energética, la electrificación y el despliegue de energías renovables. Este último paquete de medidas se recoge en el título V, que se divide en dos capítulos: el primero dedicado al ahorro y a la eficiencia energética, y el segundo a la reducción de la dependencia energética del gas de origen fósil.

En primer lugar, se aprueba un Plan de choque de ahorro y gestión energética en climatización. Entre las medidas más destacadas se encuentra la modificación de la temperatura de calefacción y refrigeración en los recintos habitables acondicionados que se indican en el apartado 2 de la I.T. 3.8.1 del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE), que pasará a ser de 19º y 27º respectivamente. Esta obligación y la relativa a los cierres automáticos de puertas se extienden a los edificios y locales que se climaticen con energía renovable. Además, se establece la obligación de adelantar la siguiente inspección de eficiencia energética en aquellos edificios cuya última inspección sea anterior al 1 de enero de 2021.

En segundo lugar, el capítulo II regula las medidas de fomento de la electrificación y de las energías renovables. En particular, se establecen medidas relativas al autoconsumo de energía eléctrica para aumentar la flexibilidad y mejorar el aprovechamiento de las instalaciones.

Asimismo, se modifica el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica con el fin de acelerar las tramitaciones y autorizaciones de las instalaciones productoras de gases renovables, favoreciendo asimismo su conexión a la red gasista de modo que se pueda alcanzar que al menos un 1% de todo el gas de la red sea de origen renovable para 2030 (Hoja de ruta del biogás, de marzo 2022).

Incendios forestales

Real Decreto-ley 15/2022, de 1 de agosto, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de incendios forestales (BOE de 2 de agosto de 2022)

Ante los graves incendios forestales sufridos durante el verano de 2022, el Real Decreto-ley introduce medidas sobre prevención, extinción, mantenimiento y restauración de terrenos afectados por los incendios forestales, dando un plazo de cinco meses a las comunidades autónomas para adaptar sus servicios de prevención, vigilancia y extinción de incendios.

A partir de ahora, los operativos previstos en los planes de defensa se deben extender a todo el territorio de cada comunidad autónoma y no solamente a las zonas de alto riesgo. Además, se mejora la cooperación entre autonomías en casos de incendios en zonas fronterizas y se mantendrán activos durante todo el año los medios de apoyo a las comunidades autónomas. Se crea una herramienta de zonificación de incendios forestales y un catálogo mínimo de prohibiciones aplicables en caso de riesgo alto de incendio.

Finalmente, se añade al RDL como disposición adicional la regulación sobre ayudas destinadas a compensar al sector marisqueero de la ría de O Burgo (La Coruña) ante la suspensión temporal de su actividad durante el dragado ambiental de la zona.

Galicia. Ciclo integral del agua

Ley 1/2022, de 12 de julio, de mejora de la gestión del ciclo integral del agua (DOG de 12 de agosto de 2022)

La Ley 1/2022 establece el nuevo marco normativo del ciclo integral del agua, favoreciendo la explotación conjunta de los sistemas de abastecimientos y saneamiento.

Se regula y clarifica la figura de las aglomeraciones urbanas. Se establecen medidas para la mejora de la gestión de las aguas de lluvia, para fomentar la eficiencia energética en el ciclo integral del agua, para fomentar la transparencia y el intercambio de información en la gestión del ciclo integral del agua, etc. Otro aspecto relevante se refiere al sistema de financiación de la gestión del ciclo integral del agua por Aguas de Galicia.

En líneas generales, esta ley regula las disposiciones comunes al régimen económico-financiero de los servicios cuando sean prestados por Aguas de Galicia, reordena los tributos existentes y crea un nuevo canon de abastecimiento.

Castilla-La Mancha. Energías renovables. Trámites con la Administración

Ley 7/2022, de 29 de julio, de Medidas para la Agilización Administrativa de los Proyectos de Energías Renovables en Castilla-La Mancha (DOCM de 11 de agosto de 2022)

Se regula la aplicación inmediata en Castilla-La Mancha del RDL 6/2022 de 29 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. El objetivo es reducir la dependencia energética, contener los precios y garantizar el suministro eléctrico agilizando los procedimientos determinación de afección ambiental para proyectos de energía eólica o energía solar fotovoltaica.

Para ello, se introducen modificaciones a la normativa ambiental autonómica previa que permiten, por ejemplo, que ciertos proyectos queden sujetos a un informe de determinación de afección ambiental en lugar de una evaluación ambiental. Asimismo, se priorizarán los expedientes de proyectos ubicados en zonas de baja sensibilidad ambiental. Los promotores de proyectos que ya hayan obtenido un informe de determinación ambiental favorable pueden solicitar acogerse a un procedimiento urgente y simplificado de autorización antes del 31 de diciembre de 2024.

2. Jurisprudencia

Prevención, calidad y control ambiental de actividades en la Comunitat Valenciana

Sentencia del Tribunal Constitucional 76/20222, de 15 de junio (BOE de 18 de julio 2022)

El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 1679/2021 promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Alicante en relación con el artículo 60.2 de la Ley de las Corts Valencianes 6/2014, de 25 de julio, de prevención, calidad y control ambiental de actividades en la Comunitat Valenciana ("Ley 6/2014").

El caso planteado se refiere a los efectos del silencio administrativo al no haber resuelto la administración valenciana en plazo una solicitud de licencia ambiental.

El artículo 60.2 de la Ley 6/2014 establecía el silencio positivo en la concesión de licencias ambientales. Sin embargo, el artículo 24.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("Ley 39/2015"), establece el silencio negativo en aquellos procedimientos relativos a actividades que puedan dañar el medio ambiente. El Tribunal Constitucional resuelve la controversia teniendo en cuenta que el artículo 149.1 de la Constitución atribuye al Estado competencias sobre las bases jurídicas del procedimiento administrativo común (apartado 18) y sobre la legislación básica de protección del medio ambiente (apartado 23).

El Tribunal confirma, por tanto, que la regla de silencio administrativo desestimatorio establecida en el artículo 24 de la Ley 39/2015 para los procedimientos que impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente constituye una regla general de procedimiento

común a la que deben ajustarse todas las Administraciones públicas en todos sus procedimientos, por su pleno anclaje en la competencia estatal exclusiva contemplada en el artículo 149.1.18 de la Constitución.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 60.2 de la Ley 6/2014 por establecer un régimen de silencio incompatible con el prescrito en las normas estatales sobre procedimiento administrativo común.

9 de septiembre de 2022



Mercantil

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[Unión Europea]

Empresas de Servicios de Inversión. Fondos propios

Reglamento Delegado (UE) 2019/1455 de la Comisión, de 11 de abril de 2022, por el que se complementa el Reglamento (UE) 2019/2033 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas al requisito de fondos propios para las empresas de servicios de inversión basado en los gastos fijos generales (DOUE de 5 de septiembre de 2022)

Programa Nacional de Reformas. España 2022

Recomendación del Consejo, de 12 de julio de 2022, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2022 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2022 de España (2022/C 334/09) (DOUE de 1 de septiembre de 2022)

Banco Central Europeo. Gestión de activos exteriores

Orientación (UE) 2022/1378 del Banco Central Europeo, de 28 de julio de 2022, por la que se modifica la Orientación 2008/596/CE sobre la gestión de los activos exteriores de reserva del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales y la documentación jurídica requerida para las operaciones en dichos activos (BCE/2008/5) (BCE/2022/28) (DOUE de 8 de agosto de 2022)

Introduce modificaciones en la orientación del BCE para la gestión de activos exteriores, consistentes en los siguientes cambios:

* Esta sección ha sido elaborada por Ignacio Klingenberg, Leyre López Itoiz, Teresa Tellechea, Joana Torres Ereio, Miguel Stokes, Domingos Salgado, João Pacheco, Francisca Costa, M Teresa Gonçalves, Francisco Menezes y Mafalda Estácio, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Bilbao, Barcelona y Lisboa).

- i. Cuando las entidades de contrapartida no cumplan la legislación aplicable en materia de prevención del blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o estén implicadas en alguno de esos dos delitos, el BCE debe tener la capacidad de rescindir los acuerdos marco de compensación celebrados por dichas entidades de contrapartida a partir del 1 de agosto de 2022 o celebrados por el BCE antes de esa fecha y modificados con posterioridad a ella.
- ii. Las entidades de contrapartida de las operaciones relativas a los activos exteriores de reserva del BCE deben estar obligadas a respetar de forma continuada las sanciones aplicables impuestas a escala de la Unión Europea o de las Naciones Unidas, o impuestas por cualquier otra autoridad competente.

Además, modifica los artículos 1 y 3 de la Orientación 2008/596/CE sobre la gestión de los activos exteriores de reserva del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales y la documentación jurídica requerida para las operaciones en dichos activos.

Derivados sobre materias primas. Cálculo de posición neta

Reglamento Delegado (UE) 2022/1302 de la Comisión, de 20 de abril de 2022, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la aplicación de límites de posición a los derivados sobre materias primas y los procedimientos de solicitud de exención de los límites de posición (DOUE de 26 de julio de 2022)

Establece las normas para calcular la posición neta mantenida por una persona en un derivado sobre materias primas, el método de cálculo de los límites aplicables al tamaño de dicha posición y los procedimientos para solicitar exenciones de los límites de posición.

Además, deroga el Reglamento Delegado 2017/591 por el que se completa la Directiva 2014/65/UE en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la aplicación de límites a las posiciones en derivados sobre materias primas.

Titulizaciones sintéticas

Reglamento Delegado (UE) 2022/1301 de la Comisión, de 31 de marzo de 2022, por el que se modifican las normas técnicas de regulación establecidas en el Reglamento Delegado (UE) 2020/1226 en lo que respecta a la información que debe facilitarse con arreglo a los requisitos de notificación STS aplicables a las titulizaciones sintéticas dentro de balance (DOUE de 26 de julio de 2022)

Se modifican los artículos 1 y 2 y los anexos I a III y se añade el anexo IV, todo ello, del Reglamento Delegado 2020/1226 por el que se completa el Reglamento (UE) 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo y se establecen normas técnicas de regulación que especifican la información que debe facilitarse con arreglo a los requisitos de notificación simples, transparentes y normalizados (STS).

BCE - Programa de Compra de Ativos do Setor Empresarial (CSPP)

Decisão (UE) 2022/1613 do BCE, de 9 de setembro de 2022 (JOUE, de 19 de setembro de 2022)

A Decisão (UE) 2022/1613 do BCE (“Decisão 2022/1613”) vem alterar a Decisão (UE) 2016/948 (“Decisão 2016/948”), relativa à implementação do programa de compra de ativos do setor empresarial (“CSPP”), ao abrigo do qual os bancos centrais do Eurosistema especificados podem comprar obrigações de empresas elegíveis a contrapartes elegíveis em mercados primários e secundários.

A Decisão 2016/948 estabelece, no seu artigo 2.º, os critérios cumulativos de elegibilidade das obrigações emitidas por empresas e, no artigo 4.º, limites às operações de compra, relevando, em especial, o n.º 3 deste último artigo que determina que “o Eurosistema fixará limites de compra adicionais relativamente a grupos de emitentes, com base num nível de referência de atribuição relacionado com a capitalização de mercado de cada grupo de emitentes, de modo a assegurar uma atribuição diversificada de compras entre emitentes individuais e em grupo”.

Ora, a Decisão 2022/1613 adiciona à Decisão 2016/948 o artigo 4.º-A, que estabelece que “o nível de referência de atribuição a que se refere o artigo 4.º, n.º 3, deve incluir considerações relacionadas com as alterações climáticas, destinadas, em especial, a orientar a gestão da exposição do Eurosistema aos riscos financeiros relacionados com o clima, de acordo com a metodologia aprovada pelo Conselho do BCE”.

Pretende-se, desta forma, direcionar o índice de referência do CSPP a favor de emitentes que apresentem um melhor desempenho climático, sendo que, em conformidade com o especificado pelo Conselho do BCE, “direcionar” significa que a percentagem de ativos no balanço do Eurosistema emitidos por empresas com melhor desempenho climático será aumentado em comparação com a de empresas com um desempenho climático menos satisfatório.

O desempenho climático dos emitentes deve ser medida por referência às suas emissões de gases com efeito estufa, ao nível de ambição dos seus objetivos de redução das emissões de carbono e à divulgação de informações relacionadas com o clima.

O referido artigo é aplicável às operações liquidadas em ou após 1 de outubro de 2022.

A decisão entra em vigor em 26 de setembro de 2022.

Seguros e Resseguros - Cálculo das Provisões Técnicas e dos Fundos Próprios

Regulamento de Execução (UE) 2022/1384 da Comissão, de 8 de agosto de 2022 (JOUE, de 9 de agosto de 2022)

O Regulamento de Execução (UE) 2022/1384, de 8 de agosto de 2022, estabelece as informações técnicas para o cálculo das provisões técnicas e dos fundos próprios de base, pelas empresas de seguros e resseguros, para efeitos de relato com uma data de referência compreendida entre 30

de junho de 2022 e 29 de setembro de 2022, em conformidade com a Diretiva 2009/138/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

O presente regulamento entrou em vigor no dia 10 de agosto de 2022.

Empresas de Investimento - Normas de Divulgação Pública da Política de Investimento

Regulamento Delegado 2022/1159 da Comissão, de 11 de março de 2022 (JOUE, L 179, de 6 de julho de 2022)

O Regulamento Delegado 2022/1159 da Comissão, de 11 de março de 2022, retificado no dia 25 de agosto, vem complementar o Regulamento (UE) 2019/2033 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo às normas técnicas de regulamentação para a divulgação pública da política de investimento pelas empresas de investimento.

O Regulamento (UE) 2019/2033 impõe às empresas de investimentos que não sejam consideradas de pequena dimensão e não interligadas que divulguem publicamente informações sobre a sua política de investimento. Esta imposição visa promover a transparência destas empresas perante os seus investidores e os mercados. Estas informações incluem, nomeadamente, temas relacionados com o voto, tais como a proporção dos direitos de voto, sentido e forma de voto.

O Regulamento Delegado 2022/1159 da Comissão, de 11 de março de 2022, vem especificar os modelos que devem ser utilizados para a divulgação destas informações, de maneira a garantir a sua coerência e a possibilitar a comparação da política pública de outras empresas de investimento.

Este Regulamento foi ainda sujeito a uma retificação, no dia 25 de Agosto de 2022, passando a incluir dois quadros em anexo, relativos à descrição do sentido de voto e ao modelo que deve ser utilizado para prestar informações sobre o sentido de voto.

O presente Regulamento entrou em vigor no dia 26 de julho de 2022.

[Espanha]

CNMV. Régimen interior

Resolución de 21 de julio de 2022, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica el Reglamento de Régimen Interior (BOE de 5 de agosto de 2022)

La Resolución clarifica la consideración de altos cargos de determinados puestos directivos de la CNMV estableciendo de forma expresa en el Reglamento aquellos puestos directivos que en la actualidad están sometidos a la Ley 3/2015, de 30 de marzo.

Por otra parte, concreta la asistencia del director general adjunto del Servicio Jurídico a las reuniones del Consejo y del Comité Ejecutivo a las que deberá asistir para la exposición de los trámites correspondientes a los procedimientos sancionadores cuyo conocimiento o aprobación corresponda a estos órganos colegiados.

Finalmente, se modifica la regulación del Comité de Dirección de la CNMV para convertirlo en un órgano de existencia obligatoria, modificando así su configuración actual como un órgano cuya existencia depende únicamente de la voluntad del presidente.

CNMV. Folleto de las instituciones de inversión colectiva y datos fundamentales para el inversor

Circular 3/2022, de 21 de julio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el folleto de las instituciones de inversión colectiva y el registro del documento con los datos fundamentales para el inversor (BOE de 4 de agosto de 2022)

La Circular (i) elimina la regulación relativa al contenido, forma y supuestos de actualización del documento con los datos fundamentales para el inversor, ya que estos aspectos ya se regulan en el Reglamento (UE) n.º 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014; (ii) elimina del contenido del folleto determinada información que no es exigida por la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, y que ya se recoge en el documento de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros (PRIIP), como el indicador de gastos corrientes, los escenarios de rentabilidad de las instituciones de inversión colectiva estructuradas o el indicador sintético de riesgo; y (iii) elimina o modifica determinados elementos esenciales e introduce uno nuevo, estableciendo que la fecha de entrada en vigor de los elementos esenciales se produce con la inscripción del folleto.

Por otro lado, deroga la Circular 2/2013 sobre el documento con los datos fundamentales para el inversor y el folleto de las instituciones de inversión colectiva. Esta derogación no afectará a las normas finales primera, segunda, tercera y cuarta de dicha Circular.

Ayudas a las pymes para su internacionalización

Acuerdo del Consejo de Ministros relativo a las ayudas a las pymes para su internacionalización (Consejo de Ministros de 1 de agosto de 2022)

El Consejo de Ministros ha aprobado la modificación de la Línea de Financiación PYME para proyectos de exportación e inversión con cargo al Fondo para la Internacionalización de la Empresa (FIEM) para apoyar proyectos de exportación e inversión ofreciendo financiación de hasta diez millones de euros en operaciones cuyos beneficiarios sean tanto pymes como empresas de mayor tamaño.

Con la modificación de esta línea de financiación se pretende facilitar el acceso a la financiación para las operaciones de exportación e inversión de las pymes españolas, al mismo tiempo que se la dota de mayor flexibilidad en las condiciones y agilidad en la tramitación.

Consejo de Ministros. Informe de situación de la economía española

Informe de situación de la economía española (Consejo de Ministros de 26 de julio de 2022)

El Consejo de Ministros ha recibido el informe de situación de la economía española, que incluye una actualización del escenario macroeconómico para 2022 y 2023. La presentación del informe y la actualización de los principales indicadores económicos se enmarcan en la aprobación del techo de gasto de las Administraciones públicas que marca el inicio de la elaboración de los presupuestos generales del Estado para 2023.

[Portugal]

Estratégia Nacional de Prevenção e Combate Ao Branqueamento de Capitais, ao Financiamento do Terrorismo e ao Financiamento da Proliferação de Armas de Destruição em Massa

Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/2022, de 9 de agosto (DR 153, Série I, de 9 de agosto de 2022)

A RCM n.º 69/2022 vem aprovar, para o horizonte temporal 2022-2026, a Estratégia Nacional de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais, ao Financiamento do Terrorismo e ao Financiamento da Proliferação de Armas de Destruição em Massa, a qual assenta essencialmente nos compromissos de (i) reforço dos mecanismos e procedimentos de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo e (ii) fortalecimento da cooperação entre as autoridades competentes, tanto a nível nacional como internacional, de forma a aumentar a eficácia das investigações nacionais e transfronteiriças.

A referida Resolução estabelece diversos objetivos estratégicos, de entre os quais se destacam os seguintes: (i) detetar e prevenir o recurso a novas tecnologias que facilitem o branqueamento de capitais; (ii) atualizar e difundir as melhores práticas de combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo; (iii) reduzir a insuficiência de qualificações e inoperância devida à falta de recursos humanos, materiais ou financeiros ou à falta de qualidade dos sistemas internos; (iv) aumentar o exercício da atividade de supervisão e de fiscalização, garantindo de forma eficaz o cumprimento das normas em vigor; (v) pôr em prática políticas de apreensão e perda de bens a favor do Estado, prevenindo a circulação e a integração na economia dos capitais provenientes de atividade criminosa; e (vi) incentivar a celebração de protocolos de cooperação entre autoridades competentes.

Finalmente, a Resolução determina que os membros da Comissão de Coordenação das Políticas de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo devem comunicar ao Comité Executivo, até ao dia 31 de março de cada ano, os elementos concretos

e individualizados de cada uma das linhas estratégicas cumpridas no âmbito das atividades anuais realizadas.

Conteúdos Mínimos a Dominar pelos Colaboradores de Intermediários Financeiros e pelos Consultores Autónomos

Regulamento da CMVM n.º 6/2022, de 11 de agosto de 2022

O Regulamento n.º 6/2022, de 11 de agosto de 2022 (“Regulamento 6/2022”) procedeu à alteração do Regulamento da CMVM n.º 3/2018, de 28 de agosto de 2018, que visa definir os conteúdos mínimos a dominar pelos colaboradores de intermediários financeiros, que prestam serviços de consultoria para investimento, de gestão de carteiras por conta de outrem ou dão informações a investidores sobre produtos financeiros e serviços de investimento, principais ou auxiliares, assim como pelos consultores autónomos, regulamentando também qualificações e aptidões profissionais a todos exigidas.

O quadro legal nacional, nomeadamente o definido pelo CVM, espelha uma preocupação com a proteção dos investidores e prevê os meios adequados para atingir essa finalidade. Complementarmente, a legislação nacional reflete uma preocupação crescente com a integração e ponderação dos riscos e fatores de sustentabilidade e com os objetivos relacionados com a sustentabilidade.

Nesse sentido, o Regulamento 6/2022 procede à alteração dos referidos conteúdos mínimos, passando a incluir menção à necessidade de compreensão, integração e ponderação, por parte daqueles colaboradores, dos riscos e fatores de sustentabilidade, bem como aos objetivos relacionados com a sustentabilidade, em linha com os desenvolvimentos regulatórios na área do financiamento sustentável.

O Regulamento 6/2022 entrará em vigor no dia 22 de novembro de 2022.

Supervisão Prudencial das Empresas de Investimento e Respetivos Planos de Recuperação

Regulamento da CMVM n.º 7/2022, de 26 de agosto de 2022

Foi publicado o Regulamento da CMVM n.º 7/2022, de 26 de agosto de 2022 (“Regulamento 7/2022”) que procede à alteração dos Regulamentos da CMVM n.º 2/2007, n.º 1/2020 e n.º 9/2020, e revoga ainda o Regulamento da CMVM n.º 6/2018 e, parcialmente, o Regulamento da CMVM n.º 1/2011.

Com a aprovação do Regulamento n.º 2019/2033 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, relativo aos requisitos prudenciais aplicáveis às empresas de investimento, e da Diretiva n.º 2019/2034, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, relativa à supervisão prudencial das empresas de investimento, o legislador europeu autonomizou o regime prudencial das empresas de investimento face às instituições de crédito.

Na sequência da transposição para o ordenamento jurídico português da referida Diretiva, através do Regime das Empresas de Investimento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 109-H/2021, de 10 de dezembro, a competência de supervisão prudencial das empresas de investimento foi transferida para a CMVM. Neste contexto, o Regulamento 7/2022 foi aprovado, no âmbito da necessidade de elaborar um quadro regulamentar relativo a matérias prudenciais para empresas de investimento.

Em particular, o Regulamento 7/2022 harmoniza o procedimento de pedido de autorização para início de atividade de empresas de investimento de acordo com a relevante legislação europeia, nomeadamente quanto à sua instrução e ao seu registo, que passa a assumir caráter oficioso, e cria um novo regime para a autorização da constituição em país que não seja Estado-Membro da UE de filial de empresa de investimento com sede em Portugal.

Adicionalmente, o Regulamento 7/2022 define novas regras relativas ao envio de informação à CMVM, por parte das empresas de investimento, para efeitos de supervisão prudencial, estabelecendo os respetivos deveres periódicos de reporte de informação financeira e os seus modelos de apresentação, em articulação com as normas europeias de aplicação direta conexas com estas matérias.

Ademais, o Regulamento 7/2022 clarifica o regime relativo ao envio anual obrigatório à CMVM, pelas empresas de investimento, de relatório de autoavaliação dos sistemas de governo e controlo interno, providenciando o modelo para o efeito.

O Regulamento 7/2022 estabelece ainda o regime relativo à recuperação das empresas de investimento, densificando as normas respeitantes à apresentação, manutenção e revisão dos planos de recuperação, bem como os procedimentos aplicáveis às entidades beneficiárias do regime de obrigações simplificadas quanto ao conteúdo dos planos.

Finalmente, o Regulamento 7/2022 revoga o Regulamento da CMVM n.º 6/2018, relativo às sociedades de consultoria para investimento, bem como as disposições do Regulamento n.º 1/2011 relativas às mesmas, em virtude da extinção desta figura e sua incorporação na categoria única de empresa de investimento adotada pelo Regime das Empresas de Investimento.

O Regulamento 7/2022 entrou em vigor no dia 27 de agosto de 2022.

Determinação dos Contratos de Liquidez Como Prática de Mercado Aceite

Entendimento da CMVM, de 26 de agosto de 2022

O Entendimento da CMVM de 26 de agosto de 2022 (“Entendimento”) determinou os contratos de liquidez, celebrados ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 09 de novembro de 2017, e do Regulamento Delegado (UE) 2016/908 da Comissão, de 26 de fevereiro de 2016, como prática de mercado aceite (“PMA”), na sequência do Parecer da ESMA, de 5 de agosto de 2022, no mesmo sentido.

No entanto, para que um contrato de liquidez seja considerado como PMA, deverá cumprir uma série de requisitos, estabelecidos pelo Entendimento, nomeadamente relativos a:

- i. Finalidade, instrumentos financeiros e plataformas de negociação: deverão visar o aumento da liquidez das ações admitidas à negociação em mercado regulamentado ("MR") ou negociadas em sistema de negociação multilateral ("SNM") autorizados em Portugal, quer através do aumento das quantidades transacionadas e do número de negócios executados, quer através de uma redução nos spreads observados entre as ofertas de compra e de venda, ou da redução da volatilidade diária dos preços;
- ii. Entidades que podem executar um contrato de liquidez: atividade reservada a empresas de investimento e instituições de crédito que sejam membro da plataforma de negociação relevante;
- iii. Entidades que podem beneficiar da sua execução: emitentes cujas ações estejam admitidas à negociação em MR ou SNM;
- iv. Forma do contrato: o contrato de liquidez está sujeito a forma escrita, devendo o emitente enviar à CMVM uma cópia do mesmo três dias úteis antes da data prevista para o início da execução do mesmo;
- v. Recursos alocados à execução do contrato: a quantidade máxima de valores monetários e o número máximo de ações alocados à execução do contrato de liquidez não pode exceder determinados patamares definidos por legislação europeia, variáveis em função da liquidez das ações do emitente;
- vi. Restrições de preço e de quantidade: devem ser verificados limites mínimos e máximos de preço, assim como de quantidade de valores mobiliários, em relação a cada sessão de negociação.

O cumprimento de todas as condições impostas pelo Entendimento é essencial para a consideração da celebração dos contratos de liquidez como PMA, de forma a assegurar que não constitui uma prática de abuso de mercado, em particular qualificável como crime de manipulação de mercado, nos termos do artigo 379.^o do CVM.

A CMVM pode suspender a execução do contrato, sempre que detete alguma irregularidade quanto ao cumprimento das condições impostas ou nos casos de suspeitas de abuso de mercado.

O Entendimento produz efeitos imediatos com a sua publicação.

2. Jurisprudencia

[España]

Condición resolutoria de garantía de pago

Resolución de 27 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 10 de agosto de 2022)

En el expediente se analiza una compraventa de cuatro fincas registrales formalizada por diferentes precios (40.000 euros, 30.000 euros, 30.000 euros y 40.000 euros, con un total de 140.000 euros).

En el acto de otorgamiento de la escritura, el comprador pagó íntegramente el precio de la finca número 4 y entregó, además, otros 20.000 euros como pago a cuenta del precio de las fincas 1, 2 y 3. Se pactó que el resto del precio de las fincas 1, 2 y 3, es decir, la suma de 80.000 euros, sería pagado en dieciocho mensualidades a contar desde la fecha de la escritura a razón de 4.444,44 euros los diecisiete primeros meses y una última mensualidad o plazo de 4.444,52 euros, todas ellas mediante ingreso en la cuenta bancaria titularidad del vendedor.

En el último párrafo de la estipulación segunda —pago del precio—, constaba lo siguiente: “*Los veinte mil (20.000) euros entregados a cuenta, así como las cantidades correspondientes a los plazos convenidos, una vez sean abonados, se imputarán a las tres fincas adquiridas (...)*”. Asimismo, en la estipulación tercera, los contratantes establecieron una condición resolutoria para asegurar el pago de la cantidad pendiente (i.e., 80.000 euros), con pacto de extinción de esta por el transcurso del plazo de seis meses a contar desde el día del último pago de los plazos acordados, y con pacto de caducidad del asiento una vez transcurrido el expresado plazo de seis meses.

No obstante, el registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, al pactarse condición resolutoria en garantía del pago de la parte del precio aplazado, y referirse la compraventa a varias fincas, se debe distribuir el precio entre las fincas vendidas, conforme a los artículos 9 y 11 de la Ley Hipotecaria, y 51 del Reglamento Hipotecario. Considera que no puede entenderse distribuida la cantidad asegurada en perjuicio de terceros, tomando como distribución el valor asignado a cada finca como precio, porque la suma asegurada y que hay que distribuir (80.000 euros) es diferente a la suma de los precios de las fincas restantes (100.000 euros), puesto que ha habido un pago parcial que debe ser tenido en cuenta por las partes en el momento de la distribución de las cantidades aseguradas.

La DGSJFP argumenta que en este caso se ha fijado en el mismo acto el precio concreto que se atribuye a cada una de las tres fincas vendidas y, al no imputarse la cantidad anticipada a cuenta del precio cuyo pago es aplazado, habrán de aplicarse las normas del Código Civil relativas a la imputación de pagos (cfr. artículos 1172, 1173 y 1174 del Código Civil y la Resolución de 12 de mayo de 2011). Por ello, el registrador debe aplicar el criterio legal de imputación establecido en el artículo 1174 del Código Civil para reflejar en el asiento registral la distribución del precio cuyo

pago es aplazado entre las tres fincas vendidas (respectivamente, 32.000 euros, 24.000 euros y 24.000 euros).

La DGSJFP estima el recurso y revoca la calificación impugnada.

Refundición de estatutos

Resolución de 27 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 9 de agosto de 2022)

En el presente expediente, la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada es convocada por su administrador para pronunciarse, entre otros asuntos, sobre la *“aprobación de la propuesta de nuevos estatutos de la sociedad, cuyo texto ha sido redactado por refundición”*. Durante el desarrollo de la sesión de la junta, que se constituye con la presencia de sus dos únicos socios, el socio administrador mayoritario y el representante del otro socio minoritario, se vota en su conjunto la propuesta de sustituir los estatutos vigentes por los contenidos en la propuesta. El registrador califica negativamente por incumplimiento de la previsión del artículo 197 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que exige la votación separada de los artículos propuestos y porque, afectando la modificación estatutaria al régimen de transmisión de las participaciones, no contiene el título previsión alguna en relación con el derecho de separación.

La DGSJFP entiende que no estamos ante un supuesto de mero error de procedimiento en la convocatoria o constitución de la junta general, sino ante la privación forzada al socio del derecho reconocido con carácter inderogable a ejercer su derecho de voto sobre cada artículo sujeto a modificación o grupo de artículos con autonomía propia. Lo trascendente es que en el desarrollo de la sesión se ha violado el contenido del artículo 197 bis de la Ley de Sociedades de Capital y, con él, el derecho individual del socio a pronunciarse sobre el asunto de la modificación de estatutos en el modo previsto en la ley. Tampoco es relevante que la propuesta de modificación estuviera fundamentada en la necesaria adaptación del texto estatutario a las distintas modificaciones legales sobrevenidas, pues no es esta la cuestión que se ventila. Es la privación al socio del derecho al ejercicio de su derecho de voto en el modo previsto legalmente el que justifica la calificación negativa y, con ella, la desestimación del recurso.

La cuestión se pone de manifiesto aún con mayor claridad cuando se analiza el segundo defecto señalado relativo al cumplimiento de las exigencias derivadas de la posible existencia del derecho de separación que precisan de requisitos especiales para su inscripción. Partiendo de la patente modificación del régimen (que suprime la libre transmisión a favor del cónyuge del socio), el sentido del voto ejercitado por el socio determina si existe o no derecho de separación (vid. artículos 346 y 348 de la Ley de Sociedades de Capital), por lo que cobra todo su sentido la exigencia de pronunciamiento específico sobre la cuestión, sin que deba distorsionarse con el pronunciamiento sobre otras cuestiones que tienen un alcance y unos efectos completamente distintos.

La DGSJFP desestima el recurso y confirma la calificación impugnada.

Acceso a información

Resolución de 27 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 9 de agosto de 2022)

En el presente expediente, el recurrente persona física solicita mediante instancia dirigida al Registro Mercantil de Málaga información sobre las personas “*autorizadas actualmente para representar ante terceros y/o procedimientos judiciales, ya sea por si solas o conjuntamente*” a un total de 164 sociedades, que identifica, bien por su número de identificación fiscal, bien por su denominación. En la instancia señala que dicha información debería estar publicada y ser de acceso libre y gratuito conforme a la Directiva 2017/1132 sobre determinados aspectos del derecho de sociedades, debiéndose tener en cuenta además la Directiva 2019/1024 sobre datos abiertos y reutilización de información del sector público. Por lo tanto, la persona física solicita que dicha información sea publicada de forma abierta y gratuita, y, subsidiariamente, que se le remita de forma gratuita por medios electrónicos.

La DGSJFP recuerda que quien desee obtener información de los asientos debe acreditar al registrador que tiene interés legítimo en ello, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Cierto es que, en el ámbito del Registro Mercantil, atendiendo a las propias necesidades de agilidad del tráfico mercantil, dicho interés debe ser interpretado en un sentido más amplio que el propio del Registro de la Propiedad. No obstante, la DGSJFP entiende que no cabe afirmar como hace el escrito de recurso que la información deba ser pública, abierta y gratuita en todo caso, ya que, como resulta de la doctrina expuesta, no puede confundirse el carácter público del contenido del Registro Mercantil con su acceso en masa e indiscriminado cuando se refiera a datos de personas físicas que, como en cualquier otro caso, están protegidos por normas especiales y de igual trascendencia que las que proclaman la publicidad del Registro Mercantil.

La DGSJFP desestima el recurso y confirma la calificación impugnada.

Ampliación de capital de sociedad anónima

Resolución de 6 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 1 de agosto de 2022)

La cuestión a dilucidar en el presente expediente consiste en la inscripción de una ampliación de capital con cargo a reservas, a la que la calificación registral atribuye dos defectos: que no se indica que el balance que sirve de base a la operación haya sido aprobado por la junta general y que la fecha de elaboración del informe del auditor nombrado por el Registro Mercantil que se acompaña, y la del mismo informe depositada en el Registro Mercantil, es posterior a la fecha de celebración de la junta.

La DGSJFP indica que lo esencial consiste en acreditar que la situación patrimonial de la compañía permite la transferencia de fondos dentro del patrimonio neto que la ampliación comporta, lo que se procura mediante la vinculación del proceso a un concreto balance debidamente auditado. La trascendencia del requerimiento de un acuerdo previo de aprobación del balance como

pronunciamiento independiente y anterior, en la fecha o en la secuencia del acto, al relativo a la ampliación de capital propiamente dicha debe contemplarse con la perspectiva que brinda el artículo 204.3.a) de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al que no procederá la impugnación de acuerdos sociales cuando se fundamente en la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.

En definitiva, se trata de analizar si desde la perspectiva del principio de realidad del capital, la aprobación previa del balance añade alguna garantía adicional a la decisión asamblearia que se hubiera tomado con referencia a un balance concreto que se hubiera facilitado a los socios. La DGSJFP señala que de un caso semejante se ha ocupado el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 15 de julio de 2020. Se trataba de un acuerdo de reducción de capital para compensación de pérdidas en el que no se había aprobado previamente el balance que le servía de base, pese a la exigencia formal que, en términos análogos a la aquí examinada, establece el artículo 323.1 de la Ley de Sociedades de Capital. El recurso se planteaba sobre la falta de un punto concreto en el orden del día referido a la aprobación del balance, incluyendo únicamente el relativo a la reducción; y el tribunal opta por inadmitir el recurso de casación porque *“ningún perjuicio pudo ocasionarse a los socios, por no figurar este acuerdo expresamente en el orden del día, dado que al ser necesario para la operación de reducción de capital lo conocían”*. Esta misma circunstancia concurre en el caso debatido en este expediente, donde el acuerdo se adopta por unanimidad de todos los socios con referencia a un concreto balance y, por tanto, carece de relevancia para determinar la ineficacia de la ampliación de capital.

La DGSJFP indica que, examinado el defecto de la falta de aprobación específica del balance que sirve de base a la ampliación, resta considerar la referencia a la falta de verificación del balance en la fecha de la junta, dado que el informe de auditoría está datado el día posterior. Debe tenerse en cuenta que el balance sometido a la consideración de la junta es el mismo sobre el que se desarrolla el trabajo de los auditores. La DGSJFP indica que sobre una cuestión semejante se pronunció la Resolución de 25 de agosto de 1998, que trata sobre una ampliación de capital con cargo a reservas de una sociedad anónima, en la que el balance sometido a la consideración de la junta había sido verificado por un auditor designado por los administradores, defecto que se subsanó por la posterior aportación de otro informe de auditoría, coincidente con el primero, emitido por el designado por el Registro Mercantil. En aquella ocasión se estimó que la función de garantía de la realidad del aumento, así como la de información a los socios que desempeña el balance, quedaban adecuadamente cumplidas, invocando en apoyo de su decisión la conveniencia de salvar la validez de las actuaciones y evitar costes y dilaciones considerables, en la medida en que ello sea posible jurídicamente y no resulte perjuicio para ninguno de los interesados.

La DGSJFP estima el recurso y revoca la nota de calificación impugnada.

Dación en pago de deuda. Usufructo

Resolución de 8 de junio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 1 de agosto de 2022)

En el presente expediente se suspende la inscripción de una escritura de dación en pago de deuda en la que se transmitió un derecho de usufructo sobre una finca que constaba registralmente gravada con prohibición de disponer por actos *inter vivos* durante la vida del donante y de su esposa.

El recurrente entiende que la limitación de disponer afecta solo a la nuda propiedad, y que ningún sentido tiene impedir la transmisión del usufructo atribuido, pues la prohibición de disponer se establecía como medida tuitiva. La DGSJFP reitera que las prohibiciones de disponer no son derechos reales, sino restricciones impuestas a un titular sin atribución de un correlativo derecho a otras personas.

Al no atribuir derecho alguno al beneficiado por las restricciones dispositivas impuestas por el donante o causante, no cabe cancelación por renuncia de aquel y debe respetarse la voluntad del donante —o en el caso del causante, que es la ley por la que se rige la sucesión (artículo 675 del Código Civil)—. En este supuesto, la prohibición de disponer se impuso por el donante con relación no solo a la nuda propiedad, sino también con relación al usufructo donado, por lo que debe entenderse que tampoco este podrá transmitirse, salvo prestando el donante su consentimiento, o bien acreditando su fallecimiento. El afectado por la prohibición de disponer también puede solicitar autorización judicial para disponer si concurre una causa justa sobrevenida (como en el ámbito del derecho civil catalán contempla expresamente el artículo 428-6, apartado 5, de la Ley 10/2008, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones). Entretanto, la inscripción de la prohibición de disponer impuesta por el donante o por el testador en su testamento despliega todos sus efectos jurídico reales y queda bajo la salvaguardia de los tribunales (artículos 1 y 26 de la Ley Hipotecaria).

La DGSJFP desestima el recurso y confirma la calificación impugnada.

Objeto social

Resolución de 29 de junio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 26 de julio de 2022)

La presente resolución tiene por objeto una escritura de elevación a público de acuerdos sociales, entre los que se encuentra la modificación del objeto social, adoptados en junta general no universal y por mayoría. A juicio del registrador mercantil, dicho acuerdo hace nacer un derecho de separación de los socios que no hubieran votado a su favor y debe publicarse (artículos 346.1.a) y 348 de la Ley de Sociedades de Capital). Para el recurrente no se trata de una modificación sustancial del objeto social, ya que solo consiste en eliminar dos actividades que nunca ha desarrollado la sociedad.

La DGSJFP indica que la supresión de actividades incluidas en el objeto social en el presente caso debe ser considerada como una modificación sustancial. Frente a las alegaciones del recurrente

de no haber sido desarrolladas esas actividades por la sociedad, la DGSJFP indica que hay que traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, de 26 de julio de 2019, que, para un supuesto de designación de experto independiente en un expediente de derecho de separación, establece que existe una modificación sustancial cuando esta resulta de la comparación de los textos, antes y después del acuerdo, y que la alegación de que esas actividades se vinieran ya desarrollando, o no, por la sociedad debe alegarse en su momento procesal oportuno, en la demanda, o en su contestación, en que se dilucida si existe o no derecho de separación.

La DGSJFP concluye que, concurriendo en el supuesto de hecho la previsión del artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital y con independencia de cuales hayan sido los motivos que hayan llevado a la sociedad a modificar sustancialmente el contenido del objeto social, no procede llevar a cabo la inscripción si no se acredita que se ha cumplido lo establecido en los artículos 348 y 349 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 206 del Reglamento del Registro Mercantil.

La DGSJFP desestima el recurso y confirma la calificación impugnada.

Modificación estatutaria. Cuota de liquidación

Resolución de 21 de junio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 26 de julio de 2022)

El presente expediente trata de determinar si es admisible la inscripción en el Registro Mercantil de un acuerdo de modificación de estatutos adoptado en junta general universal por unanimidad, por el que, para el supuesto de liquidación de la sociedad, se autoriza a que la cuota de liquidación de los socios se satisfaga con bienes no dinerarios, incluidos los bienes inmuebles.

La DGSJFP indica que de la mera lectura del artículo 393 de la Ley de Sociedades de Capital resulta tanto la posibilidad de que los socios, con carácter unánime y con ocasión de la aprobación del balance final, informe y propuesta de división, acuerden que el contenido de su derecho se satisfaga en bienes distintos al dinero, como que así lo dispongan los estatutos sociales. Para la DGSJFP, en este último caso, el precepto autoriza tanto la restitución de bienes aportados como la previsión de pago en bienes distintos. En caso de que los estatutos prevean semejante posibilidad, lo que ya aceptó la Resolución de 13 de febrero de 1986, es preciso que el acuerdo de modificación, cuando no resulte de los estatutos inicialmente aprobados, sea adoptado por todos los socios de la sociedad con fundamento en el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital, como ya afirmó la Resolución de 30 de julio de 2015. La DGSJFP concluye que el acuerdo por el que se lleva a cabo la modificación estatutaria en los términos expresados ha sido adoptado en junta general universal por la totalidad de los socios que representan la totalidad del capital social, por lo que no cabe sino revocar la nota de calificación con estimación del recurso.

[Portugal]

Caducidade e Alteração do Pacto Social - Invalidez da Deliberação

Acórdão de 12 de Jul. 2022(Processo 1314/20.9T8AMT.P1.S1) - STJ

O STJ pronunciou-se acerca da impugnação de uma deliberação social de uma sociedade por quotas, em que foi alterada a forma de obrigar a sociedade. Até à alteração, a sociedade obrigava-se através da atuação de dois gerentes, entre eles, a autora. Esta, que foi destituída na mesma assembleia geral, contestou a validade da deliberação, e, para tal, alegou que a maioria qualificada necessária de três quartos do capital social não foi respeitada, em violação do disposto no art.265.º/1 CSC.

A Ré contestou, alegando que nem todas as alterações se consubstanciam numa alteração ao pacto social, subsumível ao art.265.º CSC, ponto que é assente na doutrina e na jurisprudência. O juízo sobre o que materializa uma alteração ao pacto social deve, na visão da Ré, ser feito de forma casuística. E, de acordo com a argumentação exposta, no caso presente não se está perante uma alteração ao pacto social, pois a cláusula que preceituava a forma de obrigar da sociedade está caducada.

A cláusula referia que a sociedade se obrigava através da atuação de dois gerentes, especificando o nome dos mesmos sendo que estava, entre os nomeados, o nome da autora, ora destituída. Perante a impossibilidade superveniente de vincular a sociedade, visto que a autora já não era gerente, a cláusula perdeu o seu efeito útil e caducou. Por conseguinte, como é perentório que a sociedade tenha uma cláusula que regule este aspeto essencial, esta situação deve escapar ao escopo do art.265.º CSC, sob pena de a sociedade não poder funcionar do ponto de vista prático.

O Tribunal decidiu que a cláusula não caducou na sua totalidade. A única parte que caducou foi o segmento relativo ao nome da autora, mas não relativo ao número de gerentes necessários para vincular a sociedade. Continuava, por isso, a existir a regra de que a sociedade se obrigaria através da atuação de dois gerentes. Deixou de existir (por ter caducado) a referência ao nome da autora como um dos gerentes. O Tribunal considerou, por isso, a deliberação inválida e os seus efeitos foram declarado nulos.

9 de septiembre de 2022



Procesal Civil

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[Unión Europea]

UE. Reglamento sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil

Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, y Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil

El 2 de diciembre de 2020 se publicaron en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (i) el Reglamento sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, que deroga el Reglamento (CE) 1393/2007, de 13 de noviembre (“Reglamento 2020/1784”); y (ii) el Reglamento relativo a la cooperación entre Estados en la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, que deroga el Reglamento (CE) 1206/2001, de 28 de mayo (“Reglamento 2020/1783”).

Ambos reglamentos entraron en vigor el 22 de diciembre de 2020 (a los veinte días de su publicación) y son aplicables desde el pasado 1 de julio de 2022 (a excepción de algunos preceptos). Su objetivo principal es promover la eficacia y celeridad de los procedimientos judiciales transfronterizos para así garantizar la seguridad jurídica e impulsar el mercado interior entre Estados de la Unión Europea.

* Esta sección ha sido coordinada por Antonio José Moya Fernández y Laura Salas Gómez, y en su elaboración han participado Sonia Borges Fernández, Guillermo García Berdejo, Miguel Ángel Cepero Aránguez, Amaia Bueno Vidán, Lara de Sousa Amorim, Belén Adell Troncho, Inés Mallo Romar, Paula Caramés Rodríguez, Sandra González Varo, Marcos Aurelio Rodrigo Henfling, Javier Alberite Carreño, Jorge Izquierdo Fernández, Valentina Pacella Garay, Beatriz Basterra Moreira, Carlos Altamirano Gómez, Cristian Carbajés Neira, Jorge Azagra Malo, Xuan Wu Zhuo, Antonio Alexandre Marín Marín, Miguel Moratinos López, Kevin Kumar Rohira Abad, Borja Sabater Torronteguí, Alberto Bermejo Nieto, Carlos Francés Ballester, Eduardo Soria Salvo, Paloma Aurióles Gálvez del Postigo y Luís Bertolo Rosa, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Bilbao, Valencia y Lisboa).

Aunque ambos reglamentos tienen, en esencia, una función refundidora de las anteriores previsiones ya vigentes, incorporan algunas novedades que merecen ser destacadas.

A. Novedades del Reglamento 2020/1784 sobre notificaciones

- i. **Asistencia en la determinación del domicilio del destinatario.** Este reglamento no se aplica cuando se desconoce el domicilio del destinatario de la notificación (tampoco se aplicaba el anterior).

Como novedad, el artículo 7 obliga al Estado miembro del domicilio del destinatario a proporcionar asistencia para que se pueda determinar el domicilio a través de tres posibles vías:

- Designando autoridades a las que los organismos transmisores puedan dirigir solicitudes para determinar la dirección de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento.
- Permitiendo que personas de otros Estados miembros presenten solicitudes de información, incluso por vía electrónica, sobre direcciones de las personas a las que haya de notificarse o trasladarse el documento, bien directamente a registros con información domiciliaria, bien a otras bases de datos de consulta pública mediante un formulario normalizado disponible en el Portal Europeo de e-Justicia.
- Proporcionando información detallada, a través del Portal Europeo de e-Justicia, sobre cómo encontrar las direcciones de las personas a las que haya de notificarse o trasladarse el documento.

- ii. **Notificación electrónica directa al destinatario.** Se trata de una de las novedades más destacadas de este reglamento (artículo 19). Se podrá notificar o trasladar documentos judiciales directamente a las personas con dirección conocida de traslado o notificación en otro Estado miembro por cualquier medio electrónico de notificación o traslado disponible con arreglo al derecho del Estado miembro del foro para la notificación o el traslado de ámbito nacional de documentos.

Para ello, (i) deberán ser enviados por medio de servicios cualificados de entrega electrónica certificada de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento (UE) n.º 910/2014 y el destinatario deberá haber prestado previamente consentimiento expreso a la utilización de medios electrónicos de notificación; o (ii) el destinatario deberá haber prestado consentimiento expreso al órgano o autoridad jurisdiccional que conozca del asunto o a la parte encargada de trasladar o notificar los documentos en ese asunto.

Por tanto, en ambos casos será necesario que el destinatario haya prestado su consentimiento expreso antes del envío de la notificación o traslado del documento.

- iii. **Traducción de documentos y notificaciones.** La obligación de traducir los documentos de los que se da traslado a un idioma que el destinatario pueda comprender ya estaba presente en el anterior reglamento. La nueva norma detalla el procedimien-

to por el que el destinatario podrá negarse a recibir la notificación o el documento que no haya sido traducido correctamente (artículo 12).

El organismo receptor tendrá la obligación de informar al destinatario de su derecho a no aceptar la notificación y del procedimiento para hacer efectivo su derecho. En concreto, el destinatario podrá ejercer ese derecho en el plazo de dos semanas a partir del momento de la notificación o el traslado, bien por medio de una declaración escrita o a través de los formularios correspondientes que le adjuntará el organismo receptor cuando le informe de su derecho.

Ahora bien, la falta de traducción de la notificación o del traslado del documento no aceptado sigue siendo un defecto subsanable de acuerdo con el artículo 12.5 del Reglamento 2020/1784.

B. Novedades del Reglamento 2020/1783 sobre la obtención de pruebas

i. Obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente

El órgano jurisdiccional requirente puede solicitar la obtención de pruebas directamente a otro Estado miembro (salvo aquellas que requieran la aplicación de medidas coercitivas) (artículo 19).

La obtención directa de pruebas se llevará a cabo por un miembro del personal judicial o por cualquier otra persona, como por ejemplo un experto, designados con arreglo al derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente.

Esta posibilidad ya estaba prevista en el anterior reglamento de 2001. La verdadera novedad es la contenida en el artículo 20 (que se explicará a continuación), pero que está íntimamente relacionada con esta: una permite la obtención directa de pruebas y la siguiente regula el medio para obtenerlas, que hasta este momento no se había incluido.

ii. Obtención directa de pruebas por videoconferencia

Una de las novedades más relevantes es que cuando la práctica de la prueba consista en la toma de declaración o en el interrogatorio de una persona presente en otro Estado miembro, y el órgano jurisdiccional solicite obtener las pruebas de forma directa (artículo 19), podrá hacerlo por medio de videoconferencia u otra tecnología de telecomunicaciones similar (artículo 20).

Para solicitarlo, deberá cumplimentarse el formulario que se incluye en el Reglamento 2020/1783, y los respectivos órganos jurisdiccionales requirente y requerido se pondrán de acuerdo sobre los aspectos prácticos de la toma de declaración.

De este modo, se evita el traslado de la persona que vaya a prestar declaración.

iii. Obtención de pruebas por agentes diplomáticos o funcionarios consulares

El reglamento también permite que los Estados miembros puedan prever en su derecho nacional que sus órganos jurisdiccionales puedan solicitar a sus agentes diplomáticos o funcionarios consulares, en el territorio de otro Estado miembro y en la zona en que estén acreditados, la obtención de pruebas en los locales de la misión diplomática o del consulado, mediante la toma de declaración o el interrogatorio de nacionales del Estado miembro al que representan (artículo 21).

C. Creación de un sistema informático descentralizado para el traslado de notificaciones y obtención de pruebas (e-CODEX)

- i. Se trata de una novedad común a ambos reglamentos (artículo 7 del Reglamento 2020/1783 y artículo 5 del Reglamento 2020/1784). La transmisión entre organismos transmisores y receptores se realizará a través de un sistema informático descentralizado, seguro y fiable denominado e-CODEX, actualmente en revisión. De hecho, podría ocurrir que el sistema informático que finalmente se aplique sea distinto al previsto en origen a causa de un progreso tecnológico ulterior. Por ello, esta previsión no entrará en vigor hasta el año 2025 (de acuerdo con los artículos 35.3 del Reglamento 2020/1783 y 37.2 del Reglamento 2020/1784).

Adhesión de la UE al Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en Materia Civil o Mercantil

Decisión (UE) 2022/1206 del Consejo, de 12 de julio de 2022, relativa a la adhesión de la Unión Europea al Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en Materia Civil o Mercantil

El pasado 14 de julio de 2022 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la decisión del Consejo, de 12 de julio de 2022, que acordaba la adhesión de la Unión Europea al Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en Materia Civil o Mercantil de 2 de julio de 2019 (el "Convenio"). La Unión Europea participó de forma activa en las negociaciones que condujeron a la adopción del Convenio, y su adhesión vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea, con la excepción de Dinamarca. No obstante, este Convenio no está en vigor todavía a fecha de la presente reseña, porque requiere de la ratificación de, al menos, dos Estados.

El Convenio regula el estándar exigido para la libre circulación de resoluciones sobre la base de dos pilares: (i) un catálogo de reglas de competencia judicial internacional indirecta (sobre la base del principio de reconocimiento recíproco consagrado en el artículo 1.2), y (ii) un conjunto de causas de denegación (se trata de una lista cerrada de motivos que permiten —pero no obligan— al órgano competente a denegar el reconocimiento de una sentencia).

Las reglas de competencia son similares a las contenidas en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial,

el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (el “RBI bis”), aunque con matices. Por ejemplo, en materia de obligaciones de cualquier tipo de contrato, para el Convenio es relevante el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Sin embargo, para el RBI bis, en compraventa de mercaderías y prestación de servicios, lo importante es el lugar de entrega.

En cuanto al ámbito de aplicación, la norma también se inspira en el RBI bis y en el Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro (“Convenio de Acuerdos de Elección”), pero contiene algunas salvedades. Por ejemplo, los contratos de consumo y de trabajo se incluyen en el Convenio a diferencia del RBI bis. Por el contrario, el Convenio no incluye cuestiones como la validez o nulidad de las sociedades u otras personas jurídicas (artículo 1.i del Convenio), que sí están incluidas en el RBI bis.

Además, la Unión Europea ha optado por dejar fuera del ámbito de aplicación del Convenio los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles no residenciales, al encontrarse atribuida su competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté situado el bien inmueble de acuerdo con el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 (considerando n.º 11).

Otra de las diferencias destacables es que el Convenio prevé que se pueda denegar o posponer el reconocimiento de una decisión no firme, a diferencia del RBI bis, que no lo permite. En cuanto a las medidas cautelares, estas no son ejecutables con base en el Convenio, mientras que con base en el RBI bis sí lo son, siempre que se cumplan los requisitos correspondientes.

En cuanto a los motivos de denegación, estos sí son comunes en gran medida a los comprendidos en el RBI bis.

Dicho lo anterior, debe destacarse que esta es una norma de “mínimos”, por lo que su aplicación práctica es muy casuística. Si la norma del Estado contratante es más restrictiva, el Convenio puede suponer cierta liberalización. Por el contrario, de no ser así, su aplicación se encuentra más limitada.

[España]

Juzgados. Competencias

Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil

El 28 de julio se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley Orgánica 7/2022, que reforma parte de las competencias atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil y las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales previstas en la Ley Orgánica 6/1995 (“LOPJ”). Entre las principales modificaciones destacan las siguientes:

A. Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Mercantil

Una de las novedades más destacadas es que los Juzgados de lo Mercantil dejan de ser competentes para el conocimiento de las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios. Su competencia pasa a corresponder a los Juzgados de Primera Instancia.

Los Juzgados de lo Mercantil también dejarán de ser competentes en las siguientes materias: las acciones en materia de daños derivadas de la destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado, compensación y asistencia a pasajeros por denegación de embarque, cancelación o gran retraso de vuelos, derechos de los viajeros de ferrocarril, autobús y autocar, y de pasajeros que viajan por mar y vías navegables.

En materia de concurso de acreedores, los Juzgados de lo Mercantil también serán competentes para conocer de:

- i. Los planes de reestructuración y del procedimiento especial para microempresas.
- ii. La declaración de existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad productiva y los límites de esa declaración (artículo 86.ter LOPJ).
- iii. Los concursos de persona natural no empresario. En el caso del deudor persona natural, el juez del concurso será también el competente para conocer de las cuestiones relativas a la asistencia jurídica gratuita y a la disolución y liquidación de la comunidad o sociedad conyugal del concursado.

En las capitales de provincia en las que existan más de cinco Juzgados de lo Mercantil, las solicitudes de declaración de concurso de acreedores de persona natural se repartirán entre dos de esos juzgados (o más si así se determinase) con exclusión de los demás (novedad introducida en el artículo 86.4 LOPJ, que se modifica en su integridad).

B. Audiencias Provinciales

- i. Las Audiencias Provinciales conocerán de los recursos contra las resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas por la Oficina Española de Patentes y Marcas ("OEPM") (modificación del artículo 74.1.i LOPJ e introducción de un nuevo apartado 3.º en el artículo 82 LOPJ).

Estos recursos se resolverán conforme a los trámites previstos para el juicio verbal. Se añade un artículo 447.bis a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC"), en la que se incluyen las especialidades para la tramitación de estos recursos.

- ii. Se incluye un artículo 82.bis LOPJ que habilita a que el Consejo General del Poder Judicial ("CGPJ"), oída la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, acuerde la creación de secciones especializadas de Audiencias Provinciales que asuman el conocimiento de resoluciones dictadas por Juzgados de Primera Instancia en determinadas

materias y de secciones especializadas para conocer de los recursos frente a resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

- iii. El nuevo artículo 82.bis.3 LOPJ prevé que las provincias en las que existan más de cinco Juzgados de lo Mercantil, el CGPJ habrá de acordar la creación de al menos una sección especializada para el conocimiento de los recursos frente a resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil y frente a las resoluciones de la OEPM que agoten la vía administrativa.

Si se acordase la creación de más de una sección especializada, el acuerdo deberá distribuir también las materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil entre cada una de esas secciones.

En las capitales de provincia en las que existan Juzgados de lo Mercantil exclusivos, se habrá de acordar la creación de una sección especializada para conocer de los recursos que se planteen frente a las resoluciones dictadas por ese órgano. En este caso, la sección especializada tendrá carácter exclusivo y será o no excluyente en atención al número de asuntos.

C. Modificaciones de la LEC

Asimismo, se introducen una serie de modificaciones en la LEC. En concreto, se permite la acumulación de acciones cuyo conocimiento corresponda a tribunales con diferente competencia objetiva, siempre y cuando el Juzgado de lo Mercantil fuese competente para conocer la acción principal y las demás fuesen conexas o prejudiciales a ella (artículo 73 LEC). Sin embargo, no será posible la acumulación si la competencia para conocer la acción principal correspondiese a los Juzgados de Primera Instancia.

En sede de acumulación de procesos, se permite solicitar la acumulación de procesos ante el Juzgado de lo Mercantil, aun cuando este no esté conociendo del proceso más antiguo y se cumplan los restantes requisitos para la acumulación (apartado 2.º del artículo 77 LEC).

Si en la tramitación de un procedimiento ante un Juzgado de Primera Instancia se plantea vía reconvencción una acción conexas a la principal que fuera competencia de los Juzgados de lo Mercantil, el Juzgado de Primera Instancia (previa audiencia a las partes personadas) deberá inhibirse en favor del Juzgado de lo Mercantil que resulte competente (artículo 406.2 LEC). Lo anterior resultará también de aplicación cuando en la contestación se alegasen hechos determinantes de la nulidad radical del negocio (artículo 408.2 LEC) que fuesen materia competencia del Juzgado de lo Mercantil.

El auto que inadmita la reconvencción por falta de competencia podrá ser objeto de recurso de apelación, suspendiéndose el procedimiento principal hasta que se resuelva el recurso.

Igualdad de trato y no discriminación

Ley 11/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio de 2022)

La disposición final segunda de la Ley 11/2022 introdujo una serie de modificaciones en la LEC.

En concreto, se modifica el artículo 11.bis para establecer el listado de entidades legitimadas para *"la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación"*. Estará legitimada la persona afectada y, siempre y cuando cuenten con su autorización, (i) la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (ente público de nueva creación), y (ii) si la persona afectada fuese afiliada o asociada, también lo estarán los partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de consumidores y usuarios y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos (de acuerdo con lo establecido en la Ley 11/2022).

La legitimación para instar acciones en defensa de los intereses difusos corresponderá a *"la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativos, así como a las organizaciones de personas consumidoras y usuarias de ámbito estatal, a las organizaciones, de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produce la situación de discriminación que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, sin perjuicio en todo caso de la legitimación individual de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas"*.

Asimismo, se añade un artículo 15.ter a la LEC, relativo a la publicidad e intervención en los procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación que hayan sido promovidos por alguno de los entes legitimados. En tales procesos, habrá de llamarse a quienes tengan la condición de personas afectadas por la situación de discriminación que da origen al proceso.

En los procesos en los que se alegue discriminación (no solo por razón de sexo como hasta el momento) y se aporten indicios fundados de su existencia, será la demandada a quien corresponda aportar una *"justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"* (artículo 217.5 LEC).

En último lugar, en los procesos promovidos por entes que funden su legitimación en el artículo 11.bis de la LEC, el efecto de cosa juzgada material se extenderá también a los titulares de los derechos en los que se funda esa legitimación (artículo 222.3 de la LEC).

[Portugal]

Processo de Insolvência - Graduação de Créditos

Decreto-Lei n.º 57/2022, de 25 de agosto (DR 164, Série I, de 25 de agosto de 2022)

O Decreto-Lei n.º 57/2022, de 25 de agosto, veio alterar os artigos 129.º e 130.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas com o objetivo de agilizar a graduação de créditos no processo de insolvência. Deste modo, passou a competir ao administrador da insolvência o dever de apresentar nos autos, conjuntamente com a lista de créditos reconhecidos, uma proposta de graduação dos mesmos, permitindo ao juiz, em caso de concordância e na ausência de impugnações, limitar-se a homologar ambos os documentos.

O Decreto-Lei n.º 57/2022 entrou em vigor no dia 26 de agosto de 2022.

2. Jurisprudencia

[Espanña]

El Tribunal Supremo reitera su doctrina en relación con la legitimación de los adquirentes de inmuebles de segunda mano para reclamar a la promotora por defectos constructivos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2022

En este caso, la controversia radicaba en torno a una serie de defectos constructivos en una promoción de inmuebles de nueva construcción. Constatada por los propietarios la diferencia entre el material y acabado finalmente instalados en las puertas de paso interiores y frentes de armarios y la que reflejaba la memoria de calidades de la promoción, interpusieron demanda en la que invocaban la existencia de incumplimiento contractual de la promotora, a fin de obtener el pago correspondiente a la diferencia de valor entre la calidad prometida y la finalmente entregada. Sin embargo, entre los demandantes se encontraban tanto adquirentes originarios (que habían comprado directamente a la promotora) como adquirentes derivativos o de “segunda mano” (que habían adquirido los inmuebles de los adquirentes originarios con posterioridad).

Opuesta excepción de falta de legitimación activa respecto a estos últimos por parte de la promotora, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que, estimando sustancialmente la demanda respecto de los adquirentes originarios, desestimó, en cambio, la demanda de los adquirentes de “segunda mano” por considerar que entre estos y la promotora no existía vínculo de naturaleza contractual que sirviese como base para la acción ejercitada.

En sede de apelación, frente a la impugnación de los adquirentes de “segunda mano”, la Audiencia Provincial desestimó los argumentos invocados por estos, razonando que la cuestión de

los defectos de acabado (que declaraba probados) no afectaban a la esencia e integridad de los inmuebles, sino "a su mejora". Así, y no habiéndose pactado la cesión de acciones frente a la promotora en los contratos de compra por parte de los adquirentes derivativos, no ostentarían estos legitimación activa.

Recurrida en casación la sentencia por infracción de los artículos 1101 y 1124, en relación con el artículo 1257 del Código Civil, el Tribunal Supremo recoge su anterior doctrina, expresada en las sentencias de 30 de junio de 1997 y 11 de abril de 2011, en las que declaraba que, a pesar del principio de relatividad que preside nuestro derecho contractual, "no se infiere que los nuevos adquirentes pierdan legitimación para reclamar [...] en todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad", como son las obligaciones *propter rem*, que, al contrario que las de carácter personalísimo, trascienden a los sucesivos adquirentes para reclamar el respeto de situaciones jurídicas creadas.

Atendido lo anterior, y considerando asimismo el Alto Tribunal que los defectos de material o acabado en las puertas interiores no constituyen cuestiones accesorias, sino de "trascendencia sustancial en aras a preservar la integridad del bien", la sentencia concluye reconociendo el derecho de los adquirentes de "segunda mano" para reclamar de la promotora por el defecto de construcción acreditado en la instancia en idénticos términos que los adquirentes originarios.

El Tribunal Supremo concluye que la no imposición de costas a la parte demandada en materia de cláusulas abusivas con consumidores por existir serias dudas de hecho o de derecho, por haberse allanado esta antes de la contestación a la demanda o por haberse estimado la demanda solo de forma parcial, vulnera el principio de no sujeción a cláusulas nulas de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y el principio de efectividad del derecho de la Unión Europea

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2022

El Tribunal Supremo tiene la ocasión de pronunciarse en estas tres sentencias acerca de las exigencias que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y el principio de efectividad del derecho de la Unión Europea imponen a los tribunales nacionales en materia de imposición de costas. Estas tres resoluciones judiciales resuelven los siguientes supuestos fácticos, que presentan grandes similitudes:

- i. En la primera de ellas, interpuesta una demanda contra una entidad bancaria en la que se solicitaba la nulidad de una condición general de la contratación por vulnerar el principio de transparencia, la sentencia de instancia estima íntegramente dicha pretensión e impone las costas a la entidad financiera. En sede de apelación se revoca este último pronunciamiento al acogerse la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, interponiendo la parte actora recurso de casación en el que insta la confirmación de la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos.
- ii. En la segunda de ellas, tras haber demandado la parte actora, previo requerimiento a la entidad financiera, la nulidad de una cláusula abusiva, esta se allana a la contestación,

recayendo sentencia estimatoria en primera instancia sin imposición de costas. El pronunciamiento se reitera en apelación y es impugnado por la demandante, que solicita la imposición de costas.

- iii. Finalmente, en la tercera de ellas, instada la declaración de nulidad de una serie de cláusulas abusivas, la sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda sin imposición de costas procesales. Este último pronunciamiento, tras ser confirmado en segunda instancia, es recurrido en casación por la parte actora.

El Tribunal Supremo resuelve estas tres controversias jurídicas remitiéndose a la doctrina sentada en su sentencia del Pleno de 4 de julio de 2017; esto es, que en materia de condiciones generales de la contratación abusivas en las que se ven afectados consumidores y usuarios no resulta procedente apartarse del criterio del vencimiento objetivo en materia de costas ni pueden estas dejar de imponerse en supuestos de estimación parcial de la demanda, toda vez que, de hacerlo, se estaría produciendo un efecto disuasorio negativo en los consumidores y usuarios, que, ante los elevados costes que podría acarrear un procedimiento judicial, podrían abstenerse de iniciarlos, frustrándose el objetivo perseguido por los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de erradicar la existencia de cláusulas abusivas en materia de consumo. Por esta razón, el Tribunal Supremo estima los tres recursos de casación interpuestos y concluye que debe condenarse en costas a la parte demandada en todos ellos.

El Tribunal Supremo aprecia mala fe y contravención de los actos propios y de la confianza legítima cuando, de manera repentina y sin previo aviso, se impide la asistencia a la junta general por negarse validez a una forma de representación voluntaria que, aun no ajustándose a los requisitos exigidos legalmente, ha venido siendo admitida anteriormente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2022

Dos socios de dos compañías formularon demanda frente a las referidas sociedades por la que solicitaban, con carácter principal, la nulidad de determinadas juntas y de todos los acuerdos adoptados en ellas, por, a su vez, defectuosa convocatoria y vulneración del derecho de asistencia a las juntas de los demandantes, tras haberse rechazado las representaciones voluntarias otorgadas que, aun no cumpliendo estrictamente con los requisitos legales y estatutarios previstos, habían sido admitidas en juntas anteriores. Subsidiariamente, se solicitó la nulidad de otros acuerdos y de los que trajeran causa de aquellos declarados nulos.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó la petición principal al considerar que las juntas fueron válidamente convocadas y que no se había vulnerado el derecho de asistencia de los demandantes, dado que las representaciones otorgadas no habían cumplido con los requisitos legales exigidos. Apreció, sin embargo, la pretensión subsidiaria de declaración de nulidad de determinados acuerdos sociales.

La Audiencia Provincial, por su parte, desestimó el recurso de apelación que habían interpuesto las sociedades demandadas frente a la sentencia de primera instancia y estimó la impugnación

que habían formulado los socios con ocasión del trámite de oposición al recurso de apelación. La Sala, entre otras cosas, concluyó que la sorpresiva exigencia del cumplimiento de los requisitos legales (art. 183 de la Ley de Sociedades de Capital) para el otorgamiento de la representación voluntaria en las juntas impugnadas era contraria a la buena fe. Para alcanzar esa conclusión tuvo en cuenta que la práctica societaria anterior (no discutida) consistía en permitir esa forma de asistencia a las juntas, sin exigir el cumplimiento de los requisitos legales para el otorgamiento de la representación.

Las sociedades demandadas interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo desestimó el único motivo del recurso que denunciaba la infracción del artículo 183 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con la asistencia por medio de representación voluntaria a las juntas impugnadas.

El Alto Tribunal afirma que ha de realizarse una evaluación casuística de la buena o mala fe en la admisión o rechazo de una representación voluntaria que, no siendo ajustada a la norma, ha sido admitida con anterioridad. En particular, considera que se actuaría contra la buena fe cuando, sin haber cambiado las circunstancias ni existir advertencia previa al respecto, se negara la validez de la representación anteriormente reconocida (contravención de los actos propios y vulneración del principio de confianza legítima).

La Excm. Sala concluye al respecto que *"lo relevante es haber expresado el cambio de criterio justo al tiempo de constituir las juntas y no haberlo advertido antes. El precedente por sí solo no es fuente normativa que obligue de cara al futuro, ya que puede variarse y ajustarse a la ley; pero después de haber generado la confianza en los socios en que se podía acudir a esa clase de representación, negarlo en el momento de constitución de las juntas generales, sin margen de reacción, es lo que resulta contrario a la buena fe"*.

El Tribunal Supremo concluye que procede exigir responsabilidad a la compañía consignataria en un transporte marítimo internacional por los daños ocasionados a las mercancías transportadas, con independencia de que el contrato de transporte incluyera una cláusula *Paramount* y que resulten de aplicación las Reglas de La Haya-Visby

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 2022

El Tribunal Supremo resuelve una controversia surgida a raíz del transporte marítimo internacional de determinadas mercancías entre su compradora y la compañía que intervino como consignataria del transporte, ambas sociedades españolas.

La compraventa se había realizado bajo el *incoterm* CIF (*cost, insurance and freight*), y la compradora había sido ajena al contrato de transporte, otorgado entre la vendedora y una empresa naviera. En el transporte intervino también una compañía consignataria como representante de la naviera en la realización de determinadas funciones en puerto.

Al realizar las operaciones de descarga de las mercancías, la compradora observó que las bodegas del buque que las transportaba estaban encharcadas de agua de mar. Los informes encargados al respecto determinaron que el agua había deteriorado las mercancías hasta el punto de hacerlas inservibles para el uso para el que se habían adquirido, por lo que la compradora tuvo que venderlas para chatarra.

Con base en la Ley del Transporte Marítimo de 1949, el Código de Comercio y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, la compradora interpuso demanda de reclamación de cantidad frente a la compañía consignataria, considerando que procedía equiparar el régimen de responsabilidad por daños del consignatario al del naviero y, por tanto, la compañía consignataria debía responder por los daños sufridos en las mercancías de la compradora.

La parte demandada opuso en su contestación que, dado que el documento de conocimiento de embarque se había emitido en Rusia, desde donde partió el buque con las mercancías, y ese país se había adherido al Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque de 1924 y sus Protocolos de 1968 y 1979 (conjuntamente conocidos como "Reglas de La Haya-Visby"), el régimen legal aplicable no era el identificado en la demanda, sino el contenido en las Reglas de La Haya-Visby, que no recogen la asimilación de responsabilidad del naviero y del consignatario que pretendía la parte demandante. Sucede, además, que en el contrato de transporte se había incluido una cláusula *Paramount* por la que se estipulaba expresamente la aplicación de las Reglas de La Haya-Visby.

La sentencia de primera instancia acogió la tesis de la consignataria y concluyó que, en aplicación de las Reglas de La Haya-Visby, no procedía responsabilizarla de los daños ocasionados en las mercancías transportadas. El recurso de apelación interpuesto por la compradora fue estimado por el tribunal que conoció de la segunda instancia, que consideró que las Reglas de La Haya-Visby y la Ley de Transporte Marítimo de 1949 son de aplicación conjunta, por lo que procedía declarar la responsabilidad de la compañía consignataria de conformidad con la normativa nacional. La sentencia de segunda instancia omitió valorar las implicaciones de la cláusula *Paramount*, ya que no obraba en las actuaciones y que no se había acreditado que estuviera incorporada al contrato de transporte. La compañía consignataria interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

El Tribunal Supremo desestima en su sentencia los motivos de infracción procesal. En primer lugar, se indica que la Audiencia Provincial que enjuició la apelación tenía que haber tomado en consideración el reverso del documento de conocimiento de embarque que contenía la cláusula *Paramount*, pues se había acompañado junto con el escrito de declinatoria que inicialmente había presentado la consignataria. El Alto Tribunal considera, no obstante, que ello no genera indefensión alguna en la práctica, pues la razón decisoria de la sentencia de apelación es la aplicación conjunta de las Reglas de La Haya-Visby y la Ley de Transporte Marítimo, lo que no se excluía por la referida cláusula. Además, la sentencia indica que la falta de pronunciamiento en apelación sobre determinada pretensión subsidiaria de la consignataria no supone incongruencia omisiva, pues era extemporánea y contradictoria con la posición de la propia parte.

Se desestima también el motivo único de casación, en el que la consignataria sostenía, en síntesis, que debería haberse aplicado la cláusula *Paramount* y, en consecuencia, solo resultarían de apli-

cación las Reglas de La Haya-Visby y no las normas nacionales que fundamentan la demanda. El Tribunal Supremo concluye al respecto que las Reglas de La Haya-Visby resultan de aplicación en todo caso y con independencia de la incorporación o no de la cláusula *Paramount*, dado que el documento de conocimiento de embarque se emitió en un estado signatario. Sin perjuicio de ello, como el Alto Tribunal también da cuenta citando determinadas sentencias anteriores al respecto, la aplicabilidad de las Reglas de La Haya-Visby no excluye la aplicación de la Ley de Transporte Marítimo y el Código de Comercio. Atendiendo a ello, la sentencia concluye, en definitiva, que resulta procedente exigir responsabilidad a la compañía consignataria por los daños causados en las mercancías transportadas.

El Tribunal Supremo establece que la adopción es la vía por la que la madre comitente puede obtener la determinación de la filiación de aquellos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 31 de marzo de 2022

La cuestión objeto de esta sentencia es si resulta posible determinar *ex art.* 131 del Código Civil, a favor de la madre comitente, la filiación por la constante posesión de estado en relación con un menor nacido en virtud de un contrato de gestación por sustitución.

El Tribunal Supremo, antes de entrar a resolver la cuestión litigiosa, reitera la jurisprudencia sentada en su Sentencia de Pleno de 6 de febrero de 2014, según la cual la gestación por sustitución comercial vulnera los derechos fundamentales tanto del niño como de la mujer gestante, reconocidos en la Constitución española y en los convenios internacionales sobre derechos humanos —en particular, en la Convención sobre los Derechos del Niño—.

Asimismo, configura la gestación por sustitución como un supuesto de “venta de niños” del art. 2.a) del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, y concluye que está prohibida en el ordenamiento jurídico español (entre otros, por el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

Sin perjuicio de cuanto antecede, el Tribunal Supremo reconoce que *“estas previsiones de las leyes y convenios internacionales contrastan radicalmente con lo que sucede en la práctica”*, ya que los menores nacidos en el extranjero fruto de una gestación por sustitución *“entra(n) sin problemas en España y acaba(n) integrado(s) en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado”* —el de la madre comitente en este caso—. Añade que, para satisfacer el interés superior del menor, debe encontrarse una solución que permita *“proteger esos vínculos”*.

La solución propuesta por la sentencia, en línea con el Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019, es la adopción por la madre comitente del menor nacido tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Por el contrario, descarta la determinación de la filiación por vía del art. 131 del Código Civil, porque la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante.

El Tribunal Supremo, al contrario que la Audiencia Provincial de Madrid, atribuye la guarda y custodia de los menores a la madre, sin perjuicio del derecho de visitas del padre. Fundamenta la decisión en la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto, que facilite la adopción de decisiones en beneficio de los menores y de su desarrollo emocional

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2022

En primera instancia, el Juzgado atribuyó la guarda y custodia de los menores a la madre, estableciendo un régimen de visitas a favor del otro progenitor. Dicha decisión se basó en la existencia de episodios puntuales de descontrol verbal por parte del padre, así como en la concurrencia de una relación muy deteriorada y de alta conflictividad entre los litigantes.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, acordando un régimen de custodia compartida por semanas alternas (a falta de acuerdo entre los progenitores), por considerar que las desavenencias existentes entre los padres no excluía la aplicación de dicho régimen.

En su sentencia, el Tribunal Supremo comienza por recordar cuál es la doctrina del Alto Tribunal en relación con las relaciones conflictivas entre los progenitores y el régimen de la custodia compartida. En este sentido, se recalca que *"para establecer un régimen de custodia compartida, no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores ..."*, sin que la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia justifique *per se*, que se desautorice el régimen de custodia compartida, salvo que *"afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos"*.

En esta línea, la Sala destaca que, en el presente caso, se practicó un informe psicológico por parte de un perito cualificado que señalaba claramente que la mala relación entre los padres y la falta de diálogo constructivo y acuerdo *"incluso sobre las cuestiones nimias"*, desaconsejaba la custodia compartida. Según indica el informe, se trataba de un *"conflicto que no está contenido"* y que los menores habían presenciado en varias ocasiones.

Todo ello lleva al Tribunal Supremo a concluir que *"hay una fuerte evidencia de que los altos niveles de conflicto post divorcio son perjudiciales para los hijos"*, por lo que asume la instancia y atribuye la custodia y guarda de los menores a la madre.

Concursal. La derivación de responsabilidad tributaria al administrador de una sociedad como causa de insolvencia

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) de 12 de mayo de 2022

El supuesto de hecho parte de un concurso de acreedores de persona física, en el que la masa pasiva se encuentra compuesta, en su práctica totalidad, por el crédito de la AEAT. Este crédito tiene su origen en expedientes de derivación de responsabilidad, por los que la AEAT había hecho

responsable al concursado, en su condición de administrador de una sociedad mercantil, de la comisión de infracciones consistentes en el falseamiento de facturas y contabilidad.

Tras calificarse el concurso de acreedores como fortuito por el Juzgado de lo Mercantil, la AEAT interpuso recurso de apelación. En su recurso argumentó que, en aplicación del artículo 164.1.1 de la anterior LC (actual artículo 442 del TRLC), el concurso debía calificarse como culpable, por cuanto había sido el propio concursado quien, al cometer las infracciones tributarias que dieron lugar a la derivación de responsabilidad, había causado su insolvencia.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. El tribunal hizo suya la argumentación de la AEAT y determinó que la razón por la que el concursado se encontraba en insolvencia, sin poder cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, era que la AEAT le había hecho responsable de las deudas tributarias de la compañía que administraba.

Acto seguido, el tribunal razonó que los referidos expedientes administrativos gozan de presunción de legalidad y que el concursado no había llevado a cabo actos concluyentes de su impugnación. Por ello, concluyendo que había sido la conducta infractora del deudor concursado la que había causado su insolvencia, el tribunal calificó el concurso como culpable.

Concursal. Clasificación en el seno de un concurso de acreedores de un préstamo participativo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 7 de junio de 2022

En el supuesto de autos se analiza una demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores en la que se solicitaba que el principal de un crédito que había sido reconocido a su favor fuera clasificado como ordinario —en vez de como subordinado—. Este crédito tenía su origen en un préstamo participativo concedido por parte de la impugnante a la mercantil concursada.

La demandante fundamentaba la clasificación del crédito objeto de litigio como ordinario en los siguientes argumentos: (i) en situaciones de concurso, la LC se tiene que aplicar con carácter preferente al RDL 7/1996; (ii) los pactos de subordinación se deben aplicar de forma restrictiva y en este caso no existe un pacto expreso de subordinación; (iii) la ausencia de una disposición en la LC en la que se establezca de forma expresa el carácter subordinado de los créditos participativos; y (iv) el carácter de empresa pública de la sociedad demandante, así como el hecho de que el préstamo se destinaría a financiar el plan de liquidación presentado por la concursada.

La administración concursal se opuso a la demanda al considerar que el crédito, al tener la consideración de préstamo participativo, está sujeto al RDL 7/1996 y, en consecuencia, debe ser clasificado como subordinado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del RDL 7/1996 en relación con el artículo 29 de la LC. El Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, siguiendo esta línea argumentativa, dictó sentencia en la que desestimaba la demanda. Esta resolución fue recurrida en apelación por parte de la mercantil demandante.

Finalmente, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona concluyó que los créditos nacidos de préstamos participativos deben ser calificados como subordinados por las siguientes razones:

- i. La LC no contiene una regulación específica sobre el tratamiento de los préstamos participativos en el concurso. Por tanto, para su calificación se debe acudir al artículo 20 del RDL 7/1996, en el que se describen sus características principales. En el apartado c) de este precepto se establece que *"los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán detrás de los acreedores comunes"*.
- ii. Por otro lado, el artículo 92.2 de la LC establece que se deben incluir en la categoría de créditos subordinados *"los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor"*.
- iii. La escritura del préstamo objeto del litigio contiene una sumisión expresa a la regulación contenida en el RDL 7/1996 al establecer que el préstamo tiene la naturaleza de préstamo participativo. En consecuencia, teniendo en cuenta el pacto de las partes en el contrato de préstamo, la calificación del crédito derivado de este préstamo deberá ser la que corresponda a los préstamos participativos, que será de subordinado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del RDL 7/1996 y el artículo 92.2 de la LC.

Por otro lado, la Audiencia Provincial señala que el artículo 281 del TRLC zanja definitivamente la controversia existente, toda vez que contempla expresamente a los préstamos participativos entre los créditos que se debe considerar que tienen la condición de subordinados por pacto contractual.

Concursal. La condición de persona especialmente relacionada con el concursado se transmite junto con el patrimonio de la sociedad absorbida cuando tal condición concurre en el momento del nacimiento del crédito insinuado en el concurso

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 29 de abril de 2022

Una entidad financiera interpuso demanda contra la administración concursal y la concursada, impugnando la lista presentada por la primera al haber clasificado como subordinados tres créditos al amparo del artículo 92.5 de la LC, por entender que Bankia ostentaba la condición de persona especialmente relacionada con la concursada por su condición de socio.

El Juzgado de lo Mercantil, tras rechazar la subordinación conforme al artículo 92.5 de la LC por tratarse de créditos de fecha anterior al momento en que la demandante adquirió la condición de socio, consideró que la subordinación sí que resultaba fundada, ya que la demandante era también administradora de la concursada (artículo 93 de la LC).

El recurso de apelación de la entidad financiera se fundamentó en los siguientes motivos: (i) la incongruencia causante de su indefensión, al haberse modificado la causa de subordinación en un momento procesal en el que no se le permitía una defensa efectiva; y (ii) que la entidad financiera jamás ostentó la condición de administradora de la concursada.

Respecto del vicio de incongruencia alegado, la Audiencia Provincial considera que el objeto de todo incidente concursal está determinado previamente por un acto de autoridad que se pretende cuestionar, es decir, el informe de la AC. Por ello, considera que la sentencia de primera instancia no podía tomar en consideración la causa de subordinación del artículo 93 de la LC sin incurrir efectivamente en la incongruencia denunciada.

Sin embargo, la sentencia de apelación mantiene la subordinación de los créditos al amparo del artículo 92.5 de la LC, al entender que la razón que justifica la subordinación por esta causa tiene un carácter estrictamente concursal y obedece a una causa de carácter objetivo, como es la infra-capitalización. En tal caso, la Audiencia Provincial de Barcelona concluye que no existe duda de que la sociedad absorbente sucedió a la absorbida en todas sus relaciones jurídicas, lo que incluye los aspectos positivos y negativos de la propia transmisión.

Concursal. Juzgado competente para las reclamaciones contra la mercantil concursada

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5.^a), de 4 de mayo de 2022

En el supuesto de autos, dos ciudadanos de nacionalidad italiana con domicilio habitual en Palma de Mallorca reclaman una indemnización a una aerolínea —con domicilio social en Italia— al haber sufrido un retraso de más de tres horas en un vuelo entre Nueva Delhi y Roma. El objetivo de la controversia es determinar si el conocimiento de la reclamación corresponde a la jurisdicción civil española o a la italiana, en concreto al Juzgado de Civitavecchia, que está conociendo del procedimiento de insolvencia de la entidad demandada.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma declaró su falta de jurisdicción internacional al considerar que esta correspondía al Juzgado italiano, en tanto en cuanto el artículo 745.1 del TRLC establece que, salvo en supuestos concretos, las resoluciones extranjeras reconocidas producirán en España los efectos que les atribuya la Ley del Estado del procedimiento. De acuerdo con la legislación italiana, todas las reclamaciones de crédito deben concentrarse en el tribunal que declaró la insolvencia de la compañía.

La parte actora recurrió el auto en el que se declaraba la falta de jurisdicción internacional de los tribunales españoles alegando que la acción ejercitada no deriva directamente del procedimiento de insolvencia ni guarda una estrecha relación con este. La demandada, por su parte, se opuso al recurso de la actora por considerar que la competencia internacional corresponde al Juzgado italiano de acuerdo con los artículos 3.1, 7.1 y 19 del Reglamento 848/2015, el Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.

Finalmente, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5.^a) estimó el recurso interpuesto por la actora y declaró que el Juzgado de instancia español sí que ostentaba competencia internacional para conocer del caso en cuestión. A la hora de llegar a esta conclusión, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca se basa en las sentencias dictadas por el TJUE el 20 de diciembre de 2017 y el 7 de mayo de 2019.

En estas resoluciones, el TJUE explica que el objeto del Reglamento núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia debería quedar limitado a disposiciones que regulen la competencia para la apertura de procedimientos de insolvencia y para decisiones "emanadas directamente de dichos procedimientos, con los que están en estrecha relación". El TJUE establece, en esencia, un test de doble condición, de acuerdo con el cual la acción debe estar basada directamente en el derecho de insolvencia y debe estar estrechamente conectada con un procedimiento de insolvencia. Esta doctrina es la que se recoge actualmente en el artículo 6.1 del nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia 848/2015. A la hora de determinar si una acción emana directamente de un procedimiento de insolvencia lo decisivo es que el fundamento jurídico de la demanda sean normas especiales propias de los procedimientos de insolvencia.

Aplicando esta doctrina al supuesto de autos, la Audiencia Provincial concluye que no resulta de aplicación a este caso el Reglamento 848/2015, dado que la reclamación de una indemnización por un retraso de un vuelo no guarda relación alguna con un procedimiento de insolvencia. En este sentido, las fuentes del derecho en que se basa la demanda son las normas generales del derecho civil o mercantil, y no normas concursales. El hecho de que la demandada esté incurso en un procedimiento de insolvencia no es suficiente para que se modifique esta conclusión.

En ese caso resulta aplicable, en consecuencia, el Reglamento Bruselas I Bis 1215/2012. De acuerdo con el artículo 18.1 de este Reglamento, el Juzgado de Palma de Mallorca será competente para conocer del caso, dado que los demandantes son consumidores y su domicilio habitual se encuentra situado en Palma de Mallorca.

[Portugal]

Uniformização de Jurisprudência - Prazos De Prescrição - Quotas de Amortização do Capital Pagável com Juros

Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº6/2022 (Processo nº1736/19.8T8AGD-B. P1.S1) – STJ

No Acórdão em apreço, o STJ uniformizou jurisprudência no sentido de que, perante quotas de amortização do capital mutuado pagável com juros, a prescrição opera no prazo de cinco anos, nos termos do artigo 310.º, alínea e), do CC, em relação ao vencimento de cada prestação. Ocorrendo o seu vencimento antecipado, designadamente nos termos do artigo 781.º daquele mesmo diploma, o prazo de prescrição mantém-se, incidindo o seu termo a quo na data desse vencimento e em relação a todas as quotas assim vencidas.

Na sua fundamentação, o STJ esclarece que se está perante uma obrigação de natureza híbrida, que visa simultaneamente operar a amortização e a remuneração do capital mutuado. Acresce que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência maioritária, acolhida pelo STJ, a amortização fracionada do capital em dívida, quando realizada conjuntamente com o pagamento dos juros vencidos, é equiparável à situação das típicas prestações periodicamente renováveis, pelo que se deve aplicar o prazo curto de prescrição de 5 anos. De acordo com o STJ, a razão de ser das prescrições de curto prazo justifica a sua aplicação a este caso: por um lado, visam proteger o de-

vedor, garantindo que não é permitido ao credor deixar acumular os seus créditos, com o intuito de, depois, de um só golpe, levar o devedor à ruína; por outro lado, esta norma pretende também estimular a cobrança pontual dos montantes fracionados pelo credor, evitando o diferimento do exercício do direito de crédito.

O STJ entende que a prescrição incide sobre cada uma das prestações de capital, ao arrepio de alguma jurisprudência recente do próprio STJ, que entendeu que a prescrição se reportava à integralidade da obrigação em dívida. Ou seja, segundo este entendimento, tendo cessado o pagamento das prestações convencionadas em determinada data, e tendo decorrido mais de cinco anos sem que o credor declarasse o vencimento antecipado a todas as prestações prescreveriam.

Desta forma, o STJ uniformiza a jurisprudência num sentido que pode ser repartido em dois segmentos: primeiro, entende que, perante quotas de amortização do capital mutuado pagável com juros, se aplica o prazo de 5 anos do artigo 310.º, alínea e) do CC, por oposição, por exemplo, à aplicação do prazo de prescrição ordinária do artigo 309.º do mesmo diploma; segundo, define que a prescrição opera no prazo de cinco anos, mas em relação a cada prestação, e não à totalidade da dívida.

9 de septiembre de 2022



Procesal Penal

9 de septiembre de 2022

1. Jurisprudencia

[España]

La conducta de quien solicita y obtiene una subvención y destina la totalidad o parte de lo recibido a su personal enriquecimiento sin emplearla a los fines para los que fue concedida, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos de la apropiación indebida, no puede quedar impune por el hecho de que lo defraudado no alcance la cuantía de 120.000 euros que, como límite mínimo, fijaba el tipo del delito del fraude de subvenciones. La relación de especialidad para resolver el concurso de normas entre la apropiación indebida y el fraude de subvenciones no siempre ha de resolverse en favor de este último, pues el contenido del ilícito no es coincidente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 6 de abril de 2022

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, de 2 de diciembre de 2019, que condenó al representante y administrador único de una sociedad por un delito de apropiación indebida. El acusado, en su condición de administrador, solicitó a la Junta de Andalucía una subvención pública para participar en un programa de acciones formativas con compromiso de contratación posterior. Esta subvención fue finalmente concedida a la sociedad. Sin embargo, una vez recibida la cuantía en una cuenta corriente de una entidad financiera, dicha entidad procedió a la ejecución inmediata de una póliza de crédito personal del administrador contra la subvención percibida y el resto del importe fue libremente dispuesto por el propio administrador. Al no justificar el destino de los fondos a la impartición de los cursos de formación, la Junta de Andalucía acordó el reintegro del 75 % del importe de la subvención.

Tras el fallo de la Audiencia Provincial de Málaga, el acusado interpuso recurso de casación fundado, entre otros motivos, en una infracción de precepto constitucional por vulneración del principio de legalidad penal recogido en el artículo 25.1 de la Constitución. El acusado defendía la atipicidad

* Esta sección ha sido coordinada por Enrique Rodríguez Celada, y en su elaboración han participado Mario Montes Santamaría, Arianna Vázquez Fernández, Irene Rodríguez Rodríguez, Cristina Rodríguez Fuentes, Cristina Sanz Vizcaíno y Diego Merino Pereda, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

de la conducta declarada probada ante la imposibilidad de subsumirla en el tipo especial de fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal (“CP”), dado que la cuantía de lo defraudado no superaba los 120.000 euros que, en el momento en que se cometieron los hechos, exigía el tipo penal, sin que resultase posible subsumir esa conducta, por tanto, en el delito de apropiación indebida por el que se le condenó (artículo 252 del CP).

Sin embargo, el Tribunal Supremo confirma el criterio del tribunal de instancia y concluye que los hechos sí son constitutivos de un delito de apropiación indebida, pues, cumpliéndose todos los requisitos de ese tipo penal, la conducta no puede quedar impune por el simple hecho de que lo defraudado no alcance la cuantía mínima del delito de fraude de subvenciones. La relación entre el delito de apropiación indebida y el delito de fraude de subvenciones —igual que la relación entre el delito de estafa y el de fraude de subvenciones— es de concurso de normas a resolver por el principio de especialidad. Sin embargo, esa relación de especialidad no debe resolverse siempre en favor del fraude de subvenciones. El contenido de ambos ilícitos no es coincidente.

Así, cuando se trata de cantidades dinerarias, reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal ha venido entendiendo que, para la comisión de un delito de apropiación indebida, han de concurrir los siguientes elementos objetivos: (i) que el autor lo reciba en virtud de depósito, administración u otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca la consiguiente obligación de devolver otro tanto de la misma especie; (ii) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el dinero recibido que resulta ilegítimo en cuanto que excede las facultades conferidas por el título de recepción, dándole, por tanto, un destino distinto al acordado o impuesto; y (iii) que, como consecuencia de este acto, se cause un perjuicio al sujeto pasivo que le imposibilite, al menos transitoriamente, la recuperación del dinero.

Por su parte, como elemento subjetivo, se exige que el sujeto conociera que excedía sus facultades, lo cual concurría en este caso, dado que el acusado había sido requerido para devolver el dinero por la Junta de Andalucía. Por ende, puede asumirse que actuaba con ánimo de apropiarse de tales cantidades recibidas en concepto de subvención, con clara voluntad de enriquecerse.

Por todo ello, el Tribunal Supremo desestima finamente el motivo de casación y determina que la conducta no puede considerarse atípica, ya que, si bien no concurren los elementos del ilícito del fraude de subvenciones, sí lo hacen los del delito de apropiación indebida, primando la protección del patrimonio del perjudicado frente a los actos defraudatorios típicos de apropiación o distracción en perjuicio de otro.

La conducta del recurrente, que simuló la consignación íntegra de la responsabilidad civil reclamada por la acusación particular a fin de alcanzar una conformidad, constituye un delito de estafa de los artículos 248 y 249 del CP, pero no un delito de estafa procesal del artículo 250.1.7.º del CP, en tanto que se habría engañado a la contraparte, pero no al juez (que, ante el acuerdo de las partes, tenía obligación de dictar la sentencia en conformidad)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 20 de abril de 2022

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, de 27 de septiembre de 2019, que le condenaba como autor de un delito de estafa procesal en grado de tentativa.

Según el relato de hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, el acusado, en el seno de un procedimiento penal anterior, había llegado a un acuerdo de conformidad con el Ministerio Fiscal y la acusación particular, sobre la base de que había consignado en la cuenta bancaria titularidad de la sociedad perjudicada —a la que solo él tenía acceso como autorizado— la cantidad de 62.500 euros. Como consecuencia de ello, el Juzgado de lo Penal reconoció una atenuante muy cualificada de reparación del daño y la acusación renunció a reclamar la indemnización de daños y perjuicios que le correspondía como consecuencia de la acción civil. No obstante, antes de la vista de conformidad, el acusado retiró la cantidad de 13.000 euros tan solo ocho días después de su consignación y no advirtió de este hecho a la contraparte.

A raíz de lo anterior, se incoó un segundo procedimiento penal por estafa procesal, donde el acusado argumentó que la cantidad finalmente consignada se correspondía con la responsabilidad civil solicitada por el Ministerio Fiscal, aduciendo que era con quien había llegado a un acuerdo y no con la acusación particular.

A este respecto, el Tribunal Supremo recuerda que la conformidad ha de ser respecto de la más grave de las acusaciones y la más alta responsabilidad civil, y que la atenuante muy cualificada de reparación del daño se otorga cuando el acusado procede a consignar la cantidad total de la reclamación más grave de las acusaciones. Y sucede que ninguno de esos requisitos se habría cumplido tras la retirada de parte del dinero consignado por parte del acusado.

En virtud de los hechos probados, el Tribunal Supremo entiende que concurren los elementos típicos del delito de estafa de los artículos 248 y 249 del CP, ya que:

- i. Existe un engaño bastante al hacer creer a las partes en el día de la vista que la cantidad que se había depositado seguía consignada en su integridad a fin de lograr la conformidad, una notable rebaja de la pena y la renuncia a la acción civil por parte de la acusación.
- ii. Existe un desplazamiento patrimonial que se materializó en la renuncia a la acción civil por parte de la acusación particular, minorando su derecho de crédito.
- iii. Existe un evidente ánimo de lucro por parte del acusado al retirar la cantidad de 13.000 euros en su propio beneficio.

Además, el Tribunal Supremo razona que la estrategia llevada a cabo por el acusado ha sido idónea para la consecución de sus fines, ya que, gracias a la maniobra fraudulenta y a la previa consignación de la cantidad solicitada, el acusado ha conseguido que se dicte sentencia de conformidad, con la consiguiente rebaja de la pena. La conformidad se alcanza única y exclusivamente por haber consignado la suma de 62.500 euros, que es la que se corresponde con la cantidad más grave solicitada por la acusación.

No obstante, el Alto Tribunal considera que no concurren los requisitos del tipo agravado de la estafa procesal tipificado en el artículo 250.1.7.º del CP, en el bien entendido de que se engaña a la acusación, al hacerle creer que la cantidad sigue consignada en su integridad, pero no al juez, que estaba obligado a dictar sentencia de conformidad ante el acuerdo de las partes. Por tanto, el error y engaño bastante se produce en las partes, no en el juez, con el consiguiente desplazamiento patrimonial derivado de la renuncia a la acción civil por parte de la acusación particular, al entender que ha sido pagada la totalidad de la suma objeto del procedimiento.

Por todo ello, el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la parte acusada, al admitir la existencia del delito de estafa básica tipificado en los artículos 248 y 249 del CP, pero suprimiendo la cualificación agravada del delito de estafa procesal tipificado en el artículo 250.1.7.º del CP.

Los escritos procesales de parte no son susceptibles de interrumpir la prescripción, ya que esa institución está pensada como una limitación al *ius puniendi* del Estado y, por tanto, solo los actos judiciales que revelen la voluntad de no renunciar a la persecución del ilícito provocarán la interrupción de los plazos de prescripción

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 22 de abril de 2022

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección Primera, de fecha 21 de diciembre de 2018, que condenaba al acusado como autor responsable de un delito de estafa, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Según el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia, el acusado, administrador de tres sociedades titulares de diversas fincas, celebró un contrato de préstamo con una entidad financiera y constituyó una garantía real hipotecaria sobre dos de las fincas mencionadas. Con el fin de obtener un préstamo de cuantía superior al correspondiente con la garantía real ofrecida, el acusado mostró al tasador designado por la entidad unos invernaderos y le dio a entender que eran parte de las fincas hipotecadas, pero realmente era conocedor de que pertenecían a una tercera finca ajena a la operación de préstamo y a la garantía hipotecaria, propiedad de otra de las sociedades de la cual era administrador. Como consecuencia de esa maniobra engañosa, la tasación arrojó un valor muy superior al que debía corresponder a las garantías efectivamente aportadas. Posteriormente, el acusado dejó de atender sus obligaciones de pago y la entidad financiera inició un procedimiento civil de ejecución de garantía hipotecaria frente a las dos fincas hipotecadas, fincas donde no se encontraban los invernaderos. Dicho procedimiento culminó con

la adjudicación de ambas fincas por un importe de un sexto del valor del préstamo inicial, con el consiguiente perjuicio económico para la entidad.

Recaída sentencia condenatoria en instancia, el ahora recurrente interpuso recurso de casación alegando dos motivos. En primer lugar, la indebida aplicación de los artículos 131.1 y 132.2 del CP, argumentando en consecuencia que su responsabilidad penal presunta debía declararse prescrita, pues desde la fecha en la que se dictó el auto de apertura del juicio oral hasta que la Audiencia Provincial ordenó la admisión de pruebas y señaló el juicio oral se produjo un silencio absoluto en el proceso, sin que puedan anudarse efectos interruptivos a la mera presentación del escrito de defensa. En segundo lugar, alegaba el recurrente la indebida aplicación del artículo 248 del CP, pues el préstamo inicial se concedió para refinanciar una deuda preexistente y, según el recurrente, eso implicaba que no había existido desplazamiento patrimonial alguno, de modo que no se cumplían los requisitos de tipicidad.

A este respecto, el Alto Tribunal concluye lo siguiente:

La prescripción constituye un supuesto fáctico-normativo que desapodera al Estado de su potestad de imposición de pena cuando por las circunstancias concurrentes pueda deducirse la voluntad del Estado de renunciar a la persecución y castigo del ilícito. Por ello, el Tribunal Supremo coincide con el recurrente en que los escritos procesales de parte no son susceptibles de interrumpir la prescripción.

Sin embargo, el Alto Tribunal defiende que existió entre el auto de apertura del juicio oral y el auto de admisión de pruebas una providencia con auténtico contenido material, ya que no solo unía a autos el escrito de defensa, sino que también disponía que la defensa había cumplido satisfactoriamente con las cargas formales y temporales previstas en la ley procesal penal. Además, la Audiencia Provincial dictó otra providencia con posterioridad en la que se ordenó la formación del rollo de enjuiciamiento y la designación de ponente, lo que constituye un escalón indispensable del desarrollo del procedimiento y, por tanto, el Tribunal Supremo considera que esa resolución también gozaría de efecto interruptivo del término de prescripción.

En relación con la existencia del desplazamiento patrimonial, el Alto Tribunal concluye que es indiferente que el préstamo se constituyera para refinanciar créditos anteriores o que existiera una entrega de dinero propiamente dicha. La entidad razona que no condonó las deudas preexistentes del acusado a título gratuito, sino como parte de una renegociación global de la deuda a título oneroso, por lo que encajaría plenamente en la noción de desplazamiento patrimonial del delito de estafa.

Con todo, el Tribunal Supremo desestima finalmente el recurso de casación interpuesto por el recurrente.

El Tribunal Supremo confirma la condena por blanqueo de capitales derivados del contrabando impuesta por la Audiencia Provincial de Tarragona. El Alto Tribunal repasa en un detallado estudio la aplicación del mecanismo de la prueba de indicios para acreditar un delito de blanqueo en ausencia de prueba directa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 18 de mayo de 2022

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Pte. Hernández García) desestima el recurso de casación interpuesto por un acusado contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, de fecha 13 de marzo de 2020, que le condenó por un delito de blanqueo de capitales al considerar probado el concierto con su esposa (ya fallecida) para la adquisición de inmuebles y el pago de bienes y servicios con dinero procedente del contrabando de tabaco.

El acusado había sido previamente condenado, entre los años 2004 y 2012, por diversos delitos de contrabando de tabaco: (i) en 2006 fue condenado por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Huesca; (ii) en 2017 fue condenado por el Juzgado de lo Penal n.º 15 de Barcelona; y (iii) en 2015 fue condenado por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Lleida. Asimismo, en 2005 fue sancionado por una infracción administrativa de contrabando y, en 2018, la Audiencia Provincial de Barcelona le absolvió de otro delito de contrabando (absolución aún no firme).

- i. En su recurso de casación el recurrente denuncia, en primer lugar, que el tribunal *a quo* lesionó su derecho a la presunción de inocencia en el proceso de valoración de la prueba al considerar que no existían datos probatorios que sustentaran que obtuvo beneficios de los delitos de contrabando de tabaco por los que fue condenado y que los referidos beneficios fueran empleados, en concierto con su esposa ya fallecida, para realizar operaciones en el tráfico mercantil (adquisición de inmuebles y otros pagos de bienes y servicios). El recurrente alegó que los pagos realizados y los inmuebles adquiridos estaban vinculados a ganancias lícitas que su esposa y él obtuvieron entre 2007 y 2013 derivadas de un negocio agropecuario y, además, que no existía una relación lógica entre los indicios que condujeron al tribunal *a quo* a tener por acreditada la existencia de una actividad de blanqueo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que, en este caso, la condena sí se sostiene sobre datos probatorios que permiten situar la hipótesis acusatoria en una situación prevalente con respecto a la hipótesis defensiva del recurrente, más allá de toda duda razonable. En particular, el Tribunal Supremo destaca que la sentencia de instancia identifica once hechos —que constituyen “hechos objetivos” en los términos referidos por el artículo 1 de la Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención del abuso del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo— que, conjuntamente valorados en el mecanismo de la prueba de indicios, permiten llegar a la conclusión inferencial de que el recurrente configuró un “*modelo de transformación de las ganancias ilícitas derivadas de su actividad criminal*” durante un cierto lapso de tiempo y en el que, además, participó su esposa ya fallecida.

El Tribunal Supremo considera que la Audiencia Provincial de Tarragona no basó su decisión condenatoria en un simple balance entre los ingresos (lícitos) percibidos y los gastos incurridos por el recurrente y su esposa (dato que, según indica la Sala Segunda, es

relevante pero no suficiente para probar que el montante gastado proviene de ganancias ilícitas obtenidas de una actividad delictiva), sino en un análisis detallado del “modelo de actividad económica” llevado a cabo por el recurrente y marcado por una clara opacidad. En este sentido, el Alto Tribunal destaca de este “modelo” los siguientes elementos: (i) una actividad delictiva lucrativa; (ii) el concierto del recurrente con su esposa, carente de responsabilidad alguna en el contrabando, para que fuera ella la que adquiriera los distintos inmuebles y realizara los diferentes pagos de bienes y servicios; (iii) el recurso exclusivo a pagos en metálico; (iv) la elusión de la utilización de las cuentas bancarias para ingresar las ganancias (lícitas) percibidas de la actividad agropecuaria; y (v) la no presentación de la declaración de la renta entre los años 2002 y 2012. Además, el Tribunal Supremo señala que los ingresos lícitos percibidos por el recurrente no permitirían explicar la diferencia existente con respecto a los gastos incurridos y a las inversiones realizadas.

Conforme a todo lo anterior, el Alto Tribunal considera que existen diversos “hechos objetivos” que operan como indicios y cuya “lógica ilación” lleva a concluir que el recurrente utilizó los beneficios obtenidos de los delitos de contrabando para, en concierto con su esposa ya fallecida, efectuar operaciones que permitieran introducir las ganancias ilícitas en el tráfico mercantil con apariencia de licitud, conclusión que el Alto Tribunal califica como *“inferencia dotada de excepcionales marcadores de conclusividad”*.

- ii. En segundo lugar, el recurrente también considera que el tribunal *a quo* habría lesionado su derecho de defensa, puesto que el fallecimiento de su esposa impidió que esta pudiera ofrecer una explicación sobre los hechos que hubiera favorecido la posición defensiva del acusado. Al respecto, el Tribunal Supremo entiende que la prueba que sustenta la condena no deriva de la ausencia de la explicación que hubiera podido ofrecer la esposa ya fallecida y que, además, el recurrente no indicó en momento alguno que, como consecuencia del fallecimiento, se hubiera visto impedido a presentar elementos de prueba que le permitieran desvirtuar la tesis acusatoria acerca de la existencia de un concierto para la transformación de las ganancias provenientes de los delitos de contrabando.
- iii. Finalmente, en tercer lugar, el recurrente plantea un vicio de incongruencia omisiva imputable al tribunal *a quo* al entender que no se ha dado respuesta a todos los puntos objeto de acusación y defensa en la medida en que la sentencia de instancia no concreta la cantidad que se considera blanqueada, no indica las razones que conducen a fijar el importe de la multa e incurre en contradicción interna al reconocer simultáneamente la existencia de ingresos de origen legal y la insuficiencia de esos ingresos lícitos para afrontar los pagos realizados. Al respecto, el Tribunal Supremo considera que, si bien la cantidad blanqueada no ha podido ser determinada en su totalidad, ello no ha sido óbice para considerar suficientemente acreditado que al menos una determinada cantidad (en concreto, 280.000 euros) sí tenía origen ilícito, siendo esta, de hecho, la cuantía que sirvió de referencia para la fijación de la pena de multa impuesta al recurrente. Con todo ello, el Alto Tribunal considera que la conclusión condenatoria alcanzada por la sentencia de instancia no puede ser tachada de arbitraria, teniendo en cuenta el “modelo de transformación” del recurrente y la cuantía (insuficiente) de ingresos lícitos que han sido acreditados.

9 de septiembre de 2022



Salud y
Alimentación

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[España]

Navarra. Autorización y límites a ciertos estudios observacionales con medicamentos

Orden Foral 157E/2022, de 9 de mayo, de la consejera de Salud, por la que se establecen las condiciones para la realización de estudios observacionales con medicamentos de seguimiento prospectivo en los centros y establecimientos sanitarios adscritos al Departamento de Salud del Gobierno de Navarra (BON de 9 de junio de 2022)

El Real Decreto 957/2020, de 3 de noviembre, por el que se regulan los estudios observacionales con medicamentos de uso humano, faculta a las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas, una vez obtenido el dictamen favorable del CEIm, a establecer requisitos adicionales para que puedan iniciarse dichos estudios en los centros de su competencia, que deberán justificarse en criterios de factibilidad o pertinencia.

La Orden Foral 157E/2022 establece que la realización de estudios observacionales con medicamentos de seguimiento prospectivo en los centros y establecimientos sanitarios adscritos al Departamento de Salud del Gobierno de Navarra requerirá la autorización previa expresa del titular de la Dirección Gerencia del respectivo organismo autónomo al que se hallen adscritos los centros y establecimientos.

Además, mediante la Orden se crea el Comité de Personas Expertas de Evaluación de Estudios Observacionales con Medicamentos de seguimiento prospectivo de Navarra, que, antes de dicha autorización, deberá informar favorablemente conforme a los criterios de factibilidad y pertinencia establecidos en la propia norma. En particular, y entre otros, la Orden introduce las siguientes limitaciones: (i) en el caso de estudios con medicamentos que no se dispensen en oficinas de farmacia abiertas al público, solo se podrán autorizar los estudios relacionados con medicamentos que hayan sido seleccionados para su empleo en cada centro por la comisión de farmacia correspondiente; (ii) los criterios de inclusión que se establezcan para los estudios se han de corresponder con los criterios de utilización que haya establecido la Comisión Central de Farmacia o

* Esta sección ha sido redactada por Beatriz Cocina y Alejandro Abad Chamorro, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez.

las comisiones de farmacia de los respectivos centros y establecimientos sanitarios; y (iii) cuando haya varios medicamentos que sean alternativas terapéuticas para una misma indicación, solo se considerará pertinente el estudio que permita obtener información de la eficacia, seguridad, conveniencia o eficiencia comparada de las distintas alternativas. Asimismo, se prevé que la realización de un estudio no podrá obstaculizar el intercambio de medicamentos bioequivalentes o biosimilares.

La Orden no se aplica a los estudios promovidos por las Administraciones públicas o en los que quede acreditado que se trata de una investigación sin ánimo comercial.

Galicia. Sistemas personalizados de dosificación en oficinas de farmacia

Decreto 87/2022, de 19 de mayo, por el que se regulan las condiciones y los requisitos para la preparación y entrega de sistemas personalizados de dosificación en las oficinas de farmacia de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG de 7 de junio de 2022)

El Decreto 87/2022 establece los requisitos del servicio de preparación de sistemas personalizados de dosificación ("SPD") que pueden prestar las oficinas de farmacia de Galicia, en desarrollo de lo previsto en el artículo 13.d) de la Ley 3/2019, de 2 de julio, de ordenación farmacéutica de Galicia, y el artículo 86 del Real Decreto Legislativo 1/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

La preparación de SPD comprende el conjunto de actuaciones de atención farmacéutica que, tras la dispensación de los medicamentos y a solicitud del paciente, de la persona autorizada o de su representante legal, consisten en reacondicionar para un período de tiempo determinado todos o parte de los medicamentos dispensados en dispositivos de dosificación personalizados. Se debe facilitar al paciente una adecuada información, con el fin de mejorar el cumplimiento del tratamiento farmacoterapéutico y de prevenir y resolver los problemas relacionados con los medicamentos.

Las oficinas de farmacia de Galicia que quieran facilitar medicamentos dispensados en SPD deberán comunicarlo mediante una declaración responsable ante la Xunta de Galicia. La presentación de la declaración responsable de que se cumplen los requisitos aplicables habilita desde el momento de su presentación para realizar la actividad.

Los SPD solo podrán ser preparados por la oficina de farmacia que previamente haya dispensado el medicamento correspondiente. Deben llevarse a cabo por personal farmacéutico con formación específica en esta materia o por personal técnico en farmacia bajo la supervisión de un farmacéutico con formación específica en preparación de SPD, y de acuerdo con procedimientos normalizados de trabajo (PNT). Asimismo, la preparación de los medicamentos en SPD debe realizarse dentro de las instalaciones de la oficina de farmacia en la cual hayan sido dispensados los envases de los medicamentos, en un área dedicada a esta actividad que cumpla determinados requisitos.

Antes del inicio del servicio de preparación y entrega de SPD, deberá hacerse una evaluación documentada sobre la idoneidad individual de un posible nuevo paciente, y su inclusión deberá quedar justificada con base en el riesgo beneficio del mismo. Las ventajas de mayor adherencia

deberán superar los inconvenientes de menor participación de los propios pacientes en el control de su medicación.

Únicamente serán susceptibles de ser facilitados en SPD determinados medicamentos. En todo caso, la preparación, control y verificación, etiquetado y entrega de SPD deberá hacerse siguiendo los PNT y de acuerdo con los demás requisitos específicos previstos en el propio Decreto.

[Portugal]

Serviço Nacional de Saúde - Aprovação do novo Estatuto

Decreto-Lei n.º 52/2022, de 4 de agosto (DR 150, Série I, de 4 de agosto de 2022)

O Decreto-Lei n.º 52/2022, de 4 de agosto (“Decreto-Lei n.º 52/2022”), veio aprovar os seguintes diplomas: (i) o estatuto do Serviço Nacional de Saúde (“SNS”); (ii) o regime de criação, organização e funcionamento dos agrupamentos de centros de saúde (“ACES”); e, por último, os estatutos dos hospitais, centros hospitalares, institutos portugueses de oncologia e unidades locais de saúde (“ULS”).

Este diploma foi publicado na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, que aprovou a nova Lei de Bases da Saúde e veio revogar, entre outros diplomas, o Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de janeiro, que aprovou o antigo Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

Destacam-se, em particular, as seguintes alterações introduzidas por este diploma:

Define o conceito de SNS, bem como estabelece o catálogo dos seus estabelecimentos e serviços: o SNS passa a estar em articulação com os demais organismos e serviços do Ministério da Saúde, designadamente a Direção-Geral da Saúde, a Inspeção-Geral das Atividades em Saúde, a Secretaria Geral do Ministério da Saúde, o Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências, a Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., e a Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P.;

Cria a Direção Executiva do SNS: a Direção Executiva do SNS assume a coordenação da resposta assistencial das unidades de saúde do SNS, bem como aquelas que integram a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados e a Rede Nacional de Cuidados Paliativos;

Altera os regimes de criação, organização e funcionamento, bem como os estatutos dos ACES e das ULS: entre as várias medidas aprovadas, destaca-se a alteração da natureza jurídica dos ACES que passam a ser considerados institutos públicos de regime especial, dotados de autonomia administrativa e património próprio, com responsabilidades de contratualização da prestação de cuidados de saúde primários;

Define o regime de dedicação plena, instrumento de contratualização individual e valorização do desempenho dos recursos humanos do SNS, bem como sobre o seu planeamento plurianual;

Regula os recursos financeiros do SNS, cujo financiamento é assegurado por verbas do Orçamento de Estado e que deve permitir que lhe sejam afetos os recursos necessários ao cumprimento eficiente das suas funções e objetivos;

Reafirma a isenção de pagamentos de taxas moderadoras, nomeadamente em função da condição de recursos, de doença ou de especial vulnerabilidade, a existência de limites ao montante total a cobrar e a progressiva dispensa da sua cobrança, nos termos da sistematização prevista no Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, que regula o acesso às prestações do SNS, entre outras medidas.

O presente diploma entrou em vigor no dia 5 de agosto de 2022.

2. Jurisprudencia

[Espanña]

Publicidad de medicamentos antes de obtener la resolución de precio y condiciones de financiación

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de junio de 2022

En esta sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ("TSJM") resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un laboratorio farmacéutico contra la Orden 498/2021, de 26 de abril, de la Viceconsejería de Humanización Sanitaria (por delegación de la Consejería de Sanidad) de la Comunidad de Madrid.

La Orden impugnada acordaba imponer al laboratorio farmacéutico una sanción económica en cuantía de 90.001,00 euros por la comisión de una infracción muy grave prevista en el artículo 111.2.c).16.ª del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (la "Ley de Garantías") consistente en "*Realizar publicidad del medicamento "Onpattro(r)" antes de obtener la resolución de precio y condiciones de financiación en España, imprescindible para realizar la promoción del mismo, ya que los datos de precio y la inclusión o no en la prestación farmacéutica del SNS forman parte del contenido mínimo obligatorio de la publicidad destinada a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos*".

La conducta cuestionada consiste en una comunicación escrita dirigida por el laboratorio farmacéutico de modo proactivo a profesionales sanitarios prescriptores y responsables de farmacia hospitalaria, en enero de 2020, informándoles del "*Acuerdo para suministros de Onpattro en las condiciones de capítulo IV del Real Decreto 1015/2009*". El medicamento en cuestión se encontraba en aquel momento pendiente de resolución sobre financiación y precio. La comunicación indicaba que en virtud de acuerdo entre la recurrente y la Agencia Española de Medicamentos

y Productos Sanitarios, hasta que recayese dicha resolución, el medicamento se suministraría de forma gratuita.

Esta actuación, a juicio de la autoridad competente, infringe (i) el artículo 94.2 de la Ley de Garantías (*"Para la comercialización de un medicamento en territorio español será imprescindible haber tramitado la oferta del mismo al Sistema Nacional de Salud [...]"*); (ii) los artículos 10.2 y 14 del Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, que regula la publicidad de los medicamentos de uso humano (*"RD 1416/1994"*) (*"Esta publicidad incluirá el precio de venta al público, las condiciones de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, en su caso, y, cuando sea posible, la estimación del coste del tratamiento", "[...] toda documentación publicitaria relativa a un medicamento que se difunda, en el marco de su promoción, a personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos, deberá incluir al menos las informaciones contempladas en el artículo 10 [...]"*); y (iii) el artículo 5.4 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, Ley General de Publicidad (*"LGP"*) (*"Los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen"*).

La parte recurrente invoca, en apoyo de su pretensión, la Sentencia núm. 246/2021 de 30 junio del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (*"TSJPV"*). En efecto, la Sentencia del TSJPV (*vid. Crónica Legislativa y Jurisprudencial Uría Menéndez*, noviembre 2021-enero 2022, pp. 229 ss.) había declarado que el artículo 10.2 del RD 1416/1994 ha de interpretarse de forma que, en el supuesto de que el medicamento esté financiado a cargo del Sistema Nacional de Salud, surge la obligación de informar sobre sus condiciones de financiación, pero mientras la decisión de financiación esté pendiente, el derecho a promocionar el medicamento no queda en suspenso. De hecho, la Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica establecida en España (Farmaindustria) modificó su Código de Buenas Prácticas estableciendo que *"En los supuestos en los que, tras la autorización de comercialización, esté pendiente una resolución de financiación y precio en el ámbito del SNS, la promoción de un nuevo medicamento o de una nueva indicación no constituye infracción del Código siempre que la publicidad dirigida a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos incluya la información de tal circunstancia"*.

Los concretos motivos que la recurrente articula en su recurso son los siguientes: (i) infracción del principio de tipicidad, en tanto que la prohibición invocada, deducida de una norma reglamentaria (el RD 1416/1994), carece de la taxatividad requerida para integrar el requisito de la *lex certa*; (ii) infracción del principio de presunción de inocencia, por insuficiencia de la prueba de cargo; y (iii) infracción del principio de culpabilidad al no existir intención promocional alguna, existiendo en todo caso una discrepancia razonable, pues existen pronunciamientos judiciales que corroboran la interpretación realizada por la recurrente.

El TSJM se aparta del criterio del TSJPV y desestima el recurso presentado por el laboratorio farmacéutico demandante, al entender:

- i. Que no hay infracción del principio de tipicidad, puesto que el juego de remisiones derivado de la disposición sancionadora del artículo 111.2.c).16.^a de la Ley de Garantías permite adquirir certeza acerca de cuál es la conducta punible. No cabe apreciar infracción del principio de reserva de ley formal, ya que la doctrina del Tribunal Constitucional (entre

otras, en la STC 104/2009, de 4 de mayo) autoriza una llamada de la ley a la colaboración de la disposición reglamentaria para la definición del tipo infractor (cuando en la ley quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica), en este caso a través de la remisión a la LGP y, por medio de esta, a las “*normas especiales*” que regulan los medicamentos, entre ellas el RD 1416/1994.

El TSJM tampoco admite, como pretendía la demandante, una interpretación de la norma considerando el contexto actual y no el de la disposición, que fue aprobada hace treinta años (el RD 1416/1994), aduciendo que no puede entrar, desde la perspectiva puramente jurídica que le concierne, a valorar cuestiones de oportunidad o conveniencia que le sitúen por encima de la sumisión al imperio la ley.

- ii. Que no se vulnera el principio de presunción de inocencia, en tanto que la Administración ha aportado prueba de cargo suficiente al haber enviado requerimientos a diversos profesionales para comprobar si la publicidad/información que se les dirigió sobre el medicamento controvertido, cuando aún no había sido fijado su precio, había sido requerida por aquellos o, por el contrario, fue enviada por iniciativa de la propia entidad mercantil demandante (como efectivamente afirmaron varios profesionales sanitarios).
- iii. Finalmente, sobre la alegada infracción del principio de culpabilidad, por existir discrepancia razonable con base en la sentencia del TSJPV, el TSJM entiende que dicha sentencia (a) no le vincula; (b) que el TSJPV lo que hace es examinar las características de la “visita médica” regulada por el Departamento de Salud del Gobierno Vasco, evitando la asimilación de su régimen y de la información que el visitador médico puede transmitir al profesional facultado para prescribir o dispensar medicamentos, al propio de la publicidad documental enviada por otros medios, como ocurrió en este caso; y que (c) el actuar de la demandante nunca pudo estar amparado por dicha interpretación judicial, dado que la comunicación publicitaria se envió en enero de 2020 y la sentencia del TSJPV no se dictó hasta un año y medio más tarde, esto es, en junio de 2021.

La sentencia es susceptible de recurso de casación, con justificación del interés casacional objetivo que presente.

9 de septiembre de 2022



Tributario

9 de septiembre de 2022

1. Legislación

[España]

Procedimientos tributarios

DA 11.^a de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. Modificaciones al régimen de aplazamientos y fraccionamientos de pago en la reforma de la Ley Concursal

El pasado 6 de septiembre de 2022 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Su disposición adicional 11.^a modifica, con efectos desde el 1 de enero de 2023, el régimen de aplazamientos y fraccionamientos de las deudas tributarias gestionadas por la AEAT contenido en el artículo 65 de la Ley General Tributaria.

De acuerdo con esta disposición adicional, los acuerdos de concesión del aplazamiento y fraccionamiento de la deuda deberán establecer plazos con cuotas iguales y vencimiento mensual cuya duración máxima no podrá ser superior a los siguientes plazos:

- i. El plazo máximo será de seis meses cuando los aplazamientos o fraccionamientos se garanticen mediante las llamadas “garantías alternativas”, distintas al aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución (hipoteca, prenda, fianza personal y solidaria, etc.) o mediante la adopción de medidas cautelares, a solicitud del deudor, en sustitución de las garantías. También resultará de aplicación este plazo máximo cuando el solicitante quede eximido de la obligación de prestar garantía en aplicación de lo dispuesto en el apartado segundo de la disposición adicional 11.^a.
- ii. El plazo máximo será de nueve meses cuando se trate de aplazamientos o fraccionamientos garantizados mediante aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución.

* Esta sección ha sido coordinada por Catarina Fernandes, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Lisboa).

- iii. Por último, el plazo será de doce meses cuando se trate de aquellos aplazamientos o fraccionamientos que se conceden sin garantía por carecer el deudor de bienes suficientes, en atención al riesgo de que la ejecución de su patrimonio pueda afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo de la actividad económica, o producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda Pública.

Ministerio de Hacienda y Función Pública. Completado en España el proceso de ratificación del Instrumento Multilateral con origen en la acción 15 del Plan BEPS de la OCDE y el G20 para evitar la erosión de bases imponibles y el traslado artificioso de beneficios, se publican en la web del Ministerio de Hacienda y Función Pública los textos sintéticos de los convenios afectados

Convenios de doble imposición de 1 de junio de 2022

El pasado 1 de junio España finalizó el proceso de ratificación del Instrumento o Convenio Multilateral, con el depósito ante la OCDE de la comunicación que confirma la conclusión de los trámites internos. El hito es relevante, habida cuenta de que España, en aplicación del artículo 35.7 a) del Convenio, se había reservado el derecho a sustituir las referencias a la fecha de efectos establecida en otros apartados del artículo 35 por *"30 días después de la fecha de recepción por el Depositario de la última de las notificaciones remitidas por cada una de las Jurisdicciones contratantes que formulen la reserva descrita en el apartado 7 del artículo 35 comunicando haber concluido sus procedimientos internos para que surta efecto la retirada o sustitución de la reserva respecto de ese Convenio fiscal comprendido concreto"*.

Una vez aclarado el calendario, es de agradecer la publicación en la página web del Ministerio de Hacienda del Informe n.º 8 de la Comisión consultiva sobre conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

El informe n.º 8 se denomina *"Conflicto n.º 8. Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Transmisión de participación en filial utilizando una cadena de transmisiones entre sociedades del grupo"*. En él se declara la concurrencia de los presupuestos aplicativos del artículo 15 de la Ley General Tributaria en un caso de transmisión por parte de una sociedad estadounidense de su filial española a través de una cadena de operaciones entre sociedades del grupo, por entender que esa transmisión en cadena tenía por objeto eludir el Impuesto sobre la Renta de No Residentes que se hubiera devengado en la transmisión directa de la participación y que, para ello, se ha buscado artificiosamente el amparo de lo dispuesto en el Protocolo del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta.

La AEAT publica un nuevo informe sobre la existencia de un conflicto en la aplicación de la norma tributaria en un caso donde una comunidad de bienes arrendaba a uno de los comuneros y por precio inferior al valor de mercado unos inmuebles para el desarrollo de una actividad exenta en el IVA

Comisión consultiva sobre el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, Informe n.º 7 "Interposición artificiosa de una comunidad de bienes para conseguir devolución de IVA soportado en actividades exentas"

Este informe constituye un posicionamiento claro de la Administración respecto de la manera en que deben regularizarse situaciones comparables a la analizada de deducción indebida del impuesto. Asimismo, abre la puerta a la imposición de sanciones cuando se acredite la existencia de una igualdad sustancial entre el caso objeto de regularización y el supuesto analizado en el presente informe.

[Portugal]

Irs - Alterações às Taxas de Retenção na Fonte dos Titulares de Rendimentos de Trabalho Dependente

Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais n.º 8564-A/2022, de 12 de julho de 2022

O Despacho em referência aprovou alterações às tabelas de retenção na fonte de IRS, que se encontravam em vigor para o continente no ano de 2022, para os titulares de rendimentos de trabalho dependente (categoria A).

Entrou em vigor no dia 13 de julho de 2022 e produz efeitos relativamente aos rendimentos pagos ou colocados à disposição a partir de 1 de julho de 2022.

Representação Fiscal de não Residentes - Âmbito de Aplicação da Obrigação de Nomeação e Situações de Dispensa

Ofício Circulado 90057, de 20 de julho de 2022

O Ofício em análise vem, na sequência das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 44/2022, de 8 de julho de 2022, ao artigo 19.º da LGT relativo ao domicílio fiscal, atualizar e clarificar o entendimento divulgado através do Ofício-Circulado n.º 90054, de 6 de junho de 2022, relativo à obrigação de nomeação de representante fiscal para um não residente em Portugal e às situações de dispensa da referida obrigação.

Neste sentido, este Ofício vem esclarecer que apenas é exigida a designação de um representante fiscal com domicílio em território nacional nos casos em que, no âmbito de uma relação jurídica tributária a estabelecer, se afigure necessário assessorar os sujeitos passivos residentes em país ter-

ceiro — sejam nacionais ou estrangeiros — e, ainda, garantir o necessário contacto entre estes e a AT, de modo a viabilizar o pleno exercício dos seus direitos e o cumprimento das suas obrigações.

Por outro lado, caso o sujeito passivo, residente em país terceiro, adira a qualquer um dos canais de notificação desmaterializada (i.e. o regime de notificações e citações eletrónicas no Portal das Finanças ou à caixa postal eletrónica), fica dispensado da obrigatoriedade de designação de representante fiscal. Contudo, cabe referir que esta dispensa não se aplica no caso de o sujeito passivo que esteja a residir em país terceiro exercer uma atividade por conta própria em território português, mantendo-se, neste contexto, a obrigatoriedade de designar um representante fiscal de IVA, que terá de ser sujeito passivo de IVA com residência em território nacional.

Para cumprimento da obrigação de nomeação de representante fiscal ou da obrigação de adesão a um dos canais de notificação desmaterializada, o prazo é de 15 dias a contar do facto gerador da relação jurídica tributária.

Por sua vez, no caso de o sujeito passivo iniciar uma atividade por conta própria, terá de efetuar a nomeação de representante fiscal em momento anterior ao seu início.

IMT - Alterações aos Escalões das Taxas Aplicáveis – Republicação de Tabelas Práticas

Ofício Circulado 40119, de 25 de julho 2022

O Ofício em referência vem, na sequência das alterações introduzidas, pela Lei n.º 12/2022, de 27 de junho (Lei do Orçamento do Estado para 2022) aos escalões para efeitos de taxas do IMT a que se refere o artigo 17.º do CIMT e face à necessidade de corrigir um lapso na Tabela IV constante do Ofício Circulado n.º 40119, de 28 de junho de 2022, republicar as tabelas práticas aplicáveis aos diferentes escalões, em substituição das anteriores.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Responsabilidad patrimonial. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad por someter el régimen de responsabilidad del Estado legislador por vulneraciones del derecho de la Unión Europea a unos requisitos que hacen en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022

La Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento contra España, en relación con el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador introducido en 2015 con las Leyes

39/2015 y 40/2015, por vulneración de los principios de equivalencia y efectividad del derecho de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 28 de junio de 2022, asunto C-278/20, estima parcialmente el recurso de la Comisión y declara que el régimen español de responsabilidad patrimonial infringe el principio de efectividad al someter la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español por infracción del principio de efectividad del derecho de la Unión por cuanto algunos de los requisitos legales para el ejercicio de la acción de responsabilidad dificulta o incluso puede hacer imposible el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el Estado español por parte de los particulares que hayan sufrido un daño por un acto legislativo.

Imposición indirecta. Localización a efectos del IVA de los servicios prestados por gestores de siniestros a aseguradoras no residentes

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de agosto de 2022 (as. C-267/2)

Las prestaciones de servicios a entidades aseguradoras no residentes por parte de gestores de siniestros establecidos en España no quedarían incluidas, según esta sentencia, en alguna de las categorías del artículo 69.dos d) de la Ley del IVA a los que se refiere luego la regla de “utilización o explotación efectiva en territorio español” del artículo 70.dos 1.º de la Ley del IVA, que tan controvertida y compleja resulta en su aplicación práctica.

[España]

El Tribunal Constitucional desestima la cuestión de constitucionalidad 1643-2021 elevada por auto del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2021 (recurso n.º 1481/2019) respecto del artículo 203.6 b) 1 de la Ley General Tributaria

Sentencia del Tribunal Constitucional 74/2022, de 14 de junio de 2022

El Tribunal Supremo, en su auto de 25 de febrero de 2021 (recurso n.º 1481/2019), elevó cuestión de constitucionalidad planteando la compatibilidad del artículo 203.6 b) 1.º de la LGT, en la redacción introducida por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, con el principio de proporcionalidad de las sanciones inherente al principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE) y, en conexión directa con este, con los principios de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva en materia sancionadora (art. 25.1 CE), interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y justicia inherente a la cláusula de Estado de Derecho (art. 1.1 CE).

El Tribunal Constitucional entiende que la cuestión planteada se refiere, en particular, a la sanción única de 600.000 euros que resultaría de la aplicación de la norma en casos en los que el sujeto infractor presenta un volumen de negocios anual muy elevado. Y, centrada así la cuestión, ha concluido que el precepto legal cuestionado no incurre en vulneración del principio de propor-

cionalidad de las sanciones ni en las tachas de inconstitucionalidad que —planteadas en relación con aquella— se referían a la eventual vulneración de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos y del valor superior de la justicia que subyace a la cláusula estructural de Estado de Derecho.

Los magistrados Enrique Arnaldo y Concepción Espejel formularon un voto particular por entender que el alcance de la cuestión de inconstitucionalidad abarcaba la totalidad del precepto, que emplea una técnica legislativa que impide la debida proporción entre la naturaleza y gravedad de la infracción y la sanción que se le anuda, con lo que se posibilita la imposición de una sanción más grave a la infracción formal, por comparación con la material, y se impide la distinción entre la tipología de conductas que pueden subsumirse en el precepto.

El Tribunal Constitucional admite la cuestión de inconstitucionalidad elevada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) sobre la compatibilidad de las reglas de cómputo de las ganancias sobre inmuebles con el principio de capacidad económica al no tener en cuenta el efecto de la inflación

Providencia del Tribunal Constitucional de 30 de junio de 2022. Cuestión de inconstitucionalidad n.º 3823-2022

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 30 de junio de 2022, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad n.º 3823-2022, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), en la que analizará si la redacción vigente del artículo 35.2 de la Ley del IRPF (Ley 35/2006), introducida por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, vulnera los principios constitucionales de capacidad económica y no confiscatoriedad que deben guiar la contribución de los ciudadanos al sostenimiento de los gastos públicos.

Cabe recordar que el precepto cuya constitucionalidad suscita dudas fue modificado con efectos 1 de enero de 2015 para eliminar la aplicación de los denominados coeficientes de corrección monetaria que, aplicados exclusivamente en el caso de transmisiones de bienes inmuebles, tenían por objetivo corregir el efecto de la inflación entre las fechas de adquisición y transmisión. Aunque el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se referirá exclusivamente a las reglas del IRPF, habrá que valorar los efectos que su doctrina puede tener en otros tributos y, en particular, en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. En este sentido, el Tribunal Supremo (sentencias del Tribunal Supremo de 10.11.2020 y 9.12.2020) se pronunció en contra de tomar en consideración la inflación acumulada en el periodo de tenencia del inmuebles (ya actualizando su valor de adquisición, ya deflactando el precio de venta) a los efectos de determinar la ganancia tributable en este impuesto, en un criterio que recientemente ha sido reiterado por la Dirección General de Tributos, en su contestación a la consulta n.º V0881-22, de 26 de abril.

El Tribunal Supremo rechaza que la liquidación en la que se produce la valoración de la operación vinculada deba adquirir firmeza antes de regularizar la situación de las demás partes vinculadas en los casos en los que la Administración haya seguido procedimientos de inspección separados para los distintos contribuyentes implicados

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo de 6 de junio de 2022

En su sentencia de 6 de junio de 2020 (rec. cas. 2608/2020), el Tribunal Supremo ha aclarado su doctrina sobre si la Administración tributaria puede regularizar la situación de las personas o entidades vinculadas a un obligado tributario antes de que la liquidación practicada a este último haya adquirido firmeza para concluir que las normas procedimentales contenidas en los artículos 16.9.3.º del TRLIS (actual art. 18.12.3.º de la LIS) y 21 del RIS (actual art. 19 RIS), y en particular el requisito de la firmeza de la liquidación, son de aplicación solo respecto de aquellos supuestos de hecho para los que explícitamente han sido dictadas, esto es, en los casos en que se ha iniciado un procedimiento de inspección para comprobar las operaciones vinculadas respecto de una sola de las partes implicadas. En estos casos, sí será preciso posponer la regularización de la situación de las demás partes vinculadas que no son objeto de inspección hasta la firmeza de la liquidación practicada en el procedimiento en que se haya efectuado la valoración de la operación vinculada.

Por el contrario, en un caso como el enjuiciado, en que la Administración ha seguido procedimientos de inspección separados respecto de las distintas parte implicadas en una operación vinculada, la Administración tributaria puede regularizar la situación de las personas o entidades vinculadas al obligado tributario al que ya se le ha practicado la corrección valorativa, sin resultar exigible que la liquidación practicada a este último haya adquirido firmeza y sin perjuicio de que se deba garantizar en todo caso la debida coordinación entre los distintos procedimientos.

Reitera así el Tribunal Supremo la doctrina fijada en su sentencia de 18 de mayo de 2020 (rec. cas. 6187/2017), precisando asimismo el alcance de la doctrina expuesta en su sentencia de 15 de octubre de 2020 (rec. cas. 437/2018).

Los informes de valoración entre partes vinculadas emitidos por la Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional pueden ser calificados como dictámenes de peritos a los efectos del artículo 57 de la Ley General Tributaria y ser impugnados en tasación pericial contradictoria bajo la vigencia del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

Sentencias de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2022y 2 de marzo de 2022

En estas dos sentencias, la Audiencia Nacional estima el recurso de una multinacional que reprochaba a la Administración no haber incluido, en el pie de recurso de un acuerdo de liquidación que utilizaba un informe de la ONFI para valorar el uso intragrupo de una marca, la posibilidad de interponer recurso de reposición o reclamación económico-administrativa, sin ofrecer la tasación pericial contradictoria como medio de impugnación alternativo (arts. 57.2 y 135.1 de la LGT). El artículo 135.1 de la Ley General Tributaria reconoce, en este sentido, el derecho de los interesados

a promover la tasación pericial contradictoria “*en corrección de los medios de comprobación fiscal de valores señalados en el artículo 57 de esta Ley*”.

La Audiencia Nacional, tras examinar la autoría, objetivo, alcance y metodología del informe dictado por la ONFI, concluye que se trata de un auténtico dictamen de peritos y que no se advierte ninguna diferencia sustancial entre el contenido y alcance de dicho informe y los que hubieran resultado de encargar a otro tipo de perito la comprobación del valor declarado por el contribuyente. Concluye, en consecuencia, que en el presente caso estamos en presencia de un auténtico dictamen de peritos de la Administración de los previstos en el art. 57.1.e) de la LGT y, por tanto, que al contribuyente le asistía el derecho a instar la tasación pericial contradictoria contra la liquidación practicada como consecuencia de la corrección valorativa, sin que quepa oponer frente a ello —como aduce la Administración demandada— que el contribuyente no haya promovido su propia pericial en vía económico-administrativa o en el seno del presente recurso (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 3.6.2020).

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, excluye la aplicación de los artículos 57.2 y 135 de la Ley General Tributaria en los procedimientos de comprobación de operaciones vinculadas, por lo que el alcance de esta sentencia puede quedar limitado a las regularizaciones que afecten a ejercicios anteriores, sin perjuicio de las dudas interpretativas que suscita el precepto que establece dicha exclusión (i. e., el art. 18.12.6.º de la LIS) pueda ofrecer.

Impuesto sobre Sociedades. Los gastos financieros devengados en la financiación de pagos a los socios (dividendos, restitución de aportaciones) no pueden calificarse de donativos o liberalidades y son fiscalmente deducibles según el Tribunal Supremo

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 y 26 de julio de 2022

El Tribunal Supremo reitera y completa la doctrina sentada en su sentencia de 30 de marzo de 2021 y confirma que, cumpliendo los requisitos generales de deducibilidad del gasto, los intereses financieros derivados de la financiación de pagos a los socios son deducibles y no pueden ser calificados como donativo o liberalidad no deducible en aplicación del artículo 14.1 e) del TRLIS, ni considerados como una retribución de fondos propios cuya deducibilidad fiscal deba quedar excluida por aplicación del art. 14.1.a) TRLIS ni que pueda ser cuestionada la deducibilidad por infracción del principio de correlación entre gastos e ingresos, pues entiende que los préstamos están relacionados de forma directa e inmediata con el ejercicio de la actividad empresarial de la sociedad, aunque no con un concreto ingreso u operación. Cumpliendo los requisitos generales de deducibilidad del gasto (inscripción contable, imputación con arreglo a devengo, justificación documental) y no existiendo ninguna norma fiscal aplicable que la excluya, el Tribunal Supremo concluye que la deducibilidad fiscal de los gastos no puede ser denegada.

Resulta interesante comparar los casos enjuiciados en estas sentencias con el que es objeto del informe de conflicto n.º 9 (Impuesto sobre Sociedades. Gastos financieros derivados de un préstamo destinado a la devolución de una prima de emisión), en el que se aplica la norma general

antiabuso del artículo 15 de la Ley General Tributaria para denegar la deducibilidad de los gastos financieros generados en una financiación que, en el contexto de la desinversión parcial en una sociedad, tenía en parte por objeto la devolución al grupo vendedor de la prima de emisión generada en una previa aportación no dineraria intragrupo.

Doctrina del vínculo. El Tribunal Supremo admite a trámite un recurso de casación en el que se plantea si el artículo 14.1 e) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades permite denegar la deducibilidad de la retribución de los administradores de una filial íntegramente participada

Auto del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2022

El reciente auto del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2022 ha admitido a trámite un recurso de casación (rec. n.º 6442/2021) en el que deberá pronunciarse sobre si *“las retribuciones que perciban los administradores de una entidad mercantil, acreditadas, contabilizadas y previstas en los estatutos de la sociedad, constituyen una liberalidad no deducible por el hecho de que la relación que une a los perceptores de las remuneraciones con la empresa sea de carácter mercantil y de que las mismas no hubieran sido aprobadas por la Junta General de Accionistas, o si, por el contrario, al tratarse de una sociedad integrada por un socio único no es exigible el cumplimiento de este requisito o, aun siéndolo, su inobservancia no puede comportar la consideración de liberalidad del gasto y la improcedencia de su deducibilidad”*.

El Tribunal Supremo confirma que las remuneraciones abonadas a un trabajador no administrador que al mismo tiempo es socio mayoritario son deducibles fiscalmente si remuneran las labores realizadas en beneficio de la sociedad

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 6 y 11 de julio de 2022

Para el Tribunal Supremo, lo esencial es determinar si las retribuciones constituyen la contraprestación de las labores realizadas por el trabajador en beneficio de la actividad de la sociedad. Y ello con independencia de que la relación entre sociedad y trabajador sea o no de carácter laboral, o de que el trabajador tenga asimismo la condición de socio. Para el Tribunal Supremo debe estarse a la razón por la que la sociedad abona dichas retribuciones, y si esa razón es la prestación de servicios a la sociedad, el gasto ha de ser deducible siempre y cuando se cumplan los demás requisitos habilitantes para la deducción del gasto: inscripción contable, imputación con arreglo a devengo y justificación documental. Como la Administración no ha cuestionado la realidad de las labores desarrolladas por el trabajador, el Tribunal Supremo confirma la deducibilidad fiscal de las remuneraciones abonadas en el Impuesto sobre Sociedades.

La Audiencia Nacional admite la deducibilidad fiscal de la retribución al administrador de la filial española de una matriz belga, contratado inicialmente por la matriz como alto directivo, con una relación laboral de prestación de servicios cuyas funciones y retribución no se ven alteradas con el nombramiento como administrador único, pese a carecer de cobertura estatutaria

Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2022

La reciente sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2022 rechaza la denegación administrativa de la deducibilidad del gasto de retribución a los administradores, un caso muy frecuente en la práctica: el de aquel empleado que es nombrado administrador único de una filial sin que se alteren las funciones ni la retribución que venía percibiendo previamente, que se mantienen por decisión expresa de la matriz.

La sentencia recuerda que la doctrina del vínculo no es siempre de aplicación automática, sino que pueden darse situaciones, a analizar caso a caso, en el que administrador pueda desarrollar funciones al margen de su relación como administrador, en cuyo caso estas funciones deberían poder ser retribuidas al margen de los estatutos sociales. En el caso, se considera probado que el administrador realizaba un trabajo profesional como técnico comercial, desarrollando en tal condición funciones que le ocupaban más del 80 % de una jornada, que era, por lo demás, equivalente a la del resto de los trabajadores de la empresa.

También trae a colación la finalidad antiabuso que tiene la normativa mercantil en la materia y su finalidad de transparencia en interés de los socios. Siendo esto así, se considera que en el caso analizado la falta de cobertura estatutaria de la retribución puede entenderse como una mera cuestión formal, pues la finalidad a la que atiende la Ley de Sociedades de Capital (conocimiento de los socios para evitar abusos) se vio plenamente atendida con la decisión del socio único de mantener las funciones y la retribución que el recién nombrado administrador venía percibiendo como empleado. Considera, a la postre, que condicionar en todo caso la deducibilidad del gasto a su cobertura estatutaria podría suponer un "abuso de la formalidad" en casos como el presente.

La necesidad de atender a la finalidad antiabuso de la doctrina del vínculo antes de abordar la aplicación de las normas que la toman como punto de partida también subyace en otra sentencia reciente, esta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5.5.2022, C 101/21), que, en un caso completamente diferente (el derecho a las prestaciones por garantía salarial) planteado por los tribunales húngaros, concluye que "los artículos 2, apartado 2, y 12, letras a) y c), de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual una persona que ejerce, en virtud de un contrato de trabajo válido con arreglo al Derecho nacional, de forma acumulativa las funciones de director y de miembro del órgano estatutario de una sociedad mercantil no puede ser calificada de trabajador asalariado, en el sentido de dicha Directiva, y, por lo tanto, no puede disfrutar de las garantías previstas por esa Directiva".

La Audiencia Nacional avala la recalificación efectuada por la inspección de activos financieros a coste a activos financieros mantenidos para negociar en atención a la operativa seguida respecto de la negociación de los activos

Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2022

La Audiencia Nacional, tomando como punto de partida las definiciones contenidas en la Norma de Registro y Valoración n.º 8, "Activos financieros" del Plan General de Contabilidad para Pequeñas y Medianas Empresas, entiende que para determinar la calificación que debe darse a un determinado activo financiero es preciso atender al tipo de rendimientos que va a generar. En concreto, la sentencia distingue entre aquellos activos que generan rendimientos derivados de su negociación (compra y venta) en el mercado, de aquellos cuyos rendimientos solo se ponen de manifiesto en una tenencia a largo plazo. Para la sala, el elemento central para diferenciar entre ambos tipos de activos financieros reside en las evidencias sobre la gestión de esos activos y la forma en que esa gestión ha generado rendimientos a su propietario. En el caso, en la medida en que la información remitida por las entidades gestoras acreditaba la realización de operaciones de inversión y desinversión de forma continuada, se concluye que la operativa seguida por el contribuyente se corresponde con la que se seguiría con activos financieros mantenidos para negociar. Esta conclusión también se proyecta sobre los activos mantenidos en el balance del contribuyente por períodos superiores a un año, pues, como dice la sentencia, "ese tiempo, por sí solo, no indica que los activos se excluyan de la dinámica negociadora constante".

En el contexto de la Reserva para Inversiones en Canarias de contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades, la Audiencia Nacional concluye que el ejercicio de la actividad de promoción inmobiliaria no exige la transformación del terreno para considerarlo afecto a una actividad económica

Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2022

En el caso de autos, la Inspección denegó a un contribuyente del Impuesto sobre Sociedades la aplicación de la reducción asociada a la dotación de la Reserva para Inversiones en Canarias (RIC) por los beneficios derivados de la transmisión de un terreno en 2008.

La Inspección consideró que el terreno transmitido no estaba afecto a la actividad de promoción inmobiliaria, pues básicamente no había sufrido ninguna transformación desde su adquisición en 1999. La Audiencia Nacional señala que, según la documentación aportada, la recurrente había concluido en el ejercicio 2008 la promoción de una serie de inmuebles residenciales que habían pasado a clasificarse contablemente como inversiones inmobiliarias. Por otro lado, destaca que la actividad de promoción inmobiliaria es una actividad "de ciclo largo" en la que es habitual que transcurran largos periodos de tiempo entre la compra y el inicio de la promoción. En el caso de autos, por ejemplo, se indica que la recurrente había entablado en 2006 conversaciones con el Ayuntamiento en relación con un proyecto de construcción que finalmente no llegó a aprobarse.

Sobre la base de lo anterior, la sentencia concluye que el terreno objeto de transmisión que motivó la dotación de la Reserva por Inversiones en Canarias estaba afecto a una actividad de pro-

moción inmobiliaria con independencia de que sobre él no se hubiera llevado a cabo ninguna actividad de transformación.

Impuesto sobre la renta de las personas físicas. El Tribunal Supremo entiende que la preferencia entre la norma de valoración para las operaciones vinculadas del artículo 41 de la LIRPF y la norma de valoración para las rentas en especie del artículo 43 de la LIRPF debe dilucidarse en el caso concreto. Si se trata de operaciones entre partes vinculadas, debe aplicarse la norma del artículo 41 de la LIRPF, sin que las normas especiales del artículo 43 de la LIRPF puedan resultar aplicables a los rendimientos del capital mobiliario en especie

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo de 9 de febrero y 27 de abril de 2022

La Sentencia n.º 157/2022, de 9 de febrero, rec. 4769/2020, ya concluyó que, existiendo una operación vinculada entre el socio y la sociedad, para valorar la cesión al socio de determinados bienes de la sociedad (embarcación, vehículos, inmuebles y otros) debía aplicarse el artículo 41 LIRPF (valor de mercado en operaciones vinculadas), y no las reglas especiales de valoración de las rentas en especie contenidas en el artículo 43 de la LIRPF. Se apuntó entonces que, aunque ambas normas partan de un mismo valor (el de mercado), la remisión del artículo 41 LIRPF a la metodología propia de las normas de valoración de las operaciones entre partes vinculadas, unida a las especialidades introducidas para la valoración de los “rendimientos del trabajo en especie” y de las “ganancias patrimoniales en especie” en el artículo 43 de la LIRPF, puede arrojar en la práctica resultados muy distintos entre ambas normas.

Este mismo criterio se aplica en el presente caso, sentándose como criterio jurisprudencial que, “a los efectos del presente recurso, la cesión de uso o puesta a disposición de los vehículos automóviles de los que es titular una sociedad en favor de sus socios debe tributar como rendimiento del capital mobiliario en el IRPF de los cesionarios y, en la medida que constituyan una operación vinculada, resultan aplicables para su valoración las reglas establecidas en el artículo 41 LIRPF”. La referencia al “presente recurso” alude a un potencial carácter casuístico de la cuestión en función de que exista o no una verdadera operación vinculada entre las partes.

Doctrina del vínculo. El Tribunal Supremo admite a trámite un recurso de casación en el que se cuestiona si es posible aplicar la reducción por irregularidad del artículo 18.2 de la Ley del IRPF a las indemnizaciones por despido percibidas por altos directivos que también son consejeros

Auto del Tribunal Supremo de 29.6.2022, rec. n.º 2334/2021

En particular, se plantea la necesidad de interpretar el artículo 18.2 de la Ley del IRPF a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de julio de 2015 (asunto Balkaya, C-229/14) y de 11 de noviembre de 2010 (asunto Danosa, C-232/09) para determinar si es posible aplicar la reducción prevista en ese precepto a las retribuciones percibidas por altos directivos que

también son consejeros con ocasión de su despido, cuando se cumplen el resto de los requisitos legales previstos en la norma.

El Tribunal Supremo admite la aplicación de la exención por trabajos realizados en el extranjero a los miembros del consejo de administración de entidades

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 20 de junio de 2022

Esta sentencia del Tribunal Supremo del pasado 20 de junio de 2022 (rec. 3468/2020) concluye que la exención por trabajos realizados en el extranjero prevista en el artículo 7.p) LIRPF puede aplicarse a los rendimientos percibidos por los administradores y miembros de los consejos de administración. Partiendo de que la interpretación debe atender fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas interpretadas, según lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, el Tribunal Supremo afirma que *"no puede desconocerse que la exención controvertida se inscribe en el marco de una política económico fiscal encaminada a favorecer la internacionalización de las empresas en territorio español, mejorando su competitividad mediante la reducción de la carga tributaria de los trabajadores"*. Ello, unido a que las retribuciones de los consejeros y administradores son a efectos fiscales "rendimientos del trabajo" porque así lo dispone el artículo 17.2 de la Ley del IRPF, le lleva a rechazar una interpretación restrictiva de la norma que automáticamente excluya la retribución de consejeros y administradores que prestan servicios a las filiales del grupo en el extranjero, por el solo hecho de no derivar sus retribuciones de una relación de carácter laboral.

Imposición patrimonial. Incentivos fiscales a la empresa familiar. Los requisitos de remuneración y activo afecto en holdings familiares

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de marzo de 2022

La sentencia de 3 de marzo de 2022 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares aborda dos situaciones que afectan al cumplimiento de los requisitos de la empresa familiar y que se plantean de forma frecuente en la práctica cuando la empresa familiar adopta la estructura de un grupo con una sociedad matriz y sus filiales.

En relación con el requisito de remuneración, se analiza la posibilidad de que, en un grupo familiar en el que las funciones de dirección de desarrollan en la sociedad en la que directamente se participa, la remuneración pueda proceder de las filiales sin perjudicar el cumplimiento del requisito. La sentencia admite que las retribuciones sean satisfechas por la filial siempre que se demuestre que tales retribuciones lo son por funciones de dirección en la *holding*, y realiza una interpretación flexible en cuanto a los medios de prueba para acreditar esta circunstancia: en opinión del Tribunal no es necesaria su constancia en estatutos o en la escritura de constitución, pues tal requisito *"no está expresamente contemplado en la norma, sino que procede de la interpretación que resulta de las consultas vinculantes"*.

En relación con el requisito de composición del activo, la sentencia aborda la posible consideración como activos afectos de las cuentas corrientes o de las inversiones financieras a largo plazo.

La sentencia entiende, en cambio que “*no cabe relacionar los fondos de tesorería exclusivamente con la cifra de negocios de la cuenta de explotación de la matriz, sino relacionarlos también con las necesidades de solvencia de la empresas participadas*”. De esta forma, tras la valoración de la prueba aportada, concluye que estos activos de la entidad matriz están, efectivamente, vinculados a las necesidades de liquidez y solvencia de las empresas filiales de forma que “*están afectos de forma real y efectiva a la actividad empresarial de [aquella], que lo es la de las participadas*”.

Inexistencia de donación por el exceso de adjudicación producido en favor de uno de los cónyuges

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 12 de julio de 2022

De acuerdo con el Tribunal Supremo, el exceso de adjudicación en favor de uno de los cónyuges que pueda producirse en la extinción del condominio en la vivienda habitual por la disolución del matrimonio no constituye una transmisión lucrativa sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En su sentencia, el Tribunal Supremo considera, en primer lugar, que no cabe apreciar la existencia de *animus donandi* en un exceso de adjudicación que responde a un acuerdo bilateral de los cónyuges sobre la distribución de su patrimonio común mediante convenio regulador. No existe, por tanto, una donación y, de existir, su validez habría exigido su otorgamiento en escritura pública, lo cual no se ha producido. En segundo lugar, el Tribunal Supremo sostiene que los excesos de adjudicación procedentes de la división de cosa común están expresamente regulados en la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (concretamente en el artículo 7.2.b de su texto refundido), por lo que han de quedar excluidos del ámbito objetivo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Una vez establecido que la eventual tributación del exceso de adjudicación ha de acomodarse a lo previsto en la normativa reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el Tribunal Supremo apunta, en tercer y último lugar, que el reglamento de este impuesto prevé específicamente que no motivarán liquidación por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas los excesos de adjudicación que sean efecto de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico que resulten de la necesaria atribución a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio.

Tributos locales. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por un operador de telecomunicaciones y anula la liquidación del Impuesto sobre Actividades Económicas resultante del epígrafe 761.2, por considerarlo incompatible con la Directiva autorización (2002/20/CE)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 14 de julio de 2022

La sentencia del Tribunal Supremo n.º 3080/2022, de 14 de julio, estima el recurso de casación interpuesto por uno de los principales operadores de telecomunicaciones de España y anula la liquidación del IAE correspondiente al epígrafe 761.2 (servicio de telefonía móvil).

Con esta sentencia, el Tribunal Supremo modifica su doctrina anterior (v. Sentencia del Tribunal Supremo n.º 930/2016, de 2.3.2016), que había afirmado la compatibilidad con la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas del gravamen establecido en el epígrafe 761.2, por entender que la naturaleza del IAE, como impuesto que grava el mero ejercicio de una actividad económica, nada tiene que ver con las tasas, cánones y derechos regulados en esa Directiva y que se refieren, en último término, a elementos constitutivos de la actividad autorizada.

Tributos autonómicos. El Tribunal Supremo rechaza elevar la cuestión de constitucionalidad sobre el impuesto sobre viviendas vacías de Cataluña por entender que la estructura jurídica del tributo no representa una selección arbitraria del sujeto pasivo, desconectada de la legítima finalidad extrafiscal del tributo, y por entender que su establecimiento "responde al ámbito legítimo del ejercicio de la potestad tributaria del legislador autonómico"

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 3 de junio de 2022

Se recurría en el caso el Decreto 183/2006, de 16 de febrero, de la Generalitat de Catalunya, por entender que se había dictado en desarrollo de una ley —la Ley catalana 14/2015, de 21 de julio, del Impuesto sobre las Viviendas Vacías— que vulnera los artículos 9.3,14 y 31.1 de la Constitución española. La doctrina de interés casacional fijada en la sentencia es la de que no se aprecia que se vulneren los principios constitucionales de igualdad, capacidad económica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 14, 31.1 y 9.3 CE) en la regulación del impuesto sobre las viviendas vacías de Cataluña, creado por la Ley 14/2015, de 21 de julio, desarrollada por el Decreto 183/2016, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre las viviendas vacías.

El artículo 80.Cuatro.A. 4.º de la Ley del IVA debe ser interpretado en el sentido de que no exige que la reclamación al deudor mediante requerimiento notarial se realice de una forma determinada y que resulta suficiente, a estos efectos, un acta notarial de envío por correo certificado con acuse de recibo de un escrito del acreedor en el que reclame el pago

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 2 de junio de 2022

La regla 4.ª contenida en el artículo 80.Cuatro.A de la Ley del IVA permite calificar un crédito como incobrable y, con ello, modificar la base imponible del impuesto cuando "el sujeto pasivo haya instado su cobro mediante reclamación judicial al deudor o por medio de requerimiento notarial al mismo".

El Tribunal Supremo establece como doctrina (i) que la norma controvertida (art. 80.Cuatro.A.4.ª de la LIVA) debe interpretarse en el sentido de que el requisito legal de que el sujeto pasivo haya instado su cobro mediante requerimiento notarial al deudor se satisface con cualquier clase de comunicación por conducto notarial, cualquiera que sea la modalidad del acta extendida al efecto;

(ii) que no se precisa, para la observancia de tal requisito, el empleo de fórmula especial alguna que singularice unas clases de actas notariales en menoscabo de otras; (iii) que la exigencia de cumplimiento de requisitos formales extremos o rigurosos, o del empleo de fórmulas solemnes, contradice el principio de neutralidad del IVA, por el que el sujeto pasivo no debe afrontar con sus propios recursos la carga del IVA que corresponde a terceros, sobre todo en supuestos ajenos a fraude o evasión fiscal; (iv) que, aun cuando, a efectos dialécticos, se aceptara que no haber intimado al pago al deudor mediante una concreta modalidad de acta notarial incumple el precepto legal, debería traerse a colación el principio del predominio de la forma sobre el fondo, de suerte que la Administración debería acreditar, además, que los créditos objeto de intimación notarial al pago practicada no son incobrables.

El Tribunal Supremo confirma la procedencia de la devolución del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales ingresado por la compradora de una finca rústica en el caso de que se cumpla la condición resolutoria prevista expresamente en el contrato, al quedar este resuelto desde el momento de su celebración

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de junio de 2022

El Tribunal concluye que la resolución del contrato derivada del cumplimiento de la condición determina la falta de sujeción *ab origine* del impuesto, por lo que debe procederse a su devolución. En consonancia con lo anterior, se considera que la escritura por la que se declara cumplida la condición resolutoria expresa, en cuya virtud la parte vendedora recupera la propiedad de la finca, no da lugar a la práctica de liquidación por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas por aplicación del artículo 32.1 del Reglamento del impuesto.

Fiscalidad internacional. El Tribunal Supremo admite a trámite dos recursos de casación interpuestos por la Abogacía del Estado frente a las sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de mayo y 10 de junio de 2021 (recursos 1000/2017 y 1318/2017, respectivamente) que concluyeron que recae sobre la Administración tributaria la carga de la prueba de la existencia de abuso a la hora de inaplicar la exención prevista en el artículo 14.1 h) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes para dividendos distribuidos por entidades españolas en favor de sus matrices establecidas en la Unión Europea

Autos del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de junio de 2022

En las últimas semanas, el Tribunal Supremo ha publicado dos autos en los que admite a trámite sendos recursos de casación interpuestos por la Abogacía del Estado contra sentencias de la Audiencia Nacional que analizan la aplicación de la exención del artículo 14.1 h) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes a los dividendos distribuidos por entidades españolas a sus socios, entidades residentes en Luxemburgo.

Se identifica como cuestión de interés casacional para la formación de jurisprudencia *"interpretar la cláusula antiabuso del artículo 14.1.h) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la carga de la prueba del abuso"*.

Exención plena, bajo el convenio, de dividendos percibidos por un contribuyente del IRPF sobre su inversión brasileña

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Contencioso-Administrativo, de 18 de julio de 2022

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha confirmado que los dividendos percibidos por una persona física residente en España de una empresa brasileña están exentos en su integridad bajo el Convenio para evitar la doble imposición entre Brasil y España.

El Tribunal Supremo admite a trámite un recurso de casación en el que se pronunciará sobre varias cuestiones que afectan a la interpretación de los criterios para la determinación de la residencia fiscal de una persona física en España cuando se plantea un conflicto de doble residencia

Auto del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 20 de julio de 2022

Las cuestiones de interés casacional identificadas en el auto de admisión y sobre las que deberá pronunciarse el Tribunal Supremo son las siguientes:

Si un órgano judicial o administrativo puede prescindir del contenido de un certificado de residencia fiscal emitido por las autoridades fiscales de un país a los efectos del convenio de doble imposición suscrito con España.

Si es posible rechazar la validez de un certificado de residencia a los efectos de analizar la existencia de un posible conflicto de residencia, o si, por el contrario, dicha validez se presume cierta al existir un convenio fiscal suscrito entre ambos países.

Si es posible que el Estado firmante de un convenio enjuicie de forma unilateral la existencia de un conflicto de residencia, sin aplicar las reglas de desempate previstas en dicho convenio, o si es necesario acudir a estas reglas e interpretarlas de forma autónoma y separada de los criterios de la normativa interna. En concreto, si el criterio de centro de intereses vitales previsto en las reglas de desempate del convenio es equiparable al criterio de localización del centro de intereses económicos de la LIRPF.

Si el concepto "núcleo principal o base de sus actividades o intereses económicos" establecido en la normativa española puede interpretarse de forma que se entienda cumplido cuando la persona física sea titular de un patrimonio inmobiliario o mobiliario en España del que no proceden ingresos, y si esa circunstancia es suficiente para enervar la eficacia de un certificado de residencia fiscal emitido a los efectos del convenio.

La Audiencia Nacional considera que la exclusión del devengo de intereses de demora durante la tramitación de los procedimientos amistosos contenida en la disposición adicional primera de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes no es contraria al derecho de la Unión Europea ni a la Constitución

Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2022

La disposición adicional primera de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, que regula los procedimientos amistosos, no contenía en su redacción original ninguna cláusula que excluyera el abono de intereses de demora durante la tramitación del procedimiento y establecía, en su apartado 6, que para obtener la suspensión de la deuda debía garantizarse *"su importe, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que pudieran proceder en el momento de la solicitud de la suspensión"*. La situación cambia con la entrada en vigor de la Ley 4/2008. En ella se modifica la disposición adicional primera de la Ley para indicar, en su apartado 5, que *"durante la tramitación de los procedimientos amistosos no se devengarán intereses de demora"* y, en su apartado 6, que *"el ingreso de la deuda quedará suspendido automáticamente a instancias del interesado cuando se garantice su importe y los recargos que pudieran proceder en el momento de la solicitud de la suspensión, en los términos que reglamentariamente se establezcan"*. La voluntad legislativa de excluir el devengo de intereses de demora durante la tramitación de los procedimientos es clara y queda patente asimismo en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2020.

Teniendo en cuenta este marco normativo, la Audiencia Nacional, tras aclarar que la regulación aplicable es la vigente en el momento en que se inicie el procedimiento y no la vigente en los ejercicios controvertidos en él, rechaza la posible vulneración del derecho de la Unión Europea y de la Constitución.

[Portugal]

Supressão da Remuneração Mensal Fixa a Pagar Pelos Lojistas em Centros Comerciais - Declaração de Inconstitucionalidade

Acórdão n.º 468/2022 (DR n.º 141/2022, Série I, de 22 de Julho de 2022) - TC

No acórdão em apreço, o TC foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade com a CRP da norma prevista no n.º 5 do artigo 168.º-A da Lei n.º 2/2020, de 31 de março, que aprovou o Orçamento de Estado para 2020, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho, que aprovou o Orçamento de Estado Suplementar.

A norma sindicada insere-se no conjunto de medidas legislativas adotadas com vista a amortecer os efeitos económicos e sociais decorrentes da crise sanitária relacionada com a pandemia de Covid-19. Para os contratos de instalação de lojista em centro comercial, através desta norma, o legislador previu não uma dilação legalmente permitida para o cumprimento da contraprestação (pagamento da renda), mas uma verdadeira supressão da componente mais onerosa da contraprestação devida aos proprietários de centros comerciais pela cedência do espaço para instalação dos estabelecimentos que os integram.

Efetivamente, a norma em causa estatui que não seriam devidos quaisquer valores a título de rendas mínimas, até 31 de dezembro de 2020, sendo apenas devido aos proprietários dos centros comerciais o pagamento da «componente variável da renda», calculada sobre as vendas realizadas pelo lojista, mantendo-se ainda a responsabilidade, da parte dos lojistas, pelo pagamento de todas as despesas contratualmente acordadas, designadamente as referentes a despesas e encargos comuns.

Note-se que o TC considera que a medida, que consiste na eliminação da componente fixa da contraprestação pecuniária devida por lojistas instalados em centros comerciais, é apta a alcançar o objetivo de apoiar os lojistas afetados pela crise sanitária. No entanto, o TC entende que este não é, de entre os meios que estão ao alcance do legislador, aquele que envolve menor lesão dos interesses dos promotores ou gestores dos centros comerciais, não estando cumprido o princípio da necessidade.

Desta forma, o TC conclui que a restrição prevista na norma fiscalizada, ao estabelecer a supressão da componente mais onerosa da contraprestação devida pelos lojistas, não supera o teste da necessidade, numa lógica de partilha do risco do negócio entre lojistas e gestores, tecendo a consideração de que uma medida de menor alcance pessoal — aplicável apenas a quem teve prejuízos efetivos — asseguraria a proteção de apoio económico aos lojistas nesta situação.

Pelo exposto, o TC decide declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma sindicada, na medida em que determina, a respeito das formas específicas de contratos de exploração de imóveis para comércio e serviços em centros comerciais a isenção de pagamento da remuneração mensal fixa ou mínima devida pelos lojistas além de uma redução proporcional à redução da faturação mensal, até ao limite de 50% do valor daquela, quando os estabelecimentos tenham uma quebra do volume de vendas mensal, em face:

- i. do volume de vendas do mês homólogo do ano de 2019; ou, na sua falta;
- ii. do volume médio dos seis meses antecedentes ao Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, ou de período inferior, se aplicável.

3. Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central

El TEAC interpreta que el límite de inembargabilidad de sueldos, salarios o pensiones constituido por el salario mínimo interprofesional debe elevarse en caso de que se perciban gratificaciones o pagas extraordinarias

Resolución de 17 de mayo de 2022 (RG 1975/2022)

El Tribunal Económico-Administrativo Central interpreta que de la normativa reguladora del SMI cabe inferir que el importe fijado como tal anualmente incluye las dos gratificaciones extraordina-

rias a que el refiere el artículo 31 del Estatuto de los Trabajadores. Sobre esta base, el TEAC entiende que el importe inembargable de sueldos, salarios y pensiones a que se refiere el artículo 607 de la LEC está constituido (i) por el doble del SMI mensual en aquellos casos en que junto con la mensualidad se percibe una paga extraordinaria (como en el caso de autos), o (ii) por el importe del SMI en cómputo anual (SMI mensual por catorce) prorrateado entre doce meses, en aquellos casos en que las pagas extraordinarias se incluyan proporcionalmente en las mensualidades.

Por tanto, en el caso de autos, el mínimo inembargable ascendía a 1.900 euros (950 x 2), importe que era superior al ingreso agregado percibido por el contribuyente (1.553,94 euros), por lo que no resultaba conforme a derecho el embargo practicado por la Administración tributaria.

Dicho esto, el Tribunal Supremo tiene pendiente de resolver un recurso de casación que versa precisamente sobre esta materia (rec. 585/2021 de 24.6.2021). Veremos si la interpretación del TEAC es respaldada por el Alto Tribunal.

Con la redacción previa a la Ley 21/2021, el aplazamiento solicitado en los plazos previstos en el artículo 62.2 de la LGT tras la denegación de una solicitud de suspensión debe entenderse presentado en período voluntario de pago

Resolución de 19 de abril de 2022 (RG 792/2020)

El Tribunal Económico-Administrativo Central tiene presente el criterio establecido en la sentencia del [Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2021](#) en la que se concluyó que la solicitud reiterada de aplazamiento o fraccionamiento de pago en período voluntario que resultó denegada anteriormente impide el inicio del período ejecutivo antes de que venzan los plazos previstos en el artículo 62.2 de la Ley General Tributaria y que la solicitud reiterada de aplazamiento o fraccionamiento de pago en período voluntario debe ser resuelta por la Administración antes de que esta inicie el procedimiento de apremio.

La resolución entiende que el mismo criterio debe mantenerse cuando la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento se plantea dentro del plazo de pago del artículo 62.2 de la Ley General Tributaria abierto con la notificación de la denegación de la solicitud de suspensión. Como consecuencia, se anula la providencia de apremio impugnada.

En cualquier caso, la Ley 11/2021 modificó el artículo 161.2 de la Ley General Tributaria para introducir un nuevo párrafo que diera cobertura a la interpretación administrativa. Según este párrafo, las solicitudes de aplazamiento, fraccionamiento, compensación, suspensión o pago en especie no impedirán el inicio del período ejecutivo cuando antes se hubiera denegado, respecto de la misma deuda tributaria, otra solicitud previa de aplazamiento, fraccionamiento, compensación, suspensión o pago en especie en período voluntario sin que se hubiera producido el ingreso en el período voluntario de pago abierto con la notificación de la denegación. En notificaciones de denegación recibidas tras la entrada en vigor de la Ley 11/2021, habrá que estar a esta nueva redacción.

El Tribunal Económico-Administrativo Central reitera el criterio fijado en resoluciones de 23 de marzo de 2022 (rec. 04189-2019) y 11 de junio de 2020 (rec. 01483-2017) según el cual un cambio de criterio en la doctrina y en la jurisprudencia desfavorable para el obligado tributario no puede aplicarse con efectos retroactivos

Resolución de 23 de junio de 2022 (Rec. 01539/2020)

El Tribunal Económico-Administrativo Central, en aplicación del principio de confianza legítima según fue interpretado por el Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 1006/2018, de 13 de junio de 2018, y por la Audiencia Nacional, en su sentencia de 17 de abril de 2019 (rec. 866/2016), ya había sostenido en resoluciones previas (RRTEAC de 23.6.2022, R.G. 00-01539-2020, y de 11.6.2020, R.G. 00-01483-2017) que, cuando existe un criterio administrativo asentado (doctrina administrativa), un cambio de criterio administrativo o jurisprudencial desfavorable al obligado tributario solo puede tener eficacia desde que se produce el cambio de criterio.

4. Dirección General de Tributos

La Dirección General de Tributos confirma, por un lado, que una distribución de dividendos con cargo a reservas voluntarias minoraría el importe de los fondos propios al cierre del ejercicio a efectos de determinar el cumplimiento del requisito de mantenimiento respecto de las reducciones por reserva de capitalización practicadas en ejercicios anteriores; y, por otro, que el requisito de mantenimiento respecto de la reducción de un ejercicio no se vería afectado por la distribución en dicho ejercicio de beneficios obtenidos en el ejercicio anterior

Consulta V0751-22, de 6 de abril

La Dirección General de Tributos analiza en la consulta V0751-22, de 6 de abril, la compatibilidad de una distribución de dividendos con la aplicación de la reserva de capitalización prevista en el artículo 25 de la LIS.

La consulta recuerda que el requisito de mantenimiento del importe del incremento de los fondos propios durante un plazo de cinco años se refiere al conjunto de los fondos propios, y no a cada una de las partidas que se hayan visto incrementadas. Por tanto, la disposición de cualquiera de los conceptos que forman parte de los fondos propios en la fecha de cierre del ejercicio en el que se produce el incremento no supondría el incumplimiento del requisito de mantenimiento, siempre que se mantenga el importe del incremento de fondos propios en términos globales.

Sentado lo anterior, se entiende que una disminución de la cuenta de reservas voluntarias en el ejercicio 2020 como consecuencia de la distribución de dividendos minoraría el importe de los fondos propios al cierre del ejercicio 2020 a efectos de determinar si se ha cumplido el requisito de mantenimiento respecto de las reducciones practicadas en los ejercicios 2017, 2018 y 2019.

Con esto presente, en la medida en que el incremento de fondos propios viene determinado por la diferencia positiva entre (a) los fondos propios existentes al cierre del ejercicio, sin incluir sus resultados, y (b) los fondos propios existentes al inicio del ejercicio, sin incluir los resultados del ejercicio anterior, la Dirección General de Tributos concluye que el incremento de fondos propios del ejercicio 2020 a efectos de aplicar la reducción por reserva de capitalización no incluirá los resultados obtenidos en el ejercicio 2019 distribuidos en el propio ejercicio 2020. En consecuencia, el requisito de mantenimiento no se vería afectado por la distribución de beneficios.

El nuevo informe declara la concurrencia de las circunstancias establecidas en el artículo 15 de la Ley General en una operaciones de reestructuración empresarial por considerar que, en algunos de sus pasos, se buscaba la aplicación artificiosa de una ventaja fiscal

Comisión consultiva sobre el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, Informe n.º 9

El informe n.º 9 se denomina “Conflicto nº 9. Impuesto sobre Sociedades. Gastos financieros derivados de un préstamo destinado a la devolución de una prima de emisión”. En él se declara la existencia de conflicto en la aplicación de la norma tributaria en un conjunto de operaciones societarias que, en el contexto de la desinversión parcial en una filial española, generan —mediante la interposición de varias sociedades— una prima de emisión cuya inmediata devolución al socio es financiada con un préstamo soportado por el grupo español. La Administración considera que los gastos financieros derivados de ese préstamo, en la parte que se destina a la devolución de una prima de emisión que se considera artificialmente creada, no deben ser fiscalmente deducibles en aplicación del artículo 15 de la Ley General Tributaria.

Acogiendo la interpretación del Tribunal Económico-Administrativo Central, la Dirección General de Tributos ha modificado su criterio histórico y concluido que no es posible reconocer *ex novo* deducciones por I+D+i que no se consignasen en la autoliquidación correspondiente al período impositivo en que se generaron. A la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión (admitida a casación tan solo unos días después), los contribuyentes que realizan actividades de I+D+i —y otras que otorguen el derecho a deducciones en el Impuesto sobre Sociedades— deberán revisar su cuantificación en los ejercicios no prescritos

Dirección General de Tributos CV1511-22 y Auto del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2022 (Rec. n.º 6519/2021)

Este criterio tradicional de la Dirección General de Tributos reconocía a los contribuyentes que no consignaron las deducciones por I+D+i en la autoliquidación correspondiente al período impositivo de su generación que las reconocieran en la autoliquidación correspondiente a otro período impositivo posterior sin necesidad de acudir a una solicitud de rectificación de la autoliquidación del período impositivo en que se generasen, dando también con ello cobertura a los supuestos en los que ese período impositivo de generación estuviera prescrito.

La contestación a la consulta vinculante V1511-22 modifica el criterio anterior, al concluir que la consignación en las autoliquidaciones correspondientes al período impositivo en el que se generaron —ya sea en el momento de su presentación durante el período voluntario de liquidación y pago o en un momento posterior, mediante una solicitud de rectificación— es un requisito *sine qua non* para la aplicación de las deducciones por I+D+i. Ese cambio de criterio se acompaña con otro análogo en lo relativo a la aplicación de la deducción por creación de empleo para trabajadores con discapacidad, contenido en la contestación a la consulta vinculante V1510-22, de la misma fecha. En ambos casos, la modificación del criterio se fundamenta en la doctrina del Tribunal Económico-Administrativo Central (vinculante para la Dirección General de Tributos) en sus resoluciones números 00-514-2020 RG y 00-4379-2018 RG, de 23 de marzo de 2022, que se apoyan a su vez en el criterio del Tribunal Supremo respecto de las bases imponibles negativas pendientes de compensación (sentencia de 22 de julio de 2021, rec. n.º 111872020).

No obstante, el propio Tribunal Supremo tendrá ocasión de pronunciarse sobre la validez de este criterio, al haberse admitido a casación el 29 de junio de 2022 el recurso con número 6519/2021, en el que se plantean como cuestiones de interés casacional si resulta procedente incluir en la base de la deducción por I+D+i gastos devengados en ejercicios anteriores, pero que no se consignaran en las autoliquidaciones correspondientes, y si, con carácter general, en situaciones como las antes descritas, resulta exigible que el contribuyente solicite la rectificación de las autoliquidaciones correspondientes a los períodos impositivos de generación de las deducciones no declaradas para poder acreditarlas en períodos posteriores.

La vivienda habitual no puede calificarse como elemento improductivo a efectos del cómputo del límite conjunto de tributación IRPF-IP

Consulta VO875-22, de 25 de abril de 2022

El artículo 31 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, establece una regla que limita la tributación en el Impuesto sobre el Patrimonio según la cual la cuota íntegra de este impuesto, conjuntamente con las cuotas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no puede exceder el 60 % de la suma de las bases imponibles del propio IRPF. Y, respecto del cálculo de este límite, no se debe tener en cuenta, entre otras cosas, *"la parte del Impuesto sobre el Patrimonio que corresponda a elementos patrimoniales que, por su naturaleza o destino, no sean susceptibles de producir los rendimientos gravados por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas"*. Según el criterio que fija esta consulta, el precepto se refiere a la susceptibilidad de producir rendimientos gravados por el IRPF y, a este respecto, los inmuebles deben considerarse elementos patrimoniales que por su naturaleza son susceptibles de generar rendimientos, con independencia de que en el caso concreto de la vivienda habitual la ley la excluya de la generación de rentas gravadas por el impuesto. Para el centro directivo, cuando la norma se refiere a elementos improductivos *"está pensando en objetos de arte, antigüedades, joyas o suelo no edificado que, en principio, por su propia naturaleza, no son susceptibles de producir rendimientos gravados en el IRPF"*.

A los efectos de la exención de intereses y plusvalías de residentes en la Unión Europea, los fondos de inversión alternativa extranjeros sujetos a un régimen de comunicación o declaración a la autoridad administrativa pueden probar la residencia a través de la declaración de su entidad gestora

Consulta CV0676-22, de 29 de marzo de 2022

La Dirección General de Tributos considera, en su contestación a la consulta, que el régimen normativo de comunicación o declaración aplicable en Francia a esta categoría de instituciones conlleva que *"la Autoridad competente del Estado de constitución del fondo tenga, mediante las declaraciones efectuada (sic) por el FPCL o su gestora, información y constancia de su constitución así como de las operaciones que afectan a su existencia"*. En consecuencia, se aclara que este tipo de fondos pueden ser considerados como *"instituciones de inversión colectiva sometidas a un régimen de autorización, registro o supervisión administrativa y gestionadas por gestoras de fondos de inversión alternativos reguladas"* a efectos de acogerse al sistema reglamentario de acreditación de la residencia.

9 de septiembre de 2022



Unión Europea

9 de septiembre de 2022

1. Jurisprudencia

El Tribunal de Justicia indica que los errores manifiestos de apreciación de la Comisión Europea no generan automáticamente la responsabilidad de la Unión

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2022, en los asuntos acumulados C65/21 P SGL Carbon/Comisión, C-73/21 P Química del Nalón/Comisión, C-74/21 P Deza/Comisión y C-75/21 P Bilbaína de Alquitrans/Comisión

El Tribunal de Justicia ha desestimado una reclamación de responsabilidad extracontractual contra la Comisión Europea, a pesar de reconocer que esta había cometido un error manifiesto de apreciación.

Los recurrentes habían interpuesto, en primer lugar, un recurso de anulación contra un reglamento delegado de la Comisión que clasificaba determinadas sustancias de acuerdo con su nivel de toxicidad. Dicho recurso fue estimado tanto por el Tribunal General como, en casación, por el Tribunal de Justicia. Ambos entendieron que, aunque la Comisión gozaba de una amplia facultad de apreciación al realizar las evaluaciones pertinentes, había incurrido en un error manifiesto de apreciación al clasificar determinadas sustancias. En concreto, afirmaron que la Comisión no había tomado en consideración todos los datos y circunstancias pertinentes para determinar la proporción en la que determinados componentes estaban presentes en las sustancias en cuestión así como para determinar los efectos químicos que podían generar.

Ahora bien, en un segundo recurso, en el que los recurrentes reclamaban una indemnización por los perjuicios que la clasificación ilegal les había generado, han visto desestimadas íntegramente sus pretensiones tanto ante el Tribunal General como ante el Tribunal de Justicia. La sentencia dictada en casación confirma que no concurre uno de los requisitos necesarios para generar responsabilidad de la Unión, la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma de la Unión. De este modo, el Tribunal de Justicia diferencia las violaciones "suficientemente caracterizadas" de aquellas que se derivan de un "error manifiesto de apreciación". Para llegar a esta conclusión, considera que si bien la Comisión cometió un error, este puede ser calificado

* Esta sección ha sido coordinada por Eudne Navarro Varona y elaborada por Patricia Cano Gámiz del Área de Competencia y Derecho de la UE (Bruselas).

como excusable debido a la complejidad de la operación de clasificación y a las dificultades de interpretación de las reglas de clasificación.

El Tribunal de Justicia aclara que los particulares pueden recurrir directivas antes de que se transpongan a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2022, en el asunto C-348/20 P Nord Stream 2/Parlamento y Consejo

El Tribunal de Justicia, en formación de Gran Sala, ha aclarado los requisitos que deben concurrir para que una entidad pueda interponer un recurso contra una directiva. Como es sabido, los actos legislativos de la Unión pueden ser recurridos por las personas físicas o jurídicas que se vean directa e individualmente afectados por los mismos.

La sentencia analiza un recurso interpuesto por Nord Stream 2 AG, una filial suiza de Gazprom, contra una directiva que modificaba la denominada Directiva del Gas, para que las normas aplicables a las conducciones del transporte de gas entre los Estados miembros se aplicasen también a las conducciones con destino y origen en terceros países. Nord Stream 2 AG, que tenía encomendada la construcción y explotación del gasoducto Nord Stream 2 entre Rusia y Alemania, recurrió la directiva. Sin embargo, el Tribunal General inadmitió el recurso al entender que el recurrente no se encontraba directamente afectado por dicha norma. El Tribunal General argumentó, entre otros motivos, que una directiva, al no tener efecto directo, no puede afectar directamente a una entidad antes de que se adopten normas de transposición. A mayor abundamiento, defendió que los Estados miembros gozaban de un margen de apreciación para aplicar las disposiciones de la directiva.

En casación, el Tribunal de Justicia ha llegado a una conclusión totalmente opuesta, que sigue la propuesta que el Abogado General Michal Bobek realizó meses antes. En opinión del Tribunal de Justicia, no puede entenderse con carácter general que, a falta de medidas de transposición, una directiva no cree por sí misma obligaciones para un particular, que afecten directamente a su situación jurídica. Como explicó el Abogado General en sus conclusiones, si bien dadas las características particulares de las directivas, dicha situación puede ser extraña, no puede excluirse sistemáticamente. Debe analizarse si los Estados miembros disponen de un margen de apreciación sobre la imposición de dichos efectos al recurrente. En este caso en particular, el Tribunal de Justicia ha entendido que Alemania no disponía de un margen de apreciación real para conceder exenciones a Nord Stream 2 AG sobre las obligaciones contenidas en la directiva, ya que la entidad no cumplía los requisitos temporales que esta fijaba para ello. Asimismo, aunque Alemania tuviera la capacidad de elegir entre distintas medidas de aplicación, estaba en cualquier caso obligada a alcanzar el resultado perseguido por la norma (*i.e.*, separar efectivamente las infraestructuras de transporte de las de producción y suministro y dar acceso a la red a terceros), lo que inevitablemente iba a afectar a la situación jurídica del recurrente. El Tribunal de Justicia también ha entendido que la directiva afectaba individualmente a NordStream 2 AG, requisito que en primera instancia no se había llegado a analizar y que, en la jurisprudencia previa sobre recursos de anulación contra actos legislativos, solo se ha entendido que concurría en ocasiones excepcionales.

2. Otros

La Unión Europea aprueba nuevos paquetes de sanciones como respuesta a la invasión de Ucrania que contemplan un embargo parcial al petróleo ruso

Sexto paquete de medidas restrictivas del Consejo de la Unión Europea (DOUE L 153 de 3 de junio de 2022) y paquete de medidas de mantenimiento y adaptación del Consejo de la Unión Europea (DOUE L 193 de 21 de julio de 2022)

El 3 de junio y el 21 de julio de 2022, el Consejo adoptó dos nuevos paquetes de sanciones, que se unen a los cinco que ha aprobado desde el inicio de la invasión de Ucrania: el primero de ellos, el 23 de febrero, el segundo el 25 de febrero, el tercero el 28 de febrero y el 2 y 9 de marzo, el cuarto el 15 de marzo, y el quinto el 8 de abril.

Mediante el sexto paquete, aprobado el 3 de junio, el Consejo prohíbe la importación de crudo y productos petrolíferos refinados por vía marítima, así como el ofrecimiento de seguros y reaseguros del transporte marítimo de los referidos productos a terceros países. Ahora bien, se han previsto periodos transitorios para los contratos preexistentes y operaciones puntuales de entrega a corto plazo. Asimismo, se han recogido excepciones por periodos temporales superiores que garantizan el suministro a aquellos Estados miembros que tienen una dependencia mayor de los suministros rusos, Bulgaria y Croacia. Otros Estados miembros como Hungría, Eslovaquia y la República Checa, que también dependen de los suministros rusos, podrán seguir recibiendo petróleo a través de oleoductos, ya que la importación a través de este canal ha quedado por el momento fuera de la prohibición debido a la presión ejercida principalmente por Hungría. A pesar de las excepciones contempladas, de las que no todos los Estados miembros que podrían beneficiarse puede que hagan uso, la medida va a reducir considerablemente las importaciones de petróleo ruso en la Unión. A día de hoy, las exportaciones a la Unión constituyen una parte considerable de las exportaciones rusas de petróleo, por lo que se espera que la medida ejerza una importante presión económica sobre el país.

Entre el resto de medidas aprobadas, se incluyen prohibiciones de prestación de diversos servicios de asesoramiento a entidades establecidas en Rusia. Además, se han ampliado varias de las medidas previamente aprobadas. En particular, se han extendido las limitaciones de acceso al sistema SWIFT a tres bancos rusos y uno bielorruso; se ha suspendido la difusión en la Unión Europea de tres canales estatales rusos; y se han ampliado las sanciones individuales a 65 personas físicas y 18 entidades adicionales.

Asimismo, el 4 de julio de 2022, la Comisión Europea publicó una nota explicativa sobre las medidas adoptadas hasta la fecha tras las dudas que han suscitado en algún Estado miembro. En concreto, la nota aclara que las medidas prohíben la importación de determinados productos (tales como el crudo y los productos refinados, y materiales como el hierro, el acero, el cemento, el carbón y la madera) y el tránsito de los mismos a través del territorio de la Unión Europea por carretera pero no así por tren. No obstante, la Comisión Europea recuerda que ello no exime a los Estados miembros de realizar los controles adecuados sobre el transporte ferroviario para evitar el tránsito de productos militares y tecnología de doble uso, cuyo transporte a través del territorio de la Unión por parte de operadores rusos está prohibido con carácter general.

El séptimo paquete, aprobado el 21 de julio, que ha sido denominado paquete de “mantenimiento y adaptación”, endurece las sanciones contra Rusia y determinadas personas físicas y jurídicas, al mismo tiempo que clarifica algunas de las medidas previamente acordadas. Por un lado, se han ampliado las sanciones comerciales, prohibiéndose la importación de oro, un producto que Rusia exporta en grandes cantidades. También se han extendido las sanciones individuales en materia de congelación de activos y limitaciones de viaje a 54 personas y entidades adicionales próximas al régimen ruso o que guardan alguna relación con los ataques perpetrados en Ucrania. Por otro lado, se han modificado o clarificado varias de las medidas existentes. En particular, se ha ampliado el listado de productos de doble uso cuya exportación está prohibida, y se ha extendido a las esclusas la prohibición de acceso de buques rusos a los puertos. También se ha ampliado el ámbito de aplicación de la prohibición de aceptar depósitos, que hasta ahora incluía a las personas físicas con nacionalidad rusa y a las personas físicas o jurídicas residentes en Rusia. La prohibición ahora se extiende a la aceptación de depósitos de personas jurídicas establecidas en terceros países que estén controladas mayoritariamente por nacionales o residentes rusos. Adicionalmente, se han establecido algunas exenciones a la contratación con entidades públicas rusas y, en el ámbito del transporte aéreo, al intercambio de asistencia técnica con Rusia a los efectos del establecimiento de normas técnicas industriales en el seno de la Organización de Aviación Civil Internacional.

El Consejo Europeo concede el estatus de país candidato a Ucrania y Moldavia

Conclusiones del Consejo de la Unión Europea de 24 de junio de 2022 (EUCO 24/22)

Siguiendo las recomendaciones de la Comisión, el Consejo Europeo ha acordado otorgar a Ucrania y Moldavia el estatus de país candidato, dando así el primer paso formal para su futura adhesión a la Unión Europea. No obstante, se trata de un paso todavía muy preliminar de cara a dicha adhesión. De hecho, antes de que pueda plantearse el inicio de las negociaciones formales sobre la incorporación de la legislación de la Unión en sus sistemas jurídicos, ambos países deberán avanzar en las reformas indicadas por la Comisión en sus dictámenes. Dichas reformas persiguen el cumplimiento de los denominados criterios políticos de adhesión, es decir, la existencia de instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías. Aunque la Comisión ha entendido que Ucrania está muy avanzada en la consecución de los mismos y Moldavia tiene cimientos sólidos para alcanzar su cumplimiento, ha recomendado que ambos países lleven a cabo reformas en este sentido.

Por el momento, no se ha otorgado dicho estatus a Georgia, país que también solicitó el ingreso en la Unión poco después de la invasión rusa de Ucrania. La Comisión ha entendido que está más lejos de cumplir los criterios de adhesión, por lo que recomienda que solo se le otorgue el estatus de país candidato una vez que lleve a cabo determinadas reformas.

La Comisión monitorizará los avances de cada país, emitiendo informes a finales de 2022.

En la actualidad, además de Ucrania y Moldavia, son países candidatos Albania, desde 2014, Serbia, desde 2013, Montenegro, desde 2010, la República de Macedonia del Norte, desde 2009, y Turquía, desde 1999. Asimismo, junto con Georgia, son candidatos potenciales Bosnia y Herzegovina y Kosovo.

URÍA
MENÉNDEZ
www.uria.com