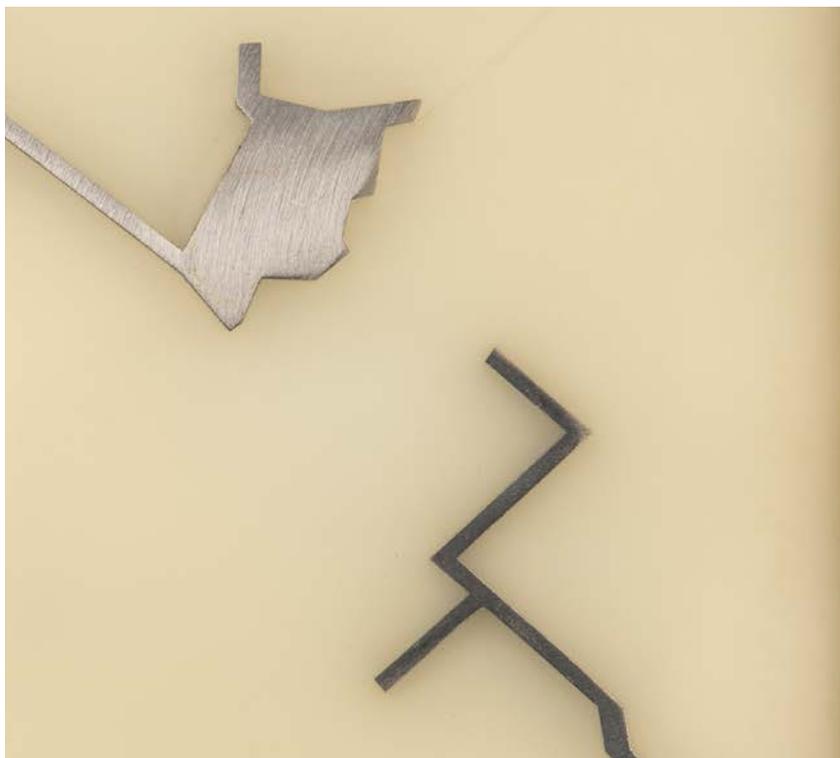


9 de junio
de 2023

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: *Vacío urbano (I)* de Esther Pizarro

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
19	Arbitraje y Mediación
37	Competencia
51	Derecho Digital
73	Energía
85	Inmobiliario y Urbanismo
97	Laboral y Seguridad Social
113	Marítimo, Transporte y Logística
119	Medio Ambiente
129	Mercantil
141	Procesal Civil
177	Procesal Penal
185	Salud y Alimentación
195	Tributario
217	Unión Europea

9 de junio de 2023



Administrativo

9 de junio de 2023

1. Legislación

[España]

Ampliación en seis meses del plazo otorgado para la acreditación de la obtención de la autorización de construcción a los titulares de los permisos de acceso para instalaciones de generación de energía eléctrica y almacenamiento

Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE de 29 de junio de 2023)

El Real Decreto-ley ha introducido una ampliación de seis meses en el plazo otorgado para la acreditación de la obtención de la autorización administrativa de construcción ("AAC") a los titulares de los permisos de acceso para instalaciones de generación de energía eléctrica y almacenamiento que hubieran obtenido permisos de acceso con posterioridad al 1 de enero de 2018, en un período no superior a 43 meses.

La medida trata de adaptar los hitos administrativos fijados en el marco definido por el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica. Tras la ampliación concedida por el Real Decreto-ley 29/2021, de 21 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito energético para el fomento de la movilidad eléctrica, el autoconsumo y el despliegue de energías renovables, los titulares de los permisos de acceso para instalaciones de generación de energía eléctrica y almacenamiento debían contar con la AAC en o antes del día 25 de julio de 2023, cuando acabara el plazo de 37 meses concedido. De lo contrario, los permisos de acceso a la red caducarían

* 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).

automáticamente y los proyectos decaerían, debiendo reiniciarse su tramitación una vez vuelvan a obtener los permisos de red.

Por lo tanto, la fecha límite actualizada para obtener la AAC de los proyectos con permiso de acceso otorgado con posterioridad al 31 de diciembre de 2017 y antes de la entrada en vigor del RDL 23/2020 queda fijada en el 25 de enero de 2024. Con esta adaptación, se busca tanto la tramitación ordenada del procedimiento como la racionalización de la implantación efectiva de los proyectos, con el fin de remediar la emergencia energética ocasionada por la guerra de Ucrania y el consecuente desajuste en las cadenas de suministro. Sin perjuicio de esta modificación, cabe aclarar que se mantiene el plazo de cinco años para obtener la autorización administrativa de explotación.

En la actualidad, la Administración General del Estado y las comunidades autónomas están tramitando la AAC de cerca de mil plantas renovables, de las que el 80 % son plantas fotovoltaicas y el 20 % eólicas, que totalizan cerca de 68 GW de potencia instalada. Sin embargo, de estos 68 GW, solamente unos 15 GW habrían obtenido la ACC y están en fase de construcción, por lo que con la medida se busca no frustrar la consecución del objetivo de los 53 GW restantes.

[Portugal]

Regime excecional e temporário no âmbito do aumento dos preços com impacto em contratos públicos – Categorias de contratos públicos de aquisição de serviços

Portaria n.º 74-A/2023, de 7 de março (DR 47, Série I, de 7 de Março de 2023)

A Portaria n.º 74-A/2023 vem regulamentar o Decreto-Lei n.º 36/2022, de 20 de maio, o qual estabeleceu um regime excecional e temporário de revisão de preços e de adjudicação de contratos públicos.

O regime de revisão de preços consagrado pelo Decreto-Lei 36/2022 foi aprovado em resposta ao aumento abrupto do custo com matérias-primas, materiais e mão-de-obra e equipamentos de apoio com impacto em contratos públicos, tendo sido especialmente concebido para os contratos de empreitadas de obras públicas.

Não obstante, o n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei 36/2022 prevê que este regime se aplique, com as necessárias adaptações, a outras categorias de contratos, como contratos de aquisição de bens e contratos de aquisição de serviços. Para esta última categoria, contudo, o Decreto-Lei 36/2022 estabeleceu que apenas seria aplicável a certas categorias de contratos de aquisição de serviços, devendo estas categorias ser definidas, posteriormente, mediante portaria.

Assim, a presente Portaria 74-A/2023 vem responder ao desiderato do legislador, estabelecendo as categorias de contratos de aquisição de serviços às quais é aplicável o regime previsto no Decreto-Lei 36/2022.

Assim, a Portaria 74-A/2023 estabelece, no seu Anexo, que o regime do Decreto-Lei 36/2022 é aplicável às seguintes categorias de contratos de aquisição de serviços:

- i. Coordenação da segurança e saúde no âmbito de empreitadas;
- ii. Exploração de refeitório;
- iii. Fiscalização de empreitadas;
- iv. Fornecimento de energia;
- v. Fornecimento de refeições;
- vi. Gestão de resíduos, lamas e outros subprodutos;
- vii. Recolha de águas residuais;
- viii. Recolha e tratamento de resíduos urbanos e resíduos perigosos;
- ix. Serviços relativos a águas residuais, resíduos, limpeza e ambiente;
- x. Transporte de água por autotanque; e
- xi. Transporte de pessoas e bens.

O presente diploma entrou em vigor em 8 de março de 2023.

Fundos Europeus – Regime geral de aplicação

Decreto-Lei n.º 20-A/2023, de 22 de março (DR 58, Série I, de 22 de março de 2023)

O Decreto-Lei n.º 20-A/2023, de 22 de março, veio estabelecer o regime geral de aplicação do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, do Fundo Social Europeu Mais, do Fundo de Coesão, do Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos, das Pescas e da Aquicultura e do Fundo para Uma Transição Justa, bem como do Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração (“Fundos”) para o período de 2021-2027.

Este diploma veio implementar o regime geral de aplicação do Portugal 2030 e dos respetivos Fundos, designadamente no que respeita à regulamentação aplicável aos programas financiados por Fundos europeus, aos requisitos associados à sua elegibilidade, às obrigações dos beneficiários e às modalidades de apoio e formas de financiamento destes fundos.

Adicionalmente, o Decreto-Lei 20-A/2023 veio estabelecer as obrigações gerais aplicáveis a todas as entidades envolvidas na implementação dos Fundos europeus, bem como veio implementar regras de orientação de resultados na aplicação dos mesmos.

O presente diploma entrou em vigor no dia 23 de março de 2023.

Alteração aos regimes jurídicos de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais e da constituição e funcionamento das sociedades de profissionais que estejam sujeitas a associações públicas profissionais

Lei n.º 12/2023, de 28 de março (DR 62, Série I, de 28 de Março de 2023)

A Lei n.º 12/2023, de 28 de Março procedeu à alteração de duas leis:

- i. Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais; e
- ii. Lei n.º 53/2015, de 11 de junho, que estabelece o regime jurídico da constituição e funcionamento das sociedades de profissionais que estejam sujeitas a associações públicas profissionais.

Esta alteração legislativa surge no sentido de uma maior abertura das associações públicas profissionais, fruto de uma crescente pressão da Comissão Europeia e da OCDE, de há alguns anos a esta parte, para reduzir os obstáculos no acesso às profissões reguladas por essas associações.

Nesse sentido, a Assembleia da República aprovou a Lei 12/2023 e o Presidente da República, após um pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade em que o Tribunal Constitucional se pronunciou pela não inconstitucionalidade das normas constantes do diploma, promulgou-a em 20 de março de 2023.

A Lei 12/2023 introduz alterações em três vetores: (i) alteração do programa de estágio; (ii) alteração do funcionamento e composição das associações públicas profissionais; e (iii) introdução das sociedades multidisciplinares. Destacamos, em particular, as seguintes alterações:

- i. Os estágios profissionais passam a ser obrigatoriamente pagos e com uma duração máxima de 12 meses, a contar da data da inscrição até à sua integração como membro efetivo da associação, ou, excecionalmente, de 18 meses;
- ii. Criação obrigatória de um provedor dos destinatários dos serviços, que deve ser uma pessoa externa à associação pública profissional;
- iii. Criação obrigatória de um órgão de supervisão, que zela pela legalidade da atividade exercida pelos órgãos da associação e exerce poderes de controlo e regulação da profissão, sendo composto por representantes da profissão (40%), por membros oriundos da academia da área que habilita o acesso à profissão em causa na respetiva associação pública profissional e não inscritos nessa mesma associação (40%) e os restantes membros cooptados entre entidades externas à associação e que sejam personalidades de reconhecido mérito (20%);
- iv. Criação obrigatória de um órgão disciplinar, que deve integrar personalidades de reconhecido mérito com conhecimento e experiência relevantes para a respetiva atividade e que não sejam membros da associação pública profissional;

- v. Introdução de limitações à eleição para os órgãos dirigentes das associações públicas profissionais, não podendo, nomeadamente, ser eleitos para os órgãos das associações públicas profissionais os associados que integrem órgãos sociais de sindicatos ou associações patronais e prevendo-se como incompatível com o exercício de funções em órgãos das associações públicas profissionais o exercício de funções dirigentes na administração pública.
- vi. Permissão da constituição de sociedades multidisciplinares de profissionais inscritos em diversas associações públicas profissionais ou de profissionais inscritos ou não inscritos em associações públicas profissionais.
- vii. O presente diploma entra em vigor em 27 de abril de 2023, mas apenas produz efeitos 90 dias após a sua publicação (*i.e.*, em 26 de junho de 2023). Ademais, o Governo tem o prazo de 120 dias após a entrada em vigor da presente lei para apresentar uma proposta de lei de alteração dos estatutos das associações públicas profissionais já criadas e demais legislação aplicável ao exercício da profissão, após ouvir cada associação pública profissional.

O presente diploma entrou em vigor no dia 12 de abril de 2023.

Regime excecional de incentivo à extinção da instância nos tribunais administrativos e fiscais

Decreto-Lei n.º 30/2023, de 5 de maio (DR 87, Série I, de 5 de maio de 2023)

O Decreto-Lei n.º 30/2023, de 5 de maio, vem estabelecer um regime excecional de incentivo à extinção da instância nos tribunais administrativos e fiscais, mediante confissão, desistência, transação ou acordo, aplicável até 14 de setembro de 2026.

Os processos que corram termos na jurisdição administrativa e fiscal e que terminem mediante confissão, desistência, transação ou acordo estão dispensados do pagamento de 25% do montante de taxas de justiça, através de reembolso a ser requerido por requerimento no prazo de 10 dias após o trânsito em julgado da decisão do tribunal.

O presente diploma entrou em vigor no dia 6 de maio de 2023.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El TJUE admite la suspensión parcial de los procesos judiciales nacionales en cuyo curso se plantee una petición de decisión prejudicial, siempre que el procedimiento continúe respecto de aspectos no relacionados con las cuestiones planteadas, de tal manera que la continuación de la tramitación no impida al órgano remitente dar cumplimiento a la eventual resolución de la cuestión prejudicial

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena) de 17 de mayo de 2023 (as. C-176/22)

La sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Spetsializiran nakazate-len sad búlgaro (Tribunal Penal Especial, Bulgaria) en el marco de un proceso penal por delitos de corrupción seguido contra dos agentes de la Policía investigadora, en el que previamente se había planteado otra petición de decisión prejudicial referida a la interpretación de aspectos relativos al derecho a la información y a ser oído en los procesos penales (asunto C-175/22).

En particular, el órgano jurisdiccional remitente señalaba que al tiempo del planteamiento de la primera de las cuestiones prejudiciales no había concluido la práctica de prueba. Dado que estas pruebas no guardaban relación con la cuestión que se encontraba pendiente de respuesta en el asunto C-157/22, el Tribunal Penal Especial búlgaro pregunta si el artículo 23, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre tramitación y notificación de la cuestión prejudicial, permite que el proceso principal se suspenda sólo parcialmente, continuando en los aspectos que no forman parte de la petición remitida al TJUE, y evitando así la pérdida de tiempo asociada a una paralización del procedimiento.

El TJUE concluye que, en efecto, el citado artículo 23 *"no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional que ha planteado una petición de decisión prejudicial con arreglo al art. 267 TFUE suspenda el procedimiento principal únicamente en lo referente a los aspectos de éste que puedan verse afectados por la respuesta que el Tribunal de Justicia dé a dicha petición"*.

Tal conclusión se justifica por la naturaleza y finalidad de la figura de la cuestión prejudicial, que no es otra que la de garantizar la unidad de interpretación del derecho de la Unión Europea. Dado que las sentencias que resuelven estos procedimientos prejudiciales se limitan a prescribir a los órganos jurisdiccionales nacionales una interpretación vinculante de la norma comunitaria que deberán aplicar a efectos de resolver el proceso principal, la continuación del litigio principal en lo atinente a otras actuaciones no supone menoscabo alguno del efecto útil del derecho de la Unión Europea, que sigue pudiendo desplegar su plena virtualidad en la sentencia que dicte el juez nacional. En otras palabras, una norma nacional que permita que entre la fecha en que se plantea una petición de decisión prejudicial al TJUE y la fecha de su resolución continúe el procedimiento principal para realizar las actuaciones que el órgano jurisdiccional remitente considere

necesarias y que se refieran a aspectos no relacionados con las cuestiones prejudiciales planteadas no impedirá al órgano jurisdiccional remitente dar cumplimiento a dicha resolución en el marco del litigio principal.

[España]

El Tribunal Supremo determina que el cómputo del plazo para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración por la anulación de un acto o disposición general en vía administrativa o contencioso-administrativa empieza a contar desde la notificación de la sentencia o resolución administrativa a que se impute el daño antijurídico y no desde la ejecución de dicha resolución, tal y como apreció la sentencia de instancia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de noviembre de 2022

El Ayuntamiento de Igüeña interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó su recurso contra la resolución del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte que desestimó su reclamación de responsabilidad patrimonial por la anulación judicial de una resolución de concesión de una subvención como consecuencia de recurso de lesividad.

La desestimación del recurso por la Audiencia Nacional se basó en que la Sala entendió que el ejercicio de la acción fue extemporáneo por prematuro, al no haberse producido de manera efectiva daño o perjuicio, en tanto que no se había producido la devolución al organismo concedente de la cantidad correspondiente con el importe de la subvención.

Por su parte, el Ayuntamiento recurrente en casación entendió que la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial nació tras la firmeza de la sentencia que anuló la concesión de la subvención, con independencia del momento en que se hiciera efectivo el reintegro.

En este contexto, el Tribunal Supremo admitió el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento y fijó como cuestión de interés casacional la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación judicial de un acto administrativo de concesión de subvención.

Con carácter general, la respuesta que da la Sala a la cuestión de interés casacional es una remisión directa al artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En su segundo párrafo, la norma regula el supuesto que se plantea ("*en los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva*") y, por tanto, esta es la solución que debe aplicarse a la cuestión de interés casacional.

En lo que respecta al caso concreto de la concesión de la subvención anulada, la Sala considera que la sentencia de la Audiencia Nacional erró al considerar que el daño no era real y, por tanto,

la reclamación era prematura, puesto que desde la sentencia de anulación de la concesión de la subvención existía la obligación ineludible de devolver las cantidades percibidas. En consecuencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y casa la sentencia recurrida.

Al margen de la cuestión interpretativa, al examinar la pretensión originalmente accionada, la Sala entiende que no ha lugar a la reclamación interesada por no apreciar antijuridicidad del daño. Esta conclusión se extrae a partir de las circunstancias fácticas del caso, habida cuenta de que en el origen de la anulación de la concesión de la subvención estaba el hecho de que la beneficiaria no cumplió con la finalidad para la que fue otorgada la subvención.

El Tribunal Supremo resuelve en casación si la omisión en una notificación de una resolución administrativa de los recursos que proceden, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos produce los mismos efectos en atención a que el destinatario sea particular o Administración pública

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de febrero de 2023

La sentencia del Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Valdepeñas contra el auto de 18 de marzo de 2021, dictado por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 565/2019, desestimatorio del recurso de reposición contra el auto de 30 de diciembre de 2020, que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo número 565/2019 por extemporáneo.

La Sala de instancia estima que no es aplicable al presente caso la doctrina de la STC 220/2003 sobre los efectos de la falta en una notificación de la indicación de los recursos. Así, el hecho de que el acuerdo impugnado no contuviera pie de recurso no es obstáculo para su declaración de extemporaneidad, puesto que la Administración, a diferencia de un particular, cuenta con una asesoría jurídica propia altamente cualificada.

La cuestión de interés casacional consiste en la interpretación del artículo 40, apartados 2 y 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a fin de determinar las consecuencias, en relación con la determinación de los plazos para la interposición de recursos administrativos o judiciales, de la omisión en una notificación de una resolución administrativa de la indicación de si esta pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos; en concreto, si los efectos son los mismos en atención a que el destinatario sea un particular o una Administración pública.

El Tribunal Supremo acoge la interpretación de la Sala de instancia y señala que no es la misma la posición de los ciudadanos y de la Administración. La declaración de extemporaneidad del recurso efectuada por el auto impugnado es razonable y proporcionada, pues ante una resolución cuyo contenido íntegro se conoce, no es la misma la diligencia exigible a las Administraciones

públicas que, como el Ayuntamiento recurrente, cuentan con asistencia jurídica especializada, que la exigible a un particular que carece de dicha asistencia.

El Ayuntamiento recurrente no actuó con el mínimo de diligencia exigible a quien trata de hacer valer sus pretensiones, pues existe la certeza de que ha tenido conocimiento del contenido íntegro de la resolución objeto de controversia y, a pesar de contar con servicios jurídicos, no exteriorizó sus discrepancias con el contenido del acuerdo, sino una vez transcurrido el plazo para su impugnación.

De este modo, a las Administraciones públicas cabe exigirles una mayor diligencia en la articulación y presentación de sus escritos y recursos. No obstante, hay que estar siempre a las circunstancias concurrentes en cada caso.

El Tribunal Supremo resuelve en casación que la Administración pública no cuenta con un límite de tiempo en el ejercicio de la potestad de comprobación e inspección de las actividades de prestación de servicios que no requieran autorización previa mientras dure la actividad en cuestión

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo de 2023

La sentencia del Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona contra la sentencia previa dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que anuló efecto una resolución de la Alcaldía de Barcelona que dejaba sin valor la comunicación presentada por una entidad para el ejercicio de la actividad de despacho de pan con degustación en local, tras el ejercicio por parte de la Administración de su potestad de control de las comunicaciones previas.

La cuestión con interés casacional era determinar si el ejercicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tienen atribuidas las Administraciones públicas para verificar las declaraciones responsables y las comunicaciones que permiten el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad desde el día de su presentación se encuentra sometido a plazo y, en su caso, determinarlo, o si, por el contrario, su ejercicio no se encuentra sometido a límite temporal alguno y puede ser ejercitado mientras se ejerza el derecho o se lleve a cabo la actividad comunicada.

La sentencia recurrida en casación afirmaba que el marco normativo de la comunicación previa permite el inicio de la actividad desde el día de su presentación, facultando consecuentemente a la Administración a verificar la conformidad de los datos que en ella se contienen. Sin embargo, argumenta que esta potestad de control debe contar con un tiempo límite, pues lo contrario supondría la posibilidad de una acción de control generadora de inseguridad jurídica por la falta de concreción de un plazo, tanto para el titular que ejerce la actividad como para terceros. De acuerdo con este razonamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estableció como límite necesario de esta potestad, por analogía y en defecto de un plazo, el plazo supletorio de tres meses del artículo 42.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (derogada).

Esta interpretación, sin embargo, no es avalada por el Tribunal Supremo en casación, que concluye que esta interpretación es contraria al principio general que delimita las prestaciones de los servicios que no requieren una autorización previa por parte de la Administración pública de las que sí lo requieren. Argumenta que la liberalización que determinó la creación de estos servicios que se pueden ejercer desde el día mismo de la comunicación y declaración responsable se ven desnaturalizados de requerirse una acción de control inmediata por parte de la Administración (en un plazo de tres meses), pues por su marco jurídico se deriva que estas comunicaciones comprometen al prestador de servicios a mantener las condiciones requeridas por ella, y que la acción de la Administración no debe ser directa precisamente para no retrasar el comienzo de la prestación del servicio, por lo que la potestad de control no debe estar limitada en el tiempo de dicha prestación.

[Portugal]

Taxa de ocupação de subsolo – Impugnação de ato de repercussão – Norma imediatamente eficaz

Acórdão de 8 de Março de 2023 (Processo n.º 0267/21.OBEALM) – STA

O acórdão em apreço versa sobre uma ação de impugnação do ato de repercussão da taxa de ocupação de subsolo (“TOS”).

Na presente ação, a Autora, consumidora final de gás natural, instaurou a ação contra a comercializadora de gás natural, peticionando a anulação do ato de repercussão da TOS, praticado pela comercializadora de gás natural.

Em concreto, entendeu a Autora que, a partir da LOE de 2017, a repercussão da TOS no consumidor final passou a estar expressamente proibida pelo n.º 3 do artigo 85.º Lei do Orçamento do Estado para 2017, aprovada pela Lei n.º 41/2016, de 28 de dezembro (“LOE 2017”). Assim, sendo, no entender da Autora, esta norma diretamente constitutiva de direitos na esfera do particular, o ato da comercializadoras de gás natural que repercutiu a TOS na fatura de gás natural da Autora seria inválido.

O Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada julgou a ação improcedente e absolveu a Entidade Demandada do pedido, porquanto decidiu que a norma em apreço — o n.º 3 do artigo 85.º da LOE 2017 — não era apta a produzir efeitos imediatos, visto que se encontrava dependente da mediação de outras normas para produzir os respetivos efeitos jurídicos. Inconformada com a decisão, a Recorrente interpôs recurso para o Supremo Tribunal Administrativo (“STA”).

Neste contexto, a principal questão que se colocava ao STA era a de saber se a norma contida no n.º 3 do artigo 85.º da LOE 2017 era imediatamente eficaz e constitutiva de direitos e se, em consequência, a partir da aprovação desta norma, as comercializadoras passaram a estar proibidos de repercutir a TOS nas faturas dos consumidores finais.

O STA, antes de atender a esta questão, apreciou a constitucionalidade da norma do n.º 3 do artigo 85.º da LOE 2017 por entender que se poderia tratar de um “cavaleiro orçamental”, visto que

não teria qualquer relação com o objeto de uma Lei do Orçamento do Estado, que são questões de natureza financeira ou orçamental, e por tender a vigorar para lá da vigência de uma Lei do Orçamento do Estado. O STA referiu, quanto a este ponto, que embora não exista consenso na doutrina sobre a melhor solução oferecida pelo ordenamento jurídico, ao nível da jurisprudência constitucional, o entendimento tradicional e maioritário vai no sentido da sua validade desde que se verifique uma conexão mínima entre o “cavaleiro orçamental” e a Lei do Orçamento do Estado, conexão esta que o STA considerou que se verificava no caso concreto.

De seguida, quanto à questão da eficácia imediata da norma, o STA considerou que a norma em apreço tem que ser interpretada como uma proibição expressa e incondicional de repercussão da TOS nos consumidores, a partir da entrada em vigor da LOE 2017, sem necessidade de ser regulamentada para produzir os seus respetivos efeitos jurídicos. Com efeito, o STA argumentou, para este efeito, que (i) a norma em apreço era apta a regular de forma direta e imediata a realidade nela contemplada, pois a linguagem utilizada pelo legislador era clara, direta e incondicional; e (ii) nem na norma em causa, nem em qualquer outra norma da mesma lei, se fazia depender a proibição consagrada no n.º 3 do artigo 85.º da LEO 2017 de quaisquer regulamentações, estudos ou alterações legais.

Neste sentido, o STA decidiu que o ato de repercussão da TOS impugnado era ilegal, por violação do disposto no n.º 3 do artigo 85.º da LOE 2017, pelo que era anulável.

Por conseguinte, o STA decidiu ainda que, além da devolução do montante pago a título de TOS, a Recorrente também teria direito a juros indemnizatórios, ao abrigo do artigo 43.º da Lei Geral Tributária (“LGT”). Efetivamente, tendo o STA decidido que o ato de repercussão da TOS era ilegal e que desse ato ilegal resultou o pagamento de dívida tributária em montante superior ao legalmente devido, não teve dúvidas em afirmar que se verificavam os requisitos de atribuição de juros indemnizatórios, nos termos do artigo 43.º da LGT.

A questão que se colocava era, então, a de saber se a recorrida, enquanto pessoa coletiva de direito privado (sociedade anónima), poderia considerar-se abrangida pelo artigo 43.º da LGT. A este respeito, o STA considerou que o Estado, ao ter concedido legalmente à sociedade comercializadora de gás natural a possibilidade de repercutir um tributo, a investira de um poder tributário perante os seus clientes, o que configurava ainda uma competência tributária, ainda que de segundo grau.

Neste sentido, o STA entendeu que não se verificava qualquer obstáculo em reconhecer à Recorrente o direito de reaver o que ilegalmente lhe fora exigido e pago e, bem assim, o direito a receber o valor correspondente aos juros indemnizatórios, calculados à taxa de 4% desde a data em que o pagamento indevido havia sido realizado.

Pelo exposto, o STA revogou a decisão recorrida e julgou procedente a impugnação apresentada, anulando o ato de repercussão da TOS e condenando a sociedade recorrida a devolver à Recorrente o montante pago a título de TOS, acrescido de juros indemnizatórios.

9 de junio de 2023



Arbitraje y
Mediación

Arbitraje y Mediación*

9 de junio de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Se publican los tratados internacionales bilaterales firmados por España cuya vigencia ha finalizado a la luz del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea

Resolución de 6 de octubre de 2022, de la Secretaría General Técnica, por la que, en virtud del artículo 24.2 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, se publican los tratados internacionales bilaterales cuya vigencia ha finalizado por la entrada en vigor del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 5 de mayo de 2020 (BOE de 12 de octubre de 2022)

El Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 5 de mayo de 2020, entró en vigor con carácter general el 29 de agosto de 2020 y, en particular para España, el 10 de octubre de 2021.

El artículo 2.1 de este Acuerdo anunciaba la terminación de una serie de tratados bilaterales de inversión y dejaba con ello sin efecto las cláusulas de remanencia que pudieran existir en esos tratados. Como resultado, la resolución de 6 de octubre de 2022 enumera aquellos tratados bilaterales de inversión concluidos por España cuya vigencia ha finalizado. Estos tratados bilaterales son:

- i. El Acuerdo para la protección y fomento recíprocos de inversiones entre el Reino de España y la República Federativa Checa y Eslovaca, de 12 de diciembre de 1990. Su vigencia finalizó el 9 de enero de 2022 para la República Checa y el 7 de septiembre de 2020 para Eslovaquia.

* Esta sección ha sido coordinada por Heidi López Castro, y en su elaboración han participado Olga Puigdemont Solá, Sebastián Green Martínez, Diego Sobejano Nieto, Jana Lamas de Mesa, Carlos Hernández Durán, Mariana de la Rosa Riera, Ana Amorín Fernández, Atenea Martínez Álvarez, Diana Nunes, Santiago Rodríguez Sénior, Daniel García Clavijo, Alberto de Unzurrunzaga Rubio, André del Solar Garzón, Alfonso Gómez Rodríguez, Julia de Castro Velasco, Alberto Fernández Matía, Daniela Amarante, Elena Gillis Cintrano, Júlia Gallel Moragues, Iciar Álvarez Bullain, Paula Coll Soler, Clara Ruiz Garrido, María Querol Guillén, Francisco Mateo Pavía, José María Freile Franco y Martín Salvador Mora, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

- ii. El Convenio entre el Reino de España y la República de Hungría para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 9 de noviembre de 1989. Su vigencia finalizó el 28 de septiembre de 2020.
- iii. El Convenio entre el Reino de España y la República de Rumanía para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 25 de enero de 1995. Su vigencia finalizó el 23 de abril de 2022.
- iv. El Acuerdo entre el Reino de España y la República de Lituania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 6 de julio de 1994. Su vigencia finalizó el 4 de octubre de 2021.
- v. El Acuerdo entre el Reino de España y la República de Letonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 26 de octubre de 1995. Su vigencia finalizó el 30 de marzo de 2021.
- vi. El Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria para la promoción y protección recíprocas de inversiones, de 5 de septiembre de 1995. Su vigencia finalizó el 12 de enero de 2021.
- vii. El Acuerdo entre el Reino de España y la República de Estonia para la promoción y protección recíprocas de inversiones, de 11 de noviembre de 1997. Su vigencia finalizó el 19 de marzo de 2021.
- viii. El Acuerdo entre el Reino de España y la República de Croacia para la promoción y protección recíproca de inversiones, de 21 de julio de 1997. Su vigencia finalizó el 24 de noviembre de 2020.
- ix. El Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Eslovenia, de 15 de julio de 1998. Su vigencia finalizó el 9 de abril de 2021.
- x. El Acuerdo entre el Reino de España y la República de Polonia para la protección y fomento recíprocos de las inversiones, de 30 de julio de 1992. Su vigencia finalizó el 4 de mayo de 2021.

2. Jurisprudencia

[España]

El Tribunal Supremo confirma la aplicación de los motivos de revisión previstos en la LEC a las resoluciones que ponen fin al procedimiento con una eficacia similar a la sentencia firme y, en particular, a los laudos arbitrales, toda vez que producen efectos de cosa juzgada

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º 13974/2022, de 7 de octubre de 2022

La sentencia tiene por origen la demanda de revisión presentada el 28 de julio de 2021 por Metal Fragmentado Reciclado, S.L. (el "Demandante"). Con ella, el Demandante perseguía la revisión del laudo arbitral de 23 de junio de 2016 (y su aclaración) dictado por la Corte Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en autos de procedimiento ordinario 636/15-C, en el que se dirimió una disputa relacionada con un contrato de construcción, sobre la base de los motivos previstos en los ordinales 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 510.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC").

Analizando la pretensión principal de la demanda de revisión, el Alto Tribunal confirma la aplicación de los motivos previstos en el artículo 510.1 LEC a las resoluciones que ponen fin al procedimiento con una eficacia similar a la sentencia firme y, en particular, a los laudos arbitrales, toda vez que producen efectos de cosa juzgada conforme a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje ("LA").

Sin embargo, determina la inadmisión de la demanda respecto de los motivos previstos en los ordinales 2.º (que la resolución impugnada "*hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente*") y 3.º (que la resolución impugnada "*hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia*") del artículo 510.1 LEC. Ambas decisiones se basaban en el hecho que la Audiencia Provincial de Madrid había confirmado la inadmisión a trámite de la denuncia presentada por el Demandante respecto de determinada prueba por considerarla falsa.

En cuanto al motivo previsto en el ordinal 1.º del artículo 510.1 LEC, según la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, no puede alcanzar a documentos que obren en un protocolo, registro o archivo público de los que se pueden obtener fotocopias, testimonio o certificación. Y es este precisamente el caso de las certificaciones de obra objeto de denuncia. Por su parte, en lo referente al motivo previsto en el artículo 510.1.4.º LEC (que la resolución impugnada "*se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta*"), razona la Excm. Sala que el Demandante no ha explicado en qué consistió en concreto el fraude del demandado y que, además, la premisa del motivo ha quedado sin base al archivarse el procedimiento penal. Finalmente, no se aprecia la concurrencia del requisito del plazo trimestral del artículo 512.2 LEC, pues la supuesta maquinación pudo advertirse por el Demandante desde octubre de 2019.

Por todo ello, aun cuando confirma la aplicación de los motivos previstos en el artículo 510.1 LEC a las resoluciones que ponen fin al procedimiento con una eficacia similar a la sentencia firme y, en particular, a los laudos arbitrales, el Tribunal Supremo inadmite a trámite la demanda de revisión.

El Tribunal Superior de Justicia de Baleares (“TSJBal”) desestima una acción de anulación de laudo basada en que, pese a que la cláusula arbitral contenga un inciso final relativo a la eventual intervención de los órganos jurisdiccionales, dicha cláusula es plenamente válida en la medida en que expresa la inequívoca intención de las partes contratantes de someterse a arbitraje

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Civil y Penal, n.º 4/2022, de 6 de octubre de 2022

La sentencia del TSJBal tiene por origen la acción de anulación de un laudo arbitral emitido el 14 de marzo de 2022 y aclarado mediante resolución de fecha 22 de abril de 2022, en un arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears.

La cláusula arbitral en cuestión es la siguiente:

“Las decisiones de todas las cuestiones litigiosas que deriven del presente documento, las partes acuerdan dirimir las mediante arbitraje de derecho privado, sometiéndose a un arbitraje institucional del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, al que encargan la designación del árbitro o árbitros y la administración del arbitraje, obligándose al cumplimiento del laudo arbitral.

El arbitraje será de equidad y se ajustará al Reglamento (...)

Si fuere precisa la intervención de los órganos jurisdiccionales, se someten a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales de Palma de Mallorca, renunciando a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles”.

Los actores articulan su impugnación del laudo mediante el amparo, entre otros, del apartado a) del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje, por considerar que la cláusula arbitral (i) no expresa la inequívoca voluntad de las partes contratantes de someter a arbitraje las disputas derivadas del contrato de ejecución de obra en el que se encontraba inserta, puesto que contiene una referencia a la jurisdicción ordinaria y tampoco habría sido negociada individualmente; y (ii) es nula al ser oscura y equívoca en la determinación de las cuestiones litigiosas que se derivan del contrato.

El TSJBal resuelve que en ningún caso habría habido error *in negotio* susceptible de conllevar la nulidad de la cláusula arbitral por no ser esta lo suficientemente clara.

El TSJBal resuelve que la primera frase de la cláusula arbitral es contundente en lo que se refiere a la expresión tanto de la voluntad inequívoca de las partes contratantes de someterse a arbitraje como de las cuestiones litigiosas que debían dirimirse mediante el eventual procedimiento arbitral (i. e., todas las derivadas del contrato).

El TSJBal entiende asimismo que el inciso final de la cláusula arbitral relativa a la intervención de los órganos jurisdiccionales no altera la validez de dicha cláusula. Considera que mediante dicha referencia no se estaría aludiendo a las cuestiones derivadas del contrato, *“sino a la eventualidad de que dicha actuación de los órganos jurisdiccionales sea precisa», lo que se produce, en supuestos como el de autos —interposición del recurso de anulación del laudo— o para solicitar medidas cautelares [...] o en caso de ejecución forzosa, cuando el lado [sic] no es cumplido voluntariamente”*.

Finalmente, el TSJBal descarta también que la cláusula estuviera inserta en un contrato de adhesión con cláusulas de contenido predeterminado e impuestas, sino que entiende que sí hubo negociación individualizada a la luz de la documentación aportada en autos. Y recuerda que, en materia de interpretación de los contratos, no es la voluntad unilateral de una de las partes la que rige, sino la intención común de ambos contratantes. En este caso, esta intención común queda clara según lo que se desprende de la literalidad de la cláusula arbitral.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima una acción de anulación de un laudo arbitral en atención a una sentencia del Tribunal Constitucional. En un primer momento, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid había estimado la misma acción de anulación por prejudicialidad penal

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de abril de 2023

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (“TSJM”) desestima una acción de anulación contra un laudo arbitral dictado bajo las reglas de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid con fecha 14 de noviembre de 2018 (el “Laudo”). El Laudo se emitió en el contexto de un arbitraje iniciado por la sociedad SOGEOSA Sociedad General de Obras y Torrescámara y Cía. de Obras Unión Temporal de Empresas Ley 18/1982 (“SOGEOSA”) contra la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas Mediterráneas, S.A. (“ACUAMED”), en relación con la resolución de un contrato de obra (el “Arbitraje”).

ACUAMED planteó una cuestión prejudicial penal en el Arbitraje, alegando que tanto la licitud del contrato objeto del Arbitraje como el origen de su financiación eran objeto de un procedimiento penal cuyas investigaciones fueron declaradas secretas. El Laudo desestimó la cuestión prejudicial penal y estimó parcialmente las pretensiones de SOGEOSA.

Seguidamente, ACUAMED presentó una demanda de anulación del Laudo ante el TSJM, alegando que el Laudo era contrario al orden público (artículo 41.1f de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje). El fundamento de la demanda de anulación es que la cuestión prejudicial desestimada en el Laudo era “clara y evidente” y no habría sido debidamente considerada.

En un primer momento, el TSJM estimó la acción de anulación del Laudo (“Sentencia Original”) al considerar que el tribunal arbitral debería haber apreciado la prejudicialidad penal y haber suspendido el Arbitraje. SOGEOSA formuló un incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia Original, pero fue desestimado por el TSJM mediante auto de 27 de julio de 2020 (“Auto”).

A continuación, SOGEOSA interpuso una demanda de amparo constitucional, que fue estimada mediante sentencia de 4 de abril de 2022 (“Sentencia del Tribunal Constitucional”). La Sentencia del Tribunal Constitucional declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de SOGEOSA, declaró la nulidad de la Sentencia Original y del Auto y ordenó que se retrotrajesen las actuaciones al momento anterior al dictado de la Sentencia Original.

En síntesis, el Tribunal Constitucional consideró que el TSJM había excedido sus atribuciones al realizar una interpretación extensiva e injustificada de sus facultades de control del orden público. La Sentencia Original admitía que el Laudo estaba motivado en cuanto a la concurrencia de prejudicialidad penal, pero consideraba que dicha motivación era errónea, sin indicar, no obstante, dónde se encontraba el error en la motivación. De esta forma, el TSJM habría sustituido *“la motivación del laudo por la suya propia a partir de una valoración divergente de los elementos probatorios de la prejudicialidad penal”*.

Tras la devolución de las actuaciones al TSJM, este dictó una nueva sentencia el 27 de abril de 2023 (la “Sentencia”), en la que no realiza una nueva valoración de la acción de anulación, sino que se limita a desestimar la demanda.

La Sentencia cuenta con un voto particular del magistrado D. Jesús María Santos Vijande, quien considera que la Sentencia del Tribunal Constitucional no lleva necesariamente a la conclusión adoptada por la opinión mayoritaria. Según este voto particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional únicamente critica que la Sentencia Original no explicase por qué el Laudo incurrió en una motivación errónea. Ello no quiere decir necesariamente que se deba desestimar la demanda, sino que el TSJM debe argumentar con mayor detalle la razón por la que la motivación del Laudo es errónea.

En consecuencia, el magistrado expone por qué considera que la motivación del Laudo es ilógica e incongruente. Asimismo, argumenta que el hecho de analizar si concurren o no las premisas fácticas de la prejudicialidad penal no supone un ejercicio probatorio. Se trata más bien de una verificación, en un análisis puramente lógico de si el resultado del proceso penal puede influir decisivamente en el Laudo.

3. Arbitraje de inversión

Un tribunal arbitral CPA ha rechazado la solicitud de la demandada de suspender el procedimiento hasta que se resuelva un arbitraje contractual relacionado entre las partes que administra la CCI

Decisión sobre la suspensión del arbitraje entre Patel Engineering Limited y la República de Mozambique (Caso CPA núm. 2020-21)

El pasado 2 de diciembre de 2022, un tribunal arbitral constituido bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (“CNUDMI”) rechazó la solicitud

de suspensión del procedimiento presentada por la República de Mozambique (la “Demandada” o “Mozambique”) en el arbitraje entre Patel Engineering Limited (la “Demandante” o “Patel”, y junto con la Demandada, las “Partes”) y Mozambique (Caso CPA núm. 2020-21). El tribunal, formado por Juan Fernández Armesto (presidente), Guido Santiago Tawil y Hugo Perezcano Díaz, decidió que su derecho a establecer su propia jurisdicción no se veía afectado por el requerimiento emitido por un tribunal de la CCI que conoce de un caso contractual relacionado entre las Partes.

El litigio se refiere a un proyecto de 3.000 millones de dólares para desarrollar y explotar un corredor logístico ferroviario-portuario de 500 kilómetros en Mozambique, que terminaría en un nuevo puerto construido por Patel. En 2011, Patel y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Mozambique firmaron un “memorando de interés” (“MOI”) en relación con el proyecto, que establecía que las disputas derivadas del MOI se resolverían mediante arbitraje administrado por la CCI, con sede en Mozambique. Finalmente, el Ministerio abrió un concurso público y el proyecto se adjudicó a otro licitador en 2013.

En marzo de 2020 Patel presentó una demanda bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI contra Mozambique bajo el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Mozambique y el Gobierno de la República de la India para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 2009 (“TBI India-Mozambique” o “TBI”), alegando que Mozambique había violado ciertas obligaciones y garantías bajo el TBI y el derecho internacional, y reclamando alrededor de 156 millones de dólares en daños (el “Arbitraje UNCITRAL”). Dos meses más tarde, Mozambique y su Ministerio de Transportes presentaron una demanda ante la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) contra Patel en virtud del MOI de 2011 (el “Arbitraje CCI”).

Desde entonces, Mozambique ha presentado, y ambos tribunales han rechazado, varias solicitudes de suspensión del Arbitraje UNCITRAL donde alegaba que estaba “basado y dependía” de la validez del MOI y los derechos contractuales que de él se derivaban. No obstante, el 24 de noviembre de 2022, el tribunal del Arbitraje CCI, presidido por Jan Kleinheisterkamp, y que incluye a Stephen Anway, designado por Patel, y a Eduardo Silva Romero, designado por Mozambique, emitió por mayoría una orden procesal donde finalmente accedió a la petición de Mozambique y prohibió a Patel *“proseguir con la resolución de cualquier asunto en litigio entre las partes”* derivado del MOI en cualquier otro foro. Al día siguiente, la mayoría matizó que la prohibición solo aplicaba *“hasta que este tribunal arbitral haya tomado una decisión sobre estos asuntos”*. Tras la obtención de esta decisión en el Arbitraje CCI, Mozambique presentó una nueva solicitud de suspensión ante el tribunal del Arbitraje UNCITRAL.

El tribunal del Arbitraje UNCITRAL rechazó por unanimidad la solicitud de Mozambique de suspender el procedimiento al amparo del requerimiento del tribunal del Arbitraje CCI por varias razones.

En primer lugar, reiterando lo que ya había dicho en respuesta a solicitudes de suspensión realizadas por la Demandada con anterioridad, el tribunal distinguió entre dos tipos de controversias que pueden resolverse mediante arbitraje: las controversias de derecho internacional derivadas del incumplimiento de un tratado y las controversias contractuales derivadas del incumplimiento de un contrato.

Al respecto, el tribunal concluyó que este era un tribunal de derecho internacional constituido en virtud del TBI India-Mozambique, cuyo ámbito de jurisdicción se limitaba a los litigios de derecho internacional que implicasen un incumplimiento de las obligaciones asumidas por Mozambique en virtud del TBI. Por consiguiente, el Arbitraje CCI y el Arbitraje UNCITRAL se basaban en acuerdos diferentes y se referían a causas de acción distintas, además de que las Partes no aparecían con los mismos roles.

En segundo lugar, el tribunal aludió al principio de *kompetenz-kompetenz*, como principio básico del arbitraje internacional, para dictaminar que él no solo era el único que podía definir su propia jurisdicción, sino que tenía el derecho y el deber de hacerlo. Asimismo, el tribunal indicó que ninguna orden emitida por otro tribunal de arbitraje podía afectar u obstaculizar de forma alguna este principio, pues ninguno de los dos tribunales podía interferir en el mandato del otro.

En virtud de lo anterior, el tribunal del Arbitraje UNCITRAL rechazó la solicitud de Mozambique de suspender el procedimiento, declaró que su derecho a decidir sobre su propia jurisdicción no se veía afectado por la orden del tribunal del Arbitraje CCI y ordenó que el Arbitraje UNCITRAL iniciado por Patel prosiguiera según lo previsto.

Decisión sobre la anulación del laudo en el caso entre gREN Holding S.à.r.l. y el Reino de España (Caso CIADI núm. ARB/15/15)

El 17 de diciembre de 2022 un comité de anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI") rechazó la solicitud de anulación presentada por el Reino de España (la "Demandada" o "España") del laudo emitido en el arbitraje entre gREN Holding S.à.r.l (la "Demandante" o "gREN", y junto con la Demandada, las "Partes") y España (Caso CIADI núm. ARB/15/15, el "Laudo"), dictado por Ian Binnie, David R. Haigh y V.V. Veeder (el "Tribunal") en mayo de 2019. El comité de anulación, formado por Dário Moura Vicente, Nicolas Molfessis y Fernando Piérola-Castro (el "Comité de Anulación"), decidió que el Tribunal no se extralimitó en sus facultades al ejercer su jurisdicción en una controversia entre un inversor de un Estado miembro de la Unión Europea ("UE") y otro Estado miembro.

El Reino de España basó su solicitud de anulación del Laudo en dos motivos, sobre la base del artículo 52 del Convenio CIADI: (i) extralimitación manifiesta del Tribunal en sus facultades (el "Primer Motivo"); y (ii) falta de motivación de su decisión (el "Segundo Motivo").

En su Primer Motivo, entre otros, España alegó que el Tribunal se había extralimitado en sus facultades al afirmar erróneamente su jurisdicción sobre una controversia intra-UE, en violación del artículo 17 del Tratado de la Carta de la Energía (el "TCE" o el "Tratado"), y al emitir una decisión sobre la controversia a pesar de que carecía de jurisdicción, en violación del artículo 26 del TCE. En apoyo a sus argumentos, España se refirió a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") en los casos *Slowakische Republik v. Achmea BV*, ("*Achmea*") y *République de Moldavie v Komstroy LLC* ("*Komstroy*"), así como a la decisión del tribunal arbitral en *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito v. Kingdom of Spain* ("*Green Power*"), que declaró que carecía de jurisdicción para enjuiciar una controversia entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro.

El Comité de Anulación rechazó los dos motivos de anulación del laudo por las razones que se exponen a continuación.

De manera preliminar, el Comité recordó que el procedimiento de anulación de laudo bajo el Convenio CIADI no equivale a una segunda instancia y, por lo tanto, no permite una revisión del fondo del asunto. En su lugar, el Comité señaló que la anulación está limitada a los motivos de anulación establecidos en el artículo 52 del Convenio CIADI.

En relación con el Primer Motivo, el Comité aceptó que el ejercicio de poderes jurisdiccionales por un tribunal que carece de jurisdicción constituye una extralimitación de este en sus facultades que justifica la anulación del laudo. No obstante, consideró que, en este caso, no había razones para estimar que el Tribunal se había excedido o había afirmado erróneamente su jurisdicción.

Primero, el Comité coincidió con el Tribunal en que nada en el artículo 26 del TCE (que establece el consentimiento incondicional de las partes al arbitraje) sugiere que la intención de los Estados parte fuera excluir las controversias intra-UE del alcance del Tratado. Además, el Comité señaló que una interpretación en contrario llevaría a resultados interpretativos diferentes en función de si el Estado parte es o no miembro de la UE, lo cual no es aceptable.

Segundo, el Comité reconoció la existencia de una norma de derecho de la UE que determina la primacía del derecho de la UE sobre los términos del TCE. El Comité admitió que esta norma entra en conflicto con el artículo 16(2) del TCE, que establece la primacía del TCE sobre tratados posteriores o anteriores con condiciones menos beneficiosas para los inversores. Para el Comité, no obstante, estas normas se dirigen a órganos jurisdiccionales diferentes:

- i. la regla de primacía del derecho de la UE se dirige a (i) aquellos órganos jurisdiccionales cuya autoridad deriva del propio derecho de la UE, como el TJUE, o del derecho de los Estados miembros, como los tribunales nacionales; y (ii) aquellos tribunales arbitrales cuya *lex arbitri* es la ley de un Estado miembro de la UE y están sujetos al control de los tribunales de dichos Estados (como el tribunal en *Green Power*, cuya *lex arbitri* era el derecho sueco);
- ii. la regla de primacía del TCE se dirige a los tribunales arbitrales constituidos bajo el TCE y la Convención CIADI y que no están sujetos a la ley de un Estado miembro como *lex arbitri* ni al control jurisdiccional de los tribunales de ese Estado.

En este caso, el Comité señaló que el Tribunal no estaba sujeto a la *lex arbitri* de un Estado miembro o al control de sus tribunales nacionales, sino que fue constituido en virtud del TCE y operaba exclusivamente bajo el Reglamento de Arbitraje del CIADI. Por ello, concluye que el Tribunal no estaba sujeto a la regla de primacía del derecho de la UE y, con ello, tampoco a la norma que prohíbe el arbitraje intra-UE.

En su análisis, el Comité se apoyó especialmente en la decisión del tribunal en el caso *Vattenfall AB et al. c. la República Federal de Alemania* (Caso CIADI núm. ARB/12/12), así como en la decisión del comité de anulación del CIADI en el caso *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (anteriormente Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) c. Reino de España* (Caso CIADI núm. ARB/13/31).

Por todo lo anterior, el Comité rechazó el Primer Motivo de anulación esgrimido por España.

En cuanto al Segundo Motivo, el Comité determinó que, aunque la redacción del Laudo "*puede no ser el mejor modelo de claridad*", contenía razones que apoyaban su conclusión final sobre responsabilidad y, por tanto, tampoco podía concederse la anulación por este motivo.

Un tribunal estadounidense ha rechazado una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo proveniente de un procedimiento arbitral bajo el Tratado de la Carta de la Energía por inexistencia de convenio arbitral bajo derecho de la UE

Blasket Renewable Investments, L.L.C., c. el Reino de España. Tribunal del distrito de Columbia, Estados Unidos, Caso Civil n.º 21-3249 (RJJ)

El pasado 29 de marzo de 2023 el tribunal estadounidense del distrito de Columbia (el "Tribunal") negó el reconocimiento y ejecución de un laudo emitido por un tribunal arbitral sito en Suiza (el "Laudo") contra el Reino de España por falta de jurisdicción *rationae materiae* (la "Resolución"). En concreto, la Resolución consideró que el consentimiento prestado por España para arbitrar bajo el Tratado de la Carta de la Energía ("TCE") era inválido bajo el derecho de la Unión Europea. Al no existir un acuerdo arbitral válido, Estados Unidos no tenía competencia para reconocer el Laudo.

En 2008 dos empresas holandesas, AES Solar Energy Cooperatief U.A. y Ampere Equity Fund B.V (los "Inversores"), iniciaron un procedimiento arbitral frente a España, invocando la cláusula arbitral contenida en el artículo 26 del TCE. El tribunal arbitral, bajo procedimiento UNCITRAL, se declaró competente en 2014 y en 2020 dictó el Laudo estimando las pretensiones de los Inversores. En 2021, España impugnó el Laudo ante la Corte Suprema Federal de Suiza. Esta Corte confirmó el contenido del Laudo.

Los Inversores interpusieron una acción de reconocimiento y ejecución del Laudo ante el Tribunal estadounidense del distrito de Columbia y posteriormente cedieron sus derechos derivados del Laudo y su posición procesal en ese procedimiento a Blasket Renewable Investments, L.L.C. (el "Recurrente").

España se opuso a la acción de reconocimiento y ejecución del Laudo solicitando la desestimación de la solicitud con base en varias pretensiones. En la Resolución se analizó principalmente aquella relativa a la falta de jurisdicción material con base en la ley estadounidense de inmunidad soberana. En concreto, España argumentó que carecía de capacidad legal para hacer una oferta válida de arbitraje a los Inversores en el TCE, de conformidad con las leyes aplicables a ambas partes. A esta pretensión se adhirió la Comisión Europea *amicus curiae*.

El argumento base de esta pretensión nace de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE") en *Achmea* (Caso C-284/16) y *Komstroy* (Caso C-741/19), en las que se resuelve que el TJUE es el juez último del derecho de la UE en virtud de los Tratados de la UE. Según estas decisiones, la interpretación del derecho de la UE por los tribunales arbitrales en casos en los que intervienen Estados miembros de la UE crea un riesgo de aplicación incoherente del dere-

cho de la UE. En consecuencia, los Estados miembros tienen prohibido ser parte en tratados que impliquen la remoción de la jurisdicción de sus tribunales locales controversias que afecten al derecho de la Unión.

En su análisis de la pretensión, en primer lugar el Tribunal rechaza la objeción del Recurrente conforme a la cual ese tribunal no tendría competencia para revisar la confirmación del Laudo por la Corte Suprema Federal de Suiza. El Tribunal entiende que la impugnación de España de su capacidad legal para extender una oferta de arbitraje a los Inversores, sin la cual no puede existir un acuerdo válido de arbitraje, queda fuera del ámbito de las cuestiones encomendadas al árbitro, y corresponde a los tribunales, salvo que las partes expresamente asignen esta competencia al árbitro. Así, el Tribunal distingue también su decisión de otras dos recientes del Circuito del Distrito en sentido contrario, en la medida en que estas se pronunciaron sobre si la disputa entraba dentro del alcance de la cláusula arbitral, y no sobre la invalidez de la cláusula arbitral por incapacidad legal.

Respecto del fondo de la cuestión, el Tribunal destaca que el artículo 26(6) del TCE, donde se encontraría la cláusula arbitral, exige que el tribunal arbitral que se constituya decida sobre cuestiones en el litigio (incluida su competencia) con arreglo al TCE y "*a las normas del Derecho Internacional aplicables*". En este sentido, el Tribunal entiende que cuando las partes del arbitraje bajo el artículo 26(6) del TCE son un inversor de un Estado miembro y un Estado miembro, el tribunal arbitral que se constituya necesariamente habrá de observar y aplicar las normas y principios aplicables de los tratados de la UE, como parte de las normas del derecho internacional directamente aplicables a las partes.

El Tribunal reconoce que (i) en virtud de *Achmea* los Estados miembros no pueden consentir a un tratado que sustraiga la competencia de sus propios tribunales sobre disputas que tengan como base la aplicación del derecho de la Unión; (ii) en *Komstroy* se extendió el contenido de *Achmea* a convenios arbitrales en tratados multilaterales que sean incompatibles con derecho de la Unión en tanto que se apliquen a disputas entre Estados miembros y nacionales de otro Estado miembro; y (iii) ambas decisiones tienen efectos retroactivos sobre aquellos laudos arbitrales entre nacionales de la UE y Estados miembros que estuvieran bajo su ámbito de aplicación. El Tribunal también se refiere a la declaración conjunta de enero de 2019 en la que varios Estados miembros expresaron su entendimiento compartido de que los acuerdos internacionales celebrados por la Unión, incluido el TCE, deben ser compatibles con los Tratados.

Bajo estas premisas, el Tribunal concluye que no hubo un acuerdo válido para arbitrar según se desprende del propio TCE, resultando en falta de competencia del tribunal arbitral para conocer de la disputa. En consecuencia, el Tribunal rechaza la solicitud de reconocimiento y ejecución del Laudo.

Un tribunal británico desestima la petición del Reino de España de revocar la orden de registro de un laudo CIADI al considerar que las prohibiciones sobre arbitraje de inversiones bajo el derecho de la Unión Europea no son de aplicación a tratados multilaterales extracomunitarios ni condicionan obligaciones legales de jurisdicciones de fuera de la Unión Europea

Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Energia Termosolar B.V. (anteriormente Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V.) c. Reino de España, High Court of Justice Business and Property Courts Commercial Court, Caso No.: CL-2021-000362

El pasado 24 de mayo de 2023, el Alto Tribunal de Inglaterra y Gales (el "Tribunal") rechazó la solicitud del Reino de España de revocar una orden judicial por la cual se registraba un laudo contra España de 15 de junio de 2018 (el "Laudo") tras considerar que las normas aplicables en el Reino Unido restringen el poder revisorio de laudos (la "Resolución"). En concreto, el Tribunal considera que la prohibición impuesta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE") sobre el arbitraje de inversiones intracomunitario no es de aplicación a los compromisos adquiridos por el Reino Unido con respecto de otros tratados multilaterales y, por tanto, el Tribunal se encuentra obligado a cumplir con las reglas sobre reconocimiento y ejecución de las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI").

En 2013 una empresa luxemburguesa y una neerlandesa pertenecientes al mismo grupo empresarial, respectivamente, Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Energia Termosolar B.V. (los "Inversores"), iniciaron un procedimiento arbitral frente a España administrado por el CIADI, invocando la cláusula arbitral contenida en el artículo 26 del Tratado de la Carta de la Energía ("TCE"). En el arbitraje, se otorgó a los Inversores compensación por daños, intereses y costos.

Una vez dictado el Laudo definitivo, España prosiguió con una solicitud de anulación del laudo ante el CIADI. España motivó su solicitud argumentando que, al ejercer jurisdicción en el arbitraje contradiciendo directamente al derecho de la Unión Europea ("UE") e ignorando las decisiones del TJUE en *Achmea* (Caso C-284/16) y *Komstroy* (Caso C-741/19), el tribunal arbitral se excedió en su competencia, pues el ordenamiento comunitario prohíbe expresamente el arbitraje de inversiones bajo el TCE entre Estados miembros de la UE. Esta solicitud no prosperó y los Inversores continuaron con las actuaciones correspondientes para ejecutar el Laudo en Reino Unido.

En la Resolución, el Tribunal británico resume que la pretensión de España sobre falta de jurisdicción se sostiene en que (i) le es de aplicación el State Immunity Act de 1978 y, por tanto, (ii) tiene inmunidad de jurisdicción, (iii) no existe consentimiento para arbitrar esta disputa, y (iv) el Laudo no es válido. La premisa base de esta pretensión tiene su origen en las decisiones del TJUE en *Achmea* y *Komstroy*.

El Tribunal resuelve la pretensión utilizando como fuente casi literal el caso *Micula y otros c. Romania KK [2020] UKSC ("Micula")*¹ en el cual la Corte Suprema del Reino Unido ("Corte Suprema") desestima una solicitud de no reconocimiento bajo motivos conexos a los realizados por España.

¹ La decisión de la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Micula* data de cuando el Reino Unido aún formaba parte de la Unión Europea.

En *Micula*, la Corte Suprema concluye que el Convenio CIADI, al ser un tratado internacional, tiene sus propios mecanismos de reconocimiento y ejecución de laudos que son considerablemente más restrictivos que los esgrimidos en otros instrumentos como la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. El Convenio obliga a los tribunales de los Estados parte a tratar un laudo CIADI como una resolución firme local, reduciendo a una práctica inexistencia su capacidad revisoria.

Asimismo, la Corte Suprema reconoce en *Micula* que existe un conflicto jurídico con las normas comunitarias, que, si bien son de debida observancia, no se superponen ni obligan a incumplir compromisos adquiridos en tratados multilaterales de alcance mayor al territorio comunitario. Por lo tanto, la Corte Suprema, y en este caso el Tribunal, están obligados a cumplir con el Convenio CIADI. En la Resolución, el Tribunal añade que el TJUE no es el juez final bajo el TCE y el Convenio CIADI y que el Reino Unido tiene la obligación de cumplir con lo dispuesto en el Convenio CIADI en materia de ejecución bajo los términos dispuestos en él.

Sentada la cuestión sobre el conflicto de normas y aclarado que el Tribunal está en obligación de cumplir con lo dispuesto en el Convenio CIADI en lo que respecta a reconocimiento y ejecución, se rechazan las pretensiones de España. Con respecto a la alegada inmunidad de jurisdicción en aplicación de la State Immunity Act de 1978, el Tribunal apuntó a que España plantea cuestiones de fondo que obligarían a entrar a valorar el contenido del laudo —acto vedado por el Convenio CIADI—, por lo que no puede ser estimado. En cuanto al segundo motivo, esto es, la ausencia de convenio arbitral y validez del laudo, el Tribunal explica que reconocer la ausencia de convenio o consentimiento para arbitrar supondría reconocer la jerarquía de las decisiones del TJUE sobre la presente disputa y, como ya se ha establecido, esto no procede.

El Tribunal también rechazó la petición subsidiaria de España que reclamaba que los Inversores no revelaron al momento de solicitar el registro del Laudo el conflicto de normas existente con el derecho de la UE. El Tribunal tampoco consideró este motivo válido.

Por todo ello, el Tribunal desestimó la petición de España.

La Sala Civil del Tribunal Federal suizo confirma su jurisprudencia sobre la necesidad de establecer una conexión suficiente con el país como requisito procedimental para admitir una demanda de ejecución contra bienes pertenecientes a un Estado extranjero ubicados en Suiza

Acreeador del laudo c. el Reino de España. Tribunal Federal, Sala Civil, Suiza, Sentencia n.º 5A_406/2022 (DSB)

El pasado 17 de marzo de 2023 el Tribunal Federal suizo (el “Alto Tribunal Suizo”) rechazó el recurso de casación interpuesto por un inversor contra la decisión del Tribunal Supremo del Cantón de Berna de 28 de abril de 2022 de inadmitir la ejecución de un laudo arbitral contra diversos bienes pertenecientes al Reino de España ubicados en territorio suizo (la “Resolución”).

El laudo cuya ejecución se había solicitado se refiere a un arbitraje de inversión CIADI iniciado por unos inversores contra España bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía ("TCE"), en relación con medidas gubernamentales que afectaron a su inversión en el sector fotovoltaico. El tribunal arbitral estimó las pretensiones de los inversores y condenó a España al pago de 29,3 millones de dólares estadounidenses en 2019 (el "Laudo").

Tras ello, uno de los inversores interpuso una demanda de ejecución ante el Tribunal Regional de Berna-Mittelland contra diversos bienes ubicados en Suiza y presuntamente pertenecientes a España. En su decisión de 5 de abril de 2022, dicho Tribunal inadmitió la demanda, por motivos que posteriormente fueron confirmados en apelación por el Tribunal Supremo del Cantón de Berna (el "Tribunal"). En concreto, el Tribunal confirmó que el inversor demandante de ejecución (i) no solicitó, con carácter previo a la demanda de ejecución del Laudo, que se dictara una decisión constatando la fuerza ejecutiva de este, y (ii) no demostró que existiera una conexión doméstica suficiente entre el objeto del Laudo y los bienes que presuntamente pertenecían a España y se encontraban en territorio suizo. España no se personó en el procedimiento judicial seguido ante los tribunales suizos.

Tras ello, el inversor interpuso un recurso de casación con base en tres motivos principales: (i) la arbitrariedad de la decisión del Tribunal *a quo* al exigir al acreedor que realice procedimientos distintos para el reconocimiento, por un lado, y la ejecución de un laudo arbitral, por otro; (ii) la incompatibilidad del requisito de demostrar una conexión doméstica suficiente con el espíritu y finalidad de la Convención CIADI por cuanto los Estados parte renunciaron a su inmunidad de jurisdicción; y (iii) la inexistencia de un requisito procedimental tal como la conexión nacional suficiente por cuanto existe una equivalencia entre laudos CIADI y sentencias nacionales que presupone dicha conexión.

En la resolución, el Alto Tribunal Suizo desarrolla exhaustivamente su jurisprudencia en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Bajo el derecho federal suizo, una demanda de ejecución contra un Estado extranjero solo puede prosperar si se cumplen tres condiciones: (1) el Estado extranjero contra el que se dirija la demanda debe haber actuado en la relación jurídica objeto de disputa como titular de derechos privados (*iure gestionis*) y no en calidad de soberano (*iure imperii*); (2) la relación jurídica objeto de disputa debe tener una "*conexión doméstica suficiente*" con el territorio suizo (lo que supone acreditar cualquier circunstancia que conecte la relación jurídica objeto de disputa con Suiza); (3) los bienes que se pretenden ejecutar no son soberanos.

En relación con cada uno de los motivos esgrimidos por el inversor, el Alto Tribunal Suizo estimó la pretensión del motivo (i). Entendió que, de acuerdo con los requisitos derivados del derecho civil suizo, es incompatible exigir al solicitante de ejecución que pase por un procedimiento especial o distinto en el que solicite que se reconozca la fuerza ejecutiva de un laudo CIADI. Para ello, el Alto Tribunal Suizo explica que los laudos CIADI están excluidos, como laudos extranjeros que son, del Convenio de Lugano (que sí prevé procedimientos de reconocimiento y ejecución separados para resoluciones extranjeras). De esta forma, según el Alto Tribunal Suizo, el solicitante de ejecución tiene la carga de la prueba de demostrar "*de manera creíble*" que no concurren causas que impidan *prima facie* el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, lo que, a su juicio, aquí se ve

acreditado por cuanto el inversor aportó copia certificada del Laudo y que este constituye un título susceptible de ejecución judicial.

Con respecto a los motivos (ii) y (iii) sobre el fondo, el Alto Tribunal Suizo desestimó la pretensión del acreedor y confirmó las decisiones de los tribunales ordinarios. En su *ratio decidendi*, el Alto Tribunal Suizo concluyó que bajo la Convención CIADI los Estados pueden examinar preliminarmente si con la ejecución de un laudo CIADI se estarían contraviniendo actos soberanos (*iure imperii*). Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Federal, al exigir la concurrencia de una conexión nacional suficiente no contraviene la Convención CIADI. El Alto Tribunal Suizo rechaza así la tesis del inversor por la cual este requisito se cumpliría gracias a que la Convención CIADI y el TCE (que prevén el reconocimiento y ejecución de laudos) forman parte del derecho suizo. En su decisión, interpretó que dichos tratados, en lo relativo al procedimiento de ejecución, se remiten a la ley del Estado de ejecución (por tanto, al derecho civil suizo). De ahí que, como el requisito de conexión nacional suficiente deriva de la ley suiza, dichos tratados, por sí mismos, no permiten acreditar el cumplimiento de este requisito procesal.

Asimismo, consideró el Alto Tribunal Suizo que los requisitos para acreditar la conexión nacional suficiente no concurrían en el presente caso. De acuerdo con el Alto Tribunal Suizo, esta conexión no es suficiente por el mero hecho de que los bienes a ser ejecutados se encuentren en territorio suizo o porque así lo haya ordenado un tribunal arbitral con sede en Suiza. Solo existen tres posibles supuestos (que aquí no concurren) para acreditar esa conexión local: (1) la obligación de la que trae causa el Laudo se estableció en Suiza, (2) dicha obligación debe completarse en Suiza, o (3) si el Estado extranjero contra el que se dirige la ejecución realizó actos por los que se haya creado un vínculo de ejecución con Suiza. En el presente caso, el inversor no había demostrado que los contratos objeto de la disputa arbitral, o que algún elemento de la relación jurídica (más allá de que el inversor tuviera su sede social en Suiza) tuvieran una conexión en Suiza. Por todo lo anterior, el recurso fue desestimado.

9 de junio de 2023



Competencia

Competencia*

9 de junio de 2023

1. Legislación

[Portugal]

Tribunal Constitucional pronuncia-se quanto à validade da apreensão de correio eletrónico em sede de procedimento contraordenacional por infração do direito da concorrência

Acórdão de 16 de março de 2023 – (Processo n.º 559/2020) – TC

Em 16 de março de 2023, o Tribunal Constitucional veio prolatar acórdão em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade quanto à possibilidade de apreender correio eletrónico por ocasião de busca e apreensão em sede de processo contraordenacional da concorrência.

Nesse recurso, foram suscitadas pelas empresas visadas três questões: a saber (i) se é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas ao abrigo da LdC; (ii) se, para a execução de tais diligências, bastaria autorização do Ministério Público; e (iii) se é permitida a realização de buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração.

Neste contexto, o TC veio, de forma geral, confirmar a admissibilidade da ingerência na troca de correspondência eletrónica em sede de processo contraordenacional da concorrência, considerando válida a apreensão pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) de mensagens de correio eletrónicos abertas, desde que autorizada pelo Juiz de Instrução Criminal.

Com efeito, por um lado, o Tribunal não considerou aplicável o princípio da inviolabilidade da correspondência às comunicações trocadas fora do escopo privado, considerando que a Constituição, em particular o seu artigo 34.º, n.º 4, apenas veda o acesso as comunicações individuais e privadas. Neste sentido, o Tribunal considera válida a apreensão de correspondência profissional em suporte eletrónica.

* Esta crónica ha sido dirigida por Alfonso Gutiérrez Hernández, y han participado en su redacción Álvaro Angulo Garcíandía, Gabriel Budnik, Ignacio García-Perrote Martínez, Violeta Marinas Serra, David Martín Fernández, Barbara Montanari, Guilherme Neves Lima, Inés Pajares de Dios Tarancón, Alberto Pérez Hernández, Beatriz Sastre Furones, Eduardo Sevilla Soto y Clara Viúdez Escobar.

Por outro lado, o Tribunal veio pronunciar-se sobre a distinção que é feita entre correspondência aberta/fechada ou lida/não lida. Segundo esta distinção, as mensagens de correio eletrónico, uma vez abertas/lidas, deixam de ser consideradas “correspondência”, deixando nesse momento, assim, de beneficiar da proteção contra a possível utilização das mesmas como prova em sede de processo contraordenacional. Neste âmbito, entende o Tribunal Constitucional que a distinção entre mensagens abertas/lidas e fechadas/não lidas é, no caso do correio eletrónico, artificial e falível — em particular porque não permite determinar com rigor se foi efetivamente lido — não tendo, portanto, o critério da leitura, relevância para a apreciação da admissibilidade da apreensão de correio eletrónico. Assim, para o Tribunal, o critério decisivo de que a mensagem chegou definitivamente ao destinatário não é a marcação da mensagem como lida, mas sim o seu arquivamento definitivo, fora da caixa de correio eletrónico virtual.

Por fim, o Tribunal veio esclarecer que, apesar de considerar válida a apreensão pela AdC de mensagens de correio eletrónico abertas, esta só é admissível mediante (i) definição das condições de que depende essa ingerência e (ii) o controlo prévio da mesma pelo Juiz de Instrução Criminal. Nestes termos, o Tribunal considera que as buscas e apreensão de correio eletrónico não podem ser ordenadas/autorizadas pelo Ministério Público — como tem vindo a ocorrer nos processos da AdC — que não cumpre com o critério de independência, que impõe a dissociação dessa entidade da condição de parte no processo. Assim, e por esta ingerência configurar uma restrição aos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados, é o entendimento do Tribunal Constitucional que apenas ao Juiz de Instrução Criminal caberá a competência para ordenar estas diligências, rejeitando expressamente que o Ministério Público possa autorizar este tipo de diligências.

O acórdão do TC em apreço contou com três votos de vencido, o que significa que três dos juízes não acompanharam a decisão proferida. Em particular, na sua declaração de voto, o Juiz do Tribunal Constitucional Afonso Patrão rejeita perentoriamente a admissibilidade da apreensão de correio eletrónico em sede de processo contraordenacional, pugnando a inconstitucionalidade da norma vertida no artigo 18.º da LdC. Ademais, considera o critério do arquivamento desapropriado, por ser vago e vazio. Já o Juiz do Tribunal Constitucional Lino Rodrigues Ribeiro desconsidera quer o critério da leitura da mensagem, quer o do seu arquivamento, entendendo bastar a autorização judicial para a sua apreensão ser válida.

AdC sanciona Auchan, Modelo Continente, Pingo Doce e JNTL Consumer Health Portugal com coimas no total de €16,9 milhões por alegada participação em cartel *hub-and-spoke*

Comunicado 04/2023, de 26 de abril de 2023

A AdC adotou uma decisão sancionatória dirigida a três cadeias de supermercados — Auchan, Modelo Continente e Pingo Doce — e ao fornecedor de produtos de beleza, cosmética e higiene pessoal, comum às três cadeias visadas — JNTL Consumer Health Portugal — pela alegada fixação de preços de venda ao consumidor dos produtos deste fornecedor.

De acordo com a investigação levada a cabo pela AdC, a alegada fixação de preços terá sido realizada por intermédio de contactos estabelecidos com o fornecedor comum, sem qualquer comunicação direta entre as empresas de distribuição participantes na alegada conduta, numa prática conhecida por cartel *hub-and-spoke*.

Segundo a AdC, a prática em análise teve uma duração superior a 15 anos (entre 2001 e 2016), visando vários produtos comercializados pelo fornecedor, como tampões, champôs, pensos absorventes e antissépticos bucais de uso diário. A AdC decidiu aplicar coimas aos participantes num montante total aproximado de 16,9 milhões de euros¹, sendo as mesmas suscetíveis de recurso para o TCRS.

De notar que esta decisão é a mais recente da série de investigações que a AdC tem promovido, nos últimos anos, no setor do retalho alimentar. Neste contexto, as principais cadeias de retalho alimentar em Portugal, vários fornecedores e, em alguns casos, indivíduos, têm vindo a ser sancionados por alegada fixação de preços através de acordos *hub-and-spoke*, com coimas totais de cerca de 692 milhões de euros, incluindo a coima individual mais elevada de 121,9 milhões de euros. Em concreto, desde dezembro de 2020, a AdC já emitiu 10 decisões sancionatórias neste âmbito.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal General anula la Decisión de la Comisión Europea que declaró compatible con el mercado interior la ayuda de Estado concedida por Alemania a Lufthansa en el contexto de la pandemia de COVID-19

Sentencia del Tribunal General (Sala Décima Ampliada), de 10 de mayo de 2023, T-34/21 y T-87/21 – Ryanair y Condor c. Comisión Europea

El Tribunal General ha anulado en su totalidad la Decisión de la Comisión Europea, de 25 de junio de 2020, mediante la cual se aprobó la medida de ayuda otorgada a Deutsche Lufthansa AG (“Lufthansa”) por el Estado alemán (la “Decisión”) sobre la base del artículo 107(3)(b) del TFUE y el Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 (el “Marco Temporal”). La medida, notificada a la Comisión Europea el 12 de junio de 2020, consistía en una recapitalización por importe de 6000 millones de euros y tenía por objeto el restablecimiento de la posición patrimonial y la liquidez de Lufthansa en la situación excepcional causada por la COVID-19.

Esta decisión fue recurrida en anulación por Ryanair DAC (“Ryanair”) y Condor Flugdienst GmbH (“Condor”), que en sendos recursos alegaban que la Comisión Europea había (i) errado en su

¹ JNTL Consumer Health: €4,4 milhões; Continente: €7,65 milhões; Pingo Doce: €3,3 milhões; Auchan: €1,48 milhões.

aplicación del Marco Temporal al presente caso; (ii) incurrido en error manifiesto al analizar la compatibilidad de la ayuda; y (iii) considerado erróneamente que la ayuda daba respuesta a una alteración grave sin ponderar sus efectos positivos y negativos sobre la competencia efectiva en el mercado.

Tras señalar que ambas recurrentes poseen legitimación activa para impugnar la Decisión —en tanto se ven afectadas individual y directamente por ella—, el Tribunal General concluye en su sentencia que la Comisión Europea incurrió en diversos errores, capaces cada uno de ellos *per se* de justificar la anulación de la Decisión.

En primer lugar, respecto de la elegibilidad de Lufthansa como beneficiaria de la ayuda, el Tribunal General considera que la Comisión Europea no ha examinado si Lufthansa podría haber conseguido una parte *significativa* de la financiación necesaria en los mercados —nada en el Marco Temporal hace pensar que las garantías tengan que cubrir *todas* las necesidades—.

En segundo lugar, el Tribunal General consideró que la Comisión Europea había incumplido los requisitos del Marco Temporal en relación con la remuneración y salida del Estado, al no establecer un mecanismo de ajuste al alza —o alguno similar con idéntica finalidad— de la remuneración del Estado alemán.

En tercer lugar, en cuanto a la existencia de poder significativo de mercado del Grupo Lufthansa y los compromisos estructurales aceptados, el Tribunal General considera que los criterios examinados por la Comisión Europea —referidos a capacidad aeroportuaria y acceso a la infraestructura (i. e., cuota de franjas horarias, nivel de congestión, número de aviones estacionados)— no proporcionan información directa sobre las cuotas de mercado del Grupo Lufthansa ni permiten concluir la existencia o no de un poder tal. A estos efectos, la Comisión debía haber tenido en cuenta factores como el número de vuelos y asientos ofrecidos en origen y destino en cada aeropuerto analizado. Por lo que respecta a los compromisos, el Tribunal General concluye que la Comisión Europea no analizó adecuadamente los efectos exclusionarios de la cesión de franjas horarias en dos etapas —primero, a nuevos competidores; después, a otras aerolíneas con base en dichos aeropuertos— ni tampoco justificó por qué la cesión de dichas franjas debía ser remunerada y no gratuita.

Esta sentencia se enmarca en la saga de recursos interpuestos por Ryanair contra diversas decisiones de la Comisión Europea por las que se aprobaron medidas de ayuda al sector aéreo en el contexto del COVID-19.² No obstante, al haber devuelto Lufthansa las cantidades recibidas en su totalidad con anterioridad al fallo, su impacto práctico en el caso concreto se reduce. Ello no resta importancia, sin embargo, a la necesidad de que la Comisión Europea tenga en cuenta todas las circunstancias pertinentes y proporcione justificaciones suficientes al analizar casos similares.

² En sentencia de 10 de mayo de 2023, el Tribunal General también ha anulado la decisión por la que se declaró compatible la ayuda de Estado concedida por Dinamarca y Suecia a SAS AB (asunto C-238/21, *Ryanair c. Comisión*).

[España]

El Tribunal Supremo confirma la legalidad de las políticas de precio libre de los medicamentos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 2023

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por Affordable Medicines Europe y confirma la legalidad del sistema de precio libre aplicado por Pfizer con sus distribuidores al por mayor.

En concreto, el Alto Tribunal consideró que la doctrina *Glaxo* (emanada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009), que consideró ilegal un sistema de doble precio de medicamentos (consumo doméstico y exportación), no resulta aplicable al presente caso, debido a la existencia de diferencias sustanciales entre ambos asuntos. En este asunto, Pfizer establece un precio único (denominado precio libre) al que suministra a sus mayoristas. Este precio libre quedaría sustituido de forma automática por un precio regulado (precio intervenido) establecido por la normativa entonces aplicable a los medicamentos financiados con cargo a la Seguridad Social y que fueran dispensados en España. Los sistemas de Glaxo y Pfizer se desarrollan en marcos normativos distintos, de manera que la política de Glaxo de aplicar un precio u otro en función de si el medicamento era o no dispensado en España se basó en una interpretación no conforme con la normativa entonces aplicable y excediéndose en lo previsto en ella. Por el contrario, en el caso de Pfizer no existe un sistema de doble precio fijado voluntariamente por el laboratorio, dado que, bajo el marco normativo vigente, Pfizer únicamente fijaba voluntariamente un precio que luego en determinadas circunstancias la Ley sustituye por un precio intervenido. Por tanto, no es imputable a la voluntad del laboratorio ni enjuiciable tal conducta como vulneración del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

3. Decisiones en materia de expedientes sancionadores

[Unión Europea]

La Comisión multa a varias empresas activas en el mercado de fabricación de plásticos en formas primarias de monómero de estireno por un cártel de compra

Decisión de 29 de noviembre de 2022 en el Caso AT. 40547 – Styrene monomer

El 29 de noviembre de 2022, la Comisión Europea sancionó a cinco fabricantes de plástico —Synthomer, Sunpor, Synthos, Trinseo y Synbra— por una infracción única y continuada del artículo 101 del TFUE, consistente en el intercambio de información comercial sensible y relacionada con los precios y en la coordinación para la fijación de un elemento de precio, a saber, el Precio Mensual del Contrato de Estireno (“PMCE”), e impuso una multa total de 157.072.000 euros.

La infracción consistió en intercambios de información y coordinación acerca de las negociaciones de las partes con sus clientes, con lo objetivo de comprar estireno a un precio más bajo, y llegar rápidamente a un nivel deseado de PMCE. El PMCE no es un precio neto del estireno, sino que forma parte de la fórmula de fijación de precios en tales contratos. El precio del estireno en los contratos de suministro a largo plazo (cuando esos contratos utilizan el PMCE) suele ser el PMCE menos un descuento negociado individualmente, que se utiliza de forma independiente o se combina con otros elementos (por ejemplo, precio medio al contado o coste de la materia prima) en proporción variable. La conducta duró entre 1 de mayo de 2012 hasta el 30 de junio de 2018 y abarcó a todo el EEE.

La Comisión multa a dos empresas activas en el mercado de fabricación de envases metálicos ligeros

Decisión de 12 de julio de 2022 en el Caso AT.40522 - Metal packaging

El 12 de julio de 2022, la Comisión Europea sancionó a dos fabricantes de envases metálicos ligeros por una infracción única y continuada del artículo 101 del TFUE, por intercambios de información comercial sensible y relacionada con volúmenes de producción, e impuso una multa total de 31.522.000 euros.

La infracción consistió en intercambios bilaterales periódicos de información —en forma de reuniones, llamadas telefónicas e intercambios de correos electrónicos— de (i) los volúmenes de ventas anuales anteriores más recientes (es decir, los del año anterior), en términos de unidades vendidas, en relación con los clientes de las partes en Alemania en el mercado de cierres metálicos; y, (ii) en el contexto de la introducción en Alemania de latas y cierres metálicos recubiertos de un barniz sin bisfenol, intercambios de información y puntos de vista sobre su intención de imponer un recargo y reducir las recomendaciones de durabilidad mínima formuladas a los rellenadores en comparación con los barnices con bisfenol A (“componente II”). La conducta duró entre 11 de marzo de 2011 hasta el 18 de septiembre de 2014 y cubrió el territorio de Alemania.

[España]

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón decide archivar el expediente abierto contra la empresa concesionaria de la estación de esquí de Formigal, al no apreciar indicios de prácticas constitutivas de abuso de posición de dominio

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón de 15 de marzo de 2023, Expediente 09/2022/COMP “ESTACIÓN FORMIGAL”

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (“TDCA”) ha decidido archivar el expediente abierto contra la empresa Formigal, S.A. (“FSA”), adjudicataria de la concesión para la ocupación del dominio esquiable para la gestión y explotación de la estación de esquí de Formigal (Huesca).

La denuncia presentada contra FSA le imputaba una conducta supuestamente constitutiva de abuso de posición dominante, por negar la entrada de empresas que deseaban prestar el servicio de

vigilancia y cuidado de niños en la instalación de esquí. Este último servicio estaba siendo prestado por una empresa distinta, Formigal Esquí Club ("FEC") y, debido a ello, FSA denegó el acceso a nuevos operadores para prestar el servicio en la instalación, ya que entendía que los pliegos de la concesión no le permitían autorizar dicho acceso.

En la resolución de archivo, el TDCA reconoce que, de acuerdo con los términos de los pliegos de la concesión, FSA carece de competencias para denegar o autorizar el acceso a la pista de esquí para realizar actividades de acompañamiento y cuidado de menores. Por tanto, la conducta calificada como abusiva no podía imputarse a la empresa en cuestión, que tan solo actuó de acuerdo con los pliegos de la concesión configurados por el Ayuntamiento de Sallent de Gállego.

No obstante, el TDCA sí emite una recomendación al Ayuntamiento de Sallent de Gállego, por entender que los términos de los pliegos producen un cierre de mercado que resulta contrario a las normas aplicables a las distorsiones de la competencia producidas por medidas y conductas de naturaleza no empresarial.

El Consejo de la Competencia de Andalucía sanciona a tres licitadoras de un contrato público convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación para prestar el servicio de transporte escolar, por conductas constitutivas de *bid rigging*

El Consejo de la Competencia de Andalucía (CCA) ha sancionado a tres empresas que se presentaron a un mismo lote licitado por la Agencia Pública Andaluza de Educación (APAE) para prestar el servicio de transporte escolar de unos de sus centros escolares. La infracción sancionada es una conducta colusoria de *bid rigging* contraria al artículo 1 LDC.

Para acreditar la existencia de infracción, el CCA emplea simplemente una prueba de indicios, conforme a la cual determinados factores le permiten constatar que las empresas habrían acordado no competir en el lote controvertido (p. ej., renuncia de las licitadoras ganadoras de sus ofertas presentadas debido a circunstancias no sobrevenidas y conocidas al momento de presentar sus ofertas; las declaraciones, por parte de la Administración, del carácter injustificado de estas renuncias; la participación de las únicas tres licitadoras en una UTE que era adjudicataria de otros lotes licitados por la misma Administración y para el mismo centro escolar; o el momento de presentación de las ofertas, que solo tenía una diferencia de un minuto). La acreditación no se sustenta, por tanto, en ningún tipo de documento interno recabado en inspecciones, como suele ser el caso, ni en la prueba de contactos previos entre las empresas licitadoras.

Finalmente, debe destacarse que, además de la sanción pecuniaria impuesta como consecuencia de la infracción, el CCA también declara que concurre la prohibición de contratar con el sector público, fijando directamente su alcance y duración (como ya venía haciendo la Autoridad Catalana de la Competencia, pero aún no la CNMC). Así, fija el alcance de la prohibición de contratar en los centros docentes en la Provincia de Málaga con una duración de tres meses.

4. Decisiones en materia de control de concentraciones

[España]

La CNMC aprueba en primera fase y con compromisos la adquisición de Wonderbox por parte de Smartbox

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 15 de marzo de 2023, e informe y propuesta de resolución de la Dirección de Competencia en el Expediente C/1361/22: Wonderbox / Smartbox

La CNMC ha analizado el mercado de vales regalo de experiencias con base en los precedentes recientes (C/0473/ Smart / La Vida es Bella y C/0688/15 Smart / Dakota), que dejaban abierta la definición exacta de mercado. En esta resolución, la CNMC ha delimitado el mercado de vales regalo de experiencia, excluyendo las tarjetas regalo de circuito abierto y de circuito cerrado, que se integra por aquellas empresas consideradas intermediarias y cuyo modelo de negocio se basa en ofrecer vales regalo de multiexperiencias de distinto tipo sin diferenciar entre formatos de comercialización. Su ámbito geográfico se refiere al mercado nacional.

La CNMC identifica la tendencia en auge de este mercado, especialmente tras haber superado las restricciones de viaje impuestas por la pandemia. En cuanto a las cuotas de mercado que resultarían de la operación se estiman entre un 40-50 %, con adiciones del 20-30 %. De esta forma, la resultante se erigiría como líder indiscutible del mercado, por lo que la operación supone la creación de una empresa líder, muy por delante del resto de competidores.

La CNMC sujeta la aprobación de la operación al cumplimiento de determinados compromisos, que tienen como objeto asegurar que no se celebren acuerdos con cláusulas de exclusividad con los proveedores o los distribuidores de las partes. Por lo tanto, los compromisos pactados se resumen de la siguiente manera:

- i. No imposición de exclusividad a los proveedores de experiencias y a los distribuidores de vales regalo de experiencias, actuales o futuros, en España.
- ii. No vinculación del nivel de comisiones aplicables a la condición de relación comercial exclusiva con Wonderbox.
- iii. No penalización a los proveedores de experiencias y distribuidores en sus relaciones comerciales con Wonderbox como consecuencia de la inclusión de experiencias del proveedor en el catálogo de los vales regalo de experiencias de un operador distinto de Wonderbox y/o la distribución de vales regalo de experiencias distintos de los de Wonderbox.
- iv. Comunicación de los compromisos a los proveedores de experiencias y a los distribuidores, así como de cualquier cambio que se produzca en consecuencia en los contratos actuales.

- v. La duración de los compromisos será de tres años desde el cierre de la operación.
- vi. Se prevén facultades de alteración y de monitorización del cumplimiento a favor de la CNMC.

La CNMC considera que estos compromisos son suficientes para aprobar la operación, puesto que eliminan el riesgo *de iure* o *de facto* de que se establezcan cláusulas de exclusividad.

La CNMC aprueba en primera fase y con compromisos la adquisición de Dia por parte de Alcampo

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 1 de marzo de 2023, e informe y propuesta de resolución de la Dirección de Competencia en el Expediente C/1363/23: Alcampo / Activos DIA

La CNMC ha examinado el mercado de la distribución comercial minorista de bienes de consumo diario en régimen de libre servicio, que se ha analizado ya en numerosos precedentes por parte de la Comisión Europea y la CNMC. Junto con este, se consideró el mercado ascendente del aprovisionamiento de los bienes de consumo diario, dada la interdependencia existente entre la distribución y el abastecimiento de dichos productos puesta de manifiesto por las autoridades de competencia.

La CNMC consideró que el primero de los mercados tiene dimensión local. Se analiza cada una de las áreas en las que se superan los umbrales del 30 % de cuota conjunta y del 5 % de adición, y por ser la cuota resultante superior a la suma de la de los dos principales competidores. Las zonas son Calatayud, Ejea de los Caballeros, Aranda de Duero, Villanueva de la Cañada, Zaragoza, San Martín del Rey Aurelio, Daganzo, Briviesca, Barbastro y Madrid. Por otro lado, el mercado de aprovisionamiento de bienes de consumo diario no se considera mercado relevante a efectos de la operación, ya que la cuota de Alcampo tras la operación a nivel nacional sería, en términos de superficie de venta, inferior al 10 %, con una adición de cuota inferior al 2 %. Además, la cuota conjunta sería inferior al 5 % en términos de ventas totales, con una adición de cuota inferior al 1 %.

Como consecuencia de la operación, se identifica una serie de localizaciones en las que las cuotas resultantes superan el 50 %. La situación no se considera problemática en la mayoría de casos, ya que no se produce una modificación significativa de la estructura de mercado y la suma de la cuota de los dos principales competidores es próxima a la de la cuota de la entidad resultante. Las excepciones fueron los casos de Ejea de los Caballeros (cuota resultante 50-60 % y adición cercana al 15 %) y la isócrona de 500 m a pie desde el establecimiento ubicado en P.^o Fernando el Católico, 52, Zaragoza (cuota 50-60 % y adición del 30-40 %).

Como consecuencia de lo anterior, los compromisos de Alcampo consisten en:

- i. Compromiso de desinversión de dos establecimientos minoristas localizados en el municipio de Ejea de los Caballeros y en el área geográfica definida en el P.^o Fernando el Católico, 52, en Zaragoza, sin precio mínimo. Adicionalmente, el comprador de los activos DIA

objeto de desinversión se comprometerá a explotarlos por un mínimo de tres años. Por su parte, Alcampo se compromete, durante todo el periodo de desinversión más otro periodo de dos años desde que se haga efectivo cada uno de los compromisos de desinversión, a no instalar o adquirir control sobre otros establecimientos de distribución minorista de productos de consumo diario en la misma área de influencia en la que operen los activos DIA objeto de desinversión.

- ii. Compromiso de no competencia respecto al área de influencia en la que se localiza el establecimiento en régimen de franquicia (confidencial), cuyo contrato de franquicia ha quedado rescindido (confidencial). En este sentido, la notificante se compromete a, durante un plazo de dos años desde que se produzca el desalojo efectivo de la tienda por parte del franquiciado, *"no instalar o adquirir control sobre ningún establecimiento de distribución minorista de productos de consumo diario en el área de influencia de Paseo Fernando el Católico, 52 (Zaragoza) en una isócrona de 500 metros"*.

Sin perjuicio de los compromisos presentados, la notificante señala en su escrito, además, que Alcampo y los vendedores han alcanzado un acuerdo (confidencial) con el objeto de excluir del perímetro de la operación las tiendas DIA ubicadas en Ejea de los Caballeros (Carretera Sabada, s/n) y Zaragoza (C/ Latassa, 25) (confidencial).

5. Decisiones en materia de ayudas de Estado

[Unión Europea]

La Comisión Europea autoriza la concesión por parte de Eslovenia de medidas de ayuda a la apertura de nuevos servicios de transporte aéreo de pasajeros que conecten los aeropuertos internacionales de Eslovenia con otros aeropuertos de la zona europea común de aviación ("ZECA")

Decisión de la Comisión Europea de 31 de marzo de 2023 – Asunto SA. 105331 (2022/N) – Slovenia – State aid scheme to ensure enhanced air connectivity in Slovenia

Tras la reducción de rutas aéreas durante la pandemia, el hecho de que los exiguos dos millones de potenciales pasajeros aéreos en Eslovenia se hayan quedado con un solo aeropuerto internacional con vuelos programados que, además, decrecen en número y calidad de conexión, ha llevado Eslovenia a notificar a la Comisión Europea el 15 de diciembre de 2022 su intención de conceder 16,8 millones de euros durante cuatro años en concepto de ayudas de Estado. La medida pretende aumentar la conectividad aérea de Eslovenia y la movilidad de sus ciudadanos mediante el apoyo inicial a compañías aéreas para la apertura de nuevas rutas entre los aeropuertos internacionales eslovenos y otros aeropuertos dentro de la ZECA.

El análisis sobre la legalidad de la ayuda tuvo un desenlace favorable porque la Comisión determinó que, también a la luz de las Directrices de Aviación, se cumplen todos los requisitos del artículo 107(3)(c) TFUE, ya que:

- i. la ayuda *facilita el desarrollo de determinadas actividades económicas o determinadas áreas económicas*, puesto que se quiere fomentar la implantación de nuevas rutas aéreas que conllevarían una mayor conectividad regional y el desarrollo del turismo en Eslovenia, lo que, a su vez, incidiría positivamente en la creación de trabajo y en la economía local;
- ii. las medidas *no alteran indebidamente las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común*, pues el asegurar unas conexiones programadas garantiza necesidades básicas de una sociedad moderna, tales como la movilidad e interacción de residentes, turistas y empresarios europeos y el desarrollo de un país;
- iii. las medidas están diseñadas para *evitar efectos negativos sobre la competencia y el comercio entre Estados miembros*, ya que (i) no se concederá ayuda para abrir rutas que estén siendo ya operadas por otras aerolíneas o por trenes de alta velocidad, (ii) la concesión de ayuda se realizará mediante una convocatoria adecuadamente publicitada, y (iii) la ayuda no puede cumularse con otra;
- iv. la ayuda es *apropiada y resulta necesaria la intervención del Estado*, puesto que, después del descenso de rutas aéreas operadas desde aeropuertos eslovenos en época de pandemia, no ha sido posible atraer el interés de suficientes compañías aéreas, que se muestran reticentes a correr el riesgo de incurrir en pérdidas. Ante la falta de otras soluciones y ya que cada uno de los tres únicos aeropuertos eslovenos no supera los tres millones de pasajeros anuales, la ayuda estatal para el desarrollo de nuevas rutas puede otorgarse y resulta apropiada para generar más tráfico aéreo internacional con origen o destino esloveno;
- v. la ayuda supone un *incentivo* para la expansión de la actividad económica de las compañías aéreas que, en ausencia de nuevas rutas creadas gracias a la ayuda, no se daría, debido a la reticencia de las aerolíneas a invertir por los riesgos de pérdidas;
- vi. la ayuda es *proporcional*, porque la intensidad de la ayuda se limita al 50 % de los gastos de apertura de una nueva ruta aérea.

9 de junio de 2023



Derecho Digital

9 de junio de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Comercio electrónico. El Comité Europeo de Protección de Datos emite un dictamen sobre el marco de protección de datos de la Unión Europea con los Estados Unidos

Dictamen 5/2023 del Comité Europeo de Protección de Datos sobre el Proyecto de Decisión de Adecuación de la Comisión Europea relativa a la adecuada protección de los datos personales en el Marco de Privacidad UE-EE. UU.

El pasado 28 de febrero, el Comité Europeo de Protección de Datos (“CEPD”) emitió su Dictamen 5/2023 (el “Dictamen”) sobre el Proyecto de Decisión de Adecuación de la Comisión Europea relativa a la adecuada protección de los datos personales en el Marco de Privacidad UE-EE. UU. (el “Proyecto de Decisión”). El Proyecto de Decisión está destinado a ser un reemplazo de la anterior decisión de adecuación para la transferencia de datos personales a EE. UU. (conocido como Escudo de Privacidad), y que fue invalidado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia Schrems II de julio de 2020. No obstante, el Proyecto de Decisión, a juicio del CEPD, aún necesita algunos avances para garantizar la protección en las transferencias de datos personales a EE. UU., ya que algunos puntos permanecen esencialmente iguales a los reflejados en el Escudo de Privacidad.

En primer lugar, el CEPD señala que el Proyecto de Decisión adolece de falta de claridad en algunos aspectos como una ausencia de definición de términos clave como *agente* o *encargado* o la inclusión de definiciones (p. ej., datos de recursos humanos) que todavía tienen que ser discutidas con las autoridades estadounidenses. Igualmente, el CEPD señala que el Proyecto de Decisión posee una falta de claridad sobre la aplicación de sus principios a los encargados del tratamiento.

* Esta sección de Derecho Digital, en la parte de Comunicación y Entretenimiento, ha sido coordinada por Pablo González-Espejo y elaborada por José Javier Ariza Rossy, Gonzalo Sanz Setién y José Manuel García-Quílez Cuervas, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid). Con respecto a la parte de Comercio Electrónico, Protección de Datos y Privacidad, ha sido elaborada por Leticia López-Lapuente, Ignacio Esteban Avendaño, Mirian Goitia de Gústín, Martín Montilla Castilla y Marina Ramón Piedecausa, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa). Y, por último, en la parte de Comunicación y Entretenimiento, ha sido coordinada por Pablo González-Espejo y elaborada por José Javier Ariza Rossy, Gonzalo Sanz Setién y José Manuel García-Quílez Cuervas, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

En segundo lugar, el CEPD muestra su preocupación por las excepciones establecidas al derecho de acceso de los interesados, que pueden llegar a ser demasiado amplias. Además, el CEPD propone la asunción de garantías adicionales con respecto a la posibilidad de transferencias ulteriores de datos de los interesados de la UE. En la misma línea, reconoce la mejoría que ha supuesto la Orden Ejecutiva 14086, en la implementación de salvaguardas adicionales, pero advierte de que estas pueden ser aún insuficientes para asegurar un adecuado nivel de protección de los datos personales, por ejemplo, por la falta de autorización previa por parte de una autoridad independiente para la recopilación masiva de datos. Asimismo, el CEPD recuerda que la efectividad de la Orden Ejecutiva 14086 depende de la adopción de políticas y procedimientos para su implementación por parte de las agencias de inteligencia estadounidenses y, en consecuencia, la entrada en vigor del Proyecto de Decisión debe supeditarse a esa adopción e implementación efectiva.

Finalmente, en líneas generales, el CEPD entiende que ha habido una mejoría sustancial en comparación con el marco jurídico anterior y aclara que no espera que el régimen de protección de datos personales de EE. UU. reproduzca la legislación europea de protección de datos, sino que el objetivo del Proyecto de Decisión es que se proporcione un nivel de protección esencialmente equivalente a las garantías que ofrece la normativa europea. No obstante, las preocupaciones que muestra el CEPD y las aclaraciones que solicita deberían ser abordadas para poder asegurar el objetivo perseguido por el Proyecto de Decisión y garantizar un adecuado control de la aplicación concreta de este nuevo marco jurídico.

[España]

Comercio electrónico. Entra en vigor la ley que regula el tratamiento de datos personales en los sistemas internos y los canales de información, y que deroga la regulación previa de esta materia contenida en la ley española de protección de datos

Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (BOE de 21 de febrero de 2023)

El pasado 13 de marzo entró en vigor la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, conocida como la Directiva *Whistleblowing*. La Ley 2/2023, entre otros aspectos, introduce una nueva regulación sobre el tratamiento de datos personales de las personas que informen sobre infracciones normativas y sustituye la regulación del artículo 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (“LOPDGDD”), que queda vacío de contenido y con una remisión al articulado de la Ley 2/2023.

El principal objetivo de la Ley 2/2023 es proteger a todas las personas que informen sobre acciones u omisiones que se puedan considerar infracciones, y desde la perspectiva de protección de datos personales introduce una regulación del tratamiento de los datos personales en estos sistemas y canales de información, y:

- i. Establece que la base de legitimación para el tratamiento de datos personales en los canales de comunicación es el cumplimiento de obligaciones legales (artículo 6.1.c del RGPD), siempre que sea obligatorio disponer de un sistema interno de comunicación o el interés público (artículo 6.1.e del RGPD) cuando no sea obligatorio. Igualmente, la base de legitimación para el tratamiento de datos personales en canales externos de comunicación es el cumplimiento de obligaciones legales y en revelaciones públicas, el interés público. Además, establece que el tratamiento de categorías especiales de datos se podrá realizar con base en un interés público esencial (artículo 9.2.g del RGPD).
- ii. Indica que los interesados deberán ser informados sobre el tratamiento de sus datos personales y que se debe informar expresamente a los informantes y a quienes lleven a cabo una revelación pública de que no se comunicará la identidad del informante a las personas a las que se refieren los hechos ni a terceros. A este efecto, los sistemas de información deberán contar con medidas técnica y organizativas adecuadas para preservar la identidad del informante, así como la confidencialidad de los datos de las personas afectadas.
- iii. Limita el ejercicio de derechos de protección de datos y, en concreto, establece que en caso de que la persona a que se refieran los hechos informados ejercite su derecho de oposición al tratamiento de sus datos se presumirá (salvo prueba en contrario) que existen motivos legítimos imperiosos que legitiman el tratamiento o, en caso de que ejercite el derecho de acceso, nunca se le revelará la identidad del informante.
- iv. Determina que los datos personales solo podrán conservarse durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos informados y mantiene el plazo máximo de retención de tres meses desde la recepción de la comunicación sin que se hubiesen iniciado actuaciones de investigación. En cualquier caso, establece un plazo máximo de retención de diez años de los datos personales relativos a las informaciones recibidas y a las investigaciones internas.
- v. Restringe el acceso a los datos personales contenido en el sistema interno de información a aquellas personas cuando sea necesario y, en particular, al responsable del sistema; al delegado de protección de datos; a los responsables de recursos humanos o servicios jurídicos, cuando proceda la adopción de medidas legales o disciplinarias en relación con los hechos relacionados; y a los encargados del tratamiento designados.
- vi. Reconoce que el responsable del tratamiento de los datos personales contenidos en el sistema interno de información será el órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad.

[Portugal]

Proteção de dados. Notificações de violações de dados pessoais

Orientações do Comité Europeu para a Proteção de Dados sobre a notificação da violação de dados pessoais no âmbito do Regulamento Geral de Proteção de Dados, de 28 de março de 2023

O Comité Europeu para a Proteção de Dados (o “CEPD”) adotou, no dia 28 de março de 2023, a Versão 2.0 das Orientações 09/2022, sobre as notificações de violações de dados pessoais no âmbito do Regulamento Geral de Proteção de Dados (“Orientações”).

Com o objetivo de clarificar os requisitos de notificação das violações de dados pessoais em estabelecimentos localizados fora da União Europeia (“UE”), o CEPD atualiza (i) o parágrafo 73 da Secção II.C.2. das Orientações e, simultaneamente, (ii) as Orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, sobre a notificação de uma violação de dados pessoais ao abrigo do RGPD, que deverão, doravante, ser interpretadas por referência às Orientações.

Neste sentido, o CEPD vem esclarecer que quando um responsável pelo tratamento não estabelecido na UE esteja sujeito aos n.ºs 2 e 3, do artigo 3.º, do RGPD, e se depare com uma violação de dados pessoais, continua vinculado às obrigações de notificação e comunicação previstas nos artigos 33.º e 34.º do RGPD, respetivamente. Deste modo, quando seja aplicável o n.º 2, do artigo 3.º do RGPD, os responsáveis pelo tratamento ou os subcontratantes deverão designar um representante na UE, de acordo com o disposto no artigo 27.º do RGPD.

Contudo, as Orientações esclarecem que a mera presença de um representante na UE não desencadeia o sistema de “balcão único” (*one-stop-shop*). Por este motivo, a violação deverá ser notificada a todas as autoridades de controlo dos Estados-Membros em que residam os titulares dos dados afetados pela violação. O dever de notificar está a cargo do responsável pelo tratamento.

Por último, o CEPD sublinha que, nos casos em que um subcontratante se encontre sujeito ao artigo 3.º, n.º 2, do RGPD, estará igualmente vinculado pelas obrigações que incumbem aos subcontratantes, de especial relevância neste caso, de notificar o responsável pelo tratamento de acordo com o artigo 33.º, n.º 2, do RGPD.

Proteção de dados. Direito de acesso do titular dos dados

Orientações do Comité Europeu para a Proteção de Dados sobre os direitos dos titulares dos dados – direito de acesso, de 28 de março de 2023

A 17 de abril de 2023, o Comité Europeu para a Proteção de Dados (o “CEPD”) publicou a Versão 2.0 das Orientações 01/2022 que adotou, a 28 de março de 2023, sobre os direitos dos titulares dos dados – direito de acesso (as “Orientações”).

Tendo como fim último permitir que os titulares dos dados tenham controlo sobre os seus dados pessoais, o CEPD considerou necessário elaborar Orientações mais precisas sobre o direito de

acesso, a sua aplicação prática e o conteúdo do artigo 15.^o ("*Direito de acesso do titular dos dados*") do RGPD.

Assim, o CEPD começa por reiterar que, nos termos do RGPD, o direito de acesso é constituído por três componentes: (i) a confirmação de que os dados pessoais que digam respeito ao titular dos dados são ou não objeto de tratamento; (ii) o direito de aceder aos dados pessoais; e (iii) a informação sobre o tratamento. O direito de acesso pode ser entendido tanto como a possibilidade de o titular dos dados perguntar ao responsável pelo tratamento se os seus dados pessoais são objeto de tratamento, como a possibilidade de aceder a esses dados e de os verificar.

Neste sentido, as Orientações vêm esclarecer: (i) o âmbito do direito de acesso; (ii) a informação a prestar aos titulares dos dados em causa; (iii) como exercer o direito de acesso, em particular, o formato através do qual o mesmo deve ser solicitado; (iv) as principais modalidades para facultar o acesso; e (v) os limites ao direito de acesso. Adicionalmente, as Orientações incluem exemplos e fluxogramas para apoiar os responsáveis pelo tratamento na gestão adequada dos pedidos de acesso dos titulares dos dados. Foram ainda inseridas pequenas alterações formais para assegurar a coerência dos conceitos e das referências utilizadas.

Em particular, algumas das principais alterações resultantes da Versão 2.0 das Orientações estão ainda relacionadas com (i) referências a decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia que versam sobre o direito de acesso; (ii) situações em que o responsável pelo tratamento trata uma quantidade significativa de dados; e (iii) casos em que o responsável pelo tratamento não consegue responder a um pedido antes da data prevista para o apagamento dos dados.

Proteção de dados. Utilização de tecnologia de reconhecimento facial

Orientações do Comité Europeu para a Proteção de Dados sobre a utilização de tecnologia de reconhecimento facial pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei, de 26 de abril de 2023

A 17 de maio de 2023, o Comité Europeu para a Proteção de Dados (o "CEPD") publicou a Versão 2.0 das Orientações 05/2022 que adotou, a 26 de abril de 2023, sobre a utilização de tecnologia de reconhecimento facial pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei (as "Orientações"), especialmente dirigidas aos legisladores, a nível europeu e nacional, bem como às autoridades responsáveis pela aplicação da lei, que implementem e utilizem estas tecnologias.

Assim, as Orientações têm como principal objetivo clarificar algumas das especificidades dos sistemas de reconhecimento facial e o respetivo enquadramento jurídico no contexto da atividade das referidas autoridades, em particular, considerando (i) a aplicação integrada da Diretiva (UE) 2016/860 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados (a "Diretiva LED"); e (ii) a compatibilidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial na observância do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 52.^o

Neste sentido, o CEPD reitera que os requisitos estabelecidos na Diretiva LED devem ser cumpridos, nomeadamente os que se encontram previstos nos artigos 4.º (princípios relativos ao tratamento de dados pessoais); 8.º (licitude do tratamento); 10.º (tratamento de categorias especiais de dados pessoais); e 11.º (decisões individuais automatizadas). Acrescenta ainda que a utilização de dados biométricos, com vista a assegurar o cumprimento da lei, exige que a legislação nacional estabeleça um fundamento jurídico adequado para o tratamento desses dados, considerados dados sensíveis. Ou seja, o legislador deve autorizar a autoridade em causa a tratar dados pessoais sensíveis para uma finalidade específica, uma vez que não basta que se invoque um objetivo de interesse geral, que não justifica, por si só, a restrição de direitos fundamentais.

Em conclusão, o CEPD afirma que compreende a necessidade de as autoridades responsáveis pela aplicação da lei beneficiarem das melhores ferramentas para identificar rapidamente os autores de atos terroristas e outros crimes graves, embora dentro do estrito cumprimento do regime jurídico aplicável. Nomeadamente, o CEPD identifica certas utilizações de tecnologias de reconhecimento facial que considera representarem um risco elevado e “inaceitável” para os direitos dos titulares dos dados, apelando, por isso, à sua proibição geral: (i) a identificação biométrica à distância de pessoas que se encontrem em zonas acessíveis ao público; (ii) os sistemas de reconhecimento facial apoiados por inteligência artificial que categorizam as pessoas em grupos, com base nos seus dados biométricos, de acordo com a etnia, o género, a orientação política, sexual ou outros motivos de discriminação; (iii) a utilização do reconhecimento facial ou de tecnologias semelhantes para inferir as emoções de uma pessoa; e (iv) o tratamento de dados pessoais num contexto de aplicação da lei, com recurso a bases de dados que contenham dados pessoais recolhidos em grande escala e de forma indiscriminada.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Comercio electrónico. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece la posibilidad de que la normativa nacional defina disposiciones específicas más protectoras en materia de destitución del delegado de protección de datos, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el derecho de la Unión

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2023 (as. C-453/21)

El litigio principal tuvo lugar en Alemania cuando un individuo (el “Demandante”) fue destituido de sus funciones como delegado de protección de datos (“DPD”) de una sociedad (la “Demandada”), así como de la sociedad matriz de esta y de sus demás filiales. El Demandante, además de ejercer sus funciones como DPD, ocupaba el cargo de presidente del comité de empresa de la Demandada y el puesto de vicepresidente del comité central de empresa constituido para tres empresas del grupo de sociedades al que pertenecía la Demandada. De esta manera, la Demandada entendió que existía un conflicto de intereses por desempeñar al mismo tiempo las funciones de DPD y de presidente del comité de empresa, al considerar que ambos puestos eran incompatibles.

Remitida la cuestión prejudicial al TJUE, en primer lugar, el TJUE señaló que el art. 38 del RGPD se aplica a relaciones entre un DPD y un responsable o encargado del tratamiento, sin perjuicio de la naturaleza laboral entre ambas partes, y establece la prohibición de destituir al DPD por un motivo basado en el desempeño de sus funciones con el fin de garantizar que el DPD está en condiciones de llevar a cabo sus cometidos de manera independiente. Respecto a esto, el TJUE recordó que cada Estado miembro tiene libertad para establecer disposiciones específicas más protectoras en materia de destitución del DPD, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el derecho de la Unión.

En segundo lugar, el TJUE explicó las condiciones en las que existe un conflicto de intereses, en el sentido del apartado 6 del artículo 38 del RGPD, e indicó que existe conflicto de intereses cuando se encomienden a un DPD funciones o cometidos que puedan llevar al DPD a determinar los fines y los medios del tratamiento de los datos personales en el seno de responsable del tratamiento o su encargado. No obstante, a este respecto, el TJUE señala que el análisis sobre la existencia de un conflicto de intereses corresponde al órgano jurisdiccional nacional competente, en atención a las circunstancias específicas de cada caso.

Comercio electrónico. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece la concordancia con la normativa europea de la práctica nacional mediante la que se autoriza la interceptación, el registro y el almacenamiento de las conversaciones telefónicas de personas sospechosas mediante una plantilla general preestablecida

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero de 2023 (as. C-349/21)

El litigio principal tuvo lugar en Bulgaria cuando la Fiscalía Especial de este país acusó a cuatro personas de participación en organización criminal constituida para introducir a nacionales de terceros países por las fronteras búlgaras, ayudarlos a entrar ilegalmente en territorio búlgaro y recibir o entregar sobornos en relación con estas actividades. Estas personas habían sido sometidas a escuchas telefónicas.

La autorización para que se produjeran estas escuchas la concedió el Tribunal Penal Especial de Bulgaria utilizando una plantilla preestablecida destinada a englobar todos los posibles casos de autorización, sin referencia alguna a las circunstancias fácticas y jurídicas, a excepción del período por el que se autorizaba el uso de las técnicas especiales de investigación. Así las cosas, el Tribunal Penal Especial cuestionó la validez del procedimiento y decidió plantear al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales.

La cuestión prejudicial principal hace referencia al artículo 15 de la Directiva 2002/58, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (la "Directiva"), que versa sobre las medidas legales que suponen una excepción al principio de confidencialidad de las comunicaciones electrónicas. Así, este artículo habilita a los Estados miembros a adoptar medidas legales con el fin de limitar el alcance de los derechos y obligaciones que se confieren a los individuos gracias al principio de confidencialidad.

En primer lugar, el TJUE recordó que esta limitación debe ser una medida necesaria, proporcionada y adecuada para garantizar la prevención, descubrimiento y persecución de delitos. Además de seguir la finalidad perseguida por las disposiciones legales, debe seguir los requisitos materiales y procedimentales que regulen el tratamiento de datos. En particular, para garantizar que la vigilancia no es abusiva, es necesario que toda resolución esté debidamente motivada.

En esta línea, el TJUE estableció que habría que comprobar si la autorización para usar técnicas especiales de investigación se ha adoptado sobre la base de una solicitud motivada y detallada, y si las personas interesadas pueden acceder tanto a la resolución de la autorización como a la solicitud de la autoridad que ha instado esa autorización. El TJUE también señaló que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido recientemente (en su sentencia de 11 de enero de 2022, número de recurso 70078/12) que la falta de motivación individualizada no puede llevar automáticamente a la conclusión de que el juez que concedió la autorización no examinó correctamente la solicitud.

En conclusión, el TJUE estableció que las resoluciones que autoricen el uso de técnicas especiales de investigación a través de una plantilla preestablecida y carente de motivación individualizada son conformes al artículo 15 de la Directiva solo si se cumplen una serie de condiciones. Una de estas condiciones es que las resoluciones que autoricen este tipo de investigaciones se deben otorgar en respuesta a una solicitud motivada y detallada de las autoridades penales e indicando, además del período de validez de la autorización, que se cumplen los requisitos establecidos en la legislación aplicable a la naturaleza de esas solicitudes de autorización. Además, es necesario que las razones precisas por las que, teniendo en cuenta los elementos fácticos y jurídicos del caso, el juez competente considere que los requisitos legales se cumplen puedan inferirse fácilmente y sin ambigüedad de una lectura cruzada de la resolución y de la solicitud de autorización. Esta resolución, a su vez, habrá de ponerse a disposición de la persona frente a la cual se autorizó el uso de técnicas especiales de investigación.

Comercio electrónico. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece la aplicación de la normativa de protección de datos a la presentación como prueba de un registro de personal que contenga datos personales de terceros recogidos principalmente con fines de inspección fiscal

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de marzo de 2023 (as. C-268/21)

El litigio principal tuvo lugar en Suecia a raíz de un supuesto incumplimiento de pago de un contrato por el que una empresa (la "Demandante") realizó obras para otra empresa (la "Demandada"). Durante el litigio, la Demandada solicitó la comunicación del registro electrónico del personal de la Demandante, sin ocultar los números de identificación personal de los trabajadores y con el fin de determinar el importe de las obras que la Demandada debía abonar.

Por ello, el Tribunal de Primera Instancia de Suecia requirió que se aportara el registro de personal de la Demandante correspondiente a los trabajadores que habían trabajado durante el tiempo en que se desarrolló la obra objeto del litigio principal. La Demandante se opuso a dicha solicitud e interpuso un recurso de apelación al Tribunal de Apelación de Suecia. Tras la desestimación,

interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo sueco reiterando que se rechazara la mencionada solicitud. El Tribunal Supremo dudó si la concesión de dicha solicitud conllevaría una colisión de derechos y, en consecuencia, planteó dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

En primer lugar, se planteó al TJUE si lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 6 del RGPD se deben interpretar en el sentido de que se aplican, en el marco de un procedimiento judicial civil, a la presentación como prueba de un registro de personal que contenga datos personales de terceros recogidos principalmente con fines de inspección fiscal. El TJUE determinó, por un lado, que toda operación realizada sobre datos personales efectuadas tanto por particulares como por las autoridades públicas, incluidas las autoridades judiciales como los tribunales, deben cumplir con los requisitos de licitud establecidos en el artículo 6 RGPD. De esta forma, según lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, para llevar a cabo la presentación como prueba de un documento que contenga datos personales, se exige una base jurídica nacional que sirva como fundamento del tratamiento. Por otro lado, además de basarse en derecho nacional, ya que los datos fueron tratados para una finalidad distinta de la finalidad para la que fueron recogidos, este tratamiento tiene que ser necesario y proporcionado. Corresponde al Tribunal Supremo sueco, por tanto, determinar si la solicitud cumple con este último requisito, estudiando si la medida en cuestión responde al objetivo de la protección de la independencia judicial y de la ejecución de las demandas civiles. Así, el TJUE aclaró que el artículo 6 RGPD sí se aplica a la presentación como prueba del registro personal que contenga datos personales de terceros recogidos principalmente con fines de inspección fiscal.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo sueco planteó si el derecho de la Unión exige incorporar requisitos particulares en relación con la decisión que se tome sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida. El TJUE estableció que el derecho a la protección de los datos personales no es absoluto y que debe de ponderarse de forma proporcional con otros derechos, como el de tutela judicial efectiva y, en particular, el derecho a un proceso equitativo. De esta manera, correspondería al Tribunal Supremo sueco llevar a cabo este examen de necesidad y proporcionalidad para entender si la divulgación de datos está justificada por ser adecuada y pertinente. Además, habrá que considerar la ejecución de medidas como la seudonimización o minimización de datos para no dejar de lado los intereses de los afectados.

Proteção de dados. Tratamento de dados pessoais no contexto laboral

Acórdão de 30 de março de 2023 (Processo C-34/21) – TJUE

O presente acórdão tem subjacente um litígio entre o Comité Principal do Pessoal Docente do Ministério da Educação e da Cultura do Hesse, Alemanha (“Comité do Pessoal Docente do Hesse”), e o Ministro da Educação e da Cultura do Hesse (“Ministro da Educação do Hesse”), a propósito da legalidade de um sistema de difusão em direto de aulas por videoconferência implementado nas escolas do *Land de Hesse* (Alemanha), sem que estivesse previsto o consentimento prévio dos docentes envolvidos.

De acordo com os autos submetidos ao Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), o Ministro da Educação do Hesse fixou, em 2020, o quadro jurídico e organizacional aplicável ao ensino

escolar durante a pandemia de COVID-19, que instituiu a possibilidade de os alunos assistirem às aulas por videoconferência quando não pudessem estar presentes. No âmbito deste regime, de modo a preservar os direitos dos alunos em matéria de proteção de dados pessoais, foi estabelecido que a ligação ao serviço de videoconferência só seria autorizada com o consentimento dos próprios ou, caso fossem menores de idade, dos seus pais. Contudo, não estava previsto o consentimento dos docentes.

Neste sentido, o Comité do Pessoal Docente do Hesse interpôs recurso para o Tribunal Administrativo de Wiesbaden, Alemanha (“Tribunal Administrativo de Wiesbaden”), queixando-se do facto de a difusão em direto das aulas por videoconferência não estar sujeita ao requisito do consentimento dos docentes. O Tribunal Administrativo de Wiesbaden indicou que, de acordo com a vontade do legislador do *Land de Hesse*, a regulamentação nacional aplicável ao caso concreto pertence à categoria das “normas mais específicas” que os Estados-Membros podem estabelecer, de acordo com o disposto no artigo 88.º, n.º 1, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“RGPD”).

No entanto, o Tribunal Administrativo de Wiesbaden, perante determinadas dúvidas quanto à compatibilidade desta regulamentação com os requisitos previstos no artigo 88.º, n.º 2, do RGPD, submeteu ao TJUE as seguintes questões prejudiciais: (i) se o artigo 88.º do RGPD deve ser interpretado no sentido de que, para poder ser qualificada como norma mais específica na aceção do n.º 1 do mesmo artigo, uma disposição legal deve preencher os requisitos indicados n.º 2 do referido artigo; e (ii) se uma norma nacional que manifestamente não satisfaz os requisitos indicados no artigo 88.º, n.º 2, do RGPD, pode continuar a ser aplicável.

Na decisão proferida em 30 de março de 2023, o TJUE começa por esclarecer que os Estados-Membros têm a faculdade, e não a obrigação, de adotar tais normas e que, exercendo essa faculdade, devem utilizar a sua margem de apreciação nas condições e limites previstos no RGPD. Para o efeito, deve ser tido em conta o contexto em que o RGPD se insere e os seus objetivos e finalidades. Assim, as normas visadas por esta disposição devem ter um conteúdo normativo próprio, na medida em que consistem na defesa dos direitos e as liberdades dos trabalhadores no que respeita ao tratamento dos seus dados pessoais no contexto laboral. Com efeito, não se podem limitar a reiterar as disposições do RGPD e devem incluir medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, com especial relevo para (i) a transparência do tratamento de dados; (ii) a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta; e para (iii) os sistemas de controlo no local de trabalho. Conclui o TJUE, relativamente à primeira questão, que para poder ser qualificada como “norma mais específica”, na aceção do n.º 1 do artigo 88.º do RGPD, uma disposição legal deve preencher os requisitos previstos no n.º 2 do mesmo artigo.

Posteriormente, o TJUE indica quais as consequências que devem ser retiradas da constatação de que as condições e os limites previstos nos n.ºs 1 e 2, do artigo 88.º, do RGPD, são incompatíveis com as disposições nacionais em causa. Sobre este assunto, o TJUE salienta que estas disposições nacionais, que subordinam o tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores à condição de esse tratamento ser necessário para determinadas finalidades ligadas à execução de uma relação de trabalho, parecem reiterar a condição geral de licitude do tratamento já enunciada no artigo

6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD, sem acrescentar uma norma mais específica na aceção do artigo 88.º, n.º 1, do RGPD. Assim, tais disposições não têm um conteúdo normativo próprio do domínio regulamentado e distinto das normas gerais do RGPD. Acrescenta o TJUE que, caso o Tribunal Administrativo de Wiesbaden conclua que estas disposições nacionais violam o artigo 88.º do RGPD, deve impedir a sua aplicação, a menos que estas disposições constituam uma base jurídica referida no artigo 6.º, n.º 3 do RGPD.

Neste sentido, o TJUE salienta que podem ser aplicadas a um tratamento de dados pessoais, como o que está em causa no processo principal, outras disposições do RGPD, segundo as quais o tratamento de dados pessoais é lícito quando for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento está sujeito ou ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento (artigo 6.º, n.º 1, alíneas c) e e), respetivamente).

Em síntese, quando o órgão jurisdicional de reenvio chega à conclusão de que as disposições nacionais relativas ao tratamento de dados pessoais no contexto laboral não respeitam as condições e os limites previstos no artigo 88.º, n.ºs 1 e 2, do RGPD, deve ainda verificar se as referidas disposições constituem uma base jurídica para o tratamento, prevista noutro artigo do RGPD, que respeite as exigências previstas nesse regulamento. Se tal for o caso, a aplicação dessas disposições nacionais não deve ser afastada.

[Espanña]

Comercio electrónico. La Audiencia Nacional declara nulas las sanciones, por un importe total de 5 millones de euros, impuestas por la AEPD a una entidad financiera en un procedimiento incoado a raíz de las reclamaciones de varios clientes sobre el tratamiento de sus datos con fines comerciales

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de diciembre de 2022

El pasado 20 de diciembre de 2021, la Audiencia Nacional (“AN”) desestimó un recurso interpuesto contra una resolución de la AEPD. En vía administrativa, cinco personas (los “Reclamantes”) presentaron cinco reclamaciones separadamente ante la Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) alegando que la entidad financiera (el “Sancionado”) incumplía con la normativa de protección de datos en diferentes aspectos. Tres de los Reclamantes denunciaron el envío de comunicaciones comerciales sin haber dado su consentimiento, mientras que los otros dos señalaron el incumplimiento del Sancionado de los requisitos legales para la obtención de un consentimiento libre e informado. En el procedimiento administrativo, el Sancionado aportó documentación contestando a cada una de las reclamaciones de los Reclamantes. Pese a ello, la AEPD impuso una multa de 5 millones de euros al Sancionado por haber infringido las obligaciones de información contenidas en los artículos 13 y 14 RGPD y por haber realizado un tratamiento de datos personales sin ampararse adecuadamente en alguna de las bases de legitimación establecidas en el artículo 6 del RGPD.

En vista de la resolución de la AEPD, el Sancionado interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la AN con base en tres argumentos principales, referidos tanto a vicios del procedimiento como a cuestiones relacionadas con el fondo del asunto. Estos argumentos, a juicio del Sancionado, eran causas de nulidad previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y eran los siguientes:

- i. La indefensión causada por la fijación de las cuantías de las sanciones en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, al valorar *in audita parte* las circunstancias concurrentes en el caso. La AN descartó este argumento, puesto que la concreción de la sanción efectuada en ese momento inicial del acuerdo de inicio era meramente provisional y sin perjuicio de lo que resultase durante la fase instrucción.
- ii. La conculcación de las normas reguladoras del procedimiento sancionador en materia de protección de datos contenidas en los artículos 64 y 67 de la LOPDGDD y la consecuente caducidad del procedimiento debido a que se produjo una inactividad por parte de la Administración encargada de la instrucción del procedimiento. La AN rechazó también esta alegación, puesto que el plazo de doce meses establecido para las actuaciones previas de investigación no había expirado en la medida en que la primera reclamación fue admitida el 1 de febrero de 2019 y el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador fue notificado el 2 de diciembre de 2019, y tampoco se produjo una inactividad de la Administración, que en ese plazo admitió a trámite el resto de las reclamaciones y le dio traslado al Sancionado.
- iii. La desconexión entre el objeto del procedimiento en que recayó la resolución de la AEPD y las reclamaciones formuladas. La AN sí admitió este argumento del Sancionado y consideró que la AEPD no había examinado las reclamaciones concretas presentadas por los Reclamantes, sino que se sirvió de estas para abrir una investigación general en relación con la política de privacidad del Sancionado.

De esta forma, la AN decidió estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución de la AEPD y anularla por no respetar los principios reglados de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas y, en concreto, los principios de tipicidad y valoración de la prueba.

Comercio electrónico. La Audiencia Nacional confirma el criterio de la AEPD y declara que la publicación de la convocatoria de la junta de propietarios, incluyendo la deuda asociada a una vivienda, en el tablón de anuncios no vulnera la normativa de protección de datos

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de enero de 2023

El pasado 13 de marzo de 2023, la AN desestimó un recurso interpuesto contra una resolución de la AEPD. En vía administrativa, la reclamante (la "Reclamante") alegó ante la AEPD que el administrador de la comunidad de propietarios de la finca en la que se encontraba su vivienda había incumplido la normativa de protección de datos. En particular, la Reclamante alegaba que se había publicado en el tablón de anuncios del portal de la finca la convocatoria de la junta de propietarios, que incluía información sobre la deuda asociada con su vivienda. La Reclamante

alegó que el administrador está facultado para el tratamiento de datos de los propietarios como custodio de la documentación de la comunidad y para las finalidades previstas en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (“LPH”), pero esa publicación había vulnerado el deber de confidencialidad al que está sujeto.

La AN confirma la decisión de la AEPD de inadmitir la reclamación y explica que, en el ámbito interno de una comunidad de propietarios, con carácter general, no es necesario el consentimiento para el tratamiento de datos personales y, en relación con la morosidad, los artículos 16.2 y 19 LPH habilitan a la inclusión de los datos identificativos de los propietarios deudores en las convocatorias de la junta y sus actas. Así, la fijación de la suma adeudada y la identificación de la vivienda se encuentra legalmente amparada y constituye un tema de interés para la comunidad de propietarios.

[Portugal]

Proteção dos dados pessoais e direito ao esquecimento

Acórdão de 2 de maio de 2023 (Processo 12234/21.OT8LSB.L1-7) – TRL

No caso subjacente ao presente acórdão, AB (o “Requerente”) instaurou uma providência cautelar contra a WIKIMEDIA FOUNDATION, INC. (a “Requerida”) e contra incertos (em conjunto os “Requeridos”), para que a Requerida fosse condenada a proceder ao encerramento imediato de determinadas páginas na Wikipédia, ou outras que viessem a ser criadas, com a sua biografia, por considerar que o conteúdo destas páginas (i) atentava contra o seu bom nome, honra e imagem; (ii) constituía uma biografia não autorizada; e (iii) continha factos falsos e insinuações que ofendiam a sua reputação.

Adicionalmente, o Requerente pediu ao tribunal: *i)* a condenação da Requerida na identificação dos editores que acrescentaram conteúdo às referidas páginas; e *ii)* que os Requeridos fossem condenados a absterem-se de fazer qualquer publicação ou edição às páginas, bem como de criarem novas páginas ou plataformas digitais com conteúdo sobre o Requerente. Não obstante, caso o tribunal não considerasse procedente nenhum dos pedidos anteriores, o Requerente pediu ainda que a Requerida fosse condenada a eliminar o conteúdo ofensivo descrito e indicado pelo mesmo.

Após julgamento, foi proferida sentença que julgou a providência totalmente improcedente, com base no entendimento de que a questão central no caso em apreço consiste em saber como resolver o conflito entre os direitos ao bom nome e reputação, por um lado, e os direitos à liberdade de expressão e comunicação, por outro. Quanto a este ponto, considerou o tribunal de primeira instância que, para além do Recorrente ser uma figura pública, estatuto que aumenta o interesse nas informações que sobre si circulam, também não se poderia considerar que estivessem em causa quaisquer ataques pessoais desproporcionados ou gratuitos. Ao fazer um balanço sobre os interesses em causa, o tribunal de primeira instância decidiu pela prevalência do direito à liberdade de expressão.

Inconformado com a decisão, o Requerente recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa (o “TRL”), por considerar, entre outros argumentos, que, (i) não se poderia reconhecer um direito de liberdade de expressão da Wikipédia, uma vez que as pessoas responsáveis pelas publicações não são passíveis de identificação e por isso escrevem a coberto do anonimato; e que (ii) em situação de conflito de direitos fundamentais, deveria prevalecer o seu direito à honra. Além disto, o Requerente invocou a sua legitimidade para exercer o direito ao esquecimento, e por conseguinte, o direito a exigir que os seus dados pessoais fossem apagados da internet, ou pelo menos, não publicados.

Neste seguimento, o TRL decidiu ampliar o enquadramento legal do caso, de modo a que o regime previsto no Regulamento Geral de Proteção de Dados (o “RGPD”) fosse tido em consideração. A este respeito, considerou o TRL que (i) as biografias das páginas da Wikipédia integram o conceito de dados pessoais; (ii) existiu um tratamento de dados pessoais (as referidas biografias foram redigidas com base na recolha, organização e disponibilização de dados pessoais do Requerente); e (iii) existe uma responsabilidade conjunta pelo tratamento, dividida entre a Requerida e os Requeridos (*i.e.* os criadores e editores), uma vez que a Wikipédia é um projeto de enciclopédia colaborativa.

Posto isto, o TRL apurou a licitude do tratamento dos dados pessoais do Requerente, afirmando que deve ser efetuado um teste de ponderação no sentido de determinar qual dos interesses prevalece — se o interesse legítimo do tratamento dos dados ou, pelo contrário, os direitos ou liberdades fundamentais do titular dos dados. Quanto a este ponto, embora reconhecendo que a circunstância de o Requerente ser uma figura pública determinaria desde logo maior pressão sobre a sua esfera privada, o TRL alerta para o facto de que deve distinguir-se entre o interesse público tutelável e a mera curiosidade ilegítima do público. Invocando o artigo 9.º do RGPD, que visa evitar efeitos discriminatórios contra pessoas singulares em razão, entre outras, de opiniões políticas, e cuja proibição só não se aplicaria, neste caso, se o tratamento se referisse a dados pessoais manifestamente tornados públicos pelo Requerente — o que não se verificou —, o TRL condenou este tratamento por parte da Requerida e dos Requeridos.

No mesmo sentido, o TRL decidiu que todas as informações inverídicas constantes de biografias em páginas da internet deverão ser removidas, não tendo sido provada a boa fé por parte dos colaboradores da Requerida que inseriram tais informações.

Relativamente à efetividade do direito ao esquecimento, invocado pelo Requerente, o TRL sustentou, através de um juízo de proporcionalidade, que a divulgação de factos alegadamente ocorridos, de índole criminal, e sua tramitação processual penal, não implica mais benefícios para o interesse geral do que prejuízos para o Requerente visado pelos mesmos. Conclui, assim, que não se mostra necessária a divulgação de tal informação, devendo prevalecer o direito ao esquecimento.

Não obstante, no que às informações diretamente relacionadas com a esfera pública de atuação diz respeito, o TRL considerou que os direitos do Requerente deveriam ser comprimidos em benefício do exercício da liberdade de expressão, uma vez que o conhecimento pelo público de tais matérias está indissociavelmente ligado e justificado pela assunção do estatuto de figura pública, que tem como reverso um escrutínio acrescido por parte do público em geral justificado, por

exemplo, pela necessidade de saber se a atividade empresarial desenvolvida pelo Requerente observa padrões éticos e legais idôneos.

Em suma, ao contrário do tribunal de primeira instância, o TRL decidiu em sentido favorável à procedência parcial da providência cautelar, considerando-a idónea para evitar a continuação da lesão dos direitos de personalidade do Requerente.

3. Otros

Comercio electrónico. La Agencia Española de Protección de Datos publica un informe jurídico sobre la base de legitimación usada para la creación de grupos en una red social dentro del ámbito laboral

Resolución de archivo de actuaciones, en expediente N.º AI/00050/2022

La Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) se ha pronunciado sobre una consulta planteada en relación con la base de legitimación usada para el tratamiento de datos personales aparejado a la creación de grupos en una aplicación de mensajería instantánea en el ámbito laboral. La consulta se articula como consecuencia de la publicación de la AEPD de la resolución de archivo de actuaciones con número de referencia EXP202105690 (la “Resolución”).

En este informe jurídico se recuerda lo establecido en la Resolución acerca de la necesidad de recurrir, al menos, a una base legitimadora reconocida en la normativa de protección de datos para el tratamiento de datos personales. Asimismo, la AEPD reitera la interpretación del principio de minimización respecto al tratamiento de los datos de correo electrónico y teléfono particular del trabajador.

En principio, el tratamiento de los datos del trabajador para incluirlo en un grupo de esta aplicación de mensajería instantánea no cabe dentro de la base legitimadora de la ejecución de un contrato (artículo 6.1.b del RGPD). No obstante, en caso de que la prestación de servicios llevada a cabo por el trabajador requiriese de su disponibilidad fuera del centro u horario de trabajo, se podrían poner a disposición del trabajador instrumentos de trabajo que facilitaran la comunicación, como un teléfono de empresa, por lo que la base legitimadora de la ejecución del contrato podría considerarse válida para incorporar al trabajador a un grupo de mensajería instantánea en este supuesto. Dicho esto, la AEPD aclaró que la ejecución del contrato de trabajo no legitima a la empresa para solicitar a la persona trabajadora los datos de correo electrónico y teléfono personal.

En cualquier caso, la AEPD indicó que habrá que analizar en cada caso concreto por la base jurídica adecuada, ya sea la ejecución del contrato de trabajo, el consentimiento o el interés legítimo del empleador, y, a su vez, apuntó que el consentimiento no es una base legal a la que pueda recurrirse libremente en las relaciones entre trabajador y empleador, ya que puede considerarse que este consentimiento no ha sido libremente otorgado.

Por último, la AEPD recordó la existencia del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral del artículo 88 de la LOPDGDD, independientemente de si una herramienta tecnológica que habilita la comunicación sea corporativa o particular puesta al servicio de la empresa.

Comercio electrónico. La Agencia Española de Protección de Datos sanciona a una compañía de telecomunicaciones con una multa de 70.000 euros por incumplir el artículo 15 del RGPD en relación con la grabación de un contrato

Resolución de la AEPD, en procedimiento sancionador N.º PS/00635/2022

La AEPD ha sancionado a una compañía de telecomunicaciones (la “Sociedad”) tras dos reclamaciones derivadas de la denegación del derecho de acceso de dos interesados que solicitaban la grabación de sus contratos suscritos con la Sociedad.

La primera de las reclamaciones fue interpuesta por un interesado (el “Primer Reclamante”) que perfeccionó su contrato mediante el canal presencial y firmó en vía electrónica, sin dar lugar a la grabación de su voz en este proceso. Sin embargo, sí se produjo la grabación por voz en el proceso de verificación de su identidad, y es sobre esta grabación sobre la que el Primer Reclamante ejercitó su derecho de acceso. Aunque por un error en el sistema la Sociedad no pudo acceder a la grabación, la Sociedad contestó en plazo a este ejercicio de derechos y, por ello, la AEPD concluyó que esta denegación del derecho de acceso no suponía un incumplimiento de los deberes de la Sociedad respecto al Primer Reclamante.

La segunda de las reclamaciones fue interpuesta por otro interesado (el “Segundo Reclamante”) que perfeccionó su contrato a través de un canal de televenta, a través del cual se llevó a cabo la grabación de su voz. Esta grabación se guardó en el sistema de la Sociedad. El Segundo Reclamante alegó que solicitó el acceso a los datos en varias ocasiones, sin éxito alguno, ya que no se le proporcionó la grabación.

En vista de ambas reclamaciones, la AEPD realizó una inspección mediante la que llegó a las siguientes conclusiones: (i) se corroboró el error en el sistema de la Sociedad que imposibilitó que se diera respuesta al derecho de acceso ejercitado por el Primer Reclamante; y (ii) se descubrió que existía una grabación de voz que correspondía con la que solicitaba el Segundo Reclamante, que pudo ser reproducida y descargada.

De esta manera, la AEPD concluyó que la grabación solicitada era accesible y, por lo tanto, al negarse a aportar una copia de ella, la Sociedad no atendió el derecho de acceso ejercitado por el Segundo Reclamante. Adicionalmente, la AEPD consideró la incidencia como especialmente grave por el carácter reiterado de la obstaculización, impedimento o no atención del ejercicio del derecho de acceso del Segundo Reclamante.

Por todo lo anterior, la AEPD impuso a la Sociedad una multa de 70.000 euros por infringir el artículo 15 del RGPD al no respetar el derecho de acceso del Segundo Reclamante.

Comercio electrónico. La Agencia Española de Protección de Datos sanciona a una entidad financiera con una multa de 100.000 euros por incumplir los artículos 5 y 32 del RGPD en relación con el acceso de un usuario a través de su cuenta a los movimientos de otra cuenta perteneciente a un tercero

Resolución de la AEPD, en procedimiento sancionador N.º PS/00634/2021

La AEPD ha sancionado a una entidad financiera (la "Entidad") tras una reclamación interpuesta por un cliente (el "Reclamante") acerca del incumplimiento del deber de confidencialidad respecto del acceso a datos personales de un tercero.

La reclamación se basó en que, al intentar acceder el Reclamante a su área personal en la web de la Entidad, no solo se le proporcionaba a éste acceso a los datos de su cuenta, sino que a los movimientos de una cuenta perteneciente a un tercero (la "Cuenta del Tercero"). En respuesta, la Entidad mantuvo que la incidencia fue provocada por un error a la hora de gestionar el cambio de titularidad de la Cuenta del Tercero, de la que en el pasado fue cotitular el Reclamante, pero que no se había actualizado correctamente la información que aparecía en el documento de "*extracto mensual*" del Reclamante.

En primer lugar, la AEPD entendió que se había producido una infracción del artículo 5.1.f) del RGPD en relación con una vulneración de la integridad y confidencialidad de los datos personales al permitirse la visualización de los movimientos de la Cuenta del Tercero al Reclamante.

En segundo lugar, la AEPD consideró que se había vulnerado el artículo 32 del RGPD, al producirse un incidente de seguridad por permitir el acceso al Reclamante de los datos personales de un tercero, mediante la visualización en su área personal de la web de la Entidad los movimientos de la Cuenta del Tercero. Según lo establecido en el RGPD, los responsables y encargados de tratamiento deben aplicar las medidas de seguridad técnicas y organizativas que sean adecuadas y proporcionadas al riesgo que conlleve el tratamiento.

Por un lado, aunque la Entidad alegó que se habían implementado medidas de seguridad adecuadas, la AEPD consideró que este argumento era insuficiente, puesto que no solo el diseño de los medios técnicos y organizativos debe cumplir con las exigencias en materia de seguridad de la normativa de protección de datos, sino que también deben ser implementados y utilizados de manera apropiada. Por otro lado, la Entidad señaló la existencia de un concurso medial de infracciones (i. e., la vulneración del principio de integridad y de confidencialidad por no haber implementado las adecuadas medidas de seguridad), por lo que solo cabía la imposición de una de las dos sanciones propuestas por la AEPD. Sin embargo, la AEPD no consideró la existencia de dicho concurso medial, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 83.3 RGPD sobre el límite de la cuantía de las multas administrativas en materia de protección de datos.

Por todo lo anterior, la AEPD impuso a la Entidad dos multas por valor total de 100.000 euros, por infringir los artículos 5 y 32 del RGPD, al no respetar los deberes de confidencialidad de los datos ni haber implementado medidas de seguridad adecuadas.

Comercio electrónico. La Agencia Española de Protección de Datos sanciona a una compañía de telecomunicaciones con una multa de 100.000 euros por incumplir el artículo 5.1.c) del RGPD en relación con la exigencia de copia del DNI para la compra de uno de sus productos

Resolución de la AEPD, en procedimiento sancionador N.º PS/00413/2021

La AEPD ha sancionado a una compañía de telecomunicaciones tras una reclamación derivada de haber exigido una copia del documento de identidad como requisito para la entrega de un producto. La compañía imponía como condición necesaria la realización de una fotografía del anverso y reverso del DNI para proceder a esta entrega.

La reclamación tiene como base el procedimiento que seguía la compañía para verificar la identidad del cliente al que se le entregaba el producto. La compañía tenía firmado un contrato de encargo con una empresa de logística quien entregaba los productos a los clientes de la compañía utilizando sus procesos de identificación. Este proceso funcionaba de tal forma que el empleado de la empresa logística que pretendía hacer la entrega debía tomar una foto del reverso y anverso del DNI con su terminal móvil en el momento de la entrega. Esta imagen era entonces cedida a la compañía para que ratificara la identidad del sujeto que recibía el producto.

Ante la iniciación del procedimiento sancionador por parte de la AEPD, la compañía presentó una serie de alegaciones por las que sostenía que no cabía la sanción.

En primer lugar, la compañía alegó que los datos que se recabaron en el momento de la contratación del producto eran los mismos datos que posteriormente eran objeto de verificación en el momento de la entrega, y que eran los necesarios para cumplir con la finalidad perseguida. Sin embargo, la AEPD determinó que no aceptaba tal alegación al considerar que el tratamiento de los datos era excesivo y no limitado a lo necesario en relación con los fines para los que eran tratados.

En segundo lugar, la compañía argumentó que no cabía la supuesta infracción, puesto que la compañía había sido sancionada previamente por la AEPD por la ausencia de tratamientos de identificación a la hora de formalizar un contrato. No obstante, la AEPD estableció una diferencia entre el momento de la celebración del contrato, donde el tratamiento del documento identificativo del interesado se estima necesario, y el de la entrega del producto a su destinatario. De esta manera, el tratamiento de la imagen del DNI en el momento de la entrega de un producto contratado a distancia no solo no se considera lícito, sino que se considera inadecuado, no pertinente y no limitado a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados.

Por todo lo anterior, la AEPD impuso a la compañía, como responsable del tratamiento, una multa de 100.000 euros por infringir el artículo 5 del RGPD al no respetar los deberes de limitación y minimización de los datos.

Comercio electrónico. La Agencia Española de Protección de Datos sanciona a una compañía de telecomunicaciones con una multa de 50.000 euros por incumplir el artículo 6.1 del RGPD en relación con la falta de una base de legitimación para la consulta de datos crediticios

Resolución de la AEPD, en procedimiento sancionador N.º PS/00570/2022

La AEPD ha sancionado a una compañía de telecomunicaciones tras una reclamación relacionada con la consulta de los datos de un usuario (el "Reclamante") en sistemas de información crediticia sin base de legitimación. La compañía llevó a cabo la consulta sin contar con una base de legitimación y sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 20 de la LOPDGDD para la inscripción de los individuos en sistemas de información crediticia. La AEPD consideró que no se había indicado ni el interés legítimo para el tratamiento de datos, ni se había realizado el debido test de ponderación que permita acreditar la prevalencia del interés legítimo. Tampoco se proporcionó información al Reclamante sobre dicha consulta.

La reclamación se produjo después de que una asociación empresarial con información crediticia del Reclamante le remitiese un histórico de consultas efectuadas en relación con su persona, y fue así como el Reclamante identificó a la compañía entre las consultantes. Sin embargo, el Reclamante no tenía relación contractual alguna con la compañía y tampoco le otorgó su consentimiento para que realizara tal consulta.

El Reclamante solicitó así que se impusiera a la compañía una sanción por la vulneración de la normativa de protección de datos. En sus alegaciones, la compañía declaró que se estaban llevando a cabo las investigaciones oportunas para identificar el motivo por el que se llevó a cabo este tratamiento, pero que en ese momento aún no estaba clara la razón por la que se consultó este sistema de información crediticia.

Por todo lo anterior, la AEPD impuso a la compañía una multa de 50.000 euros por infringir el artículo 6 del RGPD, en relación con el artículo 20 RGPD, al realizar una consulta a este sistema de información crediticia en relación con el Reclamante sin contar con base jurídica alguna en la que legitimar el tratamiento.

Comercio electrónico. La Agencia Española de Protección de Datos sanciona a trece compañías de comunicación con una multa de 50.000 euros por incumplir el artículo 5.1.c) del RGPD en relación con la difusión de la grabación de voz de una presunta víctima de violación

Resoluciones de la AEPD, en procedimientos sancionadores N.º PS/00201/2022; PS/00199/2022 PS/00197/2022; PS/00196/2022; PS/00194/2022; PS/00193/2022; PS/00191/2022; PS/00190/2022 PS/00158/2022; PS/00200/2022; PS/00195/2022; PS/00198/2022; PS/00192/2022

La AEPD ha impuesto una sanción a trece compañías de comunicación por infracciones derivadas de la difusión de una grabación de audio del testimonio judicial de una presunta víctima de violación en un caso mediático (la "Afectada").

La parte reclamante (la "Reclamante") interpuso su reclamación contra las compañías por la difusión de una grabación de audio que realizaron a través de sus respectivos medios de comunicación con la declaración de la Afectada durante un procedimiento penal por violación, lo que según ha considerado la AEPD no respetaría el principio de minimización de datos contemplado en el artículo 5.1.c) del RGPD.

La AEPD recordó que la voz es un atributo propio e individual de la persona que permite su identificación, siendo por tanto un dato personal. Según constató la AEPD, la difusión de la grabación de la voz de la Afectada, fácilmente identificable mediante el audio debido al contexto mediático del procedimiento penal, constituyó un tratamiento ilícito de datos de carácter personal.

En los procedimientos contra las compañías, la AEPD hizo un juicio de ponderación entre el derecho a la protección de datos personales de la Afectada y la libertad de información que aducen las compañías, y en el que finalmente concluyó que el tratamiento de la grabación de voz llevado a cabo había sido excesivo y no respetaba el principio de minimización de datos. La AEPD consideró que no concurría un interés público informativo que prevaleciera sobre la difusión de la voz real de la Afectada (sin, por ejemplo, recurrir a métodos como la distorsión de la voz) y el hecho de que la Afectada no fuera un personaje público. Durante la realización del juicio de ponderación, la AEPD destacó que no se trataba de establecer la prevalencia de uno de los derechos en discordia sobre el otro, sino de encontrar un espacio en el que ambos derechos quedasen garantizados, de forma que fueran compatibles entre sí.

En conclusión, la AEPD consideró que las compañías habían tratado los datos de la Afectada de manera excesiva para la finalidad pretendida, infringiendo el principio de minimización del artículo 5.1.c) del RGPD.

Por todo lo anterior, la AEPD sancionó a las compañías con sendas multas de 50.000 euros por infracción del artículo 5.1.c) RGPD por no respetar el principio de minimización de datos.

9 de junio de 2023



Energía

9 de junio de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Comercializadores de energía eléctrica – Obrigações declarativas no âmbito de mecanismo de ajustamento de custos no mercado ibérico da eletricidade

Diretiva n.º 10/2023, de 11 de abril (DR 71, Série II, de 11 de Abril de 2023)

A Diretiva n.º 10/2023, de 11 de abril, vem complementar a Portaria n.º 74-A/2023, de 7 de março, e o Decreto-Lei n.º 33/2022, de 20 de maio, o qual estabeleceu um mecanismo excepcional e temporário de ajuste dos custos de produção de energia elétrica no âmbito do Mercado Ibérico de Eletricidade (“MIBEL”).

A Diretiva 10/2023 vem regular as obrigações declarativas de instrumentos de contratação de preço fixo, tal como previsto no artigo 7.º do Decreto-Lei 33/2022.

Os volumes de energia transacionada abrangida por isenção de custeio do encargo que resulte da compensação paga aos centros electroprodutores abrangidos depende de reporte declarativo por parte de agentes que atuam no MIBEL. O artigo 7.º do Decreto-Lei 33/2022 remete a definição das obrigações declarativas para regulamentação a aprovar pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (“ERSE”).

A Diretiva 10/2023, emitida pela ERSE, abrange comercializadores de energia eléctrica, comercializadores de último recurso, clientes finais de energia eléctrica, o operador nomeado do mercado da eletricidade e o gestor global do Sistema Eléctrico Nacional.

De forma a que as entidades referidas *supra* possam usufruir da isenção de custeio, terão de preencher a tabela correspondente à sua categoria e enviá-la à ERSE.

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

[España]

Normativa estatal

Resolución de 11 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se modifican las normas de gestión de garantías del sistema gasista (BOE de 1 de junio de 2023)

Esta resolución modifica el apartado 4.2 del Anexo 1 de la Resolución de 2 de agosto de 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las normas de gestión de las garantías del sistema gasista.

Real Decreto 406/2023, de 29 de mayo, por el que se modifican (i) el Real Decreto 266/2021, de 13 de abril, por el que se aprueba la concesión directa de ayudas a las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla para la ejecución de programas de incentivos ligados a la movilidad eléctrica (MOVES III) en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia Europeo; (ii) el Real Decreto 1124/2021, de 21 de diciembre, por el que se aprueba la concesión directa a las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla de ayudas para la ejecución de los programas de incentivos para la implantación de instalaciones de energías renovables térmicas en diferentes sectores de la economía, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; y (iii) el Real Decreto 263/2019, de 12 de abril, por el que se regula el Programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en PYME y gran empresa del sector industria (BOE de 31 de mayo de 2023)

Resolución de 18 de mayo de 2023, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, relativa a la solicitud de Enagas Transporte, SAU, por la que se establece la retribución por los costes de suministro eléctrico de la estación de compresión de Euskadour incurridos en el ejercicio 2020 (BOE de 30 de mayo de 2023)

Resolución de 16 de mayo de 2023, de la E.P.E. Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, M.P., por la que se publica la Resolución de 28 de abril de 2023, del Consejo de Administración, por la que se amplía el presupuesto del Programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en PYME y gran empresa del sector industrial, regulado por el Real Decreto 263/2019, de 12 de abril (BOE de 29 de mayo de 2023)

Resolución de 11 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se determinan los valores medios nacionales de la intensidad de las emisiones de gases de efecto invernadero durante el ciclo de vida en relación con la electricidad consumida por motocicletas y vehículos eléctricos (BOE de 19 de mayo de 2023)

Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que

se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (BOE de 9 de mayo de 2023)

Orden TED/467/2023, de 28 de abril, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas a estudios de viabilidad de proyectos, de carácter innovador, para el aprovechamiento de energía geotérmica profunda, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia —financiado por la Unión Europea— NextGenerationEU. (Programa Geotermia Profunda) (BOE de 9 de mayo de 2023)

Las ayudas que regula esta orden pretenden impulsar la realización de estudios de viabilidad de la geotermia de origen profundo como energía renovable. En este contexto, se consideran actuaciones subvencionables las necesarias para llevar a cabo el estudio de viabilidad de un proyecto, de carácter innovador, para el aprovechamiento de energía geotérmica profunda.

Los beneficiarios de estas ayudas deberán constituir una garantía (en forma de aval o de seguro de caución) ante la Caja General de Depósitos, la cual deberá quedar a disposición del IDAE y será liberada tras la certificación final definitiva. El importe de la garantía será el equivalente al 5 % del coste subvencionable del estudio de viabilidad.

El plazo máximo para la realización del estudio objeto de esta ayuda será fijado en cada convocatoria, sin que este pueda ser posterior al 30 de junio de 2026. No obstante, este plazo podrá ser ampliado mediante modificación de la resolución de concesión.

Resolución de 20 de abril de 2023, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de modificación de los parámetros de la Resolución por la que se otorga el carácter singular de la interconexión eléctrica entre España y Francia por el Golfo de Vizcaya y se incluye en el régimen retributivo de inversiones singulares con características técnicas especiales (BOE de 5 de mayo de 2023)

Orden TED/448/2023, de 28 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras para el programa de concesión de ayudas para instalaciones de generación de energía eléctrica en las islas, a partir de fuentes de energía renovable, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiado por la Unión Europea-NextGenerationEU (BOE de 5 de mayo de 2023)

Esta orden tiene como objetivo principal la financiación de proyectos de carácter innovador que sustituyan instalaciones próximas al final de su vida útil o que tengan como objetivo integrar sistemas de almacenamiento en instalaciones de generación eléctrica o de hidrógeno renovable nuevas o existentes, siempre que se lleven a cabo en las islas Baleares o Canarias.

Como criterios de valoración para la concesión de dichas ayudas se tendrán en cuenta: (i) criterios económicos (cuantía de la reducción sobre la intensidad de ayuda máxima, que es del 80 %), (ii) innovación del proyecto (sistemas de mejora de la gestión, optimización de la producción, flexibilización del sistema, etc.) y (iii) externalidades positivas (impacto social y de género, apoyo

a comunidades de energías, mecanismos de participación ciudadana, cohesión económica y social del territorio y renaturalización del entorno, entre otros).

Podrán beneficiarse de estas ayudas las Administraciones públicas en su sentido más amplio (incluido el sector público institucional) de ámbito regional, insular y local, comunidades energéticas, empresas de servicios energéticos que realicen la gestión integral de instalaciones de energía y cualquier entidad con personalidad jurídica válidamente constituida.

Las convocatorias podrán establecer un límite mínimo o máximo de ayuda por cada proyecto, pero la orden establece que la intensidad máxima de la ayuda que podrá solicitarse respecto de los correspondientes costes subvencionables se limita al 80 % y no podrá superar los 15 millones de euros por empresa y proyecto.

Las ayudas se convocarán por el consejo de administración del Instituto para la Diversificación y Desarrollo de la Energía ("IDAE"), que a su vez será el encargado de evaluar las solicitudes y asignarlas.

Se establece la obligatoriedad de constituir una garantía de participación y ejecución del proyecto ante la Caja General de Depósitos para asegurar la finalización del proyecto en plazo y de conformidad con los criterios técnicos que se establecen en la orden.

Orden TED/445/2023, de 28 de abril, por la que se regula la información a remitir por los prestadores de servicio de recarga energética al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades de Ceuta y Melilla (BOE de 4 de mayo de 2023)

Resolución de 18 de abril de 2023, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se fija el precio medio de la energía a aplicar en el cálculo de la retribución del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad prestado por los consumidores de los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares a los que resulta de aplicación la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, durante el segundo trimestre de 2023 (BOE de 27 de abril de 2023)

Real Decreto 314/2023, de 25 de abril, por el que se desarrolla el procedimiento y los requisitos para el otorgamiento de la autorización administrativa de las redes de distribución de energía eléctrica cerradas (BOE de 26 de abril de 2023)

El Real Decreto 314/2023, de 25 de abril, tiene como objeto la regulación del procedimiento de otorgamiento de autorización administrativa para las redes de distribución de energía eléctrica cerradas.

Se considera red de distribución de energía eléctrica cerrada aquella que distribuya energía eléctrica a consumidores industriales en una zona industrial que no exceda los 8 kilómetros cuadrados de extensión, siempre que dicha red distribuya energía eléctrica a las empresas industriales

ubicadas en dicha zona mediante redes propias. Además, deberá acreditarse al menos una de las siguientes condiciones:

- i. Que el funcionamiento o los procesos de producción de los usuarios de la red estén integrados por razones técnicas o de seguridad.
- ii. Que al menos el 50 % del consumo conectado a la red de distribución pertenezca al propietario o gestor de dicha red.

Además, las redes de distribución de energía eléctrica cerradas podrán alimentar hasta un máximo de 100 consumidores no industriales, siempre que se cumplan una serie de requisitos. Los consumidores deberán suscribir con el titular de la red de distribución de energía eléctrica cerrada los correspondientes contratos de acceso.

Podrán ser titulares de una red de distribución de energía eléctrica las sociedades mercantiles o cooperativas cuyo objeto social exclusivo sea la distribución de energía eléctrica a una red de distribución de energía eléctrica cerrada. Dichas sociedades deberán disponer de las certificaciones pertinentes que acrediten su capacidad legal, técnica y económica de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto.

Las instalaciones de demanda que se conecten a una red de distribución de energía eléctrica cerrada deberán formalizar un contrato de adquisición de energía a través de comercializadora o mediante la libre contratación de la energía en el mercado.

Los generadores deberán obtener los permisos de acceso y conexión que les sean de aplicación y, en su caso, suscribir con el titular de la red de distribución de energía eléctrica cerrada los correspondientes contratos de acceso.

La solicitud de constitución de una red de distribución de energía eléctrica cerrada deberá tramitarse ante la Dirección General de Política y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Además, el titular de la red de distribución de energía eléctrica cerrada deberá remitir un informe anual a la Dirección General de Política Energética y Minas que acredite el cumplimiento de determinadas condiciones. Una vez recibida la solicitud, se dará traslado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que elabore un informe sobre el cumplimiento de los requisitos relativos a la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico y la inexistencia de discriminación entre grupos de consumidores que, estando conectados a la red de distribución de energía eléctrica cerrada, reúnan características similares. La solicitud de autorización se resolverá en el plazo de dos meses desde la recepción de dicho informe.

Por otra parte, el Real Decreto establece que los titulares de la red de energía eléctrica cerrada no están sujetos al procedimiento de autorización de actividad previsto en 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.

Resolución de 20 de abril de 2023, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2023, de 28 de marzo, de prórroga del mecanismo de ajuste de costes de producción para la reducción del precio de

la electricidad en el mercado mayorista regulado en el Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo (BOE de 25 de abril de 2023)

Normativa autonómica

Andalucía. Acuerdo de 23 de mayo de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan para el ahorro energético de la Administración de la Junta de Andalucía 2022-2026 (BOJA de 29 de mayo de 2023)

Canarias. Resolución de 24 de marzo de 2023, por la que se da publicidad al Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias, en relación con la Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias (BOC de 17 de abril de 2023)

Cantabria. Orden IND/41/2023, de 15 de mayo, por la que se modifica la Orden IND/20/2022, de 6 de abril, por la que se convocan subvenciones dentro de los programas de incentivos ligados al autoconsumo y almacenamiento, con fuentes de energía renovable, así como a la implantación de sistemas térmicos renovables en el sector residencial en la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOC de 29 de mayo de 2023)

Se modifica la Orden IND/20/2022 para contemplar la ampliación presupuestaria de los créditos correspondientes a los diferentes programas de incentivos afectados.

Cantabria. Orden MED/19/2023, de 5 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas a las inversiones en energías renovables para edificaciones agrarias en zonas rurales (BOC de 17 de mayo de 2023)

Galicia. Resolución de 3 de abril de 2023, de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, por la que se da publicidad de la Instrucción interpretativa conjunta de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo y la Dirección General de Planificación Energética y Recursos Naturales sobre el título habilitante exigible para la instalación de paneles solares térmicos o fotovoltaicos para el autoconsumo, y sobre los requisitos para la implantación de instalaciones para el aprovechamiento de energía solar en suelo rústico (DOG de 14 de abril de 2023)

Navarra. Resolución 132E/2023, de 19 de mayo, de la directora general de Industria, Energía y Proyectos Estratégicos S4, por la que se modifican las bases de la convocatoria de ayudas para la ejecución de diversos programas de incentivos ligados al autoconsumo y al almacenamiento, con fuentes de energía renovable, así como a la implantación de sistemas térmicos renovables en el sector residencial, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Identificación BDNS: 590074, 607026, 607030, 607032, 607034, 607040, 607045, 607046, 607047, 607048, 607049 y 607052. (BON de 29 de mayo de 2023)

País Vasco. Orden de 27 de abril de 2023, de la Consejera de Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente, por la que se aprueba inicialmente el Plan Territorial Sectorial de las Energías Renovables en Euskadi (BOPV de 10 de mayo de 2023)

Valencia. Orden 14/2023, de 23 de mayo, de la consellera de Agricultura, Desarrollo Rural, Emergencia Climática y Transición Ecológica, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas en materia de promoción y constitución de comunidades energéticas y realización de estudios energéticos de potencial de generación de energías renovables en el ámbito local. [2023/5755] (DOGV de 30 de mayo de 2023)

Esta orden establece los requisitos y el procedimiento para subvencionar a los ayuntamientos de la Comunitat Valenciana que sean elegibles con el fin de que estos fomenten:

- i. la realización de estudios energéticos de potencial generación de energías renovables;
- ii. la promoción y difusión de las comunidades energéticas en el ámbito local; y
- iii. la promoción de proyectos de creación y constitución de comunidades energéticas de ámbito local en régimen de comunidades de energías renovables, con instalaciones de autoconsumo de energía eléctrica y/o térmica.

Las ayudas se convocarán anualmente y se financiarán con cargo a las correspondientes líneas presupuestarias aprobadas por las Corts.

[Portugal]

Alteração ao mecanismo excecional e temporário de ajuste dos custos de produção de energia elétrica no mercado ibérico de eletricidade

Decreto-Lei n.º 21-B/2023, de 30 de março (DR 64, Série I, de 30 de Março de 2023)

O Decreto-Lei n.º 21-B/2023, de 30 de março, veio alterar o mecanismo excecional e temporário de ajuste dos custos de produção de energia elétrica no âmbito do Mercado Ibérico de Eletricidade ("MIBEL") ("Mecanismo"), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio.

Este Mecanismo veio fixar um preço de referência mitigado para o gás natural consumido na produção de energia elétrica transacionada no MIBEL.

Perante a perspetiva da manutenção do atual cenário geopolítico e económico, e com a cessação de efeitos do Decreto-Lei 33/2022 a 14 de maio de 2023, o Decreto-Lei 21-B/2023 vem prorrogar os efeitos do Mecanismo até 31 de dezembro de 2023, bem como acrescentar novas regras de reporte.

O presente diploma entra em vigor em 31 de março de 2023.

2. Jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de mayo de 2023

La sentencia tiene como objeto un recurso contencioso-administrativo interpuesto por Tebar Eólica, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 29 de noviembre de 2021.

Se plantea si en la base imponible del Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica ("IVPEE") deben incluirse los conceptos como pagos por capacidad, garantía de potencia de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, complemento por energía reactiva, complemento por eficiencia y huecos de tensión.

El Tribunal Supremo determina que tales importes forman parte de la base imponible de dicho impuesto.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 9 de mayo de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de mayo de 2023

El Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CODA-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN y GREENPEACE ESPAÑA, contra los Reales Decretos 978/2021, 979/2021 y 980/2021, de 8 de noviembre, por los que, en ejecución de las sentencias n.º 1596/2020, 1597/2020 y 1598/2020, de 25 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se otorga la primera prórroga a las concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos "Marismas B-1", "Marismas C-1" y "Marismas C-2", respectivamente. Además de la intervención de la Administración General del Estado como demandada, interviene la mercantil Petroleum Oil&Gas España, S.A.

Las demandantes consideran que las discutidas prórrogas deben entenderse incluidas en la prohibición del artículo 9 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética y que, al haberse concedido incurriendo en infracción, los Reales Decretos objeto de recursos deben estimarse nulos de pleno derecho o, subsidiariamente, anulables.

Por su parte, el Alto Tribunal sostiene que la interpretación de las demandantes excede los claros términos del precepto, que, además, es insostenible si se atiende a la explicación que el legislador proporciona en la exposición de motivos. En este contexto, el legislador pretende limitar la prohibición a las nuevas concesiones de explotación, pero no extenderlo a la prórroga de las existentes.

Finalmente, concluye que las "*legítimas y serias preocupaciones de las recurrentes*" por sí solas no pueden sustentar la anulación de las resoluciones impugnadas, en tanto que no se les atribuye ninguna infracción del ordenamiento jurídico.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de Contencioso-Administrativo de 12 de abril de 2023

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de abril de 2023

9 de junio de 2023



Inmobiliario y
Urbanismo

1. Legislación

[España]

Derecho a la vivienda

Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE 25 de mayo de 2023)

Según se establece en la propia ley, tiene por objeto regular, en el ámbito de las competencias del Estado, las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la vivienda y, en particular, el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y a su disfrute en condiciones asequibles, atendiendo al cumplimiento de lo dispuesto en los instrumentos internacionales ratificados por España y respetando en todo caso las competencias de las comunidades autónomas y, específicamente, las que tienen atribuidas en materia de vivienda.

Establece medidas en cuatro grandes bloques temáticos: (i) acción de los poderes públicos en materia de vivienda; (ii) medidas de protección y transparencia en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda, incluyendo límites a la renta arrendaticia; (iii) medidas procesales; y (iv) incentivos y desincentivos fiscales.

Dentro de las medidas de acción de los poderes públicos, incluye, entre otras, medidas destinadas a ampliar la oferta de vivienda social; medidas destinadas a adaptar la vivienda a la demanda, animando a la promoción de nuevas modalidades de viviendas y de alojamientos (como el denominado *co-living*); y medidas para garantizar el derecho de acceso a la vivienda, con el establecimiento de normas urbanísticas específicas para las zonas de mercado residencial tensionado ("ZMRT") y la imposición de obligaciones de colaboración e información para grandes tenedores.

La ley define *gran tenedor* como la persona (física o jurídica) titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1500 m² de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros. Este umbral podrá reducirse a cinco o más inmuebles en las zonas de mercado residencial tensionado.

La consideración de ZMRT se establecerá por declaración de la Administración autonómica competente, en los ámbitos territoriales en los que a) la carga media del coste de la hipoteca o del

* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Belén Simbor, Andrea Sandi, Alicia Martín, Ainhoa Pérez, Clara Ruíz, Olatz Robredo, Ignacio Nägele, Rafael Castillo, Miguel Herráiz, Francesco Mazza, Germán Garrido y Álvaro Giménez, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia).

alquiler (más gastos y suministros básicos) supere el 30 % de la renta media de los hogares; o b) el precio de compra o alquiler haya crecido en los cinco años precedentes al menos tres puntos porcentuales por encima del porcentaje de crecimiento acumulado del IPC de la comunidad autónoma correspondiente. La declaración de un ámbito territorial como ZMRT (por una duración de tres años, prorrogable) conllevará la redacción, por parte de la Administración competente, de un plan específico que propondrá las medidas necesarias para la corrección de los desequilibrios detectados, así como su calendario de desarrollo. Asimismo, se aumentan los porcentajes de reservas de suelo para vivienda con algún tipo de protección pública y se prevé que al menos la mitad de las viviendas de estas reservas deberá destinarse al alquiler.

En cuanto a las medidas de protección y transparencia en las operaciones de compra y arrendamiento de viviendas, establece derechos de información para compradores y arrendatarios; promueve garantías de accesibilidad universal a parques de vivienda, tanto públicos como privados; y prevé la creación de un registro público de contratos de arrendamiento de vivienda.

Modifica la Ley de Arrendamientos Urbanos en varios aspectos, en particular, establece una prórroga extraordinaria para el arrendatario y límites a la renta del arrendamiento en contratos en los que el inmueble se ubique en una ZMRT, amplía la obligación de correr con los gastos de gestión inmobiliaria y formalización del contrato a todos los arrendadores en general y establece límites a la actualización de la renta en los contratos de arrendamiento de vivienda. Asimismo, propone la creación de un grupo de trabajo para la regulación de los contratos de arrendamiento de uso distinto de vivienda, en particular, los celebrados por temporada sobre fincas urbanas de uso de vivienda.

El tercer bloque se refiere a medidas procesales en relación con los procesos judiciales de desahucio y lanzamientos, las demandas destinadas a la recuperación de la posesión de viviendas o los procedimientos penales por delito de usurpación de viviendas.

Finalmente, el cuarto bloque abarca incentivos y desincentivos fiscales para fomentar una oferta suficiente y adecuada de vivienda asequible.

Andalucía. Acceso de los jóvenes a la vivienda. Garantías públicas

Decreto-ley 4/2023, de 16 de mayo, por el que se modifican el Decreto-ley 26/2021, de 14 de diciembre, por el que se adoptan medidas de simplificación administrativa y mejora de la calidad regulatoria para la reactivación económica en Andalucía, y la Orden de 30 de abril de 2018, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (BOJA de 19 de mayo de 2023)

Se aprueban con este Decreto-ley las modificaciones normativas necesarias para establecer las bases reguladoras para la concesión de garantías a las personas jóvenes en Andalucía para la adquisición de su primera vivienda destinada a constituir su residencia habitual y se realiza la correspondiente convocatoria, para que las entidades financieras que pretendan adherirse al programa como entidades colaboradoras puedan presentar las solicitudes para la suscripción del correspondiente convenio de colaboración.

Aragón. Vivienda protegida

Orden VMV/688/2023, de 24 de mayo, que modifica la Orden de 12 de mayo de 2014, por la que se regula la calificación de vivienda protegida en Aragón (BOA de 31 de mayo de 2023)

Modifica el artículo 3.2 y 3.5 de la Orden de 12 de mayo de 2014, del Consejero de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes, por la que se regula la calificación de vivienda protegida en Aragón, introduciendo ligeras variaciones en la tramitación de la concesión de calificación de vivienda protegida que dotan de mayores garantías al procedimiento de concesión.

Aragón. Plan de vivienda 2022-2025. Rehabilitación energética

Decreto 73/2023, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban el Plan de Vivienda 2022-2025 y medidas complementarias en materia de rehabilitación energética de viviendas (BOA de 29 de mayo de 2023)

Mediante este Decreto el Gobierno de Aragón regula el Plan aragonés de Vivienda para los años 2022-2025 y el Bono Alquiler Joven, estableciendo una regulación complementaria a las disposiciones previstas en el Real Decreto 853/2021, de 5 de octubre, por el que se regulan los programas de ayuda en materia de rehabilitación residencial y vivienda social del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Para ello, se incorpora al ordenamiento jurídico aragonés el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025.

Baleares. Urbanismo. Mallorca

Acuerdo del Pleno del Consejo Insular de Mallorca de aprobación definitiva del Reglamento general de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Islas Baleares, para la isla de Mallorca (BOIB de 22 de abril de 2023)

Se aprueba definitivamente el Reglamento General de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Islas Baleares, para la isla de Mallorca. Se deroga, por tanto, el Reglamento general de la Ley 2/2014 de ordenación y uso del suelo, para la isla de Mallorca, que fue aprobado definitivamente por Acuerdo de 16 de abril de 2015. Este nuevo reglamento pretende abordar aspectos legales que requieran de desarrollo o detalle, evitando la reproducción de la Ley.

Cantabria. Ordenación del territorio y urbanismo

Resolución de 25 de abril de 2023, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Cantabria en relación con la Ley de Cantabria 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y urbanismo de Cantabria (BOC de 22 de mayo de 2023)

Mediante dicha Resolución se dispone publicar en el *Boletín Oficial de Cantabria* el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma

de Cantabria en relación con una serie de discrepancias manifestadas sobre los artículos 7, 9, 29, 40, 45, 53, 61, 77, 79, 86, 98, 99, 100, 101, 103, 105, 110, 112, 114, 121, 174, 235, 265, 287, 288, 289, 290, 291, 295, disposición adicional segunda, disposición adicional octava y disposición final novena de la Ley de Cantabria 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria.

Castilla y León. Vivienda

Orden MAV/669/2023, de 19 de mayo, por la que se regula la línea de garantías Mi primera vivienda para favorecer el acceso a la vivienda de jóvenes en régimen de propiedad (BOCyL de 23 de mayo de 2023)

Con el objetivo de favorecer que los jóvenes, de edad igual o inferior a 35 años, puedan acceder a una vivienda nueva o usada en régimen de propiedad, la Orden MAV/669/2023 regula una nueva línea de garantías denominada "Mi primera vivienda", con la que se pretende facilitar el acceso a la financiación hipotecaria, ofreciendo una cobertura temporal y parcial sobre la financiación que los jóvenes necesiten para su adquisición.

Cataluña. Perímetro de actuación sobre las viviendas vacías

Acuerdo GOV/107/2023, de 9 de mayo, por el que se delimita un primer perímetro de actuación sobre las viviendas vacías que comporten el incumplimiento de la función social de la propiedad (DOGC de 11 de mayo de 2023)

Constatado el elevado número de municipios definidos como áreas de demanda residencial fuerte y acreditada, mediante este Acuerdo se fija un primer perímetro de actuación compuesto únicamente por 14 de esos municipios. De este modo, se busca facilitar una ágil e inmediata gestión de los requerimientos a dirigir a los propietarios de las viviendas vacías que estén incumpliendo la función social de la propiedad de cara a que adopten las medidas legalmente exigidas.

Navarra. Registro de contratos de arrendamiento de vivienda

Resolución 182/2023, de 30 de marzo, de la directora general de Vivienda, por la que se establece la puesta en marcha del Registro de Contratos de Arrendamiento de Vivienda de Navarra (BON de 11 de mayo de 2023)

Mediante esta Resolución se pone en marcha el Registro de Contratos de Arrendamientos de Vivienda de Navarra regulado por el título IX de la Ley Foral 10/2020, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda de Navarra.

Valencia. Medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial

Ley 5/2023, de 13 de abril, de la Generalitat, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial en la Comunidad Valenciana (DOGV de 21 de abril de 2023)

Esta Ley tiene por objeto mejorar la calidad de vida de la población en los municipios en riesgo de despoblamiento y garantizar la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, prestando especial atención al acceso educativo, las prestaciones sanitarias, el acceso a la justicia, la mejora de la movilidad y el acceso a la vivienda, favoreciendo la cohesión social y territorial.

Valencia. Viviendas colaborativas

Ley 3/2023, de 13 de abril, de la Generalitat, de Viviendas Colaborativas de la Comunidad Valenciana (DOGV de 19 de abril de 2023)

Mediante esta Ley, entre otras cuestiones, se define el concepto legal de vivienda colaborativa, se establece su regulación y el régimen jurídico de las entidades titulares de ellas, y se disponen los requisitos necesarios para que puedan ser calificadas de interés social. Asimismo, en lo referente a usos en suelo no urbanizable, la Ley añade un nuevo apartado g) al párrafo 1 del artículo 211 del Texto Refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobado por Decreto Legislativo 1/2021, y modifica el primer párrafo del artículo 216 del texto refundido anteriormente mencionado.

Valencia. Vivienda de protección pública

Decreto 68/2023, de 12 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de vivienda de protección pública y régimen jurídico de patrimonio público de vivienda y suelo de la Generalitat (DOGV de 16 de mayo de 2023)

El Decreto simplifica la dispersión normativa existente hasta el momento en un único cuerpo que regula tanto la promoción privada como la pública, así como la gestión del patrimonio público de vivienda. En esta misma línea, pretende hacer frente a la escasez de oferta de vivienda asequible en la Comunidad Valenciana, y frenar los efectos que la inflación y la subida de los tipos de interés están teniendo en el sector inmobiliario. Como medidas fundamentales destacamos el carácter permanente de la calificación de las viviendas de protección pública y una nueva regulación de precios máximos de venta y arrendamiento (i. e., 2200 euros por metro cuadrado útil para promoción privada).

Valencia. Edificios de vivienda. Normas de diseño y calidad

Decreto 80/2023, de 26 de mayo, del Consell, por el que se aprueban las normas de diseño y calidad en edificios de vivienda (DOGV de 2 de junio de 2023)

Este Decreto tiene por objeto garantizar una serie condiciones mínimas de calidad y diseño adaptadas a las nuevas tecnologías con el propósito de satisfacer las actuales necesidades de vivienda digna en la Comunidad Valenciana, todo ello desde una perspectiva de sostenibilidad social, económica y medioambiental. Para ello, aprueba un nuevo reglamento que armoniza los parámetros con lo dispuesto en la normativa autonómica y estatal, y deroga la regulación anterior en esta materia, esto es, el Decreto 151/2009, por el que se aprueban las exigencias básicas de diseño y calidad en edificios de vivienda y alojamiento, así como la Orden de 7 de diciembre de 2009, por la que se aprueban las condiciones de diseño y calidad.

2. Jurisprudencia

[España]

Instalación de ascensor *ex novo* en patio de luces comunitario

Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 2023 (Sentencia 435/2023)

La sentencia citada analiza si la limitación de luces y vistas sufrida por la vivienda de la parte actora a consecuencia de la instalación de un ascensor se puede considerar un perjuicio indemnizable a tenor de lo establecido en el art. 9.1.c) de la Ley de Propiedad Horizontal (la "LPH").

La parte actora alegó, en primera instancia, que, a raíz de la instalación de dicho ascensor, que había sido acordada por unanimidad en la junta general de la comunidad de propietarios, se veía privada de su derecho de luces y vistas que recibía desde la ventana de su dormitorio, y solicitó a la comunidad una indemnización por los daños y perjuicios que se le habían producido. El juzgado de primera instancia desestimó tal pretensión.

Tanto la Audiencia Provincial de Madrid como el Tribunal Supremo estimaron la aplicación del art. 9.1.c) de la LPH, que impone a los propietarios permitir las obras y las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes, si bien reconoce el derecho del afectado a ser resarcido de los daños y perjuicios que se le ocasionen.

La instalación del ascensor, aun sin ocupar el espacio privativo de la vivienda de la demandante, sí afectaba a las luces y vistas que recibía en la habitación principal de su vivienda, lo que supone una limitación permanente de su propiedad. Por lo tanto, cuando un propietario se ve afectado perjudicialmente por dicha instalación, hay que realizar una ponderación de intereses afectados entre los del propietario y los comunes de la comunidad. Si la instalación supone la pérdida de la habitabilidad o funcionalidad del elemento privativo, la instalación no puede realizarse. Fuera de este caso, el interés individual del propietario no puede desplazar el interés general de la comunidad, si bien el afectado tendrá derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios producidos.

Aplicación de la moratoria en el pago del RDL 15/2020

Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 2023 (Sentencia 25/2023)

La presente sentencia se centra en determinar si, en el contexto de una acción de desahucio por impago de rentas, el acogimiento por parte de un arrendatario de un apartamento que formaba parte de un complejo turístico al régimen de moratoria previsto en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (el "RDL 15/2020") aprobado en el marco de la pandemia de COVID-19 exige la acreditación de la suspensión de la actividad.

Tanto la sentencia de primera instancia como la dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria estiman las pretensiones del arrendador, al razonar que la demandada no había demostrado la concurrencia de los requisitos establecidos para acogerse a dicha moratoria, recogidos en los art. 3.2 y 4 del RDL 15/2020.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación, en el que el arrendatario sostuvo que, conforme al art. 1 del RDL 15/2020, la moratoria es de aplicación automática y que no era necesario acreditar la suspensión de la actividad, ya que esta era notoria y derivada directamente de lo dispuesto en la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, que acordó la suspensión de la apertura al público de los establecimientos de alojamiento turístico.

Sin embargo, el Tribunal Supremo trae a colación la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, que en su artículo 44 permitió la reapertura al público de los hoteles y alojamientos turísticos que hubieran suspendido su apertura al público en virtud de la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, fijando las condiciones para ello.

Por consiguiente, el Alto Tribunal dictamina que correspondía a la demandada acreditar si había suspendido su actividad o la había reanudado, máxime cuando, además, conforme al artículo 2 de la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, la precitada suspensión no era automática, sino que la actividad podía continuar con respecto a clientes que, en el momento de declaración del estado de alarma, se hallasen hospedados de manera estable y de temporada conforme a los requisitos señalados en la ley.

De esta forma, el Tribunal Supremo considera que, si bien se cumplen las condiciones que deben tener el arrendador y el arrendatario para la aplicación de la moratoria, el arrendatario no cumplió con su obligación de acreditar si había suspendido la actividad o la había reanudado, reafirmando así los pronunciamientos hechos en anteriores instancias.

En suelo urbano no consolidado en zona de influencia de costas se deben respetar los criterios del artículo 30 de la Ley de Costas

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Sentencia n.º 420/2023 de 28 marzo 2023

El Tribunal Supremo establece que la disposición transitoria tercera de la Ley de Costas de 1988 debe interpretarse del siguiente modo: la ordenación urbanística de terrenos delimitados como suelo urbano no consolidado por la urbanización con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas e incluidos en la zona de influencia de costas ha de respetar los criterios establecidos en el artículo 30 de la Ley de Costas.

Responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de la nulidad del Plan General

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). Sentencia n.º 126/2023 de 2 marzo 2023

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha condenado a un Ayuntamiento y a la Generalitat Valenciana al abono, en concepto de responsabilidad patrimonial, de una serie de costes (IBI, cuota cero de gastos de urbanización y gastos de aval que se prestaron como garantía de los gastos de urbanización) desembolsados por la propietaria de unos terrenos que se volvieron a calificar como no urbanizables tras la anulación del Plan General del municipio. El Tribunal Superior de Justicia considera que, si bien la anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general no presupone derecho a indemnización, en este caso no existe base legal para que las demandadas no asuman la responsabilidad que se les imputa ni obligación por parte de la demandante de soportar los daños sufridos.

[Portugal]

Contrato de arrendamento para a habitação – Oposição à renovação

Acórdão de 4 de maio de 2023 (Processo n.º 1598/22.8YLPRT.P1) – Tribunal da Relação do Porto

No acórdão de 4 de maio de 2023 do Tribunal da Relação do Porto, discute-se essencialmente a interpretação a dar ao artigo 1096.º n.º1 do Código Civil, que estabelece que “salvo estipulação em contrário, o contrato celebrado com prazo certo renova-se automaticamente no seu termo e por períodos sucessivos de igual duração ou de três anos se esta for inferior (...)”.

Mais concretamente, coloca-se a questão de saber se a expressão “salvo estipulação em sentido contrário” deve ser interpretada no sentido de apenas se reportar à possibilidade de as partes afastarem a renovação automática do contrato ou se se reporta inclusivamente à possibilidade de as partes, não se opondo à renovação, poderem estabelecer um período inferior aos três anos.

Por outras palavras, não há dúvidas de que as partes podem afastar o regime da renovação automática. O que está em causa é compreender se o legislador pretendeu consagrar, quanto ao prazo de renovação, um regime imperativo.

A questão é controversa na jurisprudência, tendo surgido com a Lei n.º 13/2019, de 12 de fevereiro, que, entre outras alterações, alterou o referido artigo 1096.º do Código Civil — até à entrada em vigor da Lei 13/2019, não havia dúvidas de que as partes podiam estabelecer livremente os prazos aplicáveis a tais renovações.

O tribunal, no caso *sub judice*, vem decidir que, no que diz respeito ao prazo de renovação, estamos perante um regime de imperativo, com base nos seguintes fundamentos: (i) “ao estabelecer o prazo de 3 anos para a renovação, caso o prazo de renovação seja inferior, parece ser de concluir que o legislador estabeleceu imperativamente um prazo mínimo de renovação”; e (ii) da conjugação do artigo 1096.º com o artigo 1097.º n.º 3, que impede que a oposição à renovação, por iniciativa do senhorio, opere antes de decorrerem 3 anos de duração do contrato, parece resultar que o legislador pretendeu que o contrato tenha, efetivamente, uma vigência mínima de 3 anos.

Para maiores desenvolvimentos, remete-se para o *Foro de Actualidade Jurídica Uría Menéndez*, 61, marzo 2023, pp. 148-155, onde o tema foi analisado a propósito do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de janeiro de 2023, que sustentou (apesar de forma pouco clara) no sentido de que o prazo de renovação de três anos tem natureza supletiva.

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

Obtención de la licencia de primera ocupación mediante silencio administrativo positivo

Resolución de 31 de marzo de 2023 (BOE 18 de abril de 2023)

Se presenta escritura de obra nueva de una vivienda unifamiliar y se señala que la licencia de primera ocupación se entiende concedida por silencio administrativo. El registrador suspende la inscripción, puesto que no se testimonia ni se acompaña la licencia de primera ocupación, sin que sea admisible su adquisición por silencio administrativo positivo, con base en el artículo 11 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. La DGSJyFP estima el recurso y revoca la calificación del registrador.

En el ámbito de la legislación balear, el artículo 159 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears, contempla la licencia de ocupación. No obstante, el artículo 151 del mismo texto establece un régimen de silencio positivo para el caso de que la resolución expresa no se notifique en el plazo máximo de tres meses.

Por el lado de la legislación estatal, el artículo 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, requiere para la inscripción de la declaración de obra nueva terminada el otorgamiento de la licencia de primera ocupación. Además, del artículo 11 de la misma norma estatal no resulta una regla expresa de silencio negativo respecto de la licencia de primera ocupación.

Por lo expuesto, la DGSJyFP concluye que la legislación autonómica puede prever la obtención de la licencia de primera ocupación mediante silencio administrativo positivo. Para cumplir con la exigencia de acreditación del artículo 28.1 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, deberá incorporarse a la escritura, en original o por testimonio, a) la certificación administrativa del acto presunto; b) el escrito de solicitud de la licencia, el de denuncia de la mora, y la manifestación expresa del declarante de que no se la ha comunicado por la Administración la correspondiente resolución denegatoria, o c) cualquier otro medio de prueba admitido en derecho. Cuando no se aporte el certificado administrativo de acto presunto, el registrador deberá comunicar la inscripción a la Comunidad Autónoma y al Ayuntamiento.

Ejecución judicial hipotecaria sin demanda ni requerimiento de pago al tercer poseedor

Resolución de 26 de abril de 2023 (BOE 15 de mayo de 2023)

Se presenta testimonio de un decreto de adjudicación y el correspondiente mandamiento de cancelación dictados en un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados. El registrador suspende la inscripción por los siguientes motivos:

La titular registral de la finca contra la que se despacha ejecución hipotecaria la transmitió a un tercero por título de compra. La adquisición por el nuevo titular se realizó con fecha anterior a la presentación de la demanda y, fundamentalmente, su inscripción registral se produjo con anterioridad a aquella. Por tanto, la adquisición e inscripción tuvieron lugar antes de la expedición de certificación de dominio y cargas.

En virtud de los artículos 132.1.º de la Ley Hipotecaria y 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento, es necesaria tanto la demanda como el requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes. No obstante, el tercer poseedor no fue demandado antes de la interposición del procedimiento hipotecario, sino que el Juzgado, a la vista de que en la certificación de cargas constaba como titular un tercero, acordó la notificación y requerimiento, lo que se llevó a efecto.

La DGSJyFP comparte el criterio del registrador y entiende que no puede alegarse el desconocimiento de la existencia del tercer poseedor, cuyo título adquisitivo constaba inscrito en el registro antes de la expedición de la certificación de dominio y cargas. El tercer poseedor debió ser emplazado de forma legal en el procedimiento de ejecución. La posterior notificación sobre la existencia de dicho procedimiento no puede suplir a la debida demanda y requerimiento de pago.

Sin embargo, la DGSJyFP concluye que la citada conclusión no puede sostenerse en el presente caso. La DGSJyFP recuerda que, si bien el registrador debe velar por la intervención del tercer poseedor en el procedimiento, una vez que una resolución judicial firme decide sobre dicha cuestión, no le compete cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

En consecuencia, la DGSJyFP acuerda estimar el recurso y revocar la calificación de la registradora.

9 de junio de 2023



Laboral y
Seguridad Social

Laboral y Seguridad Social*

9 de junio de 2023

1. Legislación

[España]

La nueva reforma de las pensiones introduce modificaciones relevantes en la Ley General de la Seguridad Social

Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE de 17 de marzo de 2023)

El objetivo de la reforma es introducir medidas urgentes e imprescindibles para garantizar la continuidad del sistema de pensiones y cumplir con los compromisos pactados con la Unión Europea. Para ello, se modifican varios aspectos de la regulación de la cotización de los trabajadores recogida en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Una de las principales novedades es que, a partir del 1 de octubre de 2023, se deberá dar de alta en el sistema de Seguridad Social a los alumnos que estén realizando prácticas formativas o prácticas académicas externas (becarios), independientemente de la remuneración que perciban. La empresa estará obligada a informar expresamente a la Tesorería General de la Seguridad Social sobre el número de días en el que se han realizado prácticas no remuneradas en los últimos tres meses. Hasta el 31 de diciembre de 2023, la cotización consistirá en una cuota máxima mensual de 53,59 euros por contingencias comunes, y de 6,51 euros por contingencias profesionales.

Ya en materia de pensiones y cotización, con efectos desde enero de 2023 hasta diciembre de 2050, se introducen modificaciones en el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI), de forma que se aplicará gradualmente una cotización finalista hasta llegar a 1,2 puntos porcentuales en 2029 para todos los regímenes en los que se cotiza por contingencia de jubilación. El objetivo será nutrir el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, y esta cotización adicional no podrá ser objeto de bonificación, reducción, exención o deducción.

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

A partir de enero de 2024, se incrementará gradualmente el tope máximo de las bases de cotización, que se determinará en un porcentaje igual al que se establezca para la revalorización de las pensiones contributivas. Para los trabajadores por cuenta ajena que superen el importe de la base máxima de cotización, se establece una cuota adicional de solidaridad estructurada en tres tramos que se aplicará gradualmente desde 2025 hasta 2045, cuando alcanzará su valor definitivo (6 %, 5 % para la empresa y 1 % para el trabajador). En la modalidad contributiva, todas las pensiones y el complemento de brecha de género se revalorizarán conforme al IPC, añadiendo un incremento adicional acumulativo para compensar la carga que supondrá el incremento de la cotización.

A partir de enero de 2026, se establecerá un nuevo método de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, al que se podrá recurrir si resulta más beneficioso que el cómputo actual (últimos 25 años). Así, se permite ampliar el periodo de referencia de 25 a 27 años, teniendo en cuenta los 29 años anteriores al mes previo al del hecho causante. Posteriormente, se seleccionarán de oficio las 324 bases de cotización de mayor importe de todo el periodo. Para la integración de periodos en los que no haya existido obligación de cotizar, se tendrán en cuenta las primeras 48 mensualidades con la base mínima de cotización del régimen general que corresponda, y el resto con el 50 % de esta.

Asimismo, se introducen otras medidas relevantes en cuanto a la actualización de pensiones mínimas y no contributivas, pensiones reconocidas al amparo de normas internacionales, procedimientos de incapacidad temporal, supresión de la incapacitación judicial y protección de los menores con cáncer u otras enfermedades graves.

El Gobierno introduce cambios en la Orden de cotización para 2023 para actualizar las cuantías previstas al SMI e incluir el coeficiente de cotización para artistas

Orden PCM/313/2023, de 30 de marzo, por la que se modifica la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023 (BOE de 31 de marzo de 2023)

Esta Orden entra en vigor el 1 de abril, con efectos desde el 1 de enero de 2023, e introduce cambios en la Orden de cotización del presente ejercicio. Además de actualizar las cuantías provisionales vinculadas al importe del SMI para 2023, introduce un nuevo artículo 23 bis (con efectos desde el 1 de julio de 2023), que regula el coeficiente aplicable para determinar la cotización correspondiente de los beneficiarios de la prestación especial por desempleo para artistas. Las diferencias de cotización que puedan producirse como consecuencia de las modificaciones se ingresarán a través de los mecanismos previstos en la Orden publicada en enero de 2023 (ingresos y liquidaciones sin recargo).

Firmado el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva

Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE de 31 de mayo de 2023)

Los principales compromisos asumidos por las organizaciones empresariales y sindicales firmantes se resumen en los siguientes:

- i. Se aboga por una política salarial que contribuya, de manera simultánea, a la reactivación económica, a la creación de empleo y a la mejora de la competitividad de las empresas españolas. En ese sentido, los salarios negociados en los próximos años deberán incrementarse un 4 % en 2023, un 3 % en 2024 y un 3 % en 2025, incorporando una cláusula de revisión con alzas de hasta el 1 % adicional si la inflación sobrepasa estos incrementos.
- ii. Se prevén avances en el desarrollo de la reforma laboral. En este sentido, se profundiza en cuestiones de la contratación laboral, como son los periodos de prueba y las distintas tipologías de contratos (de duración determinada, fijos-discontinuos y a tiempo parcial).
- iii. Por último, se incluyen cuestiones que facilitarán unas relaciones laborales diversas en las empresas. Por ejemplo, se promueve la jubilación parcial y el contrato de relevo como instrumentos para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de las plantillas, y se renueva el compromiso por la igualdad entre hombres y mujeres. Asimismo, se establece un marco de fomento para las personas con discapacidad y un ámbito laboral favorecedor para las personas del colectivo LGTBI.

[Portugal]

Agenda do trabalho digno

Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (DR n.º 66, Série I de 2023-04-03)

No âmbito da Agenda do Trabalho Digno, foi publicada a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, que procedeu à alteração do Código do Trabalho, do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social e de legislação conexas com o objetivo de melhorar as condições de trabalho e a conciliação entre a vida pessoal, familiar e profissional dos trabalhadores.

As alterações incidiram sobre diversas matérias, em particular: *outsourcings* (externalizações) e trabalhadores independentes, período experimental, dever de informação a cargo do empregador, teletrabalho, cessação do contrato de trabalho (incluindo aumento da compensação devida ao trabalhador), proteção na parentalidade e prerrogativas do trabalhador cuidador.

O presente diploma entrou em vigor no dia 1 de maio de 2023.

Atualização do subsídio de refeição

Portaria n.º 107-A/2023, de 18 de abril (DR n.º 76, 1º Suplemento, Série I de 2023-04-18)

A presente Portaria veio atualizar para € 6,00, com efeitos a 1 de janeiro de 2023, o montante do subsídio de refeição atribuído aos trabalhadores da Administração Pública, tendo em consideração o presente contexto de inflação e a consequente diminuição do poder de compra dos trabalhadores.

Apesar de o subsídio de refeição previsto neste diploma se destinar aos funcionários públicos, a atualização do seu montante tem também reflexos no setor privado, uma vez que este quantitativo corresponde ao limite máximo de isenção em sede de IRS e de contribuições à Segurança Social, aplicável quer aos trabalhadores do setor público, quer aos do privado, ao abrigo do artigo 2.º, n.º 3, alínea 2), do CIRS e do artigo 45.º, n.º 3, do Código Contributivo.

Por conseguinte, a partir da data de entrada em vigor desta Portaria, o subsídio de refeição passou a beneficiar de isenção de IRS e de contribuições à Segurança Social até ao montante de € 6,00 e € 9,60, conforme seja pago em dinheiro ou em cartão/vale de refeição, respetivamente.

Compromisso emprego sustentável

Portaria n.º 109/2023, de 19 de abril (DR n.º 77, Série I de 2023-04-19)

A Portaria n.º 109/2023, de 19 de abril, veio proceder à alteração da Portaria n.º 38/2022, de 17 de janeiro, que criou e regulou a medida "*Compromisso de Emprego Sustentável*" que consiste na concessão, à entidade empregadora, de dois apoios financeiros à celebração de contrato de trabalho sem termo com desempregado inscrito no Instituto do Emprego e da Formação Profissional, I. P. ("IEFP"), a saber: (i) um apoio financeiro à contratação e (ii) um apoio financeiro ao pagamento de contribuições para a Segurança Social.

A Portaria 109/2023 veio, assim, alargar o leque de destinatários elegíveis para esta medida. Por um lado, passa a ser elegível o desempregado inscrito no IEFP há pelo menos três meses consecutivos, reduzindo-se assim o anterior período de inscrição mínimo obrigatório de 6 meses. Por outro lado, o conjunto de beneficiários relativamente aos quais é dispensado o referido prazo mínimo de inscrição como desempregado no IEFP é alargado aos seguintes casos:

- A. pessoa com idade igual ou inferior a 35 anos;
- B. pessoa com idade igual ou superior a 45 anos;
- C. refugiado ou beneficiário de proteção temporária; e
- D. pessoa que tenha concluído há menos de 12 meses estágio financiado pelo IEFP.

De recordar que a concessão dos apoios financeiros previstos nesta medida implica a manutenção do contrato de trabalho apoiado e a manutenção do nível de emprego alcançado por via do apoio financeiro durante, pelo menos, 24 meses a contar do primeiro mês de vigência do contrato apoiado. Nos termos da Portaria 109/2023, a "*verificação do nível de emprego*" deixa, porém, de ser feita semestralmente, passando a prever-se apenas a obrigação de a mesma ser feita até ao final do prazo de 24 meses a contar do primeiro mês de vigência do contrato apoiado.

Por fim, prevê-se agora a possibilidade de a empresa manter o apoio financeiro em caso de cessação do contrato de trabalho apoiado, desde que substitua o trabalhador por outro desempregado elegível, no prazo de 30 dias.

As alterações resultantes da Portaria 109/2023 entraram em vigor no dia 20 de abril de 2023.

2. Jurisprudencia

[Supranacional]

La divulgación a los medios de información empresarial confidencial puede quedar protegida por el derecho a la libertad de expresión del trabajador

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 14 de febrero de 2023

Tras la publicación de la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, de Protección de Informantes, sentencias como esta cobran especial interés de cara a delimitar los límites de la libertad de expresión de los trabajadores. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reitera los criterios aplicados en la Sentencia Guja c. Moldavia en cuanto a la protección de personas denunciando infracciones normativas (*whistleblowers*). Para valorar la procedencia de una sanción al informante, es necesario tener en cuenta de forma global y no jerárquica los siguientes factores: (i) canal utilizado para la divulgación, (ii) autenticidad de la información, (iii) buena fe de la denuncia, (iv) interés público de la información, (v) equilibrio entre el perjuicio para el empleador y el interés público, y (vi) proporcionalidad de la sanción impuesta al denunciante. En este caso, la revelación de información fiscal empresarial está protegida por el derecho a la libertad de expresión recogido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos debido a su interés público y a su contribución esencial para el debate nacional y comunitario preexistente sobre la evasión fiscal.

[Unión Europea]

A efectos de insolvencia empresarial, la institución competente para garantizar los salarios impagados de un teletrabajador es la del país en el que la empresa tiene actividad económica

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de febrero de 2023

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea continúa acotando su interpretación del régimen aplicable en supuestos de prestación de servicios a distancia (teletrabajo). En este caso, el trabajador prestaba servicios no presenciales para una empresa austriaca, habiendo pactado contractualmente que iba a residir y cotizar en Alemania. A efectos de la regulación comunitaria en materia de Seguridad Social, no se puede considerar que la empresa (cuyo núcleo de actividad se encuentra en Austria) tenga actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros por el hecho de que uno o varios de sus trabajadores presten servicios a distancia desde otro país. Esto se debe a que la empresa no tiene una presencia económica permanente en Alemania, que no se caracteriza por la presencia de infraestructura física, sino por la existencia de medios humanos suficientes para desempeñar su actividad en ese Estado. Por ello, resulta indiferente que el trabajador estuviese sujeto a la legislación laboral de Alemania y cotizase allí: la autoridad garante ante la que puede solicitar sus salarios impagados es la austriaca, por ser el país en el que la empresa contratante está domiciliada y ejerce su actividad.

[España]

El mensaje emitido por el presidente de la Autoridad Portuaria de Cartagena, que condicionaba la continuidad en el ejercicio del derecho de los trabajadores, consistente en el uso de la vivienda del faro de Mazarrón, a la retractación por parte del sindicato CC. OO. de unas manifestaciones vertidas por este, vulnera el derecho a la libertad de expresión en el marco de la libertad sindical

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de marzo de 2023

La controversia se centra en determinar si un comunicado del presidente de la Autoridad Portuaria de Cartagena remitido por correo electrónico a todos los trabajadores de la empresa, en el que tomaba la decisión de posponer el uso de la vivienda del faro para su utilización hasta que el sindicato CC. OO. se retractase de ciertas declaraciones que había realizado, vulneró el derecho fundamental de la parte demandante a la libertad sindical y a la libertad de expresión. El contenido del comunicado fue el siguiente:

“Le preguntamos cuándo pensaban poner a disposición de todos los trabajadores el uso del faro de Mazarrón y nos dijeron que el 7 de enero de 2019. Cuando les comentamos que por qué no se abría antes nos respondieron que —estaban esperando que llegara la vajilla—. ¿Vosotros os lo creéis? Nosotros NO, probablemente sea que en nochebuena y nochevieja el faro va a estar lleno de gaviotas”.

El Tribunal Constitucional estima la vulneración del derecho a la libertad de expresión, inherente y no escindible del derecho fundamental de libertad sindical de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras de la Región de Murcia. La sentencia considera que el mero anuncio empresarial que condiciona la conservación del disfrute del uso de la vivienda del faro de Mazarrón a la retractación de un comunicado emitido por el citado sindicato en el legítimo ejercicio de sus facultades de representación y reivindicación supone la vulneración de estos derechos fundamentales.

El Tribunal aprecia que el mensaje emitido constituye una exigencia directa al sindicato de retractación en las manifestaciones críticas, ya que la difusión del mensaje se realizó a toda la plantilla de trabajadores, por escrito y por los canales ordinarios de comunicación con los trabajadores, mediante la utilización del correo corporativo de la empresa. El presidente de la Autoridad Portuaria de Cartagena dotó así el mensaje de publicidad y repercusión con un implícito efecto de presión al sindicato, teniendo en consideración también que el comunicado de la Autoridad Portuaria se mantuvo en el tiempo. Todo ello constituye una injerencia en los derechos fundamentales vulnerados porque tiene la entidad suficiente para anularlos.

Finalizada la vigencia de un pacto extraestatutario que establecía un premio por permanencia de 25 años en la empresa, dicho derecho deviene inexigible

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 2023

El pacto extraestatutario establecía que todos los trabajadores de la empresa que cumplieran 25 años de antigüedad en ella tenían derecho a percibir una paga compuesta de salario base, antigüedad y plus de convenio como premio de permanencia.

La actora, al cumplir los 25 años de antigüedad, solicitó el percibo del premio de permanencia a la empresa, que le fue denegado aduciendo que no se contemplaba en ningún acuerdo vigente. El Alto Tribunal falla que los pactos cuestionados, alcanzados en años sucesivos, entre la empresa y la representación de los trabajadores han complementado o precisado lo establecido en los sucesivos convenios colectivos estatutarios de aplicación, pero no constituyen un verdadero convenio colectivo, sino pactos incluibles entre los denominados *extraestatutarios*.

Así pues, estos pactos de eficacia limitada no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral. Ello conlleva una serie de consecuencias de trascendencia jurídica, entre otras, el que por su contenido de carácter exclusivamente obligacional no gozan del efecto de ultraactividad propio de las cláusulas normativas de los convenios colectivos estatutarios, dejando de surtir efectos en la fecha prevista como máxima para su duración.

El derecho a la jubilación parcial reconocido en el convenio colectivo aplicable no es exigible sin acuerdo previo entre las partes del contrato, salvo que el convenio lo imponga de manera inequívoca

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 2023

El Alto Tribunal sentenció que, pese a cumplir con los requisitos que impone el convenio colectivo para acceder a la jubilación parcial, el trabajador que solicita acceder a ella, no goza de un derecho automático y debe atenderse a los términos del convenio para valorar la obligatoriedad de su concesión por la empresa.

Es decir, cuando el convenio colectivo aplicable reconoce el derecho a acceder a la jubilación parcial, al cumplir la edad y requisitos exigidos por la legislación vigente, sin mayores precisiones (como la imposición del deber empresarial de aceptar la solicitud o de celebrar el preceptivo contrato de relevo), no puede entenderse que estemos ante un verdadero y perfecto derecho que sea exigible. Para que la regulación convencional sea directamente exigible, esta debe resultar inequívoca, lo que ocurre cuando el acuerdo no solo establece el derecho del trabajador a jubilarse parcialmente y continuar prestando servicios a tiempo parcial, sino que también añade que el empleador queda obligado a aceptar la propuesta que se le realice.

Así pues, la empresa no está obligada legalmente a aceptar la propuesta de jubilación parcial del trabajador ni tampoco a formalizar un contrato de relevo si no conviene a sus intereses, como tampoco puede imponer esta fórmula de renovación de su plantilla.

En la responsabilidad del Estado en relación con los salarios de tramitación, deben descontarse las cantidades que se hubieran recibido por trabajar en otra compañía

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de marzo de 2023

El Tribunal Supremo (“TS”) unifica doctrina sobre el alcance de la obligación del Estado para reintegrar al empresario los salarios de trámite y las correspondientes cuotas de Seguridad Social que excedan de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda y hasta el día en que la sentencia declaró la improcedencia del despido cuando el trabajador hubiera prestado servicios para otra compañía en ese período de tiempo.

Los salarios de tramitación están concebidos como una reparación de la falta de ingresos del trabajador durante la tramitación de un proceso que concluye con la declaración de improcedencia o nulidad de su despido. De ahí que, si durante la citada tramitación el trabajador ha conseguido ingresos por vía de empleo o colocación en otra empresa, el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (“ET”) autoriza el descuento correspondiente de esos salarios. Por ello, si el trabajador ha desarrollado actividad para otra empresa en todo o en parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración, en cuanto al montante de esta, no ha existido perjuicio alguno; y si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento.

El servicio de comedor y cafetería se considera propia actividad de los centros municipales de mayores del Ayuntamiento de Madrid

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2023

A efectos del artículo 42 ET, y en relación con el reparto de responsabilidades entre empresario principal y contratistas y subcontratistas, se considera que los servicios de comedor y cafetería son propia actividad de los centros de mayores del Ayuntamiento de Madrid. Según el Reglamento de Régimen Interior de estos centros, todos ellos han de contar con cafetería y comedor. Así, el TS concluye que se trata de una competencia atribuida al ente público, que constituye un servicio complementario, pero inherente y estrictamente necesario para la prestación adecuada del servicio encomendado, y por ello se considera propia actividad.

El pago del salario con 10,5 días de retraso durante un año es causa de extinción del contrato de trabajo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2023

El TS casa la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por entender que el retraso en el pago del salario tiene la gravedad suficiente para justificar la resolución indemnizada del contrato de trabajo *ex* artículo 50.1.b) ET. En este caso concreto, durante un año, el empleador no cumplió con el deber esencial del pago del salario de forma puntual y en la fecha convenida (según el convenio, los 5 últimos días de cada mes). Los retrasos continuados en 336 días alcanzaron un promedio de retraso de 10,5 días. Por ello, se cumplió el requisito de la suficiente gravedad, ya que el retraso no era esporádico, sino reiterado en el tiempo.

El empleador no tiene la facultad unilateral de modular o condicionar el cumplimiento de la obligación de abono puntual del salario (artículo 1256 del Código Civil: “*ni la reiteración de la insatisfacción de la obligación puede resultar en una modificación de la misma*”). Por ello, es necesaria la concurrencia del requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial. A efectos de determinar tal gravedad, debe valorarse tan solo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario, ponderando el alcance del incumplimiento de acuerdo con criterios de orden temporal (retrasos continuados y persistentes en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado). Así pues, concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, tal y como ocurre en este caso, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos.

En todo registro y auditoría retributiva debe determinarse la retribución media y mediana de todas las categorías de trabajadores, aunque solamente se encuadren en ellas personas trabajadoras de un único sexo

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 23 de febrero de 2023

El artículo 5 del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, determina las normas aplicables al registro retributivo, que deberá desglosar por sexo lo percibido por cada grupo profesional existente según el sistema de clasificación profesional aplicable en la empresa para detectar posibles desigualdades salariales. En este caso, la empresa no incluía en el registro retributivo ni la media ni la mediana de las retribuciones en las categorías que estaban ocupadas por personas de un único sexo, o por un único trabajador o trabajadora, dejando en blanco las casillas correspondientes. Se argumentaba que, en este caso, incluir esta información contravendría la normativa nacional y comunitaria en materia de protección de datos: al existir un único trabajador en un puesto de trabajo, sería muy sencillo identificar la retribución percibida por la persona en concreto.

La Audiencia Nacional considera que esta práctica es claramente contraria a la legislación vigente, ya que priva al registro y a la auditoría salarial de los instrumentos necesarios para identificar posibles discriminaciones indirectas por razón de sexo en materia de retribución. En este caso, existe una finalidad legítima que justifica el tratamiento de datos personales: garantizar el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, recogido en el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 14 de nuestra Constitución.

Despedir a un trabajador sin darle audiencia previa se considera despido improcedente conforme a las normas del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2023

En una decisión novedosa, el Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) de Baleares se pronuncia en favor de la aplicación de un tratado internacional por considerar que la legislación nacional no se ajusta al Convenio n.º 158 (el “Convenio”) de la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”).

Del tenor literal del artículo 7 del Convenio se deduce que no es posible dar por terminada una relación laboral por motivos relacionados con la conducta o el rendimiento del trabajador sin que se le ofrezca la posibilidad de defenderse de los cargos que se formulan contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad. Por ello, en supuestos en los que no se haya dado audiencia al trabajador antes de comunicarle la decisión extintiva, el despido podrá ser considerado como improcedente.

Según el TSJ de Baleares, la normativa nacional (que solamente prevé la incoación de un expediente contradictorio previo al despido para los representantes de los trabajadores y funcionarios y personal laboral de las Administraciones públicas) no es respetuosa con el contenido del Convenio de la OIT, que es plenamente aplicable al haber sido válidamente ratificado por España. Teniendo en cuenta que el requisito de audiencia ha de ser previo al despido, no se podría considerar que la conciliación previa al juicio fuese suficiente para cumplir con los requisitos del Convenio de la OIT, por lo que se hace necesaria una mayor cautela a la hora de tomar decisiones extintivas motivadas por la conducta o el rendimiento del trabajador. En este caso, la ausencia del trámite de audiencia al trabajador determina la improcedencia del despido.

[Portugal]

Transmissão de estabelecimento – Inexistência – Serviços de segurança privada

Acórdão de 3 de março de 2023 (Processo n.º 445/19.2T8VLG.P1.S1) – STJ

Na ação em apreço, o trabalhador (“Autor”) peticionava, na sequência da adjudicação, por uma terceira entidade, dos serviços de vigilância e segurança privada — até então prestados pela sua empregadora (“Antiga Prestadora”) — a uma nova empresa (“Nova Prestadora”), o reconhecimento da existência de uma transmissão de estabelecimento entre Antiga Prestadora e Nova Prestadora, e que, conseqüentemente, se condenasse a Nova Prestadora (i) a reconhecer a sua sub-rogação legal na posição de empregadora no contrato de trabalho do Autor, bem como (ii) a reintegrar o Autor ao seu serviço. Subsidiariamente, peticionava o Autor que, na eventualidade de se entender que tal transmissão de estabelecimento não teria ocorrido, se condenasse a Antiga Prestadora na reintegração do trabalhador nos seus quadros. Com efeito, desde a data da adjudicação, nenhuma das duas entidades havia dado qualquer trabalho ao Autor.

O Tribunal de 1.ª Instância considerou que tinha ocorrido uma transmissão de unidade económica, em razão da continuidade do tipo de serviços e manutenção dos meios/recursos utilizados pela Nova Prestadora (i.e., alarme, computador, circuito interno de televisão), ainda que esta entidade apenas tenha admitido ao seu serviço um dos quatro trabalhadores da Antiga Prestadora que, como o Autor, vinham prestando os serviços de segurança no âmbito da anterior adjudicação. Nessa medida, condenou a Nova Prestadora nos pedidos (i) e (ii) acima indicados.

A Nova Prestadora interpôs recurso de apelação, tendo o TRP revogado a decisão de 1.ª Instância e condenado a Antiga Prestadora a reintegrar o Autor ao seu serviço, porquanto entendeu que os serviços de vigilância e segurança privada aos quais o Autor estava afeto não constituíam uma unidade económica autónoma, capaz de preservar a sua identidade após a adjudicação dos ser-

viços à Nova Prestadora, uma vez que esta última não teria admitido o universo de trabalhadores afetos aos serviços, com exceção de um.

Não resignada, a Antiga Prestadora interpôs recurso de revista e, neste âmbito, veio o STJ a suspender a instância e suscitar junto do TJUE três questões prejudiciais. Neste contexto, o TJUE esclareceu que, nos casos em que a atividade repousa essencialmente na mão-de-obra (como é exemplo paradigmático a atividade de segurança privada), a identidade não se mantém — não havendo transmissão — quando o novo prestador de serviços não retoma o essencial dos efetivos, em termos de número e competências, o que sucedeu *in casu*, em que apenas um dos quatro trabalhadores (sem competências ou conhecimentos específicos) foi transmitido e em que não foram transferidos quaisquer bens incorpóreos (i.e., *know-how*).

Seguindo a orientação do TJUE, o STJ negou o recurso de revista, mantendo a decisão do TRP.

Direito a férias – Dias úteis vs. Dias de trabalho – *Lay-off*

Acórdão de 8 de março de 2023 (Processo n.º 20790/20.3T8LSB.L1.S1) – STJ

No presente caso, um sindicato (“Sindicato”), em representação dos seus afiliados, intentou uma ação judicial contra uma empresa (“Ré”), com fundamento na violação do direito ao gozo de férias dos trabalhadores durante o período de suspensão ou redução do contrato de trabalho decorrente da aplicação do regime de *lay-off* extraordinário adotado durante o período pandémico (vulgo “*lay-off* simplificado”).

Com especial relevo, o Sindicato peticionava (entre outros) que, face ao teor da cláusula 41.^a, n.º 8, do Acordo de Empresa aplicável às relações jurídicas em causa (“AE”), segundo a qual se determinava que “*uma vez fixado o período de férias, com data de início e data de fim durante o qual o trabalhador estará de férias, será feita a contagem definitiva dos dias úteis, sendo apenas considerados úteis os dias em que pelo horário aplicável o trabalhador estaria ao serviço*”, não deveriam ser contabilizados como dias de férias aqueles em que, por força da implementação do *lay-off* simplificado, o trabalhador não iria prestar trabalho, tendo o Tribunal de 1.^a Instância dado deferimento a este pedido. Por sua vez, em sede de recurso de apelação interposto pela Ré quanto a este segmento decisório, o TRL decidiu em sentido contrário ao do Tribunal de 1.^a Instância.

Nesta esteira, o Sindicato interpôs recurso de revista para o STJ, que determinou a improcedência do mesmo. Em suma, o STJ concluiu que deveriam ser considerados como dias úteis — para efeitos da contabilização dos 22 dias úteis de férias — todos os dias da semana, de segunda a sexta-feira, com exceção dos feriados, e não apenas os dias em que os trabalhadores prestariam trabalho durante a vigência do *lay-off* (tal como parece resultar da cláusula 41.^a, n.º 8, do AE).

De outro modo, promover-se-ia um tratamento desigual entre os trabalhadores que, em resultado do regime de *lay-off*, trabalhassem menos de cinco dias por semana e aqueles que, embora estivessem também sujeitos a este regime, trabalhassem o mesmo número de horas que os primeiros, mas repartido por todos os dias da semana e, ainda, os que trabalhadores que não tivessem sido abrangidos pelo *lay-off*. No limite, o direito a férias dos trabalhadores que, no contexto do *lay-off*, não prestassem atividade em todos os dias da semana, prolongar-se-ia indefinidamente.

Esta conclusão é suportada pela doutrina existente quanto às situações em que os trabalhadores não tenham dois dias de descanso semanal — o que sucede, por exemplo, com os trabalhadores a tempo parcial que prestem a sua atividade em menos do que cinco dias da semana —, que foi aqui acolhida pelo STJ.

Concluiu, ainda, o STJ que uma solução diferente da adotada desvirtuaria o objetivo do *lay-off* de garantir a solvabilidade económica às empresas, mantendo os postos de trabalho, e subverteria a finalidade visada pelo direito a férias de recuperação física e psicológica dos trabalhadores.

Contrato de trabalho por tempo indeterminado – Contrato de trabalho em comissão de serviço – Licitude do despedimento – Presunção de aceitação do despedimento

Acórdão de 17 de abril de 2023 (Processo n.º 6952/20.7T8PRT.P1) – TRP

No caso sob análise, uma trabalhadora (“Autora”) propôs uma ação especial de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento de que foi alvo por parte da sua empregadora (“Ré”).

A Autora havia sido contratada pela Ré a 20.06.2018, mediante contrato de trabalho por tempo indeterminado, para o exercício da função de técnica superior no polo escolar da Ré, no Porto, auferindo a remuneração mensal € 1.200,00. Dias mais tarde, a 25.06.2018, a Trabalhadora aceitou celebrar um acordo de comissão de serviço com a Ré, através do qual passou também a exercer as funções de responsável dos polos escolares da Ré na região norte, auferindo uma remuneração mensal de € 500,00 a esse título.

Ora, a 31.01.2020, a Ré procedeu à cessação da comissão de serviço, ao abrigo do artigo 163.º do Código do Trabalho, e ainda ao despedimento por extinção de posto de trabalho da Autora, nos termos do artigo 369.º do mesmo diploma e pagou à Autora, até à cessação do contrato, uma quantia a título de compensação e créditos vencidos e exigíveis por efeito do despedimento.

Em resposta enviada à Ré a 24.03.2020, a Autora declarou não reconhecer a existência de fundamentos legais para o seu despedimento e solicitou o IBAN da Ré de forma a devolver a quantia recebida a título de compensação pelo despedimento. No entanto, a devolução da referida compensação veio apenas a ter lugar a 02.09.2020. Face ao hiato temporal decorrido entre o pagamento da compensação e a devolução da mesma, a Ré sustentou que a Autora havia aceitado o despedimento, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 366.º do Código do Trabalho.

Na sua análise, o TRP começou por se debruçar sobre o cálculo da compensação devida pelo despedimento por extinção do posto de trabalho, nomeadamente se a remuneração a ter em conta para esses efeitos seria de € 1.200,00 (correspondentes à remuneração devida ao abrigo do contrato de trabalho) ou de € 1.700,00 (correspondentes à soma da remuneração devida ao abrigo do contrato de trabalho com a remuneração especial devida pela comissão de serviço). Caso o valor entregue fosse inferior à compensação mínima legal, a presunção de aceitação do despedimento não poderia operar, nos termos do artigo 366.º, n.º 4, do Código do Trabalho.

A este respeito, referiu o TRP que, no “*cômputo da compensação devida no despedimento por extinção de posto de trabalho, haverá que considerar apenas a retribuição correspondente ao contrato de trabalho por tempo indeterminado, não incluindo o valor da retribuição paga pela comissão de serviço*”, pelo que, no caso concreto, o valor a considerar para o cálculo da remuneração a entregar pela Ré seria € 1.200,00.

Por fim, sobre a questão da presunção de aceitação do despedimento, recordou o TRP que nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 366.º do Código do Trabalho, é imposto ao trabalhador que, perante uma situação de despedimento, com o qual este não concorda, exista um comportamento ativo para que se possa considerar que, efetivamente, este não aceita os motivos do despedimento, nomeadamente através da devolução ou não aceitação da compensação.

No caso vertente, tendo a Autora recebido a quantia em causa a 24.03.2020 e procedido à devolução da mesma apenas a 02.09.2020, o TRP considerou que a presunção de aceitação do despedimento não foi validamente ilidida, porque tampouco foi alegado pela Autora um qualquer facto justificativo da demora na devolução do valor que justificasse a sua retenção. Assim, o Tribunal concluiu pela aceitação do despedimento por parte da Autora e, nessa sequência, deu por improcedente o pedido de declaração de ilicitude do despedimento, absolvendo a Ré.

Falta por falecimento de familiar – Dias consecutivos – Contrato coletivo de trabalho

Acórdão de 17 de maio de 2023 (DR 95/2023, Série I de 17 de maio de 2023)

No processo em análise, uma Empresa intentou uma ação especial de interpretação do contrato coletivo de trabalho (“CCT”) aplicável às suas relações laborais contra os respetivos outorgantes (i.e., a associação de empregadores (a Associação dos Industriais Metalúrgicos, Metalomecânicos e afins de Portugal — AIMMAP (“AE”), e o Sindicato Nacional da Indústria e Energia — SINDEL (“Sindicato”)), pedindo que fosse proferida decisão no sentido de que a menção a “*dias consecutivos*” na cláusula 82.ª do CCT, relativa a falta por falecimento de familiar, não pode ser interpretada como referindo-se apenas “*dias úteis*” ou a “*dias de trabalho*”, mas antes a dias consecutivos de calendário. Em primeira instância, o Tribunal acolheu esta interpretação.

Inconformado, o Sindicato interpôs recurso de apelação para o TRP, cuja decisão — com um voto de vencido — o julgou procedente, determinando que a expressão “*dias consecutivos*” deveria ser entendida por referência ao conceito de falta previsto no artigo 248.º do Código do Trabalho e, conseqüentemente, dizer respeito apenas a dias consecutivos de *falta* ao trabalho e não a dias consecutivos de calendário.

Na sequência desta decisão, Empresa e AE interpuseram recurso de revista para o STJ, que revoçou o acórdão do TRP por considerar — a partir do elemento literal da norma — que se os outorgantes do CCT tivessem querido dar à expressão “*dias consecutivos*” outro significado que não o de dias de calendário, tê-lo-iam feito, como fizeram, aliás, noutras cláusulas do CCT, nas quais se utilizaram, para diferentes situações, as expressões “*dias úteis*”, “*dias seguidos*” e “*dias úteis consecutivos*”.

O STJ acrescentou, ainda e com especial ênfase, que uma interpretação diversa da acolhida determinaria uma manifesta discriminação entre os trabalhadores abrangidos pelo CCT, na medida em que beneficiaria aqueles que gozassem o seu descanso aos fins-de-semana (face aos que gozam o seu descanso em dias úteis) ou aqueles que apenas trabalhassem a tempo parcial ou em regime de horário concentrado (face aos que trabalham cinco ou seis dias por semana).

Concorrência entre portarias de extensão – Instrumento mais recente

Acórdão de 10 de maio de 2023 (Processo n.º 2051/21.2T8LRA.C1.S1) – STJ

O Acórdão em apreço foi proferido no contexto de uma ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento intentada por uma trabalhadora (“Autora”) contra uma empresa (“Ré”), até então sua empregadora, e debruça-se essencialmente sobre a questão da determinação do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (“IRCT”) concretamente aplicável à relação laboral entre ambas, num contexto em que haveria dois IRCT potencialmente aplicáveis às partes.

As diferentes instâncias ofereceram soluções distintas para a determinação do contrato coletivo de trabalho (“CCT”) aplicável à relação de trabalho entre a Autora e a Ré: por um lado, em sede de 1.ª Instância, o Tribunal entendeu que a escolha do CCT aplicável competia à Autora, ao abrigo do disposto no artigo 497.º, n.º 2, do Código do Trabalho.

Por sua vez, em sede de recurso de apelação, o TRL, rejeitou a possibilidade de escolha do CCT aplicável por parte da Autora com base naquele normativo, por os IRCT ali em causa terem sido objeto de portaria de extensão, as quais concorrem entre si. Nesse contexto, o TRL pugnou no sentido de a convenção coletiva aplicável ser determinada pela aplicação da mais recente portaria de extensão, por ser o que resulta da aplicação das regras constantes dos artigos 483.º, n.º 2, e 482., n.ºs 2 e 4, ambos do Código do Trabalho.

Neste particular, por “mais recente” portaria de extensão, o TRL veio a determinar que se deve entender a portaria de extensão mais recente a cada momento da relação de trabalho.

Finalmente, concordando que não estaria em causa a possibilidade de escolha do IRCT pela Autora nos termos do artigo 497.º do Código do Trabalho, mas afastando-se da interpretação do TRL, o STJ concluiu que, para efeitos de aferição do CCT aplicável, deveria ser considerada a portaria de extensão mais recente à data de celebração do contrato de trabalho entre a Autora e a Ré (uma vez que é nessa data que se define o CCT aplicável à relação laboral) e que outra solução poderia levar à instabilidade quanto ao regime coletivo aplicável àquela relação.

9 de junio de 2023



Marítimo,
Transporte y
Logística

Marítimo, Transporte y Logística*

9 de junio de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Transporte marítimo

Reglamento (UE) 2023/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2015/757 con el fin de incorporar las actividades de transporte marítimo al régimen para el comercio de derechos de emisión en la Unión y de seguir, notificar y verificar las emisiones de gases de efecto invernadero adicionales y las emisiones procedentes de tipos adicionales de buques (DOUE L 130/105 de 16 de mayo de 2023)

El Reglamento incluye las actividades de transporte marítimo en el régimen para el comercio de derechos de emisión en la Unión, con el fin de garantizar que dichas actividades contribuyan, en una parte equitativa, al aumento de los objetivos climáticos de la Unión, así como a los objetivos del Acuerdo de París. En particular, el Pacto Verde Europeo combina un conjunto completo de medidas e iniciativas que se refuerzan entre ellas, cuyo objetivo es lograr la neutralidad climática en la Unión de aquí a 2050.

Este Reglamento establece las normas aplicables para un seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otra información pertinente de los buques que arriben, zarpen o se encuentren en puertos bajo jurisdicción de un Estado miembro, para promover la reducción de las emisiones de este tipo de gases procedentes del transporte marítimo de una forma rentable.

Resulta de aplicación a buques con un arqueo bruto igual o superior a 5000 toneladas, y a partir del 1 de enero de 2025 se aplicará a los buques de carga general de arqueo bruto inferior a 5000 toneladas, pero no inferior a 400 toneladas.

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

Transporte aéreo

Directiva (UE) 2023/958 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE en lo que respecta a la contribución de la aviación al objetivo de la Unión de reducir las emisiones en el conjunto de la economía y a la adecuada aplicación de una medida de mercado mundial (DOUE L 130/115 de 16 de mayo de 2023)

La Directiva 2003/87/CE estableció un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión ("RCDE") a fin de fomentar la reducción de las emisiones de esos gases de forma eficaz en relación con los costes y de forma económicamente eficiente.

Las modificaciones introducidas por la Directiva son esenciales para garantizar la integridad del RCDE de la UE y orientarlo eficazmente para que contribuya a la consecución de los objetivos de la Unión de reducir las emisiones netas de gases de efecto invernadero en un 55 % como mínimo, de aquí a 2030, y alcanzar la neutralidad climática de aquí a 2050, así como el objetivo de lograr emisiones negativas a partir de entonces.

Dichas modificaciones tienen por objeto la aplicación también al sector de la aviación de las contribuciones de la Unión en virtud del Acuerdo de París. Por consiguiente, la cantidad total de derechos de emisión para la aviación deberá consolidarse y quedar sujeta al factor de reducción lineal a que se refiere el artículo 9 de la Directiva 2003/87/CE.

Directiva (UE) 2023/959 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, que modifica la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión, y la Decisión (UE) 2015/1814, relativa al establecimiento y funcionamiento de una reserva de estabilidad del mercado en el marco del régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión (DOUE L 130/134 de 16 de mayo de 2023)

Los objetivos de la Directiva son, entre otros, promover reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero de forma rentable y económicamente eficiente, y proporcional para alcanzar el objetivo de reducción de las emisiones netas de gases de efecto invernadero para el conjunto de la economía de aquí a 2030.

Se trata de regular el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión ("RCDE") para que funcione correctamente e incluya un instrumento para estabilizar el mercado, lo cual constituye un medio fundamental para que la Unión alcance su objetivo de reducción de las emisiones netas de gases de efecto invernadero. Para ello, se crea una reserva de estabilidad del mercado que pretende corregir el desequilibrio entre la oferta y la demanda de derechos de emisión.

El artículo 3 de la Decisión (UE) 2015/1814 establece que la reserva debe revisarse tres años después de su puesta en marcha y que se debe prestar atención especial a la cifra porcentual para

determinar la cantidad de derechos de emisión que deben incorporarse a la reserva de estabilidad del mercado, el umbral relativo a la cantidad total de derechos de emisión en circulación ("CTDC") que determina la incorporación de derechos de emisión y la cantidad de derechos de emisión que deben retirarse de la reserva. El umbral actual que determina la incorporación de derechos de emisión a la reserva de estabilidad del mercado se estableció en 2018, con la última revisión del RCDE de la UE, mientras que el factor de reducción lineal se está incrementando mediante esta Directiva. Por consiguiente, la Comisión también debe evaluar la necesidad de un posible ajuste de dicho umbral, en consonancia con el factor lineal a que se refiere el artículo 9 de la Directiva 2003/87/CE.

2. Jurisprudencia

[España]

Posibles ayudas de Estado e incompatibilidad de la Proporción 1/30 VTC con el derecho al libre establecimiento del artículo 49 TFUE

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de junio de 2023 en el asunto "Prestige and Limousine" (as. C-50/21)

La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia ("TJUE") al analizar el Reglamento VTC aprobado por el Área Metropolitana de Barcelona ("AMB") declara que las restricciones a la operativa VTC no constituyen una ayuda de Estado del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento (TFUE), puesto que, aunque podrían suponer una cierta ventaja, esta no lleva aparejada una reducción de ingresos al erario público.

En cuanto a la posibilidad de que las medidas sean contrarias al derecho al libre establecimiento del artículo 49 del TFUE, el Tribunal reconoce la posible limitación de este derecho en respuesta a una causa de interés general. En su análisis, trata de manera diferenciada los dos elementos controvertidos: por un lado, la necesidad de obtener una segunda licencia y, por otro lado, la imposición de la denominada *Proporción 1/30*.

Respecto de la necesidad de obtener una segunda licencia, el Tribunal determina que esto no es contrario, *prima facie*, al artículo 49 TFUE, siempre y cuando el procedimiento de obtención de la segunda licencia se regule a través de criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por los concurrentes. Subraya también que la exigencia de una segunda licencia será válida, siempre y cuando responda a necesidades de interés general específicas de la conurbación, ya sean estas de índole social, medioambiental o de gestión, sin que pueda solaparse con el procedimiento de obtención de licencias a nivel estatal.

Cuestión distinta es la Proporción 1/30, que el TJUE declara contraria al artículo 49 del TFUE. Según el Tribunal, esta constituye una medida desproporcionada, carente de justificación suficiente y que *"no parece apropiada para garantizar la consecución de los objetivos de buena gestión del*

transporte, del tráfico y del espacio público". Considera la corte que, en aplicación del juicio de proporcionalidad, la AMB y otras partes interesadas no han acreditado suficientemente la imposibilidad de adoptar medidas alternativas menos gravosas o con un grado de idoneidad mayor.

9 de junio de 2023



Medio Ambiente

9 de junio de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Directivas (UE) 2023/958 y 2023/959 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, que modifican la Directiva 2003/87/CE (DOUE L 130/2023, de 16 de mayo)

Estas dos Directivas modifican diversos puntos de la Directiva 2003/87/CE que, en su momento, estableció el régimen para el comercio de los derechos de emisión de los gases de efecto invernadero ("GEI") en la Unión para reducir las emisiones de esos gases de forma eficaz.

La principal novedad es la inclusión del transporte marítimo en el régimen de comercio de derechos de emisión, una inclusión que será gradual para las obligaciones de entrega de derechos de emisión, de seguimiento y notificación de las emisiones, o de transferencia de los costes derivados del régimen de comercio de derechos de emisión desde la empresa naviera a otra entidad.

Asimismo, se prevé el establecimiento de un marco de seguimiento, notificación y verificación de los efectos de la aviación no derivados del CO₂. Sobre ese marco, la Comisión tendrá que presentar un informe y una propuesta legislativa que contenga una serie de medidas de mitigación de los efectos de la aviación no derivados del CO₂ para la consiguiente ampliación del régimen de comercio de los derechos de emisión. También en materia de aviación, se contemplan una serie de reglas relacionadas con el sistema CORSIA, reglas de asignación de derecho de emisión de GEI a los vuelos, así como medidas orientadas a incentivar el uso de combustibles sostenibles.

* Esta sección de Medio Ambiente ha sido coordinada por: Jesús Sedano Lorenzo, y en su elaboración han participado Bárbara Fernández Cobo, Claudia Lastella Ortega, Luis Villar González, Iñigo Ormaeche Lendínez y Patricia Pareja Pérez del Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez (Madrid).

[España]

Ley 3/2023, de 30 de marzo, de Economía Circular de Andalucía (BOJA de 11 de abril de 2023)

Esta Ley tiene por objeto fomentar y desarrollar un nuevo modelo de protección ambiental basado en la economía circular. Para ello, la Ley modifica, entre otras normas, la Ley 7/2007 de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, la Ley 10/2021 de Tasas y Precios Públicos de Andalucía y el Decreto 131/2021, por el que se aprueba el Plan integral de residuos de Andalucía.

Además, la Ley introduce una serie de novedades.

En primer lugar, se crea la Oficina Andaluza de Economía Circular, dedicada al desarrollo de funciones de asesoramiento, coordinación y gestión de las acciones y políticas previstas en la Ley; se establece la elaboración de la Estrategia Andaluza para la Economía Circular y de otros instrumentos de planificación de ámbito local; y se recogen los aspectos ambientales de circularidad que pretenden incorporarse a la contratación pública.

En segundo lugar, destaca la creación del Registro público andaluz de análisis del ciclo de vida y las medidas encaminadas al fomento de la reparabilidad y prolongación de la durabilidad de los productos. Asimismo, se establecen criterios específicos para que los proyectos de actividades de valorización sean considerados como inversiones empresariales de interés estratégico.

Además de lo anterior, la Ley (i) refuerza la aplicación del principio de jerarquía de los residuos; (ii) transpone algunos de los objetivos de las directivas europeas sobre residuos; (iii) define la adaptación de los sistemas de RAP hacia aquellos productores que asuman voluntariamente responsabilidades financieras o financieras y organizativas; (iv) establece la obligación de adoptar las medidas para simplificar los procedimientos para la consideración de subproducto y fin de la condición de residuo; y (v) regula el fomento de la recogida de basuras marinas y la implementación de incentivos específicos.

Finalmente, otro de los aspectos novedosos de la Ley es la regulación de las cadenas de valor de productos clave, recogida en el título V. En particular, se regulan los siguientes productos: (i) aparatos electrónicos, eléctricos, baterías y vehículos; (ii) plásticos y envases; (iii) productos textiles; (iv) alimentos, nutrientes y bioproductos; (v) agua; y (vi) construcción y edificios.

Ley del Principado de Asturias 1/2023, de 15 de marzo, de Calidad Ambiental (BOPA de 24 de marzo de 2023)

Esta Ley establece el marco normativo para garantizar una adecuada calidad ambiental en el Principado de Asturias.

Destaca que la Ley prosigue en la tendencia hacia la simplificación de los procedimientos de intervención administrativa de actividades, limitando la exigencia de autorizaciones medioambientales a los supuestos justificados por razones de interés general. Para el resto de casos, dada su menor incidencia ambiental, rige el régimen de declaración responsable ambiental.

Ley Foral 14/2023, de 5 de abril, del Impuesto especial sobre los envases de plásticos no reutilizables (BON de 24 de abril de 2023)

La Ley Foral regula, para el ámbito territorial de la Comunidad Foral de Navarra, el impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables creado por la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. El objetivo es fomentar la circularidad del plástico, ya sea mediante la prevención de la generación de residuos envases de plásticos no reutilizables, ya sea mediante su reciclado.

En líneas generales, la Ley desarrolla el régimen jurídico de este impuesto. Entre otras cuestiones, establece el hecho imponible del impuesto, que grava la fabricación y la adquisición intracomunitaria, además de la introducción irregular en la Comunidad Foral de Navarra, de los envases no reutilizables que contengan plástico, los productos plásticos semielaborados destinados a la obtención de los mencionados envases y los productos que contengan plástico destinados a permitir el cierre, la comercialización o la presentación de envases no reutilizables. Sus contribuyentes serán, fundamentalmente, los fabricantes y adquirentes intracomunitarios y, en el caso de la introducción irregular, quien posea, comercialice, transporte o utilice los productos. La base imponible del impuesto está constituida por la cantidad de plástico no reciclado, expresada en kilogramos, contenida en los productos sujetos al impuesto, gravada a un tipo impositivo de 0,45 euros por kilogramo.

La Ley regula también los supuestos de no sujeción y de exención al impuesto y su devengo, así como las posibles deducciones, devoluciones, las normas generales de gestión y el régimen sancionador asociado.

El impuesto especial tendrá efectos desde el 1 de enero de 2023, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria 7.^a de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 20 de abril de 2023 (asunto C-580/21)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") resuelve la petición de decisión prejudicial de un Tribunal alemán sobre la interpretación del artículo 16, apartado 2, letra c), de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, en relación con el art. 2 a) y e) y el art. 4, apartado 3, párrafo segundo, de la misma Directiva.

En particular, se solicita una interpretación sobre si una instalación de tratamiento térmico de residuos (biodegradables y no biodegradables) mediante la que se produce energía eléctrica y térmica es una "*instalación de producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables*".

Esta petición se produce en el contexto de un litigio entre la sociedad titular de una instalación de tratamiento térmico de residuos y otra sociedad mercantil, gestora de la red eléctrica, en relación con una reclamación de indemnización por los perjuicios sufridos por la primera a raíz de las solitudes de la segunda de reducción de suministro por problemas de congestión en la red.

El precepto objeto de interpretación establece que los Estados miembros deberán establecer un acceso prioritario o garantizado a la red a la electricidad generada a partir de fuentes renovables. La cuestión prejudicial es, por tanto, determinar si ello alcanza a las instalaciones que generan electricidad utilizando fuentes de energía renovables y también convencionales.

En este contexto, el TJUE concluye que los objetivos de utilizar al máximo la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables y de un aumento sostenido del transporte y distribución de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables podrían verse comprometidos si una instalación de producción de electricidad que no utilice exclusivamente fuentes de energía renovables quedara excluida del acceso prioritario previsto en el artículo 16, apartado 2, letra c), de la Directiva 2009/28.

Por lo tanto, interpreta ese precepto en el sentido de que la prioridad de acceso a la red eléctrica de que disfrutan las instalaciones de generación de electricidad que utilizan fuentes de energía renovables ha de concederse no solo a las instalaciones que generan electricidad exclusivamente a partir de fuentes de energía renovables, sino también a aquellas que la generan a partir de fuentes de energía tanto renovables como convencionales. Ahora bien, el TJUE añade que una instalación que genera electricidad a partir de fuentes tanto renovables como convencionales disfruta de prioridad de acceso a la red únicamente para la parte de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional n.º 302/2023, de 27 de enero (recurso n.º 578/2020)

La Audiencia Nacional (“AN”) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una sociedad contra una resolución de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar de 9 de marzo 2020, por la que deniega a la actora una concesión de ocupación de dominio público marítimo terrestre para una playa artificial en la zona norte de Costa Teguise, TM Teguise, Lanzarote.

La razón de la denegación es que la playa artificial propuesta se ubicaría en un lugar de importancia comunitaria (“LIC”) de la Red Natura 2000: el espacio marino del oriente y sur de Lanzarote-Fuerteventura (ESZZ15002), aprobado por la Orden AAA/368/2015, de 24 de febrero (“Orden”), declarado con el fin de proteger los bancos de arena cubiertos permanentemente por agua marina y arrecife, y las especies de interés comunitario de delfín mular y tortuga boba.

Dada dicha circunstancia, la Administración denegó la concesión porque la solicitud (i) no cumplía ninguna de las consideraciones listadas por la Ley 42/2007 que permiten implantar proyectos en lugares que albergan una especie protegida, (ii) no permitía alcanzar los fines que conforme la Ley 22/1998 debe perseguir la actuación administrativa en las zonas de dominio público maríti-

mo-terrestre y (iii) no estaba justificada dentro del contexto propuesto por las Directrices sobre Playas en España.

La recurrente arguye que es titular de una parcela ubicada en primera línea de costa en la que proyecta la construcción de un hotel y que linda con un tramo de costa de 200 m. Además, aporta un estudio de impacto ambiental en el que se señala que la zona en cuestión no alberga ninguna de las especies ni hábitats protegidos que han motivado la propuesta de LIC. De esta forma, alegó que el impacto de la playa propuesta era compatible y no conllevaba un impacto negativo sobre el LIC.

La AN subraya que, con arreglo a la Ley de Costas, la concesión tiene carácter discrecional y que la Administración ha ofrecido una respuesta valorando las circunstancias y la documentación aportada, por lo que ha adoptado una decisión conforme a derecho, adecuadamente justificada y fundamentada, con absoluta observancia del procedimiento administrativo exigido. En este sentido, añade que la Administración no está obligada a otorgar los títulos de utilización del dominio público marítimo terrestre que se soliciten, pudiendo ser denegados por razones de oportunidad u otras de interés público debidamente motivadas. Además, expone que la recurrente (i) no aduce razones de interés público, (ii) se centra únicamente en que se ha llevado a cabo un estudio de impacto ambiental que, además, obvia los valores ambientales integrados en la Orden y (iii) pone en duda que esos terrenos sean LIC.

Por estos motivos, la Audiencia Nacional desestima el recurso y confirma la resolución recurrida.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía n.º 53/2023, de 18 de enero (recurso n.º 753/2021)

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular frente a una resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir ("CHG") que le impuso una sanción económica y la obligación de reparación del daño por haber llevado a cabo una derivación de aguas subterráneas para riego sin autorización de la CHG.

La recurrente funda su pretensión en que una empresa pública estatal fue la encargada de tramitar la totalidad del expediente sancionador, quedando relegada la actuación de los funcionarios públicos de la CHG a la firma de los documentos y resoluciones. Esta circunstancia sería contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que dispone que *"como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio, de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de medios para ello, al auxilio de Entidades Públicas Empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicho auxilio o asistencia"*.

En efecto, en este caso una empresa pública estatal tramitó el expediente en el marco del contrato público de prestación de servicios celebrado con la CHG, debido al elevado volumen de trabajo de esa Administración.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recurso al apreciar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la tramitación del expediente había vulnerado las más elementales garantías del procedimiento administrativo sancionador.

De esta manera, confirma que los funcionarios de la CHG tenían que haber sido los encargados únicos y exclusivos de examinar las alegaciones, sin que resulte inadmisibles que el instructor del procedimiento conozca de su contenido por notas-resumen elaboradas por la empresa pública estatal, puesto que ello hace desaparecer las garantías de integridad. También confirma que es inadmisibles que la empresa pública estatal elaborara los borradores de todas las fases del procedimiento sancionador, y solo se pasaran a firma del funcionario de la CHG, lo que suponía prescindir materialmente del ejercicio de las competencias sancionadoras por sus legítimos titulares.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 383/2022, de 28 de octubre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, n.º rec. 4122/2021)

La sentencia analizada desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un centro de natación (el "Centro") contra la Resolución de 24 de junio de 2021 de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil, por la que se deniega al Centro la renovación de su concesión, así como la legalización de las instalaciones existentes en la actualidad (la "Resolución" y la "CHMS").

El objeto principal de la controversia es determinar si la concesión que el Centro tenía sobre el dominio público hidráulico (el "DPH") donde se sitúan sus instalaciones deportivas debe o no renovarse.

El Centro entiende que procede la renovación y funda su recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

- i. Las limitaciones de usos en zonas inundables persiguen garantizar la seguridad de las personas y no debe aplicarse sobre construcciones ya consolidadas, como las utilizadas por el Centro, porque estas no representan riesgo alguno.
- ii. Ausencia de afecciones al DPH, en tanto no se prevé ejecución de nuevas construcciones, sino únicamente la autorización del uso de las ya existentes.
- iii. La previa autorización anterior de las mismas actividades realizadas por el Centro en esa parcela, generadora de actos propios de la Administración y de confianza legítima respecto del administrado.

Sin embargo, el Tribunal desestima la demanda por los siguientes motivos:

- i. La resolución impugnada no resolvió una verdadera solicitud de prórroga, sino una nueva solicitud de concesión sobre el DPH. Y es que la concesión previamente otorgada había expirado tras vencer el plazo de veinte años sin que previamente a su vencimiento se solicitase su prórroga.

- ii. El hecho de haber sido titular de una concesión anterior, encontrándose extinta su vigencia, no es una circunstancia decisiva que vincule a la Administración a otorgar una nueva concesión. Se trata de un nuevo expediente en la que el otorgamiento de la concesión debe regirse por la normativa vigente en el momento de formularse la solicitud. En la actualidad, de conformidad con el artículo 49.2 del Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Miño-Sil aprobado por el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero (el "PHMS"), *"En la zona de dominio público hidráulico no se admitirá ningún uso, salvo aquellos previstos en la legislación aplicable en materia de aguas, prohibiéndose cualquier tipo de edificación, así como la realización de obras de infraestructura que sean vulnerables o puedan modificar negativamente el proceso de inundación. Respecto a los usos en la zona de servidumbre se estará a lo dispuesto en el artículo anterior"*.
- iii. En este caso, las construcciones y usos actuales son incompatibles con la normativa aplicable, siendo indiferente *"el hecho de estar ya construidas las instalaciones, o su antigüedad y que las mismas hubieran estado amparadas en una concesión anterior"*.
- iv. La resolución recurrida no deniega la autorización del proyecto por la existencia de nuevas afecciones al DPH, sino porque el proyecto presentado incluye ocupaciones del DPH que no son autorizables, por tratarse de usos incompatibles con el PHMS.

El Tribunal concluye recordando que la vinculación a los actos propios, la confianza legítima y la buena fe no amparan la simple expectativa de que las circunstancias preexistentes vayan a mantenerse ni garantizan que hayan de mantenerse indefinidamente *"situaciones de ventaja económica"*.

9 de junio de 2023



Mercantil

9 de junio de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Seguros y reaseguros. Presentación de información periódica

Reglamento de Ejecución (UE) 2023/894 de la Comisión, de 4 de abril de 2023, por el que se establecen normas técnicas de ejecución para la aplicación de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las plantillas para la presentación por parte de las empresas de seguros y de reaseguros a sus autoridades de supervisión de la información necesaria a efectos de su supervisión y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2450 (DOUE de 5 de mayo de 2023)

Entidades de crédito y empresas de inversión. Fondos propios

Reglamento Delegado (UE) 2023/827 de la Comisión, de 11 de octubre de 2022, por el que se establecen normas técnicas de regulación por las que se modifica el Reglamento Delegado (UE) n.º 241/2014, en lo que respecta a la autorización previa para reducir los fondos propios y los requisitos relativos a los instrumentos de pasivos admisibles (DOUE de 19 de abril de 2023)

[España]

Ley de digitalización de actuaciones notariales y registrales

Ley 11/2023, de 8 de mayo, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (BOE de 9 de mayo de 2023)

* Esta sección ha sido elaborada por Ignacio Klingenberg, Teresa Tellechea y Jaime Vázquez, del Área de Mercantil de Uría Menéndez.

La ley traspone al derecho español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, introduciendo novedades relevantes en materia societaria, notarial y registral. Entre estas, se incluyen la posibilidad de constituir una sociedad de responsabilidad limitada íntegramente *online* (siempre que todas las aportaciones sean dinerarias), la posibilidad de que notarios y registradores puedan realizar determinados otorgamientos y autorizaciones vía videoconferencia y la generalización de la copia autorizada electrónica.

Ley del mercado de valores

Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (BOE de 18 de marzo de 2023)

La ley establece un nuevo marco normativo que traspone al ordenamiento jurídico español varias directivas europeas a la vez que reduce los requisitos para la emisión y admisión a negociación de valores.

Asimismo, simplifica el régimen de sanciones aplicables e introduce novedades respecto a ofertas públicas de adquisición, criptoactivos y el uso de tecnologías de registros distribuidos, designando a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como supervisora en relación con estos dos últimos. Regula también, por primera vez en derecho español, las compañías con un propósito especial de compra, generalmente conocidas por sus siglas en inglés SPAC.

[Portugal]

Alterações aos requisitos das políticas de investimento e funcionamento dos ELTIF

Regulamento (UE) 2023/606 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2023 (JO C 80, 20.3.2023, p. 1-23)

O Regulamento (UE) 2023/606 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2023, (o "Regulamento") veio alterar o Regulamento (UE) 2015/760 no que respeita aos requisitos relativos às políticas de investimento e às condições de funcionamento dos fundos europeus de investimento a longo prazo e ao âmbito dos ativos de investimentos elegíveis, aos requisitos de composição e diversificação da carteira e à contração de empréstimos em numerário e outras regras dos fundos.

O presente Regulamento surge da intenção europeia de fomentar o desenvolvimento do segmento dos Fundos Europeus de Investimento a Longo Prazo ("ELTIF") na União, pretendendo reexaminar este regime de modo a assegurar uma maior capitalização dirigida a estes investimentos que permitem, consequentemente, projetos de longo prazo na economia real da União. A par deste, releva também o intuito de facilitar a mobilização e canalização deste capital para a economia real, em particular incentivando a promoção de investimentos que consolidem o Pacto Ecológico Europeu. Na senda deste incentivo ecológico, observa-se a inclusão expressa das obrigações verdes europeias na lista de ativos de investimento elegíveis.

Das inúmeras alterações materiais e não materiais visadas neste Regulamento, cumpre destacar as seguintes:

- i. Obrigação de informação adicional dos ELTIF, de modo a tornar mais completo e atualizado o registo central público, passando este a exigir, nomeadamente, a identificação dos Estados-Membros em que o ELTIF é comercializado, o identificador de entidade jurídica, o número de identificação internacional de títulos, entre outros;
- ii. Supressão do requisito de exigência de valor mínimo dos ativos reais individuais, numa tentativa de contribuir para uma maior diversificação das carteiras e estímulo à eficácia dos investimentos em ativos reais pelos ELTIF;
- iii. Permissão da classificação das instituições financeiras inovadoras recentemente autorizadas como empresas elegíveis através da abertura de exceções à proibição de instituições financeiras como empresas elegíveis para a carteira;
- iv. Alterações nas regras relativas à contração de empréstimos em numerário por parte dos ELTIF, aumentando a percentagem para 50% do valor líquido dos ativos do ELTIF, quando estes podem ser comercializados junto de investidores não profissionais, de modo a permitir uma maior flexibilidade aos gestores dos ELTIF na obtenção de capital; e
- v. Eliminação do requisito de investimento monetário inicial de EUR 10.000,00 por parte dos investidores não profissionais e do limite de 10% do investimento agregado, de modo a facilitar o acesso a estes produtos por parte desta categoria de investidores.

Não obstante o elenco *supra*, as alterações que o presente Regulamento abarca não se extinguem nestas, revelando-se este um mecanismo regulatório de incentivo ao investimento sustentável europeu a longo prazo cujas medidas serão alvo de reexame pela Comissão em 2026 e 2030 (requisitos de sustentabilidade e requisitos gerais, respetivamente), de modo a analisar o impacto prático que as mesmas conseguiram gerar.

O Regulamento é aplicável a partir de 10 de janeiro de 2024. Não obstante, considera-se que os ELTIF autorizados em conformidade com o Regulamento (UE) 2015/760 até àquela data cumprem os requisitos estabelecidos no Regulamento até 11 de janeiro de 2029.

Novo regime da gestão de ativos

Decreto-Lei n.º 27/2023, de 28 de abril (DR 83, Série I, de 28 de abril de 2023)

O Decreto-Lei n.º 27/2023, de 28 de abril, aprova e tem como anexo o novo Regime da Gestão de Ativos ("RGA"), que revoga o RJGRESIE (Regime jurídico do Capital de Risco, do Empreendedorismo Social e do Investimento Social) e o RGOIC (Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo), criando um quadro regulatório comum e regulando as respetivas matérias, até aqui dispersas, num único regime regulador da atividade de gestão coletiva, sob a forma de organismos de investimento coletivo ("OIC").

Segundo a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (“CMVM”), a criação do RGA tem como principais objetivos a simplificação de regulamentação e procedimentos no âmbito da gestão de ativos, permitindo a criação de uma regulação coerente e proporcional, concentrada num só diploma legal, de forma a alcançar um mercado mais competitivo, sem prejuízo da devida tutela dos investidores.

Neste contexto, o RGA vem, em várias matérias, simplificar procedimentos, eliminar requisitos legais considerados excessivos, nomeadamente aqueles que de alguma forma se sobreponham com os já exigidos pela regulação europeia, tentando alcançar a desejada proporcionalidade entre as exigências de proteção dos investidores e a atratividade do mercado português.

Em particular, destaca-se, em primeiro lugar, a nova distinção entre sociedades gestoras de organismos de investimento coletivo (“SGOIC”) de pequena e de grande dimensão, consoante a ultrapassagem de determinados limiares relativos ao montante de ativos sob gestão. Assim, enquanto a regulação imposta às SGOIC de grande dimensão coincide, essencialmente, com aquela que era prevista no RGOIC, prevê-se agora um quadro regulatório bastante menos oneroso para as SGOIC de pequena dimensão, nomeadamente no que concerne ao capital social mínimo, à (não) sujeição a requisitos de adequação dos membros do órgão de fiscalização e dos titulares de participações qualificadas e ao regime de autorização (simplificado).

Por outro lado, é também simplificado o catálogo de entidades que desenvolvem a atividade de gestão de ativos, subdividindo-se em apenas duas — SGOIC e sociedades de capital de risco (“SCR”) — esbatendo-se algumas das diferenças entre ambas. Destaca-se, neste aspeto, o facto de (i) às SGOIC ser restringida a gestão exclusiva de organismos de investimento alternativo (“OIA”) de capital de risco; enquanto (ii) as SCR (a) deverão gerir pelo menos um OIA de capital de risco; e (b) não poderão ter sob gestão uma maioria de OIA imobiliários.

Adicionalmente, o RGA leva igualmente a cabo uma reforma importante do ponto de vista do procedimento para a constituição das entidades reguladas sobre o qual o mesmo versa. Para além do já identificado procedimento simplificado para SGOIC de pequena dimensão, destaca-se que passa a ser previsto um procedimento de autorização junto da CMVM apenas para os OIC em valores mobiliários e os OIC abertos, passando os restantes OIC, incluindo os OIA, a estar sujeitos apenas a comunicação subsequente à CMVM, dando a nova legislação, assim, prevalência à supervisão *ex post* destes organismos.

Ainda no âmbito dos OIA, o RGA vem prever de forma expressa a possibilidade de emissão de obrigações por OIC, sujeito às regras estabelecidas no Código das Sociedades Comerciais, com as necessárias adaptações. Não obstante, alerta-se para a proibição das SGOIC ou SCR subscreverem ou adquirirem obrigações emitidas pelos OIA sob a sua gestão.

O RGA entra em vigor no dia 28 de maio de 2023. Sem prejuízo, as entidades reguladas pelo RGA dispõem de um prazo de 180 dias para se adaptarem ao novo regime, sendo previsto um conjunto de normas transitórias com vista à facilitação de tal adaptação. Finalmente, é esperado que a CMVM lance, em breve, uma consulta pública relativa a projeto de regulamento de concretização do disposto no RGA.

Novo regulamento de emitentes

Regulamento N.º1/2023 da CMVM, de 26 de abril de 2023

O Regulamento N.º1/2023 da Comissão dos Valores Mobiliários (“CMVM”), de 26 de abril de 2023 (“Regulamento de Emitentes”) estabelece os deveres de informação dos emitentes e o regime aplicável às ofertas públicas de aquisição.

Segundo a CMVM, o Regulamento de Emitentes surge com o objetivo de, designadamente, (i) adaptar o conteúdo dos vários regulamentos aplicáveis aos emitentes face às alterações introduzidas no Código dos Valores Mobiliários; e (ii) simplificar os deveres a cargo dos emitentes, eliminando os que se revelam redundantes por já se encontrarem abrangidos pelo dever de divulgação de informação privilegiada ou adicionais face à legislação europeia, sempre que não existam especificidades nacionais que justifiquem a sua manutenção.

Neste sentido, concentram-se no Regulamento de Emitentes as matérias anteriormente dispersas em diversos regulamentos, nomeadamente, (i) o Regulamento da CMVM n.º 7/2018, que altera o Regulamento da CMVM n.º 5/2008; (ii) o Regulamento n.º 5/2008, relativo aos Deveres de informação; (iii) o Regulamento da CMVM n.º 3/2006, que regula as Ofertas e emitentes; (iv) o Regulamento da CMVM n.º 11/2005, referente ao Âmbito das Normas Internacionais de Contabilidade; e (v) o Regulamento da CMVM n.º 6/2002, referente à Apresentação de Informação Financeira por Segmentos, os quais foram agora revogados pelo Regulamento de Emitentes.

Por conseguinte, no que se refere aos deveres de informação, das várias alterações introduzidas pelo Regulamento de Emitentes, destacam-se as seguintes:

- i. Exclusão do âmbito subjetivo do Regulamento de Emitentes das entidades que tenham realizado ofertas públicas sem a subsequente admissão em mercado dos valores mobiliários;
- ii. Eliminação de deveres de informação que resultam, igualmente, do Código dos Valores Mobiliários e do Regulamento (UE) n.º 596/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo ao abuso de mercado. Entres estes deveres, incluem-se os deveres de divulgação de atribuições/alterações de notações de risco, de listas de titulares de participações qualificadas nos relatórios e contas anuais e o dever de sigilo relativamente a informação privilegiada;
- iii. Circunscrição da comunicação de alterações de títulos de imputação de direitos de voto aos limiares para constituição de dever de lançamento de oferta pública de aquisição;
- iv. Eliminação dos deveres relacionados com a divulgação de contas trimestrais; e
- v. Eliminação das normas regulamentares relativas à prestação de informação financeira por segmentos para contas individuais de acordo com o Sistema de Normalização Contabilística.

Ademais, em matéria de ofertas públicas, cumpre destacar as seguintes alterações:

- i. Eliminação de diversas normas em matéria de ofertas e emissões, nomeadamente as normas sobre comunicação subsequente de ofertas particulares, recolha de intenções de investimento, evolução de aceitações e apuramento de resultados e o processo de aprovação do manual de atendimento telefónico;
- ii. Ajustamento das normas relativas às ofertas públicas de aquisição face às alterações promovidas pelo novo Código dos Valores Mobiliários, em particular em matéria de derrogações do dever de lançamento, divulgação do prospeto e adenda ao mesmo;
- iii. Simplificação e melhoria da sistematização da estrutura do prospeto de oferta pública de aquisição; e
- iv. Inclusão de um novo regime sobre peritos independentes para determinação de contrapartida mínima em ofertas públicas de aquisição ou exclusão à negociação; e
- v. Previsão dos critérios para a aferição da liquidez das ações.

De maneira geral, o Regulamento de Emitentes veio assim simplificar e harmonizar as normas já existentes, dando corpo à opção de revisão e integração de todas as matérias elencadas não sujeitas a revogação num só regulamento, autónomo e simplificado.

O Regulamento de Emitentes entrou em vigor no passado dia 27 de abril de 2023.

2. Jurisprudencia

[Espanña]

Constitución de una sociedad limitada

Resolución de 10 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 1 de junio de 2023)

En el expediente se suspende la inscripción de la escritura de constitución de una sociedad limitada debido a tres defectos: (i) no se acredita el NIF de la sociedad con documento auténtico; (ii) el hecho de que el artículo 12 de los estatutos sociales prevea el uso de correo ordinario para enviar la convocatoria a los socios, que habría de exigir acuse de recibo (art. 173 Ley de Sociedades de Capital), y (iii) el tenor del artículo 16 de los estatutos sociales. Respecto al artículo 16 de los estatutos sociales, el registrador argumenta que, aunque la relación orgánica que por naturaleza corresponde al administrador no impide la celebración de un contrato laboral o civil con la sociedad con sus retribuciones correspondientes (cfr. art 220 Ley de Sociedades de Capital), esta acumulación de relaciones y retribuciones ha sido condicionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a que el administrador desarrolle, como consecuencia de las últimas, una actividad dis-

tinta a la que le corresponde como órgano de administración. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo excluye en todo caso los contratos laborales de alta dirección, pues, en caso contrario, la función que el administrador ha de desempeñar sobre la base del vínculo laboral estaría ya incluida dentro de la posición orgánica, prevaleciendo la relación orgánica sobre la laboral y siendo incompatible la dualidad de relaciones y retribuciones —doctrina del vínculo único—.

Respecto al primero, la DGSJFP concluye que no cabe acreditar la existencia del número de identificación fiscal por la mera presentación del escrito por el que se solicita su asignación, ya que este, por su propia naturaleza, no puede contener el número que se solicita. La DGSJFP confirma el primer defecto.

En relación con el segundo defecto, la DGSJFP determina que el correo ordinario no puede emplearse como uno de los sistemas de convocatoria de juntas generales, ya que, del contenido de la Ley 43/2010, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, se desprende que no existe garantía de entrega ni de justificación alguna para esta modalidad de recepción el anuncio.

Por último, la DGSJFP se manifiesta sobre la posibilidad de que los estatutos prevean, junto con el carácter gratuito del cargo, que se desarrollen contratos entre la sociedad y el administrador que supongan que ejercite actividades distintas a las de gestión y representación de la sociedad, contratos que habrían de ser sujetos al control de la junta general, de conformidad con el artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital. Entiende que la mera previsión estatutaria de la posible existencia de tales relaciones civiles o laborales no es, *per se*, indicio de retribución extraestatutaria del cargo de administrador. Para que una cláusula de previsión de relación civil o laboral se rechace por esta causa, es preciso que se configure de modo que deje en la indeterminación o permita inferir una remuneración del cargo de administrador por el ejercicio de sus funciones. De la cláusula estatutaria debatida en el presente expediente resulta con toda claridad que el ejercicio del cargo de administrador es gratuito, como resulta la posibilidad de que el administrador lleve a cabo otras actividades de carácter laboral, amparadas por un contrato de dicha naturaleza y recibir por ello una retribución objeto de aprobación por la junta general. Concluye la DGSJFP afirmando que nada hay en dicha cláusula que permita inferir o sospechar que dichas posibles relaciones, que en puridad no tendrían por qué estar previstas en estatutos, amparen u oculten remuneraciones por el ejercicio del cargo de administrador. Si no existe causa que permita afirmar la existencia de remuneraciones extraestatutarias que violen la gratuidad del ejercicio del cargo de administrador, no cabe tampoco exigir la exclusión expresa de determinadas relaciones laborales, las de alta dirección que conllevan la realización de actividades propias de la administración y gestión de la sociedad. De ser así, sería también exigible la exclusión expresa de cualquier otra actividad laboral o de otra índole, pues, potencialmente, cualquiera de ellas puede encubrir actividades propias de la gestión social. La DGSJFP concluye que no cabe presumir o inferir de una situación lícita ni el fraude ni la intención fraudulenta, y sin perjuicio que, de producirse hechos que quepa subsumir en dichas situaciones, se ejerciten las acciones previstas en el ordenamiento por quien ostente legitimación para ello.

La DGSJFP estima el recurso parcialmente y revoca también parcialmente la calificación de la registradora.

Depósito de cuentas anuales. Cierre de hoja registral

Resolución de 8 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 29 de mayo de 2023)

En el expediente se califica negativamente la inscripción del nombramiento de administrador único de una sociedad anónima cuya hoja registral se encontraba cerrada por falta de depósito de las cuentas anuales.

El recurrente había solicitado la inscripción de la escritura por la que se elevaban a público los acuerdos de junta general de la sociedad anónima con el objetivo de inscribir su cargo y poder formular y proceder al depósito de las cuentas anuales de la sociedad.

La DGSJFP recuerda que (i) el cierre de la hoja registral constituye una sanción contra la sociedad por el incumplimiento de la obligación legal de depositar sus cuentas anuales. No obstante, esa sanción no se aplica en relación con determinadas inscripciones que enumera el artículo 282.2 de la Ley de Sociedades de Capital, entre las que no se encuentra el nombramiento de administradores, y (ii) se levanta en los supuestos y bajo las condiciones que especifica el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil, ninguna de las cuales fueron invocadas en el expediente. El recurrente alegaba la contradicción que supone denegar la inscripción del administrador cuando el nombramiento de ese cargo es necesario para la formulación de las cuentas anuales (artículo 253 de la Ley de Sociedades de Capital).

La DGSJFP indica que el recurrente no tiene en cuenta que esa eventualidad y el mecanismo para solventarla están contemplados en el artículo 378.5 del Reglamento del Registro Mercantil, donde se prevé el levantamiento provisional de la sanción cuando las cuentas no estuvieran aprobadas por la junta general, siempre que se acredite esta circunstancia mediante certificación del órgano de administración con firmas legitimadas, en la que se expresará la causa de la falta de aprobación o mediante copia autorizada del acta notarial de junta general en la que conste la no aprobación de las cuentas anuales.

La DGSJFP desestima el recurso y confirma la calificación de la registradora.

Escritura de apoderamiento

Resolución de 27 de abril de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 15 de mayo de 2023)

En el expediente se rechaza la inscripción de una escritura en la que dos apoderados mancomunados de una sociedad limitada unipersonal pretendían otorgar un poder en favor de un tercero que pudiese hacer uso parcial, por sí solo, de las facultades que ellos tenían conferidas.

El registrador suspende la inscripción al entender que, si los otorgantes únicamente podían ejercer sus facultades de forma mancomunada, no cabe que una tercera persona apoderada por estos pueda ejercer alguna de ellas de forma solidaria, aunque lo haga de forma parcial, basándose en el artículo 261 del Código de Comercio y en el artículo 1259 del Código Civil.

La DGSJFP rechaza tal interpretación, que no se explicita ni se puede inferir de los preceptos citados. Además, entiende que del tenor de los poderes de los otorgantes que requieren un ejercicio mancomunado se desprende que el exigir una determinada forma de ejercicio, en este caso, mancomunada, condiciona la validez de las declaraciones de voluntad que emitan en ejercicio del poder, como la sustituyente, pero en nada restringe el diseño del poder que otorguen por vía de la sustitución.

Por todo ello, la DGSJFP concluye que los otorgantes tenían facultades suficientes como para permitir que determinadas facultades pudieran ser ejercidas por otro apoderado de forma individual.

La DGSJFP estima el recurso y revoca la calificación de la registradora.

9 de junio de 2023



Procesal Civil

9 de junio de 2023

1. Legislación

[España]

Derecho a la vivienda

Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda (BOE de 26 de mayo de 2023)

El pasado 25 de mayo se publicó en el *BOE* la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda, que introduce medidas encaminadas al impulso de la vivienda pública, el establecimiento de límites al precio del alquiler, así como determinados cambios relativos a las relaciones entre arrendador y arrendatario, incluida la protección contra los desahucios.

En relación con las normas procesales que se introducen en la Ley 12/2023, por un lado, el artículo 30.1 reconoce como derechos de las personas demandantes, adquirentes o arrendatarias de vivienda (o en cualquier otro régimen jurídico de tenencia y disfrute), los reconocidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y en la legislación autonómica aplicable.

Por otro lado, a través de la disposición final quinta, la Ley 12/2023, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (la "LEC"):

- i. Modificación del artículo 150 de la LEC, relativo a las notificaciones de resoluciones. Se añade un apartado 4, en el que se establece que, si la notificación de una resolución fija la fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a las Administraciones públicas competentes, por si procediera su actuación.

* Esta sección ha sido coordinada por Antonio José Moya Fernández y Linda Guerra Henríquez, y en su elaboración han participado Miguel Ángel Cepero Aránguez, Sonia Borges Fernández, Guillermo García Berdejo, Amaia Bueno Vidán, Lara de Sousa Amorim, Belén Adell Troncho, Inés Mallo Romar, Marcos Aurelio Rodrigo Henfling, Diego Sobejano Nieto, Javier Alberite Carreño, Kevin Rohira Abad, Carlos Altamirano Gómez, José Emilio Marcello de la Peña, Valentina Pacella Garay, Carlos Francés Ballester, Laia Climent Sanchís, Sara Aquileu Borau, Víctor Motrel Martínez, Paloma Auriolos Gálvez del Postigo, Andrea Andérez Valdepérez, Benjamín Iglesias Wendel, Jorge Azagra Malo, Miguel Moratinos López, David García Martín, Antonio Marín Marín, Eduardo Soria Salvo, Paula Caramés Rodríguez, Alberto Bermejo Nieto, Rubén Ruiz Pérez y Diego Merino Pereda, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Valencia).

- ii. Modificación del artículo 439 de la LEC, relativo a la inadmisión de la demanda en casos especiales.
 - A. Se añade el apartado 6, que dispone que no se admitirán las demandas a las que se refieren los apartados 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la LEC (relativo al ámbito del juicio verbal), que pretendan la recuperación de una finca, en las que no se especifique (i) si el inmueble constituye vivienda habitual; (ii) si la parte demandante tiene la condición de gran tenedora de vivienda¹; y (iii) en caso de que la demandante tenga la condición de gran tenedora, si la parte demandada se encuentra en situación de vulnerabilidad económica.
 - B. Se añade el apartado 7, que dispone que, en caso de que se cumplan las tres condiciones mencionadas en el apartado 6 anterior, no se admitirán las demandas en las que no se acredite que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones públicas competentes. En el caso de que la empresa arrendadora sea una entidad pública de vivienda, el requisito anterior se podrá sustituir por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad.
- iii. Modificación del artículo 440 de la LEC, relativo a la citación para la vista. Se añade un apartado 5, que establece que, en todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que este tendrá lugar.
- iv. Modificación del artículo 441 de la LEC, relativo a la citación para la vista.
 - A. Se modifican los apartados 1 bis y 5. En particular, en el apartado 5 se dispone que, en los casos de los recién añadidos apartados 6 y 7 del artículo 439, cuando la parte actora sea una gran tenedora de vivienda y se hubiera acreditado la vulnerabilidad económica de la parte demandada, las Administraciones públicas competentes efectuarán una propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar, así como de posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada.
 - B. Se añade el apartado 6, que dispone que el tribunal resolverá mediante auto si suspende el proceso para que se adopten las medidas de atención propuestas por las Administraciones públicas. La suspensión se acordará por un plazo máximo de dos o cuatro meses, en función de si el demandante es una persona física o jurídica, respectivamente.

¹ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 k) de la Ley 12/2023, se entiende como "gran tenedora" de vivienda la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Excepcionalmente, también podrá considerarse como "gran tenedor" a la persona física o jurídica que sea titular de más de cinco inmuebles de uso residencial si estos están ubicados en las zonas declaradas como "tensionadas". Se considerará como zona tensionada aquella en la que se cumplan cualquiera de los dos siguientes requisitos: que el precio de la hipoteca o alquiler, contando los gastos y suministros básicos, supere el 30 % de los ingresos de la unidad familiar, o que en los últimos cinco años el precio de compra o alquiler haya subido, al menos, tres puntos por encima del índice de precios al consumo.

- C. Se añade el apartado 7, en el que se regulan las circunstancias que tendrá en cuenta el tribunal a efectos de apreciar la situación de vulnerabilidad, incluida la posible vulnerabilidad de la parte actora.
- v. Modificación del artículo 549 de la LEC, relativo a la demanda ejecutiva. Se introducen modificaciones menores en los apartados 3 y 4 del artículo.
- vi. Introducción del artículo 655 bis de la LEC, relativo a la subasta de bienes inmuebles. Se establece que, cuando el inmueble objeto de la subasta sea la vivienda habitual del ejecutado y el acreedor sea una empresa de vivienda o un gran tenedor de vivienda, deberá acreditarse por la parte actora, antes del inicio de la vía de apremio, si el deudor se encuentra en situación de vulnerabilidad económica. Si el deudor hipotecario se encuentra en situación de vulnerabilidad económica, no se iniciará la vía de apremio si no se acredita que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones públicas competentes. En caso de que la parte ejecutante sea una entidad pública de vivienda, el requisito anterior se podrá sustituir por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad.
- vii. Modificación del artículo 675 de la LEC, relativo a la posesión judicial y ocupantes del inmueble. Se introducen modificaciones menores en el precepto.
- viii. Modificación del artículo 685 de la LEC, relativo a la demanda del proceso de ejecución de bienes especialmente hipotecados y pignorados y a los documentos que han de acompañarse a ella. Se modifica el apartado 2 del artículo, añadiéndose que, en los supuestos de demanda de ejecución sobre bienes hipotecados, deberá indicarse si el inmueble constituye la vivienda habitual del deudor, así como si concurre en la parte ejecutante la condición de gran tenedora de vivienda y si el deudor se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica. En el caso de que el acreedor hipotecario sea un gran tenedor de vivienda, el inmueble objeto de demanda sea la vivienda habitual del deudor hipotecario y este se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, no se admitirán las demandas de ejecución hipotecaria en las que no se acredite que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones públicas competentes. En caso de que el acreedor hipotecario sea una entidad pública de vivienda, el requisito anterior se podrá sustituir por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad.
- ix. Modificación del artículo 704 de la LEC, relativo a los ocupantes de inmuebles que deban entregarse. Se introducen modificaciones menores en el apartado 1.
- x. Incorporación de una nueva disposición adicional séptima, relativa a los procedimientos penales que se sigan por delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal.

Guía sobre transparencia del crédito *revolving* para entidades sujetas a la supervisión del Banco de España

En los últimos años se ha popularizado en España la modalidad de crédito llamada *revolvente* (o, en su terminología inglesa, *revolving*). Se trata de un crédito al consumo, generalmente instrumentado a través de algún medio de pago (como una tarjeta de crédito), en el que el prestatario puede disponer del capital hasta el límite puesto a disposición por el acreedor —normalmente mediante la realización de compras o disposiciones en efectivo—, que irá devolviendo mediante el pago de cuotas periódicas, con la particularidad de que aquel tramo del capital que haya sido devuelto, podrá ser dispuesto nuevamente. El capital dispuesto (y a veces también el no dispuesto) generan a favor del acreedor un interés.

Como quiera que es habitual que en estos créditos la cuota pagada sea insuficiente para el abono de los intereses, son comunes ciertos problemas en este tipo de crédito: (i) el sobreendeudamiento; (ii) la capitalización de intereses; y (iii) la asunción por el prestatario de una carga de intereses demasiado alta.

En este contexto, el Banco de España ha aprobado una *guía de transparencia* mediante la cual se han impartido a las entidades de crédito, a los establecimientos financieros de crédito, a las entidades de dinero electrónico y a las entidades de pago una serie de directrices encaminadas a corregir los problemas de transparencia aparejados normalmente a esta tipología de crédito. Las pautas dadas por el supervisor son las relativas a las siguientes materias.

Procedimientos de gobernanza

i. Comercialización

A los efectos de asegurar una correcta comercialización del producto *revolving*, el Banco de España obliga a los destinatarios de la guía a que cuenten con políticas específicas de comercialización de créditos *revolving*, en las que se deberá (i) identificar el público al que este va destinado (edad, grado de conocimientos financieros, situación financiera, posibilidad de recurrir a otro tipo de financiación, etc.); (ii) asegurar unas políticas y directrices homogéneas de venta; (iii) determinar qué cuerpo comercial se encargará de vender este producto y qué procesos formativos se seguirán para asegurar que todo el personal cuente con un mismo nivel de conocimientos sobre este tipo de crédito; y (iv) articular mecanismos de control que aseguren que todo el personal ejecuta correctamente esas pautas adquiridas durante la formación recibida.

ii. Diseño del producto

Para mitigar el sobreendeudamiento y el devengo de intereses excesivos en el seno del crédito *revolving*, el Banco de España espera de los acreedores que permitan el reembolso del capital dispuesto a través de cuotas libremente elegidas por los deudores (ofreciéndoles la cuota que estos prefieran, sin que esta sea impuesta por el acreedor). En el proceso de reembolso, el acreedor deberá abstenerse de imponer límites a la amortización e in-

tentará que la modalidad de reembolso elegida y la cuota permitan al prestatario cubrir siempre la carga de intereses, evitando así que estos sean capitalizados.

iii. Canales de comercialización

Es una característica de esta modalidad de crédito que su comercialización se produzca por medio de canales dispares, en los que la heterogeneidad de las condiciones de venta es palmaria. Así, mientras que algunos productos *revolving* se venden en sucursales bancarias, muchos se terminan vendiendo por medio de canales no presenciales (teléfono, internet, cajeros automáticos) o incluso a través de comercializaciones deslocalizadas (stands en aeropuertos y centros comerciales, etc.). Para asegurar una venta informada en todos los canales, se impone:

- A. Que cuando la venta se produzca en sucursales bancarias, aunque se pueda recoger la firma del deudor en terminales informáticos que no permiten la lectura de las condiciones particulares y generales del producto, se entregue la documentación relevante en papel antes de producirse esa firma.
- B. Que cuando la venta se produzca a través de canales digitales, se permita al deudor acceder a la documentación precontractual del producto antes de llegar a la pantalla de compra, garantizando que el cliente pueda descargar esa información y/o enviarla a dispositivos de correo electrónico para su oportuna revisión.

iv. Remuneración de comerciales

Los acreedores deberán abstenerse de vincular la remuneración de los comerciales a la venta de productos *revolving*, de modo que estos puedan verse incurso en un conflicto de interés al anteponer sus propios intereses o los de su empresario a los de su clientela.

El contrato y sus modificaciones

La normativa bancaria vigente obliga a que el cliente disponga del contrato —inclusivo tanto de las condiciones particularidades como de las generales— con una antelación suficiente a la contratación. Además, en caso de que durante el curso del contrato este sea unilateralmente modificado por el acreedor, resultará exigible que el deudor sea informado del cambio de condiciones con una antelación mínima de un mes, aunque todos aquellos cambios que beneficien a la clientela deberán ser aplicados de forma inmediata.

Información y actuaciones previas a la celebración del contrato

i. Publicidad

De acuerdo con lo previsto en el artículo 4 de la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de negociación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, la publicidad que lleven a cabo las entidades destinatarias de la guía para la venta de los productos *revolving* deberá ajustarse a los criterios de claridad, suficiencia, objetividad y carácter no

engañoso, así como dejar claro en todo momento el carácter publicitario del mensaje que se dé.

A estos efectos, el cumplimiento de estos requisitos exige que el lenguaje empleado sea sencillo y fácil de entender, que no se oculte en la publicidad información necesaria para que el destinatario pueda adoptar una decisión informada y con el debido conocimiento de causa relativa a su comportamiento económico, que se eviten expresiones que puedan inducir a engaño (como vender el producto *revolving* como si fuera gratuito), que se informe con claridad de la naturaleza y riesgos del contrato y que se explicita el tipo de interés aplicable a través de la TAE.

ii. Atención al cliente

Las directrices del Banco de España obligan a las entidades comercializadoras de productos *revolving* a prestar asistencia individualizada al cliente antes de la firma del contrato, a fin y efecto de que este pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera.

En el marco de esa asistencia precontractual, las entidades deberán explicar a sus potenciales clientes las características esenciales de los productos propuestos, los efectos específicos que pueden tener en su esfera patrimonial y cuáles son las consecuencias de un eventual impago. En particular, y sin ánimo de exhaustividad, el Banco de España considera que, para que lo anterior no sea una mera declaración retórica, se deberá informar al cliente sobre (i) la modalidad de pago establecida para el reembolso del crédito; (ii) la duración indefinida del crédito *revolving*; (iii) la explicación del reparto interno de la cuota elegida; (iv) cómo funciona el producto a través de simulaciones; (v) cómo funciona el derecho de desistimiento; (vi) cuáles son las consecuencias de un eventual impago; (vii) qué posibilidades existen de reembolso anticipado; y (viii) advertir que el acreedor dispone de una facultad de modificación unilateral de las condiciones del crédito.

iii. Evaluación de la solvencia

Con carácter previo a la perfección de cualquier contrato de crédito *revolving*, las entidades destinatarias de la guía del Banco de España estarán obligadas a evaluar la capacidad del potencial cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato, lo que se estima que sucede (i) si el cliente dispone de capacidad económica suficiente para satisfacer sus obligaciones durante toda la vida del contrato sin incurrir en situaciones de sobreendeudamiento y (ii) si las cuotas abonadas anualmente le permiten amortizar como mínimo un 25 % del límite del crédito concedido.

En caso de que no exista una relación previa con un cliente, las entidades deberán extremar su diligencia y asegurar una correcta evaluación de la solvencia del potencial cliente a través de dos vías: (i) la solicitud al potencial cliente de documentación acreditativa de su situación económico-financiera, que deberá ser validada y contrastada, y (ii) la consulta de las bases de datos del Banco de España (CIRBE).

iv. Información precontractual

Antes de la firma de un contrato de crédito *revolving*, el Banco de España exige que las entidades financieras suministren a sus clientes, con la antelación suficiente, la información normalizada europea sobre el crédito al consumo, bien en formato papel o bien en formato electrónico a través de algún soporte duradero.

Como parte profesional del contrato, corresponderá a la entidad financiera haber cumplido con esta obligación de transparencia informativa precontractual, para lo que se exigirá documentación acreditativa de su entrega, que además esté debidamente fechada, sin que sea suficiente introducir en los contratos una cláusula estereotipada por la que se indique que el cliente ha recibido y entendido esa información o que esta se halla a disposición de la contraparte del contrato en la página web de la entidad.

Además de lo anterior, las entidades financieras deberán tomar todas las medidas necesarias para asegurar que el cliente no solo ha recibido esa información, sino que la ha comprendido oportunamente.

Información periódica postcontractual

De forma por lo menos trimestral, las entidades estarán obligadas a suministrar a sus clientes liquidaciones periódicas en las que se expresarán con precisión, claridad y exactitud todas las operaciones efectuadas por el acreedor para la liquidación del crédito. Además, proporcionará información sobre el interés nominal aplicado, el periodo en que este se aplica, las comisiones cobradas, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean necesarios para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y para calcular el coste del servicio. Tales extractos o liquidaciones no podrán contener información ajena a las operaciones de liquidación, tales como información publicitaria, etc.

Seguros vinculados

Cuando una entidad ofrezca seguros vinculados a la contratación del crédito *revolving*, siempre que este tenga un coste para el cliente, deberá informarle de manera expresa y comprensible, haciéndole entender la accesibilidad de este producto y sus características, así como las condiciones del crédito en caso de que se optase por no contratar ningún seguro vinculado.

Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público

Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público (BOE de 22 de marzo de 2023)

El Real Decreto tiene por objeto regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a dis-

posición del público, con independencia de que esos bienes y servicios tengan naturaleza pública o privada.

Se consideran bienes y servicios a disposición del público los ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, que se encuentran en situación de ser adquiridos, contratados, consumidos o usados por la ciudadanía, al ofrecerse con carácter genérico y estar en principio al alcance de cualquier persona, a cambio o no de remuneración y que suelen constituir el objeto de las transacciones propias del tráfico ordinario de un mercado abierto.

Por una parte, el Real Decreto establece en sus disposiciones comunes normas tendentes a garantizar la accesibilidad de los espacios que oferten bienes y servicios a disposición del público (sean públicos o privados). Así, por ejemplo, prevé (i) que el personal destinado a servicios específicos de atención al público deberá recibir formación adecuada para atender a personas con discapacidad; y (ii) que la información y comunicación de los bienes y servicios ofertados por personas físicas y jurídicas deberá estar en formato accesible y adecuado a las necesidades de las personas con discapacidad, con independencia del canal utilizado. También se reconoce el derecho de las personas con discapacidad que precisen de apoyos a ser atendidas con carácter preferente, entre otros.

Por otra parte, se establecen normas específicas para los diferentes sectores de actividad con las que se pretende garantizar la accesibilidad y asistencia a las personas con discapacidad. En concreto, se establecen normas para el ámbito del consumo, comercio minorista, bienes y servicios de carácter financiero, bancario y de seguros; los de carácter sanitario y de promoción y protección de la salud; los de carácter social, asistencial y de atención a la infancia y a las personas mayores; los de carácter educativo; los relacionados con la seguridad ciudadana y las emergencias, la protección civil y la seguridad vial; los de carácter cultural e histórico; los deportivos, recreativos y de ocio; los de naturaleza turística (incluida la hostelería y restauración); y los de carácter medioambiental y naturales.

Aunque el Real Decreto entró en vigor el 23 de marzo, se prevé un calendario para la obligatoriedad y exigibilidad de sus disposiciones, en función de si se trata de bienes y servicios ya existentes y de si se contrata con Administraciones públicas. En el caso de bienes y servicios de nueva titularidad privada y que contraten con Administraciones públicas, las condiciones básicas de accesibilidad recogidas en el Real Decreto serán obligatorias y exigibles hasta el 1 de enero de 2025, y hasta el 1 de enero de 2029 en el caso de que no contraten con las Administraciones públicas. En el caso de bienes y servicios ya existentes, los ajustes razonables que puedan realizarse deberán llevarse a cabo antes del 1 de enero de 2026 si contratan con las Administraciones públicas, y antes del 1 de enero de 2030 si no lo hacen.

2. Jurisprudencia

[España]

El Tribunal Supremo señala que el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1504 del Código Civil requiere que el vendedor haya manifestado inequívocamente al comprador su voluntad de resolver el contrato antes de que se haya producido el pago tardío por parte del comprador, no siendo suficiente con el mero incumplimiento del término esencial por parte del comprador

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2023

La controversia tiene su origen en dos contratos de compraventa de parcelas urbanísticas. En estos contratos se estipula que, cumplidos una serie de trámites urbanísticos por parte del vendedor, el comprador tendrá que realizar una serie de pagos en un plazo de veinte días. En estos contratos se atribuía a este término de veinte días el carácter de esencial, de modo que, de no realizarse estos pagos en este plazo estipulado, el vendedor podría instar la resolución del contrato con arreglo al artículo 1504 del Código Civil.

Tras haber cumplido el vendedor uno de estos hitos urbanísticos, el comprador no pagó la parte del precio convenido en el plazo acordado. Ante ello, el vendedor le requirió el pago otorgándole un nuevo plazo, y advirtiéndole de que de no efectuarse este pago ejercitaría sus derechos contractuales.

Habiendo vencido este nuevo plazo sin que el comprador hubiese realizado el pago, el vendedor comunica notarialmente al comprador que resuelve el contrato. No obstante, unas horas antes de producirse esta comunicación notarial, el comprador había realizado tardíamente el pago en cuestión, por lo que se opuso a esta resolución.

La sentencia de primera instancia declara extinguida la relación contractual por mutuo disenso, sentencia que es revocada por la sentencia de apelación, que declara que la resolución efectuada por el vendedor fue realizada conforme a derecho.

Tras haber interpuesto recurso de casación el comprador, el Tribunal Supremo resuelve esta controversia remitiéndose a su jurisprudencia y señala que el mero incumplimiento de un término esencial no habilita *ipso iure* al vendedor para resolver el contrato con arreglo al artículo 1504 del Código Civil. Para que esta facultad sea procedente, es necesario que el vendedor comunique inequívocamente al comprador su voluntad de resolver el contrato antes de que se produzca el pago tardío, sin que una mera advertencia del ejercicio de los derechos contractuales y legales pueda considerarse como una manifestación inequívoca de la voluntad de resolver el contrato.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestima la acción de resolución de un pacto parasocial ejercitada por uno de los dos socios que lo otorgaron, concluyendo que, dado que este había sido incumplido por ambos socios de manera reiterada durante más de una década, la pretensión resolutoria resultaba contraria a la doctrina de los actos propios

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 2023

Dos hermanos titulares de la totalidad del capital de tres sociedades otorgaron, en abril de 2004, un acuerdo de socios en el que regularon determinadas cuestiones relativas a la toma de decisiones en esas sociedades. En marzo de 2015, uno de los hermanos interpuso demanda frente al otro en la que solicitaba, dado su reiterado incumplimiento, que se declarase la resolución del acuerdo de socios, así como daños materiales y morales por un importe total superior a seis millones de euros.

Las pretensiones del demandante fueron desestimadas tanto en primera instancia como en apelación. La prueba practicada condujo a la conclusión de que, aunque, efectivamente, el demandado había incumplido el acuerdo de socios en diversas ocasiones, lo cierto es que también el demandante había actuado al margen del acuerdo, de modo que ambas partes habían adoptado decisiones sin aplicar lo pactado durante cerca de doce años.

Atendiendo a las circunstancias que quedaron probadas, las sentencias de primera y segunda instancia dejaron sentado que no puede prosperar una demanda basada en el incumplimiento del demandado cuando el propio demandante tampoco cumplió ni tuvo interés en hacerlo durante más de una década, por ir ello en contra de los actos propios y de la buena fe. Las sentencias también aludieron, de conformidad con los términos del debate fijados por las partes, a la jurisprudencia sobre la *exceptio non adimpleti contractus* y la posibilidad de que, en contratos sinalagmáticos, una parte se niegue a cumplir sus obligaciones si la otra no cumple o se ofrece a cumplir las suyas.

El demandante interpuso recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación frente a la sentencia de apelación. La infracción procesal denunciada, consistente en un defecto de motivación en la sentencia de segunda instancia, es desestimada por el Tribunal Supremo tras recordar la validez de la motivación por remisión y exponer que, en todo caso, la motivación que se alega inexistente es en realidad prolija y exhaustiva.

Por su parte, el recurso de casación se articulaba en torno a tres motivos. En los dos primeros motivos, el recurrente alegaba que la decisión desestimatoria se fundaba en una aplicación incorrecta de la *exceptio non adimpleti contractus*, y que en todo caso no se habían examinado sus requisitos ni los de la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestima estos motivos reprochando al recurrente que incurre en un sofisma, en tanto que la aplicación de la jurisprudencia sobre la *exceptio* no integró la *ratio decidendi* de la sentencia de apelación: la razón esencial y decisiva para desestimar las pretensiones ejercitadas fue la doctrina de los actos propios. Siendo ello así, como confirma el Tribunal Supremo, no hay incorrección alguna en la omisión por parte de la sentencia de apelación del examen sobre la concurrencia o no de los requisitos para estimar pretensiones resolutorias o la aplicación de la

mencionada excepción. Dado que, como se recuerda en la sentencia, el recurso de casación solo puede dirigirse frente a las razones determinantes de la decisión estimatoria o desestimatoria adoptada, se desestiman los dos primeros motivos planteados por el recurrente.

Asimismo, la sentencia destaca que la propia parte recurrente aporta argumentos que conducirían en todo caso a la desestimación de la acción de resolución. Si, como afirma el recurrente, no procede aplicar la excepción porque el acuerdo de socios no comporta prestaciones recíprocas, entonces ese acuerdo no sería susceptible de resolución por el cauce del artículo 1124 del Código Civil, que permite a una parte resolver un contrato si la otra incumple la obligación recíproca que le corresponde y, por tanto, solo resulta de aplicación en contratos sinalagmáticos.

En el tercer motivo de casación el recurrente alegaba que se había infringido la doctrina de los actos propios, pues, según su tesis, no existió ningún acto concluyente e inequívoco incompatible con la pretensión de resolver el acuerdo de socios que formuló en la demanda. La sentencia resume las notas características de la doctrina de los actos propios, conforme a la interpretación y aplicación realizada por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el propio Tribunal Supremo. Con base en ello, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo concluye que no ha existido infracción de la doctrina al desestimar las pretensiones: dado que, atendiendo a los hechos acreditados, el acuerdo de socios fue incumplido durante doce años por ambas partes, la denuncia realizada por el demandante del incumplimiento por el demandado supone una actuación contraria a sus propios actos y no puede prosperar.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal al apreciar incongruencia en la sentencia de apelación. Considera que la Audiencia Provincial no debió entrar a conocer de la demanda reconvenicional ejercitada en términos subsidiarios para el caso de que no se estimaran las excepciones invocadas en la contestación y oposición a la demanda

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2023

El Tribunal Supremo resuelve una controversia surgida a raíz de la disputa por la titularidad dominical de una finca. La parte actora interpone demanda ejercitando una acción declarativa de nulidad por simulación subjetiva en la compraventa de la referida finca y una acción declarativa de dominio a favor de determinados hermanos.

El demandado se opone y formula demanda reconvenicional, a efectos subsidiarios, para el caso de que no se estimaran las excepciones invocadas en la contestación y oposición a la demanda. En la demanda reconvenicional ejercita una acción declarativa de adquisición de la propiedad por usucapión.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por falta de legitimación activa *ad causam* y, como consecuencia de ello, aprecia carencia sobrevenida de objeto respecto de la demanda reconvenicional. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia en el sentido de apreciar la legitimación activa de la parte actora, pero desestima su demanda y estima la demanda

reconvencional formulada por la parte demandada, declarando la adquisición por usucapión de la propiedad por el demandado.

El Alto Tribunal analiza en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal, compartiendo la crítica de la parte actora a la sentencia recurrida, puesto que, en la medida en que el demandado formuló demanda reconvencional únicamente de forma subsidiaria para el caso de que no se estimaran las excepciones alegadas y su oposición a la demanda, la Audiencia Provincial no debió entrar a conocer de esa reconvención una vez estimadas las excepciones del demandado. El Tribunal Supremo considera, por tanto, que la sentencia recurrida es incongruente y estima ese motivo del recurso, desestimando el resto.

Asimismo, la Excma. Sala aclara que la estimación parcial del recurso no determina que se declare que el demandado no sea propietario de la finca litigiosa, sino que, simplemente, la sentencia de segunda instancia no debió entrar a analizar la reconvención.

Por último, respecto del recurso de casación, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que la parte actora parte de una tesis errónea, y es que presupone que ha quedado probado que hubo simulación cuando no es así. El Alto Tribunal se remite a lo expuesto con ocasión de la desestimación del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal referido a la simulación. La parte actora denunciaba la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo acerca del respeto a los hechos admitidos por las partes, pretendiendo de alguna forma aducir que el propio demandado admitía la simulación del contrato cuando, a juicio de la Audiencia Provincial, nada de eso había quedado acreditado.

La Excma. Sala, haciendo suya la postura de la Audiencia Provincial, considera que no procede declarar la nulidad de la compra celebrada por el demandado porque no se ha probado la simulación en los términos invocados por la parte demandante. En atención a lo anterior, se desestima íntegramente el recurso de casación.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento en la contratación de un *swap* y de una póliza de crédito otorgada para financiar las liquidaciones negativas de este

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2023

En el caso de autos, una sociedad limitada demandó a una entidad financiera solicitando, en lo que aquí interesa, la declaración de nulidad del contrato de *swap* y de la póliza de crédito otorgada para financiar las liquidaciones negativas del *swap*.

La Audiencia Provincial consideró que la acción estaba caducada, pues el *dies a quo*, en un *swap*, se produce con su extinción o agotamiento, que tuvo lugar el 22 de diciembre de 2012, mientras que la demanda se presentó el 1 de febrero de 2017.

La parte actora interpone recurso de casación argumentando, en síntesis, que el contrato de *swap* y la póliza de crédito para financiar las liquidaciones forman una unidad comercial y una única

operación financiera. En consecuencia, el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad del *swap* debe tener lugar con la extinción de la póliza de crédito, cuyo vencimiento anticipado tuvo lugar en junio de 2015.

Para resolver la controversia, el Tribunal Supremo realiza una distinción entre el presente supuesto y el supuesto resuelto en la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 27 de octubre de 2022. En el supuesto resuelto en aquella sentencia, la Sala estimó que existía una unidad negocial entre el *swap* y la póliza de crédito vinculada porque en aquel caso la póliza de crédito no era un mero instrumento de financiación del *swap*, sino que también establecía condiciones para comprar acciones, que eran el activo subyacente. Por tanto, eran en realidad dos contratos de *swap* concatenados y un contrato de crédito ligado al segundo contrato de *swap*.

En el presente caso, el Tribunal Supremo considera que no existe unidad negocial entre el *swap* y la póliza de crédito, puesto que la póliza de crédito no ha determinado ni afectado al funcionamiento ni al resultado económico de los *swaps*. Por ello, la póliza de crédito no ha sido más que un mero instrumento para financiar las liquidaciones resultantes. En consecuencia, al ser la póliza de crédito un mero instrumento, no existen contratos vinculados que determinen una unidad negocial y, por tanto, la póliza de crédito no afecta al *dies a quo* de la acción de anulabilidad por error del *swap*. En conclusión, como bien estimó la Audiencia Provincial, la acción de anulabilidad está caducada.

Contrato de seguro. El Tribunal Supremo declara que la propietaria de una vivienda adquirida en subasta que contrata un seguro de hogar antes de conocer el estado del inmueble tiene un interés asegurable y acoge su pretensión indemnizatoria

Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2023

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, estima el recurso de casación interpuesto por la propietaria de una vivienda adquirida en subasta que contrató un seguro de hogar antes de tomar posesión del inmueble y condena a la aseguradora al pago de una indemnización por los daños que causó al inmueble (presumiblemente) el ejecutado.

En sede de apelación, la Audiencia Provincial de Sevilla consideró, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley de Contrato de Seguro, que el seguro era nulo por falta de interés del tomador, ya que, cuando se produjo el aseguramiento, este desconocía el estado de la vivienda, además de que no había quedado probado cuándo se ocasionaron los daños.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, después de analizar el concepto de interés asegurado ("*relación económica existente entre un sujeto y un bien que constituye el objeto cubierto por la póliza*") y distinguirlo del concepto de riesgo ("*peligro de que se produzca un siniestro*"), concluye que "*la relación económica que ostenta [la actora] con la cosa es evidente, y que pretenda prevenirse del deterioro o menoscabo que pueda sufrir, por un acto de vandalismo, constituye un indiscutible fin legítimo. Su interés es pues difícilmente cuestionable desde el momento en que adquirió la vivienda y se integró como activo de su sociedad ganancial*".

Por otro lado, la Excma. Sala precisa que la actora sí carece de interés asegurable con respecto a los bienes muebles existentes en el interior de la vivienda, dado que no fueron objeto de adjudicación en subasta, aunque los bienes inmuebles por incorporación (muebles unidos fijamente al inmueble, de modo que no puedan separarse de él sin quebrantamiento de su materia) se incluyen dentro de la cobertura del continente.

En fin, estimado el recurso de casación, el Tribunal Supremo asume la instancia y declara que (i) la aseguradora prescindió voluntariamente de realizar el cuestionario del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro y asumió, por tanto, el riesgo inherente a la falta de respuestas, (ii) no había prueba que los daños a la vivienda se produjesen antes de la suscripción de la póliza, por lo que no concurría tampoco la causa de nulidad del artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro (inexistencia de riesgo), y (iii) tampoco ofreció la actora hipótesis alternativas sobre el concreto momento en que hubiera podido ocasionarse el daño. Así, el Pleno estima la demanda y condena a la aseguradora al pago de la indemnización.

El Tribunal Supremo reitera y matiza su doctrina en relación con los índices y criterios de comparación a efectos de calificar como usurarios los intereses remuneratorios en contratos de préstamo entre particulares y de tarjetas de crédito *revolving*

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2023

En estas dos resoluciones, dictadas el mismo día, el Pleno del Tribunal Supremo ahonda en su doctrina relativa a los criterios para enjuiciar la eventual nulidad por usurarios de los intereses remuneratorios contenidos en dos modalidades distintas de contratos de financiación:

- i. En el caso de la sentencia núm. 257/2023, se enjuiciaba la licitud de un interés remuneratorio del 14% anual (tasa anual equivalente ["TAE"] del 14,93 %) previsto en dos contratos de préstamo con garantía hipotecaria suscritos entre los mismos particulares en mayo y diciembre de 2009 y con finalidad distinta de la adquisición de vivienda habitual. Las circunstancias eran las que siguen: (a) los contratantes eran personas físicas que actuaban como particulares; (b) el destino del préstamo era la adquisición de un vehículo para uso particular; (c) el plazo de amortización era de diez años; (d) el interés de demora era del 25 %; (e) la finca hipotecada ya contaba con una hipoteca previa de mejor rango; y (f) *"no consta pacto de capitalización de intereses, comisiones a cargo de la prestataria ni cláusulas penales; tampoco constan pactos de pago anticipado de los intereses, ni retención de sumas para el pago de gastos o deudas distintas del prestamista o de terceros"*.

En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda por considerar que el índice de referencia aplicable era el de tipos de interés de préstamos de consumo publicado por el Banco de España, frente a los cuales los intereses remuneratorios pactados no eran superiores en el doble. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia porque consideró que no se trataba de un crédito al consumo, sino de un préstamo hipotecario (aunque con finalidad distinta de la de adquisición de vivienda), con lo que el baremo de referencia era el de operaciones hipotecarias publicado por el Banco de España. Siendo

este baremo inferior al aplicado por el juez *a quo*, el interés remuneratorio y el de demora resultaban más de 2,5 veces superiores, por lo que los declaraba nulos por usurarios.

- ii. En el caso de la sentencia núm. 258/2023 los hechos analizados partían de la contratación en mayo de 2004, por parte de un particular, de un contrato de tarjeta de crédito bajo la modalidad *revolving* con una entidad de crédito con una TAE del 23,9 %.

Interpuesta la demanda por impago por parte de la entidad de crédito, el Juzgado de Primera Instancia acogió el argumento de oposición de la demandada y desestimó la reclamación por considerar que el interés remuneratorio era usurario en comparación con el *"interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado el crédito"*. Por su parte, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de la entidad de crédito y, en lo relevante, declaró no usurario el interés remuneratorio al considerar que el índice de comparación no era el de operaciones de crédito al consumo, sino el de tarjetas de crédito, que era la financiación más próxima en características a la litigiosa.

Expuestos los antecedentes de ambas sentencias, el Pleno del Tribunal Supremo aprovecha las resoluciones dictadas el mismo día frente a ambos recursos para reiterar su doctrina en relación con los criterios de comparación a efectos de determinar si el tipo de interés pactado es *"notablemente superior al interés normal del dinero"* en relación con ambas modalidades de financiación. Sin embargo, y con carácter general, ambas sentencias contienen una serie de consideraciones comunes de relevancia.

En concreto, el Tribunal Supremo comienza por aclarar que las previsiones previstas en la Ley de Represión de la Usura son igualmente aplicables a los préstamos de carácter civil y a los de carácter mercantil.

Sentado lo anterior, y previa recapitulación de la doctrina jurisprudencial sobre préstamos usurarios, recalca que el criterio a efectos de determinar si un interés es usurario resulta de la comparación entre la TAE del préstamo con respecto al interés normal (que no legal) del dinero, a cuyo efecto puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España al respecto (con especial atención a si se trata de la TAE o del tipo efectivo de definición restringida [*"TEDR"*], que equivale a la TAE sin comisiones, debiendo ajustarse en consecuencia).

En este ejercicio, *"debe utilizarse (a) el tipo medio de interés, (b) correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada, y (c) en el momento de celebración del contrato —comparación sincrónica—"*. Y ello primando siempre la categoría más específica dentro de la más amplia (por ejemplo, en las tarjetas *revolving* dentro de la categoría general de operaciones de crédito al consumo) que presente rasgos más próximos al préstamo analizado. En aplicación de este razonamiento, el Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones:

- A. En el caso del préstamo entre particulares, la Excm. Sala recalca la particularidad de encontrarnos ante la modalidad de contratación por negociación (por oposición a la moderna contratación por adhesión), lo que ha de tenerse en cuenta en una

valoración unitaria de la relación negocial en su conjunto. Así, concluye, la Audiencia Provincial había realizado una incorrecta interpretación, toda vez que el tipo de interés comparable como baremo no puede ser el propio de las entidades de crédito en el caso de un préstamo entre particulares (pues las operaciones que nutren esas estadísticas no son homogéneas con la analizada).

Así, razona que existen determinadas circunstancias extrínsecas propias de las entidades de crédito (por ejemplo, la existencia de bonificaciones por contratación de servicios accesorios, obtención de financiación en el mercado interbancario, economías de escala), que no son predicables en el caso del préstamo entre particulares. En consecuencia, concluye el Alto Tribunal, el criterio de proximidad y especificidad *"debe llevar, cuando interviene como prestamista una empresa (persona física o jurídica) sujeta a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y no una entidad de crédito, a hacer la comparación con el interés normal o habitual en ese segmento del mercado de crédito"*.

Más allá, incluso en el caso —como sucedía en el enjuiciado— en que pudiera resultar que las partes no estuviesen sujetas a la mencionada ley, considera que ese criterio es el más próximo y razonable para determinar el *"interés normal del dinero"*, lo que *"provoca que, a falta de otros elementos objetivos de comparación, los préstamos entre particulares deban someterse a su escrutinio, desde el punto de vista de su eventual carácter usurario, tomando como elemento de comparación más próximo los precios habituales del dinero en el mercado extrabancario"* (publicado por el Ministerio de Consumo), y ello, como anticipábamos, con carácter general para todos los préstamos entre particulares.

- B. Por su parte, en el caso de las tarjetas *revolving*, el Alto Tribunal parte de un problema distinto, como es que en las fechas en que se suscribió el contrato litigioso (2004) el Banco de España no publicaba estadísticas específicas de esta modalidad de financiación (y no lo haría hasta el año 2010). Por ello, concluye, *"para los contratos posteriores a que el boletín estadístico del Banco de España desglosara un apartado especial a este tipo de créditos, en junio de 2010, la jurisprudencia acude a la información suministrada en esta estadística"*.

Sin embargo, para *"los contratos anteriores a junio de 2010, a falta de un desglose específico en los boletines estadísticos del Banco España, no cabe acudir, como pretende el recurso, al índice correspondiente a los créditos al consumo"*, sino que ha de acudir a la figura más específica, figura que, en el caso de las tarjetas *revolving*, considera que es el dato de tipo medio TEDR de las propias tarjetas *revolving* publicado en el año 2010 por parte del Banco de España.

Además, y dada la litigiosidad derivada de las tarjetas *revolving* y la ausencia de un criterio uniforme respecto del *"margen admisible por encima del tipo medio de referencia"*, la Sala Primera abandona el criterio anteriormente aplicado (que hacía referencia al duplo del tipo de referencia) para establecerlo expresamente, y con carácter específico para la modalidad de tarjetas *revolving*, en *"que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales"*.

En ambos casos, aplicando el tipo de interés y el criterio de referencia, la Excma. Sala. concluye que los intereses remuneratorios no resultan usurarios.

El Tribunal Supremo resuelve la controversia existente y confirma la viabilidad de acumular en un solo proceso la acción de liquidación de la sociedad de gananciales y la de partición de herencia. Fundamenta la decisión tanto en razones de economía procesal como materiales en la medida en que "*constituye presupuesto de la partición de los bienes del causante la previa liquidación de su sociedad ganancial*"

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2023

La controversia se encuentra en que el heredero recurrente entiende que, con anterioridad al procedimiento de partición de herencia en curso, debió liquidarse la sociedad de gananciales del causante en un procedimiento previo. Además, sostiene que la acumulación, de ser posible, no fue solicitada al Juzgado, y ello en la medida en que la acción de liquidación ni siquiera había sido ejercitada por la parte demandante.

La Excma. Sala, tras reconocer que se trataba de una cuestión controvertida, confirma el criterio del Juzgado y de la Audiencia Provincial de Badajoz y declara que es posible acumular al procedimiento de división judicial de la herencia la liquidación del régimen económico matrimonial del causante.

El Alto Tribunal llega a esta conclusión tomando en consideración diversos aspectos:

- i. La muerte del cónyuge disuelve *ipso iure* la sociedad de gananciales y da paso a una comunidad postganancial entre el cónyuge supérstite y los herederos del cónyuge premuerto en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes que integran dicho patrimonio común.
- ii. Concorre una indiscutible conexión jurídica y causal entre ambas acciones: la liquidación de la comunidad postganancial es presupuesto para llevar a efecto la partición de la herencia. Resulta evidente que es necesario conocer cuáles son los bienes del causante para, una vez determinados, distribuirlos entre las personas llamadas a su herencia. Se trata, por tanto, de acciones compatibles (una es el presupuesto de la otra).
- iii. La *vis atractiva* del proceso de división judicial de la herencia al ser juicio universal y el carácter flexible de la acumulación de acciones.

La Excma. Sala destaca también que concurren evidentes razones de economía procesal que aconsejan el ejercicio conjunto de ambas acciones, ya que, de tener que acudirse previamente al procedimiento de liquidación, la acción de división hereditaria se podría dilatar de una forma inasumible y los costes de nombramiento de contador se duplicarían innecesariamente, cuando lo cierto es que un solo contador podría llevar a efecto la liquidación de ambos patrimonios (conyugal y hereditario).

En último lugar, por lo que se refiere a que la parte actora no había ejercitado de forma expresa la acción de liquidación del régimen económico matrimonial, la Excma. Sala resuelve que *"el tribunal no se pronuncia sobre algo no pedido, no introduce hechos distintos a los alegados por las partes, ni acuerda pruebas de oficio, sino que se limita a tramitar una acción deducida... No se introduce una pretensión ajena a la que constituye el objeto del proceso, pues la partición de herencia exige la liquidación de su sociedad ganancial, en una indiscutible conexión jurídica"*.

El Tribunal Supremo establece que, en supuestos de custodia compartida, la atribución del uso de la vivienda familiar corresponde —de forma limitada en el tiempo— al progenitor con mayores dificultades para acceder a una vivienda en la que poder compaginar los períodos de estancia de los hijos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2023

En esta sentencia, se estima el recurso de casación interpuesto por un padre contra una sentencia de divorcio en la que se acordaba el régimen de custodia compartida de la hija común menor de edad y se atribuía, de forma indefinida, el uso de la vivienda familiar a la madre. El único motivo del recurso de casación denunciaba la infracción del artículo 96 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la atribución del uso de la vivienda familiar. En particular, se solicitaba la limitación temporal de la referida atribución.

El Tribunal Supremo, antes de entrar a resolver la cuestión litigiosa, establece que el Código Civil no regula de forma expresa el régimen de atribución de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida y que, en consecuencia, los órganos judiciales se han visto obligados a acudir al régimen previsto para supuestos en que hay varios hijos y su custodia se atribuye a progenitores distintos. Este supuesto se asimila a la custodia compartida en que ambos progenitores son custodios y prevé que será el juez quien resuelva *"lo procedente"*.

Sentado lo anterior, la Sala Primera reitera su jurisprudencia establecida en sentencias anteriores, según la cual, para atribuir el uso de la vivienda familiar a uno u otro progenitor en supuestos de custodia compartida, hay que tener en cuenta tanto la posibilidad de *"compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres"* como el régimen de propiedad sobre la vivienda familiar (bien privativo de uno de los cónyuges, ganancial, propiedad de un tercero, etc.). Asimismo, establece que — siempre que no exista *"riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida"* — la atribución de la vivienda familiar puede verse limitada temporalmente conforme a la regulación que hace el mismo artículo 96 del Código Civil para los matrimonios sin hijos.

En el caso enjuiciado por la sentencia analizada, el Tribunal Supremo considera que el interés más necesitado de protección para garantizar la custodia compartida es el de la madre y, por ello, se le debe atribuir el uso de la vivienda familiar —a lo que el padre, que ya dispone de otro sitio en el que vivir, no se opone—.

Sin embargo, en contra de lo resuelto por la Audiencia Provincial, la Sala Primera entiende que la referida atribución debe limitarse temporalmente a un año a contar desde la notificación de la sentencia de casación si antes no se ha liquidado la sociedad de gananciales. Las razones que

ofrece el Tribunal Supremo para justificar tal limitación se centran en el carácter ganancial de la vivienda, la inminencia de la mayoría de edad de la hija, las medidas de carácter económico ya previstas en la sentencia de divorcio y las posibilidades que tiene a madre de acceder al mercado laboral con la consecuente obtención de ingresos.

El Tribunal Supremo declara que la compensación al cónyuge por “el trabajo para la casa”, que regula el artículo 1438 del Código Civil en la extinción del régimen de separación de bienes de un matrimonio no puede ser minorada por aquellos gastos que formaron parte de las necesidades ordinarias de la familia y que asumió el cónyuge que ha contribuido a las cargas familiares con los ingresos obtenidos en su actividad profesional

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2023

Un cónyuge, que durante el matrimonio asistió a las cargas familiares con los ingresos obtenidos en su actividad profesional, denuncia ante el Tribunal Supremo la infracción del artículo 1438 del Código Civil por rechazar la Audiencia Provincial descontar de la compensación al cónyuge por “el trabajo para la casa”, entre otros, los pagos que realizó de cuotas del préstamo hipotecario de la vivienda familiar propiedad del otro cónyuge y la compra de un vehículo que utilizaba también el otro cónyuge.

La Excm. Sala, antes de valorar el caso concreto, explica que, si en el momento de la extinción del régimen económico de separación de bienes el cónyuge que ha contribuido a las cargas familiares con los ingresos obtenidos en su actividad profesional debe compensar a quien lo ha hecho aportando su dedicación personal a la familia y a la casa (*ex* artículo 1438 del Código Civil), es “razonable” atender que de la compensación se descuente todo aquello que el cónyuge acreedor de la compensación haya podido percibir durante la convivencia en lo que “exceda de las cargas del matrimonio que incumbían al deudor de la compensación”.

El Tribunal Supremo, sentado lo anterior, aclara que, por tanto, no cabe la compensación de aquellos gastos que se dirigieron a “satisfacer necesidades familiares”.

En este sentido, el Tribunal Supremo cataloga de “gastos domésticos”, por ejemplo, “el pago del seguro del hogar, los gastos de dentista o la compra de un colchón (...) los del teléfono”, aunque se destinaran en favor del otro cónyuge.

Así, respecto del controvertido pago de cuotas del préstamo hipotecario de la vivienda familiar propiedad del cónyuge, que se dedicó de forma personal a la familia y a la casa, la Excm. Sala concluye que tampoco cabe que sea compensado porque “se trataba de pagos relacionados con la vivienda familiar”, por lo que “se satisfacía la necesidad de vivienda de la familia y se evitaba un gasto mayor”.

Por último, en cuanto al gasto para la compra de un vehículo utilitario, la Excm. Sala concluye que no admite la compensación porque “su adquisición y uso se dirigía a satisfacer necesidades

familiares", a lo que añade que *"resulta difícil concluir por el contrario que se utilizara en exclusivo provecho e interés de ella"*.

En consecuencia, el Tribunal Supremo desestima la denunciada infracción del artículo 1438 del Código Civil debido a que la compensación al cónyuge por *"el trabajo para la casa"* no puede ser minorada con los gastos analizados por la Sala Primera en la sentencia porque no se cumple el requisito de que *"exceda de las cargas del matrimonio que incumbían al deudor de la compensación"*.

El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo coordina su jurisprudencia con la de la Sala de lo Social en lo relativo a la fecha en que debe entenderse producido el siniestro en supuestos de contratos de seguro con cobertura de invalidez o incapacidad permanente, y concluye que el asegurado cuya enfermedad se diagnosticó durante la vigencia del contrato de seguro tiene derecho a la prestación aunque la declaración de incapacidad permanente se produjera tras la expiración de ese contrato

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2023

El procedimiento trae causa de un contrato de seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario que una persona física había otorgado con una compañía aseguradora. Ese contrato daba cobertura al fallecimiento del asegurado, como riesgo principal, y establecía su *"invalidez absoluta y permanente para todo trabajo"* como cobertura complementaria que daría derecho a cobrar anticipadamente la prestación.

En agosto de 2014 se concedió al asegurado una baja laboral como consecuencia de enfermedad por un periodo inicial de doce meses, y en septiembre del mismo año fue diagnosticado con leucemia aguda. El asegurado siguió en situación de incapacidad temporal hasta marzo de 2016, fecha en que por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social se declaró su incapacidad permanente como consecuencia de la referida enfermedad y con base en un dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades de febrero de 2016.

El contrato de seguro dejó de estar en vigor en octubre de 2014, antes, por tanto, de la fecha en que se declaró la incapacidad permanente del asegurado, pero después de que fuera diagnosticado con la enfermedad. Dado que en el contrato se había acordado que *"la fecha de ocurrencia de la invalidez coincide con la fecha que se establezca por el organismo público o entidad de previsión alternativa"*, la compañía aseguradora no satisfizo al asegurado la prestación.

A la vista de las circunstancias, el asegurado interpuso demanda que resultó estimada por la sentencia de primera instancia, en la que se concluyó que aplicar la cláusula contractual objeto de controversia implicaría supeditar los plazos del contrato a la rapidez en la tramitación por parte del organismo público. La sentencia de segunda instancia confirmó la estimación de la demanda, exponiendo que el momento relevante a estos efectos es la fecha en que se manifestó la enfermedad que causó la posterior invalidez.

La compañía aseguradora interpuso recurso de casación frente a esa resolución argumentando, en síntesis, que había que estar a lo acordado en el contrato, cuya interpretación literal evidencia que la prestación no era debida ante una invalidez declarada con posterioridad a la expiración del contrato.

En su sentencia, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo toma razón del tratamiento que se había dado a supuestos similares con anterioridad: en materia de contratos de seguro de vida con cobertura complementaria de invalidez, había resuelto que el riesgo asegurado no es la enfermedad que termina causando la invalidez, sino la propia invalidez declarada mediante resolución (en controversias, no obstante, con objeto litigioso distinto al de este procedimiento), y en supuestos de seguro con cobertura de incapacidad o invalidez causada por accidentes había concluido que la fecha relevante era la del accidente, con independencia de que la incapacidad se declarase con posterioridad.

Ante la constatación de que la Ley de Contrato de Seguro no otorga una definición del concepto de invalidez, la sentencia remite a la interpretación que la Sala de lo Social había realizado de la normativa en materia de Seguridad Social en lo que al concepto de invalidez se refiere. Tras ello, la sentencia pone de manifiesto la procedencia de coordinar la jurisprudencia de la Sala de lo Civil con la de la Sala de lo Social y presenta su conclusión: como regla general para determinar el momento en que se produce la invalidez, habrá que estar a la fecha en la que el Equipo de Valoración de Incapacidades emita su dictamen, pero se prevé como excepción que esa fecha pueda retrotraerse al momento en que la enfermedad causante de tal invalidez se revela como permanente e irreversible.

Habida cuenta de las circunstancias del caso resuelto, el Tribunal Supremo concluye que resulta de aplicación la excepción a la regla general, pues el diagnóstico de que el asegurado padecía una enfermedad permanente e irreversible se emitió cuando la póliza de seguro se encontraba todavía en vigor. En consecuencia, la Sala de lo Civil declara que la cláusula contractual relativa al momento en que debe entenderse producida la invalidez es limitativa de los derechos del asegurado y, como no cumple los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro (no se destacaba de modo especial en el contrato ni constaba específicamente aceptada), resulta inoponible. En definitiva, la sentencia confirma el fallo estimatorio emitido en las instancias.

Tras ello, el Tribunal Supremo enjuicia un último motivo de casación en el que se impugna la decisión de la sentencia recurrida de atribuir la indemnización directamente al asegurado, pese a que en el contrato objeto de *litis* se había designado como primera beneficiaria a la entidad prestamista del contrato de préstamo al que se vinculó el seguro. El Tribunal Supremo concluye que, efectivamente, procede entregar primero el saldo pendiente de amortización del préstamo a la entidad prestamista para después abonar el importe remanente al asegurado.

El Tribunal Supremo declara que la adquisición de la nacionalidad colombiana de una menor española de origen desde el momento de su nacimiento al amparo del artículo 17.1.c) del Código Civil no conlleva la pérdida de la nacionalidad española de origen

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2023

En el año 2014, una menor nacida en España de padres de nacionalidad colombiana adquirió la nacionalidad española de origen al amparo del artículo 17.1.c) del Código Civil, toda vez que la ley de Colombia no atribuye a la menor una nacionalidad hasta la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil colombiano. Unos meses después de su nacimiento, la menor adquirió la nacionalidad colombiana a través de la correspondiente inscripción de su nacimiento en el Registro Civil colombiano.

En el año 2016, el encargado del Registro Civil en el Consulado de Bogotá, dictó auto por el que declaró que procedía cancelar la anotación marginal de presunción de la nacionalidad española de la menor por haber adquirido la nacionalidad colombiana. Este auto, recurrido por los padres de la menor, fue confirmado mediante resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública).

En el año 2019, la menor, representada por sus progenitores, interpone demanda de juicio ordinario contra la Dirección General de los Registros y del Notariado en la que solicita que se mantenga su nacionalidad española y se deje sin efecto el auto dictado por el encargado del Registro Civil en el Consulado de Bogotá. La Abogacía del Estado se opuso a la demanda, que fue desestimada en las dos instancias.

Posteriormente, la menor interpuso recurso de casación frente a la sentencia de apelación, con base en la infracción de los artículos 11 de la Constitución española, 17.1.c) del Código Civil y 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

La Excm. Sala razona que, en el momento del nacimiento de la menor, la ley de la nacionalidad de sus padres no le atribuía su nacionalidad, por lo que nos encontramos en el supuesto de apatridia del artículo 17.1.c) del Código Civil, adquiriendo la menor la nacionalidad española desde el momento de su nacimiento.

Asimismo, señala que la adquisición posterior de la nacionalidad colombiana a través de su inscripción en el Registro Civil colombiano no conlleva la pérdida de la nacionalidad española de origen al no figurar este supuesto en ninguno de los casos previstos en el artículo 24 del Código Civil a estos efectos.

En consecuencia, estima el recurso de casación y la demanda, y declara que la menor no perdió la nacionalidad española al adquirir la nacionalidad colombiana de sus padres, imponiendo las costas de primera instancia a la parte demandada.

La compensación por desequilibrio y la indemnización por extinción del matrimonio son derechos disponibles, de conformidad con los artículos 1255 y 1323 del Código Civil, por lo que no puede apreciarse *per se* la lesividad de la renuncia realizada en capitulaciones matrimoniales sobre estas materias

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de marzo de 2023

La presente sentencia trae causa de la demanda de divorcio interpuesta por la esposa, que solicitaba la disolución del vínculo matrimonial; la adopción de medidas definitivas en relación con el hijo del matrimonio, dirigidas a la determinación de la patria potestad compartida de ambos progenitores con un régimen de comunicación; una compensación por desequilibrio a favor de la esposa; y una indemnización por extinción del matrimonio.

El marido contestó a la demanda, solicitando el divorcio y la disolución del régimen económico matrimonial; la patria potestad compartida del hijo común, con el establecimiento de un régimen de comunicación; la partición a partes iguales de los gastos del menor; la denegación de la pensión compensatoria por desequilibrio; y la denegación de la indemnización por extinción del matrimonio.

Antes de la celebración del matrimonio, los cónyuges otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales en la que acordaron que el matrimonio se regiría por el régimen de separación de bienes y que, en caso de divorcio, *"nada se reclamarían el uno al otro por cualquier concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos"*.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Madrid dictó sentencia por la que estimó la demanda, excepto en lo relativo a la pensión compensatoria por desequilibrio y la indemnización por extinción del matrimonio, que fueron rechazadas. La sentencia fue recurrida en apelación por ambas partes, y la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente ambos recursos, modificando el régimen de comunicaciones y estancias del hijo común, imponiendo al padre la obligación de contribuir con el 70 % de los alimentos del hijo y estableciendo una pensión compensatoria a favor de la mujer de 500 euros mensuales durante tres años, además de una indemnización por disolución del matrimonio de 30.000 euros.

Ante la sentencia de la Audiencia Provincial, el esposo interpuso recurso de casación, fundado en un único motivo por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida de los artículos 1255 y 1323 del Código Civil, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución. En concreto, impugna la procedencia de la compensación por desequilibrio, de la indemnización por disolución del matrimonio y de la obligación del padre a contribuir con el 70 % de los alimentos del hijo, que el padre considera una pensión compensatoria encubierta.

El recurso de casación argumenta que en la escritura de capitulaciones los cónyuges pactaron que nada se reclamarían en caso de divorcio en atención a la radical separación de patrimonios que las partes querían mantener. Considera que la sentencia recurrida infringe los artículos 1255 y 1323 del Código Civil porque no respeta los acuerdos recogidos en una escritura pública, en contra de la

seguridad jurídica y de la jurisprudencia de la Excma. Sala, que admite la validez de los contratos entre los cónyuges.

El Alto Tribunal estima en parte el recurso. En concreto, entiende que ha de entrar en juego la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre las personas casadas, a las que se reconoce el poder de autorregulación de sus propios intereses cuando se trata de materias disponibles, de conformidad con el principio de libertad contractual (art. 1255 del Código Civil) y la libertad de contratación entre los esposos (art. 1323 del Código Civil) en la línea con los principios constitucionales de libertad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad recogidos en la Constitución.

Por tanto, la Excma. Sala entiende que, si bien los pactos realizados en las capitulaciones matrimoniales no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos ni ser contrarios al interés de los hijos menores, la compensación por desequilibrio y la compensación por el "*trabajo para la casa*" tienen carácter disponible. Y concluye que, partiendo del respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, la lesividad no puede apreciarse sin más por el hecho de que se renuncie a derechos que corresponderían legalmente en caso de no existir renuncia, pero que se configuran por el legislador como derechos disponibles.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, de acuerdo con la regulación del Código Civil anterior a la Ley 8/2021, declara que este régimen permite a la persona con discapacidad ejercitar la acción de nulidad y obtener la restitución que entregó aun cuando lo que recibió se hubiera perdido, desaparecido o reducido su valor

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2023

El procedimiento trae causa de un contrato de compraventa cuyo objeto fueron las participaciones de una comunidad de bienes que explotaba un restaurante, habiendo sido el comprador incapacitado judicialmente. Después de la compraventa, la gestión del adquirente fue caótica y este interpuso demanda ejercitando acción de nulidad del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad debido a la incapacidad del demandante para celebrar el contrato sin la debida asistencia del curador y la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones con base en el artículo 1303 del Código Civil. Esta resolución fue recurrida en apelación, recurso que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, que mantuvo la declaración de nulidad del contrato, pero estimando la pretensión planteada por los codemandados de compensación con los daños generados por no reintegrar el negocio en idénticas condiciones. Argumenta la Audiencia que el demandante no puede retornar las participaciones de un negocio inexistente como consecuencia de la gestión del propio actor, por lo que la devolución del precio por parte de los demandantes dejaría a los demandados sin contraprestación, efecto que considerara contrario a toda equidad.

El Tribunal Supremo advierte que el alcance de la restitución se ajustará al derecho vigente en el momento en que se celebró el contrato anulado, por lo que enjuicia el asunto de acuerdo con la regulación del Código Civil anterior a la Ley 8/2021. En la resolución se considera que los

argumentos esgrimidos en la sentencia de la Audiencia son contrarios al régimen de restitución de contratos anulados por razón de discapacidad. Este régimen permite a la persona con discapacidad ejercitar la acción de nulidad y obtener la restitución que entregó aun cuando lo que recibió se hubiera perdido, desaparecido o reducido su valor sobre la base de que quien no está en condiciones por su situación mental y física de prestar consentimiento contractual tampoco se encuentra en situación de poder gestionar sus bienes o, en este caso, la prestación recibida.

El Tribunal Supremo añade además que, en el caso de que el actor retenga la posesión de las participaciones de la comunidad de bienes que se le entregaron en la compraventa, se le debe condenar a su restitución.

Concursal. La decisión del juez del concurso por la que se suspende la eficacia de una cláusula arbitral no altera las reglas sobre competencia objetiva establecidas por la ley. Igualmente, la prohibición de compensación de créditos no se aplica en caso de liquidación de créditos y deudas surgidas de una misma relación contractual

Sentencia n.º 384/2023 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo

En su sentencia de 21 de marzo de 2023, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo analiza e interpreta el contenido de los artículos 52.1 y 58 de la Ley Concursal (en su redacción vigente en diciembre de 2014) a través de la resolución del recurso extraordinario por infracción procesal (dos motivos) y recurso de casación (motivo único) presentados por la parte demandada/recurrente.

El Tribunal Supremo recuerda que, habiéndose declarado la suspensión de los efectos de una cláusula arbitral por el juez del concurso, el artículo 52.1 de la Ley Concursal (actual artículo 140 del Texto Refundido de la Ley Concursal [“TRLR”]) no genera una *vis atractiva* del procedimiento concursal sobre las cuestiones afectadas por dicha cláusula; esto es, no altera las reglas de competencia legalmente establecidas. Al contrario, la sentencia reconoce que en tales casos se deben aplicar las reglas sobre competencia objetiva establecidas en la ley.

De esta forma, el Tribunal Supremo entiende que en el supuesto de autos la competencia para conocer del asunto (una reclamación de cantidad ejercitada por la administración concursal de una empresa declarada en concurso frente a un tercero) viene determinada por las reglas generales de atribución de competencia establecidas en el artículo 54 de la Ley Concursal (actuales artículos 119 y 120 TRLC), siendo competente el juzgado de primera instancia ante el que se formuló la demanda.

A través del motivo único del recurso de casación, el demandado/recurrente denunció la infracción del artículo 58 de la Ley Concursal (actual artículo 153 TRLC), que versa sobre la prohibición de compensación de créditos y deudas del concursado tras la declaración del concurso.

En el supuesto de autos, tanto en primera como en segunda instancia se declaró la improcedencia de descontar del *quantum* reclamado unos créditos de la demandada frente a la concursada/demandante, procedentes de la misma relación contractual por la que se presentó la demanda. El rechazo de dicha compensación descansó principalmente en la prohibición de compensación de

créditos establecida en el artículo 58 de la Ley Concursal, pues todos esos créditos eran posteriores a la declaración del concurso.

Sin embargo, el Tribunal Supremo recuerda que, tal y como dijo en su sentencia n.º 181/2017, de 13 de marzo, dicha prohibición de compensación de créditos no se aplica en caso de liquidación de créditos y deudas surgidas de una misma relación contractual, pues en este caso *“nos encontramos ante un mecanismo de liquidación del contrato y no ante compensaciones a las que sea aplicable el artículo 58 de la ley Concursal”*.

En este sentido, debe destacarse que dicho criterio jurisprudencial se ha incluido en el propio TRLC, cuyo artículo 153.2 taxativamente excluye de la prohibición de compensación de créditos *“aquellos que procedan de la misma relación jurídica”*.

Concursal. La excepción del artículo 153 del TRLC no se limita a supuestos de liquidación contractuales, sino que puede extenderse a relaciones tributarias, procedan o no de un mismo procedimiento tributario

Sentencia n.º 206/2023 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), de 3 de marzo

La administración concursal interpuso demanda de incidente concursal frente a la propia concursada y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (“AEAT”) en la que solicitaba la declaración de nulidad de una compensación de créditos debido a que consideraba que no se daban los requisitos para la compensación de créditos previstos en los artículos 1295 y 1296 del Código Civil, en concreto que las deudas fuesen vencidas, líquidas y exigibles con anterioridad a la declaración del concurso (declarado el 24 de noviembre de 2020) ni a la excepción contemplada en el artículo 153 del TRLC.

La compensación efectuada provenía, por un lado, de un acuerdo de liquidación de 8 de octubre de 2018 por una inspección tributaria de los impuestos de sociedades de los ejercicios 2013 y 2014, abonado por la concursada el 14 de febrero de 2019 y anulado por el Tribunal Económico Administrativo Central el 12 de marzo de 2020, que acordó la devolución de lo abonado. Y, por otro lado, de un nuevo acuerdo de liquidación de 24 de febrero de 2021 derivado de la misma inspección, por el que se acordaba el pago de las mismas cantidades que debían devolverse.

A pesar de que la demanda fue estimada en primera instancia, el recurso de apelación presentado por la concursada fue estimado debido a que la excepción que contempla el artículo 153 del TRLC no se circunscribe a los supuestos de liquidación de un contrato o a la relación contractual, sino que puede ser aplicada a una relación tributaria, procedan de la misma o de distintas relaciones tributarias.

A mayor abundamiento, en el presente caso ambos créditos se refieren a la misma deuda tributaria y son objeto del mismo procedimiento de comprobación e investigación, por lo que no es que nos encontremos propiamente ante una compensación, sino ante una liquidación derivada de las cantidades a ingresar y a devolver a consecuencia de la nulidad del primer acuerdo. De esta manera, es la declaración de nulidad la que determinó la necesidad de liquidar las cantidades a ingresar y devolver en ese procedimiento.

Concursal. Estimación de la impugnación de un plan de reestructuración. Correcta formación de clases. Sin embargo, los acreedores financieros reciben un trato menos favorable que los de igual rango

Sentencia n.º 179/2023 de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª), de 10 de abril

En el contexto preconcursal de una sociedad, el Juzgado de lo Mercantil homologa un plan de reestructuración promovido por esta. Tres sociedades acreedoras impugnan el plan de reestructuración ante la Audiencia Provincial de acuerdo con el artículo 653 del TRLC.

Como primer motivo de impugnación de fondo, los acreedores defendían que sus créditos debían tener la condición de comerciales y no financieros, ya que adquirieron sus créditos de proveedores del deudor, subrogándose en su posición. En consecuencia, la formación de clases a efectos de aprobación del plan de reestructuración no se habría hecho de manera correcta. La Sala aprecia que la cesión tiene carácter financiero, puesto que deriva de la financiación realizada por el grupo de sociedades del acreedor impugnante en contratos de *confirming*. Por tanto, se confirma que los créditos tienen la condición de financieros de conformidad con el artículo 623.4 TRLC.

Como segundo motivo, los acreedores calificaban a la formación de clases de artificiosa, ya que, según su criterio, tenía como único objetivo la aprobación del plan con un porcentaje minoritario del pasivo a favor (art. 623 TRLC). Se habría dado preferencia a ciertas clases —algunas de ellas de acreedores unipersonales— en detrimento de otras, lo que no se habría justificado de manera debida. La Sala estima que la configuración de las clases es correcta —en atención al interés común de los integrantes (art. 623 TRLC)—. Entiende que el concepto de clase de créditos en atención al interés común es elástico y flexible, pero la clasificación debe responder a criterios objetivos.

En el tercer motivo, los impugnantes sostenían la improcedencia de la falta de afectación al plan de dos acreedores relevantes: una entidad financiera garantizada con un aval público y un organismo público que aportó financiación al deudor (el ICO). En ese sentido, la Sala considera que la exclusión de estos acreedores responde a criterios objetivos y está debidamente justificada de acuerdo a las disposiciones del TRLC.

La última causa de impugnación tratada por la Sala se refiere al trato menos favorable que recibirían los créditos financieros respecto del resto de clases de igual rango (quitas y esperas superiores y exclusiones de acreedores no afectos al plan). En el caso concreto, la Sala entiende que la discriminación entre acreedores de igual rango no está justificada en aplicación del artículo 655.3.º TRLC. Estima que este motivo de impugnación sí debe prosperar, y declara la no extensión del plan de reestructuración respecto de los acreedores impugnantes, subsistiendo sus efectos para el resto de conformidad con el artículo 661.1 TRLC.

Concursal. Calificación de crédito postconcursal de persona relacionada

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), de 10 de febrero de 2023

En el caso analizado por la sentencia, una apoderada general de una sociedad concursada presentó demanda contra la sociedad y contra su administración concursal ejercitando una acción de reclamación y pago de un crédito contra la masa.

En concreto, la actora solicitó que se reconociesen como créditos contra la masa dos préstamos que había realizado a la mercantil demandada tras la declaración de su concurso con el objeto de permitir que esta continuara con su actividad empresarial.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid estimó parciamente la demanda, acordando que una parte de las sumas prestadas —220.000 euros— fueran reconocidas como crédito contra la masa y que otra parte —110.945 euros— fueran reconocidas como crédito concursal subordinado. El Juzgado entendió que estos 110.945 euros tenían la condición de créditos concursales subordinados —en vez de créditos contra la masa—, dado que (i) habían sido destinados por la propia demandante al pago de determinados créditos libremente elegidos por ella; (ii) en consecuencia, se trataría de un supuesto de pago por tercero, por lo que debía operar el cambio de titularidad de la lista de acreedores y la reclasificación del crédito; y (iii) la demandante, al ser apoderada general de la concursada, debía ser considerada persona especialmente relacionada con ella, lo que determinaba que el crédito tuviese que ser categorizado como subordinado.

La actora recurrió la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid por considerar que la totalidad de sumas prestadas a la mercantil concursada debían tener la consideración de créditos contra la masa. En el recurso, la demandante alegó la existencia de un vicio procesal —concretamente, que la sentencia habría incurrido en incongruencia— y que se habría producido una errónea valoración de los hechos por parte del Juzgador *a quo*, ya que los 110.945 euros calificados como crédito concursal subordinado se habían destinado al pago a acreedores cuyos créditos eran contra la masa, por lo que no debía operar el principio de subrogación aplicado por el Juzgado ni la clasificación de subordinación otorgada.

La Ilma. Audiencia Provincial de Madrid —tras desestimar las alegaciones efectuadas por la actora en relación con la supuesta incongruencia en la que habría incurrido la sentencia de instancia— acoge el argumento de fondo planteado por la demandante, estima el recurso y acuerda que la totalidad de sumas que prestó a la sociedad concursada deben ser calificadas como créditos contra la masa. Para llegar a esta conclusión la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid tiene en cuenta que:

- i. La suma calificada por el Juzgado como crédito subordinado se destinó a pagar un crédito laboral correspondiente a nóminas de trabajadores de la concursada devengados con posterioridad a la declaración de concurso de la mercantil y créditos de proveedores también postconcursoales y destinados a la continuación de la actividad de la empresa. Es decir, los 110.945 euros se destinaron a pagar créditos contra la masa.

- ii. En consecuencia, no puede operar la regla contenida en el artículo 263.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Este precepto —que recoge los principios de subrogación y reclasificación aplicados por el Juzgado— solo se debe aplicar para créditos concursales.
- iii. Por tanto, los 110.945 euros deben ser categorizados como créditos contra la masa al igual que el resto de los importes prestados por la actora a la mercantil concursada.

Concursal. No puede identificarse el concurso con el precurso, no siendo apelable la consideración de bienes necesarios del deudor en sede del precurso al no existir una regulación expresa sobre ello

Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), de 25 de enero de 2023

El auto resuelve el recurso de queja formulado por uno de los acreedores frente al auto que había inadmitido un recurso de apelación sobre la consideración de bienes necesarios de las cuentas de la deudora.

En un primer momento, las referidas cuentas fueron embargadas en ejecución seguida ante el Juzgado de Primera Instancia y, con posterioridad, fue declarado el precurso de la deudora. En el mencionado procedimiento de apremio, se dictó auto que despachaba ejecución el 4 de julio de 2021 al entenderse que había concluido ya el precurso y no procedía la suspensión de la ejecución.

En sede del precurso, la deudora manifestó que el 30 de junio de 2022 había presentado ya concurso voluntario de acreedores. Mediante providencia de 20 de julio de 2022 (la "Providencia"), el Juzgado de lo Mercantil confirmó que el concurso voluntario ya había sido declarado y que la deudora tenía que ejercitar sus derechos en sede del concurso.

El acreedor recurrió en reposición la Providencia que, además, rechazó el levantamiento de la condición de bienes necesarios de las cuentas embargadas de la deudora. Esta reposición fue desestimada mediante auto de 19 de septiembre de 2022 al concluir lo siguiente: (i) cuando se solicitó la autorización para embargar la cuentas, estas ya estaban afectadas por el decreto que había declarado el precurso; y (ii) cuando se dio traslado de esa petición a la deudora, esta ya había presentado concurso voluntario. Contra ese auto desestimatorio, el acreedor interpuso recurso de apelación que fue directamente inadmitido por auto de 25 de octubre de 2022 (el "Auto") al entender que no era una resolución apelable.

La Audiencia Provincial de Zaragoza reduce el debate a una cuestión eminentemente procesal. Por un lado, recuerda que, respecto a la conclusión del concurso, el artículo 471 del Texto Refundido de la Ley Concursal permite recurrir en apelación a cualquiera que ostente un "interés legítimo", que el propio hecho de la calificación del bien como necesario ha accedido sin mayores trabas a la apelación (sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 15.ª] de 1 de febrero de 2022 y de la Audiencia Provincial de Murcia [Sección 4.ª] de 28 de octubre de 2021), y que al final de todo proceso concursal cabe acudir a la vía del incidente concursal para revisar consecuencias que resulten trascendentales para las partes personadas en él.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Zaragoza concluye que no se puede identificar el concurso con el precurso y que, por tanto, al no existir regulación expresa sobre la posibilidad de apelar la cuestión relativa a la consideración de los bienes como necesarios en sede del precurso, no procede tampoco la estimación del recurso de queja formulado.

Concursal. La existencia de una situación concursal no es suficiente para estimar la acción de responsabilidad por deudas o para presumir el nexo de causalidad que exige la acción individual de responsabilidad

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 20 de enero de 2023

En su sentencia de 20 de enero de 2023, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia sobre la configuración legal de la acción de responsabilidad por deudas y la acción individual de responsabilidad, así como sobre el encaje de ambas ante la existencia de una situación concursal.

Como se analizará, la Audiencia Provincial confirma la sentencia desestimatoria dictada en primera instancia, revocándose únicamente la condena en costas, que la deja sin efecto al entenderse que en el asunto existían serias dudas de hecho y derecho.

En el supuesto de autos, las demandadas fueron tres administradoras de una sociedad a las que se reclamaba el importe de 189.068,68 euros adeudado por dicha sociedad en concepto de diferentes créditos laborales devengados desde 2014 a favor de cuatro extrabajadores. La sociedad presentó concurso de acreedores el 6 de julio de 2016, concluyéndose por insuficiencia de masa sin apertura de la sección de calificación.

Con estos antecedentes, los extrabajadores presentaron una demanda en la que ejercitaba, (i) con carácter principal, la acción de responsabilidad por deudas (artículo 367 del Texto Refundido de la Ley Concursal), imputándose a la sociedad el acaecimiento de las causas de disolución de los apartados a), c), d) y e) del artículo 363.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal con anterioridad a la generación de los créditos reclamados; y (ii) subsidiariamente, la acción individual de responsabilidad (artículo 241 del Texto Refundido de la Ley Concursal) sobre la base de los mismos hechos por los que se justificaba la existencia de las causas legales de disolución.

En lo que se refiere a la acción de responsabilidad por deudas, la sentencia hace hincapié en las causas c) (imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social) y e) (disolución por pérdidas cualificadas) del artículo 363.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Sobre la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, la sentencia se centra en distinguir "*el fin social*" de las concretas actividades que abarcan el objeto social, respecto del que puede operar la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.a) del Texto Refundido de la Ley Concursal (cese en el ejercicio de la actividad que derive de su objeto social), o bien en el artículo 363.1.b) del Texto Refundido de la Ley Concursal (conclusión de la empresa que constituya tal objeto). De esta forma, la causa de disolución analizada "*sólo concurre en aquellos supuestos en que ha desaparecido la posibilidad de sacar provecho del objeto de la sociedad, [tratándose de una] imposibilidad manifiesta, clara y definitiva*".

Con base en lo anterior, la Sala no comparte que el despido de toda la plantilla de trabajadores sea suficiente para determinar la concurrencia de esta causa legal de disolución, pues, *"aunque la sociedad pudiera quedar impedida para seguir desarrollando su objeto, ello no le impedía, de forma absoluta y manifiesta, la posibilidad de conseguir el fin social"*.

Respecto a la causa de disolución del artículo 363.1.e) (disolución por pérdidas cualificadas), la sentencia entiende que la falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil (en este asunto se dejaron de presentar a partir del ejercicio 2010) *"constituye un indicio relevante de la causa legal de disolución por pérdidas cualificadas"*.

Sin embargo, a la vista de la prueba practicada, la Sala declara probado que las administradoras confeccionaron (pero no depositaron en el Registro Mercantil) las cuentas anuales hasta el ejercicio 2015, y que estas excluían que la sociedad se encontrase incurso en la causa legal de disolución de pérdidas cualificadas al cierre del ejercicio 2015 e incluso al instar el concurso.

Descartada la responsabilidad por deudas del artículo 367 del Texto Refundido de la Ley Concursal, la sentencia pasa a analizar la acción individual de responsabilidad (artículo 241 del Texto Refundido de la Ley Concursal).

En este sentido, la Sala descarta que el incumplimiento en el pago de los créditos salariales pueda considerarse un ilícito orgánico que justifique la responsabilidad de las administradoras, salvo que se acredite (lo que no ocurre en este asunto) que la deuda se contrajo con plena consciencia de la imposibilidad de abonarla.

No obstante, sí que se consideran hechos ilícitos la no aportación de las cuentas anuales al Registro Mercantil y el incumplimiento de instar la disolución y una liquidación ordenada. Aun así, la Sala entiende que en este asunto no queda demostrada la existencia de nexo de causalidad entre los hechos ilícitos y el daño causado (el impago de los créditos).

Para ello, y centrándose en el incumplimiento de instar la disolución, la Sala toma en consideración e interpreta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, n.º 580/2019, de 5 de noviembre (rec. n.º 579/2017), de la que —entiende— no puede extraerse *"simple y llanamente que la posibilidad de exigir la responsabilidad concursal cierre la puerta a la responsabilidad extraconcursal ejercitada por medio de la acción individual de responsabilidad, sino que la existencia de una situación concursal no permite presumir el nexo de causalidad"*.

Con base en lo anterior, la Sala concluye que en este asunto *"no se puede apreciar la existencia de nexo causal no solo porque se instara el concurso de la sociedad sino asimismo porque tampoco en la demanda se hace indicación de concretos bienes cuya realización fuera del concurso hubiera impedido el cobro de los créditos de los trabajadores"*.

Concursal. Para considerar que un acto no es perjudicial para la masa del concurso de una sociedad es necesario acreditar el interés de la concursada en ese concreto acto de disposición, no siendo suficiente la existencia de un grupo de sociedades como justificación por sí sola de la existencia del carácter oneroso de un acto

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), de 30 de noviembre de 2022

La presente sentencia trae causa de la demanda de incidente concursal que interpuso la administración concursal en ejercicio de una acción de reintegración del artículo 71 de la antigua Ley Concursal (actuales artículos 226 y ss. del Texto Refundido de la Ley Concursal) frente a una sociedad y la propia empresa concursada.

En esta demanda se solicitaba la rescisión del reconocimiento de deuda y de la dación en pago llevados a cabo en escritura pública en 2012 por las demandadas, y que se condenase a la sociedad a devolver a la masa activa del concurso la finca objeto de la dación en pago.

La demanda de la que trae causa este procedimiento fue estimada en primera instancia al considerarse que se trataba de actos realizados a título gratuito, siendo la deuda reconocida correspondiente a servicios prestados a otra sociedad sin que estuviera justificada la existencia de un grupo de sociedades ni la existencia de contraprestación entre las sociedades, y el resto de la deuda se correspondía a servicios prestados en beneficios de los socios de la concursada, pero no en favor de la concursada, ante lo que la sociedad condenada interpuso recurso de apelación.

En este sentido, la recurrente alega la existencia de un error en la valoración de la prueba porque esta sociedad es la matriz de la concursada, quien asume su control y comparten los miembros del consejo de administración, y los servicios profesionales se contrataron simultáneamente para el grupo de empresas existiendo un pacto de solidaridad, por lo que los pagos realizados por la concursada no fueron a título gratuito, sino en contraprestación de los servicios prestados a las sociedades del grupo.

En su sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid considera que efectivamente las sociedades integran un grupo empresarial por cuanto los socios y administradores de ambas sociedades coinciden y tienen vínculos familiares. Sin embargo, aclara que este "*interés del grupo*" no es por sí solo justificativo de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial (incluso de carácter indirecto) respecto de la concursada.

En este sentido, considera que en el presente caso el pago realizado por la concursada se refería a una cantidad adeudada por su matriz por unos servicios prestados directamente a ella y sus socios. Por tanto, para que se pudiera considerar que no fue un acto perjudicial para la masa del concurso se debería haber justificado el interés de la concursada en ese acto de disposición, por cuanto la existencia de un grupo de sociedades no justifica por sí sola el carácter oneroso del acto.

En resumen, según la Audiencia Provincial de Madrid, la sociedad recurrente debería haber acreditado cuál era la atribución o beneficio patrimonial que obtenía la concursada. No habiéndose acreditado este extremo y existiendo pruebas de que estos servicios eran en interés de la matriz y sus socios, el recurso de apelación debería ser desestimado y la sentencia de primera instancia confirmada.

Concursal. Reconocimiento forzoso del crédito privilegiado. Pese a que el acreedor insinuó el crédito erróneamente como ordinario, la administración concursal tenía conocimiento de la existencia de un derecho real de hipoteca, y debería haber calificado el crédito como privilegiado

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª), de 17 de noviembre de 2022

El supuesto de hecho parte de un concurso de acreedores en el que, en el trámite de comunicación de créditos, un acreedor insinuó uno de sus créditos como ordinario, pese a que se encontraba garantizado por un derecho real de hipoteca. Tras ser requerido por la administración concursal para confirmar la calificación que había propuesto para sus créditos, el acreedor lo calificó de nuevo como ordinario.

Posteriormente, el acreedor interpuso una demanda incidental contra los textos definitivos, solicitando la modificación de la calificación del crédito, para que, en lugar de permanecer como ordinario, fuera reconocido como privilegiado especial. En dicha demanda, si bien el acreedor manifestó haber incurrido anteriormente en un error por haber propuesto la calificación del crédito como ordinario, argumentó que procedía acordar su modificación por constituir un supuesto, previsto legalmente, de reconocimiento forzoso del crédito privilegiado.

El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia desestimatoria de la pretensión del acreedor por considerar que había sido él mismo quien había propuesto la calificación del crédito como ordinario y, posteriormente, la había reiterado. El acreedor interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, reiterando los mismos argumentos.

La Audiencia Provincial de Vizcaya estimó el recurso de apelación y acordó la modificación de la calificación del crédito, por considerar que, además de constituir uno de los supuestos legales de reconocimiento forzoso del privilegio especial, quedó acreditado que al tiempo de formular el informe provisional la administración concursal ya conocía que el crédito se encontraba garantizado con el derecho real de hipoteca.

[Portugal]

Direito ao contraditório – Inconstitucionalidade

Acórdão n.º 77/2023 – TC (DR Série II de 27 de abril de 2023)

No acórdão em apreço, o Tribunal Constitucional ("TC") declarou inconstitucional a norma contida no artigo 3.º, n.º 3, do Código de Processo Civil ("CPC"), interpretada no sentido segundo o qual não é obrigatória a audiência prévia do recorrente relativamente a um fundamento de conhecimento oficioso que foi somente suscitado pelo recorrido nas contra-alegações, quando o tribunal de recurso venha a decidir a causa com esse fundamento, sem que o Recorrente se tenha pronunciado espontaneamente quanto ao mesmo.

No caso em análise, a Ré contestou o pedido do Autor e deduziu reconvenção, invocando, além do mais, um direito de preferência sobre uma parcela de terreno em disputa entre as partes. A ação foi julgada totalmente procedente, improcedendo a reconvenção.

Desta decisão apelou a Ré para o Tribunal da Relação de Guimarães ("TRG"), pugnando pelo reconhecimento do direito de preferência invocado em sede reconvenção. Nas suas contra-alegações, os Autores invocaram que, a darem-se por verificados os pressupostos do direito de preferência a favor da Ré, ainda assim a decisão deveria manter-se com fundamento em abuso de direito, nos termos do artigo 334.º do Código Civil. O TRG, com esse fundamento, julgou o recurso improcedente.

Notificada da decisão, a Ré invocou a nulidade decorrente da preterição do contraditório, alegando que devia ter sido notificada para exercer o contraditório relativamente à aplicabilidade ao caso do instituto do abuso do direito, invocado pelos Autores apenas em sede de contra-alegações e não discutido anteriormente no processo, uma vez que o CPC não prevê uma peça processual para resposta às contra-alegações.

A arguição da nulidade foi julgada improcedente, sinteticamente com os seguintes fundamentos: *"Ao contrário do que advoga (a Recorrente), a lei prevê a resposta às contra-alegações nos casos em que tenha existido uma ampliação do objeto do recurso a requerimento do Recorrido, no artigo 638.º, n.º 8, do (CPC)".* Ou seja, o Tribunal considerou que o facto de o recorrido ter suscitado uma questão nova em sede de contra-alegações configurava um caso de ampliação do objeto do recurso, nos termos do artigo 636.º do CPC, ao qual seria aplicável o prazo de 15 dias para responder à matéria da ampliação, previsto no artigo 638.º, n.º 8, do CPC, sob pena de preclusão.

Inconformada, a Ré recorreu desta decisão para o TC, alegando que teria ocorrido uma *"violação dos princípios do contraditório e da igualdade de partes, enquanto dimensões do direito ao processo equitativo consagrado"* no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa ("CRP").

Chamado a pronunciar-se, o TC debruçou-se sobre a questão de saber se, para efeitos de exercício do contraditório relativamente à questão nova suscitada nas contra-alegações, a Ré poderia contar com o prazo previsto no artigo 638.º, n.º 8, do CPC, especialmente, quando é certo que a aplicação de tal prazo não resulta da letra da lei e, por outro lado, a doutrina e a jurisprudência existentes sobre a presente matéria são pouco expressivas e conclusivas.

Nesta sequência, o TC considerou que a interpretação dos artigos 636.º e 638.º, n.º 8, ambos do CPC, efetuada pelo TRG impunha à Ré um ónus processual (*v.g.* a apresentação de resposta a uma questão nova suscitada nas contra-alegações, dentro do prazo de resposta à ampliação do objeto do recurso) intoleravelmente surpreendente, com violação do princípio do contraditório, corolário do direito a um processo equitativo. Deste modo, a interpretação efetuada pelo TRG foi considerada inconstitucional por violação do direito ao processo equitativo consagrado no artigo 20.º, n.º 4, da CRP.

9 de junio de 2023



Procesal Penal

Procesal Penal*

9 de junio de 2023

1. Jurisprudencia

[España]

El Tribunal Supremo trata la validez probatoria de correos electrónicos corporativos obtenidos en el contexto de una investigación interna tanto desde la perspectiva de los requisitos que configuran un acceso legítimo (“test Barbulescu”) como en atención a la finalidad del acceso (“doctrina Falciani”). En el caso concreto, el consentimiento del afectado resulta determinante para apreciar la validez probatoria

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 10 de febrero de 2023

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. Puente Segura) resuelve por medio de esta sentencia los recursos de casación interpuestos por varios de los condenados en primera instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4.^a). Los hechos enjuiciados se centraban en diversas irregularidades contables que se cometieron en el seno de un grupo de sociedades, ordenadas por su presidente y ejecutadas por los principales directivos de la compañía.

El Tribunal Supremo, entre otras cuestiones, aborda la posible nulidad de las pruebas obtenidas a través del acceso a los dispositivos electrónicos (buzones de *e-mail*) de varios directivos y empleados de la compañía en el contexto de un informe *forensic* encargado a una conocida compañía de consultoría y auditoría con carácter previo al inicio del procedimiento penal. Con ocasión de la resolución de estos recursos de casación, el Alto Tribunal repasa de forma muy detallada su jurisprudencia de la última década (así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) sobre (i) la obtención de correos electrónicos corporativos en el contexto de investigaciones internas desde la perspectiva de los requisitos que configuran un acceso legítimo (plasmados en el “test Barbulescu” —STEDH [Gran Sala] de 5 de septiembre de 2017 [asunto Barbulescu c. Rumanía]— y recibidos en la jurisprudencia penal nacional en la STS [Sala Segunda] n.º 489/2018, de 23 de octubre de 2018, y en la STS [Sala Segunda, Pleno] n.º 328/2021, de 22 de abril de 2021); y sobre (ii) la validez o invalidez de la utilización en un

* Esta sección ha sido coordinada por Enrique Rodríguez Celada, y en su elaboración han participado Mario Montes Santamaría, Arianna Vázquez Fernández, Cristina Rodríguez Fuentes, Enrique Hepburn Jiménez y Quim Real Galí, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

procedimiento penal y la aplicación de la regla de exclusión probatoria respecto de prueba obtenida por particulares en supuestos de legitimidad de acceso dudosa (plasmadas en la “doctrina Falciani” contenida en la STS [Sala Segunda] n.º 116/2017, de 23 de febrero de 2017, y en la STC n.º 97/2019, de 16 de julio de 2019).

Se analizan dos supuestos diferenciados en función de si se otorgó o no consentimiento por parte de los afectados para el acceso a sus dispositivos corporativos en el contexto de la elaboración del informe *forensic*.

El primero de los recurrentes (jefe de auditoría interna de la compañía) alegaba que, pese a que prestó su consentimiento para que accedieran a su correo electrónico, creyó que la información que pudiera ser obtenida únicamente se emplearía para la elaboración de ese informe *forensic* para conocer las causas de la situación de insolvencia de la compañía, pero que en ningún caso el informe tendría como destino ser utilizado como prueba de cargo frente a él en un procedimiento penal. Dado que finalmente el informe se incorporó a los autos en la fase de instrucción por requerimiento directo del Juzgado a la compañía de consultoría y auditoría, la falta de preaviso sobre esta cuestión es considerada por el recurrente como fuente de una vulneración de su derecho a la intimidad, así como de su derecho al entorno digital o virtual.

El Tribunal Supremo, sin embargo, entiende que el acceso a los *e-mails* se llevó a cabo siguiendo los requerimientos jurisprudenciales del “test Barbulescu”, puesto que el acceso se acordó por la administración concursal de la Compañía, se sometió a la condición de recabarse el consentimiento del afectado y se excluyeron las comunicaciones privadas sin relación con sus cometidos profesionales. Además, el Alto Tribunal añade una capa adicional a su análisis de legitimidad: entiende —incorporando consideraciones propias de la “doctrina Falciani”— que el acceso fue legítimo porque el informe *forensic* estaba dirigido al esclarecimiento de las causas que habían conducido a la situación de insolvencia de la compañía, pero no a su utilización como prueba de cargo en una causa penal, de modo que no podía frustrarse ninguna expectativa de privacidad del afectado que estaba consintiendo (en concreto, se afirma que “*mal puede pretenderse, además, con razón que el objetivo, siquiera mediato, de dichas informaciones fuera la preparación de determinada actividad probatoria de cara a un ulterior y previsible proceso judicial*”). Esta capa adicional de análisis —novedosa respecto de sentencias previas— arroja la incógnita de qué sucedería en términos de validez probatoria en el escenario inverso; es decir, si un afectado podría válidamente consentir (o no) el acceso a su buzón de *e-mail* cuando el objetivo inicial y declarado del análisis *forensic* es el de ser utilizado como prueba en un procedimiento penal.

Por otro lado, el segundo de los recurrentes que cuestionó en casación la legitimidad del acceso al correo electrónico corporativo fue el jefe de contabilidad de la entidad, quien también había sido condenado por la Audiencia Nacional en primera instancia. Este caso era distinto al anterior por el hecho de que este recurrente no había prestado su consentimiento para el acceso a sus correos electrónicos en el contexto del *forensic* y, sin embargo, sí se había accedido a ellos. El recurrente alegaba, además, que los *e-mails* eran la única prueba que podía acreditar su participación en los hechos delictivos, de modo que, al ser una prueba nula, no debía ser tenida en cuenta a efectos condenatorios.

El Tribunal Supremo, siguiendo la línea de la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional, no se pronuncia de forma expresa sobre la validez de estas concretas evidencias digitales, pero sí reconoce que, si bien habían sido incorporados a la causa correos electrónicos del recurrente a pesar de no haber prestado este su consentimiento para el acceso a dichos correos, esta no era la única prueba incriminatoria, pues su participación en los hechos delictivos había quedado acreditada en cualquier caso tras la declaración de otro de los acusados. Este hecho lleva al Alto Tribunal a aplicar la doctrina del hallazgo inevitable, en la medida en que la participación delictiva de este segundo recurrente se habría conocido irremediabilmente tras la revelación del coacusado. No hay, por tanto, conexión de antijuridicidad, puesto que se tuvo conocimiento del hecho delictivo a través de una evidencia (la declaración del coacusado) sin necesidad de recurrir a otra anterior eventualmente inválida (los *e-mails*), es decir, sin existir una relación causal entre ambas pruebas. La falta de resolución expresa sobre la validez probatoria singular de los *e-mails* cuyo acceso no se consintió arroja la incógnita de qué sucedería en supuestos de hecho similares en los que no pudiese aplicarse la doctrina del hallazgo inevitable.

Con todo, el Tribunal Supremo mantiene como prueba las evidencias digitales obtenidas a partir del acceso a los dispositivos electrónicos de ambos recurrentes a pesar de las diferencias fácticas entre uno y otro supuesto.

Al margen del instituto procesal de la conformidad (que no admite las conformidades parciales, esto es, de solo parte de los acusados), la Sala considera que, en el marco del juicio oral, es perfectamente válido que algunos acusados acepten la acusación y las penas solicitadas en virtud de compromisos extraprocesales con las acusaciones, siempre que ello no genere indefensión para los demás acusados en tanto que no impida el normal desarrollo de la práctica de la prueba y culminación de un juicio contradictorio. No obstante, las diferencias penológicas entre allanados y no allanados deberán razonarse en sentencia. Tampoco conllevaría nulidad abrir pieza separada en la que se dicte sentencia de conformidad para una parte de los acusados, continuando el juicio para los no conformes y con posibilidad de solicitar la declaración de los conformados

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 13 de enero de 2023

Esta resolución (Pte. Del Moral García) estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 20 de mayo de 2020, que condenaba al recurrente por un delito continuado de falsedad documental en concurso medial con un delito de estafa. Dicha sentencia también condenaba a los restantes acusados, si bien a penas más bajas que las impuestas al recurrente.

Según se desprende de la sentencia de casación, la mayoría de los acusados habían intentado alcanzar una conformidad con las acusaciones, pero el recurrente se opuso, lo que impidió que se dictara sentencia de conformidad y derivó en la celebración del juicio oral respecto de la totalidad de los acusados. No obstante, los demás acusados aceptaron la calificación y penalidad sostenidas por las acusaciones en el acto del plenario, de modo que la motivación de la sentencia respecto

de la condena a este grupo de personas se limitó a referirse a esa aceptación, sin ningún tipo de alusión al resultado de la prueba practicada.

En este contexto, el recurrente denuncia como primer motivo de casación que se han vulnerado los artículos 697, 694 y 787 de la LECrim sobre conformidad en el acto de juicio oral al haberse admitido indebidamente la conformidad de parte de los acusados (i. e., conformidad parcial). Sin embargo, argumenta que, de acuerdo con lo previsto en los referidos preceptos, solo procede dictar sentencia de conformidad con los trámites y efectos regulados en la LECrim cuando todos los acusados prestan conformidad de forma unánime.

A este respecto, el Tribunal subraya que es necesario distinguir entre (i) la institución procesal de la conformidad, con un régimen legal específico que requiere la confluencia de unos estrictos requisitos, sin los cuales no cabe hablar de conformidad en sentido técnico ni es posible evitar el desarrollo de un juicio contradictorio, y (ii) los meros acuerdos previos entre las partes, que permiten agilizar la tramitación del juicio oral y aliviar la carga probatoria en el plenario mediante la renuncia a pruebas y la aceptación de la acusación por parte de algunos acusados. A diferencia de la conformidad legal, esta práctica no implica que el Tribunal pierda sus facultades de separarse de la calificación jurídica de las acusaciones, absolver al acusado allanado, rebajarle la pena o hacer valer aquellas circunstancias que pueda apreciar de oficio, pues la sentencia que dicte no será una *sentencia de conformidad* en sentido técnico, sino una auténtica sentencia contradictoria, sin perjuicio de que el deber de motivación exigible pueda ser más liviano (i. e., pudiendo remitirse, por ejemplo, a la confesión del acusado y a su allanamiento a las peticiones de las acusaciones) y que las penas máximas imponibles se verán limitadas por mor del principio acusatorio. Esto es lo que según el Alto Tribunal sucedió en el caso de autos.

Así, el motivo aducido por el recurrente se rechaza porque no existió una conformidad en sentido estricto, sino que se celebró juicio contradictorio en el que no se produjo indefensión alguna, pues (i) el recurrente pudo practicar pruebas e intervenir en las practicadas por otros, (ii) la merma que pueda suponer el posicionamiento y la confesión de los coacusados para su estrategia de defensa es natural y no imputable a los órganos estatales, y (iii) lo escueto de la motivación respecto a los demás condenados no afecta a las posibilidades de defensa del recurrente.

En definitiva, lo relevante para la validez de este tipo de prácticas es que no conlleve indefensión ni quiebra de garantías procesales del acusado no allanado.

Adicionalmente, el Tribunal menciona que tampoco sería nulo el desdoblamiento de la causa, abriendo una pieza separada en la que se dicte sentencia de conformidad en relación con los allanados y continuando el juicio oral —y practicándose prueba— respecto a los no conformes, donde los conformes no podrán ser enjuiciados, pero sí llamados a declarar.

En todo caso, la Sala Segunda estima el motivo de casación referente a la indebida individualización de la pena, dado que se considera que la imposición de una pena mayor al recurrente que a los demás condenados no está suficientemente razonada. La sentencia recurrida aduce unas razones para elevar la pena del recurrente sobre lo que considera el mínimo legal, pero lo cierto es que esas mismas razones resultarían aplicables por igual a todos los condenados. Además, la pena impuesta al recurrente, muy próxima al límite máximo del marco punitivo, requería un ma-

por esfuerzo argumentativo que no se realizó. Si lo que pretendía la Audiencia era individualizar la pena tomando en consideración el allanamiento o confesión de los acusados, debía argumentarlo explícitamente, sin que quepa un razonamiento implícito en este sentido. Como consecuencia de lo anterior, se reduce la pena de prisión impuesta al recurrente con la finalidad de equipararla a la del resto de los acusados.

La Sala Segunda se reafirma en que las diligencias acordadas fuera del plazo máximo de instrucción son inválidas, en especial la declaración del investigado por su condición de garantía esencial del derecho de defensa. Se rechaza el fraude de ley consistente en incoar un segundo procedimiento penal por los mismos hechos cuando el primer procedimiento concluyó por auto de sobreseimiento al no haberse acordado la declaración del investigado dentro del plazo máximo. Además, se declara que las causas archivadas por no haberse acordado la declaración de ningún investigado en plazo no son susceptibles de reapertura

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 13 de marzo de 2023

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. De Porres Ortiz de Urbina) estima íntegramente el recurso de casación interpuesto por los recurrentes condenados en la instancia contra la sentencia n.º 4/2021 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) de Madrid, de 15 de enero de 2021, que confirmó en grado de apelación la condena por delito de estafa impuesta por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23.ª) en su sentencia n.º 320/2020, de 10 de julio de 2020. Al estimar el recurso de casación, el Alto Tribunal absuelve a los recurrentes del delito por el que venían condenados.

Las particularidades procesales del supuesto de hecho determinan la resolución del Tribunal Supremo. En un primer momento, se interpuso denuncia por delito de estafa frente a los ahora recurrentes que se tramitó ante el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Pozuelo de Alarcón, que decretó el sobreseimiento y archivo de la causa por no haberse acordado dentro del plazo máximo de instrucción (artículo 324 de la LECrim) la declaración de los denunciados en condición de investigados, puesto que sin declaración de investigado en fase investigadora no puede *ex lege* formularse acusación y celebrarse juicio oral (artículos 775 y 779.1.4.ª de la LECrim). Una vez firme el auto de sobreseimiento del Juzgado de Pozuelo, se presentó una denuncia por los mismos hechos en el partido judicial de Madrid, que se tramitó ante el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Madrid. En esta segunda causa sí se tomó declaración a los denunciados en condición de investigados dentro del plazo máximo y se acordó la transformación a procedimiento abreviado y la apertura de juicio oral ante la Audiencia Provincial de Madrid.

Los ahora recurrentes impugnaron —tanto como cuestión previa al inicio del juicio oral como en su recurso de apelación frente a la condena— la incoación del segundo procedimiento por considerar que esa incoación se produjo en fraude de ley para sortear la aplicación efectiva del artículo 324 de la LECrim. La Audiencia Provincial y el TSJ analizaron la cuestión desde la perspectiva de la excepción de cosa juzgada material, y concluyeron que un auto de sobreseimiento y archivo dictado por no haberse acordado dentro del plazo máximo de instrucción la declaración de ningún

investigado no equivale a un auto de sobreseimiento libre y, por tanto, no despliega eficacia de cosa juzgada material, de modo que la condena impuesta era válida.

La queja se reproduce en casación por la vía del motivo por infracción de precepto constitucional, al considerar los recurrentes que se habría vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en relación con la aplicación del artículo 324 de la LECrim. En el tratamiento del motivo la Sala Segunda repasa en detalle su jurisprudencia sobre plazos máximos de instrucción desde la inicial STS (Sala Segunda) n.º 455/2021, de 27 de mayo de 2021, y confirma los extremos esenciales de esa doctrina jurisprudencial; en especial, la invalidez de las diligencias acordadas fuera del plazo máximo y su inutilizabilidad a efectos del juicio acusatorio al concluir la fase investigadora.

Además, la sentencia del Tribunal Supremo incluye dos pronunciamientos novedosos y relevantes en el contexto de la jurisprudencia sobre plazos máximos. En primer lugar, el Alto Tribunal se reafirma —ya se había pronunciado en ese sentido en la STS (Sala Segunda) n.º 455/2021, de 27 de mayo de 2021— en que la declaración del investigado acordada fuera de plazo es inválida y conduce de forma inexorable al sobreseimiento. Sin embargo, al realizar ese pronunciamiento la Sala Segunda aprovecha para salir al paso de autoridades que se habían pronunciado en sentido contrario (es decir, en el sentido de que la declaración acordada fuera de plazo sí es válida y no impide la continuación de la causa penal hasta la condena); en concreto, de la Circular 1/2021 de la Fiscalía General del Estado y de una suerte de pronunciamiento *obiter dicta* realizado por el Tribunal Constitucional al inadmitir una cuestión de inconstitucionalidad en su ATC n.º 5/2019, de 29 de enero de 2019.

La Sala Segunda resalta que, dada la condición de garantía esencial que presenta la declaración del investigado en fase de instrucción, *"hay una sólida justificación de orden constitucional que obliga a que esa declaración se realice en la fase de instrucción y, siempre que sea posible, desde el mismo momento en que se aprecien indicios de la participación criminal del investigado"*; de modo que *"resulta difícil imaginar un escenario en el que se lleve a cabo la declaración fuera del plazo de instrucción sin comprometer gravemente el derecho de defensa y precisamente es en clave constitucional donde ha de residenciarse el análisis de esta incidencia"*.

En segundo lugar, el Alto Tribunal declara que la incoación del segundo procedimiento penal (el que terminó en condena) se efectuó con el propósito de sortear la aplicación de los plazos máximos de instrucción y que, por ello, esa incoación debe reputarse realizada en fraude de ley y conducir a la aplicación de la norma eludida *ex* artículo 6.4 del Código Civil. Por tanto, deben aplicarse los plazos máximos de instrucción del artículo 324 de la LECrim y debe decretarse el sobreseimiento (en este caso, dado el escenario procesal, la absolución previa estimación del motivo de casación).

En este contexto, la Sala Segunda declara que, en efecto, un auto de sobreseimiento no despliega *per se* eficacia de cosa juzgada material (salvo que concurren los motivos legales de sobreseimiento libre) y que la causa es formalmente susceptible de reapertura posterior. Sin embargo, el Alto Tribunal declara también que si ese archivo se adopta por haber transcurrido el plazo máximo de instrucción *"sin la práctica de diligencias suficientes para realizar el juicio de acusación"* —es decir, sin que se haya acordado la preceptiva declaración del investigado—, no cabe la reapertura posterior conforme al régimen general del sobreseimiento provisional.

9 de junio de 2023



Salud y
Alimentación

Salud y Alimentación*

9 de junio de 2023

1. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Examen imparcial de las solicitudes de autorización de comercialización de medicamentos de uso humano

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 22 de junio de 2023 (as. ac. C-6/21 y C-16/21)

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") resuelve dos recursos de casación planteados por la República Federal de Alemania y la República de Estonia, apoyadas, entre otras, por la Agencia Europea de Medicamentos (la "EMA"), contra la sentencia del Tribunal General de 28 de octubre de 2020 (T594/18) por la que se anuló la Decisión de Ejecución C-2018/4831 de la Comisión, de 17 de julio de 2018 que deniega la autorización de comercialización del medicamento Aplidin.

El 14 de diciembre de 2017, el Comité de Medicamentos de Uso Humano de la EMA emitió un dictamen en el que recomendó a la Comisión que denegara la solicitud de autorización de comercialización de Aplidin, debido a que no se había demostrado suficientemente la eficacia y seguridad del producto. Frente a este dictamen, el laboratorio presentó a la EMA una solicitud de reexamen. El reexamen lo practicó el Grupo Científico Consultivo de Oncología (el "GCCO"), cuyas conclusiones fueron las mismas que las de la EMA, por lo que la Comisión denegó la comercialización de Aplidin el 17 de julio de 2018.

El 1 de octubre de 2018, el laboratorio solicitante interpuso recurso de anulación ante el Tribunal General de la Unión Europea, alegando, entre otros motivos, el incumplimiento de la obligación de examen imparcial de la solicitud de autorización de comercialización de Aplidin.

Aduce, en particular, falta de imparcialidad por parte de dos expertos del GCCO: (i) el vicepresidente del GCCO, un profesor que trabajaba para un instituto universitario (el "Instituto"); y (ii) uno de los cinco miembros principales del GCCO, un profesor y trabajador por cuenta ajena del Ins-

* Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina Arrieta y redactada por Rosa Cuesta Gómez, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez.

tituto que había declarado participar en el desarrollo de productos competidores con Aplidin. Se alega que el Instituto ejercía una influencia considerable en el hospital universitario en el que está situado y en un centro profesional de investigación clínica, por lo que dichos centros debían calificarse como “organismos de investigación clínica” y, por tanto, asimilarse a compañías farmacéuticas a efectos del análisis de su imparcialidad.

El Tribunal General estimó el recurso de anulación sobre la base de que el procedimiento que había conducido a la adopción de la decisión de la Comisión “*no había presentado garantías suficientes para descartar cualquier duda legítima en cuanto a una eventual parcialidad*”.

Frente a este recurso, la República Federal de Alemania y la República de Estonia presentaron recurso de casación ante el TJUE en el que solicitaban la anulación de la sentencia recurrida y alegaban que la EMA ofrece garantías suficientes para descartar cualquier duda en cuanto a la imparcialidad de los miembros del GCCO. De este modo, los recurrentes sostuvieron que el Tribunal General asimiló erróneamente el hospital universitario, en su conjunto, a una “compañía farmacéutica” y consideró, también erróneamente, que la relación laboral existente entre dicho hospital y algunos de los expertos del GCCO los colocaba automáticamente en una situación potencial de conflicto de intereses.

El laboratorio solicitante alegó también que el centro de terapia celular del hospital universitario participaba en el desarrollo de un producto rival de Aplidin, por lo que no se podía apreciar fácilmente la imparcialidad. Del mismo modo, sostuvo que la Comisión no demostró la falta de control entre el hospital universitario y el centro, por lo que no existieron garantías suficientes para descartar cualquier duda legítima en cuanto a la existencia de un conflicto de intereses.

El TJUE, tras acumular los procedimientos de los dos países recurrentes, anuló la sentencia del Tribunal General sobre la base de los siguientes argumentos:

- i. Las universidades y los hospitales universitarios se dedican esencialmente a la investigación científica sin ánimo de lucro en interés de la salud y no participan en la comercialización de los medicamentos. Es decir, los hospitales universitarios deben asimilarse a los institutos de investigación, que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la definición de “compañía farmacéutica”. Esta exclusión permite alcanzar un equilibrio entre la necesidad de un examen imparcial de las solicitudes de autorización de comercialización de un medicamento y de un examen científico preciso en relación con las cuestiones que se plantean durante la evaluación de un medicamento.
- ii. El hecho de que el hospital universitario esté dotado de una entidad pequeña que fabrica medicamentos y se califica como “compañía farmacéutica” no supone que todo el personal del hospital esté empleado por dicha compañía. De este modo, excluir globalmente a los expertos de los hospitales universitarios de la participación en los dictámenes científicos de la EMA si los hospitales en los que trabajan disponen de una o varias entidades que pueden ser compañías farmacéuticas podría provocar una escasez de expertos que posean amplios conocimientos médicos en determinados ámbitos científicos, sobre todo, en medicamentos huérfanos e innovadores.

[España]

Precios de referencia y medicamentos no equipotentes

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 26 de abril de 2023

En esta sentencia, el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación contencioso-administrativo planteado por Chiesi España, S.A.U. ("Chiesi") contra la Orden SCB/1244/2018, de 23 de noviembre, por la que se procede a la actualización en 2018 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud (la "Orden"), en relación con el medicamento Envarsus.

Se alega la infracción del artículo 4.1 del Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios.

Chiesi comercializa Envarsus, un medicamento inmunosupresor que se utiliza tras un trasplante de riñón o de hígado para controlar la respuesta inmunitaria del organismo y facilitar la aceptación del órgano trasplantado. Envarsus tiene cuatro presentaciones que se incluyen en el conjunto C226 referido a las especialidades o medicamentos que emplean como principio activo el tacrolimus. Sin embargo, Envarsus no es equipotente al resto de presentaciones del conjunto, porque consigue más eficacia con menos dosis del principio activo.

El artículo 4.1 del Real Decreto 177/2014 prevé que el precio de referencia se calcule tomando como base el coste/tratamiento/día (CTD) de cada presentación. Así, el CTD de cada presentación será el resultado de dividir el precio industrial al que se estuviera comercializando cada medicamento por el número de dosis diarias definidas (DDD) de cada presentación.

La cuestión litigiosa se centra en el párrafo tercero del artículo 4.1 del Real Decreto 177/2014, en virtud del cual las DDD que se toman como parámetro son las que asigna la OMS "o, en su defecto", las DDD fijadas de oficio por el órgano competente en materia de financiación pública y de fijación de precio de medicamentos y productos sanitarios del Ministerio de Sanidad, atendiendo al coste del tratamiento diario real.

La Administración entiende que el inciso "o, en su defecto" debe interpretarse en sentido literal, de tal manera que si existe un cálculo de las DDD hecho por la OMS, este debe respetarse, acudiendo al cálculo de la Administración en caso de que el primero no exista. Así, el debate se centra en si para Envarsus se aplican las DDD que fijó la OMS para todos los medicamentos con tacrolimus o las DDD que consideró la Administración española específicamente para las presentaciones de Envarsus, que fueron autorizadas posteriormente.

El Tribunal Supremo establece que, para determinar el precio de referencia de Envarsus, se debe aplicar el cálculo de las DDD realizado por la Administración en 2015, y no el establecido por la OMS, sobre la base de los siguientes argumentos:

- i. El Real Decreto 177/2014 parte siempre de que el precio de referencia se calcula partir del CTD de “cada presentación”, que el precio de referencia se fija igualmente para “cada una de las presentaciones” y que, en fin, las DDD a las que se refiere el artículo 4.1 y 2 son las “de la presentación”.
- ii. Es claro, por ello, que el parámetro DDD referido al principio activo puede ser común para todas las presentaciones de las especialidades integradas en el conjunto, pero puede que una presentación, aun teniendo el mismo principio —de lo contrario no se integraría en el conjunto— tenga una eficacia distinta, lo que afecta a las DDD.
- iii. Siendo el objetivo último del artículo 4.1. y 2 fijar el precio de referencia para “cada una de las presentaciones”, para fijar las DDD cabe estar a esa distinta potencia y eficacia, pues esas dosis dependen de la distinta farmacocinética y biodisponibilidad del medicamento.
- iv. En su planteamiento, la Administración obvia que, después de la DDD atribuida por la OMS a los medicamentos a base de tacrolimus, en España se autorizó Envarsus, medicamento que con el mismo principio activo tiene una mayor eficacia, de ahí que para las DDD se emplee menos cantidad de tacrolimus. Esta determinación de su DDD no pudo considerarla la OMS.

De este modo, con arreglo a la sentencia, ante medicamentos no equipotentes respecto de las restantes especialidades integrantes del mismo conjunto de referencia, debe tenerse en cuenta su eficacia (y no solo su componente activo principal) a la hora de determinar las DDD y, por tanto, el precio de referencia.

La sentencia declara, además, el derecho de la recurrente a ser resarcida por la diferencia de precios durante el periodo de aplicación de la Orden, tomando como base el número de dispensaciones hospitalarias y en oficinas de farmacia aplicada a ese periodo de tiempo.

Creación de un nodo de titularidad pública para el acceso al repositorio español de dispensación de medicamentos

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de marzo de 2023 y de 9 de marzo de 2023

El Tribunal Supremo resuelve en estas sentencias sendos recursos contencioso-administrativos presentados por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (CGCOF) y la Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas y Productos Parafarmacéuticos (Fedifar) contra el Real Decreto 717/2019, que modifica el Real Decreto 1345/2007, que regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de medicamentos fabricados industrialmente.

El Consejo impugna cuatro preceptos del Real Decreto 717/2019 que prevén la creación de un nuevo nodo, denominado Nodo SNSFarma, a cargo del Ministerio de Sanidad, que deberá ser utilizado por las oficinas de farmacia al dispensar medicamentos financiados por el Sistema Nacional

de Salud. Además, se prevé la integración de este nodo en el repositorio nacional a través de un convenio entre el Ministerio de Sanidad y el Sistema Español de Verificación de Medicamentos S.L.

El Consejo sostiene que la creación de un nuevo nodo por parte de la Administración del Estado contraviene el Reglamento Delegado (UE) 2016/161, que establece que la gestión del repositorio debe ser realizada por fabricantes y titulares de autorizaciones de comercialización de medicamentos, a través de una entidad sin ánimo de lucro.

En segundo lugar, el Consejo argumenta que el Nodo SNSFarma no está jurídica ni funcionalmente integrado en el repositorio nacional, lo cual dificulta las operaciones de verificación realizadas por las oficinas de farmacia. Ello supone un incumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento Delegado (UE) 2016/161 en cuanto a la conexión al sistema de repositorios.

En tercer lugar, el Consejo sostiene que los preceptos impugnados dificultan la existencia de un registro completo de todas las operaciones de verificación, tal como exige el Reglamento Delegado (UE) 2016/161. La obligación de utilizar dos nodos diferentes en el mismo repositorio podría generar repeticiones u omisiones en la pista de auditoría de los medicamentos dispensados.

Por último, el Consejo argumenta que la existencia de dos nodos complica innecesariamente el funcionamiento de las oficinas de farmacia, que hasta ahora han utilizado un único nodo para llevar a cabo sus operaciones, contraviniendo el Reglamento Delegado (UE) 2016/161 y el principio de proporcionalidad.

Fedifar sostiene, entre otros motivos, que el Real Decreto impugnado, para ser conforme a derecho, debería incorporar el desarrollo de la garantía de abastecimiento de los medicamentos de precio menor (que en definitiva son los que deben estar plenamente disponibles en las farmacias). Al no hacerlo así no se ajusta al texto refundido de la Ley 29/2006 de Garantías y uso racional de los medicamentos. Esta falta de desarrollo de una previsión legal es posible causa de nulidad.

Por su parte, el abogado del Estado sostiene que el Real Decreto 717/2019 no crea un nuevo repositorio, sino únicamente un nuevo nodo de acceso, por lo que no se vulnera el principio de existencia de un único repositorio en cada Estado miembro, tal como establece el Reglamento Delegado (UE) 2016/61. Además, el Reglamento Delegado (UE) 2016/61 otorga a las autoridades nacionales facultades de supervisión sobre el funcionamiento del repositorio, incluida la posibilidad de contribuir a su gestión. Finalmente, explica que la creación de un nodo de titularidad pública, como es *Nodo SNSFarma*, resulta necesario para el correcto funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Dado que este financia en torno al 80 % de los medicamentos que se dispensan en España, es preciso que haya un nodo que, simultáneamente a las operaciones de verificación, permita realizar las tendentes a contabilizar el gasto farmacéutico y facilitar los reembolsos.

La Sala, albergando dudas sobre la compatibilidad de los preceptos impugnados con el Reglamento Delegado (UE) 2016/161, planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en sentencia *CGCOF* de 26 de enero de 2023 (C-469/21), resolvió que dicho Reglamento no se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual se establece un nodo, como herramienta de acceso al repositorio nacional, de titularidad y gestión públicas, ni a que dicha normativa nacional imponga a las oficinas de farmacia la utilización de un nodo de titularidad

y gestión públicas cada vez que dispensen medicamentos financiados por el Sistema Nacional de Salud y obligue a la entidad gestora del repositorio nacional a integrar el referido nodo en dicho repositorio.

A la vista de dicha sentencia, el debate ante el Tribunal Supremo queda circunscrito a determinar si el Nodo SNSFarma es algo más que un simple medio de acceso al repositorio español y si afecta a la pista de auditoría.

El Tribunal Supremo concluye que en el momento actual esta cuestión no puede ser resuelta, ni siquiera mediante la práctica de las pruebas propuestas por las partes, puesto que el nodo de titularidad pública previsto por el Real Decreto 717/2019 no existe aún. El Real Decreto 717/2019 impone la existencia de dicho nodo público, pero no lo crea directamente, sino que ordena que sea establecido mediante un convenio entre el Ministerio de Sanidad y la entidad gestora del repositorio español. Las características de dicho nodo de titularidad pública solo quedarán delimitadas una vez que se celebre el convenio o, en defecto de este, cuando la Administración del Estado decida unilateralmente su creación. Cuando se negocie la efectiva creación del nodo se podrá comprobar si se cumple la exigencia de no interferencia en el funcionamiento del repositorio español, y de no ser así estarían abiertas las correspondientes vías de recurso.

Los restantes argumentos vertidos por Fedifar, como el relativo a la garantía de abastecimiento, se rechazan por apreciar el Tribunal Supremo falta de argumentación suficiente, por lo que se desestiman íntegramente los recursos.

Endodoncias: necesidad de consentimiento informado por escrito del paciente

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 44/2023, de 21 de junio de 2023

Esta sentencia dirime un recurso de apelación planteado por un paciente contra la Sentencia 594/2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Valladolid que desestima la demanda formulada por un paciente contra un dentista, en ejercicio de una acción de reclamación de cantidad, por importe de 283.926,13 €, por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de una endodoncia.

Entre los días 17 y 23 de mayo de 2017, el paciente se sometió a un tratamiento odontológico en la clínica dental titularidad del demandado para tratar las infecciones y dolencias que sufría tras la realización de una endodoncia. Tras varias intervenciones quirúrgicas, el paciente sufrió, entre otras patologías, osteomielitis crónica mandibular (i. e., infección en los huesos de la mandíbula que produce tumefacción de la cara, limitación de la abertura bucal y dolor).

La resolución recurrida desestimó la demanda al no acreditarse que el dentista actuase con mala praxis o vulnerando la *lex artis* al realizar la endodoncia.

El paciente, en su recurso, planteó dos cuestiones: (i) el dentista no utilizó los medios mecánicos necesarios para aislar la zona intervenida y evitar infecciones; y (ii) el dentista no recabó el consentimiento informado del paciente, infringiendo así la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica

reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La Audiencia provincial desestimó el recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

- i. El paciente no logró acreditar la obligatoriedad de practicar una intervención odontológica utilizando medios mecánicos para aislar la zona intervenida ni que la infección sufrida fuese consecuencia de la falta de dichos medios (antes de la intervención, la cavidad bucal del paciente ya estaba infectada).
- ii. Una endodoncia es una intervención mínimamente invasiva que no requiere el consentimiento informado por escrito establecido en la Ley 41/2002. Es más, de haberse recabado el consentimiento del paciente, en ningún caso se hubiera recogido la posibilidad de que la intervención derivase en una osteomielitis, una patología excepcional que dista de las consecuencias habituales o previsibles de una intervención de este tipo.
- iii. El paciente tuvo la oportunidad de decidir libremente si someterse a la intervención, ya que el dentista le explicó verbalmente el tratamiento, y entre la explicación y la intervención transcurrió una semana. En palabras de la Audiencia Provincial, el paciente *"tuvo la posibilidad de elegir, valorar si se sometía a la intervención teniendo presentes los riesgos e inconvenientes"*.

9 de junio de 2023



Tributario

9 de junio de 2023

1. Legislación

[Portugal]

Imposto sobre os Produtos Petrolíferos e Energéticos – Revisão e Fixação das Taxas

Portaria n.º 106-B/2023, de 18 de abril (DR 75/2023, Série I, de 17 de abril de 2023)

Portaria n.º 99-B/2023, de 4 de abril (DR 66/2023, Série I, de 3 de abril de 2023)

As portarias em referência procederam à revisão e fixação dos valores das taxas do imposto sobre os produtos petrolíferos e energéticos.

As referidas portarias entraram em vigor nos dias 4 de abril de 2023 e dia 18 de abril de 2023, produzindo os seus efeitos entre os dias 4 e 17 de abril de 2023 e entre 18 e 30 de abril de 2023.

IVA - Isenção Com Direito à Dedução (Taxa Zero) Aplicável aos Produtos Alimentares do Cabaz Alimentar Essencial Saudável

Lei n.º 17/2023, de 14 de abril (DR 74/2023, Série I, de 14 de abril de 2023)

A referida Lei estabeleceu, como medida excecional e temporária de resposta ao aumento extraordinário dos preços dos bens alimentares, a aplicação transitória de uma isenção de IVA com direito à dedução (taxa zero) aos produtos alimentares do cabaz alimentar essencial saudável.

A presente Lei entrou em vigor no dia 18 de abril de 2023 e vigorará até 31 de outubro de 2023.

* Esta sección ha sido coordinada por Gloria Marín y Catarina Fernandes, y en su elaboración han colaborado Isabel Aparício, Ecaterina Ciubotaru y Gonçalo Martins Agostinho, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Benefícios Fiscais - Alterações

Lei n.º 20/2023, de 17 de maio (DR 95, Série I, de 17 de maio 2023)

A Lei n.º 20/2023, de 17 de maio 2023, procedeu à alteração do regime de vários benefícios fiscais e, nomeadamente, dos benefícios constantes do Código do Imposto sobre Veículos ("CISV"), da Lei n.º 21/2021, de 20 de abril de 2021, do Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas ("CIRC"), do Estatuto dos Benefícios Fiscais ("EBF"), do Código de Imposto sobre o Valor Acrescentado ("CIVA") e do Código dos Impostos Especiais de Consumo ("CIEC").

Deste modo, quanto ao CISV, a presente lei veio alterar os artigos 7.º e 9.º, passando a aplicar as taxas de imposto previstas no regime aí estabelecido às autocaravanas e, mais ainda, vem revogar o n.º 2 do artigo 8.º do mesmo código, que estabelecia um regime especial relativamente aos veículos fabricados antes de 1970.

Por sua vez, a referida lei alterou ainda o artigo 8.º da Lei n.º 21/2021, que altera o EBF, o CIS, o Código Fiscal do Investimento ("CFI"), o CISV e o Código do Imposto Único de Circulação e cria uma medida extraordinária de contagem de prazos no âmbito do IRC.

Já no que diz respeito ao CIRC, a Lei em referência alterou o artigo 50.º-A — relativo aos rendimentos de direitos de autor e de direitos de propriedade industrial na determinação do lucro tributável — bem como o artigo 92.º do mesmo diploma — quanto ao regime de incentivo à valorização salarial, do benefício fiscal à criação líquida de postos de trabalho e dos donativos de bens alimentares efetuados ao Estado, a instituições particulares de solidariedade social e a organizações não governamentais sem fins lucrativos.

No que diz respeito ao EBF, a Lei n.º 20/2023 vem alterar os artigos 3.º, 28.º, 39.º-A e 43.º-D e, quanto ao CIVA altera a verba 2.3 da lista ii anexa ao referido diploma.

Por fim, quanto ao CIEC, altera o artigo 93.º e revoga a alínea j) do n.º 1 do artigo 89.º e os n.ºs 2 e 4 do artigo 93.º desse diploma.

A presente lei entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, *i.e.* 18 de maio 2023, e produziu efeitos a partir de 1 de julho de 2023, sem prejuízo das seguintes especificidades: (a) a alteração ao artigo 50.º-A do CIRC, nos termos do artigo 4.º da presente lei, produziu efeitos desde a data de entrada em vigor da Lei 12/2022, de 27 de junho, *i.e.* 28 de junho de 2022; (b) a prorrogação do artigo 58.º do EBF, nos termos do artigo 10.º, produziu efeitos desde 1 de janeiro de 2022; (c) a prorrogação do artigo 62.º-A do EBF, nos termos do artigo 10.º, produziu efeitos desde 1 de janeiro de 2023; (d) a alteração à alínea e) do n.º 2 do artigo 7.º e ao n.º 3 do artigo 9.º do CISV, na redação dada pelo artigo 2.º da presente lei, produziu efeitos a partir de 1 de janeiro de 2024.

Startups e Scaleups – Regime Fiscal

Lei n.º 21/2023, de 25 de maio (DR 101, Série I, de 25 de maio de 2023)

A Lei n.º 21/2023, de 25 de maio de 2023 veio estabelecer o regime aplicável às *startups* e *scaleups*, introduzindo alterações ao CIRS, ao EBF e ao CFI.

Deste modo, o diploma em referência define os conceitos legais de *startup*, *scaleup*, *business angels* e estabelece o procedimento de reconhecimento, manutenção e cessação do estatuto de *startup* ou *scaleup*.

Por conseguinte, tal regime levou a alterações (i) ao artigo 72.º do CIRS, relativo à tributação à taxa autónoma de 28%; (ii) ao artigo 43.º-C do EBF, relativo ao incentivo fiscal à aquisição de participações sociais de *startups*; e (iii) aos artigos 37.º, 37.º -A e 38.º do CFI, relativos ao sistema de incentivos fiscais em investigação e desenvolvimento empresarial.

A presente lei produz efeitos desde 1 de janeiro de 2023, sem prejuízo das seguintes especificidades: (a) o regime aplicável às *startups* e *scaleups* produz efeitos 180 dias após a data da sua publicação, *i.e.* 25 de maio de 2023; (b) as alterações ao artigo 43.º-C do EBF aplicam-se igualmente a planos aprovados até 31 de dezembro de 2022, desde que atribuídos por entidades que, no prazo de 12 meses após a entrada em vigor da presente lei, sejam reconhecidas como *startup*, ou, possam demonstrar que na data da aprovação do plano eram qualificadas como *startup*; e (c) as alterações ao CFI produzem efeitos a partir de 1 de janeiro de 2024.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Imposición indirecta IVA. El abuso de derecho que permite denegar la deducibilidad del IVA soportado debe delimitarse con arreglo a los criterios del derecho de la Unión

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de mayo de 2023 (as. C-114/22)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta a una cuestión prejudicial formulada sobre el régimen de deducibilidad de las cuotas del IVA soportadas, que se regula en la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, concluye que no se puede denegar al sujeto pasivo, de forma automática, el derecho a la deducción de una cuota del IVA soportada por el mero hecho de que la operación económica que da lugar a esa cuota se repute ficticia y viciada de nulidad sobre la base de las disposiciones del derecho civil nacional.

En efecto, según el Tribunal, el carácter ficticio, bajo las disposiciones del derecho civil nacional, del contrato celebrado entre el sujeto pasivo y el emisor de la factura puede constituir un indicio de práctica fraudulenta o abusiva a efectos de la Directiva del IVA, pero no permite por sí sola deducir que se da tal práctica, ya que los principios de neutralidad y proporcionalidad, junto con la propia Directiva, exigen algo más. En concreto:

- i. Si la operación no se ha realizado, esto es, se trata de una operación ficticia, es necesaria la acreditación de las circunstancias concretas que permiten calificarla como tal a la luz del derecho de la Unión.
- ii. Si la operación se ha realizado de forma efectiva, es decir, no es una operación ficticia, es necesaria la existencia de indicios de que esa operación concreta tiene su origen en un fraude de IVA o en un abuso de derecho.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que la Directiva del IVA se opone a una normativa nacional que priva al sujeto pasivo del derecho a deducir el IVA soportado sobre la base de una recalificación basada en las disposiciones del derecho civil nacional, sin que sea necesario acreditar que concurren las circunstancias que permiten recalificarla como ficticia o como abusiva bajo el derecho de la Unión.

[España]

Procedimientos tributarios. Confianza legítima. El criterio de un Tribunal Económico-Administrativo Regional no es susceptible de generar confianza legítima que impida atribuir eficacia retrospectiva al criterio, desfavorable al contribuyente, sentado por el Tribunal Económico-Administrativo Central en recurso extraordinario de alzada para la unificación de doctrina

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 5 de abril de 2023 (03146/2022)

El Tribunal matiza su doctrina, según la cual la aplicación del criterio administrativo vigente al tiempo de presentar su autoliquidación protege al contribuyente de cambios interpretativos desfavorables, para restringirla a los casos en los que el criterio administrativo aplicado sea vinculante para los órganos de la Administración tributaria encargados de la aplicación de tributos.

En el caso, el contribuyente había aplicado a sus autoliquidaciones el criterio interpretativo de una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia, que había estimado su reclamación en relación con las liquidaciones administrativas de ejercicios anteriores que aplicaban un criterio diferente. La regularización administrativa de los ejercicios posteriores se basó en una resolución dictada por el TEAC en unificación de criterio, que fijaba sobre la misma cuestión un criterio más desfavorable para el contribuyente que el del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia. El obligado tributario se opuso a la regularización practicada amparándose en el principio de confianza legítima.

La resolución recuerda los pronunciamientos anteriores del Tribunal Económico-Administrativo Central sobre este principio, según los cuales un cambio de criterio administrativo será vinculante solo desde que dicho cambio tenga lugar, “no pudiéndose regularizar situaciones pretéritas en las que el contribuyente aplicó el criterio administrativo vigente en el momento de presentar su autoliquidación”, y matiza que la expresión *criterio administrativo vigente* debe entenderse referida a aquellos que sean vinculantes para la Administración, es decir, (i) sus propios actos o manifestaciones, expresados, por ejemplo, en los manuales de confección de las autoliquidaciones; (ii) las contestaciones a consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos; (iii) las resoluciones del TEAC constitutivas de doctrina o dictadas en unificación de criterio o en unificación de doctrina; o (iv) la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por tanto, se concluye que el criterio del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia no puede calificarse como un *criterio administrativo vigente* a los efectos de impedir la eficacia retrospectiva del sentado por el Central en unificación de criterio, al no ser vinculante para la Administración. En el caso, además, la regularización del órgano de aplicación de los tributos se encontraba basada también en consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos, lo que se tiene en cuenta al negar la eficacia del principio de confianza legítima.

Procedimientos tributarios. Sanciones. La graduación por perjuicio económico debe calcularse sobre el importe de la cuota líquida

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2023, rec. n.º 7272/2021

En una interpretación finalista del artículo 187.1 b) de la Ley General Tributaria, el Tribunal Supremo entiende que el importe de lo que hubiera debido ingresarse ha de tener en cuenta los pagos fraccionados y a cuenta realizados por el obligado tributario, y no solo el resultado que, restada la anterior cuantía, resulta a ingresar en su autoliquidación.

Según el artículo 187.1.b) de la Ley General Tributaria, el perjuicio económico se determina por el porcentaje resultante de la relación existente entre la base de la sanción y la cuantía total que “hubiera debido ingresarse en la autoliquidación o por la adecuada declaración del tributo o el importe de la devolución inicialmente obtenida”. En función de este cociente, el precepto establece una escala de porcentajes de incremento de la sanción desde un mínimo del 10 %, cuando el cociente que refleja el perjuicio económico sea superior al 10 %, pero no superior al 25 %, hasta un máximo del 25 % para un cociente superior al 75 %.

Para la Inspección, la cuantía total *que hubiera debido ingresarse en la autoliquidación* equivale a la cuota diferencial de la autoliquidación final; esto es, al importe neto de los pagos fraccionados y a cuenta realizados por el obligado tributario. El Tribunal Supremo, en cambio, confirmando el criterio sostenido en la instancia, entiende más conforme a los principios de proporcionalidad y culpabilidad, así como a los antecedentes de la norma, considerar que es la cuota líquida reflejada en la autoliquidación la que debe tenerse en cuenta, con independencia de que se haya ingresado su importe en un momento anterior (a través de pagos fraccionados, retenciones o ingresos a cuenta) o no.

La sentencia cuenta con un voto particular que, entre otras cuestiones, considera que debería haberse elevado cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional.

Procedimientos tributarios. Rectificación de autoliquidación y devolución de ingresos indebidos. El obligado al pago del impuesto en virtud de pacto o contrato con el sujeto pasivo también está legitimado a instar la rectificación y a solicitar la devolución de ingresos indebidos

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2023 (rec. n.º 2309/2021)

El Tribunal Supremo analiza si la empresa adquirente por compraventa de una serie de bienes inmuebles, obligada al pago del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (“IIVTNU”) en virtud de lo acordado con la parte vendedora, está legitimada para solicitar la devolución de ingresos indebidos derivados de la rectificación de una autoliquidación a través de la cual se ingresó el impuesto.

Para resolver el presente recurso de casación, el Tribunal Supremo recuerda, en primer lugar, la doctrina fijada en sus sentencias de 30 de octubre de 2019 (rec. n.º 3738/2018) y de 17 de septiembre de 2020 (rec. n.º 991/2019), en las que declaraba que quienes, sin ser los sujetos pasivos, asuman en virtud de pacto o contrato la obligación tributaria principal de pago de un tributo local —como el IIVTNU— tienen legitimación activa procesal para recurrir en la vía contencioso-administrativa, por ostentar un interés legítimo al estar legitimados para interponer el recurso de reposición tributario local en aquellos casos en que dicho recurso agota la vía administrativa local.

En este contexto, el Tribunal interpreta que la legitimación administrativa no puede correr diferente suerte de la judicial, a la que sirve y a la que se anticipa y condiciona, como trámite preceptivo, y que la empresa adquirente tiene legitimación activa para instar la rectificación de la autoliquidación del IIVTNU y la devolución del ingreso indebido. Considera así que la prohibición contenida en el artículo 232.2 de la Ley General Tributaria, según la cual no están legitimados los que asuman obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato, no puede desconocer la prioridad de la regla general establecida en el apartado 1, letra b), conforme a la cual está legitimada para promover las reclamaciones económico-administrativas “*cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto o la actuación tributaria*”. Todo ello especialmente a la vista de que se ha abonado a la Administración tributaria una cantidad en concepto de un impuesto declarado inexistente por el Tribunal Constitucional, cuya percepción genera, por tanto, un enriquecimiento injusto que el propio Ayuntamiento de Madrid debía haber declarado, incluso de oficio.

En conclusión, el Tribunal Supremo reconoce legitimación activa al obligado al pago del IIVTNU en virtud de pacto o contrato con el sujeto pasivo del tributo para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria y la devolución del eventual ingreso indebido derivado de aquella.

Derivación de responsabilidad. Se deniega la infracción de la prohibición *ne bis in idem*, en su vertiente procedimental, por el reinicio de un procedimiento de declaración de responsabilidad ex artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria

Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2023 (rec. 546/2021 y 72/2021)

El artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria permite declarar responsables solidarios de la deuda tributaria y sanciones del deudor principal a quienes hubieran causado o colaborado en la ocultación o transmisión de bienes y derechos de ese deudor principal en perjuicio de la acción recaudatoria de la Administración y hasta el valor de los bienes y derechos que se hubieran transmitido o tratado de ocultar. Por la similitud del precepto con el tipo delictivo del alzamiento de bienes, pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo (v. gr., SSTs de 25.3.2021, rec. n.º 3172/2019, o de 15.2.2023, rec. n.º 3001/2021, o de 14.10.2022, rec. n.º 6321/2020) habían apuntado su naturaleza sancionadora, y esa naturaleza había dado lugar a un procedimiento en el que se apreció interés casacional en *"determinar si el principio ne bis in idem, en su dimensión procedimental, permite el inicio de un segundo procedimiento de derivación de responsabilidad solidaria tras la anulación por motivos formales del primer acuerdo de derivación de responsabilidad acordada por un tribunal económico-administrativo"*.

La sentencia, que cuenta con un muy interesante voto particular del magistrado, Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís, rechaza la premisa en la que se basa la cuestión de interés casacional al sentar como doctrina jurisprudencial que *"la declaración de responsabilidad solidaria por la causa prevista en el art. 42.2.a) LGT no tiene naturaleza sancionadora y, por tanto, no es de aplicación el principio ne bis in idem que impera en el derecho sancionador"*.

De esta forma, el Tribunal Supremo, en contradicción con las afirmaciones realizadas en previos pronunciamientos, considera que este supuesto de declaración de responsabilidad carece de naturaleza sancionadora.

Impuesto de Sociedades. Exención de plusvalías. El hecho de que no se haya iniciado materialmente la actividad no supone automáticamente la calificación de la sociedad como patrimonial

Consulta de la Dirección General de Tributos V0863-23 de 12 de abril de 2023

La Dirección General de Tributos, matizando pronunciamientos anteriores, aprecia la existencia de actividad económica cuando de las actividades realizadas se puede inferir una voluntad inequívoca de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, aun cuando esa actividad no se haya iniciado materialmente.

En su consulta n.º V0863-23, la Dirección General de Tributos se pronuncia sobre la posible consideración de una entidad como patrimonial a los efectos de limitar la aplicación de la exención prevista en el artículo 21.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, a la ganancia derivada de la transmisión de sus participaciones. Como es sabido, cuando la entidad cuyas participaciones se transmiten es una entidad patrimonial, la ley excluye de la exención a

la parte de la renta derivada de la transmisión que no se corresponda con un incremento de beneficios no distribuidos generados por la entidad durante el tiempo de tenencia de la participación. Y a estos efectos, según el artículo 5.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, una entidad tiene la consideración de patrimonial cuando más de la mitad de su activo está constituido por valores o no está afecto a una actividad económica.

La cuestión que se plantea es si puede entenderse que el activo está afecto a la actividad antes del inicio material de la actividad.

En el caso objeto de la consulta, la entidad participada se constituye en el ejercicio 2019 con la intención de realizar una actividad de explotación de licencias de juego *on-line*, pero no es hasta principios de 2020 cuando obtiene la aprobación final de las autoridades competentes para poder iniciar la actividad de operador de apuestas. Hasta entonces, realiza las labores y gestiones necesarias para obtener las licencias administrativas exigidas para iniciar la actividad de operador de apuestas utilizando para ello los medios personales de otras entidades del grupo. Estas licencias, una vez obtenidas, representaban más del 50 % del valor del activo de la entidad. Se plantea así si la entidad transmitida realizó una actividad económica durante el ejercicio 2019 por las labores de gestión para la obtención de las licencias administrativas.

La Dirección General de Tributos se remite a estos efectos a la doctrina y jurisprudencia sobre la consideración como entidades patrimoniales de entidades promotoras inmobiliarias —en concreto, cita la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2021 (rec. n.º 78/2018)—, según la cual las entidades que realizan actividades preparatorias de una actividad económica principal de promoción inmobiliaria no tienen la consideración de patrimoniales a los efectos del Impuesto sobre Sociedades, en la medida en que con esas actividades preparatorias necesarias para realizar la actividad económica principal (de promoción) ya se ha iniciado una actividad.

Con base en dicha jurisprudencia, se considera en el caso que la entidad transmitida *“desde su constitución, en el ejercicio 2019, llevó a cabo todas las labores y gestiones necesarias para la obtención de sendas licencias administrativas necesarias para poder llevar a cabo la actividad de operador de apuestas y otros juegos on line”,* y que esta actividad *“no es una sucesión de actuaciones meramente preparatorias de la actividad de comercialización del juego on line, sino que se trata de un eslabón de la referida actividad comercial que ha determinado una secuencia de actuaciones claramente tendentes a la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado”*.

Este criterio de la DGT supone un cambio positivo con respecto a la consulta vinculante n.º V2265-21, que cuestionó la aplicación de la exención a las ganancias de capital derivadas de la venta de sociedades titulares de proyectos fotovoltaicos en estado *greenfield* o *ready-to-build* en las que no se había iniciado la ejecución material de las obras de construcción y promoción de las instalaciones.

Grupo de consolidación fiscal. La AEAT publica sus criterios interpretativos sobre la aplicación por el grupo de consolidación fiscal de bases imponibles negativas y deducciones pendientes de ejercicios anteriores

Nota de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) de 5 de mayo de 2023

En una nota publicada el 5 de mayo de 2023, la AEAT ha hecho públicos sus criterios interpretativos sobre la aplicación por el grupo de consolidación fiscal de bases imponibles negativas y deducciones procedentes de ejercicios anteriores, en particular, sobre el reparto de estos créditos fiscales generados por el grupo entre las entidades que lo integran y sobre la aplicación por el grupo de bases imponibles negativas y deducciones generadas por dichas entidades antes de su incorporación a él.

Las reglas de reparto de bases imponibles negativas y deducciones del grupo pendientes de compensar o aplicar deben atribuirse a la entidad o entidades que dejen de pertenecer al grupo *“en la proporción en que hubieran contribuido a su formación”* (artículo 74.1.b, ordinales 5.º y 7.º, de la LIS). En interpretación de estas reglas, y sin perjuicio de lo establecido recientemente por la disposición adicional decimonovena en relación con el aprovechamiento de bases imponibles negativas con efectos para los periodos impositivos que se inicien en 2023, la AEAT considera:

- i. que se trata de normas imperativas que solo resultan de aplicación en el momento en el que se produzcan las circunstancias que den lugar a la pérdida del régimen de consolidación, de extinción del grupo o de exclusión de cualquiera de las entidades que lo integran;
- ii. que se refieren solamente a las bases imponibles negativas y deducciones generadas por el propio grupo de consolidación fiscal en calidad de contribuyente del Impuesto sobre Sociedades y no a créditos fiscales de otra naturaleza;
- iii. que para determinar la proporción en la que han contribuido a su formación las diferentes entidades que forman parte del grupo debe atenderse al ejercicio de generación;
- iv. que, sin perjuicio de que corresponda al grupo la elección, siguiendo el orden que considere oportuno, de los concretos créditos fiscales que desea aplicar en cada autoliquidación, en caso de aplicación parcial de los créditos, no se puede realizar una atribución artificial a alguna de las entidades que los generaron, sino que su aplicación se debe efectuar de manera proporcional a la contribución de las entidades integrantes del grupo en el momento de su formación; y, en definitiva,
- v. que las bases imponibles negativas y deducciones pendientes de aplicar deben atribuirse a la entidad que abandona el grupo, aplicando (a) el porcentaje que resulte de dividir las bases imponibles negativas o deducciones pendientes de aplicar aportadas por la sociedad al grupo en cada uno de los ejercicios en los que este acreditó bases imponibles negativas o deducciones pendientes de aplicar entre la totalidad de las bases imponibles negativas o deducciones aportadas al grupo en ese ejercicio sobre (b) la base imponible negativa o deducción pendiente de aplicar acreditada por el grupo al tiempo de la exclusión, siempre que no hubiera sido ya compensada por el grupo en ejercicios posteriores al de su obtención.

En cuanto a las bases imponibles negativas y deducciones del grupo pendientes de aplicar que se hubieran generado antes de la incorporación al grupo fiscal, la AEAT señala que los límites establecidos en los artículos 67.e) y 71.2 de la LIS tratan de evitar que la existencia de tales créditos pueda constituir un obstáculo o un incentivo a la aplicación del régimen especial de consolidación fiscal. Entiende por ello que esos límites vinculan el aprovechamiento por el grupo de los créditos fiscales preconsolidación a que la entidad que los generó aporte al grupo una base o una cuota positiva que habría permitido, de no haberse integrado en este, su aprovechamiento en régimen de tributación individual.

Se considera así que, en el caso de las bases imponibles negativas preconsolidación, el grupo está sometido a un doble límite: el que le resulta aplicable a la entidad que los generó en régimen individual de tributación y el límite que corresponda al grupo. En particular, a efectos de determinar la cuantía compensable por el grupo, debe tomarse en consideración (a) no solo el límite porcentual de la LIS que corresponda, según la disposición adicional decimoquinta, al importe neto de la cifra de negocios de la entidad que hubiera generado una base imponible negativa preconsolidación, sino también el que corresponda al grupo; (b) la posible compensación en el ejercicio en cuestión de bases imponibles negativas del grupo, en la proporción en la que la entidad en cuestión hubiera contribuido a su formación; y (c) que la compensación de hasta un millón de euros que establece el artículo 26 de la LIS resultará de aplicación, siempre y cuando la entidad que generó la base imponible negativa preconsolidación tenga base imponible positiva suficiente para la citada compensación.

En el caso de deducciones pendientes de aplicar, debe realizarse una liquidación hipotética para hallar la cuota íntegra que obtendría la entidad que generó las deducciones pendientes en régimen individual, teniendo en cuenta las eliminaciones e incorporaciones correspondientes y todos aquellos elementos que pudieran afectar a su determinación, incluidas todas las bases imponibles negativas compensadas, las deducciones y bonificaciones generadas y aplicadas por el grupo en la medida en que la entidad en cuestión haya contribuido a su formación.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Exención por reinversión de la vivienda habitual. El cónyuge que ha de abandonar la vivienda por separación, divorcio o nulidad matrimonial también tendrá derecho a aplicar la exención por reinversión

Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 2023, rec. 7851/2021

El Tribunal Supremo entiende que el cónyuge que permanece en la vivienda habitual tras la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, permite dar cumplimiento al requisito de ocupación con efectos también para el cónyuge que tuvo que abandonarla.

La ganancia obtenida en la transmisión de la vivienda habitual puede resultar exenta del IRPF si el importe total obtenido en la venta se reinvierte en la adquisición de otra vivienda habitual o en su rehabilitación. A estos efectos, la norma considera que la vivienda transmitida constituye la vivienda habitual del contribuyente, cuando no hubiera mantenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años previos a la fecha de la transmisión.

Sobre esta base, la Administración tributaria ha venido negando la calificación como vivienda habitual del inmueble transmitido cuando, ante la separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, el vendedor se vio obligado a abandonarla antes de ese período previo de dos años por haberse asignado su uso exclusivo al otro cónyuge.

En la sentencia comentada, el Tribunal Supremo corrige este criterio administrativo y permite la aplicación de la exención por reinversión de la vivienda habitual en el IRPF también por el cónyuge que se vio obligado a abandonar el domicilio por separación, divorcio o nulidad del matrimonio, siempre que el requisito de ocupación efectiva se cumpla por el cónyuge que permaneció en la vivienda.

Imposición patrimonial. Obligación real de contribuir. Los no residentes también tributan por el Impuesto sobre el Patrimonio y por el Impuesto Temporal de Solidaridad de Grandes Fortunas por la parte del activo de sociedades inmobiliarias que no esté localizada en España

Consulta de la Dirección General de Tributos V0107-23 de 1 de febrero de 2023

En la consulta vinculante de referencia, el consultante, residente fiscal en Alemania, pregunta a la Dirección General de Tributos cómo debe tributar en el Impuesto sobre el Patrimonio de los ejercicios 2022 y siguientes por la participación de que es titular en una sociedad comanditaria alemana que a su vez es titular de un inmueble situado en España, el cual se considera que representa al menos el 50 % del activo de la sociedad.

La Dirección General de Tributos, tras confirmar que España tiene potestad para gravar el patrimonio del consultante formado por dicha participación en la sociedad comanditaria con arreglo al artículo 21 del Convenio para evitar la doble imposición suscrito entre aquel país y la República Federal de Alemania, interpreta que el consultante está sujeto al Impuesto sobre el Patrimonio por obligación real, y no solo por la parte del activo que el inmueble situado en territorio español constituye de entre el patrimonio total de la sociedad comanditaria, sino por todo el patrimonio social.

Finalmente, habiendo sido adquirido el inmueble con un préstamo recibido de otra sociedad alemana, la Dirección General de Tributos afirma que, de acuerdo con lo previsto en el Convenio de doble imposición aplicable y en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, *“la base imponible se determinará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la LIP, siendo deducibles aquellas deudas que estuvieran reflejadas en el balance de la sociedad”*.

De esta forma, la Dirección General de Tributos acoge una interpretación literal de los artículos 5 y 9 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio que lleva a otorgar a la imposición patrimonial de los no residentes un alcance extraterritorial.

Imposición patrimonial. Empresa familiar. Los préstamos concedidos a filiales para que estas financien su actividad se consideran afectos a la actividad solo cuando se acredita que son necesarios para que la prestamista desarrolle su actividad, incluyendo entre esas necesidades las de capitalización, solvencia, liquidez o acceso al crédito

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 28 de febrero de 2023. RG. 02962/2020

En su resolución de 28 de febrero de 2023 (RG 02962/2020) el Tribunal Económico-Administrativo Central se pronuncia sobre el alcance de la reducción de la base imponible en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (por adquisición *mortis causa* de participaciones de una empresa familiar). En concreto, analiza si los préstamos concedidos por una entidad —que tiene la condición de empresa familiar— a otra entidad íntegramente participada por el mismo grupo familiar pueden reputarse activos afectos a la actividad.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión suscitada, la resolución recuerda que, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2022 (rec. n.º 1563/2020), los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros pueden reputarse elementos afectos a una actividad económica si resultan necesarios para el ejercicio de esta. Tomando esta afirmación como punto de partida, la resolución razona que, a los efectos de determinar el alcance de la exención de empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio y, por ende, de la reducción de la base imponible en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, los préstamos concedidos por una entidad a otras entidades solo se consideran afectos a la actividad si se demuestra que son necesarios para desarrollar la propia actividad económica de la prestamista o si se destinan a cubrir sus necesidades de capitalización, solvencia, liquidez o acceso al crédito. Más flexible parece la interpretación de algunos tribunales de justicia (v. gr., STSJ de Castilla y León de 17.3.2022, rec. n.º 786/2020) cuando admiten que una entidad prestamista realiza una actividad económica a través de la concesión de préstamos a sus filiales, sobre todo cuando la actividad desarrollada por las filiales prestatarias se enmarca en un objeto social —el de la prestamista— que puede estatutariamente ser realizado de forma indirecta a través de otras sociedades del grupo.

El Tribunal Económico-Administrativo Central concluye que los préstamos concedidos por una empresa a otras entidades íntegramente participadas por el mismo grupo familiar se consideran afectos a la actividad únicamente si se destinan a cubrir las necesidades de la prestamista.

Imposición indirecta. Derecho a la deducción del IVA. La deducción del IVA soportado es un derecho y no una opción tributaria que no quepa modificar una vez presentada la autoliquidación

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2023, rec. 6058/2021

El Tribunal Supremo interpreta que la deducción de las cuotas soportadas del IVA es un derecho del contribuyente conferido por la normativa de dicho tributo y no una opción tributaria del

artículo 119.3 de la Ley General Tributaria, como venía interpretando la Administración, de modo que los contribuyentes pueden solicitar la rectificación y la correspondiente devolución de ingresos indebidos respecto de una autoliquidación complementaria del IVA.

En el caso analizado, y en el marco de un procedimiento de inspección en curso, el contribuyente presentó autoliquidaciones complementarias del IVA correspondientes a periodos de liquidación posteriores a los que eran objeto de comprobación administrativa, con el fin de evitar nuevas regularizaciones y sanciones al ajustarse en ellas al criterio administrativo. No obstante, al estar disconforme con el mencionado criterio, acto seguido presentó solicitud de rectificación de autoliquidaciones complementarias con la consiguiente devolución de ingresos indebidos.

La Administración desestimó la solicitud de rectificación, desestimación que fue recurrida ante el Tribunal Económico-Administrativo Central y, posteriormente, ante la Audiencia Nacional, con el mismo resultado. Tanto la Administración como el tribunal de instancia consideran, en esencia, que la deducción de las cuotas de IVA es una opción tributaria del artículo 119.3 de la Ley General Tributaria, por lo que el contribuyente no puede modificarla una vez vencido el plazo de presentación de las autoliquidaciones, pero sí puede practicar la deducción en las autoliquidaciones correspondientes a períodos posteriores con el límite del plazo de cuatro años contados a partir del nacimiento del derecho a deducir.

El Tribunal Supremo no comparte dicha interpretación y entiende que, conforme a lo ya anticipado al inicio, la deducción de las cuotas soportadas del IVA es un derecho del contribuyente, por lo que nada impide la rectificación y la correspondiente devolución de ingresos indebidos respecto de una autoliquidación complementaria del IVA en la que se han incluido mayores cuotas soportadas, presentada a fin de adecuarse al criterio seguido por la Administración tributaria en un procedimiento inspector previo y con el objetivo de evitar ser sancionado.

Fiscalidad internacional. Residencia fiscal y centro de intereses económicos. El Tribunal Económico-Administrativo Central considera que la residencia del pagador de los rendimientos puede ser un indicio de la localización de los intereses económicos

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de febrero de 2023 (rec. 04549/2020)

Entre los criterios para determinar la residencia fiscal de una persona física en España, el artículo 9.1.b) de la Ley del IRPF establece el de localización del centro de intereses económicos, según el cual se consideran residentes fiscales en España aquellas personas que mantienen en España, de forma directa o indirecta, *el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos*, aunque su permanencia física en territorio español durante un determinado ejercicio sea mínima o nula.

En la aplicación práctica de este criterio, deliberadamente vago y ambiguo, la doctrina administrativa suele atender a factores tales como la localización del patrimonio generador de renta, el lugar de gestión y administración de dicho patrimonio o el lugar en el que se manifiesta la capacidad contributiva del contribuyente, ya sea a través de los ingresos o de los gastos. Se considera que

para determinar el centro de intereses económicos se han de tomar en consideración “*todos los criterios objetivos*” a la luz de los elementos fácticos en cada caso existentes.

Pues bien, en esta línea de identificar criterios objetivos de la localización del centro de intereses económicos, esta resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de febrero de 2023 afirma que la residencia del pagador de los rendimientos del trabajo es también un indicador objetivo del centro de intereses económicos tanto en el caso de los rendimientos del trabajo independiente (RTEAC de 22 de febrero de 2021) como en el caso de la percepción de pensiones públicas (RTEAC de 23 de marzo de 2022). Para el TEAC, “*lo que no parece razonable es utilizar este criterio como único indicio, esto es, desprender de la residencia del pagador directamente la localización del centro de interés económico del perceptor, sin valorar otros elementos de prueba*”. No obstante, “*la utilización de este indicio es válido porque es un criterio objetivo que determina un punto de conexión económica con nuestro país*”.

El Tribunal concluye que, en una interpretación expansiva, la residencia española del pagador de los rendimientos del trabajo es indicador objetivo de la localización en España del centro de intereses económicos del perceptor de dichos rendimientos a los efectos de determinar su residencia fiscal.

Fiscalidad internacional. No discriminación. Fondos de inversión libre no residentes. La legislación del Impuesto sobre no Residentes restringe la libre circulación de capitales al vedar a los fondos de inversión no armonizados el acceso al tipo de reducido de imposición que sí resulta aplicable a los fondos de inversión no armonizados españoles

Sentencias del Tribunal Supremo de 5, 11 y 25 de abril de 2023 recs. 7260/2021, 8220/2021, 7123/2021, 7127/2021 y 8494/2021

El Tribunal Supremo concluye que la legislación española infringe el derecho de la Unión Europea al establecer un tratamiento diferenciado no justificado, en situaciones comparables, entre los fondos de inversión libre residentes y no residentes, y fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

- i. (Que la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes infringe la libertad de circulación de capitales al establecer, en situaciones comparables, un tratamiento diferenciado no justificado entre fondos de inversión libres en función de su residencia. En concreto, al reservar a los residentes el tipo reducido de gravamen del 1 %, en tanto los no residentes tributan al tipo general del 19 %, o al más favorable que pueda establecer el convenio para evitar la doble imposición aplicable, cuando en ambos casos la capacidad económica manifestada es idéntica.
- ii. Que, ante la infracción originaria del derecho de la Unión Europea en que incurre la normativa española al imponer como elemento diferenciador del tratamiento tributario la residencia en España, el análisis de comparabilidad entre fondos de inversión no armonizados residentes y no residentes debe realizarse en función de los elementos esenciales intrínsecos considerados por el legislador español para otorgar el tratamiento fiscal más

beneficioso a los fondos de inversión libre residentes, interpretados conforme a las disposiciones del derecho de la Unión Europea reguladoras de la gestión de este tipo de instituciones de inversión colectiva —esto es, la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos— y a la legislación aplicable a este tipo de entidades en su Estado de residencia o de origen.

- iii. Que los elementos concretos que deben tomarse en consideración a efectos del análisis de comparabilidad, son:
 - A. La captación del público en general de las aportaciones de capital, sin que puedan tener tal consideración aquellas entidades que limiten el acceso a patrimonios familiares o personales, o que limiten las condiciones de acceso por requisitos subjetivos tales como la condición de pertenencia a un colectivo determinado, como la de empleado de determinada empresa o administración, o componente de un determinado colectivo. No resulta relevante, en este sentido, que se limite el acceso a inversores que reúnan la condición de inversor profesional o que se acredite un determinado nivel de formación y conocimiento del funcionamiento de los mercados de valores basado en elementos como el importe mínimo de inversión, dado que el nivel de riesgo que pueden asumir estos fondos excede del que, con carácter general, pueden asumir las instituciones de inversión colectiva armonizadas, sin que con ello se desvirtúe el requisito de constituir un instrumento de inversión colectiva abierto.
 - B. La existencia de autorización vigente de funcionamiento en su país de origen o residencia, expedido por la autoridad competente para el control y supervisión de las instituciones de inversión colectiva.
 - C. La acreditación de estar gestionados por una entidad, autorizada a su vez en su país de origen o residencia, como gestor de fondos de inversión alternativa (GFIA), en los términos de la Directiva 2011/61/UE.
- iv. Que la carga de la prueba de que se cumplen estos requisitos de comparabilidad corresponde al fondo de inversión libre, si bien, en ausencia de una normativa nacional que determine los concretos medios de prueba a aportar, no pueden ser requeridos medios de prueba o certificados que resulten desproporcionados o extraordinariamente difíciles de conseguir para un fondo de inversión libre no residente. La autoridad administrativa española, cuando dude motivadamente del satisfactorio grado de acreditación, deberá utilizar activamente las facultades de obtención de información de que disponga en virtud de los convenios o acuerdos que permiten el intercambio de información con el país de origen o residencia del fondo no residente, así como los mecanismos de intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad existentes en el derecho de la Unión Europea. No utilizar de forma injustificada estos mecanismos de intercambio de información debe valorarse en la distribución de la carga de la prueba y, en su caso, permitirá que se considere suficiente la aportada por el fondo de inversión libre no residente.

- v. Que la neutralización de los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales producida en la legislación nacional tan solo se podrá considerar alcanzada por el efecto de las previsiones del convenio de doble imposición aplicable cuando tales disposiciones permitan que el impuesto retenido en origen en aplicación de la normativa nacional pueda deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional.

Tributos locales. Plusvalía municipal. Procede la devolución de ingresos indebidos cuando las liquidaciones o las autoliquidaciones del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana habían sido impugnadas antes de la fecha de la sentencia

Sentencias del Tribunal Supremo de 27 y 28 de marzo de 2023, recs. 6023/2021, 8516/2021 y 4254/2021

El Tribunal Supremo confirma que las liquidaciones de la plusvalía municipal ya impugnadas a la fecha en que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las normas reguladoras de la base imponible del impuesto son inválidas como resultado de esa sentencia.

En relación con los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos reguladores de la base imponible del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2021, de 26 de octubre, equipara a las situaciones decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, que no se ven afectadas por la inconstitucionalidad declarada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 40.1 de la LOTC, los dos siguientes casos: el de resoluciones administrativas firmes y el de “situaciones consolidadas”, en las que se incluyen (a) los supuestos de liquidaciones provisionales o definitivas que no hubieran sido impugnadas a la fecha de la sentencia y (b) las autoliquidaciones cuya rectificación no hubiera sido solicitada a dicha fecha.

El Tribunal Supremo confirma que no se pueden calificar como “situaciones consolidadas” aquellas en las que la liquidación tributaria correspondiente fue impugnada tempestivamente y, por tanto, para esas situaciones no cabe oponerse a la aplicación de los efectos de inconstitucionalidad, con lo que la liquidación tributaria impugnada sería inválida y carente de eficacia por la inconstitucionalidad de sus normas legales de cobertura.

[Portugal]

Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) – Retenção na Fonte sobre Dividendos Distribuídos a Uma Entidade Não Residente – Desconformidade com o Direito da União Europeia

Acórdão de 8 de março de 2023 (Processo n.º 03022/19.4BELRS) – STA

No acórdão em análise, a questão fundamental que foi submetida ao escrutínio do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) foi a de saber se é ilegal uma liquidação de Imposto sobre o Ren-

dimento das Pessoas Coletivas ("IRC") efetuada através de retenção na fonte quando a mesma incide sobre dividendos distribuídos por empresas residentes em Portugal e auferidos por uma entidade não residente (no caso, por uma empresa com sede em Espanha), sem estabelecimento estável em território português, e detentora de 5% do capital social da empresa residente em Portugal. Em particular, estava em causa determinar se existiu ou não discriminação injustificada entre acionistas residentes e não residentes em Portugal e, em consequência, violação do princípio de Direito da União Europeia ("UE") de liberdade de circulação de capitais, na sua vertente de princípio de não discriminação entre residentes e não residentes.

No caso em análise, as retenções na fonte efetuadas à entidade não residente assumiram a natureza de retenção a título definitivo ao abrigo do artigo 94.º, n.º 3, alínea b,) do CIRC, nos termos da Convenção para Evitar a Dupla Tributação celebrada entre Portugal e Espanha ("CDT Portugal-Espanha"), cujo artigo 10.º, n.º 2, alínea b), estabelece que a taxa de retenção na fonte não pode exceder 15% do montante bruto dos dividendos. Caso tais retenções na fonte tivessem sido efetuadas a entidades residentes, as mesmas teriam a natureza de pagamento por conta e, por conseguinte, em caso de distribuição de dividendos, as entidades residentes nas mesmas circunstâncias da entidade residente em análise no processo poderiam, aquando da entrega da declaração periódica de rendimentos (Declaração Modelo 22 do IRC), deduzir ao imposto total, apurado a final nessa declaração, os pagamentos por conta (artigo 104.º do Código do IRC).

Considerando a referida diferença de tratamento, o Supremo Tribunal Administrativo ("STA") analisou se a mesma seria, eventualmente, suscetível de ser neutralizada pela aplicação da CDT Portugal-Espanha.

Nos termos do artigo 23.º, n.º 1, alínea a) da CDT Portugal-Espanha, a dedução do imposto suportado no estrangeiro é limitada à fração do próprio IRC correspondente aos rendimentos obtidos no estrangeiro. Assim, considerando que a sociedade não residente espanhola detinha na sociedade residente, em 2017, uma participação representativa de 5% do capital social, e que esta última se encontrava sujeita em Portugal a IRC e que desenvolvia em Portugal uma atividade empresarial, nos termos do disposto no artigo 21.º da "*Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades*", os rendimentos provenientes dos dividendos pagos pela sociedade residente portuguesa à sociedade espanhola encontravam-se isentos de tributação, em sede de IRC, em Espanha, estando, assim, a sociedade espanhola impedida de recuperar o imposto suportado em Portugal. Em face do exposto, concluiu o Tribunal que a CDT Portugal-Espanha não permitia neutralizar os efeitos da diferença de tratamento em causa.

O STA concluiu, assim, tendo por base o princípio do primado do Direito da UE e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE, que "*os tratamentos desiguais permitidos pela alínea a) do n.º 1 do art. 58.º do Tratado CEE devem ser distinguidos das discriminações proibidas pelo n.º 3 deste mesmo artigo e (ii) que, para que uma regulamentação fiscal possa ser considerada compatível com as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento diga respeito a situações não comparáveis objectivamente ou se justifique por razões imperiosas de interesse geral*" e, em consequência, decidiu que é: "*(...) de anular a retenção na fonte efectuada pelo substituto tributário a entidade não residente, se ficou provado que aquela restrição, substanciada em maior tributação de entidade não residente, não pode ser neutralizada, em concreto, por via da Convenção celebrada entre os Estados para evitar a dupla tributação*".

IRS – Cláusula Geral Anti-Abuso – Aplicação da Lei no Tempo

Decisão Arbitral de 14 de fevereiro de 2023 (Processo n.º 23/2022-T) – Centro de Arbitragem Administrativa

No processo arbitral em análise, o Tribunal Arbitral foi chamado a pronunciar-se sobre a ilegalidade de uma decisão de indeferimento expresso de uma reclamação graciosa e de atos de liquidação de Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares (“IRS”) e respetivos juros compensatórios emitidos por referência aos anos de imposto de 2016, 2017 e 2018 com recurso à aplicação da cláusula geral anti abuso por não se mostrarem os pressupostos legais constantes do artigo 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária (“LGT”).

Os requerentes naquele processo suscitaram ainda uma questão da aplicação da lei no tempo porquanto, “[n]ão obstante o relatório final de inspeção se reportar ao n.º 2 do artigo 38.º da LGT, na redação da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, a Unidade dos Grandes Contribuintes vem erroneamente e em manifesta contradição com o próprio relatório final de inspeção — defender a aplicação, ao caso em análise, dos n.ºs 2 e seguintes do artigo 38.º da LGT, na redação da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio”.

O Tribunal apreciou a referida questão de aplicação da lei no tempo e decidiu que: “[o] artigo 38.º da LGT é “uma norma que tem por função o desenvolvimento de normas de incidência tributária”, razão pela qual, nos termos dos n.ºs 1 e 4 do artigo 12.º da LGT, a redação dada à referida norma pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, apenas será aplicável para o futuro”.

Ora, considerando que a nova redação da referida norma implica uma redução das garantias do contribuinte, desde logo quanto às exigências do ónus da prova da Autoridade Tributária e Aduaneira (“AT”), concluiu o tribunal arbitral que: “(...) seria sempre de aplicar o artigo 38.º, n.º 2, da LGT na redação vigente à data dos factos, por aplicação do artigo 12.º, n.º 3, da LGT, quando determina que “As normas sobre procedimento e processo são de aplicação imediata, sem prejuízo das garantias, direitos e interesses legítimos anteriormente constituídos”.

Acrescentou ainda aquele tribunal arbitral que o artigo 12.º, n.º 3, da LGT: “(...) ao salvaguardar as garantias, direitos e interesses legítimos anteriormente constituídos tem ainda amparo constitucional no princípio da proibição da retroatividade da lei fiscal consagrado no artigo 103.º, n.º 3, da CRP, preceito que proíbe não só impostos retroativos, mas também qualquer outra norma fiscal retroativa desfavorável que “é sempre constitucionalmente ilícita”.

Por outro lado, considerou aquele tribunal arbitral que “ainda que assim se não entendesse (...) nenhum dos autores que até agora escreveu sobre a nova redação do n.º 2 do artigo 38.º da LGT deixou de assinalar que continua a caber à AT o ónus de provar os pressupostos de aplicação da CGAA, havendo até divergência sobre se com a mesma ou até mais assinalável intensidade”.

O tribunal arbitral julgou, assim, totalmente procedente o pedido arbitral apresentado e ordenou a anulação da decisão de indeferimento expresso da reclamação graciosa e das liquidações de IRS, tendo ainda reconhecido o direito das requerentes neste processo a juros indemnizatórios calculados à taxa legal em vigor de 4% por ano sobre o valor do imposto indevidamente pago.

Contribuição extraordinária sobre o setor energético (CESE) – Inconstitucionalidade do artigo 2.º, alínea d), do regime da CESE

Acórdão n.º 101/2023 (DR 82, Série II de 27 de abril de 2023) – Tribunal Constitucional (TC)

No Acórdão em referência, o Tribunal Constitucional ("TC") julgou inconstitucional a norma constante do artigo 2.º, alínea d), do regime jurídico da CESE (aprovado pelo artigo 228.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, cuja vigência foi prorrogada para o ano de 2018 pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro), na parte em que a referida norma determina que a CESE incide sobre o valor dos elementos do ativo a que se refere o n.º 1 do artigo 3.º do mesmo regime, da titularidade das pessoas coletivas que integram o setor energético nacional, com domicílio fiscal ou com sede, direção efetiva ou estabelecimento estável em território português, que, em 1 de janeiro de 2018, sejam concessionárias das atividades de transporte, de distribuição ou de armazenamento subterrâneo de gás natural (nos termos definidos no Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de julho, na sua redação atual) por violação do princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado no artigo 13.º da CRP.

Conforme assinalou o Tribunal Constitucional, "(...) o regime jurídico da CESE foi objeto de algumas alterações (v. o artigo 238.º da Lei n.os 82-B/2014, de 31 de dezembro, a Lei n.º 33/2015, de 27 de abril e o artigo 264.º da Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro), entre as quais se destaca o alargamento da base de incidência subjetiva aos comercializadores titulares dos contratos de aprovisionamento de longo prazo com obrigação alternativa de aquisição ou compensação (em regime comumente designado de «take or pay»), celebrados em data anterior à entrada em vigor da Diretiva n.º 2003/55/CE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de junho (a que se refere o artigo 39.º-A do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de julho, na redação vigente à data, para o qual remete a alínea m) aditada ao artigo 2.º do regime jurídico da CESE pela Lei n.º 33/2015)." sendo que "Nestes casos, o tributo passou a incidir, primeiro, sobre o valor dos ativos a que se refere o artigo 3.º, n.º 1, do regime jurídico da CESE e sobre o valor económico equivalente dos contratos de aprovisionamento de longo prazo, a determinar nos termos previstos no n.º 5 do mesmo artigo, a que é aplicável uma taxa de 1,45% (v. o n.º 6 do artigo 6.º do regime, na redação da Lei n.º 33/2015). Com as alterações introduzidas em 2016, passou a incidir, adicionalmente, sobre «o excedente apurado para o valor económico equivalente dos contratos» de aprovisionamento, «tendo em conta a informação sobre o real valor desses contratos», a determinar nos termos dos n.os 6 a 8 do artigo 3.º, sendo aplicável a este valor a taxa de 1,77% (v. o n.º 3 do artigo 3.º e o n.º 7 do artigo 6.º, com a redação dada pela Lei n.º 42/2016, bem como a Portaria n.º 92-A/2017, de 2 de março)."

Mais salientou o TC que no referido período, o Decreto-Lei n.º 55/2014, que criou o Fundo para a Sustentabilidade Sistémica do Setor Energético ("FSSSE") não sofreu alterações.

Foi neste contexto que aquele tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se "(...) a norma que integra o objeto do presente recurso, na medida em que determina a incidência sobre as empresas concessionárias das atividades de transporte, de distribuição ou de armazenamento subterrâneo de gás natural, descaracteriza o tributo ao ponto de o excluir, no que a estes sujeitos diz respeito, do universo das contribuições financeiras."

O TC considerou que “(...) a partir de 2018 (...) tornou-se evidente que, por imposição legal, a maior parcela da receita se destinaria (...) a reduzir a dívida tarifária do setor elétrico, sem que sejam claras as razões pelas quais o legislador teve por adequado exigir a operadores não integrados nesse sub-setor que participassem nos encargos daí advenientes, quando lhes não deram causa alguma, nem se vê que daí extraíam um especial benefício.” e, bem assim, que o “(...) regime não define critérios que imponham que uma parte relevante da receita da CESE se mantenha afeta ao financiamento de medidas tendentes a favorecer os interesses de todos os operadores económicos incluídos no seu âmbito de incidência subjetiva (e não isentos). Pelo contrário, na prática, é confiada ao Governo a possibilidade de, em função dos «objetivos que se revelem mais prementes», afetar toda a receita da CESE à redução da dívida tarifária do setor elétrico — ou seja, ao financiamento de prestações públicas de que os operadores do setor do gás natural não podem, como se viu, presumir-se causadores ou beneficiários.”

Concluiu, assim, o TC que “a partir de 2018, o legislador reduziu os objetivos a que a CESE se dirige em termos tais, que deixou de ser possível afirmar que as concessionárias das atividades de transporte, de distribuição ou de armazenamento subterrâneo de gás natural podem ser consideradas responsáveis pela sua concretização, e muito menos presumíveis causadoras ou beneficiárias das prestações públicas que ao FSSSE incumbe providenciar.” e que, por conseguinte, a norma que foi objeto de apreciação no recurso em análise é inconstitucional por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP, tendo, em consequência, concedido provimento ao recurso e ordenado a reforma da decisão recorrida em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade.

9 de junio de 2023



Unión Europea

9 de junio de 2023

1. Jurisprudencia

Licencias VTC

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 2023, en el asunto C50/21 Prestige and Limousine, S. L., y otros

El TJUE ha declarado contraria al derecho de la UE la proporción de una licencia de VTC por treinta licencias de taxis (la "Proporción 1/30") que se incluían en el Reglamento VTC del Área Metropolitana de Barcelona.

Este Reglamento también creó un sistema de doble licencia que, además de la licencia VTC que se exige normalmente, requiere una licencia metropolitana que impone requisitos adicionales a los ya existentes para las licencias VTC.

El Tribunal de Justicia de Cataluña elevó una cuestión prejudicial al TJUE en la que planteaba las siguientes preguntas: (i) si las restricciones a la libre operación de VTC constituían ayudas de Estado a la luz de lo establecido en el artículo 107 del TFUE; y (ii) si las restricciones eran contrarias al derecho al libre establecimiento consagrado en el artículo 49 del TFUE.

En primer lugar, el TJUE determinó que el Reglamento no parecía proporcionar una ayuda de Estado a los proveedores de servicios de taxi, ya que no implicaba la utilización de recursos públicos.

En segundo lugar, el TJUE reconoció que la exigencia de una licencia específica adicional y la limitación del número de licencias restringían, en principio, la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 del TFUE. Estas restricciones obstaculizan, según el TJUE, el acceso al mercado de los nuevos operadores y limitan el número de prestadores de servicios de VTC en la zona de referencia. No obstante, TJUE llega a dos conclusiones diferentes en cuanto a las dos restricciones controvertidas:

- i. El sistema de doble licencia no es, en principio, contrario al derecho de la UE puesto que la restricción a la libertad de establecimiento que supone esta medida puede estar justifi-

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro Varona y elaborada por Violeta Marinas Serra.

cada por razones imperiosas de interés general y, en concreto, de gestión del transporte y de protección del medio ambiente. No obstante, el procedimiento de obtención de la licencia adicional metropolitana debe adherirse a criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por los concurrentes, incluyendo mecanismos de interdicción de la arbitrariedad.

- ii. La Proporción 1/30 sí es contraria al derecho de libre establecimiento, pues constituye una medida desproporcionada, carente de justificación suficiente y que no parece garantizar la consecución de los objetivos declarados. El TJUE indicó, adicionalmente, que el objetivo de garantizar la viabilidad económica de los servicios de taxi no constituye una razón imperiosa de interés general.

Independencia del Poder Judicial

Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2023, en el asunto C-204/21 Comisión c. Polonia

Tras la adopción por Polonia, en 2019, de una ley por la que se modificaba la normativa relativa a la organización de los tribunales del país y que afectó gravemente a la independencia del Poder Judicial y a la vida privada de los jueces, la Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento contra Polonia, solicitando al TJUE que declarara que el régimen instaurado por dicha ley infringía diversas disposiciones del derecho de la UE.

Durante el procedimiento ante el TJUE se dictaron varios autos relevantes. Uno de ellos instauró medidas provisionales relativas a la suspensión de la aplicación de las disposiciones de la ley impugnadas por la Comisión Europea. El TJUE impuso posteriormente una multa coercitiva de un millón de euros diarios para garantizar que Polonia diera cumplimiento a las medidas provisionales antes mencionadas. Posteriormente, se redujo el importe de la multa a la mitad debido a que, si bien Polonia había tomado algunas medidas para reforzar los derechos de los jueces polacos, estos cambios no eran suficientes.

En su sentencia, el TJUE estima el recurso de la Comisión Europea, y declara, entre otras cuestiones, que:

- i. El valor del Estado de Derecho, que forma parte de la identidad de la UE, se concreta en obligaciones jurídicamente vinculantes de las que los Estados miembros no pueden exonerarse invocando disposiciones o jurisprudencia internas, incluidas las de rango constitucional.
- ii. La competencia para pronunciarse sobre asuntos que inciden directamente en el estatuto de los jueces (autorizando diligencias penales y detención o dictando decisiones sobre aspectos esenciales de derecho laboral) que tiene la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo de Polonia, cuya independencia e imparcialidad no están garantizadas, puede afectar a la independencia de los jueces.

- iii. Las disposiciones de la ley impugnada se prestan a una interpretación que permite que el régimen disciplinario y sancionador aplicable a los jueces y tribunales nacionales impidan que estos aprecien si un tribunal o juez cumple las exigencias de la tutela judicial efectiva que se derivan del derecho de la UE, en su caso planteando una cuestión prejudicial ante el TJUE. Por tanto, estas medidas son incompatibles con las garantías de acceso a un tribunal independiente, imparcial y establecido previamente por la ley.
- iv. El hecho de que la ley polaca atribuya a un único órgano nacional (la Sala de Control Extraordinario y Asuntos Públicos del Tribunal Supremo) la competencia para comprobar el cumplimiento de las exigencias de la tutela judicial efectiva es contrario al derecho de la UE. El cumplimiento de esas exigencias debe garantizarse de manera transversal.
- v. Las disposiciones nacionales que obligan a los jueces a presentar una declaración escrita en la que indiquen su pertenencia a una asociación, fundación o partido político y que disponen la publicación en línea de esa información vulneran los derechos fundamentales de esos jueces a la protección de los datos personales y al respeto de la vida privada. También tiene capacidad para exponer a los jueces a un riesgo de estigmatización indebida.

Polonia deberá justarse a lo dispuesto en la sentencia con la mayor brevedad posible. Si la Comisión Europea considera que Polonia ha incumplido la sentencia, puede interponer un nuevo recurso solicitando que se le impongan sanciones pecuniarias.

Viajes combinados

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 2023, en el asunto C-407/21 Union fédérale des consommateurs

El Consejo de Estado francés planteó una cuestión prejudicial al TJUE sobre los siguientes puntos:

- i. Si el artículo 12 de la Directiva 2015/2302, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, obliga a los organizadores de viajes combinados a reembolsar en efectivo el importe total de los pagos tras la resolución del contrato, o si permite un reembolso equivalente, como vales o bonos por un importe igual al de los pagos efectuados; y
- ii. Si la crisis COVID-19 podría justificar una excepción temporal a la obligación de reembolso íntegro en un plazo de 14 días tras la rescisión del contrato.

En su sentencia, el TJUE dictaminó que los Estados miembros no pueden utilizar la fuerza mayor como justificación para eximir a los organizadores de viajes combinados de su obligación de reembolso. El TJUE aclaró que *reembolso* se refiere específicamente al reembolso en forma de dinero. No obstante, el TJUE reconoció que los viajeros pueden aceptar voluntariamente bonos como reembolso. Adicionalmente, el TJUE indicó que el COVID-19 puede considerarse una circunstancia inevitable y extraordinaria, que da derecho a los viajeros a un reembolso íntegro, tal como establece la Directiva. El TJUE rechazó el argumento esgrimido por el Gobierno francés de que la pandemia también entra en el ámbito de la fuerza mayor, lo que permitiría una legislación nacional que se apartara de la obligación de reembolso íntegro.

2. Otros

La Comisión Europea adopta recomendaciones sobre cómo combatir la piratería *online* de eventos deportivos y otros eventos en vivo

El 4 de mayo de 2023, la Comisión adoptó recomendaciones sobre combatir la piratería en línea de acontecimientos deportivos y otros eventos en directo, como conciertos y representaciones teatrales

Estas recomendaciones tienen como origen la Resolución del Parlamento Europeo sobre los retos de los organizadores de eventos deportivos en el entorno digital, adoptada en mayo de 2021, y en el Plan de Acción 2020 sobre Propiedad Intelectual, que reconocía que la persistencia de la falsificación y la piratería es uno de los principales retos que impiden a Europa capitalizar sus activos intelectuales para impulsar la recuperación y la resiliencia.

Las recomendaciones se centran en cinco ámbitos principales: (i) basándose en la Ley de Servicios Digitales, hacen hincapié en la obligación de los proveedores de servicios de alojamiento de actuar rápidamente para minimizar los daños causados por el *streaming* ilegal; (ii) fomenta el uso de medidas cautelares dinámicas (i. e., de bloqueo) adaptadas a los eventos en directo; (iii) recomienda que los organizadores y emisores de eventos deportivos y en directo aumenten la disponibilidad y asequibilidad de sus ofertas comerciales para animar a los usuarios a alejarse de la piratería; (iv) refuerza la cooperación entre las autoridades nacionales competentes, y entre los titulares de derechos y los intermediarios para abordar mejor el fenómeno de la piratería; y (v) el establecimiento de un sólido sistema de seguimiento para evaluar sus efectos en la lucha contra la piratería y estudiar nuevas medidas en caso necesario.

URÍA
MENÉNDEZ
www.uria.com