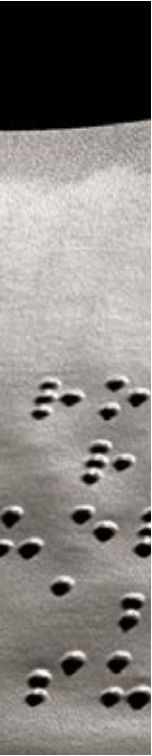
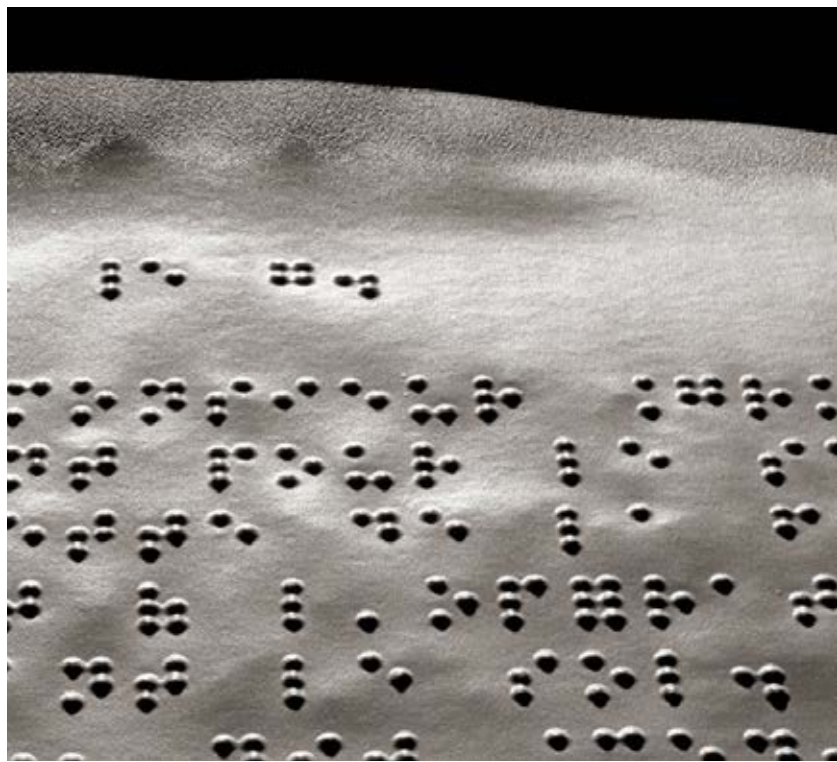




9 de septiembre
de 2023



Administrativo
Arbitraje y Mediación
Competencia
Datos y Tecnología
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: *Xxxxx de Xxxxx*

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.

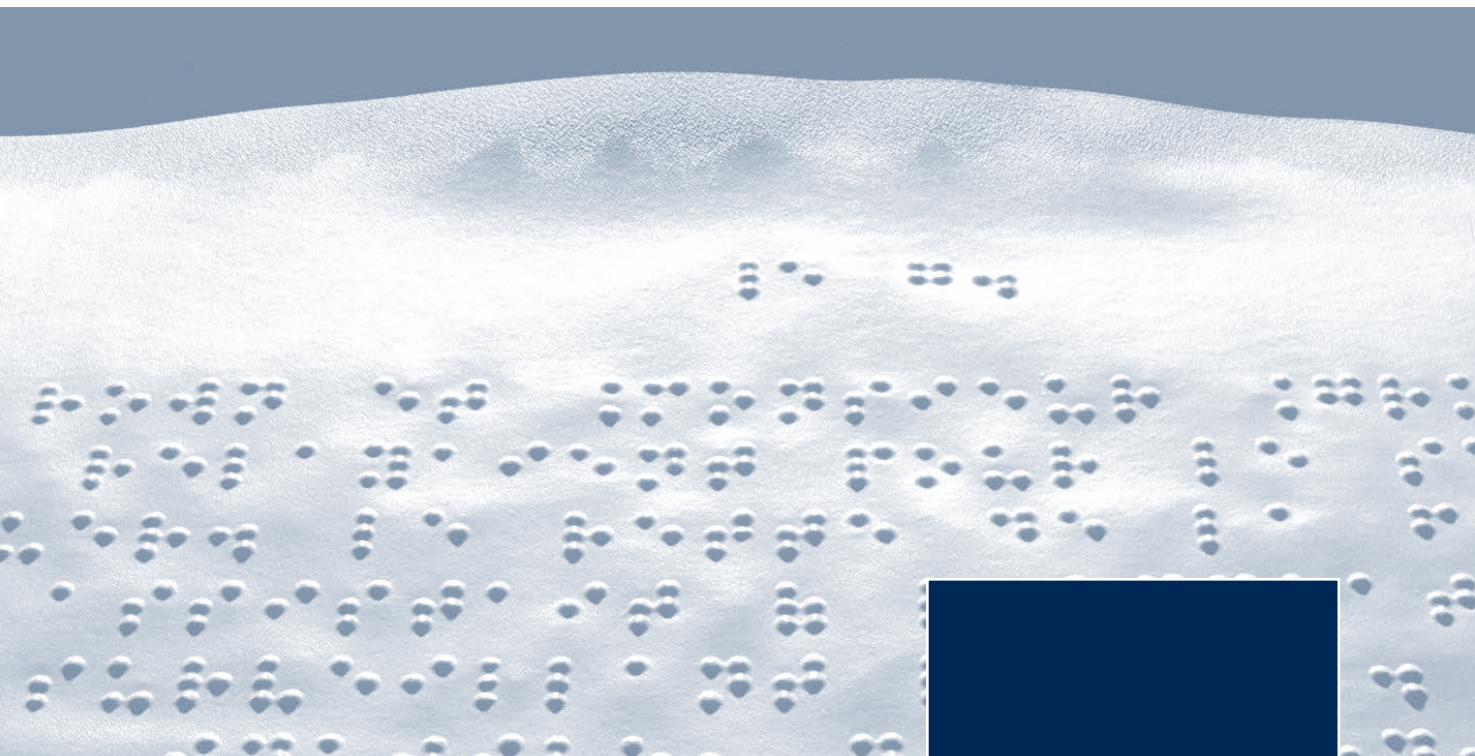
CeGe Global, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Actualidad Jurídica, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

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
17	Arbitraje y Mediación
35	Competencia
47	Datos y Tecnología
69	Energía
87	Inmobiliario y Urbanismo
101	Laboral y Seguridad Social
117	Marítimo, Transporte y Logística
123	Medio Ambiente
131	Mercantil
143	Procesal Civil
163	Procesal Penal
169	Salud y Alimentación
179	Tributario
199	Unión Europea

9 de septiembre de 2023



Administrativo

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[España]

La reforma del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo

Real Decreto-ley 5/2023, 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)

En el ámbito contencioso-administrativo el artículo 224 del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio (el "RDL 5/2023") introduce una serie de reformas dirigidas a reducir la carga de trabajo existente en la fase de admisión del recurso de casación, provocado por la falta de efectivos en el Tribunal Supremo, pero también por el planteamiento ante el Alto Tribunal de cuestiones jurídicas esencialmente idénticas. La medida elegida por el legislador para alcanzar ese fin es crear la figura del recurso de casación testigo.

En relación con el recurso de casación, el RDL 5/2023 modifica los artículos 56, 88, 89, 90 y 94 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ("LJCA"). Estas modificaciones pueden agruparse en torno a dos ejes: potenciar la figura del recurso testigo y aclarar otras cuestiones relevantes.

Las modificaciones dirigidas a potenciar la figura del recurso testigo

- i. La existencia de un recurso de casación admitido a trámite puede dar lugar a la decisión de suspender la tramitación de aquellos recursos contencioso-administrativos que presenten una "identidad jurídica sustancial" con aquel. El nuevo apartado 5 del artículo 56 LJCA

* Esta sección ha sido coordinada por Xavier Codina, y en su elaboración han participado Marina Pulido, João Louro e Costa, Maria Estela Lopes, Francisco Fráguas Mateus y Francisco Menezes, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

recoge esta posibilidad de suspensión, que será acordada por el juzgado o tribunal tras escuchar a las partes personadas por el plazo común de diez días. Esa decisión, adoptada bajo la forma de auto, no será susceptible de recurso alguno.

Para que el juzgado o tribunal puedan valorar la "*identidad jurídica sustancial*", el precepto exige que se hayan formulado la demanda y su contestación.

El auto de suspensión se remitirá al Tribunal Supremo con la finalidad de que este pueda remitir testimonio de su decisión al juzgado o tribunal correspondiente. Recibido ese testimonio, se escuchará a las partes personadas para que aleguen lo que a su derecho convenga, y tras ello continuará la tramitación del recurso.

Esta medida puede provocar, a medio plazo, una disminución de recursos de casación, al adelantar a la instancia la ratio de la sentencia relevante del Tribunal Supremo. Si la Sala de instancia falla conforme a ella, se desincentivaría el posterior recurso de casación.

- ii. El artículo 94 LJCA se modifica para incorporar la figura del recurso de casación testigo. En aquellos supuestos en los que la Sección de Admisión aprecie la existencia de un gran número de recursos que versen sobre una "*cuestión jurídica sustancialmente igual*", podrá admitir a trámite uno de ellos, siempre de conformidad con el resto de los requisitos de admisibilidad de la LJCA, y ordenar la suspensión del resto hasta que se dicte sentencia en el recurso testigo (lo que el precepto califica en algún punto como "*sentencia de referencia*").

Tras la recepción de la sentencia de referencia en cada uno de los procedimientos suspendidos, las partes alegarán si desisten o si entienden que la sentencia de referencia no incide en su recurso. La Sección de Admisión está obligada a inadmitir aquellos recursos formulados frente a sentencias de instancia cuyo fallo y razón de decidir son coincidentes con la sentencia de referencia. Si ese no es el caso, continuará la tramitación del recurso de casación, que debe cumplir en todo caso con los criterios generales ya previstos en los artículos 88 y 89 LJCA.

Una vez admitido a trámite el recurso, la Sección del Tribunal Supremo correspondiente resolverá si continúa con su tramitación o dicta sentencia sin más trámite con remisión a lo establecido en la sentencia de referencia.

La reforma aclara cuestiones relevantes del recurso de casación

Además de las cuestiones relativas al novedoso recurso testigo, el RDL 5/2023 también aclara varios aspectos importantes de las normas que rigen el recurso de casación.

Primero, se amplía el supuesto de interés casacional objetivo del artículo 88.3.b) LJCA, que ya no requerirá forzosamente un pronunciamiento expreso en el sentido de apartarse deliberadamente de la jurisprudencia previa, sino que también se admitirá cuando el apartamiento se haya hecho de forma inmotivada.

Segundo, la nueva redacción del artículo 90.3.a) LJCA obliga a la Sección de Admisión a motivar sucintamente la providencia que resuelva la inadmisión del recurso de casación por no apreciar la existencia de interés casacional objetivo.

Por último, se reducen algunos plazos. El más significativo es el que incorpora la nueva redacción del artículo 89.5 LJCA, que reduce el plazo establecido para que las partes comparezcan ante el Tribunal Supremo tras la preparación del recurso de casación, que pasa de treinta a quince días. Este cambio afecta sobre todo a la parte recurrida, que deberá preparar su escrito de oposición a la admisión en ese mismo plazo.

Norma transitoria

En cuanto al régimen transitorio, con carácter general, las nuevas normas resultan de aplicación a las resoluciones de los juzgados y tribunales que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 5/2023 (como se decía, la fecha de entrada en vigor de estos cambios será el 29 de julio de 2023). Los únicos supuestos de aplicación inmediata son los que plantean la posibilidad de recurso de casación testigo.

Guerra de Ucrania. Consecuencias económicas y sociales

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. 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. Sin perjuicio de esta modificación, cabe aclarar que se mantiene el plazo de cinco años para obtener la autorización administrativa de explotación.

[Portugal]

Regime excecional e temporário de revisão de preços em contratos públicos – Prorrogação

Decreto-Lei n.º 49-A/2023, de 30 de junho (DR 126, Série I, de 30 de junho de 2023)

O Decreto-Lei n.º 49-A/2023, de 30 de junho de 2023 (“Decreto-Lei 49-A/2023”), veio alterar o Decreto-Lei n.º 36/2022, de 20 de maio (“Decreto-Lei 36/2022”), que estabelece um regime excecional e temporário no âmbito do aumento dos preços com impacto em contratos públicos.

O regime temporário de revisão de preços previsto no Decreto-Lei 36/2022 foi aprovado em resposta ao aumento abrupto e excecional dos custos com matérias-primas, materiais e mão-de-obra e equipamentos de apoio, com impacto em contratos públicos, especialmente nos contratos de empreitadas de obras públicas.

Deste modo, o Decreto-Lei 49-A/2023 veio prorrogar a vigência do Decreto-Lei 36/2022 até dia 31 de dezembro de 2023 e atualizar o fator de compensação aplicável aos pedidos de revisão extraordinária de preços que sejam solicitados a partir de 1 de julho de 2023.

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

Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais - Código do Procedimento e Processo Tributário - alterações

Decreto-Lei n.º 74-B/2023, de 28 de Agosto (DR 166, Série I, de 28 de Agosto de 2023)

O Decreto-Lei n.º 74-B/2023, de 28 de Agosto (“DL 74-B/2023”) procedeu à alteração dos seguintes diplomas: (i) Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado em anexo à Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro (“ETAF”); (ii) Código do Procedimento e de Processo Tributário, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de outubro (“CPPT”); e (iii) Decreto-Lei n.º 42/2001, de 9 de Fevereiro (“Decreto-Lei 42/2001”), que cria as secções de processo executivo do sistema de solidariedade e segurança social.

As alterações introduzidas por este diploma visam aumentar a capacidade de resposta e a celeridade dos tribunais administrativos e fiscais, procurando otimizar o seu funcionamento. Deste modo, destacam-se as seguintes alterações introduzidas pelo DL 74-B/2023:

- i. Introduce-se um novo tribunal de segunda instância: o Tribunal Central Administrativo Centro com sede em Castelo Branco, que tem como objetivo diminuir o descongestionamento do Tribunal Central Administrativo Norte e do Tribunal Central Administrativo Sul;
- ii. Criam-se subsecções especializadas nos Tribunais Centrais Administrativos, nomeadamente: (a) a secção administrativa que integra a subsecção administrativa comum, a subsecção administrativa social e a subsecção dos contratos públicos; e (b) a secção tributária que

integra a subsecção tributária comum e a subsecção de execução fiscal e de recursos contraordenacionais;

- iii. Altera-se o âmbito de competência do juízo administrativo social e do juízo de contratos públicos, de modo a evitar conflitos negativos de competência;
- iv. Cria-se a possibilidade de aumentar o quadro de juízes dos tribunais superiores sempre que, em virtude de comissões de serviço, os mesmos se encontrem desfalcados;
- v. Altera-se a competência do Supremo Tribunal Administrativo que pode agora conhecer dos recursos interpostos das decisões de mérito proferidas por tribunais tributários quando se verifiquem os seguintes requisitos cumulativos: (a) as partes aleguem apenas questões de direito; (b) o valor da causa seja superior à alçada dos tribunais centrais administrativos; e (c) o valor da sucumbência seja superior a metade da alçada do tribunal de que se recorre.

O presente diploma entrou em vigor no dia 29 de agosto de 2023.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que se produce una violación del art. 6.1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo) cuando un tribunal nacional de última instancia no justifica motivadamente, y sobre la base de los requisitos que según la jurisprudencia comunitaria permiten hacerlo, el rechazo al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE que ha sido solicitado por el recurrente

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2023, en el asunto Georgiou c. Grecia

La sentencia tiene su origen en un proceso penal seguido en los tribunales griegos contra el presidente de la Autoridad Estadística Helénica (ELSTAT) por un presunto incumplimiento de sus funciones a raíz del envío de unas previsiones de déficit sin someter los datos a la debida aprobación por la junta administrativa del organismo. En el curso de ese proceso, y ya ante la última instancia griega, el recurrente sostuvo que era necesario plantear una petición de decisión prejudicial al TJUE, por la vía del art. 267 TFUE, acerca de la interpretación que debía hacerse del principio 1.4 del Código de Buenas Prácticas de las Estadísticas Europeas, dado que basaba su defensa en que tal precepto amparaba su actuación. Sin embargo, el Tribunal de Casación heleno desestimó su recurso y confirmó su condena sin ofrecer justificación alguna en la sentencia acerca de por qué consideraba innecesario plantear el procedimiento prejudicial propuesto por el recurrente, lo que motivó el recurso al TEDH aquí analizado.

En la sentencia, el TEDH señala que el derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH) exige que los tribunales nacionales motiven su decisión de denegar el planteamiento de una petición prejudicial. En el específico contexto del art. 267 TFUE, esto significa que los tribunales cuyas decisiones no son susceptibles de recurso bajo el derecho nacional deben justificar la denegación atendiendo a los postulados de la teoría del acto claro según ha sido desarrollada por el TJUE (esto es, justificar su falta de pertinencia, que la provisión sobre la que se plantea la petición ya haya sido interpretada por el TJUE o que la correcta aplicación del derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna). La vulneración del art. 6.1 CEDH se produce no porque la interpretación de la norma realizada por el juez nacional haya sido incorrecta en el caso concreto (cuestión que no compete a la Corte), sino porque la sentencia no justificó el no planteamiento de la cuestión prejudicial sobre esa interpretación en los términos anteriores.

De hecho, la resolución del Tribunal de Casación ni siquiera hizo referencia a la petición del recurrente. El estado heleno adujo ante la Corte que la cuestión prejudicial no había sido planteada porque el tribunal no había tenido dudas acerca de la interpretación que debiera hacerse del principio 1.4 del Código de Buenas Prácticas de las Estadísticas Europeas, pero esta rechazó que este argumento pudiera tener efecto en su decisión, dado que, precisamente, no fue recogido en la sentencia que ahora enjuicia.

La Corte constata, en consecuencia, que se ha producido una violación del artículo 6.1 CEDH. Si bien corresponde a los Estados miembros la adopción de las medidas que consideren adecuadas para poner fin a la infracción, la Corte indica que la opción más adecuada para alcanzar *"la situación más parecida posible a la que habría existido de no haberse producido el incumplimiento"* consistiría, en el presente caso, en la adopción de las medidas necesarias para asegurar que se reabriera el proceso judicial para que pudiera en él examinarse la petición de planteamiento de la cuestión prejudicial.

Sobre esta última cuestión se pronuncia el voto particular, que, aunque afirma estar en completo acuerdo con lo fijado en sentencia, se pronuncia a mayor abundamiento sobre la posibilidad de que el TEDH adopte un papel más activo en la implementación de sus propias decisiones del que tradicionalmente ha venido desempeñando. En suma, este voto particular parte de una diferenciación teórica entre implementación —más general, que consiste en dar efecto a una sentencia desde el mismo momento de su dictado— y ejecución —que es una actividad material que se desarrolla una vez que el fallo ha sido formulado—, para argumentar que los artículos 6.1, 19, 32.1, 45 y 46 CEDH y el principio de eficacia del derecho internacional público habilitan al TEDH para prescribir medidas generales e individuales que los Estados que hayan violado algún precepto del Convenio deberán adoptar para implementar las sentencias que dicte aquel.

[España]

Efectos del concurso del concesionario de una autopista. Determinación de la responsabilidad por las infraestructuras adquiridas por la Administración. Modificación, nulidad e incumplimiento de los criterios interpretativos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 18 de mayo de 2023

El Tribunal Supremo ("TS") resuelve, entre otros aspectos, sobre los criterios a considerar en la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración ("RPA") en el contexto de la liquidación de un contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de una autopista de peaje (el "Contrato de concesión").

En el caso de autos, el recurso contencioso-administrativo se interpuso contra dos acuerdos del Consejo de Ministros ("Acuerdos") en cuya virtud se aprobaba una primera liquidación y determinación de la RPA del Contrato de concesión, y una liquidación complementaria por situaciones pendientes, respectivamente.

Sentado lo anterior, interesa destacar algunos de los antecedentes: (i) el concesionario fue declarado en concurso; (ii) toda vez que se acordó la apertura de la fase de liquidación del concurso, se terminó por rescindir el contrato, asumiendo el Estado la gestión y explotación de la infraestructura; y (iii) llegados a este punto, se ultimó la resolución del contrato de forma simultánea a la determinación de RPA en favor de los sucesores del concesionario por su cese anticipado.

En puridad, todos los motivos de los que trae causa la demanda aparecen fundados en una pretendida contrariedad entre lo dispuesto en el Acuerdo interpretativo —que da cobijo a los acuerdos del Consejo de Ministros— y la interpretación que sobre este había dado cuenta una reciente sentencia del mismo TS.

Primeramente, la demandante aduce que sobre el plazo de amortización de tres áreas de servicio construidas después de la entrada en funcionamiento de la autopista no puede tomarse consideración de la fecha de inicio del cobro de los peajes, en virtud de lo propuesto por el Acuerdo interpretativo, toda vez que las instalaciones no estaban construidas ni, consiguientemente, explotadas. El Tribunal entiende que la alegación de la recurrente debe ser admitida: el plazo de amortización a considerar para la determinación de la RPA debe corresponderse con el de la efectiva puesta en funcionamiento.

En segundo término, se combate la pretensión de la Administración de reducir el *quantum* de la RPA por la "puesta a cero" de las instalaciones, que esta asume cuando deviene la encargada de gestionar y explotar la infraestructura. Y ello por cuanto el Acuerdo interpretativo entendía que las obras no amortizadas debían reducirse en el importe de las inversiones necesarias para la puesta a cero de cada autopista. Pues bien, tampoco en este punto admite el Tribunal el contenido de los Acuerdos, en la medida en la que no procede equiparar la "puesta a cero" de las instalaciones a su recepción "*como nuevas, sino en condiciones de utilización razonable y de normalidad*".

Como colofón, es igualmente ilustrativo el parecer del Tribunal al concluir que la resolución de situaciones pendientes no puede empecer a la fijación de la RPA en un plazo o tiempo razonable, cualificado de excesivo en este caso tras el transcurso de más de diez años.

La fragmentación artificial de los proyectos de parques eólicos, apreciable en caso de ausencia de autonomía infraestructural entre ellos, conlleva la anulación del acto administrativo que los autoriza. Por otro lado, el derecho de la Unión Europea impide la reducción a menos de treinta días del trámite de información pública sobre la evaluación de impacto ambiental

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 171/2023, de 26 de mayo de 2023

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (el "TSXG") estima un recurso contencioso-administrativo interpuesto por dos asociaciones ecologistas regionales, la Asociación para a defensa ecolóxica de Galiza y la Plataforma para la defensa de la Cordillera Cantábrica, frente al acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 18 de noviembre de 2021. Mediante este acuerdo se otorgaba la autorización administrativa previa, la autorización administrativa de construcción, la declaración de utilidad pública y la declaración de compatibilidad con diversos aprovechamientos mineros y forestales para la construcción del parque eólico de Campelo.

La anulación por el TSXG del acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia se funda en tres motivos: (i) la indebida fragmentación artificial del proyecto para eludir el régimen ordinario de evaluación de impacto medioambiental; (ii) la reducción indebida del plazo del trámite de información pública sobre la evaluación de impacto medioambiental; y (iii) la falta de aportación de cierta documentación preceptiva con anterioridad al inicio del trámite de información pública.

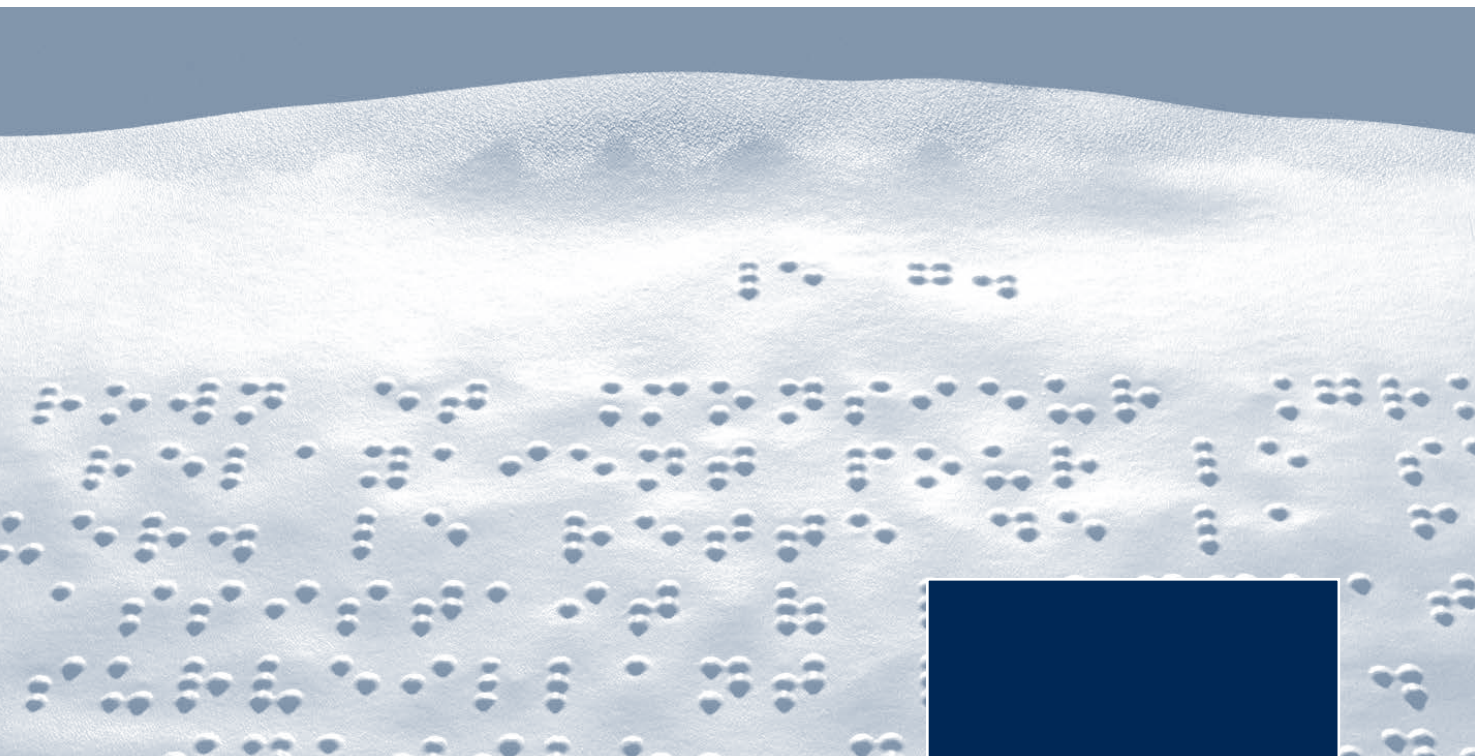
En primer lugar, el TSXG aprecia que el proyecto fue fragmentado de manera indebida respecto de los parques eólicos aledaños para así tratar de eludir el sometimiento al régimen de evaluación de impacto ambiental ordinario. La sentencia determina que el criterio aplicable para apreciar la concurrencia o no de fraccionamiento indebido de proyectos es la autonomía e independencia de los parques, es decir, que cada uno pueda operar plenamente por sí solo, individualmente considerado, porque "*cuenta con los elementos y los equipamientos necesarios (...) de suerte que sus generadores no puedan compartir las mismas líneas, accesos, sistemas de control e infraestructuras comunes*". En otras palabras, lo verdaderamente relevante es que cuenten (o no) con su propia infraestructura, y que, en consecuencia, puedan funcionar de manera independiente.

En segundo lugar, la reducción a la mitad del plazo del trámite de información pública correspondiente al informe de evaluación del impacto ambiental se declara contraria al derecho de la Unión Europea y, en concreto, a la Directiva 2011/92/UE. El TSXG dispone que nada obsta a que, en aplicación de la DA 1.^ª de Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental ("LAEGCEFCA"), y siempre de manera motivada, el Consello de la Xunta de Galicia declare el interés especial del proyecto de ejecución para tramitarlo prioritariamente y con ello se reduzca a quince

días el trámite de información pública respecto de la autorización previa y la de construcción (la mitad del establecido por el art. 33.7 LAEGCEFCA). Sin embargo, el tribunal declara que no ocurre lo mismo en el caso del estudio de impacto ambiental, pues el artículo 6.3 Directiva 2011/92/UE estipula que deberá someterse a trámite de información pública por plazo no inferior a 30 días, a lo que el art. 36.1 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental ("LEA") añadió el inciso "hábiles". Por consiguiente, el TSXG anula el acto administrativo por el que se otorgaron las autorizaciones necesarias para la construcción del parque eólico, dado que este había sometido el proyecto entero a trámite de información pública conjunto y, por consiguiente, había reducido el plazo de este trámite a una duración menor de la permitida por el derecho comunitario para el informe de impacto ambiental.

Por último, la sentencia concluye que los arts. 33.4 y 5 LAEGCEFCA y 36.1 LEA exigen que antes del inicio del trámite de información pública hayan sido recabados ya todos los informes sectoriales preceptivos, de manera que quienes comparezcan puedan tener acceso a ellos a fin de ejercer plenamente su derecho a participar en el procedimiento. En tanto en cuanto no obraba en autos toda la documentación pertinente en el momento de apertura del citado trámite, el tribunal falla que el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 18 de noviembre de 2021 debe ser anulado.

9 de septiembre de 2023



Arbitraje y
Mediación

Arbitraje y Mediación*

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[España]

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, Diane Núnes, 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, Júlía 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. 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, 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 (el "Laudo"), 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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. Final-

mente, no se aprecia la concurrencia del requisito del plazo trimestral del art. 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 art. 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 al concluir 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, 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 (el “Laudo”).

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 (el “Contrato”), 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 ambas 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 su Sentencia, el TSJM 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 el 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 3000 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 se 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, el Tribunal concluye que 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 (RJL)

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 que estimaba 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 derecho 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 en el que invocaban 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. 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 ("Convención de Nueva York"). 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.

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.

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 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 doméstica 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

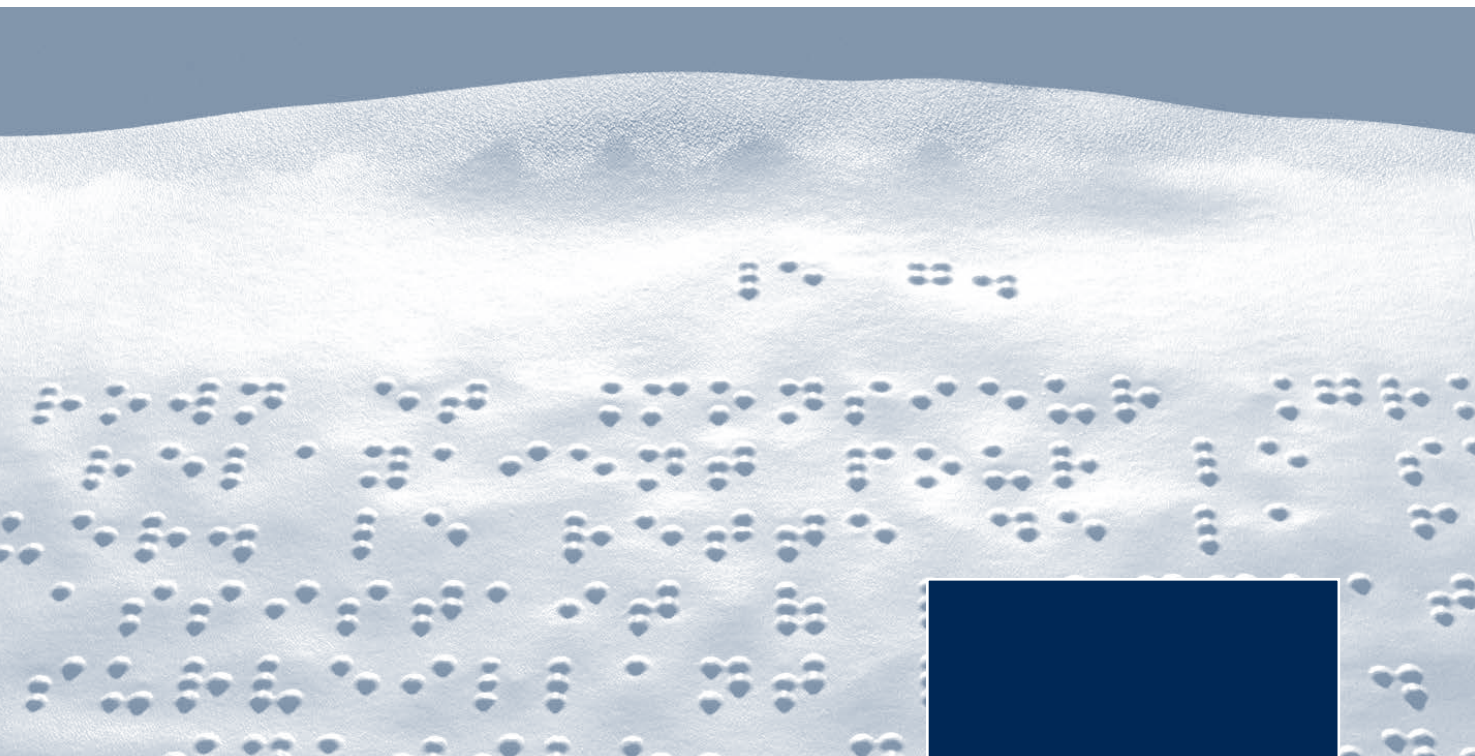
la relación jurídica objeto de disputa con Suiza); (3) los bienes que se pretenden ejecutar no son soberanos.

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. A su juicio, esto 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 doméstica 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 doméstica suficiente deriva de la ley suiza, dichos tratados, por sí mismos, no permiten acreditar el cumplimiento de este requisito procesal.

Asimismo, el Alto Tribunal Suizo consideró que los requisitos para acreditar la conexión doméstica 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 septiembre de 2023



Competencia

Competencia*

9 de septiembre de 2023

1. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE en los acuerdos verticales de fijación de precios de reventa

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, en el asunto C-211/22, Super Bock Bebidas, de 29 de junio de 2023

El 29 de junio, la Sala Tercera del Tribunal de Justicia (TJ) resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Lisboa (“Audiencia de Lisboa”) en relación con la interpretación del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y los acuerdos verticales que tienen por objeto fijar un precio mínimo de reventa entre proveedores y distribuidores. Esta sentencia, en la que se evalúa la conducta de la empresa Super Bock con sus distribuidores, aporta novedades sobre la calificación de este tipo de acuerdos.

Una novedad de esta sentencia es la clarificación por parte del TJ de cuándo un acuerdo entre proveedores y distribuidores por el cual se pacta un precio mínimo de reventa supone una restricción para la competencia por su objeto y, por tanto, contrario al art. 101 del TFUE. El Tribunal afirma que este tipo de acuerdos verticales pueden ser considerados una restricción para la competencia, siempre y cuando se acredite un grado suficiente de daño, con base en un estudio de sus cláusulas, los objetivos perseguidos por dichos acuerdos y el contexto económico y legal.

En este sentido, el Tribunal establece una importante diferencia entre “restricción por objeto” y “restricción especialmente grave”. El primer concepto (restricción por objeto) sirve para establecer una infracción del artículo 101.1 TFUE sin necesidad de los acreditar efectos anticompetitivos concretos de la conducta. El segundo (restricción especialmente grave) tipifica una serie de restricciones, a modo de “lista negra”, que impiden a un acuerdo beneficiarse de los Reglamentos de

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez Hernández, y en su elaboración han participado Álvaro Angulo Garciandía, Gabriel Budnik, Ignacio García-Perrote Martínez, Violeta Marinas Serra, David Martín Fernández, Barbara Montarani, Guilherme Neves Lima, Inés Pajares de Dios Tarancón, Alberto Pérez Hernández, Beatriz Sastre Furonos, Eduardo Sevilla Soto y Clara Viúdez Escobar, de Uría Menéndez (Madrid).

exención por categorías (i. e., los reglamentos que eximen determinadas categorías de acuerdos del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE).

El Tribunal aclara que ambos conceptos no son intercambiables ni coinciden necesariamente. Por lo tanto, la acreditación de una infracción por objeto no puede reducirse a la mera identificación de una restricción por objeto listada en los reglamentos de exención por categorías. Se ha de efectuar un análisis de *"un grado suficiente de nocividad para la competencia"* a la luz del contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe.

El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la facultad de las autoridades de competencia nacionales para pronunciarse sobre el incumplimiento del RGPD, así como sobre el tratamiento de los datos personales por la empresa Meta

Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-252/21, Meta-Bundeskartellamt, de 4 de julio

El Tribunal de Justicia (TJ) ha resuelto una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, en la que le plantea determinadas cuestiones en materia de protección de datos. La cuestión tiene origen en el recurso interpuesto por la empresa Meta (antes Facebook) contra la decisión de la autoridad alemana de competencia por la que calificaba su política de tratamiento de datos personales como un abuso de posición de dominio, además de considerarla un incumplimiento del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Dicho tratamiento consistía en procesar los datos obtenidos de fuentes externas a Facebook (páginas web u otros servicios del grupo) para ofrecer publicidad personalizada a los usuarios de la red social. Por tanto, el tratamiento de los datos por parte de Meta consistía en usar el consentimiento de los usuarios al registrarse en Facebook para tratar los datos tanto de esta red como de fuera de ella (lo que distingue el TJ como *"off-Facebook data"*).

En esta sentencia, el TJ ha manifestado que las autoridades nacionales de competencia solo son competentes para valorar el cumplimiento del RGPD cuando estén valorando si la conducta de un operador constituye un incumplimiento de las normas de defensa de la competencia. Así, estas autoridades no son competentes para supervisar el cumplimiento en sí del propio reglamento, pues ya existen autoridades al efecto, sino solo si un incumplimiento constituye una conducta anticompetitiva, como puede ser un abuso de posición de dominio.

Por otro lado, en relación con los datos *"sensibles"*, cuyo tratamiento exige que el usuario los haya hecho manifiestamente públicos por sí mismo, el TJ considera que esta publicidad manifiesta por parte del usuario no puede deducirse por el mero hecho de que este visite páginas web o introduzca información en estas páginas web o apps. Esto se debe a que estas conductas consisten en que el usuario consiente en dar estos datos a terceros concretos, no al público en general.

Meta afirma que el tratamiento anteriormente descrito permite ofrecerle al usuario *"un uso homogéneo y fluido del servicio"* y la *"personalización de contenidos"*, algo que considera elementos esenciales del contrato de servicios que suscriben ambas partes. Sin embargo, el TJ considera que

el servicio se puede proporcionar sin necesidad de que se le ofrezcan al usuario las características descritas. Por tanto, estos motivos no pueden ser alegados por Meta, o cualquier operador análogo, si quiere tratar los datos de sus usuarios sin su consentimiento por ser necesarios para la ejecución del contrato.

Además, si Meta quiere alegar otro interés legítimo que requiera tratar los datos sin el consentimiento de sus usuarios (tal y como hacía al usar los datos "off-Facebook" cuando los usuarios solo consentían en que se usaran los "on-Facebook"), solo sería lícito si indica ese interés legítimo a sus usuarios y realiza el tratamiento dentro de los límites de lo estrictamente necesario, y siempre que dicho interés no sea contrario a ningún derecho fundamental del usuario.

El Tribunal de Justicia ordena la devolución al Tribunal General del asunto C-376/20 P, anulando la sentencia recurrida por los errores cometidos por este último

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de julio de 2023, C-376/20 P - Comisión / CK Telecoms UK Investments

El 11 de septiembre de 2015, la Comisión recibió la notificación de un proyecto de concentración por el que Hutchison 3G UK Investments (ahora CK Telecoms) debía adquirir control exclusivo de O2 (Telefonica Europe). La Comisión declaró la incompatibilidad del proyecto de concentración exponiendo tres teorías del daño basadas en la existencia de efectos no coordinados en un mercado oligopolístico. El 25 de julio de 2016, CK Telecoms interpuso recurso de anulación ante el Tribunal General, que fue estimado. El 7 de agosto de 2020, la Comisión interpuso ante el Tribunal de Justicia recurso de casación contra la sentencia del Tribunal General.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que el Tribunal General había incurrido en diversos errores de derecho:

- i. En primer lugar, es incorrecto sostener que para prohibir la concentración la Comisión debía demostrar una "*fuerte probabilidad*" de una futura restricción significativa de la competencia efectiva, bastando con demostrar que dicha restricción significativa es "*más probable que improbable*". El estándar de prueba exigible para autorizar o prohibir la operación es simétrico.
- ii. En segundo lugar, resulta erróneo exigir a la Comisión que acredite el doble requisito de que la concentración eliminaría importantes presiones competitivas entre las partes y de que reduciría la presión competitiva sobre terceros operadores. Basta con acreditar uno de los dos.
- iii. En tercer lugar, la sentencia aclara que la noción de la eliminación de "*una presión competitiva recíproca entre las partes*" puede medirse de diversas formas, una de las cuales es si la empresa adquirida es una "*fuerza competitiva importante*" en el mercado. El hecho de que la empresa sea agresiva en precios no es condición necesaria ni suficiente para considerarla una "*fuerza competitiva importante*" en el mercado, lo que impide a la Comisión limitarse a examinar solo su nivel de precios, pues ello sería necesariamente incompleto.

- iv. En cuarto lugar, el Tribunal General erró al considerar que en mercados oligopolísticos la Comisión está obligada a demostrar que las partes son competidores "*particularmente próximos*" para prohibir la concentración.
- v. Finalmente, el TJ confirmó que la carga de probar cualquier eficiencia generada por la concentración corresponde solo a las partes, no a la Comisión. No procede la diferenciación entre eficiencias estándar (propias de toda concentración horizontal) y específicas (propias de cada operación).

Resulta de interés la observación de la sentencia de que la Comisión no está vinculada por sus decisiones anteriores. Así, el hecho de que en el pasado haya dicho que solo podía haber una empresa que sea una "*fuerza competitiva importante*" en un mercado oligopolístico no le impide considerar que puede haber más de una empresa que lo sea.

[España]

La Audiencia Nacional inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por General Cable Holdings Spain, S.L., contra la resolución del Consejo de la CNMC de 21 de noviembre de 2017 en el expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 6.ª, rec. n.º 45/2018, de 19 de mayo

La Audiencia Nacional inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por General Cable Holdings Spain, S.L. ("General Cable") contra la resolución del Consejo de la CNMC de 21 de noviembre de 2017 en el expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT, que declaró la existencia de varias infracciones de los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y el reparto del mercado de la distribución y venta de cables de baja y media tensión, si bien eximió a la actora del pago de la multa impuesta por su condición de solicitante de clemencia.

En cuanto a la legitimación activa, la Audiencia considera que General Cable no pretende defender la conformidad a derecho de la resolución recurrida que ha apreciado la existencia de una infracción de competencia de la que es responsable y que le exime de la sanción que procede, puesto que, en tal caso, ocuparía la posición procesal de codemandado a tenor del art. 21 LJCA. Por tanto, la Audiencia anticipa que el interés real de su recurso no se centra en la resolución sancionadora que le es favorable, sino en dos apartados que pretende discutir referidos a la fijación de efectos de las conductas infractoras frente a una eventual reclamación de daños posterior.

A efectos de la eventual reclamación posterior de daños, lo vinculante es la declaración judicial de la existencia de una infracción de competencia que, de ser calificada como cártel, determina una presunción de haber ocasionado daños y perjuicios, salvo prueba en contrario. En todo caso, la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del derecho de la competencia corresponde a la parte demandante. Por lo tanto, si la parte dispositiva de la resolución sancionadora es favorable a la actora porque le exime de la sanción y no establece consecuencia

indemnizatoria alguna a la que tenga que hacer frente, es el demandante en este segundo proceso el que debe probar los daños y perjuicios que le ha originado aquella conducta.

En otras palabras, lo determinante a efectos de la posibilidad de impugnación de una resolución es que su parte dispositiva sea gravosa o perjudicial para quien pretende recurrirla, lo que aquí no sucede, puesto que General Cable ha sido declarada exenta de la sanción impuesta.

2. Decisiones en materia de expedientes sancionadores

[Unión Europea]

La Comisión publica compromisos ofrecidos por Renfe en relación con posibles prácticas contrarias a la competencia en la venta de billetes en línea en España

Nota de prensa de la Comisión Europea de 26 de junio de 2023, en el asunto AT.40735 - Renfe

La Comisión ha publicado la versión no confidencial de los compromisos ofrecidos por Renfe en relación con posibles prácticas contrarias a la competencia en la venta de billetes en línea en España. Estas conductas podrían constituir, a juicio de la Comisión, un abuso de posición de dominio con el fin de obstaculizar o dificultar el acceso de terceras plataformas en línea a información actualizada sobre sus billetes.

Según la investigación preliminar de la Comisión, Renfe ocupaba una posición dominante en los mercados españoles de:

- i. servicios de transporte de viajeros por ferrocarril, mercado en el que opera como transportista de viajeros por ferrocarril;
- ii. la distribución en línea de billetes de ferrocarril de pasajeros, mercado en el que Renfe opera a través de su sitio web, aplicaciones y plataforma de movilidad.

Así, la Comisión concluyó, con carácter preliminar, que Renfe se habría aprovechado de su posición dominante en estos mercados al negarse a facilitar a las plataformas de venta de billetes de terceros determinada información indispensable para competir en la venta en línea. En concreto, la Comisión se refirió al contenido completo de la gama de billetes de Renfe, descuentos y características, y los datos completos en tiempo real relativos a sus servicios de transporte ferroviario de pasajeros. Para dar respuesta a las objeciones de la Comisión, el 26 de junio, Renfe ofreció compromisos consistentes en la puesta a disposición de las plataformas de venta de entradas de terceros toda la información que facilita en su propia plataforma, tanto actual como futura y actualizada en tiempo real.

La Comisión envía un pliego de cargos a Google por presunto abuso de posición de dominio por *self-preferencing* en el sector de la publicidad en línea

Nota de prensa de la Comisión Europea de 14 de junio de 2023, en el asunto AT. 40670 - Adtech and data-related practices

La Comisión envió un pliego de cargos a Google en el que señala, de forma preliminar, que habría abusado de su posición de dominio en el sector de la publicidad en línea.

Google ofrece varios servicios de tecnología publicitaria que sirven de intermediarios entre anunciantes y editores para mostrar anuncios en sitios web o aplicaciones para móviles. Opera (i) dos herramientas de compra de anuncios: Google Ads y DV 360; (ii) un servidor de anuncios para editores, DoubleClick For Publishers, (“DFP”); y (iii) un *exchange* de anuncios, AdX. Según la Comisión, Google es dominante en los mercados del EEE de herramientas de anuncios para editores con su servicio DFP y de herramientas de compra de anuncios para la web abierta con sus servicios Google Ads y DV 360. Desde al menos 2014, Google abusó de su posición dominante al favorecer su propio *exchange* de anuncios, AdX:

- i. En la forma en que sus herramientas de compra de anuncios Google Ads y DV360 realizaban las pujas en las bolsas de anuncios. Por ejemplo, Google Ads evitaba los *exchanges* de anuncios de la competencia y pujaba principalmente en AdX, convirtiéndolo así en el intercambio de anuncios más atractivo.
- ii. En la subasta de selección de anuncios gestionada por su servidor dominante de anuncios para editores, DFP, por ejemplo, informando con antelación a AdX del valor de la mejor oferta de los competidores que debía superar para ganar la subasta.

El pliego de cargos ahora deberá ser contestado por Google y no prejuzga la posición final que adopte la Comisión sobre esta investigación.

[España]

La CNMC sanciona a dos empresas de servicios de bases de datos de información empresarial en España, que también han sido beneficiarias del programa de clemencia

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 4 de julio de 2023, expediente S/002/21, Bases de datos empresariales (Uría Menéndez ha intervenido como asesor de Bureau van Dijk en este procedimiento)

La CNMC ha sancionado un cártel formado por dos de las principales empresas de servicios de bases de datos de información empresarial en España. Las empresas sancionadas son Bureau Van Dijk Publicaciones Electrónicas, S.A. (BvD), y solidariamente su matriz Moody’s Corporation (Moody’s), e Informa D&B, S.A.U. (Informa), y solidariamente su matriz Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros (CESCE).

Ambas empresas participaron en un cártel consistente en un reparto de clientes (articulado mediante el intercambio de listas de clientes y prospectos, así como un pacto de no agresión) y la fijación de precios para la comercialización de las bases de datos sobre información empresarial.

Las dos empresas se han beneficiado, en distinta medida, del programa de clemencia. La CNMC concedió a BvD la exención completa del pago de la multa al haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que permitieron a la CNMC ordenar una inspección. Por su parte, Informa vio su multa reducida en un 30 %.

En cuanto a la prohibición de contratar, la CNMC recuerda que la exención de la prohibición de contratar es imperativa en relación con el beneficiario de clemencia que disfrute de la exención total de la multa, pero potestativa para los beneficiarios de una simple reducción. Tras una recalificación de la conducta, la Sala finalmente acepta excluir a Informa también de la prohibición de contratar.

La CNMC sanciona a Amazon y a Apple por haber restringido la competencia en la web de Amazon en España a través de contratos suscritos por ambas partes

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 12 de julio de 2023, Expediente S/0013/21, Amazon/Apple Brandgating

La CNMC ha multado a Amazon y a Apple por restringir la competencia a través de determinadas cláusulas contractuales relacionadas con la distribución y promoción de los productos Apple en la plataforma. Estas cláusulas formaban parte de dos contratos celebrados el 31 de octubre de 2018 entre Apple y Amazon, en virtud de los cuales se actualizaron las condiciones de Amazon como distribuidor autorizado de Apple.

Estos acuerdos limitan la competencia intramarca (i. e., entre los distribuidores de productos Apple), en la medida en que las empresas acordaron que únicamente una serie de distribuidores designados por Apple podían revender sus productos a través de la web de Amazon en España, excluyendo a más del 90 % de los revendedores minoristas que venían usando la web de Amazon en España. De acuerdo con la CNMC, esta restricción a la competencia produjo un incremento de los precios pagados por los consumidores por la compra de productos Apple en la plataforma de Amazon en España.

Adicionalmente, los acuerdos también provocan una restricción a la competencia intermarca (i. e., entre competidores directos de Apple), ya que a través de estos se impide que competidores de Apple puedan adquirir espacios publicitarios en la plataforma de Amazon en España para anunciar sus productos, tanto en el proceso de compra de los productos Apple como cuando se realizan búsquedas de dichos productos. Además, los acuerdos también limitan la capacidad de Amazon para dirigir campañas de *marketing* de productos competidores de Apple a clientes que hubieran comprado los productos de esta última empresa. De acuerdo con la CNMC, estas cláusulas perjudican directamente a los consumidores, ya que limitan su capacidad de descubrir nuevas marcas alternativas a Apple, incrementan sus costes de búsqueda y reducen su capacidad de cambio.

Así, la CNMC concluye que estas cláusulas contractuales contribuyeron conjuntamente a cambiar la dinámica de venta de productos Apple en la web de Amazon en España, por lo que incurrió en una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

3. Decisiones en materia de control de concentraciones

[España]

La CNMC aprueba en primera fase y sin compromisos la adquisición de Med Wind por parte de Acciona

Resolución de la Sala de Competencia Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 31 de mayo de 2023, e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia en el Expediente C/1382/23 ACCIONA / MED WIND (Uría Menéndez ha intervenido como asesor de Acciona en este procedimiento)

La CNMC ha analizado el mercado de generación y suministro mayorista de electricidad, de promoción, desarrollo y puesta en marcha de parques eólicos y de comercialización minorista de electricidad para la adquisición por parte de Acciona Generación Renovable, S.A. ("Acciona") de una participación del 50 % del capital social de Med Wind Energy, S.L. ("Med Wind" y junto con Acciona, las "Partes") a AUXPACER, S.L. Tras la operación, Med Wind estará controlada conjuntamente (al 50 %) por Acciona y Compañía Europea de Producciones Energéticas, S.L. ("CEPE").

La operación se centraba en el mercado de promoción, desarrollo y puesta en marcha de parques eólicos a nivel nacional y concretamente en la Comunidad Valenciana. Tras la operación, se alcanzarían las siguientes cuotas combinadas: por un lado, en el mercado mayorista de electricidad, cuyo análisis se determina según la capacidad instalada de energía eléctrica o eólica, el 10-20 % en energía eólica en ambas categorías respectivamente, y 0-10 % en energía eléctrica. Por otro lado y a nivel nacional, el mercado de promoción de parques eólicos no supera el 0-10 % y a nivel autonómico el 30-40 % (con adición del 20-30 %) debido a la actividad de Med Wind en la Comunidad Valenciana. La CNMC valoró la competencia que ejercen importantes operadores verticalmente integrados (que desarrollan y luego explotan en nombre propio), como Iberdrola, Enel y Naturgy, así como las barreras de entrada no significativas de la promoción (principalmente consistentes en la obtención de la correspondiente licencia administrativa).

Por todo lo anterior, debido a la presión competitiva existente en los mercados con solapamientos horizontales y las bajas cuotas en el mercado con solapamiento vertical, la operación se autoriza en primera fase sin compromisos.

4. Decisiones en materia de ayudas de estado

[Unión Europea]

La Comisión Europea autoriza a Italia a conceder ayudas para apoyar el desarrollo sostenible de vías de apartadero

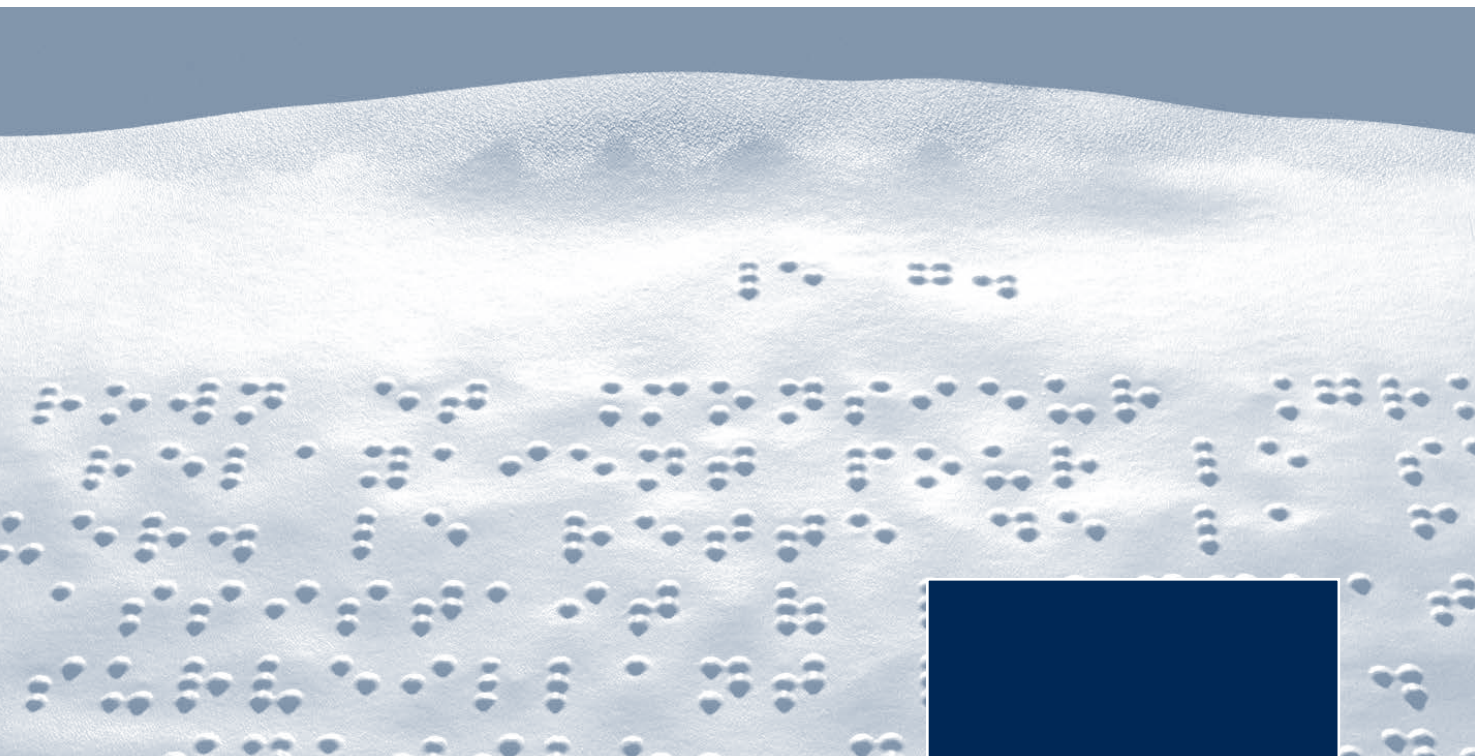
Decisión de la Comisión Europea de 8 de mayo de 2023, asunto SA.102422 (2022/N) – Italia – Apoyo para el desarrollo sostenible de vías de apartadero

La Comisión Europea ha autorizado una ayuda en forma de subvención para la mejora de las últimas millas que conectan las infraestructuras nacionales de ferrocarril con las vías de servicio a través de la electrificación y la mejora técnica de las vías de apartadero. La medida consiste en una ayuda directa que se concederá a proyectos que prevean estar completados el 31 de diciembre de 2025 y, para ello, aplicará criterios objetivos como la localización de la infraestructura, los beneficios que aporta el funcionamiento de estas vías y la viabilidad de las obras y su duración.

Esta ayuda directa se enmarca en el contexto de la transición energética y tiene por finalidad alcanzar el objetivo de mejorar la eficiencia y competitividad del transporte ferroviario a través de la reducción de tiempos de espera en la conexión entre vías principales y vías de apeadero.

Ya que no existen orientaciones para evaluar este tipo de ayuda de Estado, la Comisión ha aplicado los artículos 93 y 107.3(c) del TFUE y ha apreciado que la medida cumple con sus requisitos para considerarla compatible con el mercado interior. Primero, es conforme al derecho de la Unión y no es discriminatoria. Segundo, es (i) necesaria, e idónea, porque sin ella los empresarios no asumirían los elevados costes de la electrificación de las vías y, al ser un coste fijo no soportado por los transportistas por carretera, prevendría la transición hacia el transporte ferroviario, (ii) proporcionada, (iii) transparente y (iv) sus efectos negativos son limitados. Finalmente, tiene efectos positivos, pues ofrece a los propietarios de vías de apartadero conectadas a la red ferroviaria principal la posibilidad de electrificarlas para mejorar la eficiencia de este medio de transporte y reducir los desequilibrios existentes entre el transporte por tren y por carretera.

9 de septiembre de 2023



Datos y
Tecnología

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Protección de datos. La Comisión Europea adopta una nueva decisión de adecuación relativa al Marco de Privacidad de Datos UE-EE. UU. para la transferencia de datos personales desde la Unión Europea a EE. UU.

Decisión de Ejecución de la Comisión, de 10 de julio de 2023, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el adecuado nivel de protección conferido por el Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU.

El 10 de julio de 2023 la Comisión Europea adoptó su decisión de adecuación relativa al Marco de Privacidad de Datos UE-EE. UU. (el “Marco de Privacidad”) para la realización de transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea a Estados Unidos (la “Decisión de Adecuación”). La Decisión de Adecuación concluye que Estados Unidos garantiza un nivel de protección adecuado (equiparable al proporcionado en la Unión Europea) de los datos personales transferidos desde la Unión Europea a las empresas estadounidenses que se adhieran al Marco de Privacidad, sin necesidad de implementar garantías adicionales de protección de datos.

El Marco de Privacidad supone una actualización de la anterior decisión de adecuación para la transferencia de datos personales a EE. UU. (conocido como Escudo de Privacidad), que fue invalidado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras la sentencia Schrems II de julio de 2020. Desde entonces, era necesario adoptar una serie de garantías para asegurar la protección de los datos personales que eran transferidos a EE. UU. desde la Unión Europea, como la suscripción de cláusulas contractuales tipo aprobadas por la Comisión Europea. Sin embargo, el propio CEPD emitió unas recomendaciones en las que valoraba que la suscripción de estas cláusulas contractuales tipo podía no ser suficiente para asegurar este nivel de protección, por lo que era necesario analizar si era necesario incluir garantías adicionales de protección, lo que complicaba más la transferencia de datos personales a EE. UU.

* Esta sección ha sido elaborada por Leticia López-Lapuente, Ignacio Esteban Avendaño, Miriam Goitia de Gústín y Martín Montilla Castilla, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

El Marco de Privacidad introduce nuevas garantías vinculantes para superar los motivos por los que fue invalidado el Escudo de Privacidad (entre ellas, el acceso de las autoridades estadounidenses de inteligencia a los datos personales de ciudadanos europeos en posesión de empresas estadounidenses). Las garantías novedosas que se han incluido en el Marco de Privacidad son la limitación del acceso por parte de los servicios de inteligencia estadounidenses a los datos personales provenientes de la Unión Europea a lo estrictamente necesario y proporcionado para lograr los objetivos de interés general de los EE. UU., y que deben ser interpretados en un sentido equivalente al interés general reconocido en la Unión Europea, así como el establecimiento de un Tribunal de Recurso en Materia de Protección de Datos (“Data Protection Review Court”) al que podrán acudir los ciudadanos de la Unión Europea en caso de que consideren que sus datos personales han sido tratados sin respetar las garantías establecidas en el Marco de Privacidad.

Las empresas estadounidenses podrán adherirse al Marco de Privacidad si se comprometen a cumplir una serie de obligaciones en materia de protección de datos personales, como, entre otros, suprimir los datos personales cuando ya no sean necesarios para la finalidad para la que fueron recogidos. Por su parte, las empresas que ya estaban adheridas al anterior Escudo de Privacidad han sido incluidas directamente por el Gobierno de EE. UU. en el listado de empresas adheridas al Marco de Privacidad, aunque se les ha concedido un plazo de tres meses para actualizar sus políticas y procedimientos para cumplir con los principios de este nuevo marco para las transferencias internacionales. En caso de que las empresas adheridas al Marco de Privacidad traten de forma indebida los datos personales de los ciudadanos de la Unión Europea, estos ciudadanos podrán beneficiarse de varias vías de reparación, como mecanismos gratuitos e independientes de resolución de controversias, así como un tribunal arbitral.

La Comisión Europea, en colaboración con las autoridades de protección de datos europeas y las autoridades estadounidenses, realizará una revisión periódica del funcionamiento del Marco de Privacidad, con el objetivo de verificar si todos los aspectos del Marco de Privacidad se han implementado efectivamente y funcionan en la práctica. La primera revisión se realizará antes de que se cumpla un año de la entrada en vigor de la Decisión de Adecuación (es decir, antes del 10 de julio de 2024).

Comercio electrónico. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifican las Directivas 2009/102/CE y (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la ampliación y mejora del uso de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades

El 29 de marzo de 2023 la Comisión Europea emitió una propuesta de Directiva para la ampliación y mejora del uso de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades (la “propuesta de Directiva”). Los principales objetivos de la propuesta consisten en agilizar las actividades y operaciones empresariales transfronterizas reduciendo labores burocráticas y ofrecer mayor transparencia e información al público sobre las empresas en la Unión Europea, así como garantizar la confianza entre los registros y las administraciones de los Estados miembros (“EM”). La propuesta de Directiva deberá pasar por manos del Parlamento Europeo y del Consejo para ser finalmente aprobada, aunque se espera una rápida tramitación.

Para lograr los objetivos que pretende la propuesta de Directiva se proponen las siguientes medidas:

Para la reducción de la burocracia, se dispone que, para la creación de sucursales o empresas en otro EM, no será necesario volver a presentar la información que ya conste en sus respectivos registros. Asimismo, se obliga a los EM a que se informen mutuamente de las sucursales que cierren en los EM y de las modificaciones de razón o domicilio social. Se crea un certificado de sociedad de la UE multilingüe, así como un modelo de representación digital estándar para la representación de las empresas en otros EM, y se suprimen algunos trámites, como la apostilla, de manera que las copias certificadas de documentos expedidas por las autoridades de un EM deben ser aceptadas como auténticas por las autoridades de otro EM.

Para garantizar la transparencia, se disponen controles de información societaria antes de la inscripción en registros mercantiles de los EM para comprobar que los datos son exactos y actuales; se establecen requisitos de información y comunicación a los registros para los grupos de sociedades a fin de elaborar un esquema visual del grupo; se dispone la información que debe publicarse sobre las sociedades personalistas y los grupos societarios a fin de ofrecer mayor transparencia; se pretende garantizar que la identidad del socio único en las sociedades unipersonales sea conocida mediante su publicación y accesibilidad; y se contempla que las sociedades de capital ahora deben publicar el lugar de administración central y el centro de actividad principal en caso de que no se encuentre en el EM del domicilio social.

La propuesta de Directiva complementa la Directiva (UE) 2019/1151 (Directiva sobre digitalización) y se centra en particular en la fiabilidad y disponibilidad de la información de las empresas que figura en los registros mercantiles y en el sistema de interconexión de los registros empresariales ("BRIS") en situaciones transfronterizas, abogando por el principio de "solo una vez".

Asimismo, se prevén búsquedas interconectadas sobre las empresas a través del BRIS y otros dos sistemas: el Registro de Titularidades Reales (BORIS) y el Registro Concursal (IRI).

Protección de datos. El Comité Europeo de Protección de Datos ha publicado una segunda versión de las Directrices sobre el cálculo de las multas administrativas

Directrices 04/2022 del Comité Europeo de Protección de Datos de 16 de mayo sobre el cálculo de multas administrativas bajo el Reglamento General de Protección de Datos (versión 2.0)

El pasado 16 de mayo el Comité Europeo de Protección de Datos publicó una actualización de las Directrices 04/2022 sobre el cálculo de multas administrativas bajo la normativa de protección de datos europea (las "Directrices") que pretende armonizar el criterio de las distintas autoridades de control de protección de datos a la hora de establecer multas administrativas. Para conseguir dicho objetivo el CEPD analiza tres elementos: la categorización de las infracciones por naturaleza, la gravedad de la infracción y el volumen de negocios de una empresa.

En concreto, las Directrices establecen una metodología para el cálculo de multas que se resume en cinco etapas:

- i. La identificación de las operaciones del tratamiento de datos personales según cada caso y la evaluación del artículo 83.3 del RGPD.
- ii. La determinación del punto de partida para un cálculo posterior, basado en un análisis de la clasificación y gravedad de la infracción, así como el volumen de negocios de la empresa.
- iii. La evaluación acerca de la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes relacionadas con el comportamiento pasado o presente del responsable o encargado.
- iv. El reconocimiento de los máximos legales pertinentes para las diferentes operaciones de tratamiento.
- v. La ponderación del importe final de la multa y la comprobación de que se cumplen los requisitos de eficacia, disuasión y proporcionalidad.

Asimismo, el CEPD aclara que esta metodología no se debe entender como una forma de cálculo automático o aritmético, sino como una evaluación humana de todas las circunstancias relevantes *ad hoc*.

Las principales enmiendas incorporadas respecto de la versión anterior son dos: se introducen cambios en la consideración del tamaño de las empresas a la hora de definir la cantidad inicial para calcular las multas a imponer y se incluyen ejemplos detallados para aplicar dichos cálculos.

Protección de datos. El Comité Europeo de Protección de Datos publica sus recomendaciones para la autorización de normas corporativas vinculantes para la realización de transferencias internacionales de datos

Recomendaciones 1/2022 sobre las Solicitudes de Aprobación y sobre los elementos y principios que deben figurar en las Normas Corporativas Vinculantes del Responsable del Tratamiento (artículo 47 del RGPD)

El CEPD publicó el 30 de junio de 2023 sus Recomendaciones 1/2022 (las "Recomendaciones") en relación con las solicitudes de aprobación de normas corporativas vinculantes ("NCV"), actualizando los elementos y principios que deben contener las solicitudes de NCV para que puedan ser aprobadas por las autoridades de control competentes.

Estas Recomendaciones persiguen los siguientes objetivos: proporcionar un formulario estándar para las solicitudes de aprobación de NCV, clarificar el contenido necesario de las NCV de acuerdo con el artículo 47 del RGPD, hacer una distinción entre lo que debe incluirse en las NCV y lo que debe presentarse ante la autoridad de control que examine la solicitud de aprobación de las NCV, y proporcionar explicaciones y comentarios sobre estos requisitos.

La aprobación de las NCV permite a los responsables del tratamiento transferir datos personales a otros responsables o encargados pertenecientes al mismo grupo empresarial y que se encuentren localizados fuera del Espacio Económico Europeo ("EEE") en terceros países que no aseguren un nivel de protección equivalente al del EEE.

A partir de la fecha de publicación de estas Recomendaciones, los responsables del tratamiento deberán cumplir con los requisitos establecidos en este documento. A su vez, aquellos responsables cuyas solicitudes de aprobación de NCV estén ya consideradas como “borrador consolidado” en el momento de publicación de estas Recomendaciones deberán incorporar los requisitos contenidos en estas Recomendaciones a sus NCV cuando realicen la revisión anual de estas.

Protección de datos. El Comité Europeo de Protección de Datos hace público su documento interno sobre los pasos preliminares para tramitar las reclamaciones presentadas ante las autoridades europeas de protección de datos

Documento interno del CEPD 6/2020, adoptado el 15 de diciembre de 2020, sobre los pasos preliminares para tramitar una reclamación: admisibilidad y examen de las reclamaciones

El CEPD, tras la reunión de su pleno el 14 de junio de 2022, decidió publicar su Documento interno 6/2020 sobre los pasos preliminares que deben realizar las autoridades de control de protección de datos cuando se les presente una reclamación o detecten una infracción (el “Documento Interno”). Este documento fue adoptado el 15 de diciembre de 2020 para uso interno del CEPD y del resto de autoridades de control europeas, pero se decidió, por motivos de transparencia, ponerlo a disposición del público en la página web del CEPD.

El propósito del Documento Interno es establecer unas pautas comunes de actuación para las autoridades de control europeas cuando reciban una reclamación o detecten una posible infracción de la normativa de protección de datos, con especial énfasis en el proceso de admisión y comunicación de aquellas reclamaciones o infracciones con impacto transfronterizo.

Este Documento Interno comienza estableciendo la definición de los términos *reclamación*, *infracción* y *arreglo amistoso*, que aunque se incluyen en el RGPD no se definen en dicha norma.

Adicionalmente, el Documento Interno enumera los escenarios en los que las autoridades de control no deben admitir reclamaciones. Estas situaciones son las siguientes: cuando el objeto de la reclamación no está claramente relacionado con la protección de datos personales; cuando la reclamación es manifiestamente infundada o excesiva de acuerdo con el artículo 57.4 del RGPD; y cuando la reclamación no cumple con los requisitos formales establecidos en el Estado miembro correspondiente para la presentación de reclamaciones ante la autoridad de control. En caso de que la autoridad de control inadmita a trámite una reclamación por el tercero de estos motivos, deberá informar al reclamante, de acuerdo con la normativa nacional aplicable, sobre los defectos formales que han impedido la admisión de la reclamación, con el fin de que se puedan subsanar.

Asimismo, el Documento Interno determina la necesidad de estudiar si las reclamaciones admitidas o las infracciones detectadas poseen un impacto transfronterizo o no, por si fuera necesario involucrar a otras autoridades de control. Finalmente, el Documento Interno establece pautas adicionales para el caso de que se esté analizando una reclamación relacionada con los derechos de protección de datos reconocidos en los artículos 12 al 22 del RGPD. En particular, la autoridad de control deberá recabar directamente información del responsable y/o del encargado sobre las circunstancias del caso y si ha atendido o no la solicitud por la que el reclamante pretendía

ejercer sus derechos. Esta solicitud de información al responsable y/o encargado también puede hacer que el ejercicio de estos derechos de protección de datos sea atendido por el responsable y/o encargado del tratamiento, sin necesidad de tener que continuar con la tramitación de la reclamación.

[España]

Protección de datos. Entra en vigor la Ley 11/2023, de 8 de mayo, que introduce importantes modificaciones en materia de protección de datos

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)

El pasado 9 de mayo se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 11/2023, de 8 de mayo, que transpone las 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 que introduce importantes modificaciones en materia de protección de datos y sociedades de la información que entraron en vigor el pasado 10 de mayo.

La Ley 11/2023 modifica la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales ("LOPDGDD"), con motivo de la corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos ("RGPD"), publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el pasado 4 de marzo de 2021.

Por un lado, se elimina la naturaleza sancionadora del apercibimiento y se sustituye por la realización de un requerimiento; se amplían los plazos para resolver por parte de la Agencia Española de Protección de Datos ("AEPD") de los procedimientos sancionadores y de las actuaciones previas de investigación; se establece que los plazos de determinados procedimientos podrán ser suspendidos cuando resulte indispensable recabar información de un órgano jurisdiccional; y se dispone que la AEPD podrá inadmitir reclamaciones o incluso tras la admisión a trámite, archivarlas, cuando se demuestre que el responsable o encargado del tratamiento han adoptado medidas para el cumplimiento de la normativa aplicable. Asimismo, la interrupción de la prescripción de infracciones en casos de cooperación entre autoridades de control computará desde el conocimiento del interesado del acuerdo de inicio y no desde el proyecto del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.

Por otro lado, la AEPD podrá ahora realizar actuaciones de investigación a través de medios digitales, como los sistemas de videoconferencia. Esto permite que las investigaciones no solo sean presenciales, sino también en remoto. Asimismo, la AEPD podrá establecer modelos de reclamaciones que serán de uso obligatorio para todos los interesados. Finalmente, se modifica la

sustitución de la persona titular de la Presidencia de la AEPD en casos de ausencia, vacancia o enfermedad, así como de abstención o recusación.

Protección de datos. La AEPD publica una guía para ayudar a las empresas y a las Administraciones públicas a cumplir con la normativa en la creación de espacios de datos

Aproximación a los espacios de datos desde la perspectiva del RGPD de la AEPD

En vistas de que los espacios de datos están siendo objeto de desarrollo a través de iniciativas europeas y nacionales (por ejemplo, la propuesta de Reglamento Europeo de un Espacio Europeo de Datos Sanitarios), la AEPD ha publicado un documento en el que analiza la creación y el uso de los espacios de datos en relación con el cumplimiento de la normativa de protección de datos. En este documento, la AEPD responde a la necesidad de establecer recomendaciones y pautas para cumplir con la normativa de protección de datos por parte de empresas y Administraciones públicas cuando participen en espacios de datos y, en particular, respecto a la aplicación de los principios de responsabilidad proactiva y protección de datos desde el diseño. Entre otras cosas, la AEPD en relación con los espacios de datos, identifica el marco normativo (tanto español como europeo), los intervinientes y sus roles (p. ej., interesados, titulares de los datos, usuarios de datos, mediadores), medidas de privacidad desde el diseño (p. ej., configuraciones de los espacios, sistemas de anonimización, entornos de tratamiento seguro) o cuestiones de análisis de riesgos, transparencia y ejercicio de derechos de protección de datos.

[Portugal]

Alcance do direito de acesso às informações referidas no artigo 15.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados

Acórdão de 22 de junho de 2023 (Processo C-579/21) - TJUE

O presente acórdão tem subjacente um pedido de decisão prejudicial cujo objeto é a interpretação do artigo 15.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados ("RGPD").

Este pedido surge no contexto de um litígio que opõe J. M. (o "Requerente"), simultaneamente empregado e cliente do banco Pankki S. (o "Requerido"), que teve conhecimento de que os seus próprios dados de cliente tinham sido consultados por membros do pessoal do banco, várias vezes, no período compreendido entre 1 de novembro e 31 de dezembro de 2013. A 29 de maio de 2018, já depois do seu despedimento, o Requerente pediu ao Requerido que lhe comunicasse a identidade das pessoas que consultaram os seus dados e as datas exatas das consultas, bem como as finalidades do tratamento dos referidos dados.

A 30 de agosto de 2018, o Requerido recusou comunicar tais informações alegando que as informações sobre a identidade dos empregados que realizaram as operações de consulta constituíam dados pessoais desses empregados. Em qualquer caso, o Requerido explicou que um cliente do banco de que o Requerente era o gestor de conta era credor de uma pessoa que tinha o mesmo

nome patronímico de J.M., pelo que tinha pretendido clarificar se o Requerente e o devedor em questão eram a mesma pessoa e se podia ter havido uma eventual relação de conflitos de interesses inadequada.

O Requerente submeteu o caso ao Gabinete do Supervisor para a Proteção de Dados da Finlândia, solicitando que fosse ordenado ao Requerido que lhe transmitisse as informações pedidas. Tendo este sido rejeitado, o Requerente interpôs recurso no Tribunal Administrativo da Finlândia Oriental, que pediu ao Tribunal de Justiça da União Europeia (o "TJUE") que interpretasse o artigo 15.º do RGPD.

O TJUE determinou que o RGPD, em vigor desde 25 de maio de 2018, se aplica a um pedido apresentado após essa data quando esse pedido tenha por base operações de tratamento de dados pessoais efetuadas antes da data de início de vigência do RGPD.

Também considerou que o RGPD deve ser interpretado de forma a considerar que as informações sobre as consultas aos dados pessoais de uma pessoa, incluindo as datas e finalidades dessas consultas, são informações que essa pessoa tem o direito de obter do responsável pelo tratamento.

Não obstante, o RGPD não reconhece esse direito em relação às informações sobre a identidade dos funcionários que realizaram essas consultas de acordo com as instruções do responsável pelo tratamento, a menos que essas informações sejam indispensáveis para permitir que o titular dos dados exerça efetivamente os direitos conferidos por este regulamento, levando em consideração os direitos e liberdades desses funcionários. Significa isto que em caso de conflito entre o exercício do direito de acesso, que garante a eficácia dos direitos reconhecidos pelo RGPD ao titular dos dados, e os direitos ou liberdades de terceiros, é necessário encontrar um equilíbrio entre ambos, elegendo, sempre que possível, meios que não violem esses direitos ou liberdades.

Finalmente, o TJUE declara que o facto de o responsável pelo tratamento exercer uma atividade bancária no âmbito de uma missão regulamentada, e a pessoa cujos dados pessoais foram tratados como cliente desse responsável também ter sido empregada por ele, não tem, ao que parece, impacto na extensão do direito de que essa pessoa usufrui.

Regras vinculativas aplicáveis às empresas do responsável pelo tratamento

Recomendações do Comité Europeu para a Proteção de Dados sobre as Regras Vinculativas aplicáveis às Empresas, de 20 de junho de 2023

Em 30 de junho de 2023, o Comité Europeu para a Proteção de Dados ("CEPD") publicou as Recomendações 1/2022 (as "Recomendações") sobre os pedidos de aprovação a apresentar pelos responsáveis pelo tratamento para as Regras Vinculativas aplicáveis às Empresas (as "BCR"), revogando e substituindo as recomendações anteriormente existentes sobre a matéria, com as referências WP256 rev.01 e WP264.

As BCR, que devem ser aprovadas pela autoridade de controlo competente, são regras internas de proteção de dados pessoais aplicadas por um responsável pelo tratamento (ou um subcontratante) estabelecido no território de um Estado-Membro para as transferências de dados pessoais

para um responsável ou subcontratante situado num país terceiro, dentro de um grupo empresarial ou de um grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e encontram-se expressamente reguladas no artigo 47.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE (“RGPD”). As BCR criam direitos efetivos e estabelecem compromissos de modo a criar, para os dados pessoais transferidos ao seu abrigo, um nível de proteção essencialmente equivalente ao previsto no RGPD.

Os objetivos destas Recomendações são: (i) fornecer um formulário-tipo para o pedido de aprovação de BCR para os responsáveis pelo tratamento (“BCRs-C”); (ii) clarificar o conteúdo necessário das BCR-C, tal como previsto no artigo 47.º do RGPD; (iii) estabelecer uma distinção entre o que deve ser incluído nas BCR-C e o que deve ser apresentado à autoridade de controlo principal no pedido de aprovação das BCR; e (iv) fornecer explicações e comentários sobre os requisitos.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece el alcance del derecho de acceso

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de mayo de 2023 (as. C-487/21)

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo austríaco sobre el alcance del derecho de acceso.

El litigio principal tuvo lugar en Austria cuando un individuo (el “Demandante”) solicitó el acceso a sus datos personales a una agencia privada de asesoramiento comercial que trataba sus datos con el objetivo de proporcionar a sus clientes información sobre su solvencia (la “Demandada”). Además, el Demandante también solicitó que se le facilitara una copia de dichos documentos, entre otros, los correos electrónicos y los extractos de bases de datos, que contenían datos personales. La cuestión se recurrió hasta llegar al Tribunal Supremo austríaco, que planteó una serie de cuestiones prejudiciales en relación con el art. 15.3 del RGPD.

En primer lugar, el TJUE determinó que el derecho a obtener del responsable del tratamiento una copia de los datos personales objeto de tratamiento implica que se entregue al interesado una reproducción auténtica e inteligible de todos esos datos personales. A su vez, el TJUE estableció que el concepto de *datos personales* no abarca únicamente los datos recabados y conservados por el responsable del tratamiento, sino que incluye también todos los datos personales relacionados en la información resultante de un tratamiento de datos personales, lo que incluye el de obtener copia de extractos de documentos, o incluso de documentos enteros, o de extractos de bases de datos, que contengan dichos datos personales. En cualquier caso, el TJUE subrayó que el derecho de acceso no puede afectar negativamente a los derechos y libertades de los terceros (incluidos, los secretos comerciales o derechos de propiedad intelectual) y establece que, en caso de conflicto

entre el ejercicio del derecho de acceso pleno y completo a los datos personales y los derechos o libertades de otros, procede efectuar una ponderación entre los derechos y libertades en cuestión. Siempre que sea posible, ha de optarse por utilizar modos de comunicación de estos datos personales que no vulneren los derechos o libertades de terceros.

En segundo lugar, el TJUE establece que por *información* deben entenderse todos los datos personales de los que el responsable tenga que facilitar una copia, con arreglo a lo dispuesto anteriormente.

Protección de datos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 26 y 30 del RGPD no constituye que el tratamiento de datos personales sea ilícito

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de mayo de 2023 (asunto C-60/22)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretó que la ausencia del cumplimiento de ciertas obligaciones establecidas en la normativa de protección de datos no conlleva que el tratamiento de datos personales deba considerarse como ilícito.

Esta sentencia tuvo como origen una solicitud de protección internacional ante la Oficina Federal de Alemania, que fue denegada. Para adoptar su resolución denegatoria, la Oficina Federal se basó en un expediente electrónico denominado "MARIS", que contenía los datos personales relativos al solicitante de la protección internacional. Tras esta denegación, se interpuso recurso ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden (el "Tribunal Alemán"), a quien fue remitido el expediente "MARIS" en el marco de un procedimiento conjunto con arreglo al artículo 26 del RGPD. Sin embargo, el Tribunal Alemán consideró que la gestión y transmisión del expediente no se había realizado de conformidad con la normativa de protección de datos, ya que la Oficina Federal no contaba con un registro de actividades del tratamiento (de conformidad con el artículo 30 del RGPD) ni había suscrito un acuerdo de corresponsabilidad con el Tribunal Alemán (conforme al artículo 26 del RGPD).

Debido a esto, el Tribunal Alemán planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial sobre si la falta de cumplimiento de estos artículos conllevaba la ilicitud del tratamiento de los datos personales del solicitante de protección. El TJUE determinó que la licitud del tratamiento está establecida en el artículo 6 del RGPD, que establece que un tratamiento de datos será lícito si se cumple al menos una de las condiciones enunciadas en su primer apartado. Esta lista de supuestos es exhaustiva y taxativa, por lo que un tratamiento de datos personales solo será considerado lícito si se basa en alguna de las bases legales del artículo 6 del RGPD, que a su vez son desarrolladas por los artículos 7 a 11 del RGPD. Por lo tanto, únicamente cuando se vulneren los artículos 6 a 11 del RGPD se podrá considerar que el tratamiento de datos personales es ilícito.

Por todo lo expuesto, el TJUE determinó que el incumplimiento de las obligaciones de celebrar un acuerdo de corresponsabilidad del tratamiento y de tener un registro de actividades del tratamiento no conlleva que un tratamiento de datos resulte ilícito.

[España]

Protección de datos. El Tribunal Supremo determina que las cláusulas de indemnidad en los acuerdos sobre tratamiento de datos no mantienen indemne al responsable por las sanciones se le impusieron por actuaciones u omisiones atribuibles al responsable

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2023

La sentencia del Tribunal Supremo ("TS") resuelve el procedimiento civil iniciado entre una empresa petrolífera (el "Responsable") contra una compañía que realizaba labores de promoción de los servicios del Responsable (el "Encargado"). El procedimiento civil deriva de una serie de sanciones impuestas por la AEPD al Responsable por valor acumulado de 740.000 euros como consecuencia de una serie de incumplimientos de la normativa de protección de datos que tuvieron lugar durante la prestación de servicios de promoción.

El Responsable y el Encargado firmaron en 2012 un contrato para la promoción de los servicios del Responsable, por el que el Encargado recababa por cuenta del Responsable los datos personales de las personas interesadas en los servicios promocionados. El Encargado ya venía realizando acciones de promoción para el Responsable antes de la firma del contrato, siguiendo instrucciones del Responsable aunque sin haber suscrito un contrato en ese momento. Durante la prestación de los servicios de promoción se produjeron una serie de incumplimientos de la normativa de protección de datos (anteriores y posteriores a la firma del contrato), atribuibles tanto al Responsable como al Encargado, que resultaron en procedimientos sancionadores ante la AEPD. La AEPD finalmente impuso 26 sanciones al Responsable, por su conducta como responsable, que ascendían a 740.000 euros en total. En la mayoría de expedientes también se sancionó al Encargado por los incumplimientos que se le atribuyeron en su actuación como encargado del tratamiento.

El contrato firmado entre las partes contenía unas cláusulas de indemnidad que el Responsable intentó utilizar contra el Encargado en un procedimiento civil posterior a la imposición de las sanciones, a fin de reclamarle al Encargado la cuantía de 740.000 euros a la que ascendían las sanciones de la AEPD impuestas al Responsable. En primera y segunda instancia se desestimaron las pretensiones del Responsable y se concluyó que la AEPD había acotado claramente las conductas e infracciones que habían cometido las partes: al Responsable se le sancionó por los incumplimientos derivados de sus propias acciones y omisiones como responsable en exclusiva, sin que su responsabilidad pudiera trasladarse en esos casos al Encargado, a quien se le impusieron las sanciones correspondientes por sus propias conductas e infracciones como encargado.

Finalmente, la Sala de lo Civil del TS confirma la posición de la sentencias de instancia y desestima las pretensiones del Responsable, que, entre otras cosas, alegaba que no se había deslindado debidamente el plano de su responsabilidad administrativa frente a la AEPD y el plano de la responsabilidad civil que nace de las responsabilidades asignadas mediante las cláusulas de indemnidad. El TS destacó que muchas de las sanciones eran relativas a tratamientos de datos anteriores a la firma del contrato que incluía las cláusulas de indemnidad, por lo que esa regulación contractual no existía en ese momento ni podía ser exigida por el Responsable. A su vez, el TS añadió que,

conforme a las cláusulas de indemnidad, el Responsable no podía exigir indemnización al Encargado por cualquier sanción que se impusiera con motivo del tratamiento de datos derivado de las acciones de promoción, destacando que *“tales cláusulas solo cobran sentido en el contexto del contrato del que forman parte”* y que la interpretación sistemática de las cláusulas de indemnidad permitía al Responsable reclamar al Encargado por las sanciones que se le impusieran al Responsable como consecuencia de los incumplimientos del Encargado como encargado, pero no abarcaban las infracciones derivadas de la propia conducta del Responsable como responsable.

Así, el TS determina que las cláusulas de indemnidad en los acuerdos sobre tratamiento de datos mantienen indemne al responsable por las sanciones que se le impusieran como consecuencia de la conducta del encargado, pero no de las sanciones que se le impusieran a él como responsable.

3. Otros

[Unión Europea]

La autoridad irlandesa de protección de datos sanciona con 1200 millones de euros a una empresa tecnológica por incumplir el artículo 46 del RGPD en relación con las transferencias internacionales

El pasado 12 de mayo, la autoridad irlandesa de protección de datos (“IDPC”) ha sancionado a una empresa tecnológica por la infracción del RGPD en materia de transferencias internacionales con una multa de 1200 millones de euros y le ha concedido un plazo de cinco meses para suspender las transferencias internacionales de datos desde la UE a EE. UU. y de seis meses para adaptar sus transferencias de datos a las garantías necesarias establecidas por el CEPD para garantizar un nivel de protección de datos adecuado.

El procedimiento sancionador trae causa de una reclamación en la que el reclamante argumentaba que la transferencia de datos personales llevadas a cabo por la empresa a sus filiales en Estados Unidos no era lícita, según la normativa nacional e internacional de protección de datos, en la medida en la que no se establecían garantías suficientes respecto a los accesos a datos personales de europeos por las autoridades estadounidenses, en línea con las conclusiones del TJUE en el caso Schrems II.

Pese a que había habido cambios normativos en la normativa de EE. UU. que buscaban mejorar el nivel de protección de datos en este país, después de llevar a cabo un análisis de la normativa aplicable, la IDPC concluye que los instrumentos de transferencias internacionales usados por la empresa no ofrecen un nivel de garantía equivalente al proporcionado en la Unión Europea.

Téngase en cuenta que, en la medida en que el tratamiento de datos por la empresa afectaba a interesados de varios países de la UE, la IDPC llevó a cabo el procedimiento de cooperación del artículo 60 del RGPD para la emisión de una decisión junto con el resto de autoridades de protección de datos europeas. En este procedimiento, destacamos que la propuesta inicial de la IDPC no contenía una sanción económica, sino solamente una orden de adaptación de las transferencias.

No obstante, algunas autoridades europeas (entre ellas, la AEPD) motivaron que una sanción económica era más adecuada. Tras no llegar a un acuerdo, el asunto fue dilucidado por el CEPD en una decisión vinculante en la que, tomando en consideración las objeciones de las autoridades de protección de datos, estableció que debía imponerse una sanción económica por la infracción en materia de transferencias internacionales atendiendo a las circunstancias de la infracción (categorías de datos, volumen de interesados, operaciones de tratamiento, etc.).

Finalmente, la IDPC acuerda imponer siguientes sanciones a la empresa:

- i. Una orden por la que se exige a la empresa que suspenda cualquier transferencia futura de datos personales a EE. UU. en el plazo de cinco meses.
- ii. Una multa administrativa por importe de 1200 millones de euros (que refleja la decisión del CEPD de que debía imponerse una multa administrativa para sancionar la infracción, cuya cuantía se determina por referencia a las evaluaciones y valoraciones incluidas en la decisión del CEPD).
- iii. Una orden por la que se exige a la empresa que ponga sus operaciones de tratamiento de datos en conformidad con el capítulo V del RGPD, incluido el tratamiento de datos en EE. UU. de datos personales de usuarios del EEE transferidos en violación del RGPD, en el plazo de seis meses.

[España]

Protección de datos. La Agencia Española de Protección de Datos sanciona a dos empresas con multas de 200.000 y 20.000 euros por incumplir el artículo 35 del RGPD por no llevar a cabo una evaluación de impacto

Resoluciones de la AEPD, en procedimientos sancionadores N.º PS/00553/2021 y PS/00597/2022

La AEPD ha sancionado a dos empresas por el tratamiento de datos biométricos sin realizar la correspondiente evaluación de impacto.

En primer lugar, la Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) ha sancionado a una asociación patronal de telecomunicaciones (la “Sociedad”) que organiza eventos, tras una reclamación de un ponente (la “Reclamante”) a la que le fue imposible registrarse en la página web de la asociación sin aportar sus documentos identificativos. Después de ponerse en contacto con la asociación para obtener más información acerca de esta petición, la asociación le confirmó la necesidad de llevar a cabo un tratamiento de reconocimiento facial al acceder al evento. De esta manera, los usuarios que quisieran asistir presencialmente debían acceder mediante el tratamiento de sus datos biométricos, y se les negaba la posibilidad de eludir esta parte del registro.

En segundo lugar, la AEPD ha sancionado a una empresa de productos de almacenaje por no llevar a cabo una evaluación de impacto sobre el tratamiento de datos biométricos para el reconocimiento facial de sus empleados. Uno de los individuos (el “Reclamante”) expuso ante la AEPD que

se estaban tomando fotos de los empleados desde un dispositivo situado en la entrada del edificio y que esa imagen se utilizaba para fichar la entrada y salida en el puesto de trabajo. Además, dicho tratamiento no contaba con una base de legitimación adecuada.

En vista de ambas reclamaciones, el cuerpo de inspección de la AEPD realizó las inspecciones debidas mediante las que llegó a la conclusión de que el tratamiento de datos biométricos entraña un alto riesgo para los derechos y libertades de los interesados y, por lo tanto, en aplicación del artículo 35 del RGPD, ambos responsables del tratamiento, la asociación y la empresa, debían a llevar a cabo una evaluación de impacto del tratamiento.

Por todo lo anterior, la AEPD impuso a la asociación una multa de 200.000 euros, y a la empresa una multa de 20.000 euros por infringir el artículo 35 del RGPD al no llevar a cabo una evaluación de impacto sobre el tratamiento de datos biométricos.

Protección de datos. La Agencia Española de Protección de Datos sanciona a una empresa con multa de 5.000 euros por incumplir el artículo 5.1.c) del RGPD en relación con el incumplimiento del principio de minimización de datos

Resolución de la AEPD, en procedimiento sancionador N.º PS/00298/2022

La AEPD ha sancionado a una empresa de restauración y celebración de eventos por no cumplir con el principio de minimización de datos relativos a los invitados a una boda después de la pandemia.

La reclamación fue interpuesta por un individuo que denunciaba la solicitud por parte de la empresa de la solicitud del DNI entre los datos personales recabados. La empresa, por su lado, argumentó que esta medida se había tomado en coherencia con una Orden de la Conserjería de Salud, en la que se establecían los niveles de alerta sanitaria, así como las medidas generales y sectoriales aplicables a los diferentes sectores de actividad en relación con el nivel de alerta sanitaria.

En vista de la reclamación, la AEPD recuerda que esta normativa establece que, en situaciones de emergencia, para la protección de intereses de salud pública y/o vitales de las personas físicas, podrán tratarse los datos de salud necesarios para evitar la propagación de la enfermedad que ha causado la emergencia sanitaria. No obstante, en este caso el tratamiento del DNI se extralimitó y excedió de lo que sería un tratamiento necesario y proporcional, ya que existen medios menos intrusivos para la privacidad de los interesados con los que se puede lograr la misma finalidad.

Por todo lo anterior, la AEPD impuso a la empresa una multa de 5000 euros por infringir el artículo 5.1.c) del RGPD por no cumplir con el principio de minimización de los datos con los invitados.

Protección de datos. La AEPD sanciona a una compañía que gestiona una plataforma para el alquiler de viviendas con una multa de 75.000 euros por incumplir el principio de minimización de datos y los deberes de información en el proceso de *check-in* y entrega de llaves

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00499/2022

La AEPD ha sancionado a una compañía dedicada al alquiler de viviendas vacacionales tras la reclamación de una usuaria en relación con el tratamiento de datos personales que tuvo lugar para la reserva de un alojamiento en Barcelona. Durante el *check-in* (trámite necesario en este caso para la entrega de llaves del alojamiento), la compañía solicitó datos personales a la reclamante que iban más allá de lo necesario para las finalidades para las que se recababan. Tampoco se proporcionó la información necesaria a la reclamante sobre el tratamiento de sus datos. En consecuencia, la AEPD consideró que no se había respetado el principio de minimización del artículo 5.1.c) del RGPD al realizar un tratamiento excesivo, y que se había vulnerado el artículo 13 del RGPD, ya que ni la comunicación a la reclamante ni la política de privacidad de la compañía contenían la información apropiada sobre el tratamiento de datos personales.

La reclamación se produjo después de la estancia de la reclamante y sus compañeros en un apartamento en Barcelona propiedad de la compañía. Para realizar la reserva del apartamento, la compañía solicitó una serie de datos personales (como fotos del anverso y reverso del DNI de todos los huéspedes) con la finalidad de gestionar la reserva y cumplir con las regulaciones específicas sobre el alojamiento en Cataluña. En particular, es necesaria la comunicación de cierta información sobre los huéspedes de alojamientos turísticos a las autoridades catalanas en virtud de la Orden IRP/418/2010, de 5 de agosto, sobre la obligación de registro y comunicación a la Dirección General de Policía de las personas que se alojan en los establecimientos de hospedaje ubicados en Cataluña. Sin embargo, la reclamante se quejó ante la compañía y ante la AEPD de que la información solicitada era excesiva, así como de que no había tenido posibilidad de denegar su consentimiento para el envío de comunicaciones comerciales.

De acuerdo con la AEPD, el tratamiento de datos realizado por la compañía infringe el principio de minimización (art. 5.1.c del RGPD) en la medida en que no todos los datos solicitados eran necesarios para prestar el servicio de alquiler de apartamentos vacacionales ni para dar cumplimiento a la obligación de registrar a las personas que se alojan en Cataluña (p. ej., al haber pedido la imagen del DNI por los dos lados para obtener las llaves del apartamento cuando la normativa no lo requiere). Por esta infracción, la AEPD impuso a la compañía una sanción de 25.000 euros.

Asimismo, la AEPD consideró que se había infringido el artículo 13 del RGPD, pues la compañía no proporcionó a los usuarios toda la información obligatoria relativa al tratamiento de datos personales derivado de la reserva, ni su política de privacidad contiene la información obligatoria para dar por cumplido el deber de información. Por esta infracción la AEPD impuso a la compañía una sanción de 50.000 euros.

Por todo lo anterior, la AEPD impuso a la compañía una multa total de 75.000 euros por infringir el artículo 5.1.c) del RGPD (principio de minimización) —al realizar un tratamiento excesivo solicitando datos más allá de lo necesario para las finalidades del tratamiento— y el artículo 13 del

RGPD (deberes de información) —al no proporcionar la información obligatoria a los usuarios sobre el tratamiento de sus datos personales y no cumplir con los deberes de información en la política de privacidad—.

Protección de datos. La AEPD sanciona con 25.000 euros a una cadena de comida rápida por el incumplimiento del deber de información en relación con su política de privacidad así como por no haber nombrado un delegado de protección de datos cuando era exigible

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00140/2022

La AEPD ha sancionado a una cadena de comida rápida tras una reclamación relacionada con la falta de cumplimiento normativo de la política de privacidad de la página web de la compañía y la falta de designación de un delegado de protección de datos ("DPD"). Para la AEPD, la compañía llevaba a cabo el tratamiento de datos personales a través de sus páginas web sin cumplir con los requisitos de información del artículo 13 del RGPD. Además, la compañía estaría incumpliendo el artículo 37 del RGPD en la medida en que no habría nombrado un DPD cuando era necesario en este caso.

La AEPD considera que se estarían incumpliendo los deberes de información de la compañía en virtud del artículo 13 del RGPD, ya que en su política de privacidad recurre a expresiones genéricas y vagas tales como "*podemos utilizar*" en relación con los fines del tratamiento o "*podrá compartir los datos personales obtenidos con sus proveedores externos*", sin determinar la base jurídica ni dichos proveedores.

Asimismo, la AEPD considera que se habría infringido el artículo 37 del RGPD, ya que la compañía no habría designado un DPD cuando es necesario en virtud del artículo 37.1.b) del RGPD ("*las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, debido a su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala*"). La AEPD procede a analizar las notas de actividad principal, observación habitual y sistemática, y gran escala, y concluye que en este supuesto se cumplen todas ellas, pues el tratamiento de datos es una actividad principal de la compañía en la medida en que las operaciones son clave para lograr sus objetivos, se recogen los datos de manera habitual según un plan de recogida para incrementar su área de negocio y se tratan *datos de múltiples interesados y de todo tipo* (e. g., dirección IP, historial de navegación, preferencias del usuario, geolocalización...). En consecuencia, la compañía debió haber designado un DPD. Por esta infracción, la AEPD impuso a la compañía una sanción de 20.000 euros.

Por todo lo anterior, la AEPD impuso a la compañía una multa de 25.000 euros, por infringir los artículos 13 del RGPD, en relación con los deberes de información y 37.1.b) del RGPD, en relación con el nombramiento del DPD. Las sanciones impuestas fueron de 5000 y 20.000 euros, respectivamente, por no proporcionar a los usuarios la información correspondiente sobre el tratamiento de sus datos personales y no tener designado un DPD cuando era exigible según la normativa.

Protección de datos. La AEPD sanciona con 140.000 euros a una entidad financiera por incumplir los artículos 6 y 15 del RGPD en relación con el derecho de acceso al interesado y el principio de licitud del tratamiento

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00679/2022

La AEPD ha sancionado a una entidad financiera por incumplir el principio de licitud del tratamiento y el derecho de acceso al interesado en relación con la cesión de información de una clienta a la Central de Información de Riesgos del Banco de España ("CIRBE").

La reclamación fue interpuesta por una clienta de la entidad que advirtió que el banco había cedido a CIRBE sus datos acerca de dos supuestas deudas. En vista de esto, la reclamante intentó ejercer su derecho de acceso respecto de unas grabaciones, el extracto y liquidación de la supuesta deuda, justificantes de saldo y movimientos de la cuenta. En primer lugar, el banco explicó que se trataba de una deuda vencida y exigible que estaba siendo reclamada judicialmente. En segundo lugar, solicitó que la reclamante proporcionara información adicional acerca de los archivos que se estaban requiriendo, porque sin esa información adicional le estaba siendo difícil encontrarlos.

Una vez recibida la reclamación, la AEPD comenzó las investigaciones pertinentes para llegar a dos conclusiones. Para empezar, las deudas, de 1999 y 2014 respectivamente, estaban inscritas en CIRBE y fueron tipificadas como descubiertos en cuenta, es decir, que el titular de las cuentas había dispuesto de fondos que excedían del importe de la provisión efectuada al banco. Además, tras revisar la situación de los contratos, descubrieron que ambas fueron condonadas por el banco tras las reclamaciones ante el Banco de España y la AEPD.

Finalmente, teniendo en cuenta estas conclusiones la AEPD impuso dos sanciones al banco. La primera de 70.000 euros por ser su conducta contraria al principio de licitud recogido en el artículo 6 del RGPD, en relación con la operación inscrita en CIRBE de una deuda. La segunda multa fue también de 70.000 euros por no actuar diligentemente en lo que a la respuesta de petición de acceso a la información de la reclamante se refiere, según lo dispuesto en el artículo 15 del RGPD. La AEPD consideró injustificable que se solicitara más información para localizar los archivos.

Protección de datos. La AEPD sanciona a varios medios de comunicación con una multa de 150.000 euros por publicar un vídeo que contenía el nombre, apellidos y circunstancias de 56 víctimas de violencia de género, incumpliendo el principio de minimización de datos

Resoluciones de la AEPD en los procedimientos sancionadores N.º PS/00650/2022 y PS/00662/2022

La AEPD ha sancionado a varios medios de comunicación tras una reclamación en relación con la difusión de noticias ilustradas con un vídeo en el que se visualizan los datos personales y circunstancias de 56 víctimas de violencia de género. Tras la reclamación, se adoptaron medidas cautelares, y los medios procedieron a la inmediata eliminación del contenido. La AEPD considera

que la difusión de los datos personales de las víctimas no respetaría el principio de minimización de datos contemplado en el artículo 5.1.c) del RGPD.

En los procedimientos contra los medios, la AEPD hace un juicio de ponderación entre el derecho a la protección de datos personales de las víctimas y la libertad de información, en el que, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concluye que el tratamiento llevado a cabo ha sido excesivo y no respeta el principio de minimización de datos. Esto en la medida en la que no concurre un interés público informativo que prevalezca en la difusión de los datos personales de las víctimas (sin, por ejemplo, recurrir a métodos como el pixelado de las imágenes) y el hecho de que las víctimas no son personajes públicos, sino personas anónimas que deben seguir siéndolo para la garantía de sus derechos fundamentales. Para la AEPD, *"la naturaleza especialmente sensible de los datos personales y la intensa afectación a la intimidad de las víctimas merece mayor protección"*. En conclusión, la AEPD considera que los medios han tratado los datos de la víctimas de manera excesiva para la finalidad pretendida, infringiendo el principio de minimización.

Por todo lo anterior, la AEPD sancionó a cada uno de los medios con una multa de 150.000 euros, por infracción del artículo 5.1.c) del RGPD, al no respetar el principio de minimización de datos. Sin embargo, los medios pagaron una cantidad reducida (90.000 euros cada uno) por realizar el pago voluntario de la multa y reconocer su responsabilidad.

Protección de datos. La AEPD sanciona al titular de una página web con una multa de 10.000 euros por no informar adecuadamente en su política de privacidad sobre el plazo de conservación de los datos personales de los usuarios

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00212/2023

La AEPD ha sancionado a la empresa titular de una página web por no cumplir adecuadamente con la obligación de informar a los usuarios del portal web sobre el plazo de conservación de sus datos personales.

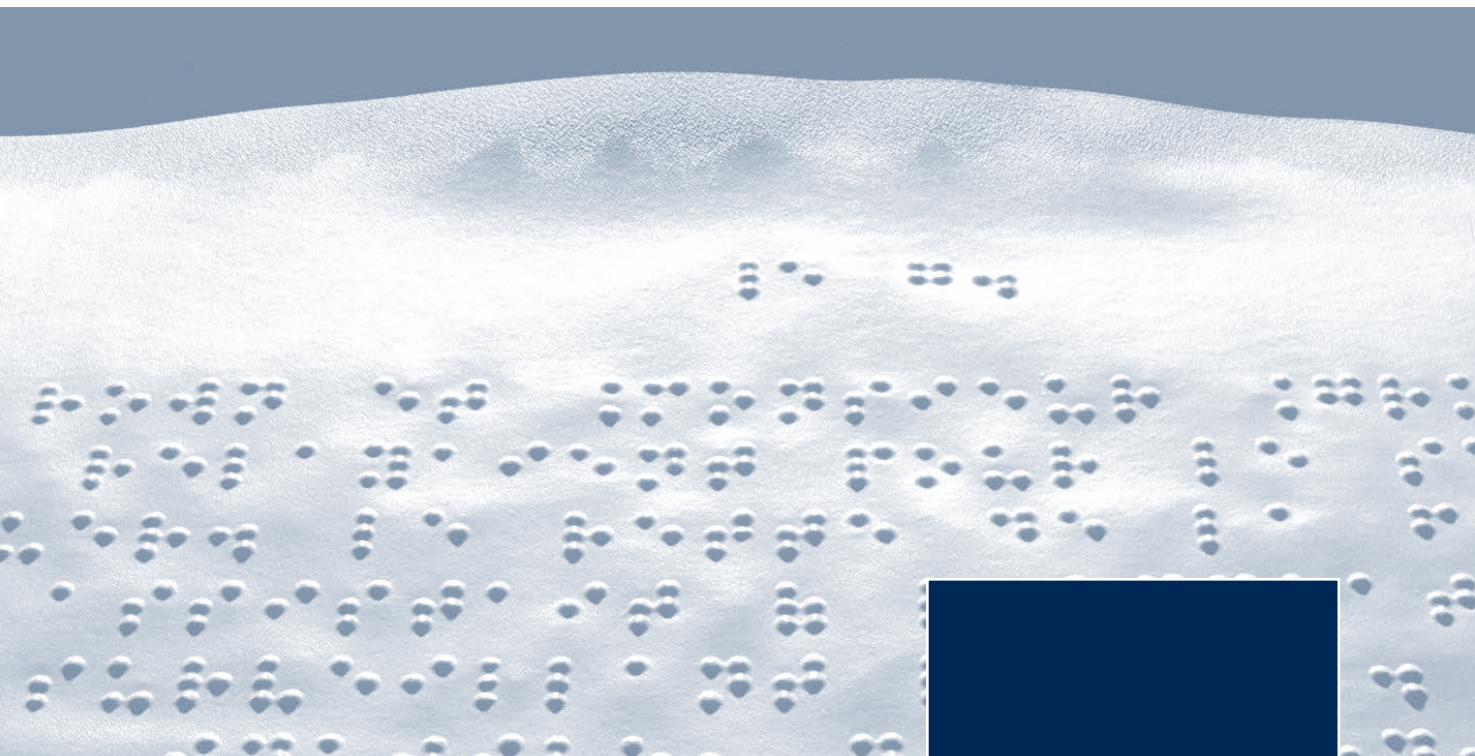
La reclamación fue interpuesta por un usuario del portal web de la Empresa que había solicitado la supresión de sus datos personales. Sin embargo, la empresa solo dio de baja al reclamante de la recepción de comunicaciones comerciales, sin suprimir sus datos personales amparándose en que los datos personales debían ser conservados durante diez años para cumplir con un período mínimo de garantía legal.

Una vez recibida la reclamación, la AEPD examinó la política de privacidad de la empresa y determinó que no indicaba específicamente este plazo de conservación de diez años, sino que utilizaba una referencia genérica de que los datos personales serían conservados durante *"el período de conservación que especifique la ley aplicable"*. Este plazo de conservación de diez años, proveniente de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, únicamente fue indicado en una comunicación enviada al reclamante como respuesta a una de sus reclamaciones, sin encontrarse accesible de manera general a los usuarios. A juicio de la AEPD y teniendo en cuenta las Directrices sobre transparencia del Grupo de Trabajo del artículo 29 (actual Comité Europeo de Protección de

Datos -“CEPD”), existió un incumplimiento del deber de informar sobre el plazo de conservación de los datos conforme al artículo 13.2.a) del RGPD, ya que no se informaba a los interesados ni de los plazos ni de los criterios de la conservación de los datos (es decir, se debería haber indicado la ley que impone dicho deber de conservación).

Por ello, la AEPD impuso una sanción de 10.000 euros a la empresa por incumplir el artículo 13.2.a) del RGPD al no proporcionar suficiente información al usuario en su política de privacidad sobre el plazo de conservación de sus datos personales.

9 de septiembre de 2023



Energía

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[España]

Normativa estatal

Resolución de 9 de agosto de 2023, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publican los nuevos precios de venta, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo por canalización (BOE de 14 de agosto de 2023)

Resolución de 5 de agosto de 2023, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se fijan los precios del producto, precios de combustible en puerto, e impuestos especiales, aplicables al fuel oil, diesel oil, y gasoil en el primer semestre del año 2022 y para la hulla en el año 2022, a aplicar en la liquidación de los grupos generadores ubicados en los territorios no peninsulares (BOE de 14 de agosto de 2023)

Resolución de 17 de julio de 2023, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueban los precios de referencia para calcular el valor de la extracción de gas, petróleo y condensados correspondientes al primer semestre del año 2023 (BOE de 26 de julio de 2023)

Resolución de 10 de julio 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 tercer trimestre de 2023 (BOE de 25 de julio de 2023)

Resolución de 18 de julio de 2023, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba la cuantía definitiva de los costes de generación de liquidación y el

* Esta sección ha sido coordinada por Ignacio Álvarez Couso, y en su elaboración han participado Ana Vargas Parody, Miguel García Prieto y Sergio Hernagómez García, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

extracoste de la actividad de producción de las instalaciones con régimen retributivo específico en los territorios no peninsulares correspondiente al ejercicio 2019 (BOE de 25 de julio de 2023)

Resolución de 18 de julio de 2023, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba la cuantía definitiva de los costes de generación de liquidación y del extracoste de la actividad de producción en los territorios no peninsulares para los grupos titularidad del grupo Endesa correspondiente al ejercicio 2019 (BOE de 25 de julio de 2023)

Resolución de 18 de julio de 2023, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba la cuantía definitiva de los costes de generación de liquidación de las instalaciones con régimen retributivo adicional y de las instalaciones con régimen retributivo específico, así como el extracoste de la actividad de producción correspondientes al ejercicio 2019, en los territorios no peninsulares (BOE de 25 de julio de 2023)

Resolución de 18 de julio de 2023, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba la cuantía definitiva de los costes de generación de liquidación y el extracoste de la actividad de producción de las instalaciones con régimen retributivo específico en los territorios no peninsulares correspondiente al ejercicio 2018 (BOE de 24 de julio de 2023)

Resolución de 18 de julio de 2023, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba la cuantía definitiva de los costes de generación de liquidación de las instalaciones con régimen retributivo adicional y de las instalaciones con régimen retributivo específico, así como el extracoste de la actividad de producción correspondientes al ejercicio 2018, en los territorios no peninsulares (BOE de 24 de julio de 2023)

Orden TED/845/2023, de 18 de julio, por la que se aprueba el catálogo de medidas estandarizadas de eficiencia energética (BOE de 22 de julio de 2023).

Resolución de 12 de julio de 2023, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se desarrolla el procedimiento de compra de gas de operación y gas destinado a nivel mínimo de llenado (BOE de 21 de julio de 2023)

La presente resolución habilita al Gestor Técnico del Sistema para elegir los productos y la sesión de negociación a emplear en la adquisición del gas de operación y el gas destinado a nivel mínimo de llenado de instalaciones, siempre y cuando se trate de productos con plazo de entrega igual o inferior al fin de semana. Los productos con plazos de entrega superior quedan descartados para evitar así el coste asociado a la cámara de compensación de OMIclear.

Resolución de 12 de julio de 2023, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publican los nuevos precios de venta, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo por canalización (BOE de 17 de julio de 2023)

Orden TED/741/2023, de 30 de junio, por la que se actualizan los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, a efectos de su aplicación al semiperiodo regulatorio que tiene su inicio el 1 de enero de 2023 (BOE de 8 de julio de 2023)

Resolución de 30 de junio de 2023, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación del sistema eléctrico 14.12 «Estimación del coste de los componentes del precio voluntario para el pequeño consumidor» (BOE de 1 de julio de 2023)

Real Decreto-ley 5/2023, 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).

Entre otras cuestiones, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, contiene una serie de medidas en materia energética:

A. Las comunidades ciudadanas de energía

La primera novedad del Real Decreto-ley en materia de energía es la introducción de un nuevo sujeto del sistema eléctrico mediante la adición de una letra k) al artículo 6.1 de Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico ("LSE"): las comunidades ciudadanas de energía.

El artículo 6.1 LSE establece que se trata de entidades controladas por personas físicas, autoridades locales o pequeñas empresas (sus "socios" o "miembros"), cuyo objetivo no es tanto la obtención de una rentabilidad financiera como la consecución de beneficios medioambientales, económicos o sociales por sus socios, miembros o localidad. Su desarrollo reglamentario tenderá a asegurar que la participación en las comunidades ciudadanas de energía sea abierta y voluntaria, respetando el derecho de sus socios a abandonarla y garantizando que puedan acceder a los mercados organizados, sin perjuicio de los derechos que asisten a sus socios en cuanto a consumidores finales. Además, se prevé que las comunidades puedan actuar como representantes de los consumidores para la realización de autoconsumo colectivo, tras obtener las autorizaciones necesarias.

En relación con las comunidades de energías renovables (ya previstas en la LSE), se instauran varios principios reguladores. Destacan, entre ellos, el derecho a producir, consumir, almacenar y vender energía de origen renovable a través de contratos de compraventa

de electricidad, compartir la energía entre los miembros de la comunidad y acceder a los mercados.

B. Medidas dirigidas al vehículo eléctrico

La segunda de las medidas, dirigida a acelerar la expansión del vehículo eléctrico en España, aumenta la potencia a partir de la cual la instalación de una estación de recarga está sometida a autorización de la Administración General del Estado. El umbral se amplía desde los 250 kW hasta los 3000 kW. Asimismo, se añade una disposición adicional quincuagésima octava en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, que contempla una deducción en el IRPF por la adquisición de vehículos eléctricos nuevos y puntos de recarga. La deducción alcanza el 15 % del valor de adquisición del vehículo, hasta una base máxima de 20.000 €. La norma exige que el vehículo sea matriculado por primera vez en España a nombre del contribuyente antes de 31 de diciembre de 2024 y que no esté afecto a una actividad económica.

C. Extensión del plazo máximo de obtención de autorización administrativa de construcción de los proyectos de energía renovable

En tercer lugar, el Real-Decreto ley 5/2023, de 28 de junio amplía en seis meses el plazo para la obtención de la autorización administrativa de construcción (o "AAC") de aquellos proyectos de energía renovable que obtuvieron el permiso de acceso con posterioridad al 31 de diciembre de 2017. Este plazo ya había sido ampliado por el Real Decreto-ley 29/2021, de 21 de diciembre, que fijaba el plazo máximo en 37 meses. Con la entrada en vigor del RDL 5/2023, se amplía nuevamente seis meses (hasta un máximo de 43 meses) para las instalaciones que obtuvieron su permiso de acceso con posterioridad al 1 de enero de 2018.

El plazo máximo de 43 meses ha de computarse desde el 25 de junio de 2020 para las instalaciones que obtuvieron el permiso de acceso entre el 1 de enero de 2018 y dicha fecha. En ese caso, la fecha límite para la obtención del AAC sería el 25 de enero de 2024. No obstante, para todas aquellas instalaciones a las que les haya sido otorgado el permiso de acceso entre el 25 de junio de 2020 y el 29 de julio de 2023, el plazo de 43 meses para la consecución del AAC comenzará en la fecha de obtención del permiso.

Tras la presente modificación, los hitos administrativos del Real Decreto 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica son los siguientes:

Hitos	Permiso de acceso obtenido entre el 28/12/2013 y el 31/12/2017	Permiso de acceso obtenido entre el 31/12/2017 y el 25/06/2020	Permiso de acceso obtenido con posterioridad al 25/06/2020
Solicitud de permiso de conexión	25/12/2020 o seis meses desde la fecha de obtención del permiso de acceso	25/12/2020 o seis meses desde la fecha de obtención del permiso de acceso	Seis meses desde la fecha de obtención del permiso de acceso
Solicitud de autorización administrativa previa	25/09/2020	25/12/2020	25/12/2020
Obtención de declaración de impacto ambiental	25/09/2022	25/01/2023	25/01/2023
Obtención de autorización administrativa previa	25/12/2022	25/04/2023	25/04/2023
Obtención de autorización administrativa de construcción	25/09/2023	25/01/2024	Cuarenta y tres meses desde la fecha de obtención del permiso de acceso
Obtención de autorización administrativa de explotación	25/06/2025	25/06/2025	25/06/2025

D. Ampliación del mecanismo de apoyo a consumidores electrointensivos

Por último, se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2023 el mecanismo de apoyo a consumidores electrointensivos, que reduce en un 80 % el coste de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de electricidad.

Resolución de 27 de junio de 2023, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural (BOE de 29 de junio de 2023).

Orden TED/641/2023, de 14 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras para las convocatorias del Programa de incentivos para proyectos de producción de electricidad y calor a partir de energías renovables en sustitución de producción a partir de combustibles fósiles, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiado por la Unión Europea-NextGenerationEU (BOE de 20 de junio de 2023).

La Orden TED/641/2023, de 14 de junio, establece las bases reguladoras para la concesión de ayudas a proyectos de producción de electricidad y calor que sustituyan los combustibles fósiles por energías renovables. La Orden aprueba asimismo un programa de incentivos con idéntico propósito. Las ayudas están previstas para proyectos ubicados en cualquier punto del territorio nacional, siempre y cuando las actuaciones se inicien con posterioridad a la solicitud de la ayuda.

A estos efectos, según indica la norma, no computarán los meros estudios de viabilidad ni los trabajos preparatorios dirigidos a la obtención de permisos.

Las ayudas se convocarán en régimen de concurrencia competitiva y se otorgarán a fondo perdido. El importe máximo por proyecto y por beneficiario asciende a 15 millones de euros. La intensidad máxima de la ayuda dependerá, por un lado, del tamaño de la empresa y, por otro, de si el proyecto se ubica o no en zonas consideradas "de reto demográfico". Así, la intensidad de ayuda máxima de proyectos en zonas de reto demográfico será del 80 % para empresas pequeñas, del 75 % para empresas medianas y del 70 % para grandes empresas. En proyectos situados en el resto de zonas, la intensidad de ayuda máxima alcanza el 75 %, 70 % y 65 % para empresas pequeñas, medianas y grandes, respectivamente. Cabe destacar que, en atención al artículo 12 de la Orden, el 100 % de las actuaciones en que consistan los proyectos serán subcontratables.

El artículo 8 enumera los tipos de proyectos subvencionables. En principio, podrán concurrir los proyectos de plantas de producción de energía eléctrica y/o térmica a partir de energías renovables, estén compuestos por una o por varias instalaciones, cuando todas las instalaciones encajen en una de las siguientes categorías:

- i. Instalaciones de producción de energía eléctrica o de cogeneración a partir de biomasa o de biogás; de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica con almacenamiento eléctrico; centrales hidroeléctricas con almacenamiento eléctrico; e instalaciones solares fotovoltaicas con almacenamiento eléctrico.
- ii. Instalaciones de producción de energía térmica a partir de biomasa, de biogás, de geotermia, hidrotermia, o aerotermia; e instalaciones de producción de energía térmica a partir de energía solar con almacenamiento térmico.

Se permite que un mismo solicitante presente varios proyectos a una misma convocatoria de subvención, pero la ayuda concedida en ningún caso rebasará el límite por proyecto y por beneficiario que se fije en cada convocatoria. Cada proyecto deberá asociarse a una planta de cogeneración o tratamiento de residuos diferente, entendiéndose por tales las que dispongan de un código de instalación de producción a efectos de liquidación (CIL) distinto.

La primera de las ayudas a la que se refiere la Orden ha sido convocada por el IDAE bajo el nombre "RenoCogen", y el plazo de presentación de solicitudes permanecerá abierto desde el 12 de julio hasta el 15 de septiembre de 2023.

Real Decreto 444/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1106/2020, de 15 de diciembre, por el que se regula el Estatuto de los consumidores electrointensivos (BOE de 14 de junio de 2019)

El pasado mes de junio, el Gobierno modificó el Real Decreto 1106/2020, de 15 de diciembre, por el que se regula el Estatuto de los consumidores electrointensivos (el "Estatuto"). Se trata de una modificación extensa, en la que las novedades más importantes de la reforma son las siguientes:

A. Requisitos de los consumidores electrointensivos

La primera modificación sustancial es el artículo 3 del Estatuto (requisitos para poder optar a la categoría de consumidor electrointensivo). Su apartado 2, letra c), prevé que el solicitante haya consumido al menos 1 GWh anual de energía eléctrica en al menos dos de los tres años anteriores. Se establece el requisito adicional de consumir, al menos, el 46 % de esa electricidad en horas correspondientes al periodo tarifario valle, porcentaje que, hasta la modificación, estaba fijado en el 50 %. Se modera, asimismo, el requisito impuesto por la letra d) del mismo apartado: el cociente entre el consumo anual y el valor añadido bruto de la instalación deberá ser superior a 0,25 kWh/€ (muy por debajo del 1,5 kWh/€ anterior).

B. Recuperación de la obtención de la certificación de consumidor electrointensivo

Se añaden los apartados 4 y 5 al artículo 3 del Estatuto, que impiden obtener una nueva certificación hasta pasado un año desde la notificación de la pérdida al interesado a aquellas instalaciones que la hubiesen perdido.

C. Reducción del plazo de envío de la documentación asociada a la solicitud de obtención de certificación

Se recorta el plazo que prevé el artículo 6.2 del Estatuto para el envío de aquellos documentos que no hubieran sido aportados en la solicitud original. Antes de la reforma, se concedía un plazo prorrogable de diez días y otro posterior e improrrogable de diez días para atender al requerimiento de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa; ahora se dispondrá de diez días improrrogables antes de que la solicitud se entienda desistida.

D. Flexibilización del requisito del "consumo predecible"

El artículo 10 del Estatuto, relativo a las obligaciones de consumo de los consumidores electrointensivos, ahora incluye una previsión que flexibiliza el requisito de tener un consumo predecible. A efectos de medir la precisión de la previsión de consumo aportada por el consumidor, no se tendrán en cuenta las desviaciones que se deban a su participación en el servicio de respuesta activa de la demanda o de *"cualquier otro mecanismo con características similares"*.

E. Extensión subjetiva de las *"inversiones económicamente rentables"*

El artículo 11 del Estatuto incluía una obligación para ciertos consumidores de llevar a cabo *"inversiones económicamente rentables"* para la mejora de la eficiencia energética de sus instalaciones. Ahora, dichas obligaciones se extienden a todos los consumidores electrointensivos que se acojan a alguno de los mecanismos, pero se permite a cada consumidor escoger una de las tres alternativas: (i) las mencionadas inversiones para mejorar el desempeño energético, (ii) emplear el 50 % de la ayuda recibida en proyectos que impliquen *"reducciones sustanciales"* de las emisiones de gases de efecto invernadero de la instalación; o (iii) llevar a cabo inversiones dirigidas a reducir la huella de carbono, garantizando que al menos el 30 % del consumo eléctrico procederá de fuentes renovables.

F. Otras modificaciones

Por último, el Real Decreto 444/2013, de 13 de junio modifica también el artículo 20 del Estatuto para renovar la fórmula que permite el cálculo de la intensidad máxima de la ayuda.

Real Decreto 446/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, para la indexación de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica a señales a plazo y reducción de su volatilidad (BOE de 14 de junio de 2019)

Resolución de 6 de junio de 2023, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2023, por el que aprueba la Adenda al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE de 7 de junio de 2023)

La Adenda al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia comporta tres principales novedades respecto al Plan original aprobado en julio de 2021 y que inciden directamente en el PERTE de Energías Renovables, Hidrógeno Verde y Almacenamiento ("PERTE ERHA"):

A. Transferencias adicionales

Se incorporan hasta 7700 millones de euros de transferencias adicionales recibidas de la Unión Europea, de los cuales 1555 millones de euros se destinarán al PERTE ERHA.

B. Programa REPowerEU

Se prevé una inversión de casi 2700 millones de euros para el programa *REPowerEU*, destinados íntegramente al PERTE ERHA, que tiene como objetivo atajar los problemas de suministro de energía a través de la transición a un escenario de independencia energética de carácter renovable y asequible para todos los ciudadanos. Entre otras cuestiones, el programa prevé mecanismos de ajuste para el precio del gas natural, inversiones a nivel europeo en energías renovables o la compra de gas conjunta.

C. Ayudas en forma de préstamos

Entre otras cuestiones, los préstamos permitirán dotar los doce PERTE existentes en casi 18.000 millones de euros adicionales. En cuanto al PERTE ERHA, sus recursos en forma de préstamo ascenderán en casi 1300 millones de euros.

Asimismo, cabe destacar la puesta en marcha de la línea ICO-Verde por el Instituto de Crédito Oficial (ICO), que está dotada con hasta 15.500 millones de euros para facilitar créditos a hogares y empresas que realicen inversiones que favorezcan la transición ecológica, como los proyectos de generación de energía renovable.

Orden TED/567/2023, de 31 de mayo, por la que se convoca el acceso al banco de pruebas regulatorio para el fomento de la investigación y la innovación en el sector eléctrico, previsto en el Real Decreto 568/2022, de 11 de julio (BOE de 6 de junio de 2023)

Normativa autonómica

Andalucía: Orden de 12 de junio de 2023, por la que se declara y concreta la contratación centralizada del suministro de energía eléctrica de los centros de consumo adheridos a la Red de Energía de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA de 19 de junio de 2023)

Andalucía: Resolución de 2 de junio de 2023, de la Secretaría General de Energía, por la que se modifican los anexos de la Orden de 9 de diciembre de 2014, por la que se regula la organización y el funcionamiento del Registro de Certificados Energéticos Andaluces (BOJA de 8 de junio de 2023)

Aragón: Resolución de 23 de junio de 2023, de la Dirección General de Energía y Minas, por la que se revoca la delegación de la competencia de resolución de autorización administrativa previa y de construcción de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de energía eólica en las Direcciones de los Servicios Provinciales de Economía, Industria y Empleo (BOA de 27 de junio de 2023)

Canarias: Resolución de 7 de junio de 2023, por la que se hace público el 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 19 de junio de 2023)

Cataluña: Acuerdo GOV/130/2023, de 13 de junio, por el que se aprueba la Prospectiva energética de Cataluña 2050 (PROENCAT 2050) (DOGC de 15 de junio de 2023)

Con el objetivo de actualizar la Prospectiva Energética de Cataluña 2030, la Prospectiva Energética de Cataluña 2050 ("PROENCAT 2050") prevé una serie de escenarios futuros en consonancia con los objetivos establecidos en la Ley de Cambio Climático de Cataluña del año 2017 y el Pacto Nacional por la Transición Energética. La PROENCAT 2050 se ha elaborado sobre la base de las políticas energéticas y climáticas actuales y un escenario en el que se cumplen los objetivos en materia energética establecidos por dicha Ley y por el Pacto.

La PROENCAT 2050 establece un conjunto de veinte estrategias de actuación sobre el sector energético catalán con el fin de alcanzar la neutralidad climática en el año 2050. Entre estas estrategias se encuentran la reducción de energía, la descarbonización de la industria, la electrificación de la economía, un nuevo diseño del sistema eléctrico o el despliegue a gran escala de las energías renovables.

Con estas estrategias se prevé una reducción del consumo energético de hasta un 30 % en el periodo 2017-2050 o el aumento de la capacidad instalada de energías renovables hasta los 62.000

MW para el año 2050, lo que supondría dieciocho veces la potencia instalada en la actualidad. También se aborda el significativo papel que desempeñan los combustibles renovables en procesos industriales o en sectores de difícil electrificación.

Cataluña: Acuerdo GOV/127/2023, de 6 de junio, por el que se aprueba el Plan de ahorro y eficiencia energéticos en los edificios y equipamientos de la Generalitat de Catalunya, en el marco de la transición energética de Cataluña, para el período 2023-2027 (GENERCAT 2023-2027) (DOGC de 8 de junio de 2023)

País Vasco: Decreto Foral Normativo 8/2023, de 26 de julio, del Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (BOPV de 17 de agosto de 2023)

Este Decreto Foral de la Diputación Foral de Guipúzcoa tiene como objeto implementar la regulación del impuesto sobre el valor de la producción de energía eléctrica ("IVPEE") para las instalaciones de producción de energía eléctrica que radiquen en el Territorio Histórico de Guipúzcoa.

El IVPEE grava la realización de actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central, mediante cualquiera de las instalaciones a las que se refiere el título IV de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El periodo impositivo del IVPEE coincide con el año natural y su base imponible la constituye el importe total que corresponda percibir al contribuyente por la realización de la actividad gravada. El tipo será del 7 %.

Además, se establece que los contribuyentes estarán obligados a autoliquidar el impuesto e ingresar la cuota dentro del mes de noviembre posterior al de devengo del impuesto. De la misma manera, entre el día 1 y 25 de los meses de mayo, septiembre, noviembre y febrero se deberá efectuar un pago fraccionado correspondiente a cada uno de los trimestres del año natural, salvo que el valor de la producción de todas las instalaciones del contribuyente no supere los 500.000 euros, en cuyo caso el contribuyente solo deberá realizar el pago fraccionado cuyo plazo de liquidación está comprendido entre el día 1 y 25 del mes de noviembre.

Por último, se habilita al diputado foral del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Guipúzcoa a dictar disposiciones que sean necesarias para el desarrollo y aplicación del Decreto Foral.

País Vasco: Resolución de 21 de junio de 2023, de la Directora de Industria y Transición Energética, para dar publicidad a la ampliación de plazo de vigencia del programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en PYMEs y grandes empresas del sector (BOPV de 30 de junio de 2023)

Esta resolución amplía el periodo de vigencia del programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en pymes y grandes empresas del sector industrial del País Vasco, que finalizará el 30 de junio de 2024 o, en su caso, cuando se agote el presupuesto disponible.

País Vasco: Ley 6/2023, de 8 de junio, que regula la comunicación de información por los comercializadores de referencia a la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi para la gestión y pago del bono social térmico en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOPV de 19 de junio de 2023)

País Vasco: Ley 5/2023, de 1 de junio, para facilitar la tramitación del autoconsumo y por la que se modifica la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (BOPV de 13 de junio de 2023)

La Ley tiene facilitada el autoconsumo mediante energía solar y la expansión de vehículos eléctricos mediante la simplificación administrativa. Se modifica el artículo 207.2 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, con el fin de suprimir el requisito de la solicitud previa de licencia municipal de obras en instalaciones domésticas de carga de vehículos y de aprovechamiento de energía solar para autoconsumo, reemplazando dicha licencia por una comunicación previa.

Se establecen una serie de supuestos en los que seguirá siendo exigible la licencia de obras, como que las instalaciones se realicen en edificios declarados bienes de interés cultural o bienes catalogados, que afecten a la cimentación o estructura de la edificación o cuando estén sometidas a evaluación de impacto ambiental de acuerdo con la normativa aplicable.

2. Jurisprudencia

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente D.ª Esperanza Córdoba Castroverde)

Esta sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por la sociedad MET Energía, España, S.A., contra la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que, a su vez, desestima las pretensiones de la recurrente contra la sentencia de instancia.

El caso versa sobre si una ordenanza municipal de tasas (en este caso, la ordenanza reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública en favor de empresas explotadoras de suministros de energía y agua de Jerez de los Caballeros) puede prever que el tipo de gravamen de la tasa sea fijado de mutuo acuerdo entre la corporación local y los contribuyentes mediante la firma de un convenio de colaboración.

El Tribunal Supremo establece jurisprudencia en torno a esta cuestión señalando lo siguiente:

- i. La exigencia de una tasa municipal deriva del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales ("LRHL") y en su desarrollo por la ordenanza municipal correspondiente, sin que su existencia pueda depender de un convenio con el contribuyente. Los tributos locales

son potestativos, por lo que requieren la aprobación de una ordenanza municipal que sea conforme a las normas con rango de ley.

- ii. El artículo 24.1.a) de la LRHL establece que, en todo caso y sin excepción alguna, la tasa se cuantifica en el 1,5 % de los ingresos brutos obtenidos por las referidas empresas en el término municipal correspondiente.

Por todo lo anterior, el Tribunal estima el recurso de casación y declara la nulidad radical de la ordenanza municipal y de todas las liquidaciones dictadas al amparo de esta.

Auto del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ponente D. Isaac Merino Jara)

El presente auto admite a trámite un recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestimó la sentencia de instancia que anulaba una liquidación de la tasa en concepto de utilización del dominio público local (distinto a las vías públicas) contra la compañía distribuidora de Endesa, dictada por el Ayuntamiento de Hinojares.

El Tribunal Supremo adelanta que, de conformidad con la LRHL, procede gravar las tasas por aprovechamiento del dominio público local de la siguiente manera:

- i. Si se trata de compañías no explotadoras de suministros, deberán satisfacer la cuota general prevista en el apartado a).
- ii. Si se trata de compañías explotadoras de suministros y el ayuntamiento decide gravar el uso del dominio público local que no se trate de vías públicas, deberá satisfacerse la tasa cuantificada por la cuota general del apartado a).
- iii. Si se trata de compañías explotadoras de suministros y el ayuntamiento decide gravar el uso del dominio público local que consista en vías públicas, deberá satisfacerse la tasa cuantificada por la cuota especial del apartado c).

Considerando que la resolución objeto del recurso se dictó por el uso de bienes de dominio público distintos de las vías públicas, cuantificándolo por la vía general, el Tribunal Supremo adelanta que, *a priori*, y a falta de una sentencia que falle en este sentido, la liquidación es correcta.

Asimismo, el Alto Tribunal señala que en ningún caso será posible gravar un mismo uso de la vía pública por medio de la cuota general y de la especial conjuntamente, pues se incurriría en un supuesto de doble imposición.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2023 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, ponente D. Eduardo Espín Templado)

Esta sentencia declara terminado, por haber quedado sin objeto, un recurso de casación interpuesto por Iberdrola España, S.A.U., Iberdrola Clientes, S.A.U., y Curenergía Comercializador de Último Recurso, S.A.U., contra la sentencia de 27 de enero de 2021 dictada por la Audiencia Nacional que desestima el recurso interpuesto contra la Orden ETU/361/2018.

Las recurrentes sostienen que la orden impugnada amplió el plazo de seis meses otorgado para solicitar el bono social obligándoles a mantener como beneficiarios por otros seis meses a personas que no iban a serlo con el nuevo sistema. Tal ampliación originó un coste económico que consideran que debe serles resarcido.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2022 que resolvía otro recurso interpuesto por las mismas sociedades declaró no aplicable el sistema de financiación del bono social aprobado por Real Decreto-ley 7/2016 por ser contrario al derecho comunitario y les reconoció el derecho al resarcimiento de las cantidades abonadas con motivo de dicha financiación.

El Tribunal Supremo concluye que la pretensión indemnizatoria ha sido ya satisfecha y, por tanto, la pretensión queda desprovista de un interés legítimo por parte de las sociedades recurrentes, por lo que declara la pérdida de objeto del recurso.

Auto del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ponente D. Isaac Merino Jara)

Se admite a trámite el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Valluércanes contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León el 14 de octubre de 2022 por considerar que la cuestión planteada en el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

El interés casacional se encuentra en la aclaración sobre si la jurisprudencia relativa a la cuantificación de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de instalaciones de transporte de energía eléctrica compuestas por torres fijas y cables aéreos puede extenderse a las instalaciones de gas, agua e hidrocarburos.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ponente D. Rafael Toledano Cantero)

Esta sentencia estima un recurso de casación interpuesto por Red Eléctrica de España S.A.U., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha, desestimatoria del recurso formulado frente a la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica en el término municipal de Anguita (Guadalajara).

El Alto Tribunal fija doctrina jurisprudencial determinando que un elemento esencial de la tasa, como es el tipo de gravamen, que se aplica sobre otras magnitudes para el cálculo de la cuota tributaria, debe aparecer claramente determinado en la propia ordenanza o en los anexos publicados junto con ella. Adicionalmente, el Tribunal Supremo considera que la Ordenanza recurrida vulnera la obligación de diferenciación entre la determinación de la carga impositiva a tenor de la diferente intensidad que implican utilización privativa y aprovechamiento especial, pues ambas formas de utilización del dominio público están sometidas a los mismos parámetros.

Auto del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cuzat)

Se admite a trámite el recurso de casación interpuesto por Barras Eléctricas Galaico Asturianas, S.A., Viesgo Distribución Eléctrica, S.L., contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 12 de abril de 2022 por considerar que la cuestión planteada en el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

El interés casacional radica en la interpretación de los artículos 18.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, el artículo 11.2 del Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica, y el anexo VII de la Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre, en los términos en que fue interpretado por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2017 (rec. 1379/2016), para así determinar si la declaración de nulidad o anulación de una liquidación implica también, si así se dedujese como pretensión, la procedencia de dictar una nueva liquidación conforme con dichos preceptos, sin perjuicio de la tramitación que deba seguirse al efecto.

Tribunales Superiores de Justicia

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de junio de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, ponente D.ª María de los Ángeles Braña López)

Se admite una medida cautelar consistente en la suspensión de la efectividad de la resolución administrativa que otorgaba las autorizaciones administrativas previa y de construcción, además de la declaración de utilidad pública, a un parque eólico sito en Galicia. El recurso fue interpuesto por la Asociación Autonomica Cultural e Ambiental Peton do Lobo frente a la Consejería de Economía, Empresa e Innovación de la Xunta de Galicia y Engasa Lagoa, S.L., promotora del parque eólico.

La recurrente alegó, apoyándose en dos informes periciales que fueron cuestionados por las recurridas, la existencia de un riesgo de daño irreparable al medio ambiente consistente en la afectación de un determinado hábitat natural, así como de diversas especies de flora y fauna. Argumentó también que se había fragmentado fraudulentamente el proyecto para tramitar de forma separada las declaraciones de impacto ambiental, y que el trámite de información pública fue defectuoso e imposibilitó la participación ciudadana en el expediente.

El tribunal esgrime que el principio comunitario de cautela del derecho medioambiental exige la adopción de medidas antes de la producción del daño, e incluso antes de que resulte probado

con certeza el daño al que se encuentra expuesto el bien jurídico. Considera que el informe de la recurrente acredita *“al menos indiciariamente un potencial efecto dañoso de tipo medioambiental”* y que *“la mera posibilidad”* de que el daño se manifieste obliga a la Sala a conceder la suspensión.

A las alegaciones de la promotora que invocaban el perjuicio económico derivado de la suspensión responde el tribunal vaticinando que la medida no se prolongará por un *“término excesivamente dilatado”*. Arguye que, en caso de que se iniciase la construcción del parque y posteriormente se dictase una sentencia sobre el fondo favorable a la actora, la reversión de sus actuaciones ocasionaría a la promotora costes muy significativos. A la vista de la falta de interés económico de la recurrente y considerando no probados los perjuicios económicos derivados de la medida alegados por la recurrida, el órgano no impone ningún tipo de caución a la recurrente.

El tribunal reconoce, no obstante, que varias sentencias de la Sala que sostienen la misma doctrina se encuentran recurridas en casación frente al Tribunal Supremo, si bien considera que la pretensión es *“totalmente distinta”* en este caso.

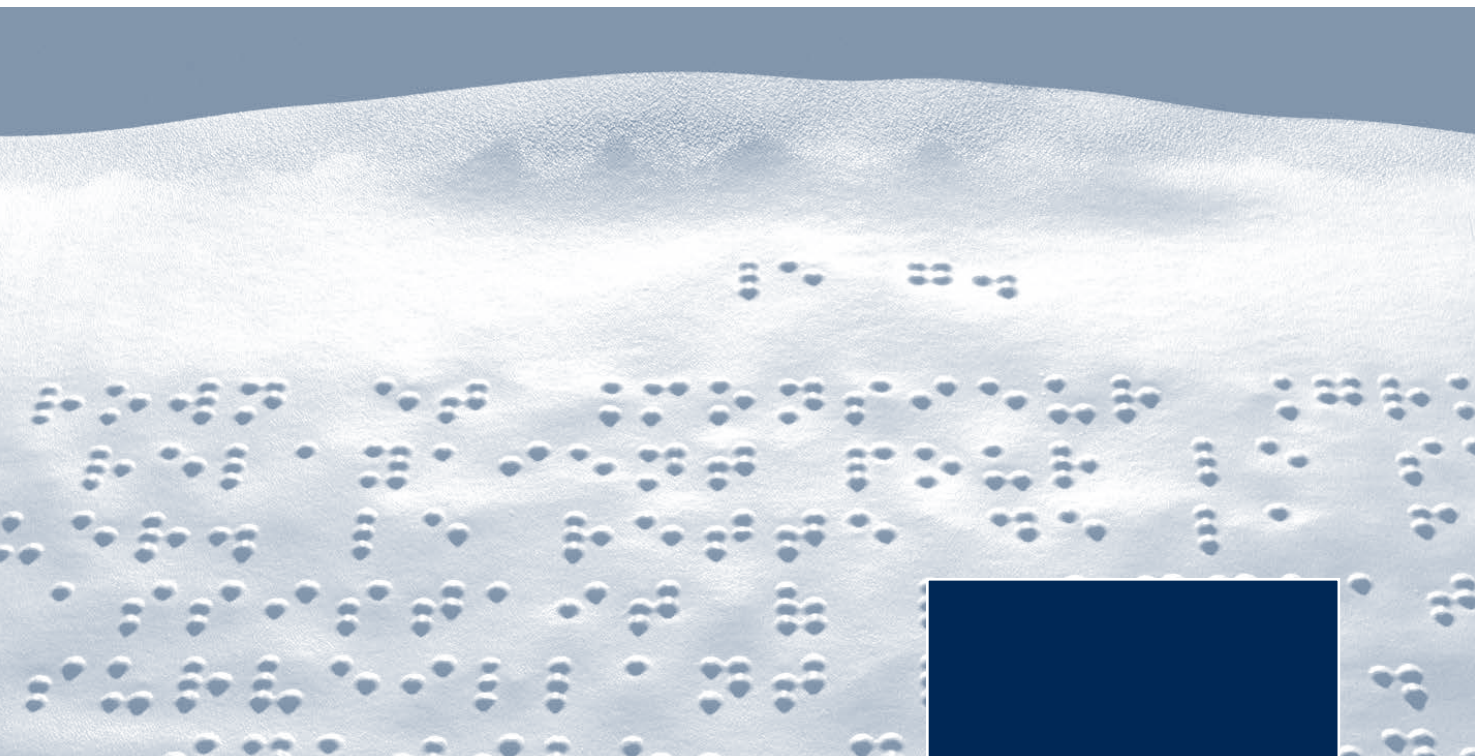
Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de junio de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, ponente D.ª Cristina María Paz Eiroa)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de junio de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, ponente D.ª Cristina María Paz Eiroa)

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia estima el recurso interpuesto por dos asociaciones ciudadanas frente a la resolución de la administración gallega que otorgaba las autorizaciones administrativas previa y de construcción al Parque Eólico Bustelo, ubicado en A Coruña. Con la estimación se anula el acto recurrido sobre la base de que los Parques Eólicos de Bustelo, Monte Toural y Campelo son el resultado de una fragmentación indebida de lo que debería haber sido un único parque. A este respecto, el tribunal se remite casi por completo a la sentencia que se dictó en el caso del Parque Eólico Campelo. El órgano entiende que los tres parques no son autónomos, sino *“integrados y dependientes entre sí, al compartir estructuras y conexiones”* esenciales para su autonomía y que, por tanto, se produjo materialmente la evasión de la evaluación de impacto ambiental ordinaria (más severa) al formularse solicitudes separadas para cada proyecto.

Se acoge también al segundo de los motivos de nulidad alegados por la recurrente, y se sostiene que el plazo de información pública en el procedimiento de evaluación del impacto ambiental debía haber sido de treinta días (como dicta la Directiva 2014/51/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014), en lugar de los quince días que establece la legislación autonómica gallega.

9 de septiembre de 2023



Inmobiliario y
Urbanismo

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[España]

Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, medidas de apoyo al impacto de la guerra de Ucrania y otras situaciones de vulnerabilidad

Real Decreto-ley 5/2023, 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)

Posteriormente convalidado por la Resolución de 26 de julio de 2023 (BOE de 28 de julio de 2023).

Se amplía hasta el 31 de diciembre de 2023 la suspensión de los desahucios y lanzamientos de vivienda habitual para personas y familias vulnerables.

Se establece un incremento máximo anual del 3 % del alquiler en los contratos vigentes desde el 1 de enero de 2024 al 31 de diciembre de 2024, e introduce un mandato al Instituto Nacional de Estadística (INE) para que defina antes del 31 de diciembre de 2024 un nuevo índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda para evitar incrementos desproporcionados en la renta. Asimismo, dispone que la limitación del 2 % de la actualización anual de la renta aprobada a finales de 2022 continuará vigente hasta el 31 de diciembre de este año.

Se asegura que los Servicios Sociales puedan ofrecer soluciones habitacionales a los afectados por procedimientos de desahucios en vivienda habitual, evitando situaciones de desamparo como consecuencia del desalojo. Mientras estas soluciones se producen, se incrementan los plazos de suspensión de los lanzamientos en estas situaciones de vulnerabilidad, de uno a dos meses cuando el

* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, y en su elaboración han participado Belén Simbor, Andrea Sandi, Alicia Martín, María Llosa, Andrea Ballesteros, Sabela Sáenz, Ignacio Nägele, Rafael Castillo, Miguel Herraiz, Gabriel Rodríguez, Germán Garrido, Guillermo Bermejo, Álvaro Giménez y Javier Corona, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

propietario es persona física, y de tres a cuatro cuando es persona jurídica. Además, se introducen en el procedimiento criterios objetivos para definir las situaciones de vulnerabilidad económica.

Inversiones exteriores

Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores (BOE 5 de julio de 2023)

Desarrolla, en lo relativo a las inversiones, la Ley 19/2003, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior.

Desde un punto de vista estadístico, ajusta y actualiza el régimen de declaración de inversiones exteriores al concepto de inversión directa en el nuevo entorno económico y financiero. Además, por lo que respecta al régimen de declaraciones con fines estadísticos y administrativos, teniendo en cuenta el estándar mundial contenido en la “Definición Marco de Inversión Exterior Directa” publicada en su cuarta edición de 2008 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), incorpora nuevas operaciones que no estaban contempladas en el Real Decreto 664/1999 y suprime la obligación de declaración para las inversiones en valores negociables que no llevan aparejada la intención de influir en el control de una empresa y que, por tanto, pertenecen a la categoría de inversión de cartera. Además, modifica los límites de las diferentes declaraciones estadísticas por razones de la experiencia acumulada en los veinte años de vigencia del anterior real decreto.

Paralelamente, adecua la norma reglamentaria a la nueva estructura legal y al Reglamento (UE) 2019/452 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, mejora la calidad y comparabilidad internacional de las estadísticas, reduce las cargas administrativas para el inversor y especifica, con mayor precisión, los supuestos de suspensión del régimen de inversiones extranjeras, para ofrecer una mayor seguridad jurídica a los inversores. Asimismo, la norma observa lo dispuesto por la Ley 10/2010, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y se abstiene de regular el régimen de cobros y pagos desde o hacia el exterior, que continúa desarrollándose conforme a los procedimientos establecidos en el Real Decreto 1816/1991, sobre Transacciones Económicas con el Exterior, y sus disposiciones de desarrollo.

Concretamente, en el ámbito inmobiliario, se establecen como objeto de las inversiones extranjeras la adquisición de participaciones y acciones en fondos inmobiliarios y la adquisición de bienes muebles sitios en España por no residentes, cuyo importe supere los 500.000 euros. Asimismo, se consideran inversiones españolas en el exterior la adquisición de bienes inmuebles sitios en el exterior cuyo importe supere los 300.000 euros.

Andalucía. Inspección territorial y urbanística. Planificación 2023-2026

Orden de 31 de agosto de 2023, por la que se aprueba el Plan General de Inspección Territorial y Urbanística para el cuatrienio 2023-2026 (BOJA de 6 de septiembre de 2023)

Se reformula y adapta el Plan General de Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo para el periodo 2023-2026. Sus principales líneas de actuación son, entre otras, las siguientes:

(i) prevención de la implantación ilegal en suelo rústico de usos residenciales; (ii) control de nuevos usos residenciales ilegales respecto de los que no haya prescrito el ejercicio de medidas de disciplina territorial y urbanística; (iii) vigilancia del cumplimiento efectivo de la ordenación territorial respecto de suelos rústicos destinados a corredores verdes o espacios libres; (iv) seguimiento y supervisión del cumplimiento efectivo de la ejecución de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística impuestas; y (v) asistencia a corporaciones municipales, con prioridad para los municipios de 1000 habitantes.

Canarias. Cambio climático y transición energética

Secretaría General-Resolución de 7 de junio de 2023, por el que se hace público el Acuerdo de la Comisión Bilateral de la 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 9 de junio de 2023)

Ambas partes (Estado y Comunidad Autónoma) llegan a acuerdos sobre la interpretación de algunos preceptos de la Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias.

Cataluña. Declaración de las zonas de mercado residencial tensionado. Procedimiento.

Anuncio por el que se somete a información pública el procedimiento para la declaración de zonas de mercado tensionado (DOGC de 22 de junio de 2023)

De conformidad con la Ley 12/2023 de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, la Secretaría de Vivienda tramita un procedimiento para declarar las zonas de mercado residencial tensionado que se somete a información pública.

Cataluña. Comercio, servicios, ferias y ordenación de equipamientos comerciales. Anteproyecto de Ley

Edicto de 13 de julio de 2023, por el que se somete a información pública el Anteproyecto de ley de la modificación de la Ley 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias, y del Decreto ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales (DOGC de 20 de julio de 2023)

El texto se somete a información pública por el plazo de dos meses.

Cataluña. Zona de mercado residencial tensionado. Declaración

Resolución Ter/2940/2023, de 11 de agosto, por la que se declaran zona de mercado residencial tensionado varios municipios, de acuerdo con la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (DOGC de 22 de agosto de 2023)

De acuerdo con el artículo 18.2 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se declara una larga lista de municipios de Cataluña como zona de mercado residencial tensionado.

Cataluña. Fincas con iniciativas de conservación del patrimonio natural y la biodiversidad. Registro

Decreto nº. 161/2023, de 29 de agosto, sobre el Registro de Fincas con Iniciativas de Conservación del Patrimonio Natural y Biodiversidad (DOGC de 31 de agosto de 2023)

Con la intención de conservar el patrimonio natural y la biodiversidad, se detectó la conveniencia de modificar el registro que se prevé en la Estrategia del patrimonio natural y la biodiversidad de Cataluña 2030 para que, además de las fincas con acuerdos de custodia, se puedan registrar otras fincas en las que las iniciativas de conservación del patrimonio y la biodiversidad sean impulsadas por sus titulares y sin intervención de una entidad de custodia del territorio. De ahí el cambio de denominación del registro a la de Registro de Fincas con Iniciativas de Conservación del Patrimonio Natural y la Biodiversidad. Todo ello con la intención de promover medidas de fomento en este ámbito.

Murcia. Recuperación y protección del mar Menor

Resolución por la que se ordena la publicación del acuerdo de la Diputación Permanente de la Asamblea Regional de Murcia, de fecha 1 de septiembre de 2023, por el que se acuerda la derogación del Decreto-Ley 3/2023, de 3 de agosto, por el que se modifica la Ley 3/2020, de 27 de julio, de Recuperación y Protección del Mar Menor (BORM de 6 de septiembre de 2023)

Se ordena la publicación de la derogación del Decreto-Ley 3/2023, de 3 de agosto, por el que se modifica la Ley 3/2020, de 27 de julio, de Recuperación y Protección del Mar Menor, publicado en el *Boletín Oficial de Murcia* nº 178 de 3 de agosto de 2023.

País Vasco. Autoconsumo. Energía renovable

Ley 5/2023 de 1 junio, para facilitar la tramitación del autoconsumo y por la que se modifica la Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo (BOPV de 13 de junio de 2023)

Con el fin de facilitar el autoconsumo mediante la energía solar e incentivar la expansión de los vehículos eléctricos en la Comunidad Autónoma Vasca, se simplifica la tramitación administrativa tanto de las instalaciones para el aprovechamiento de la energía solar destinadas al autoconsumo

sobre edificaciones o construcciones y pérgolas de aparcamiento como de los puntos de recarga de vehículos eléctricos.

Valencia. Medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización

Resolución de 8 de junio de 2023, de la Dirección General de Relaciones con la Unión Europea y el Estado, por la que se publica el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración general del Estado- Generalitat, en relación con la Ley 8/2022 de diciembre de medidas fiscales de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (DOGV de 21 de junio de 2023)

Ambas partes (Estado y Generalitat) consideran solventadas las discrepancias en la interpretación de algunos artículos de la Ley 38/2022 de diciembre de medidas fiscales de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, para alcanzar estos compromisos. Entre otras cuestiones se modifican algunos artículos de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana, o la Ley 5/2022, de 29 de noviembre, de residuos y suelos contaminados para el fomento de la economía circular en la Comunidad Valenciana.

Valencia. Medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial

Resolución de 26 de junio de 2023, de la Dirección General de Relaciones con la Unión Europea y el Estado, por la que se publica el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado- Generalitat, en relación con la Ley 5/2023, de 13 de abril, de la Generalitat, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial de la Comunidad Valenciana (DOGV de 12 de julio de 2023)

Se acuerda iniciar las negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con el artículo 38 de la Ley 5/2023, de 13 de abril, de la Generalitat, integral de medidas contra el despoblamiento y la equidad territorial de la Comunidad Valenciana. Se designa un grupo de trabajo para proponer la solución que proceda a la Comisión.

Valencia. Vivienda de protección pública

Circular 1/2023, de 12 de julio, de 2023, de la Dirección General de Vivienda y Regeneración Urbana sobre criterios interpretativos del 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 19 de julio de 2023)

Unifica criterios interpretativos para todos los agentes implicados en relación con los artículos 14 y 15 y el régimen transitorio de los procedimientos en los que se haya presentado la solicitud de calificación provisional, antes de la entrada en vigor del Reglamento de vivienda de protección pública y régimen jurídico de patrimonio público de vivienda y suelo de la Generalitat.

Valencia. Viviendas colaborativas

Resolución de 14 de julio de 2023, de la Dirección General de Relaciones con la Unión Europea y el Estado, por la que se publica el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat, en relación con la Ley 3/2023, de 13 de abril, de la Generalitat, de viviendas colaborativas de la Comunidad Valenciana (DOGV de 6 de septiembre de 2023)

La Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat ha acordado iniciar negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con el artículo 19 de la Ley 3/2023, de 13 de abril, de la Generalitat, de viviendas colaborativas de la Comunitat Valenciana, así como designar un grupo de trabajo para proponer a la Comisión la solución que proceda.

Valencia. Urbanismo. Información pública

Resolución de 7 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Urbanismo, Paisaje y Evaluación Ambiental, por la que se acuerda someter al trámite de información pública el proyecto e regularización de determinados aspectos en materia de urbanismo para su incorporación al anteproyecto de la ley de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat para 2024 (DOGV de 11 de septiembre de 2023)

Se somete a información pública por un plazo de siete días hábiles, desde el día siguiente a la publicación de la resolución en el DOGV, el texto del proyecto de regularización de determinados aspectos en materia de urbanismo para su incorporación al anteproyecto de la ley de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat. Las oportunas alegaciones se presentarán por escrito a través de registro de entrada en este plazo.

[Portugal]

Novo regime jurídico do cadastro predial

Decreto-Lei n.º 72/2023, de 23 de agosto (DR 163, Série I, de 23 de agosto de 2023)

O Decreto-Lei n.º 72/2023, de 23 de agosto, aprova o novo regime jurídico do cadastro predial, o qual estabelece o Sistema Nacional de Informação Cadastral (SNIC) e a carta cadastral como registo único e universal de prédios em regime de cadastro predial, sendo aplicável a todos os prédios e aos baldios existentes em território nacional (o "DL 72/2023").

O presente DL 72/2023 revoga o anterior regime aprovado pelo Decreto-Lei 172/95, de 18 de julho, e promove a simplificação e modernização dos procedimentos na identificação e geometrização dos prédios em território nacional, aumentando significativamente o número de prédios cadastrados, permitindo, assim, incrementar o conhecimento sobre o território, as suas características e os seus titulares.

O novo regime jurídico do cadastro predial estabelece um modelo de integração da informação e de articulação de dados de entidades da Administração Pública, nomeadamente, do Instituto dos Registos e Notariado, I. P. e da Autoridade Tributária e Aduaneira.

Com este regime, introduz-se um procedimento para integração na carta cadastral da informação cadastral simplificada que venha a ser validada sem reserva, ou seja, das representações gráficas georreferenciadas que sejam aceites pelos proprietários confinantes ou que não registem conflitos de delimitação com prédios contíguos. Desta forma, tal informação passa a assumir a natureza de cadastro predial e os correspondentes prédios são integrados na carta cadastral.

Adicionalmente, estabelece-se um regime único de cadastro, reunindo todos os prédios cadastrados inscritos na carta cadastral, independentemente do seu regime de origem, e um regime único de conservação dos prédios, sendo que a conservação do cadastro passa a ser promovida pelo titular do prédio, através de entidade legalmente habilitada para o efeito.

Por fim, cumpre mencionar que a interação do cidadão com a Direção Geral do Território passa a ser feita através do Balcão Único do Prédio (BUPi), a plataforma de interface que garante a interoperabilidade dos dados detidos pelas diferentes entidades da Administração Pública.

O novo regime entra em vigor a 20 de novembro de 2023.

2. Jurisprudencia

[Espanña]

Plazo de garantía y acción de reclamación por vicios y defectos constructivos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de julio de 2023

En la sentencia analizada, el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación relacionado con la responsabilidad por vicios constructivos en aplicación de los artículos 17.1.b) y 18.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación ("LOE"). En concreto, se trata de una demanda interpuesta por la Administración General del Estado contra las entidades intervinientes en el proceso de construcción del Pabellón de España para la Exposición Internacional Zaragoza 2008 por los defectos constructivos de la obra constructivos de la obra, cuya recepción tuvo lugar en fecha de 21 de mayo de 2008. Los primeros defectos constructivos se manifestaron en el mes de octubre de 2011 y la primera reclamación se produjo en el mes de noviembre del año 2011.

Sobre la base de que los daños se manifestaron transcurrido el plazo de tres años que configura el artículo 17.1.b) LOE, el Juzgado de Primera Instancia n.º 62 de Madrid desestimó la demanda, ya que consideró caducada la responsabilidad de las sociedades que intervinieron en la construcción. De forma distinta, en segunda instancia, la Audiencia Provincial de Madrid entendió que, en la medida en que la acción para exigir la responsabilidad nació en el mes de octubre de 2011 y la reclamación se produjo en el mes siguiente, la acción no se encontraba prescrita, pues el artículo

18.1 LOE preveía un plazo de dos años para el ejercicio de la acción de responsabilidad desde que se produjeran los daños.

El Tribunal Supremo rechaza los argumentos de la Audiencia Provincial y diferencia entre el plazo de garantía del artículo 17.1.b) LOE y el plazo de prescripción la acción de reclamación de responsabilidad del artículo 18.1 LOE. Así, para que nazca la acción de reclamación de responsabilidad es necesario que los vicios, daños o defectos se produzcan o exterioricen dentro del plazo de garantía de tres años desde la recepción de la obra. En caso de que los daños se produzcan dentro este plazo, nace la acción de responsabilidad sujeta a un plazo de prescripción de dos años. Como consecuencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y confirma la sentencia de primera instancia, pues, en la medida en que los daños se produjeron transcurridos tres años desde la recepción de la obra, no procede el ejercicio de la acción de responsabilidad del artículo 18.1 LOE.

Mayorías para la adopción de acuerdos en el régimen de propiedad horizontal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2023

En el caso enjuiciado el Tribunal Supremo resuelve un conflicto relativo a las mayorías necesarias para la realización de obras que afecten a la fachada de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

La demandante pretendía adaptar las salidas de humos que instaló unos años atrás en un local comercial que formaba parte de una comunidad de propietarios a efectos de poder adecuarlas a la nueva normativa municipal. La comunidad de propietarios negó el acceso a la azotea para la adaptación de las salidas de humos.

La comunidad demandada se opuso con el argumento de que la instalación era contraria a la Ley de Propiedad Horizontal ("LPH"), dado que no fue autorizada por acuerdo unánime de la junta de propietarios.

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la sentencia de la Audiencia Provincial y sostiene que no cualquier alteración que afecte a la configuración exterior del edificio queda sometida a la regla de la unanimidad. En este sentido, señala que es jurisprudencia de la Sala la regla de flexibilización de las mayorías requeridas por la LPH cuando se trata de locales comerciales, a efectos de evitar que una aplicación rigurosa impida a los titulares o arrendatarios de los locales explotar su negocio. Para ello, deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares del caso para ponderar el grado de dicha alteración, es decir, si afecta a una fachada interna o externa, o si la obra es indispensable o no para el desarrollo de la actividad.

El *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial en supuestos de anulación del planeamiento

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 junio 2023

El Tribunal Supremo establece que el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados por la anulación en sentencia de una licencia al amparo de la cual se ejecutó una obra, en supuestos en los que la obra permaneció legalizada por un planeamiento urbanístico posterior que también fue objeto de ulterior anulación, ha de realizarse desde la fecha anulatoria del planeamiento que autorizaba la realización de la obra que después se declaró ilegal por anulación de este planeamiento.

Vulneración del principio de no regresión en materia de protección ambiental en el ámbito urbanístico

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 junio 2023

El Tribunal Supremo establece que la aprobación de una modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleva la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación, puede vulnerar el principio de no regresión en materia de protección ambiental y determinar la invalidez del plan. En los casos en que el planificador decida modificar el régimen de usos en suelo no urbanizable de protección debe ponderar si existen razones de interés público prevalente que justifiquen esta modificación, e identificarlas y razonarlas claramente. La ausencia de razones de interés público prevalente determinaría la vulneración del principio de no regresión en materia de protección ambiental.

[Portugal]

Transição de contrato de arrendamento para o NRAU sem atualização de renda

Acórdão 6/2023, de 15 de junho (DR 135, Série I, de 13 de julho de 2023) – STJ

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”) n.º 6/2023 uniformizou jurisprudência relativamente à interpretação normativa do artigo 50.º do Novo Regime do Arrendamento Urbano (“NRAU”), na versão da Lei n.º 79/2014, de 19 de dezembro, o qual refere que a transição dos contratos de arrendamento para o NRAU e a atualização da renda dependem de iniciativa do senhorio, que deve comunicar a sua intenção ao arrendatário, indicando:

- i. O valor da renda, o tipo e a duração do contrato propostos;
- ii. O valor do locado, avaliado nos termos dos artigos 38.º e seguintes do Código do Imposto Municipal sobre Imóveis, constante da caderneta predial urbana;
- iii. Cópia da caderneta predial urbana;

- iv. Que o prazo de resposta é de 30 dias;
- v. O conteúdo que pode apresentar a resposta;
- vi. As circunstâncias que o arrendatário pode invocar, isolada ou conjuntamente com a resposta prevista na alínea anterior; e
- vii. As consequências da falta de resposta.

A questão controvertida consistia em saber se nos arrendamentos para fins não habitacionais, celebrados antes do Decreto-Lei n.º 257/95, de 30 de Setembro, o locador que pretenda promover a transição do contrato para o NRAU, sem atualização da renda, está, ou não, obrigado à indicação do valor do locado e à junção da cópia da caderneta predial urbana, como previsto nas alíneas b) e c) do artigo 50.º acima referido.

Enquanto o acórdão do STJ de 21 de outubro de 2020 (Processo n.º 10390/18.3T8LSB.L1.S1) se pronunciou pela necessidade de remessa, na comunicação da senhoria, sob pena de ineficácia, de todos os elementos a que se refere o referido artigo 50.º do NRAU, o acórdão do STJ de 13 de abril de 2021 (Processo n.º 10383/18.0T8LSB.L1.S1) decidiu que caso o senhorio não pretenda a atualização da renda, não necessita de fazer as menções e juntar os elementos das alíneas a), b), e c) do artigo 50.º, não gerando a sua falta ineficácia da comunicação do senhorio, assegurando a transição do contrato de arrendamento para o NRAU.

Neste acórdão uniformizador de jurisprudência, o STJ esclarece que, embora o artigo 50.º tenha sido pensado para o caso típico de transição para o NRAU com atualização da renda, é configurável o caso atípico de transição sem atualização. As exigências em causa estão funcionalizadas à atualização da renda e, para além dessa função, não se destinam a proteger qualquer interesse, privado ou público. Desta forma, entende o STJ neste acórdão que não há nenhuma justificação material para persistirem neste caso atípico em que a transição para o NRAU não é acompanhada de atualização de renda, pelo que podem e devem ser dispensadas.

Em suma, o STJ uniformizou a jurisprudência no sentido do locador não estar obrigado à indicação dos elementos constantes das alíneas b) e c) do artigo 50.º do NRAU quando pretenda promover a transição do contrato para o NRAU sem atualização da renda.

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

Servidumbre y parcelación urbanística encubierta

Resolución de 14 de junio de 2023 (BOE 10 de julio de 2023)

Se suspende la inscripción de una servidumbre perpetua calificada como “de paso, terrestre o subterráneo (conducciones)” que tiene como objeto el aprovechamiento potencialmente exclusivo y excluyente por el predio dominante de una porción de terreno como solárium, paso (terrestre o subterráneo), ensanche y solaz, y que permite también su cerramiento, sin posibilidad de aprovechamiento por el predio sirviente.

La DGSJyFP coincide con la registradora y concluye que, sin perjuicio de la posibilidad de constituir servidumbres atípicas con amplias facultades de acuerdo con el sistema *numerus apertus*, dado el carácter potencialmente exclusivo y excluyente del derecho constituido y su carácter perpetuo (lo que presenta claras semejanzas con actos de segregación y agregación), existe un riesgo, que no compete valorar a los registradores, sobre si se está articulando una parcelación encubierta, lo que, en última instancia, justifica la exigencia de una intervención administrativa previa que determine la necesidad o innecesariedad de licencia de parcelación o, incluso, su no sujeción.

Modificación del tipo de interés (de variable a fijo) sin modificación de responsabilidad hipotecaria

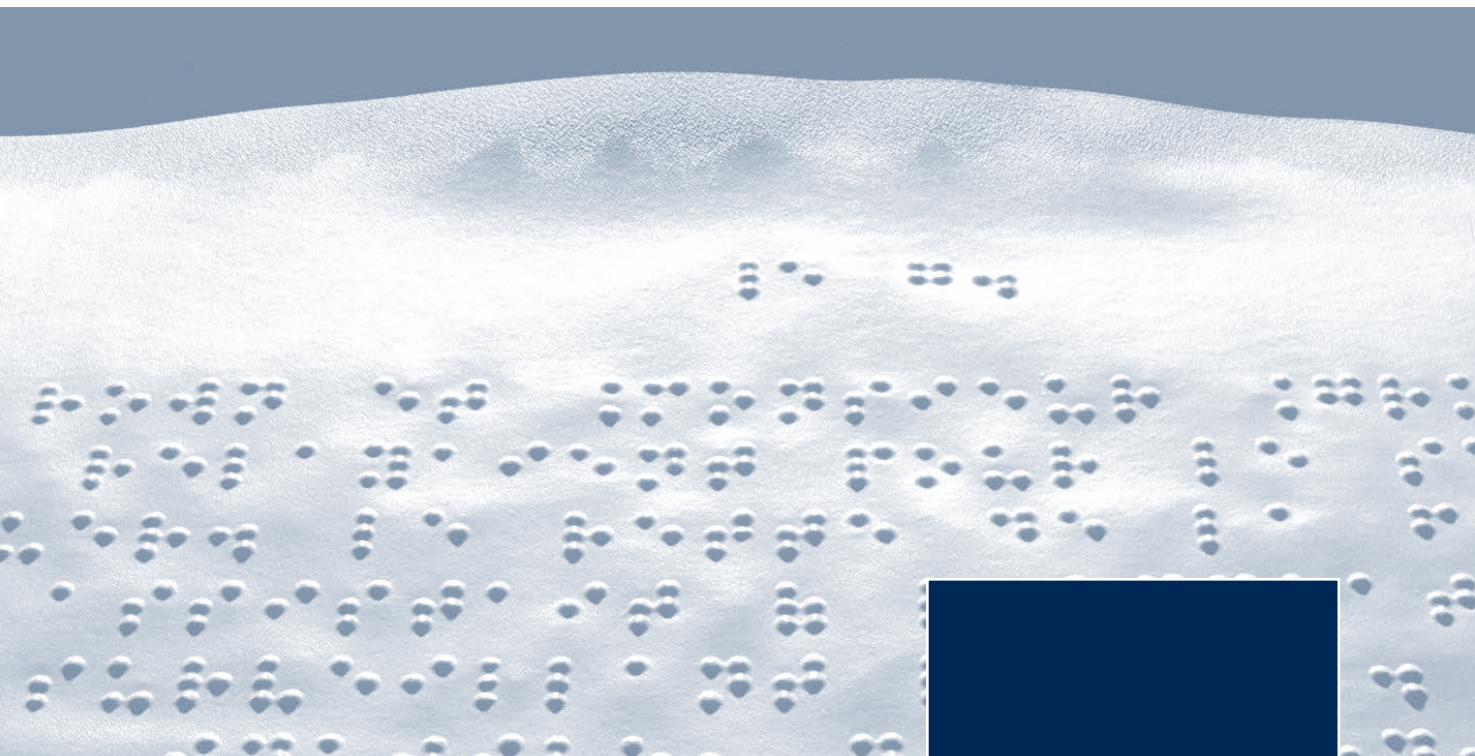
Resolución de 27 de junio de 2023 (BOE 14 de julio de 2023)

La DGSJyFP analiza si cabe inscribir la novación de una hipoteca, previa subrogación de un nuevo acreedor, en la que se modifica el tipo de interés variable por un tipo fijo, pero sin modificación de la cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses.

La DGSJyFP expone que, aunque en alguna ocasión se ha sostenido que el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito exige que no haya discrepancias entre los términos definitorios de la obligación asegurada y la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito —de modo que no cabría que la cobertura hipotecaria por intereses quede definida por referencia a un tipo de interés distinto del aplicable—, en la configuración de la responsabilidad hipotecaria por intereses (ordinarios y/o moratorios) opera la libertad de pacto, siempre que se respeten los límites legales imperativos del artículo 114 de la LH. Al mismo tiempo explica que la novación del sistema de cálculo del interés (de variable a fijo) del préstamo con mantenimiento de la originaria cifra máxima de responsabilidad por intereses no implica *per se* una vulneración de las exigencias de claridad y precisión en los asientos registrales (artículo 12 de la LH), por ejemplo, cuando, como en el caso analizado, la responsabilidad por intereses se ha fijado por las partes como cantidad fija y alzada. Por tanto, salvo que, como fruto de la novación, la responsabilidad hipotecaria por

intereses hubiera quedado por encima de cinco anualidades y vulnerase, por tanto, los límites del referido artículo 114 de la LH (lo que no se acredita ni concreta en la nota de calificación), no puede concluirse que existan discrepancias entre los términos que definen la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca ni que haya vulneración de las exigencias de claridad y precisión.

9 de septiembre de 2023



Laboral y
Seguridad Social

Laboral y Seguridad Social*

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[España]

Conciliación de la vida familiar

Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio por el que se transpone la Directiva (UE) 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (BOE de 29 de junio de 2023)

El Real Decreto-ley recoge significativas novedades en materia laboral. En particular, merece la pena destacar las siguientes:

Se reforma el art. 4.2.c del Estatuto de los Trabajadores ("ET") para incluir el supuesto de discriminación derivado del trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.

Se modifica la regulación de los derechos de las personas trabajadoras a las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo (art. 34.8 ET). La nueva norma incorpora las siguientes novedades:

- A. Se amplía expresamente a aquellas personas trabajadoras que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismas, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamentan su petición.
- B. El proceso de petición de adaptaciones y modificaciones pasa de treinta a quince días. Se establece que se presumirá la concesión de la medida solicitada por la persona

* 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).

trabajadora si no concurre oposición motivada expresa en los quince días posteriores a la solicitud. En el caso de que se deniegue, la empresa deberá justificar su decisión.

- C. La persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto, o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa solo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello.

Se amplían los supuestos de nulidad previstos por los arts. 53.4 y 55.5 ET. A tal efecto se incorporan como supuestos de nulidad objetiva del despido de la persona trabajadora, los realizados durante el nuevo permiso parental y los de aquellas personas que estén disfrutando de una adaptación de su jornada y su distribución, salvo que se demuestre la procedencia del despido.

Se amplían los permisos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar (art. 37.3 y 37.9 ET) en los siguientes términos:

- A. Aunque los convenios ya lo estaban recogiendo, se incluye a las parejas de hecho en el ámbito subjetivo del permiso por accidente o enfermedad graves, permiso por fallecimiento, derecho a la reducción de jornada y derecho a quince días naturales en caso de registro de parejas de hecho (art. 37.3.a ET).
- B. Se amplía de dos a cinco días el permiso (retribuido) por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización (art. 37.3.b ET).
- C. En el permiso (retribuido) de dos días por el fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, se ampliará el plazo en dos días (art. 37.3.b bis ET) cuando la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto.
- D. Nuevo permiso (retribuido) de cuatro días para ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes e imprevisibles, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata.

En el supuesto en que dos personas trabajadoras de la misma empresa pretendan ejercer simultáneamente el permiso de lactancia por el mismo sujeto causante (art. 37.4 ET) y se deniegue por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa, esta debe ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute a ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación.

Se amplía la reducción de jornada por cuidados prevista en el art. 37.6 ET y se incluye ahora de forma expresa al cónyuge o pareja de hecho.

Se amplía la excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 ET) y se incluye al cónyuge o pareja de hecho y al familiar consanguíneo de la pareja de hecho.

Se establecen permisos para familias monoparentales en caso de discapacidad del menor nacido, adoptado o en situación de guarda con fines de adopción o acogimiento. En estos casos, se podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en el art. 48.6 ET para el caso de familias con dos personas progenitoras.

Se regula el permiso parental como causa de suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1.o ET), sin derecho a retribución (art. 45.2 ET), para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. Dicho permiso tendrá una duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, y podrá disfrutarse a tiempo completo o en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo que se establezca reglamentariamente (art. 48 bis ET).

[Portugal]

Programa AVANÇAR

Portaria n.º 187/2023 (DR 127, Série I, de 3 de julho de 2023)

A Portaria n.º 187/2023, de 3 de julho (“Portaria 187/2023”), veio incentivar a contratação, a tempo completo e por tempo indeterminado, de jovens com idade igual ou inferior a 35 anos, com uma qualificação de nível 5, 6, 7 ou 8 do Quadro Nacional de Qualificações, inscritos no IEFP como desempregados e cuja retribuição base mensal estabelecida no contrato seja igual ou superior a € 1.330,00, através da criação e regulação do programa AVANÇAR.

O Programa AVANÇAR consiste na concessão dos seguintes apoios financeiros às entidades empregadoras que reúnam os requisitos estabelecidos no diploma:

- A. incentivo à contratação, cujo montante varia entre € 4.804,30 e € 8.647,74 por trabalhador; e
- B. pagamento de metade do valor das contribuições para a segurança social a cargo da entidade empregadora, relativamente a cada um dos contratos de trabalho apoiados, durante o primeiro ano de vigência.

A Portaria 187/2023 prevê ainda a concessão de um apoio financeiro, no valor mensal de € 150,00, aos jovens contratados ao abrigo do programa AVANÇAR, durante o primeiro ano da vigência do contrato de trabalho apoiado.

Qualquer um dos apoios financeiros referidos *supra* é cumulável com outras medidas de incentivo ao emprego de natureza fiscal ou parafiscal.

A presente Portaria entrou em vigor no passado dia 4 de julho de 2023.

Regulamentação da Agenda do Trabalho Digno

Decreto-Lei n.º 53/2023 (DR 129, Série I, de 5 de julho de 2023)

O Decreto-Lei n.º 53/2023, de 5 de julho (“DL 53/2023”), veio regulamentar a Agenda do Trabalho Digno, aprovada pela Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril, procedendo à alteração de diversos diplomas legais, com particular destaque para as alterações introduzidas no Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de abril, que define e regulamenta a proteção na parentalidade no âmbito do sistema previdencial e do subsistema de solidariedade.

Além de adaptar a legislação relativa à proteção social às alterações introduzidas no Código do Trabalho, o diploma introduz ainda as seguintes alterações:

- A. No caso de opção pelo período de licença de 180 dias, o subsídio parental inicial é aumentado para 90% da remuneração de referência nas situações em que o pai goze, para além da licença parental exclusiva do pai, pelo menos um período de 60 dias consecutivos ou dois períodos de 30 dias;
- B. Nas situações em que cada um dos progenitores goze a totalidade da licença parental alargada, o subsídio parental alargado é aumentado para 40% da remuneração de referência;
- C. O montante diário do subsídio a atribuir aos pais que gozem, após os primeiros 120 dias, a sua licença parental inicial em regime de tempo parcial, corresponde a 50% do montante do subsídio parental inicial;
- D. Passa a prever-se a atribuição de um subsídio por adoção no montante equivalente ao do subsídio parental inicial exclusivo do pai aos trabalhadores que adotem ou sejam famílias de acolhimento.

A proteção na parentalidade não esgota, porém, a totalidade das alterações introduzidas pelo DL 53/2023. O diploma introduz também modificações relevantes na proteção social nas eventualidades de morte (alterando o Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro) e doença (alterando o Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro), e ainda nas proteções sociais dos trabalhadores que exercem funções públicas integrados no regime de proteção social convergente (Decreto-Lei n.º 89/2009, de 9 de abril).

O DL 53/2023 entrou em vigor no dia 6 de julho de 2023.

Condições de trabalho para trabalhadores administrativos

Portaria n.º 191/2023 (DR 130, Série I, de 6 de julho de 2023)

A Portaria n.º 191/2023, de 6 de julho, veio atualizar, com efeitos retroativos a partir do dia 1 de abril de 2023, os valores das retribuições mínimas mensais e do subsídio de alimentação previstos na Portaria n.º 182/2018, de 22 de junho de 2018, que regula as condições de trabalho para trabalhadores administrativos não abrangidos por regulamentação coletiva, procedendo assim à quinta alteração deste diploma.

Condições de entrada e residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado

Lei n.º 53/2023 (DR 169, Série I, de 31 de agosto de 2023)

A Lei n.º 53/2023, de 31 de agosto (“Lei 53/2023”), veio transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva (UE) 2021/1883 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de outubro de 2021, relativa às condições de entrada e residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado, alterando diversos diplomas legais nesta matéria.

De entre as várias alterações introduzidas pela Lei 53/2023 destacam-se as seguintes:

- A. transferência de atribuições e competências do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras para a AIMA, I.P (Agência para a Integração, Migrações e Asilo), a UCFE (Unidade de Coordenação de Fronteiras e Estrangeiros), a Polícia de Segurança Pública, a Guarda Nacional Republicana e a Polícia Judiciária;
- B. A título de exemplo, as seguintes atribuições que antes competiam ao SEF passam agora a ser competência da AIMA, I.P.: avaliar e inspecionar o cumprimento do regime de entrada e permanência de trabalhadores beneficiários do “cartão azul EU”; comunicar, anualmente, à Comissão Europeia estatísticas sobre o número de nacionais de Estados terceiros a quem tenha sido concedido, indeferido, renovado ou retirado um “cartão azul EU” durante o ano civil anterior; e ser o ponto de contacto nacional para efeitos de cooperação e intercâmbio com os pontos de contacto nacionais dos outros Estados-Membros.
- C. redução da duração mínima, de um ano para seis meses, do contrato de trabalho que instrui o pedido de concessão de visto de residência e do “cartão azul UE” para efeitos do exercício de uma atividade altamente qualificada por nacionais de estados terceiros;
- D. limitação do prazo de validade do “cartão azul UE” à duração do contrato de trabalho subjacente à sua concessão, acrescido de três meses, quando o mesmo for celebrado por período inferior a 2 anos; e
- E. regulamentação do direito à mobilidade de curto e longo prazo dos titulares de “cartão azul EU”.

Em concreto, passa a prever-se que:

- O nacional de Estado terceiro, titular de “cartão azul EU” concedido por outro Estado-Membro que aplique integralmente o acervo Schengen está autorizado a exercer atividade profissional em território nacional, até 90 dias em qualquer período de 180 dias, sendo autorizada a sua entrada e permanência, bem como a dos membros da sua família, com dispensa de quaisquer formalidade adicionais; e
- O titular de “cartão azul EU” que tenha residido, pelo menos, 12 meses como tal no Estado-Membro que lho concedeu pela primeira vez, pode realizar uma atividade altamente qualificada em Portugal, fazendo-se acompanhar dos seus familiares, sendo este período

reduzido para seis meses quando o titular “cartão azul EU” já tenha exercido o direito à mobilidade num outro Estado-Membro.

O presente diploma entra em vigor no dia 29 de outubro de 2023.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Hay derecho a una compensación económica por no disfrutar de parte de las vacaciones anuales debido a una enfermedad

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de abril de 2023 (as. C-192/22)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) analiza la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán, en la que valora si es contraria al derecho comunitario una disposición que establece que el derecho de un trabajador a las vacaciones anuales retribuidas se extingue al no haber sido disfrutadas debido a una enfermedad.

Concretamente, en este supuesto, un trabajador había convenido con su empresa un período de vacaciones, previo al disfrute de un período de dispensa del trabajo, que finalmente no pudo completar por estar enfermo durante dos días y dos tercios de un día de vacaciones. En este sentido, el trabajador alegó que le correspondía una compensación por los días de vacaciones no disfrutados, mientras que la empresa respondió que el derecho a las vacaciones retribuidas caducó al no haber sido ejercitadas en plazo.

El TJUE argumentó que la disposición alemana es contraria al derecho de la Unión Europea, ya que, en el marco de un régimen de trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación, no es imprevisible que el trabajador se pueda ausentar unos días por motivos de salud. Por ello, el TJUE señala que el trabajador tiene derecho a una compensación económica para resarcirle por los días de vacaciones no disfrutados debido a su enfermedad.

El periodo de descanso mínimo diario entre jornadas no forma parte del período de descanso semanal, sino que son derechos autónomos con objetivos distintos

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de marzo de 2023 en asunto (as. C-477/21)

En esta petición de prejudicialidad planteada por el tribunal general de Miskolc, Hungría, el TJUE analiza la conjugación entre el descanso semanal y el diario y, entre otras cuestiones, si cuando el derecho nacional establece un descanso semanal superior al previsto en la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (en este sentido, la normativa húngara prevé 42 horas y la Directiva 2003/88 prevé 24 horas), es

obligatorio conceder también, después de un trabajo que haya sido realizado en el día laborable previo al descanso semanal, el descanso diario garantizado.

El TJUE establece que, para garantizar a los trabajadores el disfrute efectivo del derecho al descanso diario consagrado en la Directiva 2003/88, este debe concederse con independencia de la duración del descanso semanal establecida por la normativa nacional aplicable. De este modo, aunque una normativa nacional establezca un período de descanso semanal que excede de 35 horas consecutivas, debe concederse al trabajador, además de ese período, el descanso diario garantizado por la Directiva 2003/88. Asimismo, se establece que, tras un período de trabajo, todo trabajador debe disfrutar inmediatamente de un período de descanso diario, con independencia de si dicho período de descanso va o no seguido de un período de trabajo.

[España]

Los permisos retribuidos deben disfrutarse en días de trabajo efectivo, y no en días naturales, salvo previsión convencional en contrario

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de junio de 2023

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ("TS") determina que los permisos retribuidos por, entre otros motivos, muerte o enfermedad grave del cónyuge y determinados parientes, matrimonio, nacimiento de hijos o cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal deben disfrutarse, en ausencia de previsión convencional al respecto, en días de trabajo efectivo, y no en días naturales. El TS argumenta que estos permisos se conciben como una licencia para poder ausentarse de manera justificada del trabajo, por lo que su propia naturaleza implica que su disfrute sea durante tiempo de trabajo efectivo, y no en días no laborables, cuando no es necesaria esta licencia al no existir la obligación de trabajar.

No obstante, es preciso destacar que la regulación convencional puede mejorar el régimen de permisos retribuidos previsto en el ET y, entre otros aspectos, puede acordar que los referidos permisos sean disfrutados en días naturales. En el caso enjuiciado, ante el silencio del convenio colectivo a este respecto, el TS aplica la mencionada regla general de disfrute durante tiempo de trabajo efectivo.

Son ilícitas las fotos que un detective hizo a un trabajador de baja que hacía labores en el jardín de su casa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de mayo de 2023

El TS confirma la calificación de improcedencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia del despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal por cervicalgia, por cuanto se fundamenta únicamente en el informe de un detective privado que vulnera el derecho a la intimidad del trabajador y constituye una medida desproporcionada. Dicho informe contiene fotografías del trabajador realizando labores de esfuerzo en el jardín y en el huerto de su casa,

y son utilizadas por la empresa para proceder a su despido disciplinario por realizar actividades incompatibles con su situación de IT.

La Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, permite la realización de las averiguaciones necesarias para la obtención y aportación de pruebas sobre conductas o hechos privados relativos al ámbito laboral, pero prohíbe expresamente investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados. Para el TS, por más que el jardín no sea en sentido estricto el domicilio del trabajador, constituye un lugar reservado en el que la persona tiene una expectativa legítima de privacidad, por lo que toda intromisión de terceros precisará del consentimiento del titular del domicilio o de una resolución judicial.

Cuando la empresa no tiene vacantes a tiempo completo y ofrece al excedente una vacante a tiempo parcial, el trabajador será libre de aceptarla o no, pero en ambos casos mantiene su derecho a que se le reincorpore en una vacante a tiempo completo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de mayo de 2023

Finalizada su excedencia voluntaria de tres años, la trabajadora solicita a la empresa su reincorporación en múltiples ocasiones, y todas le son denegadas. Finalmente, se le ofrece la ocupación de distintos puestos de trabajo a tiempo parcial, que acaba aceptando, pese a manifestar que tal aceptación no implica renuncia a su reingreso a una jornada a tiempo completo. No obstante, la empresa entiende que se ha producido una novación contractual, perdiendo la trabajadora el derecho a la reincorporación a jornada completa cuando exista vacante.

El TS concluye que, cuando la empresa no tiene vacantes a tiempo completo y ofrece al excedente una vacante a tiempo parcial, el trabajador será libre de aceptarla o no, pero en ambos casos mantiene su derecho a que se le reincorpore en una vacante a tiempo completo. El artículo 12.4.e) ET exige la voluntariedad de la persona trabajadora a efectos de la conversión de una modalidad contractual a otra, y en este caso resulta evidente la negativa de la trabajadora a la novación contractual. Consecuentemente, se condena a la empresa a reintegrarla en las condiciones previas a su excedencia y a indemnizarla por lo no cobrado desde que dispuso de la vacante con esas características.

Es posible dejar sin efecto la pensión de jubilación reconocida, inmediatamente después de su notificación, con el fin de solicitarla en un momento posterior en que resulte más favorable

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de abril de 2023

El TS admite dejar sin efecto la pensión de jubilación, después de su solicitud y concesión, para que el trabajador pueda solicitarla posteriormente, en un momento en el que tenga derecho a una prestación mayor.

El fallo se centra en determinar si la manifestación del trabajador de no querer disfrutar la cuantía reconocida de su pensión se puede catalogar como una renuncia de derechos conforme al artículo 3 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Asimismo, señala el TS que el mencionado precepto abarca tanto negocios jurídicos bilaterales, tal y como recoge literalmente el texto, como unilaterales, como el enjuiciado en este caso.

El TS determina que la conducta del trabajador no puede catalogarse de renuncia, ya que en modo alguno se está renunciando a la prestación de jubilación, únicamente se está posponiendo en el tiempo su percepción. Además, el TS argumenta que la solicitud de jubilación no es obligatoria alcanzada la edad legal prevista, y remarca que el propio sistema fomenta la prolongación de la vida activa por parte de los trabajadores.

En la excedencia por cuidado de hijos existe siempre derecho al reingreso automático, aunque goza de distinta intensidad en función del período de su ejercicio

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de abril de 2023

En el marco de una excedencia por cuidado de hijos, el TS precisa que siempre existe reserva del puesto de trabajo y, en consecuencia, por imperativo legal, la empresa está obligada a reservarlo. No obstante, aunque durante el primer año la reserva es del mismo puesto de trabajo que el trabajador venía desempeñando, una vez superado el primer año la reserva queda referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Asimismo, el TS clarifica las dos alternativas que tiene el trabajador excedente ante la negativa del empresario a su reincorporación. Por un lado, en el supuesto de que la negativa empresarial radique en la inexistencia de vacantes, el trabajador debe interponer una acción de reconocimiento de su derecho al reingreso; mientras que, por otro lado, en el supuesto de que la empresa niegue la existencia del vínculo entre las partes, demostrando una voluntad extintiva de la relación laboral, el trabajador debe interponer una acción de despido. Cabe destacar que estas dos alternativas no son optativas, sino que dependen de los hechos concretos del caso.

Los miembros del comité de empresa que han sido despedidos disciplinariamente y han impugnado tales despidos no pueden acceder al centro de trabajo para ejercer funciones representativas durante dicho período

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de abril de 2023

El TS determina que la negativa de una empresa a que accedan a sus instalaciones los representantes de los trabajadores que fueron despedidos antes de la solicitud de acceso no vulnera la libertad sindical consagrada en el artículo 28.1 de la Constitución española. En particular, el TS argumenta que la condición de representante legal de los trabajadores no es autónoma, sino que depende de la previa existencia de una relación laboral. Por consiguiente, extinguida la relación laboral, decae el mandato de dichos representantes. Asimismo, argumenta el TS que no existe ninguna norma que habilite a los representantes legales que hayan impugnado su despido a seguir

ejerciendo sus funciones representativas, habilitación que sí que existe en fase de recurso, una vez que se haya dictado sentencia que declare la improcedencia o nulidad del despido.

Por último, no obstante lo anterior, el TS señala que en el supuesto de que los representantes consideraren que el despido encubre una práctica antisindical, deberían haber encauzado su petición a través de medidas cautelares, y no como tutela principal de su petición.

La relación laboral del relevista es indisociable de la del jubilado parcial incluso en un supuesto de subrogación convencional

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de abril de 2023

El TS aprecia la responsabilidad solidaria de la empresa cedente y de la cesionaria conforme a la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, en el supuesto de que un trabajador relevista que preste servicios para la empresa cedente extinga su contrato de trabajo, antes de que el trabajador relevado que preste servicios para la cesionaria haya alcanzado la edad de jubilación, sin que ninguna de las empresas hubiera contratado a un nuevo relevista.

En concreto, el TS señala el carácter indisociable de la relación laboral del relevista y del relevado jubilado parcialmente, y esgrime los objetivos de esta indivisibilidad: que las jubilaciones parciales no se traduzcan en una pérdida de puestos de trabajo y que no disminuyan los ingresos de la Seguridad Social.

Por otro lado, el TS argumenta que es reiterada la doctrina sobre la aplicación del régimen jurídico previsto en el artículo 44 ET a la subrogación convencional, que impone a la empresa cesionaria el deber de garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social respecto de los trabajadores cedidos. En este sentido, la empresa cesionaria debe prever las consecuencias jurídicas de subrogarse en una relación laboral sujeta al régimen de jubilación parcial y, en consecuencia, debe asegurar la contratación de un trabajador relevista hasta la fecha en la que se produzca la jubilación del trabajador relevado.

Nulidad del periodo de prueba al remitirse su duración al convenio, donde únicamente se establece una duración máxima

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de abril de 2023

En el supuesto enjuiciado, el empleador estableció un periodo de prueba “según convenio”, sin que el convenio colectivo aplicable determinara una duración concreta, sino únicamente una duración máxima. En este sentido, conocer la duración exacta del periodo de prueba es un derecho del trabajador, puesto que lo contrario conllevaría una grave inseguridad para él, al desconocer a partir de qué momento se da por terminado el periodo de prueba dentro del periodo máximo reconocido convencionalmente. Cuestión distinta sería si el convenio colectivo aplicable deter-

minara una duración concreta del periodo de prueba, siendo válida la remisión genérica “según convenio”, puesto que no se generaría ninguna inseguridad ni perjuicio al trabajador.

Al ser nulo e ineficaz el periodo de prueba pactado, el TS declara la improcedencia del despido, ya que la empresa no está facultada para desistir *ad nutum* del contrato del trabajador.

Es tiempo de trabajo el dedicado por quienes integran la mesa electoral en un proceso de elecciones de representantes del personal

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 5 de junio de 2023

En este pronunciamiento, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (“AN”) considera que el tiempo dedicado a la mesa electoral debía considerarse como un periodo de licencia retribuida. De este modo, estima la demanda presentada por los sindicatos para considerar tiempo de trabajo a todos los efectos el empleado por los trabajadores designados presidente y vocales de las mesas electorales en los procesos de selección de representantes de los trabajadores.

La AN inicia su argumentación alegando que en los procedimientos de elección de representantes del personal en la empresa, la participación *“no se instituye como un derecho unidireccional, sino que revierte directamente en la expectativa del empresario de obtener un interlocutor válido a efectos de negociación colectiva, consulta y participación con la representación legal de los trabajadores”*, y que los miembros que integran la mesa deben ser trabajadores, siendo el nombramiento irrenunciable, y *“dicha irrenunciabilidad elimina de plano la presencia de un elemento de voluntariedad atinente a la presencia de un trabajador como Presidente o Vocal de mesa, que queda así sujeto a las previsiones que sobre el proceso electoral prevén las normas ya citadas”*.

Asimismo, en virtud del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, es tiempo de trabajo todo el periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Teniendo en cuenta la obligatoriedad del nombramiento ya apuntado, durante el proceso de elección, las funciones del trabajador dejan de ser las inherentes a su puesto de trabajo o actividad ordinaria en la empresa, para ser sustituidas, de manera irrenunciable, por aquellas que conforman el mandato legal y que se dirigen a hacer efectivo el derecho de participación de los trabajadores en la empresa. De este modo, estas últimas se convierten, el día del proceso electoral, en *“su actividad”*. Por lo tanto, por mucho que el empresario no tenga intervención sobre el periodo de votación y la conformación de las mesas electorales, las citadas funciones no son ajenas al ámbito de organización empresarial.

Hay obligación por la empresa de facilitar los datos retributivos en los supuestos en los que existan una o dos personas trabajadoras en alguno de los sexos (al margen de la plantilla existente en el otro sexo) y en aquellas situaciones en las que en uno de los sexos no haya ninguna persona trabajadora y en el otro sí

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 29 de mayo de 2023

La AN analiza el modelo de registro retributivo aprobado en la empresa y viene a precisar si las limitaciones de inclusión de determinados datos resultan acordes con la normativa sobre registro retributivo y con la normativa de protección de datos. En particular, se ha acordado no incluir en el registro retributivo los datos salariales de los puestos de trabajo en los que solo existan personas de un único sexo o, de existir, sean inferiores a tres. La empresa basa dicha exclusión en el derecho a la protección de datos previsto en el art. 18.4 CE, pues, a su juicio, si en puestos de igual valor existen menos de tres trabajadores o personas de un mismo sexo, la imposibilidad de fijar medias o medianas comporta que de forma indirecta se dé conocimiento de la retribución específica que percibe un concreto trabajador, lo que sería contrario a la normativa sobre protección de datos.

La AN alega que el registro retributivo persigue una finalidad legítima (garantizar la aplicación en el seno de la empresa del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, y evitar que se produzca cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo) amparada en una previsión legal, por lo que queda justificado el tratamiento de los datos de tal carácter personal. Concluye que no es la no exclusión de determinadas retribuciones lo que salvaguarda el derecho a la protección de los datos de carácter personal, sino la adopción de las garantías específicas necesarias tendentes a tal fin. Consecuentemente, se condena a la empresa a facilitar a los representantes de los trabajadores el salario medio de los empleados, la mediana y la diferencia porcentual entre remuneraciones que existe dentro de una misma categoría profesional, con independencia del número de trabajadores por sexo. De esta forma, se podrá dilucidar si existe diferencia entre posiciones de igual valor o si cumple con el plan de igualdad.

[Portugal]

Transmissão de estabelecimento - Irredutibilidade da Retribuição - Código do Trabalho de 2003 - pós-eficácia da convenção coletiva anterior

Acórdão de 23 de junho de 2023 (Processo n.º1914/18.7T8BRR.L1.S2) – Supremo Tribunal de Justiça

O acórdão em apreço foi proferido no contexto de uma ação de reclamação de créditos laborais vencidos interposta por um trabalhador (o Autor) contra uma empresa (a Ré), referentes a uma componente especial da sua retribuição mensal que era paga pela anterior entidade empregadora (a quem o contrato de trabalho foi transmitido no contexto de uma transmissão de estabelecimento ou unidade económica), denominado "*remuneração mensal por antiguidade*".

A *remuneração mensal por antiguidade* vinha especialmente prevista no instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ("IRCT") que vinculava a anterior entidade empregadora, como

uma componente salarial paga mensalmente. Após a transmissão de unidade económica a Ré deixou de pagar aquele complemento mensal ao Autor.

O Autor alegava, em suma, que lhe assistia o direito à manutenção do pagamento da *remuneração mensal por antiguidade* no valor mensal de € 106,80, decorrente do IRCT aplicável à relação laboral que manteve com a sua anterior empregadora e, por consequência, requereu a condenação da Ré no pagamento das *remunerações mensais por antiguidade* vencidas entre 1 de outubro de 2006 (momento em que operou a transmissão de estabelecimento) e 31 de dezembro de 2022, no valor de € 22.712,80, acrescido de respetivos juros de mora. Sustentou, para o efeito, que a *remuneração mensal por antiguidade* passou a integrar o seu contrato de trabalho e que, por força do princípio da irredutibilidade da retribuição (consagrado no então artigo 122.º, alínea d), do Código do Trabalho de 2003), não poderia ser reduzida.

Em sede de recurso de apelação, o Tribunal da Relação de Lisboa pronunciou-se sobre o tempo de vigência de um IRCT em caso de transmissão de estabelecimento, concluindo que, nos termos do artigo 555.º do Código de Trabalho de 2003 (em parte correspondente ao atual artigo 498.º do Código do Trabalho atual), o IRCT aplicável ao transmitente deve aplicar-se ao transmissário pelo período mínimo de 12 meses a contar do momento da transmissão de estabelecimento. Deste modo, entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa que o Autor teria direito à *remuneração mensal por antiguidade* desde o dia 1 de outubro de 2006 (momento em que operou a transmissão), mas apenas até ao dia 1 de outubro de 2007.

Na sequência desta decisão, o Autor interpôs recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça que, mantendo a decisão do anterior, sublinhou que as cláusulas de convenções coletivas não integram o conteúdo do contrato de trabalho, sendo apenas fonte de direito, tal como previsto no artigo 3.º do Código de Trabalho. Desta forma, concluiu que as tabelas salariais previstas em IRCT não passam a integrar o conteúdo do contrato de trabalho.

O Supremo Tribunal de Justiça enfatizou ainda que o artigo 555.º do Código do Trabalho de 2003 apenas previa uma aplicação temporária ao transmissário da convenção coletiva antes aplicável ao transmitente, não pretendendo que se mantivesse indefinidamente a aplicação da tabela salarial aí prevista, uma vez que aquele preceito — ao contrário do que sucede atualmente com o artigo 498.º do Código do Trabalho — não previa expressamente a manutenção dos efeitos já produzidos no contrato de trabalho pelo IRCT que vinculava o transmitente.

Por fim, salientou o Supremo Tribunal de Justiça que o princípio da irredutibilidade da retribuição não é absoluto, e que mesmo o artigo 122.º, alínea d), do Código do Trabalho de 2003 já deixava patente que à proibição de redução da retribuição, excecionavam-se os casos expressamente previstos naquele código e no IRCT aplicável. Desta forma, aquele tribunal concluiu que *“quando uma convenção coletiva deixa de ser aplicável (...) deixa de produzir efeitos, mormente salariais - a não ser que seja salvaguardada, como está hoje, mas não estava à época, uma certa pós-eficácia”*.

Justa causa de despedimento - dever de lealdade do trabalhador

Acórdão de 15 de junho de 2023 (Processo n.º 512/22.5T8TMR.E1) – Tribunal da Relação de Évora

O acórdão em apreço foi proferido no contexto de uma ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento intentada por um trabalhador (Autor) contra a sua entidade empregadora (Ré).

No caso vertente, o Autor foi contratado pela Ré no dia 5 de janeiro de 2005 para exercer as funções de *“Product manager”* de uma marca internacional, competindo-lhe definir a estratégia comercial, de comunicação e marketing da marca nas lojas em Portugal. Com o objetivo de garantir a adequada representação da mesma, seria atribuído ao Autor um valor anual de € 600,00 para compra de equipamentos da marca, cujas condições de aquisição constavam das políticas internas da Ré, a que o Autor tinha acesso.

Sucedu que, a 20 de dezembro de 2021, o Autor dirigiu-se a uma loja da marca e comprou duas *t-shirts*, tendo pagado a quantia de € 43,80. Apesar de ter procedido à devolução das referidas *t-shirts* e de ter recebido um vale no mesmo valor, o Autor conservou o talão original da compra e apresentou-o à Ré para reembolso das despesas, tendo para o efeito contado com a colaboração de um outro trabalhador da Ré, seu subordinado.

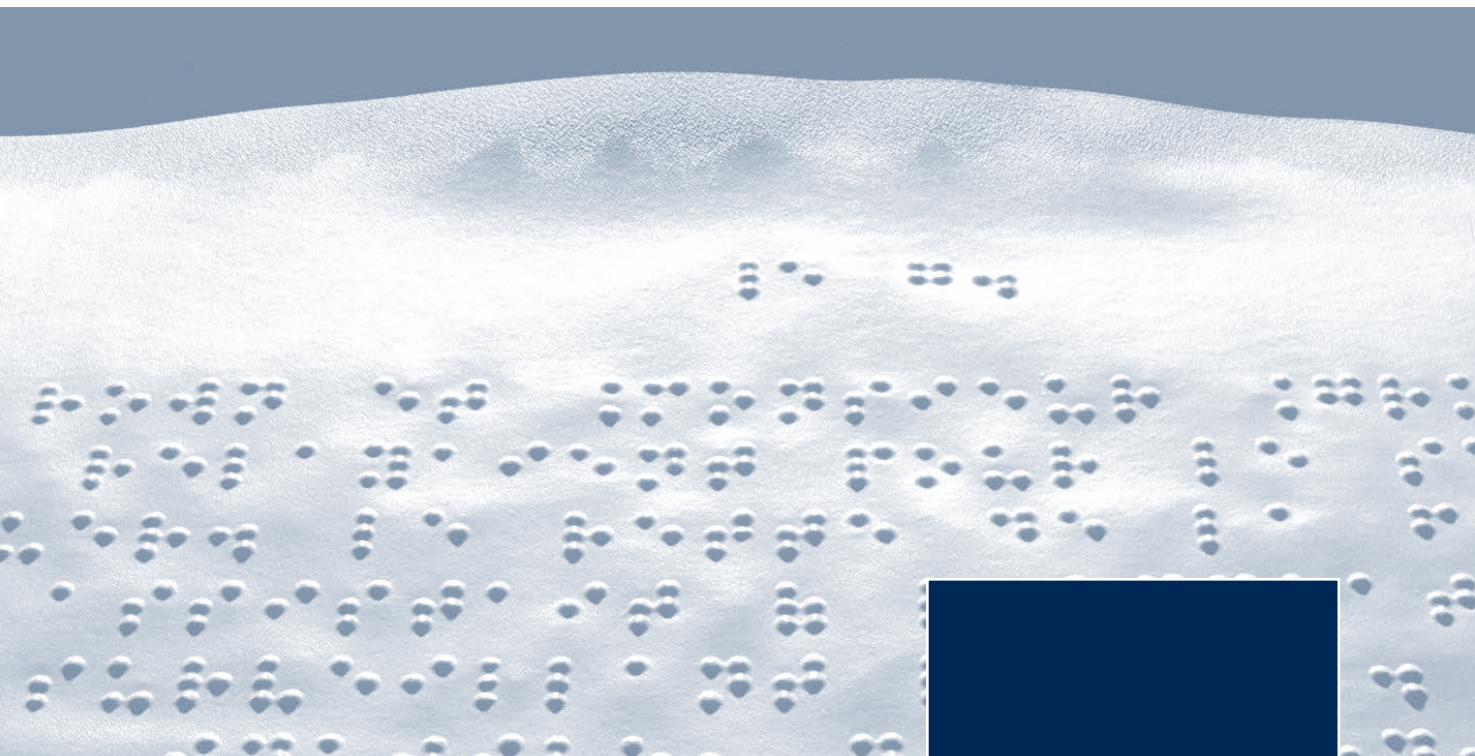
Este comportamento do Autor, que resultou num recebimento indevido de despesas e levou a Ré a iniciar um procedimento disciplinar ao Autor que culminou com o seu despedimento com justa causa, que o Autor, no caso em apreço, impugnou judicialmente.

Na sua análise, o Tribunal da Relação de Évora considerou a atuação do Autor particularmente gravosa dado que no exercício das suas funções representava a marca perante todos os trabalhadores de loja, transmitindo os valores éticos da marca e as suas políticas internas. Ao pedir o reembolso de uma despesa para a qual o Autor já teria recebido um vale, através da apresentação de um recibo inválido, este não só violou as políticas internas da Ré, como o dever de lealdade a que se encontra adstrito nos termos do artigo 128º, n.º 1, alínea f), do Código do Trabalho.

O Tribunal da Relação de Évora acrescentou ainda que *“tal comportamento é ainda mais gravoso por nele ter pedido a colaboração de um trabalhador da recorrente, que era subordinado do recorrido, a quem transmitiu um péssimo exemplo de deslealdade para com a entidade empregadora de ambos, competindo ao recorrido, pelo alto cargo que desempenhava na recorrente, ser efetivamente um modelo de lealdade e honestidade, o que manifestamente não foi”*.

Como tal, o Tribunal da Relação de Évora concluiu que *“aquilo que releva não é o valor do prejuízo que adveio para a entidade empregadora do comportamento adotado pelo trabalhador, ou mesmo se adveio algum prejuízo, antes sim, a quebra irreversível da confiança que a entidade empregadora depositava naquele seu trabalhador provocada por tal comportamento desleal e desonesto”*, tendo dado por improcedente o pedido de declaração de ilicitude do despedimento e absolvido a Ré dos pedidos formulados.

9 de septiembre de 2023



Marítimo,
Transporte y
Logística

Marítimo, Transporte y Logística*

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[España]

Transporte terrestre

Real Decreto-ley 5/2023, 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)

A raíz de la sentencia de 8 de junio de 2023 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el título IV del libro tercero del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio ("RD-ley 5/2023"), ha modificado la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (Ley 16/1987), para adaptar el régimen jurídico del arrendamiento de vehículos de turismo con conductor (VTC) a las directrices del TJUE.

El artículo 149 modifica la Ley 16/1987 para establecer que el titular de la autorización VTC debe disponer del vehículo en régimen de propiedad, arrendamiento financiero o arrendamiento a largo plazo (entendido como arrendamiento superior a tres meses con arreglo al artículo 1 de la Orden INT/3215/2010, de 3 de diciembre). En caso de incumplimiento, la Administración se lo notificará al interesado, que dispondrá de un plazo de dos meses para subsanarlo, tras el cual la autorización perderá validez.

Además, se recogen nuevos requisitos con el fin de reducir las emisiones de CO₂ a la atmósfera y proteger la calidad del aire, así como mejorar la gestión del transporte y del tráfico, tales como la denegación de la autorización en caso de superar el límite anual de NO₂ o el empleo de un criterio objetivo de congestión viaria.

* 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).

Las comunidades autónomas y entidades locales podrán:

- i. Comunidades autónomas: Imponer criterios adicionales con el objetivo de mejorar la calidad del aire, en el marco de lo dispuesto por el derecho comunitario o de la Organización Mundial de la Salud. Además, se les otorga la posibilidad de limitar el número máximo de autorizaciones previa motivación. En esta misma línea, podrán denegar la autorización con base en criterios objetivos relativos a (i) la reducción de emisiones de CO₂, y (ii) la gestión del transporte, el tráfico y el espacio público, que hayan establecido para su ámbito territorial.
- ii. Entidades locales: Establecer medidas, en el marco de sus competencias, pudiendo incluir la solicitud de autorizaciones por razones justificadas de interés público, como la protección del medioambiente urbano, entre otras.

El artículo 151 introduce una declaración del transporte de viajeros en taxi como servicio de interés público, lo que conlleva que los instrumentos de planificación y ejecución de políticas públicas que lleven a cabo las Administraciones competentes deberán garantizar la prestación de un servicio de calidad para todos los usuarios, no discriminatorio y con una cobertura de prestación suficiente en todo el territorio, mediante la adopción de las medidas que determinen y delimiten la naturaleza, duración y alcance de las obligaciones correspondientes.

2. Jurisprudencia

[España]

Exclusiones legales de cobertura en un seguro de daños

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 2023

La sentencia núm. 945/2023 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, emitida el 13 de junio de 2023, aborda un caso trascendental al determinar la aplicación de exclusiones legales de cobertura en un seguro de daños, más allá de las estipuladas en la póliza contractual.

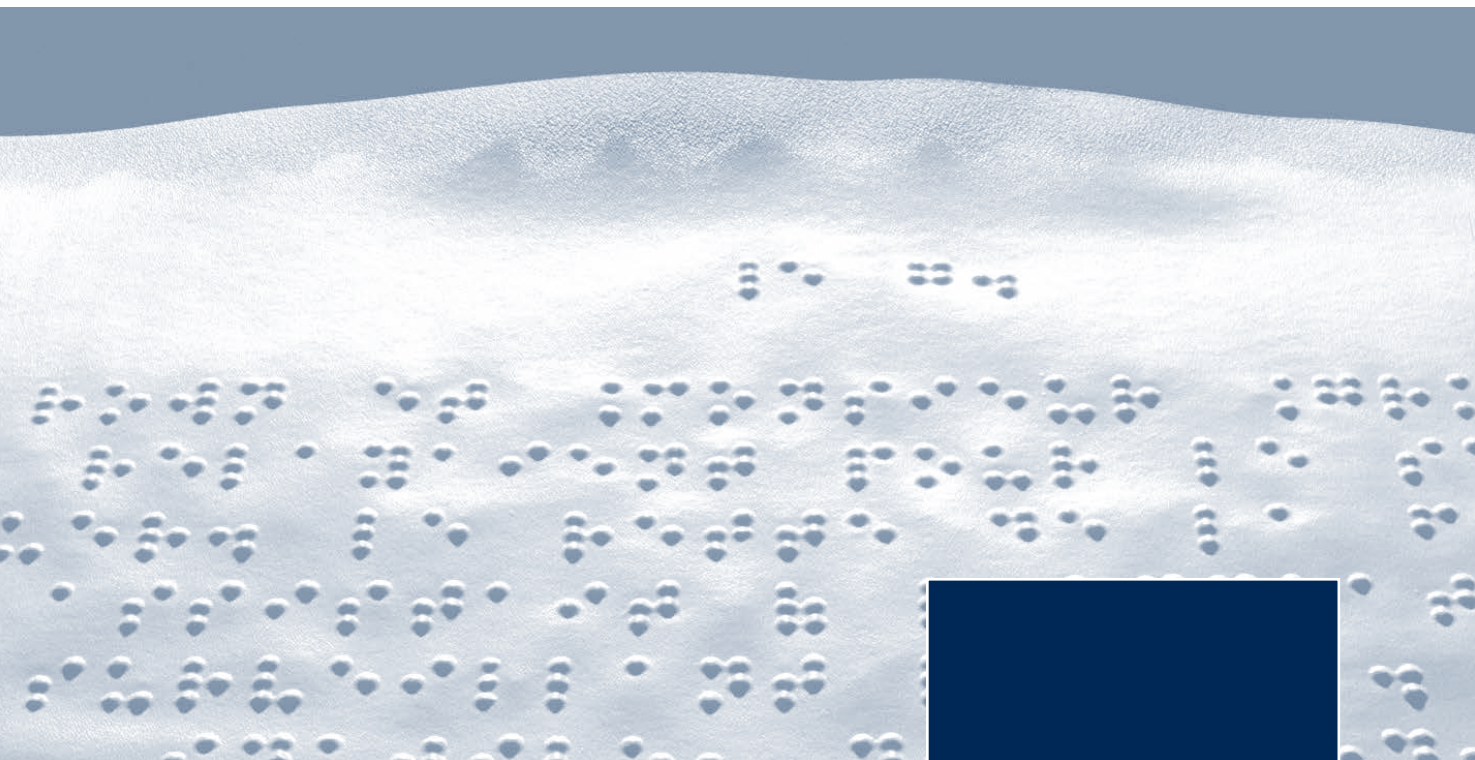
En este contexto, la empresa armadora Brisas da Guarda S.L. demanda a la aseguradora de cascos, buscando una indemnización de 1.200.000 € por el hundimiento de su buque pesquero. Los hechos en cuestión revelan que el buque naufragó en aguas de gran altura, fuera de su zona de navegación permitida según su certificado de navegabilidad (clasificado como de pesca litoral), a raíz de una explosión durante tareas de soldadura que causó la aparición de vía de agua en el casco.

La aseguradora alega que el hundimiento fue intencionado y que el buque carecía de los requisitos adecuados para navegar en la zona del siniestro. Este argumento se basa en la causa de exclusión contemplada en el artículo 756.7 del Código de Comercio (CCom), que se aplica en lugar de la Ley de Navegación Marítima de 2014 debido a la fecha del incidente. Tanto la senten-

cia de primera instancia como la Audiencia Provincial, y finalmente el propio Tribunal Supremo, rechazan la demanda. Estas instancias destacan que el incumplimiento de los límites geográficos de navegación tuvo un impacto directo en la exigencia de adecuada navegabilidad del buque, independientemente de que dichos límites no estuvieran explícitamente incluidos en la póliza de seguro.

Además, el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación y enfatiza la existencia de una relación causal entre la falta de autorización para navegar en la zona del siniestro y el hundimiento. Este vínculo es esencial para que opere la exclusión estipulada en el artículo 756 del CCom. La sentencia resalta que el aumento de riesgo al navegar en aguas de gran altura guarda una correlación directa con los daños sufridos por la embarcación, ya que las operaciones de rescate son más complejas en estas áreas en comparación con zonas litorales cercanas.

9 de septiembre de 2023



Medio Ambiente

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[España]

Ley de Evaluación Ambiental. Modificación

Real Decreto 445/2023, de 13 de junio, por el que se modifican los anexos I, II y III de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (BOE de 14 de junio de 2023)

Este Real Decreto incorpora parcialmente al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

En concreto, el Real Decreto modifica los anexos I, II y III de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

En relación con el anexo I, sobre los proyectos sometidos a evaluación ambiental ordinaria, el Real Decreto actualiza algunos de sus epígrafes para mantener la coherencia con la nueva redacción del anexo II y para adaptarlos a la normativa sectorial correspondiente.

En relación con el anexo II, relativo a los proyectos sometidos a evaluación ambiental simplificada, la norma revisa los umbrales de los proyectos y modifica la redacción de algunos epígrafes. Por un lado, se eliminan los umbrales no justificados, y, por otro, se mantienen los umbrales motivados conforme a los criterios recogidos en la Directiva. De este modo, solo quedan por debajo de dichos umbrales los proyectos que no tengan una incidencia significativa en el medio ambiente.

Por último, el Real Decreto modifica el anexo III y establece unos criterios generales para someter a evaluación ambiental simplificada determinados proyectos que, estando por debajo de los umbrales recogidos en el anexo II, estén situados en zonas de especial sensibilidad ambiental o que afecten de manera especial al medio hídrico.

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús Sedano Lorenzo, y en su elaboración han participado Claudia Lastella Ortega, Íñigo Ormaeche Lendínez, Patricia Pareja Pérez y Juan Fullana Martínez, del Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez (Madrid).

Estatuto de los consumidores electrointensivos

Real Decreto 444/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1106/2020, de 15 de diciembre, por el que se regula el Estatuto de los consumidores electrointensivos (BOE de 14 de junio de 2023)

Este Real Decreto modifica el Estatuto de los consumidores electrointensivos, regulado en el Real Decreto 1106/2020, el cual establece los requisitos que permiten a determinadas instalaciones industriales optar a la certificación de consumidor electrointensivo, así como acceder a sus dos mecanismos de apoyo: el “Mecanismo de compensación a los Consumidores Electrointensivos de los cargos por la financiación de la retribución específica a renovables y cogeneración de alta eficiencia y por la financiación adicional en los territorios no peninsulares”; y el “Mecanismo de cobertura de riesgos derivados de la adquisición a medio y largo plazo de energía eléctrica por consumidores electrointensivos”.

La modificación del Real Decreto 1106/2020 persigue adaptarlo a la Comunicación de la Comisión 2022/C/ 80/01 “Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía 2022”, lo que obliga a modificar la regulación del Mecanismo de compensación de cargos.

De esta manera, se adapta la lista de sectores elegibles extendiéndola a las industrias extractivas y se modifica la metodología para el cálculo de la ayuda, distinguiendo entre los sectores “en riesgo significativo” de deslocalización (cuya intensidad de la ayuda se mantiene en un 85 % de los costes subvencionables) y sectores “en riesgo” de deslocalización (cuya intensidad de la ayuda se reduce al 75 %).

Por último, el Real Decreto adapta la obligación de realizar las inversiones en eficiencia energética económica rentables. En este sentido, exige la implementación de actuaciones para la mejora del desempeño energético al menos cada cuatro años. Estas actuaciones se considerarán económicamente rentables cuando el periodo de recuperación de la inversión no sea superior a tres años.

Residuos termoplásticos

Orden TED/646/2023, de 9 de junio, por la que se establecen los criterios para determinar cuándo los residuos termoplásticos sometidos a tratamientos mecánicos y destinados a la fabricación de productos plásticos dejan de ser residuo con arreglo a la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (BOE de 22 de junio de 2023)

La Orden establece los criterios que deben cumplir los residuos termoplásticos sometidos a tratamientos mecánicos, y que se destinan después a la fabricación de productos plásticos, para perder la condición de “residuos”.

De esta manera, los residuos termoplásticos deben cumplir los criterios previstos en el anexo I apartado 1 de la Orden; someterse a una o a distintas operaciones de valorización del anexo I

apartado 2; los materiales plásticos reciclados deben ser conformes con los criterios del anexo I apartado 3; y el productor o el importador debe cumplir con las obligaciones previstas en los artículos 5 a 7 de la Orden (expedir una declaración de conformidad del plástico reciclado, implantar un sistema de gestión que permita demostrar el cumplimiento de los criterios anteriores e incluir un archivo cronológico con determinada información).

Emisión de gases de efecto invernadero. Cálculo de coste

Orden TED/789/2023, de 7 de julio, por la que se establece el método de cálculo del coste de emisión de gases de efecto invernadero en vertedero (BOE de 15 de julio de 2023)

La Orden establece el método de cálculo de emisión de gases de efecto invernadero de los residuos biodegradables que se eliminan en vertedero. Asimismo, la Orden dispone que el abono de estos costes de emisión se realizará en el momento en que los residuos sean admitidos para su eliminación en vertedero, estando los titulares de los vertederos obligados a informar anualmente a las autoridades ambientales de los costes de emisión de los gases de efecto invernadero y de todas las cantidades recaudadas en este concepto.

Comunidad Valenciana. Reglamento de la Ley Forestal

Decreto 91/2023, de 22 de junio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 3/1993, de 9 de diciembre, forestal de la Comunitat Valenciana (DOGV de 7 de julio de 2023)

El Decreto aprueba el Reglamento que desarrolla el régimen legal aplicable a los montes o terrenos forestales de la Comunidad Valenciana, independientemente de su titularidad. Entre otras cuestiones, el Reglamento regula las competencias entre comunidad autónoma y entes locales, los catálogos y registros, el régimen jurídico de los montes públicos (concepto, deslinde, afectación y desafectación, usos, etc.), la planificación y gestión forestal, usos del medio forestal, prevención y recuperación tras incendios, entre otras cuestiones.

Extremadura. Minas de litio

Recurso de inconstitucionalidad n.º 3726-2023, contra los artículos 2, 3 y 4 del Decreto-ley 5/2022, de 31 de agosto, por el que se establecen medidas urgentes necesarias en la regulación del aprovechamiento de recursos minerales de litio en Extremadura (BOE de 28 de junio de 2023)

El Pleno del Tribunal Constitucional ha acordado admitir a trámite un recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno contra los artículos 2, 3 y 4 del Decreto-ley 5/2022, relativos a la obligación de llevar a cabo el tratamiento y el beneficio metalúrgico y mineralúrgico del litio en Extremadura; las consecuencias derivadas del incumplimiento de dicha obligación; y la declaración de utilidad pública y de interés social a efectos expropiatorios de los derechos e inte-

reses patrimoniales derivados de las concesiones de recursos minerales de aquellos titulares que incumplan la obligación de tratamiento y beneficio metalúrgico y mineralúrgico en Extremadura.

Estos preceptos han quedado suspendidos en cuanto a su vigencia y aplicación desde la fecha de interposición del recurso (1 de junio de 2023) para las partes del proceso, y desde la publicación del edicto en el *BOE* para los terceros.

2. Jurisprudencia

Modificación del PGM de Cáceres. Nulidad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2023

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia n.º 566/21 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 30 de diciembre de 2022, que había anulado la Resolución de la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Población y Territorio de Extremadura de 1 de diciembre de 2020, que aprobó definitivamente una modificación puntual del Plan General Municipal de Cáceres ("Modificación del PGM") destinada a regular la instalación de plantas de energía fotovoltaica en parte del suelo no urbanizable de protección de llanos ("SNUP-LI") colindante con la Red Natura 2000.

En concreto, la Modificación del PGM elimina los límites existentes conforme al anterior planeamiento para las plantas fotovoltaicas (5 megavatios de potencia y una extensión máxima de 10 hectáreas) facilitando así la implantación de este tipo de instalaciones. Sin embargo, la Modificación mantiene la clasificación del suelo como no urbanizable de protección, incidiendo solo en la intensidad de los usos permitidos.

La sentencia recurrida en casación declaró la nulidad de la Modificación del PGM al considerar que no se había justificado durante su tramitación la concurrencia de interés general y que se vulneraba el principio de no regresión en materia urbanística y medioambiental.

La cuestión de interés casacional objetivo admitida consiste en determinar si la aprobación de una modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico puede vulnerar el principio de no regresión en materia de protección ambiental a pesar de no modificar la calificación del suelo como no urbanizable protegido e incidir solo en la regulación de los usos permitidos.

El Tribunal Supremo recuerda que el principio de no regresión constituye un instrumento eficaz para evitar la relajación del nivel de protección otorgado por el derecho medioambiental a determinados espacios naturales, derivado de los artículos 45 de la Constitución y 3, 4, 5.e), 7 y 22.1 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Dicho principio obliga a los poderes públicos a no modificar o suprimir los estándares de protección ambiental de forma que se rebaje el nivel de protección establecido. No obstante, esto no implica una petrificación de la normativa, en tanto que las in-

novaciones del planeamiento que incidan sobre esos espacios especialmente protegidos serán admisibles siempre y cuando cuenten con una justificación reforzada.

En ese caso, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y concluye que, para valorar la existencia de una vulneración del principio de no regresión medioambiental, lo relevante es que la modificación en cuestión comporte de facto una menor protección, con independencia de si ha habido o no una alteración en la clasificación o calificación o en los usos urbanísticos del suelo. El Tribunal Supremo destaca la insuficiencia de la evaluación ambiental realizada sobre la Modificación del PGM, que no permitió entrar a valorar si, como alegaban los recurrentes, no se comprometía la protección medioambiental del suelo o de los espacios colindantes de la Red Natura 2000.

Concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos. Prórroga

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

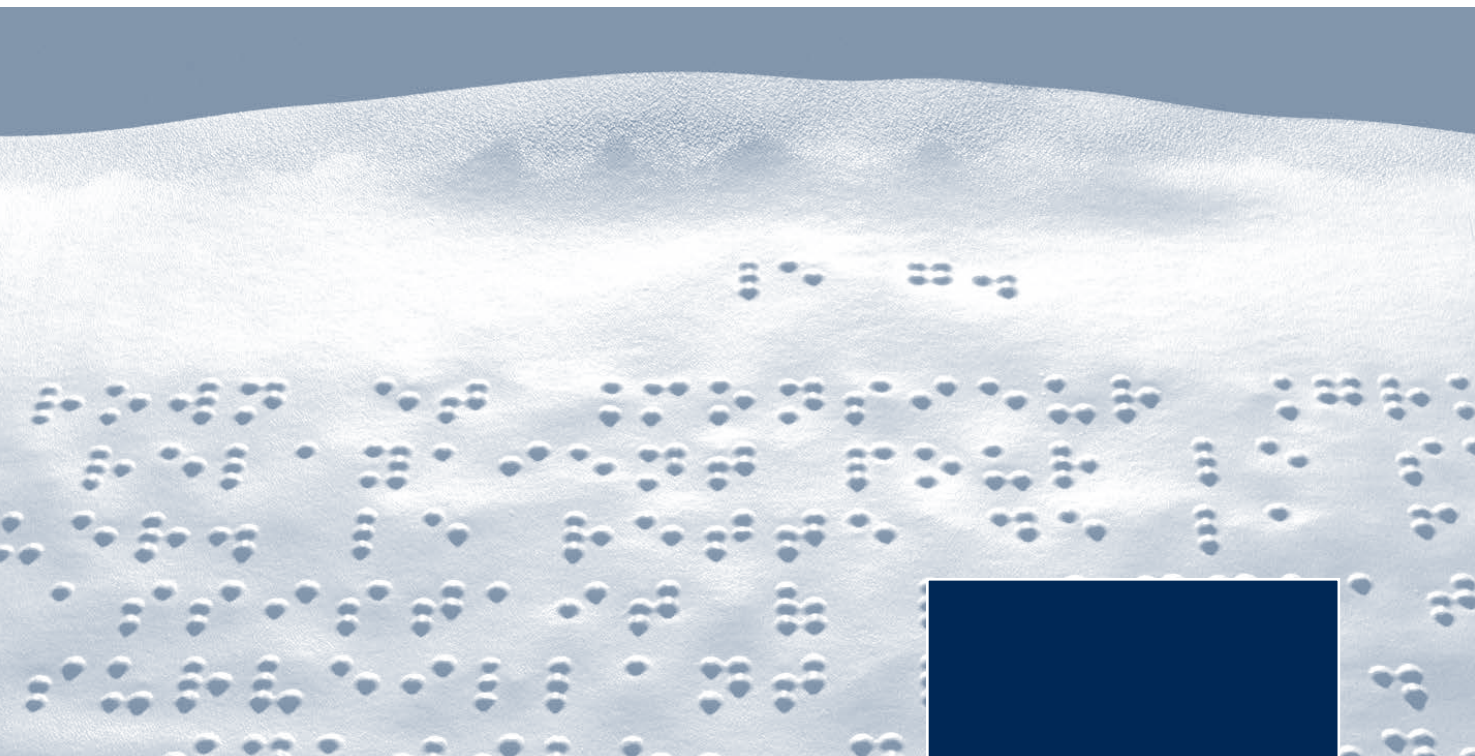
El Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dos asociaciones ecologistas contra varios reales decretos que, en ejecución de diversas sentencias previas del Tribunal Supremo, otorgaban a una sociedad petrolera española la primera prórroga de las concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos. Las sentencias previas del Tribunal Supremo habían reconocido el derecho a la prórroga porque se cumplían todos los requisitos establecidos por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, para que se acordasen tales prórrogas.

Entre otras razones, las asociaciones demandantes alegaron que las prórrogas acordadas eran contrarias al artículo 9 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética ("LCCTE"), en el que se prohíbe otorgar "*nuevas autorizaciones de exploración, permisos de investigación de hidrocarburos o concesiones de explotación para los mismos*".

El Tribunal Supremo aprecia la existencia de cosa juzgada en su vertiente positiva, según la cual "*si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en éste*". De esta forma, confirma que, en la resolución del recurso, no se podían desconocer las sentencias previas por las que se había reconocido el derecho de la titular de las concesiones a su prórroga ni reexaminar cuestiones ya decididas por la Sala en sentencia firme.

Por último, el Tribunal Supremo concluye que la prohibición del artículo 9 de la LCCTE debe aplicarse únicamente a las nuevas solicitudes de concesiones para la explotación de hidrocarburos, pero no a las prórrogas de títulos ya existentes, que no han sido incluidas en la prohibición. En todo caso, el Tribunal Supremo confirma que la LCCTE no podía ser objeto de aplicación en ningún caso, al haber entrado en vigor con posterioridad a las sentencias que habían reconocido el derecho del titular de las concesiones a su prórroga, y ni siquiera podía aplicarse como una causa de imposibilidad legal de ejecución de sentencias al amparo del artículo 105 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

9 de septiembre de 2023



Mercantil

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Impagos

Reglamento Delegado (UE) 2023/1578 de la Comisión, de 20 de abril de 2023, por el que se completa el Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los requisitos aplicables al método interno o a las fuentes externas utilizados en el marco del modelo interno de riesgo de impago para estimar las probabilidades de impago y las pérdidas en caso de impago (DOUE de 1 de agosto de 2023)

Fondos propios

Reglamento Delegado (UE) 2023/1577 de la Comisión, de 20 de abril de 2023, por el que se completa el Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas al cálculo de los requisitos de fondos propios por riesgo de mercado respecto de las posiciones de la cartera de inversión sujetas al riesgo de tipo de cambio o de materias primas y al tratamiento de dichas posiciones a efectos de los requisitos en materia de pruebas retrospectivas obligatorias y del requisito en materia de atribución de pérdidas y ganancias con arreglo al método de modelos internos alternativos (DOUE de 1 de agosto de 2023)

Blanqueo de capitales. Transferencias de fondos y criptoactivos

Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados

* Esta sección ha sido elaborada por Ignacio Klingenberg, Teresa Tellechea, Salvador Espinosa de los Monteros, Jaime Vázquez, Domingos Salgado, M. Teresa Gonçalves y Leonor Magalhães Ramalho, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/84 (DOUE de 9 de junio de 2023)

Establece normas sobre la información que debe acompañar a las transferencias de fondos en cualquier moneda en lo referente a sus ordenantes y beneficiarios, y sobre la información que debe acompañar a las transferencias de criptoactivos a efectos de la prevención, detección e investigación del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo cuando al menos uno de los proveedores de servicios de pago o proveedores de servicios de criptoactivos participantes en la transferencia esté establecido o tenga su domicilio social en la Unión Europea. Asimismo, establece normas sobre políticas, procedimientos y controles internos para garantizar la aplicación de medidas restrictivas cuando al menos uno de los proveedores de servicios de pago o de criptoactivos participantes en esa transferencia de fondos o criptoactivos esté establecido o tenga su domicilio social, según corresponda, en la Unión Europea.

Modifica diversos apartados de la Directiva 2015/849, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y deroga el Reglamento 2015/847, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y por el que se deroga el Reglamento 1781/2006 y las letras g) y h) en el artículo 2, apartado 1, punto 3, de la Directiva mencionada anteriormente.

[España]

Creación del Registro Central de Titularidades Reales

Real Decreto 609/2023, de 11 de julio, por el que se crea el Registro Central de Titularidades Reales y se aprueba su Reglamento (BOE de 12 de julio de 2023)

Se crea el Registro Central de Titularidades Reales, registro central único en todo el territorio nacional, y se aprueba su reglamento de funcionamiento.

Regula la organización y funcionamiento del nuevo organismo, el tratamiento de la información, los datos que deben ser facilitados al registro, las personas legitimadas para acceder y la forma de acceso, así como la interconexión con la plataforma central europea y la protección de datos personales. Además, se contempla la incorporación al registro de datos de carácter histórico existentes sobre las personas jurídicas, entidades o estructuras sin personalidad jurídica, como los *trust*.

La norma prevé el cierre registral en caso de incumplimiento de la obligación de identificación e información al registro y regula el traspaso de datos entre el Registro de Titularidades Reales y los distintos registros de personas jurídicas. Asimismo, establece que se presumirá acreditado el interés legítimo en el conocimiento de la información relativa a la titularidad real cuando se trate de medios de comunicación o de organizaciones de la sociedad civil que presentan relación con la prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Inversiones extranjeras en España

Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores (BOE de 5 de julio de 2023)

El nuevo Real Decreto de Inversiones Exteriores, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de septiembre, regula (i) las obligaciones de declaración de inversiones extranjeras en España a efectos estadísticos, que deben realizarse con posterioridad al cierre de las operaciones objeto de declaración; (ii) las obligaciones de declaración de inversiones españolas en el exterior a estos mismos efectos; y (iii) como cuestión más relevante, modifica y desarrolla los mecanismos de control de inversiones extranjeras directas en virtud de los cuales determinadas operaciones de inversión requieren de autorización administrativa previa, tanto el previsto con carácter general en el 7 bis de la Ley 19/2003 como el relativo a actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, hasta ahora recogido en el artículo 11 del Real Decreto 664/1999, y el relativo a adquisiciones de inmuebles de destino diplomático de Estados no miembros de la Unión Europea, así como un nuevo régimen para inversiones en actividades directamente relacionadas con armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos de uso civil u otro material de uso por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

El Real Decreto, que recoge por escrito algunos criterios interpretativos que ya venían aplicando las autoridades, introduce como una de las novedades más relevantes la reducción del plazo general de resolución de solicitudes de autorización de seis a tres meses. Además:

- i. para el mecanismo de control del artículo 7 bis de la Ley 19/2003, se establece un nuevo sistema de exenciones que varía en función del sector de actividad de la empresa en que se invierta; y
- ii. establece un nuevo marco de control para inversiones en defensa nacional, armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos de uso civil, en el que la principal novedad es el establecimiento de excepciones al control en defensa para inversiones que no alcancen el 5 % de sociedades y, con sujeción a ciertos requisitos, cuando se alcance entre el 5 % y el 10 %.

Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles

Real Decreto-ley 5/2023, 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)

Transpone la Directiva (UE) 2019/2121, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, y deroga la anterior Ley 3/2009, de modificaciones estructurales.

La nueva norma regula por primera vez dentro de la Unión Europea las transformaciones y escisiones transfronterizas (con formación de nuevas sociedades), y modifica las operaciones transfronterizas de modificación estructural de sociedades mercantiles, estableciendo un marco normativo único que extiende, en la medida de lo posible, el régimen de las operaciones intraeuropeas a las extraeuropeas para evitar asimetrías y diferencias que pudieran favorecer fenómenos de *forum shopping*.

Introduce importantes novedades, entre las que se incluyen (i) la necesidad de que se realicen dos informes por parte de los administradores, uno dirigido a los socios y otro a los trabajadores, o se cree un único informe con una sección específica dirigida a cada uno de estos; (ii) la eliminación del tradicional derecho de oposición de los acreedores, ahora sustituido por la posibilidad de los acreedores de solicitar el derecho a obtener garantías "adecuadas" por parte de la sociedad si demuestran que la operación pone en riesgo la satisfacción de sus derechos; o (iii) la exigencia de contar con informes que acrediten encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributaria y de la Seguridad Social.

La estructura de la nueva ley difiere de la norma anterior. Así, por ejemplo, contiene (i) disposiciones comunes aplicables a todas las modificaciones estructurales (sean internas o transfronterizas), como la elaboración del proyecto de modificación estructural, los informes del órgano de administración y de expertos independientes, la aprobación de la operación y protección de socios y acreedores; (ii) normas específicas para cada tipo de modificación interna, y (iii) reglas generales para las modificaciones estructurales transfronterizas, tanto intraeuropeas como extraeuropeas, y reglas específicas para cada tipo.

Reglamento del Registro Mercantil

Real Decreto 442/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y por el que se traspone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades (BOE de 14 de junio de 2023)

Aborda diferentes aspectos sobre publicidad e interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades de los Estados miembros de la Unión Europea. Contempla la posibilidad de abrir y registrar de forma telemática una sucursal en otro Estado miembro y los obliga a informarse mutuamente sobre los cierres de sucursales y las modificaciones de razón o de domicilio social. Introduce también disposiciones que afectan al sistema de publicidad registral, al funcionamiento de los registros mercantiles y al coste del servicio prestado.

[Portugal]

Regulamentação do Regime Jurídico das obrigações cobertas, das obrigações hipotecárias e das instituições de crédito hipotecário

Regulamento da CMVM n.º 2/2023 (DR Série II, de 28 de julho de 2023)

No dia 28 de julho de 2023, foi aprovado o Regulamento da CMVM n.º 2/2023, de 28 de julho, que visa concretizar os termos em que a transmissão de competências de supervisão de todos os programas de obrigações cobertas — assim como de todos os programas de obrigações hipotecárias e do setor público, aprovados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de março (“Decreto-Lei n.º 59/2006”) — do Banco de Portugal para a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (“CMVM”), operada pelo Regime Jurídico das Obrigações Cobertas (daqui em diante “RJOC”), introduzido na nossa ordem jurídica pelo Decreto-Lei n.º 31/2022, de 6 de maio.

Este diploma visa principalmente a simplificação dos deveres de reporte dos emitentes de forma a assegurar a estabilidade e a qualidade dos programas de obrigações cobertas portuguesas.

Deste modo, o diploma alarga a sua aplicação aos emitentes de obrigações cobertas, aos emitentes de obrigações hipotecárias e obrigações do setor público, cujas emissões vigentes tenham sido aprovadas pelo regime jurídico previsto no Decreto-Lei n.º 59/2006, aos auditores e às unidades orgânicas dos emitentes que sejam responsáveis pelo acompanhamento da garantia global de obrigações cobertas.

Desde logo, os pedidos de autorização de programas de obrigações cobertas devem ser instruídos com uma série de elementos enunciados na lei, a saber: (i) cópia da ata da reunião do órgão de administração em que a deliberação de aprovação do programa haja sido tomada e da qual constem as informações exigidas pelo RJOC; (ii) políticas, processos e metodologias de aprovação, alteração, recondução e refinanciamento dos empréstimos incluídos na garantia global; (iii) detalhe da composição da garantia global e de outros elementos que demonstrem o cumprimento do RJOC; (iv) programa operacional que define o processo de emissão das obrigações cobertas; (v) informação sobre os membros da administração e colaboradores afetos ao programa de obrigações cobertas; (vi) informação sobre a estrutura de administração, monitorização, gestão e controlo da garantia global e relatório do auditor independente ou da unidade orgânica com funções de acompanhamento de garantia global para efeitos de autorização do programa.

Ademais, tais pedidos devem ser acompanhados de uma declaração do órgão de administração do emitente, na qual devem estar preenchidos os requisitos aplicáveis, especialmente quanto aos registos dos ativos que compõem a garantia global nos termos legais e regulamentares aplicáveis.

Além disso, deve referir-se que o regulamento obriga a que os emitentes enviem semestralmente para a CMVM um mapa com a descrição detalhada da composição da garantia global dos programas e emissões em curso, assim como um mapa de liquidez relativo a cada programa em curso.

Por sua vez, perante certas circunstâncias, o Regulamento confere aos obrigacionistas a possibilidade de requerer à CMVM o acesso à informação sobre os ativos que integram a garantia global.

A par da regulamentação do disposto no RJOC, o diploma também dispensa um capítulo relativo às obrigações hipotecárias e às obrigações do setor público que tenham sido aprovadas sob a égide do Decreto- Lei n.º 59/2006 e que não tenham sido convertidas para obrigações cobertas.

O presente Regulamento entrou em vigor no passado dia 29 de julho de 2023.

2. Jurisprudencia

[Espanña]

Depósito de cuentas anuales de una sociedad anónima deportiva

Resolución de 12 de julio de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 28 de julio de 2023)

En el expediente se dilucida si una sociedad anónima deportiva se encuentra o no obligada a verificación contable por el mero hecho de serlo y, en consecuencia, a presentar junto con los documentos de las cuentas anuales el informe de auditoría (artículo 279 de la LSC).

La DGSJFP indica que de la documentación aportada no resulta que la sociedad posea la condición de sociedad obligada a verificar sus cuentas anuales y, en consecuencia, a depositar junto con ellas un informe de verificación llevado a cabo por un auditor de cuentas.

La DGSJFP afirma que no existe una disposición legal que sujete a las sociedades anónimas deportivas a la obligación de verificar sus cuentas anuales por la mera circunstancia de poseer dicha forma jurídica. Entiende que de la Ley 39/2022, del Deporte, al igual que el Real Decreto 1251/1999, sin tanta claridad y determinación como hubiera sido deseable, pero precisamente por ser así, no puede deducirse la existencia de una obligación legal.

La DGSJFP acordó estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora.

Convocatoria de junta general de una sociedad limitada

Resolución de 11 de julio de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 28 de julio de 2023)

Se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales por no constar la forma en que fue convocada la correspondiente junta general y por no haberlo sido con la antelación requerida, a pesar de que los estatutos estableciesen como forma de convocatoria la comunicación individual y escrita del artículo 173.2 de la LSC.

Respecto al primer defecto, el apelante se limita a indicar que se enviaron cartas individuales por escrito a los socios de conformidad con el citado artículo, por lo que la DGSJFP entiende

que el punto dudoso se circunscribe a apreciar si la referida circunstancia se encuentra reflejada en el documento incorporado a dicha escritura. Este documento consistía en un escrito titulado "convocatoria", donde consta el emplazamiento a los socios para concurrir a una junta general extraordinaria, determinando el lugar, día y hora de su celebración, así como el correspondiente orden del día, y fue entregado en mano a todos los socios, excepto a uno, al que se le remitió por correo certificado. La DGSJFP entiende que en la escritura constan las menciones necesarias para entender que la convocatoria se efectuó mediante carta.

Respecto al segundo defecto, la DGSJFP indica que el artículo 176 de la LSC insiste en que en los casos de comunicación individual a cada socio, el término de quince días se computará a partir de la fecha en que se hubiere remitido la convocatoria al último de ellos. Dado que en el propio expediente consta que la convocatoria se envió el día 25 de septiembre de 2020 y que la reunión tuvo lugar el día 9 de octubre de 2020, la junta no fue convocada con la antelación requerida.

La DGSJFP acordó estimar parcialmente el recurso, revocando el primer defecto y confirmando el segundo.

Disolución y liquidación de una sociedad limitada

Resolución de 21 de junio de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 17 de julio de 2023)

Se discute si queda debidamente cumplida la exigencia de la LSC que, en sede de liquidación de sociedades, impone al liquidador realizar una manifestación expresa en relación con los eventuales créditos de la sociedad en la escritura pública que documenta el proceso de liquidación.

La DGSJFP indica que, a pesar de que la escritura no hace expresa mención al pago de los acreedores, el balance protocolizado carece de partida alguna de deuda, y en el apartado tercero de la escritura se hace referencia a la inexistencia de acreedores y de operaciones comerciales, créditos o dividendos pasivos pendientes, por lo debe considerarse suficientemente expresivo del cumplimiento de la citada obligación.

La DGSJFP acordó estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora.

Depósito de cuentas anuales de una sociedad limitada

Resolución de 27 de junio de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 14 de julio de 2023)

Se presentan a depósito las cuentas anuales de una sociedad limitada correspondientes al ejercicio 2021. No consta entre los documentos la certificación de aprobación de las cuentas anuales y de aplicación del resultado, aunque sí lo hace un certificado emitido a los efectos del artículo 378.5 del RRM.

El registrador suspende el depósito por falta de acompañamiento del primer certificado, posición que sostiene la propia DGSJFP, al entender que el recurrente confunde dos cuestiones que reciben un tratamiento jurídico y procedimental distinto: por un lado, el procedimiento de depósito de cuentas y, por otro lado, el procedimiento para evitar el cierre registral o para abrir la hoja previamente cerrada por falta de depósito de cuentas anuales.

Para la DGSJFP, el tratamiento procedimental de uno y otro caso es distinto no solo por el distinto libro diario en que debe hacerse la solicitud (artículo 23 del RRM), sino también porque en un caso se practica un depósito de documentación y en el otro una inscripción en el libro de inscripciones, amén del diferente régimen legal que existe para el plazo del asiento de presentación y para el ámbito de la calificación.

La DGSJFP acordó desestimar el recurso y mantener la calificación del registrador.

Reducción del capital de una sociedad limitada por debajo de 3000 euros

Resolución de 13 de junio de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 10 de julio de 2023)

Se deniega la inscripción de reducción del capital social de una sociedad limitada de 3705 a 2115 euros mediante amortización de participaciones previamente adquiridas por la propia sociedad.

El registrador indica que, a su juicio, la regla del capital mínimo de un euro, introducida en la LSC por la Ley 18/2022, de creación y crecimiento de empresas, opera exclusivamente en el momento de constitución de la sociedad y no es aplicable en sucesivas modificaciones de capital respecto a sociedades ya constituidas anteriormente con un capital superior a 3000 euros.

La DGSJFP indica que, de una interpretación literal y sistemática del artículo 4.1 de la LSC, resulta la posibilidad de existencia de una sociedad limitada con un capital social inferior a 3000 euros. Por ello, entiende que la cifra de capital social mínimo a la que se refieren tanto el artículo 5 de la LSC como el artículo 363.1.f) de la misma ley se corresponde con ese capital social mínimo legalmente establecido de un euro. Añade, además, que, admitida legalmente la posibilidad de que una vez creada la sociedad de responsabilidad limitada con un capital inferior a 3000 euros, este permanezca indefinidamente sin alcanzar esa cifra, y no puede rechazarse que otra sociedad constituida con un capital social superior lo reduzca por debajo de esta cantidad sin entrar en una contradicción, pues sí se admitiría, por ejemplo, que dicha sociedad fuese absorbida por otra sociedad constituida con un capital inferior a 3000 euros.

La DGSJFP estimó el recurso y revocó la calificación impugnada.

Acefalia de una sociedad en liquidación

Resolución de 1 de junio de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 29 de junio de 2023)

En la escritura objeto de calificación el liquidador de una sociedad eleva a público una serie de acuerdos adoptados por la junta general universal de una sociedad, entre los que se incluyen (i) la dimisión del administrador único, que es aceptada, decidiéndose no nombrar a ningún otro; (ii) la disolución de la sociedad conforme al artículo 368 de la LSC; y (iii) la exigencia de nombramiento de liquidador, sin que ninguno de los socios se postule para ocupar el cargo ni tampoco se tenga conocimiento de ninguna persona que pudiera aceptar hacerse cargo. En el propio día, el administrador cesado expide la certificación de los acuerdos adoptados en concepto de liquidador y, días después, los eleva a público actuando en concepto de liquidador por ministerio legal.

El registrador califica negativamente la citada escritura por entender que tal persona no puede actuar como liquidador.

La DGSJFP afirma que la finalidad del artículo 376.1 de la LSC es proteger a la propia sociedad de una situación de acefalia y que, por ello, debe interpretarse del modo más adecuado para lograr dicho efecto. Así, en ausencia de voluntad expresa de la junta general de que la sociedad quede sin persona que la represente y administre, procede entender que el administrador dimitido queda convertido en liquidador, sin que la mera objeción de que la dimisión preceda al acuerdo de disolución pueda desvirtuar aquella conclusión, teniendo en cuenta que todos los acuerdos que se certifican y elevan a público se han adoptado en la misma junta.

La DGSJFP acuerda estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

Aumento de capital de una sociedad limitada. Desembolso

Resolución de 30 de mayo de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 28 de junio de 2023)

Se elevan a público determinados acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad limitada en los que se aprobaba un aumento del capital social en 100 euros, con aportaciones dinerarias, mediante la creación de 100 participaciones sociales de un euro de valor nominal, con una prima total de 99.900 euros (999 euros por participación).

La registradora fundamenta su negativa a practicar la inscripción solicitada alegando que “no existe la cantidad aumentada” en la fecha de emisión de la certificación bancaria con la que se pretende acreditar la realidad de las aportaciones, emitida dos días después de la fecha del citado acuerdo de aumento, cuyo saldo asciende a un total de 52.639,63 euros.

La parte recurrente alega haber realizado dichos ingresos previamente, de conformidad con la LSC, que permite que se realicen los correspondientes desembolsos en los dos meses anteriores a la fecha de acuerdo del aumento, pero no exige que el importe desembolsado permanezca en la

cuenta en la fecha en que otorga la escritura por la que se eleva el acuerdo ni aquella en que se expide la certificación.

La DGSJFP entiende que la objeción de la registradora no puede ser mantenida, pues la referida certificación bancaria acredita que se había producido el desembolso de la aportación dineraria con anterioridad a la fecha de adopción del acuerdo cuya inscripción se solicita, a pesar de que en la fecha de emisión de dicha certificación el saldo vigente en la cuenta fuese inferior a la cantidad resultante del aumento de capital y la prima acordada.

La DGSJFP acuerda estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Estructura de un consejo de administración

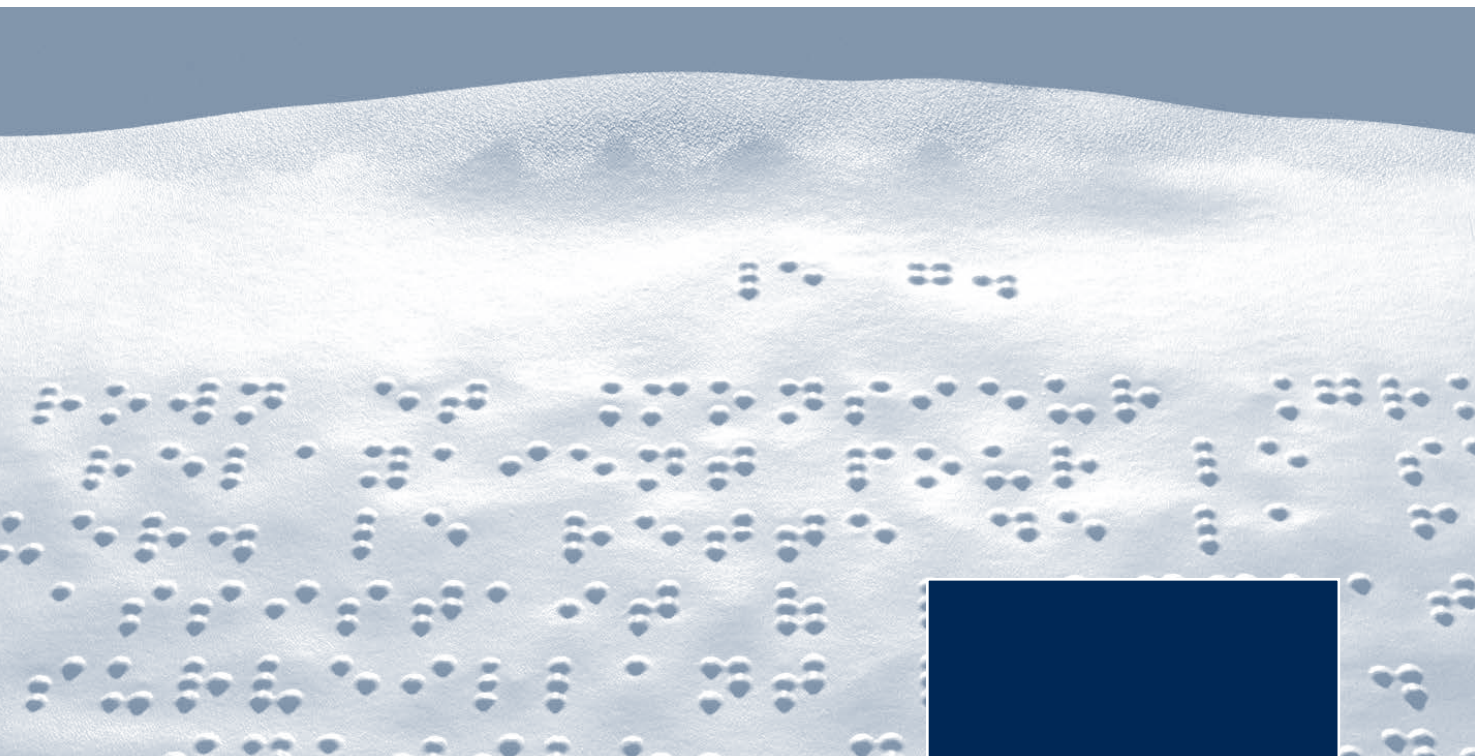
Resolución de 23 de mayo de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 16 de junio de 2023)

En el expediente se discute la posibilidad de que en un consejo de administración, formado por tres miembros, para el que son designados dos miembros personas físicas y un tercero persona jurídica, se designe como representante de la persona jurídica a dichos efectos a una de las otras dos personas que componen dicho consejo.

La DGSJFP precisa que el consejo de administración ha de actuar de forma colegiada y adoptar decisiones por mayoría, por lo que es necesario desechar aquellas fórmulas que equivalgan a otorgar un potencial derecho de veto a alguno de los integrantes del órgano colegiado, como sucedería en este caso, ya que la adopción de acuerdos por mayoría requeriría necesariamente la anuencia del consejero designado en una doble condición.

La DGSJFP acordó desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación impugnada.

9 de septiembre de 2023



Procesal Civil

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[España]

Guerra en Ucrania. Respuestas económicas y sociales

Real Decreto-ley 5/2023, 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)

Una de las muchas modificaciones legislativas introducidas por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, es la profunda reforma del recurso de casación civil, contencioso-administrativo, social y penal. Uría Menéndez publicó el 29 de junio una nota en la que se resumen las novedades de esta reforma (puede consultarse [aquí](#)).

En lo que al recurso de casación civil atañe, conviene subrayar que el Real Decreto-ley 5/2023 elimina el recurso extraordinario por infracción procesal. Permanece únicamente, por tanto, el recurso de casación, que podrá fundarse en la infracción de normas sustantivas o procesales, siempre que concurra interés casacional. Se elimina también el acceso directo al recurso de casación de los asuntos de cuantía superior a 600.000 euros.

Se mantiene el concepto de interés casacional, pero se limita al supuesto relativo a que la sentencia recurrida aplique normas sobre las que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo (eli-

* Esta sección ha sido coordinada por Antonio José Moya Fernández y Linda Guerra Henríquez, y en su elaboración han participado Miguel Ángel Cepero Aránquez, 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).

minando el requisito temporal de que la norma no lleve más de cinco años en vigor). Además, se introduce la figura del *interés casacional notorio*, que podrá apreciar la Excma. Sala solamente cuando la resolución recurrida verse sobre una cuestión de interés general para la interpretación de la norma aplicable. En particular, se entenderá que existe interés general cuando la cuestión afecte potencial o efectivamente a un gran número de situaciones, bien en sí misma, o bien por trascender del caso objeto del proceso.

Se introducen también nuevas normas sobre la admisión del recurso de casación. En concreto, se habilita a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo para que regule la extensión, formato y otras formalidades de los recursos (como ya ocurre en el recurso contencioso-administrativo), que hasta ahora tenían un valor orientativo. De acuerdo con esa habilitación, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo ha fijado, mediante acuerdo de 8 de septiembre de 2023, las directrices sobre la extensión y los requisitos formales que han de reunir los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación civil.

Con esta reforma, se ha aprovechado, entre otras cosas, para positivizar algunas de las causas de inadmisión del recurso de casación que, hasta la fecha, solo constaban en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 y eliminar la providencia de puesta de manifiesto a las partes de posibles causas de inadmisión (hasta la fecha, artículo 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "LEC").

Por último, en el caso de que la Excma. Sala estime que ya existe doctrina jurisprudencial sobre la cuestión planteada y que la sentencia se opone a ella, el recurso podrá resolverse mediante auto que devolverá el asunto al tribunal de procedencia para que dicte una nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial.

En otro orden, el Real Decreto-ley 5/2023 ha modificado también los artículos 179 y 188 de la LEC al introducir dos nuevas causas de suspensión de los procesos civiles y de las vistas señaladas. Por una parte, podrá suspenderse el curso de un procedimiento por un plazo de entre dos a cinco días hábiles (dependiendo de las circunstancias) por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un cónyuge o persona de análoga afectividad, o de un familiar de primer o segundo grado del abogado interviniente. Por otra parte, se incluye como causa de suspensión del procedimiento el accidente o enfermedad del abogado interviniente mientras dure la baja laboral, hasta un máximo de treinta días hábiles. En el caso del permiso por nacimiento y cuidado del menor, los abogados podrán solicitar la suspensión del procedimiento hasta que finalice el descanso laboral obligatorio.

Las causas de suspensión del procedimiento serán también causas para solicitar la suspensión de una vista. Esta reforma de la LEC entró en vigor el pasado 29 de julio de 2023. De este modo, las nuevas reglas sobre el recurso de casación civil se aplicarán a las sentencias dictadas a partir de esa fecha.

Reglamento del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios

Real Decreto 448/2023, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (BOE de 14 de junio de 2023)

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 ("TRLUCU"), dedica el título II del libro primero al derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios, estableciendo la regulación específica a la que quedan sometidas estas asociaciones cuando tienen un ámbito supraautonómico en su actividad de defensa de los derechos de los consumidores.

Por su parte, el capítulo III del citado título II regula el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (el "Registro"), remitiendo a los capítulos I y II en cuanto al cumplimiento de los requisitos exigidos para su inscripción. Según su artículo 33, *"las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquéllas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios"*. De esta forma, en el TRLUCU se configura un registro único de carácter público, administrativo y estatal gestionado por el Instituto Nacional del Consumo (ahora por la Dirección General de Consumo del Ministerio de Consumo según el art. 7 del Real Decreto 448/2023).

Asimismo, el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 33 remite a un posterior desarrollo reglamentario. A consecuencia de lo anterior, recientemente se ha aprobado el Real Decreto 448/2023, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, que deroga el anterior Real Decreto 825/1990, de 22 de junio.

Tal y como recoge su artículo 1, el objeto es *"(...) regular el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, su estructura y funcionamiento, los requisitos y el procedimiento de inscripción en este y sus relaciones con los restantes registros de asociaciones y demás órganos de la Administración, así como establecer su dependencia orgánica"*.

De acuerdo con el artículo 2, para que las asociaciones tengan acceso al Registro deben tener encaje en alguna de las siguientes definiciones:

- i. Las asociaciones, federaciones, confederaciones y uniones son de ámbito estatal cuando sus funciones se desarrollen en dos o más comunidades o ciudades autónomas y sumen un total de, al menos, 3000 socios individuales de pleno derecho, o de 20.000 socios individuales de pleno derecho en el caso de las cooperativas de consumidores y usuarios.
- ii. Una asociación, federación, confederación o unión de consumidores y usuarios desarrolla su actividad en una comunidad o ciudad autónoma cuando más de 500 socios individuales residan en ella, o 3500 en el caso de las cooperativas de consumidores y usuarios, o esté inscrita en el correspondiente registro autonómico de asociaciones de consumidores y usuarios.

- iii. Las federaciones y uniones de consumidores y usuarios son las entidades promovidas por tres o más asociaciones.
- iv. Las confederaciones son las entidades promovidas por un mínimo de tres federaciones.

Por su parte, el artículo 9 regula los concretos requisitos para que las asociaciones sean inscribibles en el Registro, entre los que destacan que:

- A. Desarrollen sus funciones de forma efectiva en, al menos, dos comunidades o ciudades autónomas, en locales u oficinas no compartidos con empresas de bienes o servicios o profesionales en general, salvo en el caso de cooperativas de consumo en relación con entidades que formen parte del objeto social estatutario de la propia cooperativa, de manera que se evite toda confusión en el desarrollo de sus funciones.
- B. Dispongan en, al menos, una de las comunidades o ciudades autónomas donde desarrollen su actividad de una delegación física abierta al público, dedicada exclusivamente al desarrollo de sus funciones, con atención personal y especializada a los consumidores durante un mínimo de treinta y siete horas semanales.
- C. Dispongan de una página web en la que exista, al menos, un apartado de libre acceso en el que se ponga a disposición de la ciudadanía información actualizada relativa a su denominación legal, NIF, sede social, número de asociados, estatutos, miembros de la junta directiva, oficinas abiertas al público y horario de atención, dirección electrónica de la sede virtual si existiera, teléfono y correo electrónico de contacto, tipos de socios y cuotas anual, memoria anual de actividades, cuentas anuales y cualquier otra información que garantice su independencia.

Entre los derechos que otorga la inscripción en el Registro se encuentran la legitimación para actuar en nombre y representación de los intereses generales, colectivos y difusos de los consumidores, el acceso a ayudas y subvenciones públicas, el disfrute del beneficio de justicia gratuita o la integración en el Consejo de Consumidores y Usuarios, que es el órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios a través de sus organizaciones.

El Real Decreto 448/2023 entró en vigor el pasado 15 de junio de 2023.

2. Jurisprudencia

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la importancia de la calificación del contrato como de agencia o de distribución a los efectos del cálculo de la indemnización por clientela tras su extinción

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 2023

El Tribunal Supremo resuelve la controversia suscitada entre dos sociedades que durante cinco años mantuvieron una relación de colaboración mercantil para la comercialización en España de licencias de *software*.

Una vez finalizada la colaboración entre las sociedades, la mercantil demandante, considerando que el contrato que hasta el momento había regido la relación era de agencia, reclama el pago de la indemnización por clientela prevista en el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia ("LCA"). La demandada se opuso argumentando, entre otras cosas, que el contrato no era de agencia, sino de distribución.

El Alto Tribunal recuerda en esta sentencia que lo que diferencia a un contrato de agencia de un contrato de distribución es que el agente actúa en nombre del empresario promoviendo sus productos a cambio de una remuneración, mientras que el distribuidor actúa en nombre propio comprando los productos al empresario para luego venderlos en el mercado asumiendo el riesgo de las operaciones emprendidas. Y añade que, si el contrato analizado tiene rasgos mixtos, su calificación como contrato de agencia o de distribución dependerá de sus características más relevantes o predominantes.

La Sala destaca, además, que la calificación de la relación como una u otra modalidad de contrato es relevante, pues, si bien la indemnización del artículo 28 de la LCA resulta igualmente aplicable a los contratos de distribución por analogía (aunque no de forma absoluta, sino teniendo en cuenta las particularidades propias del contrato de distribución), la forma de calcular esa indemnización difiere en uno y otro caso. Así, mientras que en los contratos de agencia la indemnización se calcula sobre las comisiones percibidas por el agente, en el contrato de distribución se calcula sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor.

En este caso, el contrato litigioso establecía unas condiciones que excedían de la mera promoción comercial propia del contrato de agencia (como facturar u ofrecer asistencia posventa), motivo por el que el Tribunal Supremo concluye que el contrato era de distribución comercial y condena a la demandada indemnizar en un importe calculado sobre la media de los beneficios netos obtenidos por su contraparte contractual durante el periodo de colaboración.

El Tribunal Supremo declara que la cláusula *rebus sic stantibus* debe introducirse formulando demanda reconvenzional y no por vía de excepción en un escrito de contestación a la demanda, pues no es suficiente para justificar un pronunciamiento específico sobre ella

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de junio de 2023

Este procedimiento versa sobre un desahucio por falta de pago y reclamación de rentas. La parte demandada, al contestar a la demanda, alegó que el retraso en el pago de las rentas y su aplazamiento estaba amparado por la doctrina de la *rebus sic stantibus* y la crisis derivada de la COVID-19.

La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia por considerar enervada la acción de desahucio ejercitada. Sin embargo, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación formulado por la parte demandante y declara resuelto el contrato de arrendamiento.

Las arrendatarias formulan entonces recurso de casación frente a la sentencia de segunda instancia. No niegan el impago de las rentas de determinados meses, pero alegan que el retraso en su pago estaría amparado por la doctrina de la *rebus sic stantibus*, según la cual la alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias en las que se basó la relación contractual, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria generada por la COVID-19 y la consiguiente declaración del estado de alarma, justificaría el aplazamiento.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de segunda instancia. Señala que, en el supuesto de autos, al acumularse a la acción de desahucio por falta de pago la acción de reclamación de rentas, nos encontramos ante un proceso plenario, en el que la parte demandada, además de las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación, puede alegar y probar las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada.

En este proceso plenario, cuya sentencia produce efectos de cosa juzgada, se admite la reconvencción, siempre que no determine la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.

El Alto Tribunal prosigue afirmando, en relación con la oponibilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en los juicios plenarios, que la mera referencia por la vía de excepción en un escrito de contestación a la demanda no es suficiente para justificar un pronunciamiento específico sobre ella, y que su ejercicio requiere su formulación expresa mediante demanda reconvenzional. Esto se debe a que su planteamiento introduce en el proceso una nueva pretensión y se amplía indefectiblemente su objeto como consecuencia del ejercicio de una nueva acción, que debe sustanciarse con todas las garantías, decidiendo si se concede la tutela jurisdiccional pretendida por la parte reconviniente.

En atención a lo anterior, al no ser deducible la cláusula *rebus sic stantibus* como una mera excepción, sino que debió haber sido introducida mediante demanda reconvenzional a juicio del Alto Tribunal, se desestima el recurso de casación.

El Tribunal Supremo declara que la sociedad promotora de un parque fotovoltaico que participa en la inversión y contrata varios *swaps* a través de sociedades podía haber evitado cualquier error en el consentimiento si hubiese observado una diligencia media en su actuación como promotora del proyecto y ofertante de una financiación que ella misma había escogido

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio

Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que resuelve el Alto Tribunal en esta sentencia traen causa de una demanda interpuesta por siete sociedades adquiridas por la sociedad promotora de una planta solar que constaba de 151 unidades de generación fotovoltaica. Para canalizar la inversión en las unidades de generación, se constituyeron 151 sociedades limitadas, siete de las cuales fueron adquiridas por la sociedad promotora del proyecto con la financiación de la entidad bancaria demandada, que llevaba aparejada la contratación de permutas financieras de tipo de interés (*swap*).

Las sociedades adquiridas por la promotora del proyecto ejercitaban acciones de nulidad por ausencia de elementos contractuales esenciales, anulabilidad por error vicio en el consentimiento y responsabilidad contractual por la suscripción de los contratos de permuta financiera de tipo de interés (*swap*) y, tras ver su demanda desestimada en primera instancia y apelación, interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

El Tribunal Supremo, tras desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, entra a conocer del único motivo de casación, en el que se alegaba la infracción de la jurisprudencia del Excm. Sala en materia de error vicio en el consentimiento. El Tribunal Supremo desestima también este motivo por entender que la promotora del parque solar, en su condición de promotora del proyecto, constituyó sociedades, buscó financiación (escogiendo, finalmente, la de la entidad demandada), elaboró presentaciones comerciales y firmó contratos con sus inversores, lo que implicaría que, o bien tuvo conocimiento de la naturaleza y funcionamiento de las permutas, o bien fue negligente en su actuación y ofreció a sus clientes la permuta sin haberse cerciorado de sus características y riesgos.

En suma, la sentencia concluye que el error por vicio en el consentimiento nunca sería excusable y que no puede pretenderse una distinción artificiosa entre la condición de promotora y de inversora de la socia única de las demandantes: *"En este caso, como ya se ha expresado, de concurrir el error, este sería inexcusable pues [la] socia única de las demandantes, lo podía haber evitado si hubiera observado una diligencia media en su actuación como promotora del proyecto [...] y ofertante de una financiación que ella misma había escogido tras consultar con varias entidades financieras"*, sin que se pueda realizar una distinción artificiosa entre la socia única de las demandantes como cliente y esa misma mercantil como promotora del parque solar y ofertante de la financiación.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestima la impugnación de un acuerdo del consejo de administración de una sociedad por el que se aprobó una operación de financiación sindicada de elevado importe y que condicionaba el destino que había de darse a los ingresos obtenidos con la disposición de determinados activos sociales. La sentencia confirma que ese acuerdo no era competencia de la junta de socios ni exigía la mayoría cualificada que los estatutos preveían para adoptar decisiones sobre la disposición de inmuebles

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2023

El consejo de administración de una sociedad anónima no cotizada acordó aprobar una operación de financiación sindicada por la que la sociedad podía acceder a un importe de hasta setenta millones de euros y, entre otros compromisos, asumía la prohibición de disponer de activos con un valor superior a quinientos mil euros, salvo que reinvirtiera el importe obtenido o lo destinara a amortizar la deuda.

El acuerdo se adoptó con el voto favorable de cuatro consejeros y el voto en contra de los dos consejeros restantes. Uno de los consejeros disconformes con el acuerdo lo impugnó mediante demanda en la que sostuvo las siguientes alegaciones (que posteriormente constituyeron los dos motivos del recurso de casación enjuiciado por el Tribunal Supremo):

- i. El demandante manifestaba que el acuerdo adoptado infringía el artículo 160 letra f) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ("TRLSC"), pues, dado que el importe total de activo de la sociedad (ciento treinta y dos millones de euros), la obtención de fondos por importe de setenta millones de euros equivalía a la adquisición de un activo esencial y, por tanto, debía haber sido aprobada por la junta general de socios y no por el consejo de administración.
- ii. Para el supuesto de que se considerara que el consejo era competente para aprobar el acuerdo, el demandante afirmaba que se había vulnerado un artículo de los estatutos de la sociedad que disponía que la adopción por parte del consejo de administración de acuerdos relativos al uso, la disposición o la venta sobre bienes inmuebles de la sociedad exigía el voto favorable del 70 %. Como la operación de financiación aprobada establecía condiciones para la válida disposición de activos de valor superior a quinientos mil euros, el demandante consideraba que el acuerdo, aprobado por el 66,6 % del consejo (cuatro de sus seis miembros), no había alcanzado el porcentaje exigido.

Las sentencias dictadas en primera y en segunda instancia concluyeron, en síntesis, que la financiación aprobada por el consejo de administración era una operación de pasivo, por lo que no encajaba en el supuesto regulado en el artículo 160 letra f) del TRLSC, y que la decisión del consejo de autolimitar sus facultades de disposición de bienes de la sociedad por razones estratégicas de negocio, y en virtud del principio de discrecionalidad empresarial del artículo 226.1 del TRLSC, no era contraria a la cláusula estatutaria sobre la exigencia de mayoría cualificada que se afirmaba infringida. El consejero demandante interpuso recurso de casación frente a la sentencia de apelación arguyendo como motivos la infracción de los artículos 160 letra f) y 226.1 del TRLSC.

En cuanto al primer motivo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con base en una interpretación sistemática y teleológica del artículo 160 letra f) del TRLSC, afirma que ese precepto resulta de aplicación ante supuestos en los que las consecuencias de la adquisición o la transmisión de un activo por parte de una sociedad son equivalentes, por su elevada trascendencia, a los efectos que producen las decisiones cuya adopción está reservada por ley a la junta general de socios. La Sala de lo Civil trae así a colación la doctrina de las “competencias implícitas o no escritas” de la junta general, asumida en su jurisprudencia, que determina que corresponde a la junta de socios la adopción de aquellas decisiones que, pese a que por su naturaleza pudieran parecer competencia de los administradores, comportan una incidencia sustancial en la posición jurídica y económica de los socios o en la estructura de la sociedad y producen un efecto equivalente al de aquellos acuerdos que la ley reserva a los socios (como las modificaciones estructurales o estatutarias).

Atendiendo a ello, y tras dejar apuntado que las operaciones de financiación no tienen en principio encaje en el artículo 160 letra f) del TRLSC, salvo que aparejen la disposición de activos, la sentencia afirma que el acuerdo de la junta de socios únicamente sería necesario cuando la operación de financiación “*pusiera en riesgo la viabilidad de la sociedad*”, “*modificara sustancialmente el desarrollo de su actividad*” o “*alterara profundamente el cálculo de riesgo inicial de los socios o su posición de control*”. Para valorar si la concreta operación objeto de *litis* producía esas relevantes consecuencias, la Sala de lo Civil pone de relieve determinadas circunstancias fácticas del supuesto enjuiciado: (i) la financiación no comportaba la transmisión de activos afectos a la actividad de la sociedad ni la constitución de garantías sobre ellos; (ii) parte del elevado importe de la financiación se destinaba a sustituir una financiación ya existente, y permitía poner en marcha un plan de negocio aprobado previamente y que no había sido impugnado; y (iii) con la operación se pretendía obtener liquidez para continuar con la actividad propia de la sociedad conforme a su objeto social.

A la vista de lo anterior, la sentencia concluye que la aprobación de la operación de financiación, pese a su elevado importe, era un acto de gestión cuyas consecuencias no alteran sustancialmente la posición de los socios ni la situación jurídica o económica de la sociedad. En consecuencia, no es una decisión subsumible en el supuesto de hecho del artículo 160 letra f) del TRLSC, por lo que su adopción es competencia del consejo de administración y no de la junta de socios.

Tras desestimar el primer motivo de casación, la Sala de lo Civil pasa a examinar si el acuerdo aprobado exigía un voto favorable superior al que obtuvo conforme a lo establecido en los estatutos sociales. A este respecto, la Sala de lo Civil comienza apuntando que el principio de discrecionalidad empresarial de los administradores, reconocido en el artículo 226 del TRLSC, no ampara la legalidad de los acuerdos que se aprueban sin alcanzar la mayoría cualificada si los estatutos la exigen. Por tanto, es necesario entrar a valorar si, como afirmaba el consejero demandante, la operación de financiación afectaba al uso, la disposición o la venta sobre bienes inmuebles de la sociedad, pues en tal caso el acuerdo habría necesitado el voto favorable de al menos un consejero más para alcanzar el porcentaje exigido por los estatutos.

La sentencia concluye a este respecto que la obligación de emplear las cantidades obtenidas con la venta de determinados activos a reinvertir en la sociedad o a amortizar la deuda contraída, prevista en el marco de la operación de financiación, no es equivalente a acordar ni directa ni indirectamente el uso, la disposición o la venta de activos. En efecto, la operación de financiación no

limitaba la decisión de disponer de activos inmobiliarios —que es para lo que los estatutos exigían un porcentaje de voto favorable del 70 %—, sino que afectaba a otra decisión distinta: la de determinar el destino que había de darse a los importes obtenidos a resultas de esa disposición. En consecuencia, la sentencia desestima también el segundo motivo del recurso casación y concluye que el acuerdo impugnado se adoptó válidamente.

La Sala Primera del Tribunal Supremo reitera que es necesario promover el incidente excepcional de nulidad de actuaciones con carácter previo a la interposición de una demanda de error judicial. Al no haber utilizado el demandante este cauce procesal, no se dio ocasión al Poder Judicial del Estado de remediar el error judicial en el que se había incurrido

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio

La sentencia aquí reseñada analiza la posible existencia de un error judicial en el que habría incurrido un juzgado de primera instancia al resolver un litigio en materia de servidumbres. En esta disputa, la parte actora había ejercitado una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, y la cuantía del procedimiento se había fijado en 1.000 euros, por lo que se tramitó por el cauce del juicio verbal. A pesar de que todo el debate procesal se había centrado en determinar la existencia o inexistencia de una servidumbre negativa de luces y vistas, el órgano judicial de primera instancia declaró la existencia de una servidumbre positiva de luces y vistas.

La parte actora recurrió en apelación dicha sentencia, pero el recurso fue inadmitido al no superar la cuantía del procedimiento los 3000 euros.

Tras esta inadmisión, la parte actora interpuso una demanda de error judicial en la que se alegaba que la sentencia de la primera instancia incurría en falta de motivación y había sido incongruente al calificar como positiva, sin que ninguna de las partes procesales así lo hubiera sostenido, la mencionada servidumbre de luces y vistas.

El Tribunal Supremo señala que, tratándose de un procedimiento verbal por razón de cuantía por importe no superior a 3000 euros, la sentencia de primera instancia a la que se le imputa el error judicial no era susceptible de ser recurrida en apelación. Por ello, la única manera de dar a los órganos judiciales del Estado la posibilidad de subsanar la infracción cometida era utilizar la vía del incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Así, el Alto Tribunal señala que la incongruencia y falta de motivación de la sentencia de primera instancia denunciadas suponen la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española, por lo que la parte actora estaba facultada para invocar este cauce procesal y tratar de obtener la reparación de este derecho fundamental cuya vulneración se estaba alegando.

En consecuencia, el Tribunal Supremo se remite a su jurisprudencia e indica que es necesario acudir al incidente excepcional de nulidad de actuaciones antes de interponer una demanda de error judicial. Al no haber utilizado la parte demandante este cauce procesal, el Alto Tribunal desestima la demanda de error judicial por no haberse agotado previamente todos los mecanismos procesales para permitir la subsanación del error.

El Tribunal Supremo, en el marco de un proceso de división de la herencia en el que se discute la interpretación y aplicación de los artículos 841 y ss. del Código Civil, determina que ante la falta de aceptación de una propuesta de liquidación por el resto de herederos o de aprobación judicial, esta no puede entenderse realizada, por lo que los bienes deben valorarse atendiendo al momento en el que se procede a su distribución, y, en todo caso, los herederos tienen la posibilidad de instar la vía judicial de división de la herencia

Sentencia del Tribunal Supremo 1019/ 2023, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2023

La Excm. Sala interpreta y aplica los artículos 841 y ss. del Código Civil, que permiten al testador adjudicar todos o parte de los bienes de la herencia a alguno o algunos de sus descendientes, ordenando el pago en metálico extra hereditario de la porción hereditaria, incluida la legítima, a los demás herederos forzosos.

La controversia jurídica, en este caso, se enmarca en un supuesto en que el causante otorgó testamento en el que disponía que las participaciones indivisas de un edificio, del cual era titular y conformaban el objeto de su herencia, fueran distribuidas equitativamente entre dos de sus herederos, y ordenaba que realizasen el pago en metálico de la porción hereditaria correspondiente a los demás herederos. Para ello, expresamente se nombró contadores para que llevasen a cabo la adjudicación, así como la liquidación para establecer las cantidades que los adjudicatarios deberían abonar al resto de los herederos.

En uso de la facultad conferida, los dos adjudicatarios aceptaron la conmutación e iniciaron un expediente para consignar judicialmente la cantidad que ofrecían al resto de herederos. Debido a que no fue aceptado en su momento por el resto de los herederos, el expediente caducó.

Años después, una nieta del causante solicitó judicialmente la división de la herencia conforme a las disposiciones generales sobre partición, por lo que se nombró un contador que elaboró un cuaderno particional. La nieta alegó que debía procederse de esta forma, ya que el expediente estaba caducado y ninguno de los herederos había cobrado el pago en metálico.

Los sucesores de los dos herederos adjudicatarios se opusieron al procedimiento de división de la herencia alegando que era inadecuado. Esgrimieron que no había nada que repartir, ya que todos los interesados en la herencia tenían admitido desde hace años que el único bien de la herencia eran unas partes indivisas de la propiedad de un edificio, cuotas que les adjudicaron por imperativo testamentario. En consecuencia, su derecho hereditario se habría transformado por efecto de la conmutación en dinero ordenada por el testador en un derecho de crédito, y para reclamar ese derecho de crédito, en este caso la nieta, debía haber acudido a un procedimiento ordinario en el que se valorara la cuota indivisa del inmueble, dado que estaba arrendado y con derecho de prórroga indefinida, lo que el contador no había tenido en cuenta. Asimismo, alegaron la prescripción del derecho de crédito.

El procedimiento llegó al Tribunal Supremo, que resuelve que, ante la falta de una adjudicación directa de la propiedad exclusiva de los bienes hereditarios por el testador, nombrando contado-

res para que lleven a cabo la adjudicación y la liquidación, no se puede considerar que los dos herederos adjudicatarios tengan un derecho de titularidad consolidado y tampoco que los derechos de los demás herederos sean meros derechos de crédito.

Asimismo, considerando que la propuesta de los dos herederos adjudicatarios no fue aceptada por el resto de los herederos ni aprobada judicialmente, la Excma. Sala resuelve que no puede entenderse realizada la conmutación de las cuotas de los demás herederos por créditos en dinero, y se debe reconocer a los herederos la posibilidad de instar la vía judicial de división de la herencia.

Por último, respecto a la determinación del valor de la cantidad que deben percibir el resto de los herederos, el Tribunal Supremo recuerda que el artículo 847 del Código Civil determina que se atenderá al valor de los bienes al tiempo de liquidar la porción correspondiente, por lo que no es correcto tomar el valor de los bienes cuando se notificó la propuesta de los adjudicatarios, que nunca fue aceptada.

El Tribunal Supremo resuelve que un procedimiento de determinación de la filiación, que por naturaleza corresponda a un adoptado (artículo 180.4 del Código Civil), tiene efectos de cosa juzgada respecto de una acción de extinción de la adopción (artículo 180.2 del Código Civil)

Sentencia del Tribunal Supremo 1059/2023, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2023

En este caso, el procedimiento que resuelve la Sala trae causa de otro anterior en el que se ejercitó una acción de determinación de la filiación por el progenitor contra los padres adoptivos, con sentencia estimatoria de la demanda en primera instancia. Los padres adoptivos recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso en el único sentido de precisar que la paternidad por naturaleza establecida solo tenía efectos declarativos, conforme regula el artículo 180.4 del código Civil.

Posteriormente, el padre biológico interpuso demanda contra los padres adoptivos en la que solicitaba la extinción de la adopción. Sin embargo, el Tribunal Supremo, confirmando los pronunciamientos de las instancias inferiores, rechaza los argumentos alegados por el padre biológico, que afirmaba que debía partirse de la sentencia anterior que declaraba con meros efectos declarativos que es el padre biológico y que ello no impedía reconocer su legitimación activa para ejercitar la acción de extinción de la adopción, que se regula en el artículo 180.2 del Código Civil.

El Alto Tribunal argumenta que, aunque en el procedimiento anterior no se ejercitaba la acción de extinción de la adopción (artículo 180.2 del Código Civil), sino la de determinación de la filiación por naturaleza, sí se planteó y se discutieron los efectos de tal determinación y, con apoyo en la norma que establece que la determinación de la filiación por naturaleza no afecta a la adopción (artículo 180.4 del Código Civil), la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en el procedimiento de filiación, a instancias de los padres adoptivos, precisó que la determinación de la filiación biológica tenía una eficacia meramente declarativa, por lo que no hace nacer el vínculo jurídico de la filiación. De esta manera, al padre biológico ni se le pudo tener por progenitor

cuando se constituyó la adopción ni se le debe tener por progenitor después de la determinación de la filiación por naturaleza.

Por ello, el Tribunal Supremo considera acertada la conclusión de la Audiencia Provincial relativa a que lo dispuesto en el artículo 180.4 del Código Civil impide que pueda ejercitarse la acción de extinción de la adopción, ya que esa cuestión fue resuelta por la sentencia de filiación con efectos de cosa juzgada.

Concursal. Si el administrador concursal hubiera desempeñado su actividad con la diligencia debida habría evitado el daño en el patrimonio de la acreedora, razón por la cual se le condena al pago de las rentas insatisfechas que compensan la indebida indisponibilidad del inmueble

Sentencia núm. 1065/2023 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 de junio

La presente sentencia trae causa del concurso de acreedores de Omega Royal Estate, S.L. (“Omega”), sociedad que desarrollaba un negocio de apartahotel en el que parte de los inmuebles explotados pertenecían a Nueva Aurora, S.L. (“Nueva Aurora”). Omega fue declarada en concurso de acreedores por auto de 11 de noviembre de 2010, en el que se nombró administrador concursal a Leopoldo. Durante el concurso, el apartahotel se siguió explotando hasta que cesó su actividad el 30 de octubre de 2013, aunque durante este tiempo no se pagó ninguna de las rentas devengadas a Nueva Aurora.

En ese contexto, Nueva Aurora interpuso incidente concursal ejercitando una acción de responsabilidad frente a Leopoldo *ex art.* 36.6 de la antigua Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“LC”). Solicitaba una indemnización de 3.023.085,04 euros que se correspondía con las rentas generadas y adeudadas durante el concurso, y el coste generado por la falta de mantenimiento del inmueble. El juzgado de lo mercantil desestimó la demanda, por entender que Nueva Aurora no había acreditado muchas de las conductas que denunciaba y, respecto de las que había acreditado, no se apreciaba una eficiente relación de causalidad.

En la segunda instancia, la Audiencia Provincial de Cádiz consideró acreditadas diferentes irregularidades contables imputadas a Leopoldo, entre otras, que la contabilidad no reflejaba la imagen fiel de la concursada, al no contener ni los activos ni los pasivos reales, que se alteró el orden de pagos sin causa justificada y que existían partidas bancarias sin reflejo contable. Por todo ello, la sentencia de segunda instancia condenó a Leopoldo a indemnizar a Nueva Aurora la cantidad de 2.513.050,96 euros por las rentas generadas desde la declaración de concurso hasta diciembre de 2013 (momento en el que cesó de su cargo como administrador concursal).

La Sala Primera del Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinarios interpuestos por Leopoldo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz. En la sentencia que ahora nos ocupa, nuestro Alto Tribunal recuerda que para que prospere la acción ejercitada es necesario que la actuación del administrador haya contrariado los deberes de diligencia mínimos y esenciales propios del cargo y que esta conducta sea la causante del perjuicio de la acreedora.

En el caso enjuiciado, la Sala Primera concluye que el perjuicio sufrido por la actora consiste en no haber podido disponer del inmueble desde la declaración de concurso (noviembre de 2010) hasta el momento en el que Leopoldo cesó de su cargo (diciembre de 2013) y en no haber cobrado las rentas durante el tiempo en que no pudo disponer del inmueble. Por ello, el Tribunal Supremo colige que estas rentas impagadas son la materialización del perjuicio que supone no poder disponer y explotar el inmueble, al haber sido explotada por la concursada sin atender al pago de esas rentas.

Respecto de la falta de diligencia del administrador concursal, la Sala Primera concluye que, aunque la declaración de concurso no conlleva el cese de la actividad empresarial (artículo 44.1 LC), esa circunstancia no implica que un establecimiento empresarial deba mantenerse abierto en todo caso. En el caso que nos ocupa, la actividad resultaba claramente ruinoso y no existían visos de viabilidad en el corto o medio plazo, por lo que Leopoldo debía haber promovido el cierre de esa actividad para no generar más pasivo. En otras palabras, si el administrador concursal hubiera desempeñado su actividad con la diligencia debida habría evitado el daño, razón por la cual se hace responsable de la indemnización solicitada por la acreedora.

Concursal. El Tribunal Supremo establece que el ofrecimiento de un acuerdo extrajudicial de pagos a un acreedor al que se le adeuda una cuantía muy reducida constituye fraude de ley e impide que se puedan apreciar los requisitos para la exoneración del pasivo insatisfecho

Sentencia n.º 1049/2023 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 28 de junio

En el caso de autos, una persona física hizo una petición formal de acuerdo extrajudicial de pagos. Sus dos únicos deudores eran la Hacienda Foral de Guipúzcoa (a la que adeudaba 355.102,97 euros) y la Asesoría Jakin, S.L., una sociedad mercantil a la que adeudaba 500,1 euros.

La petición de acuerdo extrajudicial de pagos únicamente tuvo que dirigirse frente a Asesoría Jakin, S.L., dado que la Hacienda Foral de Guipúzcoa no podía verse afectada por el acuerdo al ser una entidad pública.

Asesoría Jakin, S.L., rechazó el acuerdo ofrecido por el deudor y este, de forma inmediata, instó el concurso de acreedores. Una vez concluido el concurso, la persona física solicitó la exoneración del pasivo insatisfecho por la vía del ordinal 4.º del artículo 178 bis.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La Hacienda Foral de Guipúzcoa presentó una demanda para oponerse a esta petición, al considerar que el deudor no había cumplido con el requisito exigido para la exoneración del pasivo insatisfecho consistente en que hubiese un intento real de llegar a un acuerdo extrajudicial. Tanto el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Donostia como la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa entendieron que la demanda debía ser estimada.

Las sentencias del Juzgado y la Audiencia Provincial fueron confirmadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo, al fijar que:

- i. El tercer apartado del artículo 178 *bis* de la Ley Concursal exige que, para la exoneración del pasivo insatisfecho, el deudor debe ser de buena fe. Este requisito se entenderá cumplido si el concurso no ha sido calificado culpable (ordinal 1.º del artículo 178 *bis*.3), si el deudor no ha sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales (ordinal 2.º); y si el deudor ha intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la apertura del concurso (ordinal 3.º). Además, se exigen una serie de requisitos adicionales en función de si lo que se pretende es una exoneración inmediata o diferida, en un plazo de cinco años.
- ii. El requisito recogido en el ordinal 3.º del artículo 178 *bis*.3 de la Ley Concursal se entenderá cumplido, en líneas generales, con el mero hecho de que haya instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.
- iii. Sin embargo, en el caso de autos concurren circunstancias excepcionales que llevan a la conclusión que el deudor realmente no intentó un acuerdo extrajudicial de pagos y que, en consecuencia, la exoneración del pasivo insatisfecho resulta improcedente.

En concreto, el Tribunal Supremo entiende que el deudor ha realizado un uso fraudulento del mecanismo de segunda oportunidad al ofrecer el acuerdo a Asesoría Jakin, S.L. —a quien adeudaba una cuantía muy reducida— con el único fin de cumplir formalmente el requisito del ordinal 3.º del artículo 178 *bis*.3 de la LC y, de esta manera, poder exonerarse también de la deuda frente a la Hacienda Foral —a quien no tenía que convocar al acuerdo extrajudicial de pagos al ser una entidad pública—. Esta actuación en fraude de ley impide que puedan apreciarse cumplidos los requisitos para la exoneración del pasivo insatisfecho.

Concursal. El Tribunal Supremo establece que la prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros debe constar inscrita en el Registro de Bienes Muebles para que conceda privilegio especial al acreedor pignoraticio en el concurso de acreedores

Sentencia n.º 965/2023 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de junio

En su sentencia de 15 de junio de 2023, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se pronuncia sobre los requisitos que deben concurrir para que, en el marco de un concurso de acreedores, se reconozca privilegio especial al crédito garantizado con una prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros.

El asunto se refiere a la constitución de una prenda a favor de la Agencia Tributaria sobre “*los créditos derivados de las cantidades a percibir del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia*” correspondientes a suministros farmacéuticos. Dicha prenda se constituyó a través del otorgamiento de escritura pública, si bien no se inscribió en el Registro de Bienes Muebles.

En este sentido, el precepto aplicable objeto de interpretación es el artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal, en la modificación introducida por la Ley 40/2015 (actualmente, el artículo 271.3.1.º y 2.º del Texto Refundido de la Ley Concursal), que exige, entre otros requisitos, que “*la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente*”. En concreto, lo que se analiza en la sentencia es si la

conjunción disyuntiva o pone de manifiesto —o no— que el requisito de inscripción “en el registro público competente” es alternativo.

Tras repasar la evolución histórica del régimen jurídico, legal y jurisprudencial, de la prenda sobre créditos, el Tribunal Supremo razona que “la partícula disyuntiva “o” no separa dos requisitos distintos y alternativos para un mismo supuesto de hecho, sino que diferencia entre dos modalidades de prenda distintas: la común (para la que exige documento público) y la prenda sin desplazamiento de posesión (para la que requiere, además, la inscripción registral)”.

Por ello, la Sala concluye que “la interpretación literal del art. 90.1.6º LC pone de manifiesto de forma inequívoca que para el caso de constitución de prenda sin desplazamiento de posesión de créditos futuros es requisito necesario para reconocer al crédito garantizado la condición de privilegiado especial la inscripción en el “registro público competente” (el Registro de Bienes Muebles, ex art. 54-III LHMPSPD e Instrucción DGRN de 12 de mayo de 2012)”.

Del mismo modo, la sentencia recuerda que los créditos futuros también pueden ser objeto de una prenda ordinaria, con desplazamiento posesorio. En ese caso, el otorgamiento del privilegio especial en el concurso se supedita a que esa prenda hubiera sido constituida en documento público, sin necesidad de inscripción registral. Sin perjuicio de ello, con un enfoque aparentemente restrictivo, la sentencia advierte de la improcedencia de entender, con automatismo, que cuando una prenda sin desplazamiento no se encuentra inscrita en el Registro de Bienes Muebles se convierte entonces en una prenda ordinaria. El desplazamiento posesorio es un requisito constitutivo de la prenda ordinaria y debe poder acreditarse.

Por último, debe destacarse que el criterio que de esta sentencia lo ha reiterado el Alto Tribunal en su posterior Sentencia n.º 1015/2023, de 22 de junio (rec. 5333/2019).

Concursal. La Audiencia Provincial de Barcelona establece que la normativa de urgencia para hacer frente a la COVID-19 está prevista exclusivamente para proteger a los deudores cuya situación económica se haya visto agravada con motivo de la pandemia, pero no para los que ya acusaban serias dificultades económicas con anterioridad

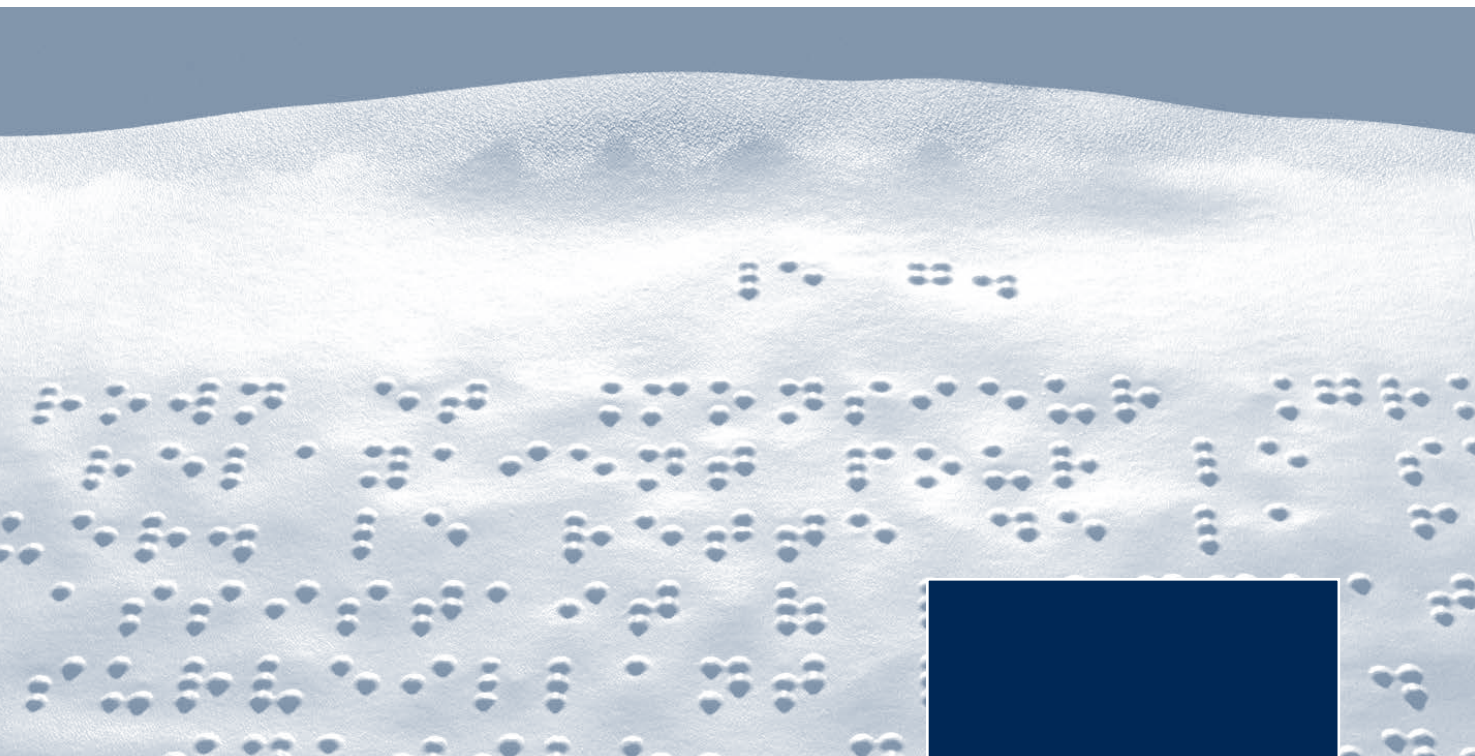
Sentencia n.º 341/2023 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), de 8 de mayo

En el contexto de un procedimiento concursal, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la concursada. En primera instancia, la concursada presentó una propuesta de modificación de convenio de acreedores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2 del Real Decreto Ley 16/2020 de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19, en el que proponía una quita del 95 % sobre la deuda que debía abonar con base en el convenio aprobado. La Agencia Tributaria se opuso a la pretensión indicando que el convenio llevaba incumplido desde antes de la crisis sanitaria, e interesaba la apertura de la fase de liquidación. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil acoge los argumentos de la Agencia Tributaria y desestima la modificación del convenio.

La concursada recurrió la decisión en apelación defendiendo la viabilidad de la modificación del convenio y su capacidad para hacer frente a la deuda. Asimismo, solicitaba la tramitación preferente de la modificación al amparo de la normativa de urgencia para hacer frente a la COVID-19. La Audiencia Provincial establece que la normativa de urgencia tuvo como objetivo la protección de las empresas cuya viabilidad económica se hubiera visto afectada como consecuencia de la crisis sanitaria, pero no la de las que ya se encontraban con problemas económicos de manera previa.

Ese era precisamente el caso de la concursada, que no había atendido a ninguno de los pagos previstos en el convenio para créditos ordinarios y subordinados en los ocho años que el concurso llevaba vigente. Por tanto, el Tribunal establece que la deudora no se puede ver beneficiada por la normativa de urgencia. Además, la Audiencia Provincial aprecia un defecto formal en la presentación de la solicitud de modificación del convenio por parte de la concursada, ya que se presentó fuera del plazo legal. Por tanto, concluye que, en todo caso, la propuesta de modificación ni siquiera debió ser admitida a trámite en primer lugar.

9 de septiembre de 2023



Procesal Penal

9 de septiembre de 2023

1. Jurisprudencia

Diligencias. Plazo

Sentencia n.º 176/2023 del Tribunal Supremo (Sala Segunda), de 13 de marzo de 2023 (Rec. casación n.º 1455/2021)

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.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. De Porres Ortiz de Urbina) estima íntegramente el recurso de casación interpuesto por recurrentes condenados en la instancia contra la sentencia núm. 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 habían sido 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 formularse *ex lege* acusación y celebrarse juicio oral (artículos 775 y 779.1.4.ª de la LECrim). Una vez firme el

* 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).

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 la imposibilidad de su utilización 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.

Procedimiento de Garantías ante la Fiscalía Europea n.º 4/2022

Auto n.º 4726/2023 del Juzgado Central de Instrucción n.º 6, de 26 de abril de 2023

El Juzgado Central de Instrucción, en su función como juez de garantías en una investigación tramitada ante la Fiscalía Europea, eleva una cuestión prejudicial —con cuatro preguntas— ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea porque la normativa nacional no permite el control jurisdiccional de todos los actos procesales de los fiscales europeos delegados que pueden surtir efectos frente a terceros, como la decisión de citar a declarar como testigo, en contra de lo dispuesto por el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se dispuso la creación de la Fiscalía Europea.

El Juzgado Central de Instrucción n.º 6 (magistrado: D. Joaquín Elías Gadea Francés), constituido como juez de garantías de un procedimiento de investigación de la Fiscalía Europea, plantea varias preguntas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) como cuestión prejudicial en relación con el sistema de control jurisdiccional previsto en los artículos 90 y 91 de Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio (“LOFE”), que adapta al ordenamiento jurídico interno el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se dispuso la creación de la Fiscalía Europea (“Reglamento 2017/1939”).

La investigación de la Fiscalía Europea versa sobre un supuesto fraude de subvenciones de la Unión Europea y falsedad documental presuntamente cometidos por los directores de una empresa que recibió subvenciones europeas para el desarrollo de un proyecto de investigación y que podría haber declarado costes inexistentes por un trabajo del personal investigador que no se había realizado. En el seno del procedimiento, los fiscales dictaron un decreto en virtud de los artículos 42 y 43 de la LOFE en el que se acordaba citar como testigo a uno de los investigadores que teóricamente habían trabajado en el proyecto y al que se asociaban parte de los costes presuntamente fraudulentos.

La defensa impugnó este decreto ante el juez de garantías, a pesar de que los artículos 42 y 43 de la LOFE no prevén la recurribilidad de los decretos de la Fiscalía Europea que acuerden la práctica de diligencias. Ello supone que no son actos procesales susceptibles de control jurisdiccional en

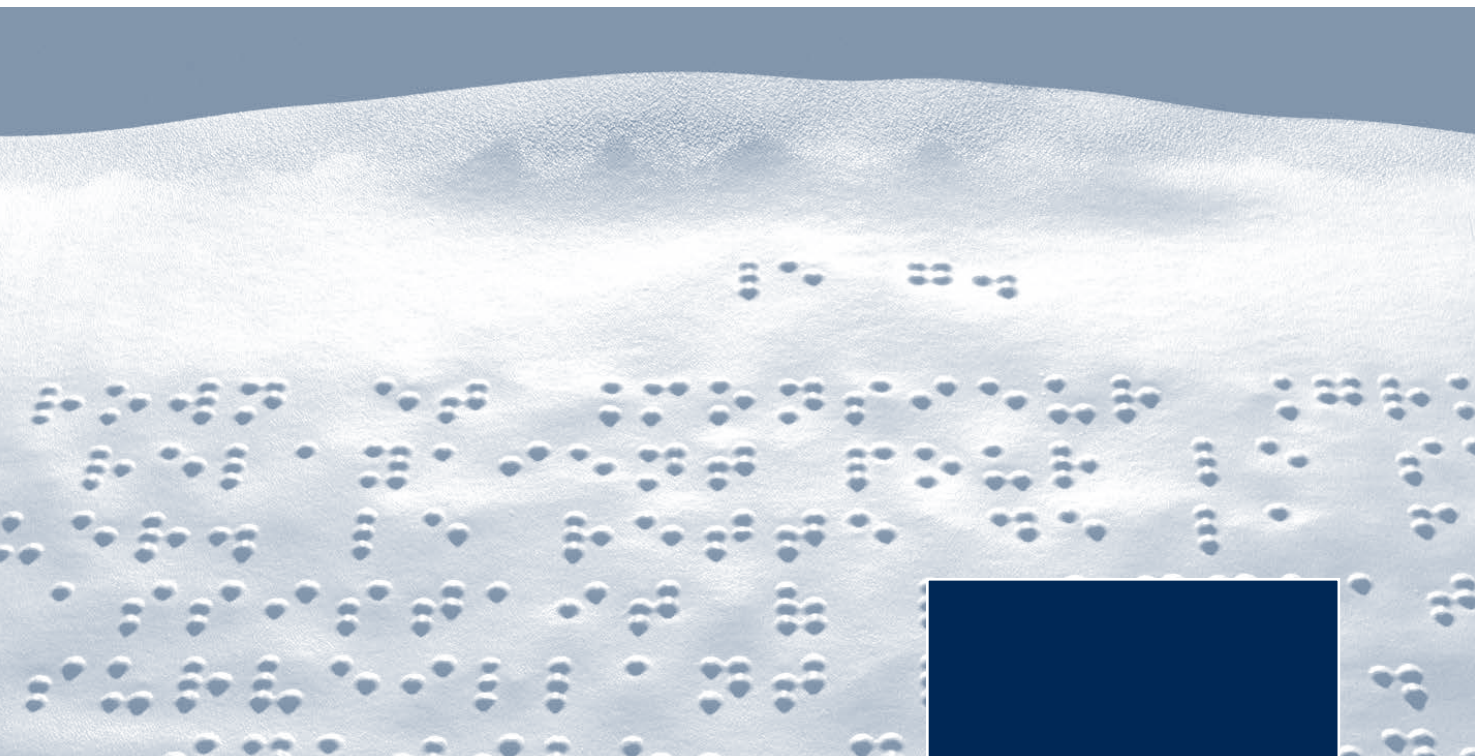
virtud de lo dispuesto en el artículo 90 de la LOFE, que limita la posibilidad de impugnación a aquellos supuestos en que la ley lo permita expresamente. Sin embargo, el artículo 42.1 del Reglamento 2017/1939 dispone que *“los actos procesales de la Fiscalía Europea destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros serán objeto de control jurisdiccional de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en el Derecho nacional”*. A la vista de ello, como el juez entiende que la citación del testigo surte efectos frente al propio tercero llamado a declarar (que está obligado a comparecer sin abogado y a decir verdad sobre lo que se le pregunte) y frente a los propios investigados (que podrían verse perjudicados si el testimonio del testigo se utilizara como prueba de cargo en su contra), se plantea como primera cuestión previa si el artículo 42.1 del Reglamento 2017/1939 se opone al artículo 90 de la LOFE.

En segundo lugar, el juez subraya que la citación en calidad de testigo de la persona que supuestamente habría participado en el proyecto que se reputa fraudulento afecta a su derecho de defensa (artículo 48 de la CDFUE, y artículo 7 de la Directiva (UE) 2016/343 sobre derecho a no declarar), en la medida en que existe una expectativa razonable de que de su declaración puedan desprenderse indicios de su participación en el delito. En consecuencia, se plantea una segunda cuestión previa: si la LOFE, que excluye el control jurisdiccional de la citación de un testigo que podría haber participado en los hechos delictivos, es contraria a la normativa europea anteriormente citada.

Por último, el juez plantea otras dos cuestiones en relación con los principios de equivalencia y de eficacia consagrados por la jurisprudencia del TJUE con fundamento en la tutela judicial efectiva del derecho de la Unión (artículo 19.1.2.º del TUE), ámbito del que forma parte la facultad de control jurisdiccional en los procedimientos de la Fiscalía Europea (el artículo 86.3 del TFUE remite su regulación al Reglamento).

- i. De un lado, se enfatiza que si la investigación hubiera sido competencia de un juez de instrucción español, la decisión de acordar una declaración testifical habría sido recurrible. Por tanto, entiende el juez que se otorgan más derechos procesales cuando se sigue el procedimiento íntegramente regulado por derecho español, lo cual supone una quiebra el principio de equivalencia.
- ii. De otro lado, el juez considera que el régimen de impugnación de la LOFE hace una interpretación restrictiva del Reglamento 2017/1939, con la que se dificulta el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos que emanan de la CDFUE y de los valores inherentes al Estado de Derecho sobre los que se fundamenta la Unión (tutela judicial efectiva y derecho de defensa). El juez entiende que este hecho es contrario al principio general de cooperación leal en la regulación nacional de las acciones que emanan del derecho de la UE, el cual resulta indispensable en la tutela de los intereses financieros europeos.

9 de septiembre de 2023



Salud y
Alimentación

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[España]

Requisitos de calidad y seguridad de la medicina nuclear

Real Decreto 673/2023, de 18 de julio, por el que se establecen los criterios de calidad y seguridad de las unidades asistenciales de medicina nuclear (BOE de 19 de julio de 2023)

Con el aumento de las capacidades y recursos diagnósticos y terapéuticos utilizados en la práctica clínica relacionados con la aplicación de radiaciones ionizantes, han proliferado nuevas técnicas, equipos y dispositivos vinculados a su uso. La necesidad de mejorar y garantizar la protección radiológica de las personas expuestas a dichas radiaciones de manera homogénea en el territorio nacional ha cristalizado en el Real Decreto 673/2023, de 18 de julio, por el que se establecen los criterios de calidad y seguridad de las unidades asistenciales de medicina nuclear (“Real Decreto 673/2023”).

El Real Decreto 673/2023 establece los criterios de calidad de las unidades asistenciales de medicina nuclear para asegurar que el uso de radiofármacos y otras sustancias radiactivas está justificado y optimizado. Del mismo modo, el Real Decreto 673/2023 prevé que en las unidades asistenciales se lleven a cabo acciones de prevención e investigación a través de la implantación obligatoria de programas de garantía de calidad y seguridad, basados en protocolos nacionales o internacionales, guías y recomendaciones.

Dichos programas, que deberán constar por escrito y mantenerse actualizados, deberán incluir, entre otros aspectos, los siguientes: criterios de justificación general de las exposiciones debidas a la administración de radiofármacos, criterios de optimización de la administración de radiofármacos, protocolos, medidas de control de calidad y un estudio del riesgo de exposiciones accidentales o no intencionadas.

Por su parte, el Real Decreto 673/2023 impone al titular del centro sanitario donde esté ubicada una unidad asistencial la obligación de crear una comisión de garantía de calidad y seguridad en

* Esta sección ha sido elaborada por Beatriz Cocina Arrieta y Rosa Cuesta Gómez, del Área de Derecho Digital e Intangibles de Uría Menéndez (Madrid).

medicina nuclear (que se registrará por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) e implantar el programa de garantía.

Finalmente, el Real Decreto 673/2023 prevé que toda administración de radiofármacos con fines de diagnóstico o terapia esté previamente justificada, atendiendo a los criterios establecidos en el programa de garantía de cada unidad asistencial.

En el caso de la administración con fines de diagnóstico, el médico especialista en medicina nuclear se responsabilizará de que la exposición de los pacientes sea la mínima compatible con el diagnóstico perseguido y de que se pongan los medios necesarios para evitar la repetición de la administración por causas como la falta de calidad diagnóstica.

Cuando la administración se realice con fines de terapia, el médico especialista será responsable de registrar la actividad administrada en la historia clínica del paciente, en la que deberán constar, con carácter general, los datos dosimétricos, las administraciones inadecuadas, los efectos y reacciones adversas, y el consentimiento informado.

Aplicación plena a los medicamentos a base de alérgenos de la normativa sobre medicamentos industriales

Orden SND/778/2023, de 10 de julio, por la que se regulan determinados aspectos de la autorización de los medicamentos a base de alérgenos de producción industrial y de los graneles de medicamentos a base de alérgenos de uso humano y veterinario (BOE de 14 de julio de 2023)

El pasado 11 de julio entró en vigor la Orden SND/778/2023, de 10 de julio, por la que se regulan determinados aspectos de la autorización de los medicamentos a base de alérgenos de producción industrial y de los graneles de medicamentos a base de alérgenos de uso humano y veterinario (la "Orden"), cuyo objeto es regular por primera vez los alérgenos de uso humano y veterinario como productos industriales.

Hasta la entrada en vigor de la Orden, numerosos medicamentos a base de alérgenos venían comercializándose sin haber obtenido la autorización de comercialización requerida para todo medicamento de fabricación industrial, debido a que se preparaban para concretos pacientes, de forma individualizada o mixta (i. e., producción industrial en fases tempranas y acondicionamiento individual en fases tardías). La Orden pone fin a esta situación estableciendo un procedimiento y un calendario para la regularización de estos medicamentos.

Para ello, la Orden divide los medicamentos a base de alérgenos en tres categorías (i. e., medicamentos a base de alérgenos con finalidad diagnóstica *in vitro*, graneles de alérgenos y medicamentos a base de alérgenos para inmunoterapia) y establece el siguiente régimen.

- i. Los medicamentos a base de alérgenos y los graneles deberán obtener (a) una autorización de comercialización conforme al Real Decreto 1345/2007, de 11 octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los

medicamentos de uso humano fabricados industrialmente; o (b) un registro simplificado especial de acuerdo con el Real Decreto 1157/2021, de 28 de diciembre, por el que se regulan los medicamentos veterinarios fabricados industrialmente.

- ii. Aquellos medicamentos o graneles que se encuentren en el mercado español y carezcan de autorización o registro deberán someterse al siguiente procedimiento de regularización:
 - A. En el plazo de seis meses desde la publicación de la Orden (i. e., desde el 14 de julio de 2023), los titulares que estén comercializando medicamentos a base de alérgenos y graneles deberán enviar a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios ("AEMPS") una relación detallada de ellos.
 - B. Transcurrido el plazo de seis meses (esto es, a partir del 14 de enero de 2024):
 - los medicamentos que no hayan sido comunicados en tiempo y forma a la AEMPS deberán dejar de comercializarse y los graneles deberán dejar de emplearse en la fabricación de tratamientos individualizados; y
 - la AEMPS establecerá un calendario para que los titulares de los medicamentos y graneles que hayan sido comunicados soliciten la correspondiente autorización. Los medicamentos cuya solicitud no haya sido presentada en dicho plazo dejarán de comercializarse y los graneles dejarán de ser empleados en la fabricación de tratamientos individualizados.
 - Como excepción a lo anterior, en casos excepcionales (i. e., cuando no existan otras opciones de producción industrial o semiindustrial), se podrán continuar fabricando medicamentos a base de alérgenos específicos para un paciente o animal individual. Para ello, será necesario que los datos relativos al medicamento y las unidades utilizadas se registren y mantengan a disposición de la AEMPS durante diez años a partir de la fecha de fabricación; que la fabricación se realice en instalaciones autorizadas; que el inicio de la producción sea comunicado a la AEMPS; y que el profesional sanitario o veterinario comunique a la AEMPS cualquier sospecha de reacciones (en el caso de medicamentos humanos) o acontecimientos (en el caso de medicamentos veterinarios) adversos.

Nuevo Real Decreto para la distribución de medicamentos veterinarios y para reducir la necesidad de uso de medicamentos antimicrobianos

Real Decreto 666/2023, de 18 de julio, por el que se regula la distribución, prescripción, dispensación y uso de medicamentos veterinarios (BOE de 20 de julio de 2023)

El Real Decreto 666/2023, de 18 de julio, por el que se regula la distribución, prescripción, dispensación y uso de medicamentos veterinarios, se publica ante la necesidad creciente de garantizar un uso más prudente y responsable de los medicamentos veterinarios a lo largo de la cadena de distribución.

Este Real Decreto unifica en una única norma el régimen normativo aplicable a la distribución de medicamentos veterinario, que hasta ahora venía constituido por (i) el Real Decreto 109/1995, de 27 de enero, por el que se regulan los medicamentos veterinarios; (ii) el Real Decreto 544/2016 de 25 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público de medicamentos veterinarios no sujetos a prescripción veterinaria; y (iii) el Real Decreto 191/2018, de 6 de abril, por el que se establece la transmisión electrónica de datos de las prescripciones veterinarias de antibióticos destinados a animales productores de alimentos para consumo humano. Todos ellos, en consecuencia, se derogan.

El principal objetivo del Real Decreto 666/2023, en línea con los objetivos 2030 de la Comunicación de la Estrategia *"de la granja a la mesa"*, y con la reciente propuesta de reforma de la normativa farmacéutica europea, es luchar contra las resistencias antimicrobianas y la reducción de la necesidad de uso de los medicamentos antimicrobianos.

Para ello, el Real Decreto 666/2023 impone una serie de controles y restricciones a la prescripción, dispensación y uso de antimicrobianos, en función del riesgo que supongan para la salud pública en relación con la aparición resistencias antimicrobianas relacionadas con su uso en animales. Asimismo, se crea una base de datos de prescripciones veterinarias de medicamentos veterinarios y piensos medicamentosos que incluyan antibióticos, destinados a animales de producción y animales de compañía, con la denominación de PRESVET, como herramienta para obtener información acerca de las citadas prescripciones, que será gestionada por la Dirección General de Sanidad de la Producción Agraria del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Otras novedades introducidas por el Real Decreto 666/2023 son las siguientes:

- i. La previsión de controles específicos aplicables a los medicamentos veterinarios estupefacientes o psicótrpos, que no estaban incluidos en el anterior régimen de medicamentos veterinarios y se regían por las normas generales aplicables a sustancias controladas.
- ii. La posibilidad de que las oficinas de farmacia y establecimientos comerciales detallistas autorizados puedan vender a distancia medicamentos veterinarios (incluyendo medicamentos de prescripción) a profesionales veterinarios, con sujeción, entre otros, a la prohibición de incentivos.
- iii. La prohibición expresa de dispensación al público de medicamentos de administración exclusiva por el veterinario, si bien el veterinario podrá autorizar a un tercero a recogerla en su nombre.
- iv. La prohibición de que la prescripción de medicamentos sujetos a esta exigencia se lleve a cabo sin que el veterinario prescriptor haya efectuado un examen clínico o una evaluación adecuada de los animales, extremo que debe ser justificado mediante visitas anotadas con firma manuscrita, por cualquier otro sistema digital que garantice la presencia física en la explotación (a través del registro) o por medio de las fichas clínicas en el caso de animales de compañía.
- v. La prohibición de llevar a cabo en una misma dependencia o ubicación actividades de prescripción de medicamentos veterinarios y de su dispensación o venta.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Necesidad de acreditar un interés concreto y actual para recurrir la decisión de creación de un grupo científico consultivo de la EMA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 13 de julio de 2023 (as. C-136/22 P)

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") resuelve el recurso planteado por Debrégeas et associés Pharma SAS ("D & A Pharma") contra el auto del Tribunal General de 22 de diciembre de 2021 (T-381/21) por el que declaró la inadmisibilidad de su recurso por el que solicitaba la anulación de la decisión de la Agencia Europea de Medicamentos ("EMA") de no renovar el grupo científico consultivo ("GCC") de psiquiatría del Comité de medicamentos de uso humano ("Comité").

Los antecedentes relevantes del caso son los siguientes:

- i. D&A Pharma tenía solicitada ante la EMA autorización de comercialización condicional para el medicamento Hopveus — oxibato de sodio ("Hopveus"), destinado al tratamiento de la dependencia del alcohol.
- ii. El 17 de octubre de 2019, el Comité emitió un dictamen en el que denegaba la autorización de comercialización de Hopveus, y D&A Pharma pidió un reexamen del dictamen. El Comité llegó a convocar hasta a tres grupos de expertos *ad hoc* para llevar a cabo el reexamen y D&A Pharma recurrió la composición de dichos grupos sobre la base de que se debía convocar al GGC de psiquiatría y no a un grupo *ad hoc*.

El Comité, no obstante, respondió que "*cuando las cuestiones objeto de reexamen se refieren a un sector terapéutico para el que no se ha creado un GGC, se organiza un grupo de expertos ad hoc*" donde el Comité aprecia qué órgano de expertos es el más adecuado.

- iii. Tras varias presentaciones de Hopveus ante los distintos grupos *ad hoc*, la Comisión desestimó la solicitud de autorización de comercialización del medicamento. Contra dicha decisión, D&A Pharma interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal General sobre la base de que adolecía de un vicio de procedimiento, ya que el Comité no había consultado al GGC de psiquiatría.
- iv. Por otra parte, el 5 de mayo de 2021, la EMA publicó en internet la convocatoria pública de manifestaciones de interés en convertirse en miembros de los GGC de la EMA, sin incluir referencia al GGC psiquiátrico. Tras conocer la convocatoria, D&A Pharma pidió una explicación, a la que la EMA contestó diciendo que el artículo 56.2 del Reglamento (CE) n.º 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por

el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos (“Reglamento”) les faculta para no renovar el mandato de un GGC existente y que, en ejercicio de dicha facultad, habían decidido no renovar al GGC de psiquiatría.

- v. Frente a la decisión de no renovar al GGC de psiquiatría, D&A Pharma interpuso un recurso ante el Tribunal General por considerar que la decisión vulneraba los principios de igualdad de trato e imparcialidad. D&A Pharma basó su interés en el hecho de que la eventual anulación de la decisión tendría como efecto devolver su solicitud a la fase de petición de reexamen (i. e., la situación jurídica en la que se encontraba antes de la adopción de dicha decisión), lo que permitiría volver a presentar en el futuro una nueva solicitud de autorización de comercialización de Hopveus.
- vi. El Tribunal General inadmitió el recurso al considerar que D&A Pharma carecía de interés en ejercitar la acción, ya que su interés era futuro o hipotético y se basaba en una eventual alegación y no en un perjuicio futuro ya cierto. Frente a esta resolución, D&A Pharma interpuso recurso de casación ante el TJUE.

El TJUE, por su parte, consideró que los motivos alegados por D&A Pharma eran infundados y desestimó el recurso de casación sobre la base de los argumentos que se detallan a continuación.

- A. Por una parte, resulta irrelevante determinar si la EMA pudo decidir en 2021 no renovar al GCC de psiquiatría, ya que la anulación de esta decisión no tiene incidencia alguna en el recurso sobre la solicitud de autorización de comercialización de Hopveus (que era de fecha anterior). De este modo, en caso de que se declarase que el GCC de psiquiatría era el órgano que debía valorar Hopveus, la EMA podría restablecer, al amparo del artículo 56.2 del Reglamento, al GCC de psiquiatría (sin renovarlo) para consultarle sobre el medicamento de D&A Pharma.
- B. Por otra parte, el interés para impugnar la no renovación del GCC de psiquiatría debe ser efectivo y actual, es decir, debe existir en el momento en el que se interpone el recurso y perdurar hasta que se dicte la resolución. En este caso, el interés de D&A Pharma era futuro e hipotético, ya que el recurso interpuesto contra la no renovación del GGC de psiquiatría no presentaba ningún vínculo con la decisión por la que se desestimó la solicitud de autorización de comercialización de Hopveus.

La autorización para dispensar medicamentos no habilita para distribuirlos al por mayor

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 21 de septiembre de 2023 (as. C-47/22)

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo de Austria) recibida en el procedimiento entre Apotheke B. y la Bundesamt für Sicherheit

im Gesundheitswesen (Oficina Federal de Sanidad Pública de Suiza, la "Oficina Federal"), en relación con la interpretación del párrafo primero, letra b), del artículo 80 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (la "Directiva Código").

El 30 de julio de 2020, se realizó una inspección a Apotheke B., una sociedad que explota una farmacia en Austria y dispone también de una autorización de distribución al por mayor de medicamentos. A raíz de dicha inspección, se comprobó que Apotheke B. había comprado en varias ocasiones medicamentos a otras farmacias que no disponían de una autorización de distribución al por mayor, con el objetivo de revenderlos al por mayor. Por ello, el 8 de marzo de 2021, la Oficina Federal decidió revocar a Apotheke B. su autorización de distribución al por mayor.

Apotheke B. recurrió dicha decisión ante el Bundesverwaltungsgericht, alegando que el hecho de haber comprado medicamentos a personas que no disponían de una autorización de distribución al por mayor no comprometía el objetivo de la seguridad de los medicamentos.

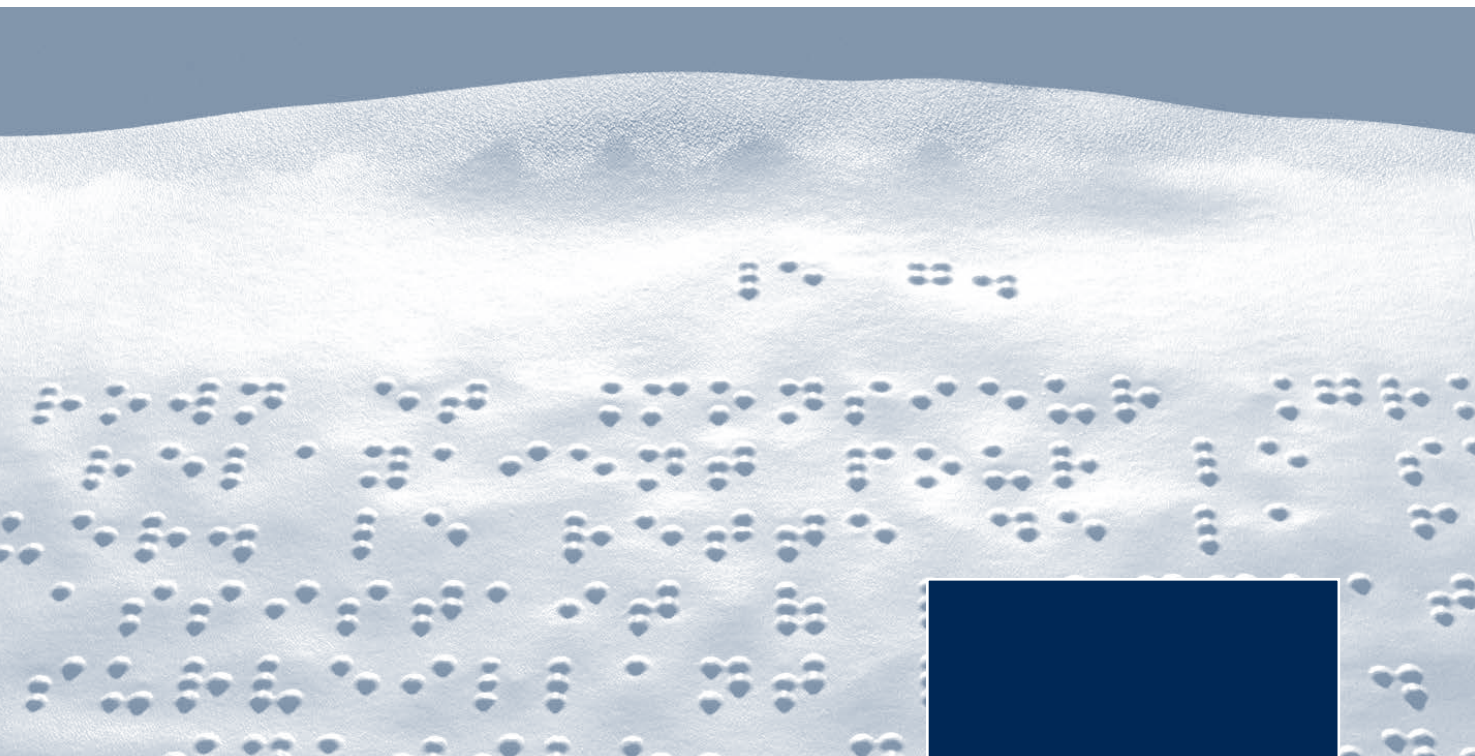
En este contexto, el Bundesverwaltungsgericht decidió preguntar al TJUE, entre otras cuestiones prejudiciales, si el párrafo primero, letra b), del artículo 80 de la Directiva debía interpretarse en el sentido de que una persona titular de una autorización de distribución al por mayor de medicamentos puede adquirir medicamentos de otras personas que están autorizadas o facultadas con arreglo a la normativa nacional para dispensar medicamentos al público, pero que no son titulares a su vez de una autorización de distribución.

El TJUE confirma que la autorización para dispensar medicamentos no habilita para distribuirlos al por mayor sobre la base de los argumentos que se indican a continuación:

- i. El tenor literal del párrafo primero, letra b), del artículo 80 de la Directiva establece que el titular de una autorización de distribución solamente puede adquirir medicamentos de personas que posean una autorización de distribución al por mayor o estén dispensadas de dicha autorización en virtud del artículo 77.3 de la Directiva, debido a que tienen una autorización de fabricación.
- ii. Los términos del párrafo primero, letra b), del artículo 80 excluyen cualquier posibilidad de abastecimiento a través de otras personas, incluso a las autorizadas o habilitadas conforme a la normativa nacional para dispensar medicamentos al público. Una interpretación de una disposición del derecho de la Unión no puede conducir a vaciar de toda eficacia el tenor claro y preciso del párrafo primero, letra b), del artículo 80 y, por lo tanto, cuando se entiende el sentido de una disposición del derecho de la Unión sin ambigüedad de su propio tenor literal, el TJUE no puede apartarse de esta interpretación.
- iii. La venta al por menor de medicamentos tiene características diferentes a la distribución al por mayor y, por ello, el hecho de que los farmacéuticos cumplan los requisitos a los que está supeditada la venta al por menor en sus Estados miembros respectivos no permite presumir que reúnan también los requisitos previstos por las normas armonizadas en lo que respecta a la distribución al por mayor.

- iv. El hecho de que el suministro obtenido por el titular de una autorización de distribución al por mayor de una persona no incluida en el párrafo primero, letra b), del artículo 80 de la Directiva recaiga únicamente sobre una cantidad extremadamente reducida de medicamentos es irrelevante, ya que el artículo 80 no prevé ninguna excepción a la obligación de obtener el suministro de personas que posean una autorización de distribución al por mayor o estén dispensadas de obtenerla debido a que son titulares de una autorización de fabricación de medicamentos.
- v. No obstante, el Tribunal también apunta que el derecho de la Unión no obliga a la autoridad competente de un Estado miembro a suspender o revocar la autorización de distribución de medicamentos al por mayor por incumplir su titular las obligaciones del artículo 80 de la Directiva. La decisión debe basarse en la naturaleza y gravedad del incumplimiento, prestando especial atención al elevado nivel de seguridad en materia de suministro de medicamentos.

9 de septiembre de 2023



Tributario

9 de septiembre de 2023

1. Legislación

[Portugal]

Imposto sobre os Produtos Petrolíferos e Energéticos - Revisão e Fixação das Taxas

Portaria n.º 150-B/2023, de 5 de junho (DR 108, Série I, de 5 de junho de 2023)

A portaria em referência revê e fixa os valores das taxas do imposto sobre os produtos petrolíferos e energéticos.

A referida portaria entrou em vigor no dia 6 de junho de 2023 e produziu efeitos entre os dias 6 de junho de 2023 e 3 de julho de 2023.

Código Fiscal do Investimento na Região Autónoma da Madeira

Decreto Legislativo Regional n.º 33/2023/M, de 1 de agosto (DR 148, Série I, de 1 de agosto de 2023)

O Decreto Legislativo Regional em referência alterou o Código Fiscal do Investimento na Região Autónoma da Madeira ("CFI-RAM"), com vista a adaptar à RAM as alterações introduzidas no Código Fiscal de Investimento pela Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro de 2022 e, em particular, a revogação do regime de incentivos fiscais de dedução dos lucros retidos e reinvestidos, e pela Lei n.º 21/2023, de 25 de maio de 2023 que procedeu à alteração sistema de incentivos fiscais em investigação e desenvolvimento empresarial ("SIFIDE II").

Através do referido Decreto Legislativo Regional foi ainda aditado um novo artigo que atribui competências à ARDITI — Agência Regional para o Desenvolvimento da Investigação, Tecnologia e Inovação — Associação, instituição de I&D, para o reconhecimento da idoneidade das entidades em matéria de investigação e desenvolvimento a que se referem as alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 37.º do CFI-RAM.

* Esta sección ha sido coordinada por Gloria Marín y Catarina Fernandes, y en su elaboración han participado Isabel Aparício y Catarina Fernandes, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

O Decreto Legislativo Regional entrou em vigor no dia 2 de agosto de 2023 e as alterações introduzidas ao CFI-RAM através do mesmo produzem efeitos a partir de 1 de janeiro de 2023, com exceção das alterações ao SIFIDE que apenas produzirão efeitos a partir de 1 de janeiro de 2024.

Imposto sobre o Rendimento de Determinadas Empresas e Sucursais - Divulgação

Decreto-Lei 73/2023, de 23 de agosto (DR 163, Série I, de 23 de agosto de 2023)

O Decreto-Lei em referência transpõe a Diretiva (União Europeia) 2021/2101 e procede à sétima alteração ao Decreto-Lei 158/2009, de 13 de julho de 2009, que aprovou o Sistema de Normalização Contabilística, no que diz respeito à divulgação de informações relativas ao imposto sobre o rendimento por determinadas empresas e sucursais com vista a aumentar a transparência das empresas e a contribuir para um "(..) maior escrutínio por parte dos financiadores, investidores, fornecedores, clientes, trabalhadores e da sociedade civil em geral, quanto aos impostos sobre o rendimento suportados pelas empresas multinacionais que exercem atividade na União Europeia e em particular em Portugal".

Em particular, passa a estabelecer que determinadas empresas e sucursais de maior dimensão, tal como delimitadas nos artigos 11.º-A, 11.º-B e 11.º-C do Decreto-Lei em análise, ficam obrigadas a elaborar e disponibilizar publicamente um relatório com um conjunto de informações, nomeadamente relativas ao imposto sobre o rendimento reconhecido e ao imposto sobre o rendimento pago, discriminado por cada jurisdição fiscal ou por cada Estado-Membro da União Europeia, independentemente do local no qual esteja estabelecida a empresa-mãe do grupo multinacional.

O referido Decreto-Lei entrou em vigor no dia 24 de agosto de 2023 e produzirá efeitos aos períodos que se iniciem em ou após 22 de junho de 2024.

2. Jurisprudencia

[Espanña]

Procedimientos tributarios. Sanciones. La apreciación de la concurrencia de la exclusión de responsabilidad por haber actuado el obligado tributario amparándose en una interpretación razonable de la norma requiere una motivación específica sobre la razonabilidad de dicha interpretación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 23 de mayo de 2023

El Tribunal Supremo establece que es necesaria la motivación específica sobre la razonabilidad de la interpretación de la norma tributaria que ha realizado el obligado tributario como parte integrante del juicio de culpabilidad cuando se valora si concurre la causa de exclusión de responsabilidad del art. 179.2.d) de la LGT.

La exigencia de que la Administración incluya en sus resoluciones sancionadoras una motivación específica y suficiente en torno a la culpabilidad o negligencia del contribuyente ha sido reconocida por nuestros tribunales en incontables ocasiones (v. gr., SSTS de 6.6.2008, [rec. 146/2004](#); 16.10.2009, [rec. 10222/2003](#); 10.12.2012, [rec. 4320/2011](#); 16.7.2015, [rec. 650/2014](#); 22.12.2016, [rec. 348/2016](#)). Esto implica que corresponde a la Administración la prueba no solo de la conducta realizada por el contribuyente y su tipicidad, sino también del necesario elemento subjetivo que debe concurrir en su conducta.

Con base en esta jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha interpretado en su sentencia de 25 de mayo de 2023 que *"la apreciación sobre si concurre la exclusión de responsabilidad por la comisión de infracción tributaria por haber actuado el obligado amparándose en una interpretación razonable de la norma, prevista en el art. 179.2.d) de la LGT, requiere una motivación específica sobre la razonabilidad de tal interpretación, como parte específica del juicio de culpabilidad"*.

El artículo 179.2.d) de la LGT excluye la responsabilidad por infracción tributaria *"cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias"*, lo que, entre otros supuestos, se entiende que ocurre *"cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma"*. Y en este sentido considera el Tribunal Supremo que *"para juzgar si existe una interpretación razonable de la norma debe atenderse a si concurr[en] los elementos suficientes para llevar al contribuyente a la creencia razonable de que así era"*. No se trata de una cuestión de prueba, sino de una correcta motivación del juicio de culpabilidad, puesto que el juicio de razonabilidad sobre la creencia de que concurrían los presupuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de tales hechos requiere de una motivación específica integrante del juicio de culpabilidad. Según el Tribunal Supremo, *"lo que no puede hacer el poder público, sin vulnerar el principio de culpabilidad que deriva del art. 25 CE es imponer una sanción a un obligado tributario por sus circunstancias subjetivas (...) si la interpretación que ha mantenido de la disposición controvertida, aunque errónea, puede entenderse como razonable"*. La falta de una motivación específica sobre el juicio de razonabilidad de la interpretación de la norma realizada por el obligado tributario supone una vulneración del principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 25 de la CE, *"pues no cabe el reproche sancionador por el mero comportamiento objetivo, sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio"*.

Procedimientos tributarios. Intereses de demora en ingresos indebidos y confianza legítima. No cabe regularizar autoliquidaciones previas con base en el criterio sentado por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2023

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 29 de mayo de 2023 (RG 02478/2022)

El Tribunal Económico-Administrativo Central considera que el principio de confianza legítima protege al contribuyente que no hubiese incorporado a su autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("IRPF") los intereses de demora devengados en una devolución de ingresos indebidos, en aplicación de la doctrina jurisprudencial previa al cambio de criterio contenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2023.

Según esta resolución, la existencia de dos criterios sucesivos y opuestos entre sí del Tribunal Supremo sobre la misma cuestión de interés casacional plantea un problema relacionado con el principio de protección de la confianza legítima. Se entiende que este principio protege la actuación de un obligado tributario que, a raíz de la [sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2020 \(rec. cas. 7763/2019\)](#), presenta su autoliquidación por el IRPF sin incorporar a ella los intereses de demora devengados a su favor en una devolución de ingresos indebidos. De esta forma, no cabe admitir que después de la publicación de la [sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2023 \(rec. cas. 2059/2020\)](#), que considera sujetos al impuesto tales intereses, la Administración tributaria pretendiera regularizar su situación tributaria con apoyo en esta última sentencia.

El órgano revisor administrativo considera así que el criterio jurisprudencial prevalente en el momento de presentar la autoliquidación del impuesto es vinculante para la Administración tributaria.

Procedimientos tributarios. Regularizaciones socio-sociedad. La base de la sanción del artículo 191 de la Ley General Tributaria que se impone al socio por la cuota dejada de ingresar en el IRPF puede o no reducirse en el importe correspondiente a la cuota devuelta a la sociedad en su Impuesto sobre Sociedades en función de la vía de regularización adoptada en la inspección

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 6 y 8 de junio de 2023

En regularizaciones basadas en la aplicación de las normas entre partes vinculadas, el Tribunal Supremo deniega la posibilidad de que se pueda considerar como base de la sanción el neto resultante de la regularización íntegra (socio-sociedad) de la situación, pero sí cuando la regularización se lleva a cabo por apreciar simulación.

Sabido es que la regularización socio-sociedad se instrumenta en la práctica, bien con la aplicación de las normas de valoración entre partes vinculadas, bien con la calificación de las operaciones como simulación. También es sabido que, en lo que se refiere al derecho tributario material, ambas vías de regularización llevan a un mismo resultado: al socio se le exige el IRPF correspondiente al total ingreso obtenido por la sociedad y a la sociedad se le devuelve la cuota del Impuesto sobre Sociedades pagada por esa mayor retribución que se imputa a su socio. La consecuencia es que el efecto neto de la regularización se limita a la cuota en el IRPF correspondiente a las rentas que se entienden remansadas en la sociedad.

A efectos sancionadores, sin embargo, las consecuencias son bien distintas. Según la doctrina ya sentada por el Tribunal Supremo ([STS de 15.10.2018, rec. n.º 4561/2017](#)), aunque la normativa de valoración entre partes vinculadas establece una sanción específica del 15 % del importe corregido (art. 18. 13. 2.º 1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades), esta sanción específica —incompatible con la general del artículo 191 de la Ley General Tributaria— no resulta aplicable cuando no existe obligación de documentar las operaciones entre partes vinculadas.

Por ello, las dos sentencias comentadas versan sobre la base de la sanción del artículo 191 de la Ley General Tributaria. En la primera (la de 6 de junio), la regularización se llevó a término con aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas; en la segunda (la de 8 de junio), con aplicación de la norma sobre simulación.

La cuestión para la que se había apreciado interés casacional en ambas consistía en *"identificar a la luz de los principios de proporcionalidad, íntegra regularización y buena administración, cuál debe ser la base de cálculo de la sanción tributaria prevista en el artículo 191 de la Ley General Tributaria"* en aquellos supuestos en los que en una regularización de las operaciones entre partes vinculadas se imputan al contribuyente persona física rentas que fueron declaradas por la sociedad vinculada. En concreto, se pregunta si la base de la sanción debe ser *"la cantidad dejada de ingresar por la persona física o, por el contrario, la diferencia entre esta cantidad y la cantidad ingresada por la sociedad vinculada respecto de las mismas rentas"*.

La primera sentencia entiende que, habiéndose articulado la regularización mediante la aplicación de las normas de valoración sobre operaciones vinculadas, que parten de la existencia de dos sujetos jurídicos diferenciados, no cabe tener en cuenta el efecto conjunto de la regularización para determinar la base de la sanción, aunque admite que *"el parámetro de enjuiciamiento sería otro, de la misma manera que diferentes hubieran sido también las consecuencias en la esfera patrimonial del recurrente"*, y abre, en consecuencia, la posibilidad de que en esos otros casos se tome en consideración el efecto neto, como se hace en el ámbito penal. Esa posibilidad de materializa en la segunda sentencia, en la que se afirma que, *"calificada la conducta como muy grave, art. 191.3 (...) por concurrir simulación, art. 16 de la LGT, llevando a cabo la regularización sobre la base de la inexistencia material de la entidad interpuesta, de carácter meramente instrumental (...); el art. 191.1 in fine debe interpretarse, para estos supuestos, en el sentido de que la base de la sanción será la diferencia entre la cantidad dejada de ingresar por la persona física y la ingresada por la sociedad instrumental interpuesta, simulada, respecto de las mismas rentas"*.

El diferente tratamiento se razona en la primera de las sentencias bajo el entendimiento de que *"la norma sancionadora reclama una interpretación acorde al principio de legalidad"*, siendo así que la ley no prevé el mecanismo de determinación de la base sobre el efecto neto pretendido cuando la regularización parte de la existencia de dos obligados tributarios diferentes, cosa que el segundo pronunciamiento cuestiona cuando se aprecia simulación por interposición societaria de una sociedad instrumental en la prestación de los servicios.

La primera sentencia también rechaza plantear cuestión de inconstitucionalidad por infracción del principio de proporcionalidad, con cita, entre otras, de la sentencia del Tribunal Constitucional 74/2022, de 14 de junio, según la cual *"el principio de proporcionalidad solo dará lugar a la censura de inconstitucionalidad" cuando "a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivos de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador"*.

En este sentido, la segunda de las sentencias comentadas razona que, *"sometido el ius puniendi estatal (...) a los principios de legalidad y tipicidad, no está a voluntad de la Administración que tiene*

atribuida la potestad sancionadora subsumir la conducta infractora en los supuestos de operaciones vinculadas o simulación, art. 16 de la LGT, no al menos sin justificar suficientemente las circunstancias que diferencia una y otra para la distinta calificación otorgada", y que "de ser legalmente posible subsumir semejantes conductas típicas en diferentes calificaciones, en base al principio por reo, la interpretación procedente es la que opta por la más beneficiosa para el infractor".

Procedimientos tributarios. La falta de comunicación de inicio del procedimiento previa a una entrada domiciliaria no invalida las regularizaciones administrativas basadas en pruebas recabadas al amparo de una autorización judicial firme emitida previa a la jurisprudencia que interpretó que ese requisito era exigible

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 9 y 12 de junio de 2023

El Tribunal Supremo entiende, a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre las pruebas recabadas en infracción de derechos fundamentales, que la vulneración del derecho fundamental a la intimidad no determina automáticamente la invalidez de las pruebas obtenidas.

Las sentencias analizan cómo la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio que resulta de la jurisprudencia sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2020, y las que le siguieron, afecta a la validez de la prueba recabada. Tras rechazar que la Administración pueda invocar el artículo 24 de la Constitución, en relación con el principio de seguridad jurídica, para hacer valer sus privilegios y potestades, se sitúa el debate en la interpretación del artículo 11.1 de la LOPJ cuando señala que *"en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe"* y, sobre todo, *"que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales"*. Las sentencias recuerdan que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la exclusión de la prueba ilícita que permite el inciso final de este precepto no es absoluta ni incondicionada, sino que ha de ponerse en relación con la incidencia que esa prueba ilícita pueda tener en el derecho a un proceso con todas las garantías que también invoca el precepto.

En este sentido, la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías solo determina la nulidad de las pruebas recabadas cuando *"existe una conexión o ligamen entre el ato determinante de la injerencia en el derecho fundamental sustantivo y la obtención de fuentes de prueba"*, siempre que, además, *"tal conexión [requiera], para el debido equilibrio y garantías de un proceso justo, que se excluya tal material probatorio"*.

Este análisis les lleva a concluir en el caso que *"la admisión y valoración de la prueba (...) no vulnera la integridad de las garantías del proceso contencioso-administrativo, ya que la única conexión jurídica entre el vicio determinante de la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la obtención de la prueba es la valoración que se hace sobre la autorización judicial firme, a la luz de la evolución de la interpretación jurisprudencial acerca de uno de los requisitos para acceder a la solicitud de autorización de entrada"*, siendo así que esa evolución jurisprudencial *"no afecta a ningún elemento nuclear del juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la autorización"*.

Procedimientos tributarios. Entrada domiciliaria. La copia de los archivos y correos electrónicos del servidor y disco duro del obligado tributario no infringe *per se* los derechos a la intimidad e inviolabilidad del domicilio ni el principio de proporcionalidad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 14 de junio de 2023

La Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no aprecia vulneración de los derechos fundamentales en un caso en el que el obligado tributario, que había demorado la entrega a la inspección de la documentación facilitada, consintió sin reservas la entrada en el domicilio.

La cuestión para la que se había apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistía en "(i) determinar si, en una entrada y registro domiciliario por la Inspección de los tributos en un domicilio constitucionalmente protegido, el copiado masivo de los archivos y correos electrónicos alojados en el servidor y en el disco duro del ordenador del obligado tributario, sin discriminación de aquellos que tienen interés a los efectos de la comprobación e investigación desarrollada, sin autorización judicial ni consentimiento para ello, vulnera los derechos fundamentales al secreto de comunicaciones (artículo 18.3 CE) y/o a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE); y (ii) determinar si el principio de proporcionalidad (artículo 3.2 LGT) justifica y ampara el copiado masivo de los archivos contenidos en el servidor y en el disco duro del ordenador del obligado tributario, en relación con las facultades de la Inspección en el examen de documentación previstas en la normativa (artículos 142.1 y 151.3 LGT y artículo 171 RGAT)".

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de junio de 2023, concluye que no se ha producido vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio ni del principio de proporcionalidad en una actuación de la inspección de los tributos en la que hubo una descarga sustancial de archivos y correos electrónicos, sin discernir la información con y sin relevancia tributaria, en la que la inspección contaba con el consentimiento del representante legal de la empresa, que no se opuso a dicha descarga ni indicó que se trataba de información constitucionalmente protegida.

En este caso, la sentencia considera que el derecho de inviolabilidad del domicilio no se ve vulnerado en la medida que el representante legal de la empresa, al otorgar el consentimiento, sin reserva alguna, permitió que la inspección entrase en las dependencias consideradas como domicilio fiscal de la compañía. En este sentido, no se acredita ni se incorporan indicios de que la inspección fuera más allá o se hiciera con información distinta a la documentación relativa a tributos y, según se indica en la sentencia, la inspección de los tributos accedió al único ordenador de la empresa (que se encontraba en su domicilio social) y a su servidor, sin que la compañía realizara objeción alguna.

En relación con el secreto de las comunicaciones, el Tribunal Supremo entiende que no se ha producido su vulneración en la medida que este derecho protege el proceso de comunicación, pero no los documentos en los que se plasma tal comunicación una vez terminada, a excepción de correos electrónicos que no se hubieran abierto. Añade, además, que la compañía en ningún momento advirtió a la inspección de que hubiera cualquier otra información de carácter privado no relevante a efectos tributarios.

Sobre la vulneración del principio de proporcionalidad, el Tribunal Supremo entiende que no es irrazonable pensar que el ordenador de empresa (y no un ordenador compartido con los socios o empleados) tuviera únicamente documentación con posible relevancia tributaria y que el volumen masivo era entendible por la cantidad de documentación requerida por la inspección en los meses anteriores y el número de ejercicios objeto de comprobación.

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye que no se ha producido la vulneración del derecho a la intimidad, toda vez que esta es propia de las personas físicas y no de las personas jurídicas y, en este caso concreto, no hay indicios de que, de entre la información descargada y copiada, se encuentre información que afecte a la intimidad de los socios, empleados de la sociedad o terceros.

Procedimientos tributarios. Responsabilidad tributaria. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad y posibilidad de impugnación de liquidaciones del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana por el responsable solidario

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 22 de junio de 2023

Como ya concluyó para los responsables solidarios, el Tribunal Supremo considera que no cabe calificar como situación consolidada para el responsable solidario las liquidaciones de la plusvalía municipal que se impugnaron tempestivamente.

Se trata de un supuesto de declaración de responsabilidad tributaria de una administradora al amparo del artículo 42.3 de la Ley General Tributaria en relación con los artículos 367 y 363 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. El Tribunal Supremo concluye que *"no cuestionada la posibilidad de discutir la propia liquidación tributaria en la impugnación de la declaración de responsabilidad solidaria"*, la cuestión debe ser resuelta con remisión a la doctrina sentada en la previa sentencia de 27 de julio de 2022, en la que, en relación con un supuesto de derivación de responsabilidad subsidiaria, se declaró *"que la existencia y exigibilidad de la liquidación tributaria cuyo impago constituye la base de la declaración de responsabilidad subsidiaria, y que ha sido impugnada tempestivamente, como uno de los presupuestos para la responsabilidad tributaria subsidiaria, no puede ser calificado como una situación consolidada que impida la aplicación de los efectos declarados en la STC 182/2021, de 26 de octubre, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 TRLHL"*, y que, en consecuencia, *"a los efectos de la declaración de responsabilidad subsidiaria, ex art. 43.1.c LGT que impugna el recurrente, la liquidación tributaria por Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana cuya deuda tributaria es objeto de la derivación de responsabilidad, es inválida y carente de eficacia por la inconstitucionalidad de las normas legales de cobertura para efectuar la liquidación, y no puede servir de fundamento y presupuesto para la declaración de responsabilidad subsidiaria"*.

El Tribunal concluye que esta doctrina es plenamente trasladable al responsable solidario ex art. 42.3 LGT en relación con los arts. 367.1 y 363.1 a) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Procedimientos tributarios. Presentación telemática de autoliquidaciones. El Tribunal Supremo anula los preceptos reglamentarios que obligan a presentar telemáticamente las autoliquidaciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 11 de julio de 2023

El Tribunal Supremo declara que no es ajustada a derecho la imposición indiscriminada a los contribuyentes del IRPF de relacionarse electrónicamente con la Administración. Estimando el recurso de casación presentado por la Asociación Española de Asesores Fiscales contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2021 desestimatoria del recurso formulado contra la Orden HAC/277/2019, de 4 de marzo, que aprueba los modelos de declaración de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre el Patrimonio, el Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que *"no es ajustada a Derecho la imposición a los obligados tributarios de relacionarse electrónicamente con la Administración, recogida en la Orden HAC/277/2019, de 4 de marzo, pues se establece de manera general para todos los obligados tributario sin determinar los supuestos y condiciones que justifiquen, en atención a razones de capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos, que se imponga tal obligación"*.

El Tribunal Supremo considera que, proclamado en el artículo 96.2 de la Ley General Tributaria el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración, no cabe interpretar que la habilitación legal de los artículos 98.4 de la Ley General Tributaria, 96.5 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o 117 del Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria, permitan el establecimiento por vía reglamentaria de una obligación con carácter general.

Considera asimismo que, en ausencia de previsión específica de la ley tributaria, el establecimiento de esa obligación debería hacerse teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 14.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria en materia tributaria según lo dispuesto en los artículos 7.2 de la Ley General Tributaria y el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 39/2015.

Impuesto sobre Sociedades. Operaciones vinculadas. La anulación de la regularización para una de las partes vinculadas debe determinar la anulación de los ajustes practicados por la otra parte para evitar asimetrías contrarias al ordenamiento jurídico

Resolución del TEAC de 29 de mayo de 2023, RG 3013/2021

El Tribunal Económico-Administrativo Central considera que la voluntad evidente de la norma es que los ajustes por operaciones entre partes vinculadas sean bilaterales para evitar situaciones de doble imposición o desimposición.

Cuando en una regularización administrativa por operaciones vinculadas se ajusta la tributación de una de las partes (por ejemplo, el ingreso de una persona física que presta servicios a una so-

ciudad), pero no la de su contraparte (en el ejemplo, la sociedad que paga por dichos servicios), se producen situaciones de tributación asimétricas, bien por existir una imposición inferior a la debida, bien por generar una doble imposición.

En su resolución de 29 de mayo de 2023, el Tribunal Económico-Administrativo Central analiza un caso en el que la asimetría sobreviene como consecuencia de los avatares del proceso. Así, si bien inicialmente la inspección había regularizado íntegramente una operación vinculada socio-sociedad —había incrementado la base imponible del IRPF de la persona física y disminuido en el mismo importe la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la entidad—, la anulación por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de las liquidaciones practicadas a la sociedad produce de forma sobrevenida la indeseada doble imposición, al no haberse anulado las liquidaciones del IRPF del socio persona física.

La resolución considera “*evidente*” que la voluntad de la ley [arts. 41 de la LIRPF y 18 de la LIS] es que “*los ajustes por operaciones vinculadas se realicen obligatoriamente de forma bilateral, evitando actuaciones administrativas incongruentes que pudieran derivar en situaciones de doble imposición*”. Y que dicho carácter bilateral “*supone que tanto lo regularizado por la Inspección, como lo revisado a posteriori, debe tener en cuenta que la liquidación practicada a una de las partes tiene trascendencia tributaria para la contraparte interviniente en la operación, y viceversa*”, puesto que lo contrario (la falta de bilateralidad) “*provoca, de forma automática, que la tributación de la operación vinculada, conjuntamente considerada, no encuentre acomodo en nuestro ordenamiento, produciendo situaciones de enriquecimiento injusto para la Hacienda Pública, o bien, de una imposición notoriamente inferior a la pretendida por la norma*”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que, en el caso, “*el respeto al principio de bilateralidad que debe regir los ajustes por operaciones vinculadas, exige que, una vez anulada la regularización que recogía la fijación administrativa del valor de mercado en uno de los sujetos que intervienen en la operación, es necesario, para evitar situaciones asimétricas contrarias al ordenamiento jurídico, anular los ajustes practicados por el mismo concepto en la contraparte interviniente en la operación*”.

Impuesto sobre Sociedades. Operaciones socio-sociedad. Valoración de los servicios *intuitu personae* prestados a terceros por una persona física a través de una sociedad vinculada

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

Esta nueva sentencia en materia de operaciones vinculadas considera que, cuando el servicio que presta una persona física a una sociedad vinculada y el que presta esa sociedad vinculada a un tercero independiente es sustancialmente el mismo, y la sociedad vinculada carece de medios para realizar la operación o prestar el servicio pactado si no es con la necesaria e imprescindible participación de la persona física —sin aportar valor añadido (o siendo este residual)—, la contraprestación pactada por la operación realizada entre partes independientes es el precio de mercado del bien o servicio de que se trate a efectos de valorar la operación realizada entre partes vinculadas.

Este razonamiento se construye sobre la base de la coincidencia absoluta entre el servicio prestado a la persona física a la sociedad vinculada y el que es prestado por esa sociedad a terceros independientes, por el hecho de tratarse de un servicio *intuitu personae*, en el que la persona física es el prestador insustituible del servicio que la entidad vinculada se obligó a prestar.

Impuesto sobre Sociedades. Retribución de administradores. No cabe calificar como liberalidad las retribuciones de los administradores contabilizadas, acreditadas y previstas en los estatutos de la sociedad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 27 de junio de 2023

El Tribunal Supremo pone límites a los efectos fiscales de la doctrina del vínculo y rechaza que una irregularidad mercantil pueda determinar la falta de deducibilidad del gasto.

Tras recordar que en recientes pronunciamientos (v. gr., SSTs de 21.7.2022, [rec. n.º 5309/2020](#), o 30.3.2021, [rec. n.º 3454/2019](#)) ya ha concluido que el concepto "*donativo o liberalidad*" no puede abarcar los gastos que tienen una causa onerosa, y afirmar que los pagos efectuados a los administradores por los servicios o funciones que estos desempeñan en la empresa no pueden ser liberalidades "*en ninguno de los posibles sentidos del término*" o que el eventual incumplimiento de la norma mercantil no transforma una prestación onerosa en otra gratuita, por lo que tampoco cabe "[asociar] *de modo indisoluble el incumplimiento de la legislación mercantil (...) a la calificación como liberalidades*", el Tribunal Supremo rechaza la invocación del artículo 14.1.e) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades para denegar la deducibilidad de la retribución pagada a los consejeros ejecutivos de una sociedad unipersonal de conformidad con lo dispuesto en los estatutos, que la Administración había denegado por no contar con el acuerdo de la junta general.

También recuerda que a otros efectos ya ha afirmado (STS de 8.2.2021, [rec. n.º 3071/2019](#)) que las irregularidades jurídicas que impiden la deducibilidad fiscal del gasto "*no pueden equipararse, sin más, a cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico ya que esto conduciría a soluciones claramente insatisfactorias*" y que "*esa expresión remite solo a cierto tipo de actuaciones, v. gr. sobornos y otras conductas similares*", lo que parece apuntar a que tampoco resulta posible invocar el artículo 15 f) de la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades para denegar la deducibilidad.

El Tribunal Supremo sienta como doctrina jurisprudencial que las retribuciones percibidas por los administradores de una entidad mercantil y que consten contabilizadas, acreditadas y previstas en los estatutos de la sociedad no constituyen una liberalidad no deducible (artículo 14.1.e) TRLIS) por el hecho de que la relación que une a los perceptores de las remuneraciones con la empresa sea de carácter mercantil y de que tales retribuciones no hubieran sido aprobadas por la junta general, siempre que de los estatutos quepa deducir el modo e importe de tal retribución. En el supuesto de que la sociedad esté integrada por un socio único, no es exigible el cumplimiento del requisito de la aprobación de la retribución a los administradores en la junta general, por tratarse de un órgano inexistente para tal clase de sociedades, toda vez que en la sociedad unipersonal el socio único ejerce las competencias de la junta general (artículo 15 del TRLSC). Y, aun en el caso de aceptarse que fuera exigible legalmente este requisito previsto en la ley mercantil (para

ejercicios posteriores a los analizados), su inobservancia no puede comportar automáticamente la consideración como liberalidad del gasto correspondiente y la improcedencia de su deducibilidad.

Más allá de estos criterios interpretativos sentados en la sentencia, resulta relevante su *ratio decidendi*, así como la llamada que en su fundamentación jurídica se hace a que las implicaciones de la doctrina del vínculo se desplieguen en el ámbito tributario con prudencia y cautela.

IRPF. Coeficientes de corrección monetaria. El principio de capacidad económica no impone al legislador la obligación de tener en cuenta la inflación para calcular las ganancias inmobiliarias en el IRPF

Nota informativa del Tribunal Constitucional n.º 48/2023

El Tribunal Constitucional considera que la reforma introducida por la Ley 26/2014 para suprimir los coeficientes de corrección monetaria en el IRPF es constitucional.

El Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, sobre el apartado 21 del artículo primero de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, que suprimió los coeficientes de actualización del valor de adquisición de los inmuebles a los efectos de determinar la ganancia sujeta a gravamen. Concluye así que el principio de capacidad económica no obliga al legislador a establecer, siempre y en todo caso, la actualización del valor de adquisición de los inmuebles ni a otorgar un tratamiento singularizado a las ganancias inmobiliarias mediante un específico ajuste a la inflación que no se aplica a ningún otro elemento del IRPF ni en otros tributos que gravan también los incrementos patrimoniales, como la plusvalía municipal o el impuesto sobre sociedades. Entiende que la falta de corrección de los efectos de la inflación constituye una legítima opción de la que se podrá discrepar desde un punto de vista de oportunidad política o legislativa, pero que no supone un caso de inconstitucionalidad por omisión.

La sentencia cuenta con el voto particular de los magistrados Ricardo Enríquez Sancho y Enrique Arnaldo Alcubilla, que, partiendo de que *"la erosión que la tiranía del paso del tiempo (inflación) genera sobre las ganancias puramente monetarias"* puede llegar hasta el punto de que esas ganancias pueden no haber tenido lugar realmente o ser inferiores a la nominalmente manifestada, estiman que, tras la Ley 26/2014, *"lejos de someterse a gravamen una verdadera capacidad económica se estaría haciendo tributar a los ciudadanos por manifestaciones de riqueza total o parcialmente inexistentes, en abierta contradicción tanto con el principio de capacidad económica como con el sistema tributario justo a los que hace referencia el art. 31.1 CE"*.

Para los magistrados discrepantes, la corrección de la inflación sobre las ganancias patrimoniales sometidas a tributación sí es una exigencia constitucional, pues lo contrario supone otorgar un *"cheque en blanco"* al legislador para el gravamen de rentas puramente nominales y, por tanto, ficticias.

Imposición patrimonial. Impuesto sobre el Patrimonio. No es conforme al derecho de la Unión Europea la imposibilidad de aplicar el escudo fiscal a los no residentes

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 1 de febrero de 2023

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares considera contrario a la libre circulación de capitales limitar la aplicación del conocido como escudo fiscal únicamente a los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir, y reconoce, por tanto, la posibilidad de aplicar el límite conjunto de la cuota del IP y del IRPF a los sujetos pasivos por obligación real.

La Ley del Impuesto sobre el Patrimonio establece una limitación en la cuota íntegra del impuesto para prevenir la confiscatoriedad derivada de la aplicación conjunta del IRPF y del Impuesto sobre el Patrimonio, de forma que la cuota íntegra de este último impuesto, junto con las del IRPF, no debe exceder del 60 % de la suma de las bases imponibles del IRPF.

En principio, la aplicación de este límite viene restringido a los sujetos pasivos del Impuesto sobre el Patrimonio por obligación personal (es decir, a los residentes en España), sin que pueda extenderse su aplicación a los sujetos pasivos por obligación real (los no residentes en España, pero que fueran titulares de bienes o derechos que estén situados, puedan ejercitarse o hayan de cumplirse en territorio español).

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares entiende que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libre circulación de capitales obliga a extender a los sujetos por obligación real en el IP el derecho a aplicar este límite.

Según el Tribunal, resulta discriminatorio que los sujetos pasivos del Impuesto sobre el Patrimonio por obligación real no puedan aplicar este límite, puesto que supone otorgar un tratamiento fiscal diferenciado y mucho más gravoso a los no residentes que a los residentes, constituyendo esta diferencia en el tratamiento fiscal a unos y otros una discriminación arbitraria y una limitación al principio de libre circulación de capitales, totalmente prohibidas por el derecho de la Unión Europea.

Imposición indirecta. Concepto de establecimiento permanente. La externalización de servicios en beneficio de un sujeto pasivo no residente no determina la existencia de un establecimiento permanente cuando el primero no dispone de una estructura de medios materiales y personales en el segundo Estado

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de junio de 2023 (as.C-232/22)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea descarta la existencia de establecimiento permanente cuando el destinatario de los servicios no dispone de una estructura adecuada de medios humanos y técnicos en el Estado en el que está establecido el prestador de los servicios, incluso cuando los servicios son prestados en exclusividad y contribuyen a la actividad económica del destinatario en el Estado miembro del prestador.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre si un sujeto pasivo destinatario de servicios, que tiene la sede de su actividad económica fuera de la Unión Europea, dispone de un establecimiento permanente a efectos del IVA en el Estado miembro en el que está establecido el prestador de los servicios (una entidad del grupo) cuando los servicios son prestados en ejecución de un compromiso contractual exclusivo, y conllevan, en beneficio del destinatario, la realización de una serie de prestaciones accesorias o adicionales que contribuyen a la actividad económica del destinatario en ese Estado miembro, si bien los medios humanos y técnicos del eventual establecimiento permanente pertenecen al prestador de los servicios.

A los efectos de resolver el presente asunto, el Tribunal retoma la doctrina sentada en su sentencia de 7 de abril de 2022 (asunto Berlin Chemie, C-333/20) y realiza las siguientes consideraciones:

- i. La calificación de establecimiento permanente debe apreciarse a la luz de la realidad económica y mercantil, y no puede depender únicamente del régimen jurídico de la entidad de que se trate. En particular, el hecho de que una sociedad posea una filial en un Estado miembro no significa, en sí mismo, que tenga en él su establecimiento permanente.
- ii. Aunque no se exige poseer medios humanos o técnicos propios en otro Estado miembro, es necesario que el sujeto pasivo tenga la facultad de disponer de un acceso inmediato y permanente a esos medios como si fueran suyos, en virtud, por ejemplo, de contratos de servicios o de arrendamiento que no puedan ser resueltos si solo ha transcurrido un corto período de tiempo desde su celebración.
- iii. Se presupone que una persona jurídica, aunque solo tenga un cliente, utiliza los medios técnicos y humanos de que dispone para cubrir sus propias necesidades. Por lo tanto, solo podría considerarse que una sociedad destinataria de servicios disponía de un establecimiento permanente en el Estado miembro en el que está establecido su prestador si se demostrara que disponía de los medios humanos y técnicos de su prestador como si fueran los suyos.
- iv. Los mismos medios no pueden utilizarse a la vez para prestar y recibir los mismos servicios.

En el caso concreto, el Tribunal de Justicia entiende, por un lado, que el prestador de los servicios sigue siendo responsable de sus propios medios y realiza tales prestaciones por su cuenta y riesgo, por lo que el contrato de prestación de servicios, aunque exclusivo, no tiene por sí solo el efecto de que los medios de dicho prestador se conviertan en los de su cliente. Por otro lado, considera que no es posible distinguir los medios utilizados por el prestador de los servicios de los que, según la Administración tributaria, son utilizados por el destinatario para recibir estas prestaciones en el Estado miembro en el que está establecido el prestador de los servicios.

En consecuencia, el Tribunal concluye que el destinatario no dispone en Bélgica de un establecimiento permanente a efectos del IVA en ese país y, por tanto, que los servicios son recibidos y utilizados por el destinatario para su actividad económica de venta de los bienes resultantes de esos servicios en Suiza.

Fiscalidad internacional. Distribuciones de dividendos a matrices extranjeras. La carga de la prueba del abuso para denegar la exención del artículo 14.1 h) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes recae sobre la Administración

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

En aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2021 (rec. 1000/2017), que confirmó la aplicación de la exención por entender que la Administración había invertido de la carga de la prueba en la aplicación de la norma antiabuso.

A la vista de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias del 7 de septiembre de 2017 ([asunto C-6/16](#)), de 20 de diciembre de 2017 ([asuntos C-504/16 y C-613/16](#)) y de 26 de febrero de 2019 ([asuntos 116/16 y 117/16](#)), el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2021 (rec. 1000/2017) y modifica su propia doctrina al concluir que la cláusula antiabuso del artículo 14.1.h) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, en su redacción vigente antes del 1 de enero de 2015, aplicable a la distribución de dividendos por una filial española a su matriz europea controlada por accionistas no residentes en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo, es contraria al derecho de la UE por establecer una presunción general de abuso o fraude y trasladar la carga de la prueba de la inexistencia de dicho abuso al contribuyente.

Conforme a la citada jurisprudencia, para justificar la aplicación de la cláusula antiabuso y denegar la aplicación de la exención, la Administración debe acreditar —atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto— la existencia de los elementos constitutivos de una práctica abusiva. No es posible amparar la denegación de la exención en presunciones generales de fraude (como las que excluyen de la exención a determinadas categorías de contribuyentes) sin que la Administración esté obligada a aportar pruebas o indicios del fraude o abuso, ni tampoco invertir la carga de la prueba, pues ello iría en detrimento de los objetivos de la Directiva Matriz-Filial y de la libertad de establecimiento.

En definitiva, la interpretación de la cláusula antiabuso debe hacerse de forma restrictiva, al suponer una excepción a los beneficios de la Directiva Matriz-Filial, de manera que solamente queden no exentos aquellos dividendos distribuidos a matrices europeas constituidas en una situación en la que la Administración pueda probar la existencia de un abuso de derecho.

La sentencia supone el abandono de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, que hasta la fecha sostenía que la carga de probar la inexistencia de abuso o fraude recaía sobre el contribuyente (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 21 y 22 de marzo de 2012, rec. [5228/2008](#) y [1260/2009](#); y de 4 de abril de 2012, [rec. cas. 3312/2008](#)).

Fiscalidad internacional. El certificado de residencia fiscal emitido por las autoridades fiscales de otro Estado no puede ser cuestionado por los órganos administrativos o jurisdiccionales a efectos de evitar las reglas de atribución de residencia previstas en el Convenio

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 12 de junio de 2023

El Tribunal Supremo también entiende que el centro de intereses vitales previsto en el Convenio es un concepto más amplio que el de centro de intereses económicos establecido por la normativa interna.

El Tribunal Supremo establece que, si un contribuyente aporta un certificado de residencia fiscal emitido por las autoridades fiscales de otro Estado, los órganos administrativos y jurisdiccionales españoles han de atender necesariamente a su contenido a efectos de la aplicación del convenio de doble imposición suscrito con España, siempre que el certificado haya sido emitido expresamente a los efectos del Convenio por las autoridades fiscales competentes.

Lo anterior obedece a la remisión realizada por el artículo 4.1 del Convenio a la legislación interna de cada Estado contratante para la determinación de la condición de residente fiscal en él. Esta remisión impide que un Estado contratante pueda entrar a valorar las circunstancias en las que el otro Estado emite un certificado de residencia fiscal, lo cual excede de sus facultades de valoración. En el caso analizado, se había cuestionado la validez del certificado alegándose, entre otros motivos, que cualquier nacional estadounidense, por su condición de tal, estaría en disposición de obtener un certificado de residencia en ese país.

En la medida en que la consideración como residente de un contribuyente en ambos Estados es el presupuesto que conduce a la aplicación de las reglas de desempate (*tie-breaker rules*) fijadas en el Convenio, negar la validez del certificado de residencia emitida por el otro Estado dejaría a la voluntad de los órganos administrativos y judiciales españoles la propia aplicación del Convenio, que es un tratado internacional de obligado cumplimiento.

Por otro lado, el Tribunal Supremo recuerda que la noción de *centro de intereses vitales* que se recoge como segunda *tie-breaker rule* en el Modelo de Convenio de la OCDE es más amplia que la noción de *núcleo principal o base de las actividades o los intereses económicos* a la que se refiere la letra b) del artículo 9.1 de la Ley del IRPF, dado que la primera no solo atiende a consideraciones económicas, sino también a otras circunstancias, como las relaciones personales, familiares y sociales.

Tributos locales. IAE y estado de alarma. La cuota del Impuesto sobre Actividades Económicas de empresas hoteleras puede reducirse proporcionalmente por el período que se vieron obligadas a paralizar su actividad

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 30 de mayo de 2023

El Tribunal Supremo considera aplicable el régimen de paralización de industrias previsto en el apartado 4 de la regla 14 de las Tarifas y la Instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas, aprobadas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, a la paralización de la actividad y el cierre de establecimientos ordenados por la crisis sanitaria provocada por la COVID-19.

La paralización de la actividad y el cierre de establecimientos ordenados por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, pronto suscitó dudas sobre sus efectos en la exigencia del Impuesto sobre Actividades Económicas. Algunos juzgados de lo contencioso-administrativo (v. gr., el n.º 3 de Valencia, en sentencia de 11.1.2022; de Alicante, en sentencia de 5.6.2021; de Badajoz, en sentencia de 30.7.2021; o de Valladolid, en sentencia de 27.7.2021) consideraron improcedente exigir la cuota del Impuesto sobre Actividades Económicas correspondiente a los meses en los que la actividad empresarial se vio limitada por la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 al considerar que no se había producido el hecho imponible del impuesto según viene definido en el artículo 78 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales: “[...] *el mero ejercicio, en territorio nacional, de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto*”. Sin embargo, la cuestión no era pacífica.

La doctrina interpretativa sentada por el Tribunal Supremo puede resumirse como sigue:

- i. Pese a la paralización de la actividad y el cierre del establecimiento, ha de entenderse que el hecho imponible del Impuesto sobre Actividades Económicas se ha realizado.
- ii. No obstante, se considera aplicable en estos casos el régimen de paralización de industrias previsto en el apartado 4 de la regla 14 de las Tarifas e Instrucción del Impuesto, según el cual, *“cuando en las industrias ocurra alguno de los casos de interdicción judicial, incendio, inundación, hundimiento, falta absoluta de caudal de aguas empleado como fuerza motriz o graves averías en el equipo industrial, los interesados darán parte a la Administración Gestora del impuesto, y en el caso de comprobarse plenamente la interdicción por más de treinta días, o el siniestro o paralización de la industria, podrán obtener la rebaja de la parte proporcional de la cuota, según el tiempo que la industria hubiera dejado de funcionar”,* si bien la norma dispone que *“no será de aplicación la reducción antes fijada a la industria cuya cuota esté regulada según el tiempo de funcionamiento”*.
- iii. A los efectos de aplicar la anterior regla, no es preciso probar la paralización o cierre de la empresa ni poner en conocimiento de la Administración el cierre o actividad, pues ambas circunstancias traen causa directa de la ley.
- iv. En el caso concreto de las actividades de hostelería o restauración, la única prueba exigible es la de la inexistencia de entrega a domicilio.

Tributos locales. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. La limitación de efectos contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 182/2021 se extiende a la fecha de la sentencia y no a la de su publicación en el BOE

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 12 de julio de 2023

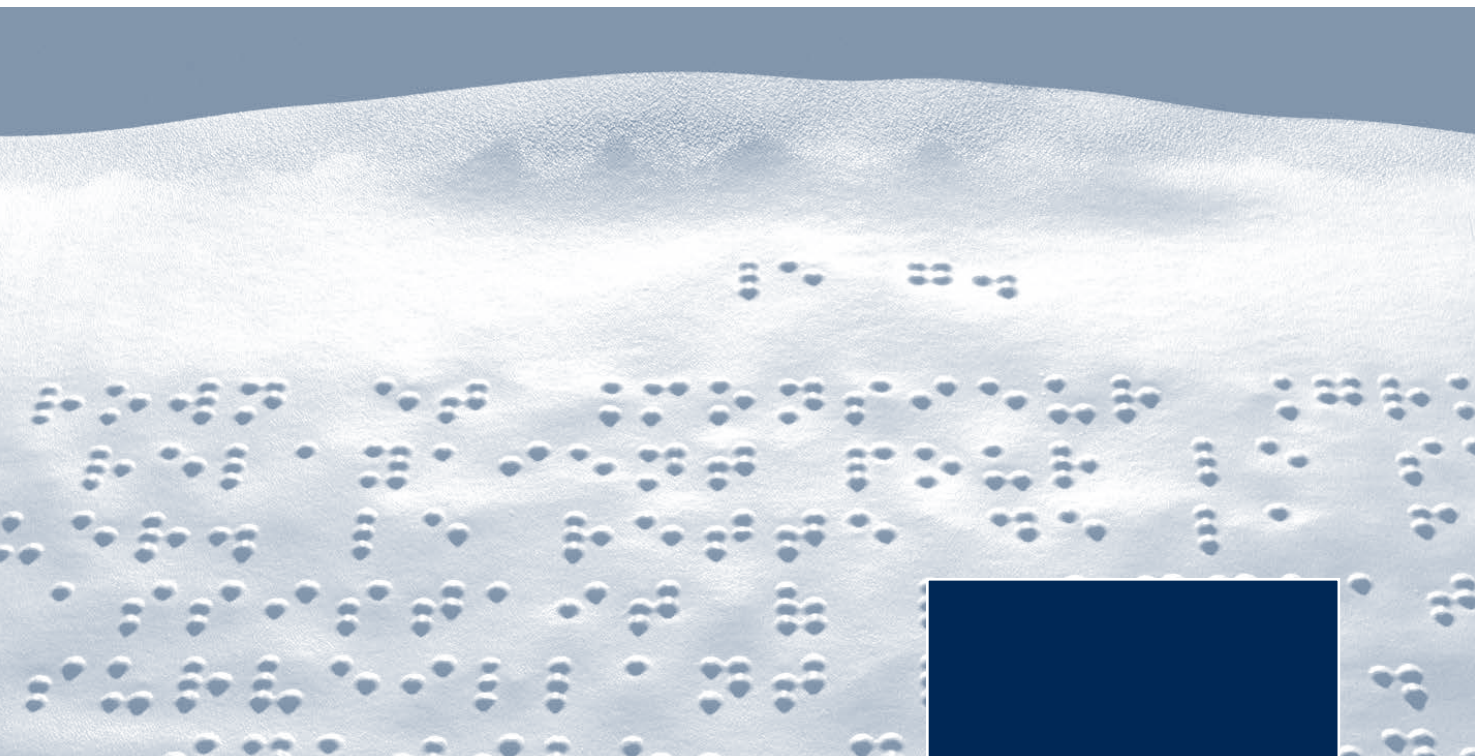
El Tribunal Supremo confirma que, con el criterio sentado por la sentencia del Tribunal Constitucional, a partir del 26 de octubre de 2021 no pueden impugnarse las liquidaciones ni solicitar la rectificación de autoliquidaciones con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad del impuesto, aunque la impugnación y la rectificación tengan lugar antes de la publicación en el BOE de la sentencia.

El Tribunal Supremo entiende que, *"dados los términos en que se expresa la STC 182/2021, de 26 de octubre, es indudable que la voluntad del Tribunal Constitucional es fijar la intangibilidad de las diversas situaciones consolidadas a la fecha de dictado de la sentencia, no a la de la publicación"*. De esta forma, razona que, aunque *"es cierto que el art. 164.1 CE, al igual que el art. 38 de la LOTC establecen que el valor de cosa juzgada y los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley se producen desde la fecha de su publicación en el BOE [...], la potestad de delimitar las situaciones intangibles no tiene fundamento en esta norma, sino que es una interpretación que extrae el propio Tribunal Constitucional de la ausencia de regulación explícita en la LOTC respecto a la potestad de delimitación temporal de los efectos de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de leyes"*.

Con este punto de partida, considera que la limitación de efectos de sus sentencias se basa *"en la ponderación entre los distintos principios constitucionales en conflicto, y la necesidad de preservar determinados efectos temporales de la norma declarada inconstitucional como medio para preservar los que se consideran más necesitados de protección"*. Y aunque parece reprochar el hecho de que *"la STC 182/2021 no hace mención explícita a los principios e intereses protegidos al decidir que sea la fecha de dictado de la sentencia el hito temporal determinante de la intangibilidad de situaciones que califica de consolidadas"*, considera que el límite temporal establecido en el artículo 40 de la LOTC es un mínimo que puede ser ampliado en aras de otros principios constitucionales, como el de seguridad jurídica.

Como conclusión, el Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que, *"de conformidad con lo dispuesto en la STC 182/2021, de 26 de octubre, las liquidaciones provisionales o definitivas por Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana que no hubieran sido impugnadas a la fecha de dictarse dicha sentencia, 26 de octubre de 2021, no podrán ser impugnadas con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la misma, al igual que tampoco podrá solicitarse con ese fundamento la rectificación, ex art. 120.3 LGT, de autoliquidaciones respecto a las que aún no se hubiera formulado tal solicitud al tiempo de dictarse la STC 26 de octubre de 2021"*. Sí reconoce, en cambio, la posibilidad de *"impugnar dentro de los plazos establecidos para los distintos recursos administrativos, y el recurso contencioso-administrativo, tanto las liquidaciones provisionales o definitivas que no hubieren alcanzado firmeza al tiempo de dictarse la sentencia, como solicitar la rectificación de autoliquidaciones ex art. 120.3 LGT, dentro del plazo establecido para ello, con base en otros fundamentos distintos a la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la STC 182/2021, de 26 de octubre"*.

9 de septiembre de 2023



Unión Europea

9 de septiembre de 2023

1. Jurisprudencia

El TJUE se pronuncia sobre la suspensión a un juez de sus funciones

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2023 (as.ac. C-615/20, YP y otros y C-671/20)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") se pronunció el 13 de julio de 2023 sobre la suspensión de un juez en Polonia, indicando que el acto de suspensión no debe aplicarse si se considera que viola el derecho de la UE.

En 2020, la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo de Polonia ("Sala Disciplinaria"), levantó la inmunidad de un juez del Tribunal Regional de Varsovia y lo suspendió de sus funciones, autorizando su procesamiento.

El tribunal remitente se preguntó si la Sala Disciplinaria podía conceder tal autorización, y si las normas nacionales que permiten tal autorización de procesamiento penal de los jueces están sujetas al principio de tutela judicial efectiva. También preguntó si impedir que ese juez conozca de asuntos no está justificado e infringe el derecho de la UE. Otro juez al que se habían reasignado los asuntos del juez al que habían suspendido expresó reservas similares en cuanto a la legalidad y eficacia de la autorización.

En primer lugar, el TJUE interpreta el artículo 19 del Tratado de la UE. Establece que las disposiciones nacionales que otorgan a una instancia sin garantías de independencia e imparcialidad la facultad de autorizar acciones penales contra los jueces son contrarias a esta disposición y se remite a su sentencia Comisión/Polonia (C-204/21). El TJUE subraya que el mero riesgo de que los jueces sean sometidos a un procedimiento penal o de que se suspendan sus funciones y se reduzca su remuneración por una instancia carente de independencia puede socavar su independencia.

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro Varona, y en su elaboración ha participado Violeta Marinas Serra, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Bruselas).

Adicionalmente, el TJUE subraya que los órganos jurisdiccionales nacionales deben adoptar todas las medidas necesarias para facilitar la realización del derecho de la UE y eliminar las consecuencias ilícitas de una violación.

El TJUE clarifica las condiciones para transferir la competencia entre órganos jurisdiccionales de los Estados en caso de desplazamiento ilícito de un menor

Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-87/22, Desplazamiento ilícito del menor

El TJUE ha clarificado las condiciones por las que un tribunal competente para atender un asunto de responsabilidad parental puede transferir dicha competencia en caso de desplazamiento ilícito de un menor. En este caso, dos padres de nacionalidad eslovaca se mudaron con sus dos hijos nacidos en dicho país a Austria. Después de separarse, la madre trasladó a sus hijos de vuelta a Eslovaquia sin el consentimiento del padre, por lo que se consideró un desplazamiento ilícito. Ante esta situación, el padre solicitó a un tribunal eslovaco la restitución de sus hijos y la custodia de los menores a un tribunal austríaco, país en el que seguía viviendo. Ante este mismo tribunal austríaco, el demandante solicitó la atribución de competencias sobre la custodia al órgano jurisdiccional eslovaco.

Dicha situación suscitó dudas al juez austríaco, que planteó una cuestión prejudicial al TJUE para que aclarara si la competencia para pronunciarse en materia de custodia era transferible a un órgano del Estado en el que el menor hubiera establecido su residencia habitual, en caso de traslado ilícito. Así, el TJUE asienta su criterio sobre una serie de preceptos del Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la jurisdicción y reconocimiento de competencia en juicios sobre asuntos matrimoniales y responsabilidad parental (el "Reglamento").

La sentencia recuerda una regla general del Reglamento por la cual la competencia se atribuye al órgano del territorio de residencia habitual del menor. Esta norma general se justifica por la proximidad geográfica que permite al tribunal "*apreciar mejor qué medidas deben adoptarse en interés del menor*". Ahora bien, después de haber calificado el traslado de los menores de vuelta a Eslovaquia como desplazamiento ilícito, el TJUE matiza la regla de competencia general para aquellos supuestos de desplazamiento ilícito. En dichos supuestos, el órgano competente es aquel del Estado en el que los menores tenían residencia habitual antes de que se produjera el desplazamiento. Sin embargo, el Reglamento prevé un mecanismo de cooperación para que el juez del Estado competente en caso de desplazamiento ilícito pueda remitir el asunto al juez del Estado de destino.

El TJUE clarifica los requisitos para que se pueda aplicar el mecanismo de cooperación afirmando que, para ser válido, (i) debe existir un vínculo especial entre el menor y el Estado miembro, (ii) que el órgano judicial del territorio del que el menor ha sido desplazado ilícitamente considere que el otro órgano está mejor situado para conocer el fondo del asunto y (iii) que dicha remisión responda al interés superior del menor.

El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el control de inversiones extranjeras

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2023 Xella Magyarország (as.C-106/22)

El TJUE se pronunció el 13 de julio de 2023 sobre la normativa de control de inversiones extranjeras. En este caso, la empresa húngara *Janes és Társa*, que operaba en una cantera en Hungría, era adquirida en su totalidad por otra empresa húngara, *Xella Magyarország*. *Xella* fue calificada como inversor extranjero por el Ministerio de Innovación y Tecnología húngaro, al ser propiedad indirecta de una empresa domiciliada en las islas Bermudas, a pesar de que, en última instancia, era propiedad de un ciudadano irlandés. Además de ser considerada una inversión extranjera, la empresa fue considerada como “estratégica”, por lo que el Ministerio prohibió la operación.

Dicha decisión fue llevada ante el TJUE, que se pronunció sobre el ámbito de aplicación de las normas europeas sobre los mecanismos de control de inversiones extranjeras, así como sobre la evaluación los criterios que deben seguir los Estados para prohibir dichas inversiones.

En primer lugar, el TJUE declara que las inversiones realizadas directamente por un inversor de la UE quedan generalmente fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2019/452, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (el “Reglamento”). Esta interpretación literal del ámbito de aplicación del Reglamento difiere de la posición adoptada por la abogada general Ćapeta. En sus conclusiones para este caso, indicó que el factor concluyente para la aplicación del Reglamento dependería de quién controla en última instancia la empresa que adquiere el control de la *target* europea.

En segundo lugar, el TJUE analiza si la prohibición dictada por el Ministerio es compatible con las libertades fundamentales establecidas en el TFUE. Para el TJUE, la decisión no afectaba a la libertad de movimiento de capitales, sino a la libertad de establecimiento, al implicar la adquisición del control definitivo de la empresa y de sus actividades. El TJUE concluye que la prohibición no está suficientemente justificada, pues no existe “una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”. A pesar de reconocer que los Estados son libres para definir las exigencias del orden y seguridad pública, en el ámbito de la UE, y considerando que la restricción afecta a una libertad fundamental reconocida en un tratado, sus razones deben considerarse en sentido estricto.

2. Otros

La Unión Europea adopta nuevas medidas en el contexto de la invasión rusa de Ucrania

Decisión del Consejo de la Unión Europea (PESC) 2023/1217, de 23 de junio de 2023, y Decisión del Consejo de la Unión Europea (PESC) 2023/1218 (DOUE L 1591I, de 23 de junio de 2023)

El 23 de junio de 2023, el Consejo de la Unión Europea (“Consejo”) adoptó un nuevo paquete de medidas contra Rusia, en el contexto de la guerra de Ucrania. Esta decisión persigue reforzar la

eficacia de las medidas anteriormente adoptadas, e incluye a 71 nuevos particulares y 33 nuevas entidades.

El nuevo paquete de medidas busca evitar que Rusia eluda las sanciones, apostando por la colaboración con terceros países. Además de una serie de medidas de cooperación bilateral y multilateral, el Consejo incluye la posibilidad de imponer sanciones individuales a aquellos países que asistan a Rusia en sus intentos de paliar los efectos del paquete sancionador. Esta sanción individual a terceros países se plantea como último recurso, ante un eventual fracaso de las negociaciones bilaterales. Además, el Consejo incluye una prohibición de tránsito de nuevos bienes y productos tecnológicos a través de Rusia que puedan contribuir a su industria armamentística y tecnológica. Esta prohibición se aplica a productos exportados desde la UE a terceros países que entren dentro de estas categorías.

En el ámbito del comercio, las sanciones endurecen las restricciones y controles relativos a la exportación de bienes y tecnología de doble uso, y añade 87 nuevas entidades que apoyan directamente el complejo militar e industrial ruso. El Consejo también ha adoptado medidas en el ámbito del transporte por mar y carretera, con la prohibición de que los remolques y semirremolques matriculados en Rusia puedan transportar mercancías a la UE. Además, se prohíbe el acceso a puertos de la UE a aquellos buques que realicen operaciones *ship to ship* si las autoridades portuarias sospechan que dichos buques están infringiendo las medidas adoptadas sobre la importación de petróleo ruso. Por último, se amplía la suspensión de licencias de radiodifusión a medios de comunicación controlados por dirigentes de la Federación Rusa.

La Comisión Europea propone al Banco Central Europeo el marco legal para un futuro euro digital

Propuesta de la Comisión Europea de Reglamento para el establecimiento del euro digital (COM 2023/369 final, de 28 de julio de 2023)

La Comisión Europea (“Comisión”) ha planteado al Banco Central Europeo (“BCE”) un marco legal para la creación, aún hipotética, del euro digital. El 28 de junio de 2023, la Comisión presentó dos propuestas a la autoridad financiera con el objetivo de compatibilizar el uso del efectivo con las nuevas tendencias de pago. Consciente de la incertidumbre que estas nuevas tendencias suponen para el sistema monetario europeo, la Comisión aspira a que esta nueva forma de divisa genere confianza y seguridad en las transacciones europeas, con lo que se dote de mayor estabilidad al sistema monetario construido sobre el euro. De acuerdo con la propuesta, el primer diseño del euro digital plantea esta figura como una herramienta complementaria al efectivo, ofreciendo a los ciudadanos una nueva forma de pago en un contexto de crecimiento exponencial del pago instantáneo y del comercio *online*. Así, la Comisión espera garantizar que las transacciones puedan seguir produciéndose en efectivo y, al mismo tiempo, ofrecer como alternativa la moneda digital.

Publicación del Informe anual sobre el Estado de Derecho en 2023 y del Informe anual sobre Derecho de la Unión en 2022

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo, Consejo Económico y Social Europeo y Comité de las Regiones (COM 2023/800, de 5 de julio de 2023); e Informe de la Comisión sobre la aplicación del derecho de la Unión Europea (COM 2023/453, de 14 de julio de 2023)

La Comisión ha publicado dos informes relativos a la aplicación del derecho en la UE. En primer lugar, la Comisión publicó el cuarto *Informe anual sobre el Estado de Derecho en la Unión*, que examina los avances y retrocesos de los 27 Estados miembros en cuatro áreas del Estado de Derecho: sistema judicial, lucha contra la corrupción, libertad de prensa y otros aspectos relacionados con la separación de poderes. Este informe anual incluye, desde su edición del año pasado, recomendaciones a los Estados miembros, además de evaluar los progresos de los Estados en la implementación de las recomendaciones del informe de 2022. Además, el informe de este año ha contado con la aportación de 250 colaboradores aproximadamente, entre los que se incluyen agencias de la UE, agentes sociales y asociaciones profesionales, así como organizaciones internacionales y europeas. Cabe destacar que el 65 % de las recomendaciones sugeridas en el informe de 2022 han sido total o parcialmente implementadas, tendencia que la Comisión interpreta positivamente.

Por otro lado, la Comisión adoptó su *Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la Unión en base al año 2022*, que evalúa la adopción de medidas para la protección de los derechos y libertades, así como el mercado único. El informe aporta cifras relevantes para conocer el funcionamiento del derecho de la Unión, y el desempeño de instituciones nacionales y europeas en su aplicación, así como la apertura y cierre de procedimientos de infracción contra los Estados miembros. Señala que el 96 % de los casos se resolvieron sin necesidad de vía judicial, lo que no impidió que se abrieran un total de 551 asuntos de infracción. Cabe destacar que 35 casos fueron remitidos al TJUE, lo que supone un aumento con respecto a la cifra del año anterior.

Apreciadas estas tendencias, ambos informes ilustran la relación existente entre las instituciones europeas y nacionales, así como las interacciones entre ambos niveles del ordenamiento jurídico. Tanto el informe sobre el Estado de Derecho de la UE como el informe sobre la aplicación del derecho de la UE muestran la relación entre las dos partes del ordenamiento el pasado año y las posibles tendencias futuras.

Entra en vigor el Reglamento sobre Subvenciones Extranjeras

Reglamento (UE) 2022/2560 de 14 de diciembre de 2022, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior

El 12 de julio de 2023 entró en vigor el Reglamento sobre Subvenciones Extranjeras ("RSE"). El RSE permite a la Comisión investigar las subvenciones recibidas por empresas activas en la UE de países no pertenecientes a la UE que distorsionan el mercado interior de la UE.

El RSE introduce un nuevo régimen de revisión de las concentraciones *ex ante*, independiente y adicional a los regímenes existentes de control de concentraciones y de inversiones extranjeras directas. Este régimen requiere la aprobación por parte de la Comisión de las transacciones en las que participen empresas que hayan recibido ayuda financiera de Gobiernos no pertenecientes a la UE y que alcancen ciertos umbrales de facturación y de ayuda extranjera (e. g., que todas las partes de la concentración hayan recibido conjuntamente al menos 50 millones de ayuda extranjera). Si se alcanzan los umbrales, la obligación de notificación se aplicará a las operaciones firmadas a partir del 12 de julio de 2023 que no se hayan cerrado antes del 12 de octubre de 2023.

El RSE también incluye un nuevo procedimiento de supervisión para las licitaciones en las que participen entidades subvencionadas por países no pertenecientes a la UE. Finalmente, incluye un amplio mecanismo de investigación que permite a la Comisión investigar cualquier actividad comercial en la UE en la que las subvenciones extranjeras puedan tener un efecto distorsionador en el mercado interior de la UE.

URÍA
MENÉNDEZ
www.uria.com