9 de noviembre de 2023

Administrativo

Arbitraje y Mediación

Competencia

Derecho digital. Comercio electrónico, protección de datos y privacidad

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, Leticia López-Lapuente, Jesús López Tello, Mario Barros, Manuel Vélez Fraga, Carlos Paredes Galego, Yásser-Harbi Mustafá Tomás, Alfonso Gutiérrez Hernández, Ismael Clemente Casas, Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, Nuno Salazar Casanova, Hélder Frías, Javier García Sanz, Cristian Gual Grau

REDACTORES
Alejandro Anca Alamillo y José Antonio González Salgado

OBRA EN CUBIERTA:
Título: *Urizen, 2018* de Miguel Ángelo Rocha

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

21 Arbitraje y Mediación

37 Competencia

51 Derecho digital. Comercio electrónico, protección de datos y privacidad

67 Energía

77 Inmobiliario y Urbanismo

87 Laboral y Seguridad Social

99 Marítimo, Transporte y Logística

103 Medio Ambiente

111 Mercantil

123 Procesal Civil

157 Procesal Penal

167 Salud y Alimentación

177 Tributario

195 Unión Europea

9 de noviembre de 2023

Administrativo

Administrativo*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

[Portugal]

Procedimento excecional - atribuição de ligação à rede em zonas de grande procura

Decreto-Lei n.º 80/2023, de 6 de setembro (DR 173, Série I, de 6 de setembro 2023)

O Decreto-Lei n.º 80/2023, de 6 de setembro ("Decreto-Lei 80/2023") estabelece o procedimento excecional de atribuição de capacidade de ligação à rede elétrica de serviço público ("RESP") de instalações de energia elétrica em zonas de grande procura.

O procedimento pressupõe a requisição, junto do operador da RESP, de um número de pedidos de ligação à RESP de novas instalações de consumo cuja potência, para ser disponibilizada, implique prazos objetivamente superiores aos que resultem da concretização dos planos de investimento para o aumento da capacidade das redes.

Neste contexto, sempre que o operador da RESP conclua que não consegue satisfazer a procura de capacidade de ligação à rede deve: *(i)* enviar um relatório à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos ("ERSE"), no qual descreva a situação do plano de investimento e de reforços de rede, para que esta entidade emita parecer; e, *(ii)* em função do parecer elaborado pela ERSE, deve propor, ao concedente, o reconhecimento de uma zona de grande procura para se dar início ao procedimento excecional previsto no Decreto-Lei 80/2023.

Na sequência da proposta enviada pelo operador da RESP, o membro do Governo responsável pela área de energia pode aprovar, por despacho, o reconhecimento da zona de grande procura e determinar a abertura do procedimento excecional previsto no Decreto-Lei 80/2023.

Nos termos deste diploma, o procedimento excecional tem as seguintes fases potenciais:

i. Manifestação de interesse e apuramento de capacidade não utilizada: na fase inicial, o operador da RESP promove uma consulta pública, durante o prazo de 10 dias, com o

* 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 Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

intuito dos interessados apresentarem a sua manifestação de interesse na atribuição da capacidade;

ii. Prestação de caução: no ato de manifestação da procura, os interessados devem prestar uma caução ao operador da RESP em função do valor da potência de ligação solicitada, cujo valor será restituído no momento da ligação à RESP de acordo com a calendarização apresentada;

iii. Apuramento de procura: no prazo de 10 dias a contar da prestação da caução, o operador da RESP verifica se a capacidade resultante dos reforços de rede é suficiente para satisfazer a procura que resultou das manifestações de interesse;

iv. Disponibilização e cedência de capacidade e avaliação da procura: quando a incapacidade resultante de reforços de rede seja insuficiente para satisfazer a procura que resulta das manifestações de interesse, inicia-se a fase de disponibilização e cedência de capacidade não utilizada sob proposta elaborada pelo operador da RESP e aprovada pela ERSE.

v. Leilão para atribuição de capacidade disponível: quando a capacidade disponibilizada e cedida, em conjugação com a capacidade resultante dos reforços de rede, for insuficiente para responder à procura manifestada, o operador da RESP promove um leilão para atribuição da capacidade no prazo de 20 dias.

O DL 80/2023 estabelece que o acesso à rede por clientes em baixa tensão e os consumidores que pretendam uma capacidade de ligação igual ou inferior a 2 MVA estão excluídos do âmbito de aplicação deste diploma.

Por fim, este diploma veio reconhecer a área territorial de Sines, servida pela zona da Rede Nacional de Transporte, associada à atual subestação de Sines, como uma zona de grande procura sujeita ao procedimento excecional previsto no DL 80/2023.

O presente diploma entrou em vigor no dia 7 de setembro de 2023.

2. Jurisprudencia

[España]

En cuanto a las consecuencias de la omisión de pie de recurso en la notificación de una resolución, no es irrazonable ni ilógico reconocer que las Administraciones públicas se encuentran en una situación diferente a la de la generalidad de los ciudadanos. Las Administraciones públicas disponen de personal técnico y jurídico sobradamente formado en estas cuestiones, de manera que cabe exigirles una mayor diligencia en la articulación y presentación de sus escritos y recursos frente a la resolución

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

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre los efectos de una notificación que no indica el órgano, el plazo y los recursos que se pueden interponer, cuando el destinatario es un particular, ya sea persona física o jurídica, o una Administración pública.

El origen del litigio trae causa de la publicación de un acuerdo por parte de un ministerio en materia de carreteras, en el que no se indicaban los recursos procedentes, sus plazos y los órganos ante los que interponerlos. Más de tres meses después de la notificación del acuerdo, un ayuntamiento solicitó aclaración al ministerio sobre los recursos susceptibles de interposición frente al acuerdo, reconociendo que la notificación se había producido más de tres meses antes. El ministerio no dio respuesta al requerimiento.

Casi un año después, el ayuntamiento interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional frente al acuerdo del ministerio ante la falta de resolución de su solicitud.

La Audiencia Nacional declaró la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo, sosteniendo que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los efectos de la omisión del pie de recurso parte de la relación entre un particular y la Administración, pero que dicha doctrina no es aplicable en los casos de relación entre dos Administraciones públicas. Señaló que estas cuentan con una asesoría jurídica propia altamente especializada en la materia, y que estas deben dar cuenta a los responsables políticos de la corporación de las consecuencias legales de los actos de otras Administraciones públicas que les son notificados e informarles de los medios de impugnación que caben contra estos.

El Tribunal Supremo admitió el recurso de casación preparado por el ayuntamiento y acordó que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo era "*la interpretación del artículo 40.2 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (la "LPACAP"), a fin de determinar las consecuencias de la omisión en una notificación de una resolución administrativa sobre si la misma pone fin o no a la vía administrativa, la expresión*

de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos; y, en concreto, si los efectos son los mismos en atención a que el destinatario sea un particular, bien persona física o bien jurídica, o una Administración Pública".

El Tribunal Supremo parte en su análisis del principio *pro actione*, en virtud del cual no procede la inadmisión de un recurso por causas claramente desproporcionadas, excesivamente rigoristas o formalistas. Sin embargo, recuerda que debe hacerse una ponderación de los defectos, la voluntad y el grado de diligencia del recurrente. En ese sentido, según el Tribunal Constitucional, sobre las Administraciones públicas pesa un mayor grado de diligencia, y le es exigible a la Administración que se interese por la naturaleza del proceso para personarse en tiempo hábil en la defensa de sus intereses.

El Tribunal Supremo indica que, en materia de interposición de recursos, hay que tener en cuenta la distinta posición de los ciudadanos y de la Administración, pues la última cuenta con una asistencia técnica de la que carecen los primeros, por la que se le debe exigir un mayor rigor en la articulación de sus escritos.

Atendiendo el caso concreto, el Tribunal Supremo tiene en consideración dos cuestiones: (i) que transcurrió sobradamente el plazo de dos meses para interponer el recurso; y, (ii) que el Ayuntamiento tuvo pleno conocimiento del alcance del acuerdo, pues en el Decreto de 10 de abril de 2018 manifestó su disconformidad con los términos del mismo.

En consecuencia, entiende que la extemporaneidad fue razonable y proporcionada, e indica que, aunque el ministerio incurrió en un incumplimiento de la LPACAP, no cabe considerar que la omisión de la indicación de recursos haya ocasionado indefensión al ayuntamiento, que tenía conocimiento íntegro del acto y ,que a pesar de disponer de asistencia técnica letrada, interpuso su recurso transcurridos dos meses.

Por ello, el Tribunal Supremo concluye que los requisitos de indicación de recursos del artículo 40.2 de la LPACAP "*son exigibles en todas las notificaciones, cualquiera que sea su destinatario, si bien, a la hora de determinar las consecuencias de la omisión de la indicación de recursos, no es irrazonable ni ilógico reconocer que las Administraciones Públicas se encuentran en este punto en una posición diferente a la de la generalidad de los ciudadanos, pues disponen de personal técnico y jurídico sobradamente formado en estas cuestiones, de manera que cabe exigirles una mayor diligencia en la articulación y presentación de sus escritos y recursos, por lo que habrá de estarse a la situación de indefensión que la falta de indicación de recursos ocasione a la Administración Pública de que se trate, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso*".

El Tribunal Supremo establece que es conforme a derecho el criterio del 6 % del beneficio industrial para fijar la indemnización por el perjuicio que supone la anulación del acto administrativo que conllevó la inadmisión de la oferta de un particular para la concesión de una ayuda, dotando de discrecionalidad a la potestad resarcitoria

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de junio de 2023

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por una empresa del sector oleícola contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que estimó su recurso contencioso-administrativo contra la confirmación, en vía administrativa, de la inadmisión de su oferta de participación en una licitación para la concesión de ayudas al almacenamiento privado de aceite de oliva.

El recurso contencioso-administrativo fue estimado en la instancia y, por tanto, la decisión de inadmitir la oferta de la recurrente fue anulada. Sin embargo, la sentencia de instancia fijó como indemnización una suma equivalente al 6 % de la subvención dejada de percibir, por aplicación analógica del criterio para cuantificar el beneficio industrial en el presupuesto base de licitación de los contratos de obras. La recurrente interpuso recurso de casación al considerar que este criterio vulnera su derecho a la reparación integral del daño efectivo, en la medida en la que el criterio a seguir debería ser el contenido en el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público (el "RGLCSP"), aplicado por analogía.

La cuestión de interés casacional fijada en el auto de admisión consiste en aclarar si, para la determinación de la cuantía de la indemnización que se ha declarado pertinente como consecuencia de la previa anulación de una resolución administrativa en el ámbito de la actividad subvencional, resulta procedente la aplicación analógica de los criterios previstos en el artículo 131 del RGLCSP para el contrato de obras.

El Tribunal Supremo sostiene que, dado que la determinación del importe de la indemnización en los supuestos en los que se aprecie un daño antijurídico derivado de la anulación de un acto que incida de forma negativa en la esfera patrimonial del afectado no dispone de normas específicas más allá de las referencias del art. 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (la "LRJSP"), el tribunal de instancia pudo utilizar diferentes criterios para cuantificar el perjuicio sufrido (entre los que se encuentra el criterio del 6 % del beneficio industrial). Por tanto, a juicio del Alto Tribunal, la aplicación de este criterio es conforme a derecho, con independencia de que se contemple en la normativa relativa a la licitación de los contratos de obras: "*La utilización del 6% del beneficio industrial que podría obtener como criterio de cuantificación, con independencia de que se contemple en el art. 131 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre para cuantificar el presupuesto base de licitación en los contratos de obras, no resulta contrario a derecho sino que es uno de los posibles, entre otros muchos, que pueden ser utilizadas para fijar el importe de dicha indemnización, incluyendo la simple fijación de una cantidad a tanto alzado que se considere resarce el perjuicio sufrido. Existen sin duda otros, pero el utilizado no es contrario a derecho*".

La Sala descarta que proceda cuantificar el perjuicio en el importe de la ayuda dejada de percibir, puesto que esta se concede por la realización de una determinada prestación que la recurrente no ha estado obligada a realizar, y, por tanto, le generaría un beneficio sin contraprestación y, en definitiva, un enriquecimiento injusto.

Por último, también carece de relevancia que la recurrente hubiera arrendado determinadas instalaciones para su utilización en caso de obtener la ayuda, puesto que tales arrendamientos fueron acordados antes de conocer si percibiría la ayuda y, además, estarían cubiertos por el 6 % del beneficio industrial.

El Tribunal Supremo confirma que en las sucesivas adjudicaciones de contratos públicos respecto de un mismo servicio, y a fin de hacer posible la estabilidad de las plantillas, la obligatoriedad de subrogación de los trabajadores debe contemplarse en el convenio colectivo de aplicación a que se refiere el contrato objeto de licitación. El poder adjudicador no puede establecer la obligación de subrogación en los acuerdos y convenios colectivos negociados y aprobados respecto a su personal laboral para imponerla en todos los contratos que con dicha Administración se celebren

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 3 de julio de 2023

El Tribunal Supremo resuelve si en las sucesivas adjudicaciones de contratos públicos respecto de un mismo servicio, y a fin de hacer asegurar la estabilidad de las plantillas, el poder adjudicador puede establecer la obligatoriedad de subrogación de los trabajadores en los acuerdos y convenios colectivos negociados y aprobados respecto a su personal laboral para imponer la subrogación en todos los contratos que con este se celebren o si, por el contrario, es necesario que se contemple en el convenio que efectivamente es aplicable a los trabajadores a los que se refiere el contrato objeto de licitación.

Los pliegos de esta licitación establecían una obligación para el adjudicatario de subrogar el personal que venía prestando sus servicios en el contrato anterior. Esta obligación se impuso de acuerdo con lo señalado por el convenio colectivo del personal laboral de la Administración contratante.

Las partes discrepaban en la interpretación que la sentencia impugnada efectuó del artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (la "LCSP"). En particular, se discutía si el convenio colectivo al que se refiere el citado artículo se corresponde con el aplicable al personal laboral de la Administración contratante o al convenio colectivo aplicable al personal de las contratas de las empresas que sean adjudicatarias de la Administración contratante.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco consideró que el convenio sectorial aplicable no prevé la subrogación de los trabajadores. Señaló que la Administración contratante pretendía utilizar el convenio que rige para su personal laboral, con la finalidad de establecer una cláusula universal de subrogación que se imponga en todos los contratos en los que ella sea parte.

El Tribunal Supremo comparte los razonamientos de la sentencia de instancia, que se apoyan en el alcance y eficacia de los convenios colectivos de acuerdo con los artículos 83 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores (el "ET"), de los que resulta que los convenios colectivos extienden su fuerza obligatoria a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, sin que puedan extenderla más allá a empresarios y trabajadores ajenos a dicho ámbito.

Falta de concurrencia de los supuestos de *factum principis* y de riesgo imprevisible. La sujeción de la autovía de peaje en la sombra al pago del impuesto de contribución territorial no comporta, en el presente caso, la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 912/2023, de 4 de julio (recurso n.º 5962/2020)

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por una concesionaria contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en relación con la ruptura del equilibrio económico-financiero en el contrato de concesión.

En particular, la cuestión que en este caso presenta interés casacional objetivo se refiere al significado y alcance de la doctrina del *factum principis* y del riesgo imprevisible y sus efectos sobre la economía del contrato, y, en concreto, si la sobrevenida sujeción al pago del impuesto sobre bienes inmuebles por parte del concesionario comporta inexorablemente la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato o si, por el contrario, la desaparición de la exención al pago de dicho impuesto local se enmarca en el principio de riesgo y ventura y no determina el nacimiento de derecho a compensación alguno a cargo de la Administración contratista.

La doctrina del *factum principis* obliga a la Administración a compensar al contratista cuando, por actuaciones propias que se mueven en un plano superior a la relación contractual, se provoque indirectamente un desequilibrio de las prestaciones en perjuicio del contratista. En el caso concreto, el Tribunal Supremo descarta su aplicabilidad en tanto que las condiciones de explotación de la obra no se han visto modificadas por parte de la Administración y que el cambio normativo incumbe únicamente al legislador autonómico, pero en ningún caso a la propia Administración, por lo que no puede imputársele a esta el perjuicio que le genera al contratista el cambio en la normativa tributaria.

Por otro lado, la figura del riesgo imprevisible habilita la posibilidad del concesionario de obtener una compensación con motivo de acontecimientos sobrevenidos e inesperados que le son perjudiciales durante la ejecución de la prestación convenida. Así pues, se trata de una clara excepción al principio de riesgo y ventura.

No obstante, el Tribunal Supremo tampoco la considera aplicable a este caso, al establecer que un cambio en la legislación tributaria no puede calificarse como tal riesgo, dada la frecuencia con la que se producen, máxime cuando una cláusula del contrato de concesión establece que los impuestos aplicables al proyecto serán aquellos que recoja la regulación fiscal en cada momento.

Por todo, se desestima el recurso de casación al entender que no concurren los requisitos para la aplicación de las referidas doctrinas.

El Tribunal Supremo concluye que las actuaciones previas de comprobación de subvenciones no constituyen actuaciones autónomas al procedimiento general de reintegro y, por tanto, no están sujetas al plazo de caducidad de doce meses previsto en el artículo 49.7 de la Ley General de Subvenciones

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de julio de 2023

Esta sentencia estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó el recurso interpuesto por una asociación empresarial y, en consecuencia, anuló la orden autonómica, por la que se acordó el reintegro de la subvención concedida a la asociación.

El recurso versa sobre la sujeción de las actuaciones previas de comprobación de la subvención al plazo de caducidad de doce meses previsto en el artículo 49.7 de la Ley General de Subvenciones (la "LGS"). En concreto, se trataba de resolver si estas labores de comprobación o verificación son un procedimiento autónomo, con acuerdo de inicio, trámite de alegaciones, prueba, propuesta de resolución y resolución final, y sujeto a caducidad; o si forman parte de un procedimiento general a las que no puede aplicarse el plazo de caducidad de las actuaciones de control financiero.

Si se entendiera aplicable dicho precepto, las actuaciones previas habrían caducado. En caso contrario, los requerimientos de la Administración dirigidos a la beneficiaria de la subvención tendrían eficacia para interrumpir la prescripción de la acción de reintegro, y el derecho de la Administración estaría sujeto a reclamar el reintegro a un plazo de prescripción de cuatro años.

Pues bien, el Tribunal Supremo entiende que las actuaciones de comprobación no constituyen un procedimiento diferenciado, sino que son trámites que forman parte del procedimiento general de otorgamiento, gestión y liquidación de la subvención, por lo que no se puede aplicar el plazo de caducidad del artículo 49.7 LGS. Así, entiende que ha lugar el recurso de casación, dado que los requerimientos dirigidos a la beneficiaria de la subvención interrumpieron la prescripción de la acción de reintegro y no se puede entender que tales requerimientos se hicieran cuando las actuaciones de comprobación estaban caducadas, al no ser de aplicación el artículo 49.7 de la LGS.

Ante esta situación y, en línea con lo solicitado por la Administración en el recurso de casación, el Tribunal Supremo acuerda la retroacción de actuaciones y su devolución para que la Sala de instancia se pronuncie sobre los restantes motivos de impugnación esgrimidos por la asociación empresarial.

El Tribunal Supremo ratifica el criterio establecido en su sentencia de 23 de enero de 2023 y resuelve que no es conforme a derecho abrir un nuevo procedimiento de reintegro de subvenciones cuando exista un procedimiento anterior sobre el mismo objeto en el que no se ha cumplido el plazo de caducidad, sin haber cerrado el previo mediante resolución expresa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de julio de 2023

La Sala resuelve el recurso de casación interpuesto contra la desestimación del recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Secretario de Estado para la Sociedad de la Información, de 13 de febrero de 2018, que exige el reintegro de la subvención que se le había concedido a la recurrente por valor de 151.440 euros (la "Resolución de reintegro").

La controversia nace porque el expediente de reintegro, notificado el 7 de marzo de 2017, no es el primero que se inicia contra la recurrente. Con fecha 1 de junio de 2016 se inició un procedimiento previo que fue archivado con motivo de la Resolución de reintegro.

La parte recurrente entiende que la Resolución de reintegro es contraria a derecho porque todavía estaba en curso otro procedimiento de reintegro anterior con el mismo objeto (el iniciado en 2016) en el que todavía no se había cumplido el plazo de caducidad y no se había cerrado mediante resolución expresa.

El Tribunal Supremo ratifica el criterio establecido en su sentencia de 23 de enero de 2023, de forma que, "*estando en curso un procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones en el que todavía no se ha cumplido el plazo de caducidad, no es posible abrir otro sobre el mismo objeto sin haber cerrado previamente el anterior mediante la resolución expresa que resulte procedente*".

Los motivos en los que se funda esta doctrina son los siguientes:

En primer lugar, la existencia de dos procedimientos simultáneos sobre el mismo objeto atenta contra diversos principios que deben presidir la actuación administrativa (artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública): eficacia, simplicidad, transparencia, economía de medios y eficiencia en la asignación de recursos públicos. Esto es así por la duplicidad que genera de medios, recursos y de actuaciones, así como la posible concurrencia de resultados contradictorios. Es más, el Tribunal Supremo entiende que atenta contra el principio de seguridad jurídica, por la falta de certeza del administrado sobre la situación jurídica de la materia objeto de actuaciones simultáneas.

En segundo lugar, la iniciación de un segundo procedimiento supone evadir la regulación sobre plazos administrativos en caso de imposibilidad de finalizar las actuaciones, que contempla la facultad de ampliar el plazo para resolver el primer procedimiento, bajo los estrictos términos de la normativa.

Por último, el Tribunal Supremo argumenta que esta forma de proceder infringe los preceptos que regulan los modos de terminación de los procedimientos. Por una parte, porque dejar abierto

indefinidamente el primer procedimiento infringe la obligación de finalizarlo mediante la correspondiente resolución de fondo, de caducidad y archivo o de simple archivo de las actuaciones. Y porque, por otra parte, cerrar el primer procedimiento en la propia resolución con la que se concluye el segundo procedimiento es una actuación anómala.

Por todo, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la recurrente contra la Resolución de reintegro.

El interés público para justificar el rescate de una concesión ha de concurrir en el momento en que se adopta la resolución de rescate y, además, debe de tratarse de un interés público diverso al que se tuvo en consideración para acordar la concesión

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de julio de 2023

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación el interpuesto por el Consell Insular de Mallorca (el "CIM") contra una sentencia del Tribunal de Justicia de las Islas Baleares, que confirmaba una sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 3 de Palma, por la que se anulaba el rescate del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de una carretera de peaje, fijando una indemnización de 17,4 millones de euros para el concesionario.

La concesión fue adjudicada en el año 1988 por un plazo de 28 años (hasta el año 2016), si bien en el año 2007 fue prorrogada hasta el año 2022 en ejecución de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que reconoció el derecho del concesionario al reequilibrio económico-financiero de la concesión. Por tanto, en el momento en que se acordó el rescate de la concesión, faltaban cinco años para su vencimiento.

El CIM alegó que el rescate estaba justificado por razones de interés público en la medida en que, con la gratuidad de esta carretera se pondría fin a la discriminación que sufrían sus usuarios de pago frente a otros usuarios con bonificaciones, así como frente al resto de los habitantes de la isla que no pagaban peaje por el uso de las carreteras de su zona. Además, también alegó que la vía alternativa no constituía una alternativa real debido al trazado y sus características.

Las cuestiones que revisten interés casacional objetivo son las siguientes: (i) determinar el alcance que debe darse al concepto de *interés público* en el ámbito del rescate de una concesión contractual; (ii) en particular, si es equiparable ese concepto con el de *interés superior* y en qué medida el rescate ha de fundamentarse en circunstancias sobrevenidas que supongan un quebranto del interés público; y (iii) si la afectación de esa decisión discrecional de la Administración, adoptada como técnica de gestión pública, supone una intromisión ilegítima en el ámbito de sus competencias.

Pues bien, el Tribunal Supremo comienza definiendo el rescate como "*una forma de extinción de una concesión que implica la resolución de una previa relación contractual por la decisión unilateral de la Administración, asumiendo la gestión directa del servicio, e implica el ejercicio de una facultad por parte de la Administración que ha de responder a la concurrencia de un interés público que se trate de preservar*".

Siguiendo esta premisa, admite que las Administraciones tienen la potestad para rescindir unilateralmente sus contratos de concesión, pero establece que el ejercicio de dicha potestad, además de estar sujeto a un determinado procedimiento, está delimitado por factores sujetos a control, tales como (i) que su ejercicio se justifique por razones de interés público, que ese interés exista, que sea adecuado para justificar esta decisión y esté debidamente motivado, y (ii) que se trate de un interés público diferente respecto del que se tuvo en consideración para acordar la concesión, bien porque se trate de un interés público distinto y posterior que ha surgido de forma sobrevenida y exija la recuperación de la gestión, o bien porque el interés público inicialmente existente haya desaparecido o se haya transformado, de modo que ya no sea posible seguir manteniendo la concesión sin dañar el interés público actualmente existente.

A partir de las anteriores consideraciones, el Tribunal Supremo coincide con las sentencias recurridas en que la existencia de autopistas de peajes y de bonificaciones no es discriminatoria en sí misma y en que las razones esgrimidas por el CIM para ejercer la facultad de rescate ya existían en el momento en que se formalizó la concesión y en el momento en que se acordó la prórroga, y que además no habían sufrido modificaciones sustanciales desde entonces. Asimismo, el Tribunal Supremo reprocha al CIM que no haya justificado las razones por las que no se podía esperar cinco años al vencimiento de la prórroga, máxime cuando el interés público subyacente ya se había vuelto a ponderar para acordar la prórroga apenas diez años antes del rescate. Por todo ello, se acuerda desestimar el recurso de casación.

En respuesta a las cuestiones que presentaban interés casacional, el TS afirma que "*el interés público que ha de concurrir para justificar el rescate de una concesión ha de concurrir en el momento en que se adopta la resolución de rescate, ha de ser adecuado para justificar esta decisión y debe estar debidamente motivado. Y, además, debe tratarse de un interés público diverso respecto del que se tuvo en consideración para acordar la concesión, bien porque se trate de un interés público distinto y posterior que ha surgido de forma sobrevenida y exija la recuperación de la gestión, bien porque el interés público inicialmente existente ha desaparecido o se ha transformado de modo que ya no sea posible seguir manteniendo la concesión sin dañar el interés público actualmente existente*".

En materia de compatibilidad de infracciones, el Tribunal Supremo aplica el principio de especialidad en caso de que una conducta pueda subsumirse íntegramente en uno de los preceptos cuya aplicación excluye a las demás

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de septiembre de 2023

El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por una empresa comercializadora del sector de las telecomunicaciones contra una sentencia de la Audiencia Nacional que acordó estimar el recurso de apelación de la Abogacía del Estado en materia de infracciones de la Ley General de Telecomunicaciones (la "LGT").

La Abogacía del Estado consideraba que la realización del tipo infractor del artículo 76.5 LGT no impedía que se pudiera ser también responsable de la infracción del artículo 77.30 de la misma

ley, pues defendía que las dos infracciones eran perfectamente compatibles al tipificar incumplimientos distintos.

La cuestión que presenta interés casacional consistía en determinar si imponer a la misma persona una sanción por cada una de las infracciones tipificadas en dichos preceptos suponía o no castigar una sola conducta dos veces, con lo que quedaría vulnerado el principio *non bis in idem*.

En este sentido, el Tribunal Supremo estima el recurso considerando que entre ambos preceptos existe un concurso aparente o conflicto aparente de normas, en el que "*un supuesto de hecho es lógicamente subsumible en varios preceptos, uno de los cuales, sin embargo, desplaza a los restantes* [...] *porque en última instancia, solo una de las normas resulta aplicable, en la medida en que el desvalor que representa el comportamiento ilícito es abarcado íntegramente por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás* [...]". De acuerdo con ello, concluye que el conflicto de leyes debe resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad expresado en las reglas que establece el artículo 8 del Código Penal, sin que el hecho de que las reglas del citado precepto se reiteren en la LGT sea un obstáculo para su aplicación, pues el referido artículo no viene más que a recoger criterios de interpretación para determinar la Ley o precepto legal aplicable que ya venían siendo asumidos por la doctrina penalista y aplicados por la jurisprudencia.

Así, tal y como solicita la parte recurrente en el presente recurso y como se sostuvo en la sentencia de 4 de mayo de 2022, "*el concurso debió resolverse aplicando únicamente el tipo del art. 76.5 LGT y excluyendo la aplicación del art. 77.30 LGT y, por lo tanto, sancionando por una infracción muy grave. Y ello porque se trata de la infracción más grave que al imputarle en concepto de partícipe necesario abarca la conducta prevista en el art. 77.30*".

La imposición a los municipios con menos de 20.000 habitantes del deber de prestar el servicio de vigilancia y seguridad en playas con zonas de baño debe hacerse mediante norma con rango de ley y con previsión de dotación financiera suficiente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de septiembre de 2023

El Tribunal Supremo resuelve en sentido favorable un recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias que desestimó el recurso planteado por la Federación Canaria de Municipios contra el Decreto 116/2018, de 30 de julio, por el que se regulan medidas para la aplicación de las normas e instrucciones para la seguridad humana y para la coordinación de las emergencias ordinarias y de protección civil en playas y otras zonas de baño marítimas de la Comunidad Autónoma de Canarias (el "Decreto"). Este imponía a los municipios con menos de 20.000 habitantes el deber de prestar el servicio de vigilancia y seguridad en las playas con zonas de baño.

Con arreglo al artículo 26.1.c) de la Ley de Bases de Régimen Local (la "LBRL"), esta obligación solo está prevista para los municipios con población superior a 20.000 habitantes, a no ser que se establezca mediante una norma con rango de ley.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias desestimó el recurso contra el Decreto al entender que este era suficiente para exigir la obligación mencionada a los municipios de menos de 20.000 habitantes. Para llegar a esta conclusión, interpretó que el Decreto es un reglamento ejecutivo del artículo 115 d) de la Ley de Costas, que establece que las competencias municipales podrán abarcar, entre otras cosas, "*mantener las playas y lugares públicos de baño en las debidas condiciones de limpieza, higiene y salubridad*".

La cuestión de interés casacional que se suscita consiste en determinar si la prestación del servicio de protección civil y salvamento marítimo en el ámbito de las playas y otras zonas de baño es una competencia propia que debe ser prestada por los municipios de población inferior a 20.000 habitantes; y, en caso de respuesta negativa, determinar cuáles son los requisitos para que se pueda imponer esta competencia a los citados municipios o, en su caso, transferírsela o delegársela a ellos.

Ante tal cuestión, el Tribunal Supremo establece que el deber de prestar el servicio de vigilancia y seguridad en las playas con zonas de baño no es una competencia autonómica delegada en virtud del artículo 27 LBRL, sino que se trata de una competencia propia de los municipios, en el sentido del artículo 25 LBRL. Y dicha competencia propia solo es exigible obligatoriamente para municipios de más de 20.000 habitantes, de acuerdo con el artículo 26 LBRL.

De este modo, el Tribunal Supremo niega que el Decreto haya respetado los apartados 3 y 4 del artículo 25 LBRL, que establecen que se requiere norma con rango de ley y previsión de dotación financiera suficiente para imponer a los municipios de menos de 20.000 habitantes el deber de prestar dicho servicio. Así, afirma que el Decreto no es un reglamento ejecutivo del artículo 115 d) de la Ley de Costas, ya que dicho artículo no atribuye por sí mismo la competencia aquí considerada, sino que se remite a la legislación autonómica para que, si esta lo considera oportuno, encargue a los municipios el ejercicio de determinadas funciones en las playas con zonas de baño.

Se concluye que en el presente caso el requisito de la determinación mediante norma con rango de ley de una competencia propia (establecido en el artículo 25.3 LBRL) no ha sido observado, lo que implica la nulidad del Decreto por vulneración de una norma de rango superior recogida en la legislación básica de régimen local.

Por todo ello, además de estimar el recurso, responde a la cuestión de interés casacional en el sentido de que la imposición a los municipios con menos de 20.000 habitantes del deber de prestar el servicio de vigilancia y seguridad en playas con zonas de baño debe hacerse observando las condiciones establecidas en los apartados tercero y cuarto del artículo 25 de la LBRL, a saber: mediante norma con rango de ley y con previsión de dotación financiera suficiente.

9 de noviembre de 2023

Arbitraje y Mediación

Arbitraje y Mediación*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

Borrador de reglamento de arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La CNMC publica una propuesta de su primer reglamento de arbitraje estableciendo un marco regulatorio para los procedimientos arbitrales

Desde su creación, la Comisión Nacional de los Mercados ("CNMC") estaba facultada para administrar arbitrajes, tanto de derecho como de equidad, de acuerdo con la ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("LCNMC").

Ya en 2016, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid reconoció la función arbitral de carácter privado de la CNMC, distinguiéndola de su función jurídico-pública como organismo regulador que busca preservar los intereses generales reflejados en la regulación específica de cada sector productivo.

Diez años después de su creación, la CNMC ha publicado el borrador de su primer reglamento de arbitraje (el "Borrador de Reglamento") y lo ha sometido al trámite de información pública y observaciones. De acuerdo con este Borrador de Reglamento, la CNMC administrará procedimientos de arbitraje sometidos por los operadores económicos de manera voluntaria (artículo 1). Las materias objeto de arbitraje serán aquellas de libre disposición conforme a derecho que guarden relación con el derecho de la competencia o con los sectores sometidos a regulación o supervisión de la CNMC (artículo 2).

Los principios de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad son los principios inspiradores del Borrador de Reglamento (artículo 7), que, a su vez, tienen origen en la LCNMC. El Borrador de Reglamento también contempla en su artículo 27 la confidencialidad del procedimiento

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

y del laudo arbitral, y, en línea con instituciones arbitrales internacionalmente reconocidas, el artículo 29 ofrece un procedimiento abreviado por razón de cuantía y complejidad.

La publicación del Borrador de Reglamento supone un cambio de paradigma. Sin embargo, a pesar de este avance en la formalización del procedimiento arbitral administrado por la CNMC, algunas disposiciones del Borrador de Reglamento han generado preocupación sobre la rigidez y la falta de flexibilidad de los procedimientos y el reducido margen para la autonomía de la voluntad de las partes. La atribución de potestad a la asesoría jurídica de la CNMC para admitir o denegar pruebas (artículo 18) o para prescindir del trámite de audiencia aun cuando las partes así lo hubieran solicitado expresamente (artículo 21) son algunos ejemplos de ello.

El trámite de información pública sobre el Borrador de Reglamento terminó a finales de octubre y todas las alegaciones presentadas ante la Secretaría del Consejo de la CNMC tendrán carácter público, salvo que expresamente se indique lo contrario, aunque todavía no han sido divulgadas.

2. Jurisprudencia

[España]

El Tribunal Supremo resuelve que, en sede del recurso de casación, solamente se modificará el criterio del tribunal de instancia sobre la interpretación de una cláusula de sumisión a arbitraje inserta en los estatutos de una sociedad de capital en supuestos de ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 2023

El 21 de noviembre de 2018 una sociedad de responsabilidad limitada (la "Sociedad" o la "Demandante") interpuso una demanda en la que ejercitó una acción social de responsabilidad al amparo del artículo 238 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, frente a un antiguo administrador y consejero de la Sociedad (el "Demandado"). El Demandado había desempeñado los cargos de administrador único de la Sociedad, entre el 8 de agosto de 1990 y el 14 de marzo de 2015, y de miembro del consejo de administración y de consejero delegado también de la Sociedad, desde el 14 de marzo de 2015 hasta su destitución mediante el acuerdo adoptado por la junta general universal de la Demandante el 3 de mayo de 2018.

Una vez emplazado, el Demandado planteó una declinatoria por falta de jurisdicción, ya que consideraba que la disputa debía resolverse en un arbitraje, de acuerdo con la cláusula arbitral pactada en los estatutos de la Sociedad.

El Juzgado *a quo* desestimó la declinatoria al considerar que el objeto del procedimiento no podía subsumirse en la cláusula arbitral. De acuerdo con lo pactado en esa cláusula arbitral, a ojos del Juzgado, se habían sometido a arbitraje aquellas disputas que "*surjan de la interpretación y aplica-*

ción de estos Estatutos, en las relaciones entre la Sociedad y los socios", mientras que el objeto del procedimiento se refería a la imputación de actos de disposición de fondos de manera fraudulenta, infracciones contables y acuerdos simulados.

A este procedimiento iniciado por la Demandante se acumuló otro iniciado por el Demandado en el que este último solicitó que se declarase nulo el acuerdo de la junta general universal de la Sociedad de fecha 3 de mayo de 2018 mediante el que se destituyó al Demandado. El Juzgado, mediante su sentencia núm. 188/2020, de 17 de noviembre, estimó la demanda interpuesta por la Demandante y desestimó la demanda reconvencional del Demandado.

El Demandado interpuso un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en el que, entre otras cuestiones, solicitó que se revocase la sentencia de primera instancia por falta de jurisdicción del Juzgado, al resultar aplicable la cláusula arbitral pactada en los estatutos de la Sociedad. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Demandado. En relación con la cláusula arbitral, la Audiencia Provincial confirmó el criterio del Juzgado y resolvió que el objeto del procedimiento no se limitaba a "*cuestiones que surjan de la interpretación y aplicación de estos Estatutos*" y que excedía, por tanto, del ámbito de la cláusula arbitral.

El Demandado interpuso recurso de casación frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. En su recurso de casación, el Demandado alegó que se había infringido el artículo 1281 del Código Civil, ya que se había efectuado una interpretación de la cláusula arbitral más allá de su literalidad. Según el Demandado, debería haberse acudido al principio de interpretación literal y haberse estimado su declinatoria.

En su auto de 28 de junio de 2023, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación formulado por el Demandado. En el auto, se reiteró la doctrina del Tribunal Supremo consistente en que, cuando los tribunales de instancia han aplicado las normas sobre interpretación contractual (artículos 1281 y ss. del Código Civil), no cabe que el Tribunal Supremo analice cuál es la interpretación más adecuada a las circunstancias del caso dentro de las posibles opciones que pudieran existir.

Según se resolvió en el auto, en sede de recurso de casación, el Tribunal Supremo debe limitarse a llevar a cabo un control de legalidad de lo resuelto por los tribunales de instancia y, salvo en casos de ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico, debe prevalecer el criterio de esos tribunales de instancia. Ello, aunque la interpretación efectuada por los tribunales de instancia no sea la única posible o pudiera caber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud. El Tribunal Supremo consideró que el caso de autos no constituía un supuesto de ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra determina que solo puede realizar una valoración *prima facie* del convenio arbitral en sede de designación judicial de árbitro

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de mayo de 2023

En su Sentencia 10/2023, de 30 de mayo (la "Sentencia"), el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sección 1.ª) —el "TSJN"— estima la solicitud de designación judicial de árbitro solicitada

por Maralzu, S. L. ("Maralzu" o la "Demandante"), a pesar de la oposición de Irauto, S. L. ("Irauto" o la "Demandada"). El TSJN extiende al procedimiento de autos los efectos del nombramiento que había efectuado en dos procedimientos de designación judicial de árbitro seguidos entre las mismas partes y relativos también a la impugnación de acuerdos sociales.

La disputa que dio lugar a este procedimiento de nombramiento judicial de árbitros se refería a dos acuerdos negativos de exclusión de socios adoptados en la junta general extraordinaria de socios de Irauto celebrada el 18 de enero de 2023 (los "Acuerdos Negativos"). Mediante esos Acuerdos Negativos se rechazó excluir como socios de la Demandada a dos socios que eran a su vez administradores solidarios (los "Socios-Administradores"), quienes habrían infringido la prohibición de no competencia establecida en el artículo 350 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.

Maralzu, quien ostenta una participación en el capital social de Irauto del 26,68 %, trató de iniciar un arbitraje frente a la propia Irauto para impugnar la adopción de los Acuerdos Negativos ante la Corte Arbitral del Muy Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona, de conformidad con la cláusula arbitral establecida en el artículo 15 de los estatutos de Irauto. La Demandada no se sometió a ese arbitraje en el plazo que se le había concedido para ello, por lo que la Demandante interpuso la demanda de solicitud de designación judicial de árbitro resuelta en la Sentencia.

La Demandada se opuso a la solicitud de nombramiento judicial de árbitro y alegó que la cláusula arbitral no resultaba aplicable a esta disputa, debido a que los Acuerdos Negativos y la solicitud de arbitraje de la Demandante se referían a la exclusión de los Socios-Administradores por actos que ejecutaron en su condición de administradores solidarios y no en su condición de socios. Según la Demandada, la cláusula arbitral solamente resultaría de aplicación en conflictos entre Irauto y sus socios, o entre esos socios, pero no en casos como el de autos en los que la disputa se refería a actos de sus administradores.

En la Sentencia, el TSJN señaló que la disputa de autos no se refería a un conflicto entre un socio de Irauto y sus administradores sociales (los Socios-Administradores), como alegaba la Demandada. Por el contrario, el TSJN consideró que la disputa versaba sobre una acción (la acción impugnatoria de los Acuerdos Negativos) ejercitada por un socio (Maralzu) frente a la sociedad en la que participa (Irauto).

El TSJN determinó en la Sentencia que el artículo 15 de los estatutos de la Demandada contenía un convenio arbitral para someter a arbitraje toda cuestión o diferencia que pudiera suscitarse entre la Demandada y sus socios o entre esos socios. El TSJN concedió que en esa cláusula arbitral no se aludía explícitamente a la impugnación de acuerdos sociales, pero destacó que su arbitrabilidad resultaba incuestionable a fecha de la Sentencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.bis.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (la "LA").

El TSJN, una vez constada la existencia de un convenio arbitral, señaló que carecía en el procedimiento de designación judicial de árbitro de "*la última palabra sobre la existencia y el alcance del convenio arbitral, ni sobre la arbitrabilidad de la controversia o la competencia del árbitro*", de acuerdo con los artículos 22 y 41.1.a), c) y e) de la.

Así, el TSJN, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resolvió que debía aplicar la tesis fuerte del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Esa tesis fuerte, según lo indicado en la Sentencia, implicaba que el TJSN debía limitarse a realizar un análisis *prima facie* acerca de la existencia del convenio arbitral. En consecuencia, el TSJN estimó la solicitud de la Demandante y acordó la designación de un árbitro mediante sorteo.

Por último, el TSJN señaló en la Sentencia que los conflictos societarios entre la Demandante y la Demandada no se limitaban a la impugnación de los Acuerdos Negativos, sino que se extendían a otras discrepancias que ya habían dado lugar a otros dos pronunciamientos del TSJN en procedimientos de designación judicial de árbitros seguidos entre las mismas partes (los "Procedimientos Previos").

En la Sentencia se indicó que en los dos Procedimientos Previos las partes habían mostrado su conformidad para que se nombrase, mediante sorteo, a un mismo árbitro. En este sentido, el TSJN pidió a las partes que se pronunciasen sobre si debía nombrarse como árbitro en el caso de autos a la misma persona que había sido nombrada como árbitro en los dos Procedimientos Previos. La Demandante mostró su conformidad ante esa propuesta, mientras que la Demandada mostró su preferencia por el nombramiento de un nuevo árbitro, puesto que los Acuerdos Negativos versaban sobre materias distintas a las que dieron lugar a los dos Procedimientos Previos.

El TSJN resolvió que la extensión del nombramiento del mismo árbitro que había sido nombrado en los dos Procedimientos Previos al procedimiento de autos resultaba justificada y razonable "*al sustanciarse la controversia entre las mismas partes y referirse, como las anteriores, a la impugnación de acuerdos sociales que, aun con diferente objeto suscitan cuestiones que pueden guardar una estrecha relación entre sí y llegar a interferirse con riesgo de contradicciones en la respuesta arbitral que reclaman*". El TSJN señaló en la Sentencia que la designación de un mismo árbitro para los dos arbitrajes relativos a los Procedimientos Previos y para el arbitraje relacionado con el caso de autos no significaba que todas las disputas debieran resolverse en un solo arbitraje, en lugar de en tres procedimientos arbitrales separados.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima la demanda de reconocimiento de un laudo arbitral en su integridad presentada por una de las partes frente a la solicitud de reconocimiento parcial del laudo interpuesta por la contraparte

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de junio de 2023

En su Auto n.º 92/2023 de 15 de junio (el "Auto"), el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (el "TSJC") resolvió en un mismo procedimiento dos solicitudes de reconocimiento de un mismo laudo (el "Laudo") dictado en el seno de un arbitraje con sede en Zagreb (Croacia), bajo las reglas de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (el "Arbitraje").

El 28 de abril de 2022 Construcciones Rubau S.A. ("Rubau"), demandante y demandada reconvenida en el Arbitraje, interpuso una demanda de *exequatur* ante el TSJC en la que solicitó el reconocimiento parcial del Laudo (Rubau pretendía que el *exequatur* se concediese solamente

respecto de cuatro de los seis pronunciamientos emitidos en el Laudo). El 25 de julio de 2022 Public Enterprise for State Roads of the Republic of Macedonia ("PESR"), demandada y demandante reconvencional en el Arbitraje, presentó también una demanda de *exequatur* ante el TSJC en la que solicitó el reconocimiento y ejecución del Laudo en su totalidad. Mediante auto de 11 de octubre de 2022 se acordó la acumulación del procedimiento iniciado por PESR al procedimiento iniciado por Rubau.

Rubau formuló tres motivos de oposición al reconocimiento de los dos pronunciamientos del Laudo cuyo *exequatur* solo había solicitado PESR y en los que se habían emitido condenas frente a Rubau (la "Parte Discutida del Laudo"): (i) en el primero, Rubau defendía, al amparo de lo establecido en el artículo V.2.b) del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, de 10 de junio de 1985 (el "Convenio de Nueva York"), que la Parte Discutida del Laudo era contraria al orden público español; (ii) en el segundo, Rubau alegaba, de manera subsidiaria y con base en el artículo V.1.d) del Convenio de Nueva York, que la defectuosa motivación de la Parte Discutida del Laudo suponía una infracción de la ley de la sede (Croacia) y del convenio arbitral celebrado entre las partes; y (iii) en el tercero, Rubau sostenía que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo V.1.b) del Convenio de Nueva York, ni esa entidad ni PESR pudieron hacer valer sus medios de defensa en relación con la Parte Discutida del Laudo. Asimismo, Rubau alegó que, al amparo del artículo V.1.c) del Convenio de Nueva York, en la Parte Discutida del Laudo el tribunal arbitral había incurrido en un defecto de incongruencia *extra petita* al haber resuelto cuestiones ajenas al objeto del Arbitraje.

El TSJC rechazó los tres motivos de oposición esgrimidos por Rubau. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, el TSJC concluía que debía limitarse a hacer un control de forma y no de fondo del Laudo. Una vez efectuado ese control de forma, el TSJC resolvió que (i) el reconocimiento de la Parte Discutida del Laudo no suponía una infracción del orden público español; (ii) la Parte Discutida del Laudo estaba suficientemente motivada; y (iii) tal y como demostraban los antecedentes procedimentales detallados en el Laudo, en el Arbitraje se había respetado el derecho de defensa de ambas partes. Asimismo, el TSJC resolvió que todos los pronunciamientos del Laudo se referían a cuestiones que habían sido discutidas en el Arbitraje y que podían subsumirse en el ámbito del convenio arbitral pactado.

El TSJC analizó, asimismo, la solicitud de Rubau de reconocimiento parcial del Laudo, a la que se había opuesto PESR. Para defender que procedía el reconocimiento parcial del Laudo, Rubau recurrió al artículo 50 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (la "LCJI"), y al artículo V del Convenio de Nueva York.

En lo que respecta al artículo 50 de la LCJI, el TSJC resolvió que no resultaba aplicable al caso de autos por dos motivos. En primer lugar, el TSJC indicó que, al encuadrarse en el título V de la LCJI, el artículo 50 de la LCJI se refería a resoluciones judiciales extranjeras y no a laudos arbitrales extranjeros. En segundo lugar, el tribunal consideró que ese precepto regulaba la ejecución parcial de resoluciones judiciales extranjeras, pero no su reconocimiento parcial.

En cuanto al artículo V.1.c) del Convenio de Nueva York, el TSJC reconoció que, si bien el precepto permitía el reconocimiento parcial de laudos arbitrales en determinados supuestos, en el caso de autos "[*Rubau*] *no puede pretender el reconocimiento de lo que "beneficia" pero no de lo que*

"perjudica" tratándose de un mismo contrato y ello máxime cuando la otra parte del Laudo está solicitando el reconocimiento íntegro del mismo" (fundamento de derecho quinto, apartado 5).

Por todo lo anterior, el TSJC resolvió reconocer el Laudo en su integridad.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con voto particular discrepante, desestima la demanda de anulación de un laudo parcial y declara que no infringe el orden público por haber rechazado la petición de incorporación al arbitraje, como demandadas reconvenidas, de dos sociedades que, aunque suscribieron el convenio arbitral, no eran demandantes en el procedimiento

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 4 de mayo de 2023

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el "TSJM" o la "Sala") desestima la acción de anulación interpuesta por una entidad pública empresarial (la "Entidad") contra el laudo parcial de jurisdicción recaído en un procedimiento arbitral administrado por la Corte de Arbitraje de Madrid ("CAM") (procedimiento CAM 2945-19/YA-SG).

El caso analizado tiene su origen en un procedimiento arbitral iniciado por una empresa de construcción (la "Constructora") frente a la Entidad, en ejercicio de una acción de cumplimiento del subcontrato suscrito entre la Constructora y la Entidad para la construcción de un taller de mantenimiento de trenes de alta velocidad.

La Entidad se opuso a la demanda y presentó, asimismo, demanda reconvencional frente a la Constructora y otras dos sociedades adicionales, en calidad de demandadas reconvenidas. Ambas sociedades eran parte del convenio arbitral bajo el que el procedimiento se había iniciado.

En su laudo parcial de jurisdicción, el tribunal arbitral desestimó la petición de la Entidad de incorporación de las demandadas reconvenidas por las siguientes razones:

i. En primer lugar, consideró que no era admisible la interposición de una demanda reconvencional frente a quien no poseía la previa condición de demandante en el procedimiento.

ii. En segundo lugar, consideró que ya se habían adoptado actuaciones procedimentales de gran relevancia durante el arbitraje en ausencia de las sociedades adicionales.

iii. En tercer lugar, en el hipotético caso en que la Demanda de la Entidad se entendiese como una nueva solicitud de arbitraje contra las sociedades adicionales, el Reglamento de la CAM exigía que la solicitud se hiciera frente a las mismas partes del arbitraje ya iniciado para que se pudiese producir una acumulación. En el presente caso, no obstante, la nueva solicitud se dirigiría contra las sociedades adicionales, pero no contra la Constructora.

iv. Finalmente, el tribunal aclaró que, bajo el Reglamento de la CAM, la incorporación de partes adicionales al procedimiento solo es posible con el consentimiento expreso de ambas. En cambio, las sociedades habían manifestado su oposición expresa a esa incorporación.

La Entidad interpuso acción de anulación contra el laudo parcial de jurisdicción al amparo del motivo 1.f) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, alegando que el laudo parcial era contrario al orden público al impedir la participación en el procedimiento, como demandadas reconvenidas, de dos sociedades que ostentaban la condición de litisconsortes pasivos necesarios.

El TSJM desestima la acción de anulación, al considerar que la decisión adoptada por el tribunal arbitral no es contraria al orden público. El TSJM coincide con el tribunal arbitral y confirma que no cabe formular una demanda reconvencional contra alguien que no tiene la condición de demandante.

A pesar de que el TSJM admite que la correcta constitución de la relación constituye una cuestión procesal que atañe al orden público, por lo que es susceptible de impedir el reconocimiento y ejecución de una decisión arbitral, considera que, en este caso, la litis estaba correctamente constituida.

El TSJM aclara, asimismo, que el carácter de "*necesario*" se puede reconocer del litisconsorcio pasivo, pero no del activo. En vista de ello, concluye que la Entidad no podía llamar al procedimiento arbitral como demandantes a dos sociedades mercantiles que "*ni han formulado demanda arbitral, ni tiene [sic] intención de adquirir tal papel*".

En definitiva, el TSJM concluye que, para incorporar al procedimiento a las sociedades adicionales como demandadas reconvencionales, previamente debían ostentar la condición de demandantes (condición de la que carecían).

La sentencia del TSJM cuenta con un voto particular en el que uno de los magistrados manifiesta su discrepancia con el fallo y sostiene que el laudo debía haber sido anulado por adolecer de falta de motivación y motivación arbitraria.

En concreto, el voto particular defiende que, integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se encuentra el litisconsorcio necesario, una institución "*de orden público procesal*" que salvaguarda el principio de audiencia y la prohibición de indefensión. El voto aclara que, bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil, se admite la reconvención contra sujetos no demandantes cuando estos puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios ("*reconvención lateral*").

En este caso, según el voto particular, el tribunal arbitral interpretó el Reglamento de la CAM de manera arbitraria y excesivamente formalista. La referencia que el Reglamento de la CAM contiene al "*demandante*" como la "*parte a la que se confiere el trámite de contestación*" no se puede interpretar como una prohibición explícita o implícita de la reconvención lateral. En consecuencia, el voto sostiene que el laudo restringe sin causa y por razones excesivamente formalistas el ámbito subjetivo de este tipo de reconvención. Esa decisión lleva aparejada la vulneración del principio *pro actione* y la correlativa lesión del derecho de acceso a la justicia de la Entidad, por lo que el laudo debería haber sido anulado por este motivo.

3. Arbitraje de inversión

Un tribunal arbitral se declara sin jurisdicción *ratione personae* para conocer de una reclamación interpuesta por un inversor de nacionalidad venezolana y española tras determinar que este no se encuentra amparado por el APPRI entre Venezuela y España porque su nacionalidad "dominante y efectiva" es la venezolana

Raimundo J. Santamarta Devis v. Venezuela, Caso CPA No. 2020-56

El 26 de julio de 2023 un tribunal arbitral constituido bajo el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercanitl Internacional, versión de 1976 (las "Reglas CNUDMI"), por el Dr. Claus Von Wobeser (presidente), el profesor Marcelo Kohen y el profesor Eduardo Siquieiros Twomey (el "Tribunal Arbitral") dictó un laudo sobre jurisdicción (el "Laudo") que declaraba ausencia de jurisdicción *ratione personae* para conocer sobre las pretensiones del demandante, Raimundo J. Santamarta Devis (el "Demandante"), en una reclamación de 200 millones de dólares interpuesta al amparo del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela (la "Demandada") para la promoción y protección recíproca de inversiones, en vigor desde el 10 de septiembre de 1997 (el "APPRI" o el "Tratado").

La disputa se funda en una serie de medidas adoptadas por Venezuela que, según el Demandante, llevaron a la destrucción de las materias primas y capacidad de generar valor de la inversión del Demandante y a la confiscación ilegal de los bienes de las sociedades encargadas de la inversión. Para el Demandante, esta acción por parte del Estado venezolano incumple con el APPRI y le hace acreedor de una indemnización de 200 millones de dólares.

Como respuesta, Venezuela presentó una excepción a la jurisdicción del Tribunal, alegando que el Demandante no debe considerarse inversionista bajo el APPRI debido a su condición de nacional venezolano. La Demandada aduce que el APPRI debe ser interpretado conforme a las reglas hermenúticas del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969 ("CVDT") y las reglas de interpretación complementarias del artículo 32 de la CVDT. Esto obligaría al tribunal a considerar elementos externos al APPRI, como en este caso, la Constitución venezolana de 1961 y los trabajos preparatorios del Tratado y del Convenio CIADI, para concluir que la intención de las partes contratantes al APPRI era la de excluir a los dobles nacionales de protección del tratado.

Adicionalmente, Venezuela pide al Tribunal que considere que la nacionalidad dominante y efectiva del Demandante es la venezolana. Según la Demandada, Venezuela es el centro de la vida política, personal y económica del Demandante, además de su nacionalidad exclusiva durante cuarenta y cinco años, momento en el que el Sr. Santamaría Devis adquirió la nacionalidad española.

Ante esta tesitura, el Triunal concluye, en primer lugar, que, conforme a una interpretación textual y de buena fe del APPRI, no se puede aseverar que este excluya o incluya a los dobles nacionales de manera expresa. En consecuencia, considera necesario recurrir a los principios generales del

derecho internacional y, en específico, el principio de nacionalidad dominante y efectiva para determinar si el Demandante está protegido por el APPRI.

Esta determinación del Tribunal contradice lo establecido por el tribunal del caso Serafin García Armas c. Venezuela[1], el cual concluyó que, de una interpretación textual del término *inversor*, los dobles nacionales se encuentran protegidos expresamente por el APPRI, sin que sea necesario recurrir a otras reglas de interpretación para llegar a esta conclusión.

El Tribunal prosigue con un análisis del principio de nacionalidad dominante y efectiva para analizar si el Demandante se encuentra o no protegido por el APPRI. En primer lugar, el tribunal observa que el Demandante no ha residido en Venezuela desde 1989 y que, por tanto, el criterio de residencia habitual no le es de aplicación. En segundo lugar, el Tribunal aprecia que el centro de actividades económicas del Demandante se encuentra en Venezuela y, por contrario, no existe apego económico con España. Finalmente, el Tribunal desprende que de la declaración testimonial del Demandante se interpreta que, de no ser por la situación de inseguridad en Venezuela, este no hubiera abandonado el país y, por tanto, seguiría siendo el lugar de su residencia habitual.

De esta forma, el Tribunal dicta el Laudo y establece que el Demandante tiene como nacionalidad dominante y efectiva la venezolana. En consecuencia, concluye que no se encuentra protegido por el APPRI y que el Tribunal carece, por tanto, de jurisdicción *ratione personae* para conocer sobre las pretensiones del Demandante.

Un tribunal arbitral establece que el análisis sobre la legitimación activa de los herederos de un inversor fallecido antes de consentir al arbitraje es una cuestión novedosa y compleja, por lo que no puede ser resuelta en procedimiento expedito bajo el artículo 41(5) de las Reglas del CIADI

Decisión sobre la objeción preliminar de la Demandada bajo el artículo 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI en el arbitraje entre Vasilisa Ershova y Jegor Jeršov y la República de Bulgaria (Caso CIADI No. ARB/22/29)

El 25 de julio de 2023, un tribunal arbitral constituido bajo las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "CIADI"), y compuesto por Juan Fernández-Armesto (presidente), Jan Paulsson y Toby Landau (el "Tribunal Arbitral"), rechazó la excepción de falta manifiesta de mérito jurídico interpuesta por la demandada, la República de Bulgaria (la "Demandada"), bajo el artículo 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. La Demandada alegaba que los demandantes, Vasilisa Ershova y Jegor Jeršov (los "Demandantes"), carecían de legitimación activa para iniciar el arbitraje, al haber basado su reclamación en las inversiones realizadas por su padre, el inversor lituano Denis Jeršov. En consecuencia, solicitaba la desestimación total del caso de conformidad con el artículo 41(6) de las Reglas del CIADI.

La reclamación de los Demandantes tenía origen en las inversiones de su padre, el Sr. Jeršov, en el sector petrolero búlgaro, quien, en el año 2000, ostentaba, a través de la *holding* Naftex Bulgaria

1 Serafín García Armas y Karina García Gruber c. la República Bolivariana de Venezuela, CPA caso Nº. 2013-3.

Holding AD, una participación de en torno al 95 % en Petrol, la principal distribuidora de combustible de Bulgaria, privatizada en 1997. En el año 2001, el Sr. Jeršov fue declarado una amenaza para la seguridad nacional y expulsado de Bulgaria durante cuatro años. Su retorno en 2005 trajo consigo una restructuración corporativa por la que entregó el 47,5 % del capital de la *holding* a su CEO, el Sr. Sabev, quien, según los Demandantes confabuló con el Gobierno búlgaro en una serie de acciones que llevaron al Sr. Jeršov a perder el control de su inversión durante tres años. Cuando, en 2013, el Sr. Jeršov recuperó el control de la *holding*, descubrió que la totalidad de las acciones que esta poseía en Petrol habían sido vendidas en el mercado de valores por un tercio de su precio de cotización sin haber recibido él compensación alguna. A pesar de los esfuerzos del Sr. Jeršov por investigar, suspender o cancelar la venta de las acciones, falleció en 2017 sin haber percibido indemnización alguna por la venta de las acciones de Petrol.

En 2022, los hijos del Sr. Jeršov, Vasilisa Ershova y Jegor Jeršov, iniciaron un arbitraje CIADI en virtud de los Artículos 25 del Convenio del CIADI y 26 del Tratado de la Carta de la Energía ("TCE"). Veintiséis días después de la constitución del Tribunal Arbitral el 4 de mayo de 2023, la Demandada presentó una objeción preliminar a la jurisdicción del Tribunal Arbitral en virtud del artículo 41(5) de las Reglas del CIADI con base en la supuesta falta manifiesta de mérito jurídico de la reclamación de los Demandantes y la falta de jurisdicción del CIADI para tramitar la disputa bajo los artículos 25 del Convenio del CIADI y 26 del TCE. De acuerdo con las alegaciones de Bulgaria, el artículo 26 del TCE requiere, como condición para la jurisdicción del CIADI, el consentimiento escrito del inversor al sometimiento de la disputa a arbitraje, pero en este caso el Sr. Jeršov había fallecido sin haber prestado tal consentimiento. En segundo lugar, la Demandada alegaba que los Demandantes no tenían la condición de inversores en Bulgaria, tal y como exige el artículo 26 del TCE. Por último, Bulgaria concluía que, no concurriendo los requisitos para la sustitución o subrogación en el derecho a presentar una reclamación bajo el TCE, dicho tratado no permite la presentación de reclamaciones "en nombre de" o "en el lugar de" un inversor.

Los Demandantes, por su parte, aducían que (i) en el momento en el que el Sr. Jeršov falleció sus reclamaciones contra Bulgaria ya se habían cristalizado, por lo que los herederos son ahora los titulares de dicha reclamación; (ii) las violaciones del TCE de Bulgaria originaron un derecho puramente económico de compensación, transferible y transferido a los herederos vía sucesión legal, y (iii) subsidiariamente, las violaciones de Bulgaria transformaron la inversión en un derecho residual (a la reclamación de daños) por el que se puede considerar inversores a los herederos a efectos del artículo 26 del TCE. Adicionalmente, argumentaban que, como la *holding* continúa existiendo y los Demandantes siguen teniendo acciones en la *holding*, los Demandantes son "inversores" a los efectos de la jurisdicción del Tribunal Arbitral bajo el TCE y el Convenio del CIADI. Por útlimo, concluyeron que el único caso citado por la Demandada (*Westmoreland c. Canada*) era favorable a la posición de los Demandantes, al haber establecido el tribunal que tendría jurisdicción si el demandante en ese caso demostraba ser el "sucesor legal" del inversor original. Por todo ello, concluían que la Demandada no había logrado satisfacer el alto estándar probatorio exigido bajo el artículo 41(5) de las Reglas del Convenio del CIADI y solicitaban su condena en costas.

En su análisis, el Tribunal Arbitral se apoya en los casos *Trans-Global Petroleum c. Jordania*, *Brandes c. Venezuela* y *Lotus c. Turkmenistan* para definir el estándar exigible bajo el artículo 41(5) de las Reglas del CIADI para considerar que concurre una "*manifiesta falta de mérito jurídico*". Con base en ello, determina que el estándar requiere que la objeción sea establecida de forma clara y evi-

dente, con relativa facilidad y prontitud, y que plantee un impedimento legal, que no de hecho, a una pretensión, ya sea este referido a la jurisdicción o al fondo. En su aplicación al caso, el Tribunal Arbitral establece que la cuestión principal a dirimir es si los Demandantes tienen legitimación para presentar reclamaciones en nombre de su padre, fallecido antes de dar su consentimiento al arbitraje, y observa que esta es una cuestión novedosa, no abordada en decisiones anteriores. El Tribunal considera que, dada la complejidad interpretativa de la cuestión planteada, es necesaria una mayor consideración y un análisis más profundo del derecho lituano y de los principios jurídicos internacionales. Por ello, concluye que las pretensiones de las Demandantes no pueden calificarse de "*manifiestamente carentes de fundamento jurídico*", por lo que el caso no puede resolverse sumariamente en procedimiento expedito bajo el artículo 41(5) y se debe proceder al arbitraje, reservándose el Tribunal Arbitral la imposición de costas para su decisión final sobre el fondo.

La Corte Federal de Justicia de Alemania (Bundesgerichtshof) establece que los Estados miembros de la UE pueden buscar protección ante sus tribunales nacionales frente a arbitrajes CIADI Intra-UE. La Corte Federal alcanza esta decisión tras declarar la primacía del derecho de la Unión Europea frente al derecho internacional, en aplicación del principio de efectividad del derecho comunitario

Decisión de la Corte Federal de Justicia de Alemania, en el procedimiento de declaración de inadmisibilidad del procedimiento arbitral no. I ZB 43/22.

El 27 de junio de 2023, la Corte Federal de Justicia de Alemania (Bundesgerichtshof) (la "BGH") declaró que el arbitraje administrado por el CIADI de Mainstream Renewable Power y otros contra la República Federal de Alemania ("*Mainstream c. Alemania*") es improcedente bajo derecho comunitario. La BGH determinó que los órganos jurisdiccionales alemanes tienen competencia jurídica internacional respecto a procedimientos arbitrales administrados por el CIADI que involucran a inversores nacionales de un Estado miembro contra otro Estado miembro ("Arbitrajes CIADI Intra-UE").

En Mainstream c. Alemania, un grupo de seis inversores irlandeses y alemanes ("Mainstream"), controlados por su matriz irlandesa, presentaron a inicios de 2021 una reclamación ante el CIADI. Mainstream argumentaba que Alemania había incumplido el TCE respecto de tres proyectos de energía eólica marina situados en el mar del Norte.

Alemania se opuso objetando la supuesta falta de mérito jurídico manifiesta de la reclamación. Sin embargo, el 18 de enero de 2021 el tribunal arbitral desestimó la solicitud alemana y decidió que el procedimiento arbitral continuara.

En paralelo, Alemania solicitó a los tribunales alemanes que aplicasen la protección antiarbitral *sui generis* propia del derecho alemán, regulada en la sección 1.032 del Código de Procedimiento Civil alemán (Zivilprozessordnung,"ZPO") y que consiste en una declaración sobre la inadmisibilidad de someter la disputa a arbitraje, comúnmente conocida como *anti-arbitration declaration*.

En abril de 2022, el Tribunal de Apelación de Berlín ("KG") desestimó la solicitud presentada por Alemania, entendiendo que el Convenio del CIADI instaura un sistema legal cerrado que no ad-

mite procedimientos judiciales paralelos. En este sentido, al ratificar el Convenio CIADI, Alemania precluyó la aplicación de su derecho interno a los arbitrajes CIADI, incluyendo la sección 1.032 del ZPO. Alemania recurrió esta decisión ante la BGH y solicitó al tribunal arbitral que suspendiese el procedimiento arbitral en tanto la BGH no resolviera definitivamente sobre la admisibilidad de dicho procedimiento. En junio de 2022, el tribunal arbitral denegó la solicitud por la falta de fundamentación en el Convenio CIADI.

Un año más tarde, en su decisión de 27 de junio de 2023 (la "Sentencia") la BGH revocó la decisión del KG, estimando la *anti-arbitration declaration* solicitada por Alemania.

En la Sentencia, la BGH considera que, según los términos del Convenio CIADI, el principio *Kompetenz-Kompetenz* rige por lo menos desde la presentación de la solicitud de arbitraje. En principio, por tanto, los tribunales alemanes no serían competentes para controlar la competencia y jurisdicción del tribunal arbitral en Mainstream c. Alemania desde que Mainstream presentó su solicitud de arbitraje en enero de 2021.

Sin embargo, la BGH sostiene que los Arbitrajes CIADI Intra-UE son la excepción, en atención a la primacía del derecho de la Unión Europea frente al Convenio CIADI y al derecho internacional. El principio de efectividad del derecho comunitario, aclara la BGH, exige que los Estados miembros apliquen plenamente el derecho de la Unión, el cual prevé la revisión "aguas abajo" de los laudos por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. En el ordenamiento jurídico alemán, esta revisión estará "predeterminada" por la decisión sobre la arbitrabilidad o no de la disputa que, en su caso, se haya obtenido previamente del procedimiento regulado en la sección 1.032 del ZPO, en la medida en que la declaración de inarbitrabilidad de la disputa precluye el reconocimiento y ejecución del laudo que los tribunales, una vez concluya el procedimiento arbitral, revisarán "aguas abajo".

Una vez sentada la primacia del derecho de la Unión, la Sentencia afirma que los tribunales alemanes son competentes para conocer de la disputa y revisar su arbitrabilidad de acuerdo con el ZPO.

Por otro lado, la BGH determina que en este caso particular la disputa no es arbitrable, ya que no hay un acuerdo arbitral válido entre las partes, pues la jurisprudencia del TJUE sostiene que la cláusula arbitral fijada en el artículo 26 del TCE no es válida, por ser incompatible con el derecho comunitario. En particular, su incompatibilidad con los artículos 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea supone un vicio en el consentimiento del Estado miembro, que repercute en la nulidad de su oferta de arbitrar.

La BGH reafirma sus decisiones en Mainstream c. Alemania en las decisiones I ZB 74/22 e I ZB 75/22, también de 27 de junio de 2023, referentes a los procedimientos arbitrales administrados por el CIADI RWE AG y otros contra Países Bajos y Uniper Benelux Holding B.V. y otros contra Países Bajos.

9 de noviembre de 2023

Competencia

Competencia*

9 de noviembre de 2023

1. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal General desestima el recurso de anulación contra la decisión de la Comisión Europea por la que se declaraba que el régimen de exención de los beneficios extraordinarios de Bélgica constituía un régimen de ayudas de Estado

Sentencia del Tribunal General, de 20 de septiembre de 2023, T-131/16 RENV, Reino de Bélgica /Comisión Europea

El Tribunal General desestima en su totalidad el recurso de anulación de la decisión de la Comisión Europea que declaraba ilícito el régimen de ayudas estatales aplicado por Bélgica en la forma de exención de los beneficios extraordinarios.

En esta sentencia se refuta, en primer lugar, que la Comisión hubiera incurrido un error manifiesto de apreciación de la infracción del artículo 107 TFUE al haber considerado que el sistema de beneficios extraordinarios constituía una medida de ayuda de Estado. En cuestión de selectividad, el Tribunal aplica el análisis tradicional basado en tres fases: identificación de un sistema fiscal de referencia, identificación de una excepción y justificación de una eventual excepción conforme a la lógica general del sistema tributario de referencia. El sistema de referencia era en este caso el impuesto de sociedades belga y la excepción era la exención de estos beneficios extraordinarios resultantes de sinergias, economías de escala u otras ventajas derivadas del hecho de pertenecer a un grupo multinacional.

En cuanto a la excepción, la sentencia confirma que el régimen suponía una exención al sistema común del impuesto de sociedades belga en la medida en la que conllevaba un trato diferenciado frente a las empresas que, por un lado, formaran parte de un grupo de pequeño tamaño y, por otro lado, no hubieran llevado a cabo inversiones, centralizado actividades o creado empleo en Bélgica.

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez Hernández, y han participado en su redacción Álvaro Angulo Garciandía, François Doumont, Isabel Fernández Pérez, Ignacio García-Perrote Martínez, Fátima González-Peraba Gálvez, Lou Ladoire García de las Bayonas, Jaime Luque Lora, Violeta Marinas Serra, David Martín Fernández, Barbara Montanari, Guilherme Neves Lima, Inés Pajares de Dios Tarancón, Alberto Pérez Hernández, Eduardo Sevilla Soto y Caroll Vilorio Muchnik, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitrate (Madrid).

Finalmente, la sentencia explica que esa excepción no estaba justificada por la naturaleza ni la estructura general del sistema fiscal belga, pues las autoridades belgas explicaban que estas exenciones perseguían evitar la doble imposición. A este respecto, el Tribunal confirma el planteamiento de la Comisión, que acreditó que, en realidad, la exención de los beneficios extraordinarios aplicada por las autoridades fiscales belgas no estaba sujeta ni al requisito de demostrar que estos se habían incluido en los beneficios de otra empresa ni a demostrar que estuvieran gravados en otro país.

En segundo lugar, la sentencia señala que la exención constituía una ventaja, porque ponía únicamente a los beneficiarios de decisiones anticipadas en una posición económica más favorable que la que habrían tenido de no haberse adoptado esas decisiones. Por consiguiente, el Tribunal concluye que el sistema de exenciones podía causar efectos sobre las inversiones, localización de actividades y creación de empleo de las empresas, así como a flujos de operaciones intragrupo. Por tanto, tal dinámica podía falsear la competencia en el mercado interior.

Estas son las principales razones de que llevaron al Tribunal de Justicia a desestimar el recurso del Reino de Bélgica y confirmar la Decisión de la Comisión.

El Tribunal General confirma la decisión de la Comisión Europea que sanciona a Valve Corporation por prácticas de *geoblocking*

Sentencia del Tribunal General, de 27 de septiembre de 2023, T-172/21, Valve Corporation / Comisión Europea

El Tribunal General desestima el recurso de anulación interpuesto por Valve Corporation ("Valve") contra la Decisión de la Comisión de 20 de enero de 2021 por la que sancionó, entre otras, a la recurrente por una infracción del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Valve es una empresa activa en el mercado de videojuegos para ordenador y opera la plataforma *Steam* en la que los usuarios pueden acceder a los videojuegos subidos por los desarrolladores a través de compra directa o por medio de activación con clave si los adquieren de terceros distribuidores. Entre los servicios de *Steam*, se encuentra la funcionalidad de control por territorio o bloqueo geográfico, que puede impedir tanto que los usuarios activen el videojuego como que lo usen fuera del territorio autorizado del distribuidor. La Comisión Europea sancionó a Valve y a ciertos desarrolladores porque consideró que se habían producido acuerdos o prácticas concertadas tendentes a restringir las ventas internacionales pasivas de ciertos videojuegos.

El Tribunal General confirmó que la conducta entre Valve y los desarrolladores era un acuerdo o práctica concertada y no una conducta unilateral. La Comisión no sancionó a Valve por su prestación de servicios técnicos en *Steam*, sino porque era el operador de la plataforma en la que se ponían los videojuegos a disposición de los usuarios y en la que únicamente podían activarse estos productos con las claves que Valve generaba, configuraba y encriptaba. Por tanto, según el Tribunal General, la Comisión concluyó correctamente que existió un acuerdo o práctica concertada entre Valve, configurador e implementador del *geoblocking*, y los desarrolladores para limitar las ventas de los distribuidores fuera de los territorios autorizados.

Finalmente, el Tribunal General también avaló la calificación del *geoblocking* como una infracción por objeto. La aplicación de estos protocolos impedía la venta transfronteriza de los videojuegos con claves de activación de *Steam*. Aunque el contexto fuera novedoso por la intervención de la plataforma, el Tribunal General concluye que puede aplicarse para su resolución la jurisprudencia en materia de limitación de ventas pasivas en acuerdos de distribución o licencia. En efecto, en estos precedentes, como en el caso de Valve, la clave no era tanto que el tipo de acuerdo fuera anticompetitivo en sí mismo, sino que incluyera limitaciones a las ventas pasivas que tienden a fragmentar y segmentar artificialmente el mercado interior.

[España]

El Tribunal Supremo estima el recurso planteado por la Abogacía del Estado y corrige el pronunciamiento de la Audiencia Nacional, en el sentido de considerar que los acuerdos adoptados por una asociación de empresas tienen cabida dentro de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de junio de 2023

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2019 (rec. 413/2017), la cual estimó el recurso interpuesto por la Asociación de Clubes de Baloncesto ("ACB") contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") de 11 de abril de 2017, en virtud de la cual se impuso una sanción por importe de 400.000 euros por la comisión de una infracción regulada en el artículo 1 LDC.

La Sala acoge parcialmente los argumentos planteados por la recurrente. Concluye que la Audiencia Nacional erró al considerar que la conducta imputada a la ACB no tiene encaje en el artículo 1 LDC, sino que, en todo caso, podría llegar a tener cabida en el artículo 2 LDC como presunto abuso de posición de dominio. A este respecto, tal y como hizo la CNMC en su resolución, el Alto Tribunal sostiene que resultan de aplicación los artículos 1 LDC y 101 TFUE, dado que los clubes deportivos profesionales se consideran empresas en el sentido de las normas de competencia y las asociaciones que los agrupan, asociaciones de empresas. En este sentido, los acuerdos adoptados por la ACB tienen, desde la perspectiva del derecho a la competencia, la consideración de acuerdos adoptados por una asociación de empresas en el marco de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Adicionalmente, la Sala confirma que la infracción no se produce por la mera existencia de ciertas condiciones económicas para poder participar en la Liga ACB, sino su desproporción, carácter discriminatorio y capacidad de afectar a la competencia. En este extremo, el Tribunal Supremo recuerda (entre otras razones) que el elevado importe del canon a satisfacer a la ACB por la entrada (e. g., ascenso) fortalece el mantenimiento del *statu quo* de la competición, pues si un club de la LEB renuncia por motivos económicos a ascender a la ACB, entonces ocuparía su plaza el mejor de los que iban a descender de la ACB al término de esa temporada. La cantidad se computa como un beneficio extraordinario, y un club necesitaría permanecer en la ACB un mínimo de cinco temporadas para poder amortizar su canon de entrada. Además, la medida es discriminatoria, dado

que hay clubes fundadores de la ACB que nunca abonaron el canon de entrada y, de producirse un descenso y ascenso de nuevo, solo abonarían una cuantía mucho menor de actualización por IPC. La Sala concluye que las pruebas del efecto exclusionario son el elevado número de Clubes que en los últimos años renunciaron al ascenso a la ACB por no poder abonar el canon y, cómo, tras rebajar su importe a raíz de la resolución de la CNMC, se volvieron a normalizar los ascensos y los descensos.

Finalmente, la Sala explica que la justificación objetiva por imperativo legal (art. 4.2. de la LDC) no está acreditada. Aunque el ordenamiento jurídico reconozca autonomía organizativa interna a las ligas profesionales y estos cánones contasen con el visto bueno del Consejo Superior de Deportes, la exención del art. 4.2. sería únicamente aplicable si una norma legal fijase las condiciones económicas de acceso a la ACB. No obstante, estas circunstancias sí son consideradas como atenuantes, ya que la asociación pudo haber actuado durante ese tiempo en la confianza de encontrarse dentro de la legalidad (supervisión y aprobación del CSD). Por eso, la Sala reduce la multa impuesta por la CNMC a la mitad, por lo que se fija en 200.000 euros.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 14 de Madrid estima parcialmente la demanda presentada frente a Toyota España, S.L.U., y cifra el importe del sobreprecio siguiendo la cuantificación alternativa alcanzada por los peritos del fabricante

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 14 de Madrid 94/2023, de 9 de octubre

El Juzgado de lo Mercantil n.º 14 de Madrid estima parcialmente la demanda presentada contra Toyota España, S.L.U. ("Toyota") en ejercicio de una acción de reclamación de daños derivada de la sanción impuesta por la CNMC en el expediente S/0482/13 - Fabricantes de automóviles. Sin embargo, a la hora de cuantificar el daño soportado por el adquiriente del vehículo, acude a la estimación alternativa realizada por los peritos de Toyota.

Así, el Juzgado entiende que el dictamen pericial aportado por Toyota es coherente con el daño sufrido —tiene en cuenta precios antes, durante y después de la conducta sancionada, explicándolos en función de variables relevantes— y, empleando el método de comparación temporal a través de un análisis de regresión, concluye que este fue de un 1,33 % sobre el precio de adquisición del vehículo, descartando la validez del informe del demandante.

Por otro lado, la sentencia sostiene que el informe del demandante ni siquiera refleja el tipo de infracción sancionada y que las conclusiones a las que llega no son razonables atendiendo a las características de la infracción. En este sentido, el Juzgado explica que se ha de tener en cuenta que la conducta colusoria afectó al margen y la remuneración de los concesionarios, por lo que el importe del sobreprecio que se trasladó al consumidor final se encuentra necesariamente limitado por dicho margen o remuneración. A partir de datos recogidos en la propia Resolución de la CNMC, concluye que es público y notorio que los concesionarios tuvieron y mantienen márgenes muy estrechos en la reventa de vehículos.

Concluye que, con esos datos, pensar que las marcas estrecharon o redujeron los márgenes comerciales o de distribución en un 5-10 % sobre el precio de venta resulta desproporcionado,

puesto que llevaría a los concesionarios a incurrir en pérdidas, motivo por el cual el Juzgado entiende que es más razonable pensar en estrechamientos de en torno al 1 %, conclusión a la que llega el dictamen de la parte demandada.

[Portugal]

TRL confirma, com redução, coima aplicada por abuso da posição dominante

Acórdão de 25 de setembro de 2023 (Comunicado 11/2023 da AdC) - TRL

Em setembro de 2019, a AdC condenou a EDP - Gestão da Produção de Energia, S.A., ("EDP Produção") ao pagamento de uma coima de 48 milhões de euros por alegado abuso de posição dominante.

De acordo com a AdC, a EDP Produção terá manipulado a sua oferta do serviço de telerregulação restringindo a oferta de capacidade das suas centrais elétricas no quadro do regime dos Custos de Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMEC)[1].

Esta redução da capacidade levou, segundo da AdC, a um desvio da produção para centrais que operam em regime de mercado, cujos preços são superiores, o que desencadearia um aumento dos custos para o Sistema Elétrico Nacional e para os consumidores finais.

A EDP recorreu da decisão da AdC para o TCRS e, em agosto de 2022, este tribunal confirmou a condenação da EDP Produção e, apesar de ter concluído que a infração tinha sido mais curta do que a AdC tinha considerado, tendo durado quatro anos e três meses, em vez de cinco anos, manteve a coima de 48 milhões de euros da EDP Produção. Nesta sequência, a EDP recorreu da sentença do TCRS para o Tribunal da Relação de Lisboa ("TRL").

Neste contexto, em 25 de setembro de 2023, o TRL confirmou que a restrição de capacidade praticada pela EDP Produção constituía uma restrição da concorrência suscetível de configurar um abuso de posição dominante, criando condições para que os consumidores suportassem tarifas de acesso à redes e preços de energia no retalho mais elevados.

Assim, o TRL confirmou a condenação da EDP Produção por abuso de posição dominante, mas ajustou a coima, reduzindo-a de 48 para 40 milhões de euros, uma vez que se tinha concluído que a duração da infração tinha sido nove meses inferior à considerada pela AdC e tal redução na duração da infração ainda não tinha sido devidamente refletida num ajuste da coima.

1 Os CMEC correspondem a uma compensação recebida pela EDP desde julho de 2007, devido à cessação antecipada de vários Contratos de Aquisição de Energia ("CAE" - os quais garantiam à EDP uma receita previsível para a eletricidade produzida nas centrais abrangidas por estes contratos). Neste contexto, foi estabelecido o mecanismo CMEC para garantir às centrais de geração de energia elétrica uma remuneração equivalente à que poderiam obter em troca pela rescisão antecipada dos CAE. Segundo a AdC, através da limitação das capacidades destas centrais, a EDP Produção conseguiu obter maiores compensações públicas pagas no âmbito do regime CMEC e, simultaneamente, beneficiar de receitas mais elevadas no mercado através das suas centrais não-CMEC.

TRL confirma coima aplicada pela AdC por alegada fixação de preços mínimos

Acórdão de 12 de setembro de 2023 - TRL

Em 24 de julho de 2019, a AdC adotou uma decisão na qual sancionou a Super Bock, um dos seus administradores e um diretor comercial em virtude da alegada fixação de preços mínimos a praticar pelos distribuidores dos produtos deste operador. A Super Bock foi sancionada com uma coima de 24 milhões de euros, o administrador com uma coima de12 mil euros e o diretor comercial com uma coima de 8 mil euros.

Face a esta decisão, a empresa e as pessoas singulares sancionadas interpuseram recurso para o TCRS, alegando a nulidade da decisão da AdC, nomeadamente por se fundar em prova nula e por conter erros de Direito. Em 6 de outubro de 2021, o TCRS julgou a impugnação totalmente improcedente e manteve, na sua integralidade, as coimas impostas pela AdC.

Nesta sequência, os visados recorreram para o TRL, essencialmente com o mesmo fundamento, requerendo o reenvio prejudicial de um conjunto de questões ao TJUE, com vista ao esclarecimento do sentido a dar a princípios e regras aplicáveis ao caso em apreço e decorrentes do Direito da UE. Tanto o MP como a AdC pugnaram pelo indeferimento do pedido de reenvio.

Ainda assim, o TRL considerou essencial para a decisão a proferir que o TJUE apreciasse algumas das questões solicitadas, pelo que as colocou ao TJUE, em abril de 2023, e este tribunal emitiu uma decisão em 29 de junho de 2023, cujo resumo pode ser consultado nas Novidades jurídicas em diversas áreas de prática do Direito Português de agosto.

Em 12 de setembro de 2023, o TRL emitiu uma decisão sobre o presente caso, onde confirmou a infração à concorrência praticada pela Super Bock, e confirmou a respetiva coima no valor de 24 milhões de euros. O TRL considerou as coimas proporcionais e adequadas, dada a alegada gravidade da conduta, a dimensão do mercado afetado, o facto de a infração ter durado 11 anos e as vantagens económicas resultantes da infração para a visada.

2. Decisiones en materia de expedientes sancionadores

[Unión Europea]

La Comisión multa a varias empresas farmacéuticas por importe total de 13,4 millones de euros por participar en un cartel en el mercado de producción de principios activos

Decisión de 19 de octubre de 2022 en el asunto AT. 40636 - SNBB

El 19 de octubre de 2023, la Comisión Europea ha adoptado una decisión de *settlement* frente a Alkaloids of Australia, Alkaloids Corporation, Boehringer, Linnea y Transo-Pharm, imponiendo

multas a un total de 13,4 millones de euros por participar en un cártel relacionado con la N-Butylbromide Scopolamine / Hyoscine ("SNBB"), un importante ingrediente farmacéutico para la elaboración de un fármaco antiespasmódico abdominal (Buscopan) y sus genéricos. C2 PHARMA no fue multada, ya que reveló el cartel a la Comisión en el marco del programa de clemencia. Además, Transo-Pharm y Linnea también se beneficiaron de una reducción del 50 % y el 30 %, respectivamente, en virtud del programa de clemencia. Adicionalmente, seis de las empresas admitieron su participación en el cartel y acordaron resolver el caso por *settlement*, por lo que se beneficiaron de una reducción adicional del 10 % en el importe de la multa. Una séptima empresa, Alchem, que decidió no acogerse al *settlement*, no está cubierta por esta decisión.

De acuerdo con la investigación de la Comisión, entre el 1 de noviembre de 2005 y el 17 de septiembre de 2019, las seis empresas afectadas por esta decisión se coordinaron y acordaron fijar el precio mínimo de venta de SNBB a los clientes (es decir, distribuidores y fabricantes de medicamentos genéricos), repartieron mercados en el EEE e intercambiaron información comercialmente sensible.

[España]

La Autoridad Catalana de la Competencia sanciona a la Asociación de Escuelas Privadas Independientes de Cataluña por haber adoptado un acuerdo de no captación de trabajadores en un instrumento de autorregulación

Resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia de 11 de julio de 2023 en el expediente 109/2021, Asociación de Escuelas Privadas Independientes de Cataluña

La Autoridad Catalana de la Competencia ("ACCO") ha sancionado a la Asociación de Escuelas Privadas Independientes de Cataluña ("EPIC") por una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC. Se trata de un acuerdo adoptado entre los miembros de la asociación empresarial e incorporado a un instrumento de autorregulación que limitaba a las empresas asociadas, titulares de centros educativos privados, la contratación de trabajadores docentes empleados por otros miembros de la asociación, así como la posibilidad de contactar con estos con dicha finalidad (acuerdos de *non-poach*).

En su razonamiento, el Tribunal de la ACCO explica que los acuerdos de no captación en sí mismos (*naked no-poach agreements*) son asimilables por su naturaleza anticompetitiva a los acuerdos de reparto en el mercado de aprovisionamiento de bienes y servicios por suponer una asignación de cuotas o zonas del mercado de trabajo (reparto de los trabajadores considerados como proveedores de fuerza de trabajo) en la aplicación del artículo 1.1 de la LDC. Si bien existían precedentes nacionales en los que se consideraba el carácter anticompetitivo de un *non-poach agreement* conjuntamente con otras infracciones del derecho de la Competencia, el Tribunal de la ACCO se apoya en diferentes informes y precedentes de otras autoridades de competencia para confirmar que una *naked non-poach agreements* también constituye por sí misma una infracción por objeto.

El Tribunal de la ACCO impone por este motivo una sanción de 75.500 euros a la asociación.

La ACCO sanciona a la asociación profesional de taxi más representativa de Barcelona por haber emitido una recomendación colectiva de boicot en contra de las plataformas de intermediación de servicios VTC

Resolución de Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia de 26 de julio de 2023 en el expediente 111/2021, Asociaciones Taxi Barcelona

La ACCO impone una sanción a la Asociación Profesional Elite Taxi ("Elite") por haber orquestado una campaña de boicot en contra de las plataformas de intermediación de VTC, como Uber o FREENOW, infringiendo por ello el artículo 1 LDC.

En particular, la ACCO considera acreditado que Elite dirigió una campaña mediática en redes sociales de descalificación a estas plataformas y a su modelo de negocio. Además, también se dedicó a amenazar a los taxistas que se adhirieran a estas plataformas y a hostigar a los taxistas ya adheridos a través de piquetes puestos en zonas de alta demanda de servicios de transporte *on-demand*.

Esta conducta generó un gran desincentivo en los taxistas del Área Metropolitana de Barcelona para que se adhiriesen a estas plataformas, amenazando con la estabilidad de su modelo de negocio, que se caracteriza por el aprovechamiento de los efectos de red indirectos. Así, las acciones de Elite (constitutivas de una infracción por el objeto del artículo 1 LDC) uniformaron la conducta de los taxistas en el mercado, generando la expulsión de los nuevos entrantes del mercado.

Por este motivo, el Tribunal de la ACCO impone una multa de 122.910 euros a Elite.

3. Decisiones en materia de control de concentraciones

[Unión Europea]

La Comisión Europea prohíbe la adquisición de eTraveli por Booking

Nota de prensa sobre la Decisión de la Comisión de 25 de septiembre de 2023, asunto M.10615 - BOOKING HOLDINGS / ETRAVELI GROUP

La Comisión Europea ha prohibido la adquisición de Flugo Group Holdings AB ("eTraveli") por Booking Holdings ("Booking") al entender que la adquisición habría permitido a Booking reforzar su posición dominante en el mercado de las agencias de viajes hoteleras en línea ("OTA") en el Espacio Económico Europeo ("EEE"). A juicio de la Comisión Europea, Booking no ofreció soluciones suficientes para resolver estos problemas.

En su análisis, la Comisión observó que Booking es la principal OTA de hoteles, mientras que eTraveli es uno de los principales proveedores de servicios de OTA de vuelos en Europa. Booking también está activa en el mercado de servicios de búsqueda a través de su plataforma de comparación

de precios Kayak. Durante la investigación de la operación, la Comisión recibió comentarios de un gran número de partes interesadas, incluidos hoteles y OTA competidoras, a los que preocupaba que la operación reforzara la posición dominante de Booking en el mercado de las OTA de hoteles en el EEE, redujera la competencia y aumentara los precios para los hoteles y, posiblemente, para los consumidores.

La Comisión concluyó que la operación habría reforzado la posición dominante de Booking en el mercado de las OTA hoteleras, lo que habría supuesto un aumento de los costes para los hoteles y, posiblemente, para los consumidores. Más concretamente, la Comisión concluyó que la operación habría permitido a Booking (i) adquirir un canal fundamental de captación de clientes (pues considera que los servicios de OTA para vuelos son el primer paso normalmente para planear un viaje y esa fuente de tráfico puede emplearse para consolidar su negocio de hoteles); (ii) ampliar su ecosistema de servicios de viajes, que gira en torno a su negocio de OTA de hoteles; (iii) reforzar los efectos de red y aumentar las barreras de entrada y expansión en el mercado; y (iv) fortalecer su posición negociadora frente a hoteles, lo que podría suponer un mayor coste para estos y, posiblemente, para los consumidores.

Por su parte, Booking propuso mostrar a los clientes de vuelos una pantalla de elección en la página de salida del vuelo, esto es, la página que se muestra a los viajeros después de comprar sus billetes de avión. En dicha pantalla de elección, Booking ofrecía mostrar múltiples ofertas de hoteles de OTA hoteleras competidoras, permitiendo a los clientes hacer clic en la oferta mostrada para ser redirigidos a la página web de la OTA hotelera.

Sin embargo, la Comisión consideró que las soluciones ofrecidas por Booking no abordaban adecuadamente las preocupaciones detectadas. En particular, la Comisión indica que (i) la selección y clasificación de las ofertas por parte de las OTA hoteleras competidoras no es suficientemente transparente y no discriminatoria, ya que Kayak habría tenido el control de varios aspectos de su aplicación; (ii) las ofertas de las OTA hoteleras competidoras solo se habrían mostrado en la página de *check-out* de vuelos y no en otras importantes oportunidades de venta cruzada como correos electrónicos, notificaciones u otras páginas del sitio web; y (iii) el control de la eficacia de los compromisos se reputaba complejo, sobre todo puesto que el algoritmo de Kayak funciona como una "caja negra" (*black box*).

Por todo lo anterior, la Comisión entiende que las soluciones ofrecidas por Booking no son suficientes para resolver los problemas de competencia y evitar el efecto perjudicial sobre la competencia. En consecuencia, la Comisión decide prohibir la operación.

Booking ha anunciado (EU Prohibits Booking's Acquisition Of Etraveli; Booking To Appeal Decision | Nasdaq) que recurrirá la decisión de prohibición ante el Tribunal General de la Unión Europea. Así, se abre un frente judicial adicional para la Comisión en su política de competencia aplicada a los mercados digitales. Esta operación es la undécima bloqueada por la Comisión en los últimos diez años.

La CNMC aprueba en primera fase y sin compromisos la adquisición de Haya y su filial íntegramente participada por parte de Intrum en una concentración que define por primera vez el mercado de activos inmobiliarios adjudicados

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, 26 de julio de 2023, e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia en el Expediente C/1404/23 - INTRUM/HAYA

La CNMC ha analizado, entre otros, el mercado de administración de activos inmobiliarios, en el que la CNMC ha reconocido la existencia de un segmento específico de administración de activos inmobiliarios adjudicados (i. e., servicios de gestión de REO). La CNMC justifica su decisión basándose en el tamaño de las carteras de activos inmobiliarios (ya que se trata de una gestión a gran escala), el hecho de que las carteras de activos sean de entidades financieras y de que la demanda de administración de estos activos solicite servicios específicos (como puede ser el saneamiento de activos). Hasta ahora la CNMC había dejado abierta la definición de este segmento, a pesar de que había reconocido en anteriores precedentes (i. e., *C/1019/19 NORDIC CAPITAL/ SOLVIA*) esta posible segmentación.

Respecto al mercado geográfico, la CNMC considera que la administración de activos inmobiliarios adjudicados tendría alcance nacional debido a las características del proceso de adjudicación. En particular, se debe a que las entidades financieras suelen contratar a diferentes consultoras la división de la gestión de su portfolio a nivel nacional para su posterior adjudicación. Esta definición del ámbito geográfico del mercado se aleja de la definición del mercado de intermediación inmobiliaria, en donde los precedentes han dejado abierta la definición, reconociendo la existencia de diferencias de carácter nacional, regional o local.

Desde un punto de vista sustantivo, además de las reducidas adiciones de cuota, la CNMC destaca el importante poder de negociación de la demanda en este mercado. Son entidades de crédito de importante tamaño, un sector en reciente consolidación y sujeto a licitación. La CNMC también recoge la potencial expansión de estos mercados por las recientes subidas de tipos de interés y la próxima transposición de la normativa de la Unión[2] que armonizará los requisitos legales para ejercer la actividad en toda la Unión y fomentará la creación de un mercado supranacional.

2 Directiva (UE) 2021/2167 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2021, sobre los administradores de créditos y los compradores de crédito.

4. Decisiones en materia de ayudas de estado

[Unión Europea]

La Comisión Europea ha autorizado excepcionalmente la adquisición de control conjunto sobre Air Nostrum (beneficiaria de ayuda de recapitalización) por las matrices de City Jet y Air Nostrum a través de una *joint venture* de nueva creación, ya que la operación es necesaria para la viabilidad de Air Nostrum

Decisión de la Comisión Europea, de 11 de septiembre de 2023, State Aid SA.104978 (2022/EO) —Spain— Planned merger after aid to Air Nostrum from Spanish Recapitalisation Fund SEPI

En julio de 2020, con base en el art. 107(3)(b) del TFUE y en el Marco Temporal para el COVID-19, la Comisión autorizó un plan de ayudas de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas (la "Decisión"). Mediante este plan, Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo, S.A.U. ("Air Nostrum") recibió un préstamo participativo de 111 millones de euros, que deberían ser devueltos a más tardar en 2028, para recapitalizar la empresa y hacer frente a gastos de operación ordinaria. Por el consecuente incremento de valor de la aerolínea, la ayuda benefició también a la matriz de Air Nostrum.

En marzo de 2023, Air Nostrum y City Jet notificaron la creación de una *joint venture* ("JV") que en 2019 ya había logrado la autorización de la Comisión, debido al tiempo transcurrido sin ejecutar la concentración y a los cambios en el mercado de la aviación debidos al COVID-19. La JV superó el control de concentraciones de la Comisión, pero requería una ulterior autorización del mismo órgano por temas de ayudas de Estado, debido a que los beneficiarios de la ayuda de recapitalización (incluida la matriz de Air Nostrum) tenían prohibido realizar concentraciones mientras no hubieran devuelto el 75 % de la ayuda, salvo que la Comisión lo autorizara por motivos excepcionales. Este segundo análisis de la Comisión valoraba la posibilidad de que se diera una inadecuada subvención cruzada entre Air Nostrum y CityJet en el escenario de una adquisición de acciones de la JV. En septiembre de 2023 la Comisión determinó que, con base en el punto 75 del Marco Temporal, procedía autorizar excepcionalmente la creación de la JV porque esta era necesaria para la viabilidad de Air Nostrum. Para alcanzar esta conclusión fue crucial el hecho de que el plan de viabilidad elaborado en marzo de 2022 por el Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas y la información proporcionada por España hayan reportado (i) las medidas previstas para evitar la subvención cruzada entre Air Nostrum y CityJet; (ii) que España tomó ya en cuenta la posible concentración en el momento de la concesión de las ayudas de recapitalización, modulando a la baja la intensidad de la ayuda concedida para no generar obstáculos para su eventual ejecución; (iii) que la JV permitiría la creación de un grupo de aerolíneas regionales que generaría incrementos de EBITDA en cuatro segmentos de negocio, imposibles de lograr sin la concentración; y (iv) que, sin las ganancias adicionales que la JV aportaría a la beneficiaria, Air Nostrum no podría devolver a tiempo la ayuda recibida y quedaría casi seguramente condenada a salir del mercado en el corto-medio plazo.

9 de noviembre de 2023

Derecho digital. Comercio electrónico, protección de datos y privacidad

Derecho digital. Comercio electrónico, protección de datos y privacidad*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

El Comité Europeo de Protección de Datos publica unas Directrices sobre la realización de transferencias internacionales en relación con el tratamiento de datos personales por parte de autoridades competentes relacionados con delitos e infracciones penales

Directrices 01/2023 del Comité Europeo de Protección de Datos sobre el artículo 37 de la Directiva relativa al tratamiento de datos personales por las autoridades competentes para los fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos e infracciones penales

El CEPD ha publicado sus Directrices 01/2023 sobre las transferencias internacionales de datos personales relacionados con delitos e infracciones penales que llevan a cabo las autoridades competentes (las "Directrices 01/2023") conforme al artículo 37 de la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos (la "Directiva 2016/680" o "LED" —por sus sigla en inglés, *Law Enforcemnet Directive*—). La LED se encuentra traspuesta en España por la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

Las Directrices 01/2023 tienen como finalidad ofrecer una guía para la aplicación de los mecanismos para la realización de transferencias internacionales conforme al artículo 37 de la LED, en particular sobre las medidas de salvaguarda que deben aplicar las autoridades competentes para

* Esta sección ha sido coordinada por Leticia López-Lapuente, y en su elaboración han colaborado Miriam Goitia de Gustin, Martín Montilla Castilla y Beatriz Sastre Furones, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

las transferencias internacionales de datos fuera del Espacio Económico Europeo ("EEE") y sobre cómo realizar el análisis que determine que estas medidas son adecuadas para garantizar un nivel de protección de los datos equivalente al de la Unión Europea.

El CEPD reconoce que el análisis de estas garantías debe realizarse teniendo en cuenta el caso concreto del tratamiento en cuestión y no en relación con la legislación general del tercer país u organización a la que se van a transferir los datos. Por ello, aunque la legislación existente en estos países destinatarios no asegure, de manera general, un adecuado nivel de protección de los datos, la transferencia concreta en cuestión sí puede tener este nivel de protección equivalente.

Los mecanismos para las transferencias de la LED operan en cascada, tal que, ante la ausencia de una decisión de adecuación emitida por la Comisión Europea con base en el artículo 36 de la LED, las transferencias internacionales pueden ampararse en un instrumento jurídico vinculante, o, en su ausencia, en el establecimiento de garantías apropiadas con respecto a la protección de los datos personales. Entre otros, el CEPD en sus Directrices 01/2023 ofrece una serie de orientaciones y recomendaciones sobre los elementos de contenido esencial que deberían tener los instrumento jurídicos vinculantes (p. ej., finalidades y categorías de datos objeto de transferencia, identificación de las autoridades competentes, medidas de seguridad y confidencialidad, derechos de los interesados) y de contenido complementario, así como la relación de estos instrumentos con otros acuerdos internacionales. El CEPD también da ejemplos prácticos sobre el análisis de las transferencias y la adopción de las garantías adecuadas para realizar transferencias, en ausencia de un instrumento jurídico vinculante.

El Comité Europeo de Protección de Datos y el Supervisor Europeo de Protección de Datos emiten una opinión conjunta sobre la propuesta de Reglamento sobre normas procedimentales adicionales en relación con el RGPD

Dictamen conjunto del CEPD-SEPD 01/2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas procedimentales adicionales en lo que se refiere a la garantía del cumplimiento del Reglamento (UE) 2016/679

El CEPD y el Supervisor Europeo de Protección de Datos ("SEPD") han emitido un dictamen conjunto sobre la propuesta de Reglamento sobre normas procedimentales adicionales en lo que se refiere a la garantía del cumplimiento del RGPD (la "Propuesta de Reglamento"). Esta Propuesta de Reglamento tiene como antecedente una opinión que emitió el CEPD en 2022 en la que identificaba ciertos aspectos procedimentales que debían ser armonizados a nivel europeo para asegurar la aplicación eficaz del RGPD.

En líneas generales, el CEPD y el SEPD celebraron esta Propuesta de Reglamento, ya que pretende reforzar la aplicación efectiva de la normativa de protección de datos e incluye muchas de las sugerencias realizadas por el CEPD anteriormente. Esta Propuesta de Reglamento complementará al RGPD especificando normas procedimentales, aumentará los mecanismos de cooperación y de resolución de disputas y armonizará los derechos de las partes objeto de investigación en asuntos transfronterizos. Sin embargo, el CEPD y el SEPD realizaron una serie de sugerencias para mejorar este texto.

En primer lugar, el CEPD y el SEPD señalaron que estas nuevas normas procedimentales van a aumentar la carga de trabajo de las autoridades de control, por lo que será necesario que tanto las autoridades de control nacionales como el CEPD cuenten con los recursos suficientes para poder cumplir eficazmente con estas nuevas normas procedimentales.

En segundo lugar, respecto de la admisión de las reclamaciones presentadas por los interesados, el CEPD y el SEPD destacaron que la Propuesta de Reglamento exige a los interesados presentar cierta cantidad de información que no es necesaria para que se admita la reclamación, por lo que recomiendan reducirla. A su vez, también solicitaron que esta Propuesta de Reglamento desarrolle en mayor profundidad —con el objetivo de lograr una mayor armonización— los requisitos de admisión de una reclamación, para prevenir potenciales conflictos con las normas nacionales que regulen la admisión de estas reclamaciones.

En tercer lugar, respecto de los mecanismos de cooperación entre autoridades de control, el CEPD y el SEPD solicitaron un mayor desarrollo del alcance, contenido y plazos para que las autoridades de control involucradas en un asunto concreto tengan el mismo entendimiento del asunto que la autoridad de control principal. A su vez, recomendaron que se elimine el artículo 18 de la Propuesta de Reglamento, ya que puede afectar negativamente a la posibilidad de alcanzar un consenso entre las autoridades de control en la última fase del procedimiento de cooperación entre estas autoridades.

Finalmente, el CEPD y el SEPD sugirieron que se aprovechara esta Propuesta de Reglamento para suprimir los obstáculos prácticos que existen para una cooperación eficiente entre las autoridades de control y el CEPD. También recomendaron que se incluya un artículo final para que la Comisión Europea publique un informe de evaluación de la aplicación del futuro reglamento al mismo tiempo en que publique su informe de evaluación sobre la aplicación del RGPD.

El Comité Europeo de Protección de Datos y el Supervisor Europeo de Protección de Datos han emitido el Dictamen conjunto 02/2023 sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del euro digital

Dictamen conjunto 02/2023, de 17 de octubre, sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del euro digital

El pasado 17 de octubre, el CEPD y el SEPD han publicado el Dictamen conjunto sobre la Propuesta de Reglamento el Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del euro digital (el "Dictamen" y la "Propuesta"). En virtud de la Propuesta, el euro digital sería una forma digital de "*dinero del Banco Central*", complementaria al dinero en efectivo, que los usuarios de la zona euro podrían utilizar para hacer pagos electrónicos.

En su Dictamen, el CEPD y el SEPD destacan el enfoque de la Propuesta hacia la protección de datos y, particularmente, la posibilidad de que el euro digital esté disponible tanto *online* como *offline*, permitiendo realizar pagos y transferencias de dinero en los que se garantice un elevado nivel de privacidad y el respeto al principio de minimización y de privacidad desde el diseño y por defecto. No obstante, el CEPD y el SEPD realizan también una serie de recomendaciones de cara

a asegurar el más alto estándar de protección de datos y privacidad en el marco del euro digital, entre otras:

i. En relación con el punto de acceso único para verificar la cantidad de euros digitales en poder de cada usuario, establecido por la Propuesta para vigilar que no se exceden los máximos permitidos, el CEPD y el SEPD entienden que esta verificación conllevará el tratamiento de los identificadores del usuario. En este sentido, recomiendan analizar si este punto de acceso único es necesario y proporcionado, resaltando, como alternativa, la posibilidad de un almacenamiento descentralizado de estos identificadores.

ii. El CEPD y el SEPD valoran positivamente la posibilidad de identificación del usuario del euro digital mediante la Identidad Digital Europea ("*European Digital Identity Wallet*"), si así lo elige el usuario.

iii. En lo que respecta al mecanismo de detección y prevención del fraude establecido en la Propuesta, critican la falta de previsibilidad del tratamiento de datos personales en el marco de este mecanismo e invitan a los colegisladores a demostrar de forma suficiente la necesidad de un mecanismo de detección y prevención del fraude adicional a los que ya están en vigor. En defecto de tal demostración, proponen adoptar medidas menos intrusivas desde la perspectiva de la protección de datos y la privacidad. Además, invitan a los colegisladores a definir de forma clara las funciones del Banco Central Europeo, los bancos centrales nacionales y los proveedores de servicios de pago en este contexto.

iv. El CEPD y el SEPD reiteran su recomendación de introducir un "umbral de privacidad" para transacciones *online*, a fin de que las transacciones *online* de escasa cuantía no se rastreen a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Para reducir el riesgo en transacciones *online* de escasa cuantía, recomiendan alternativamente incluir otras medidas técnicas adecuadas durante la fase de diseño del euro digital.

v. En lo relativo a ciberseguridad y resiliencia, el CEPD y el SEPD recomiendan introducir una referencia al marco legal aplicable (por ejemplo, legislación DORA y el nuevo Reglamento de Ciberseguridad, actualmente en proceso de negociación).

vi. El CEPD y el SEPD destacan la necesidad de que la Propuesta detalle (i) las bases de legitimación de los tratamientos de datos personales llevados a cabo por los prestadores de servicios de apoyo; (ii) las responsabilidades en materia de protección de datos del Banco Central Europeo y los proveedores de servicios de pago; y (iii) las categorías de datos personales tratadas para la emisión, distribución y uso del euro digital.

El Supervisor Europeo de Protección de Datos publica su Dictamen 44/2023 sobre la Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial

Dictamen 44/2023, de 23 de octubre, sobre la Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial a la luz de los desarrollos legislativos

El pasado 24 de octubre de 2023, el SEPD ha publicado su Dictamen 44/2023 sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) (el "Dictamen" y la "Propuesta"). El SEPD emite este Dictamen por propia iniciativa con el objetivo de proporcionar recomendaciones adicionales a los colegisladores desde un punto de vista de protección de datos, en la medida en que las negociaciones de la Propuesta se acercan a un fase final, y reiterando algunos de los puntos ya indicados en el Dictamen conjunto CEPD-SEPD 5/2021 sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de junio de 2021 (el "Dictamen Conjunto"). En resumen, el SEPD:

i. Recuerda la importancia de las "líneas rojas" establecidas en el Dictamen Conjunto y, en particular, sobre los sistemas de inteligencia artificial que deben prohibirse debido a sus riesgos inaceptables (p. ej., sistemas de evaluación social; de reconocimiento automático de característica humanas en espacios públicos; de categorización de individuos mediante biometría por etnia, género, ideología u orientación sexual; de predicción del riesgo de criminalidad o reincidencia penal de individuos).

ii. Reitera que los sistemas de IA que ya estén en uso en la fecha de aplicabilidad del Reglamento de Inteligencia Artificial no deben quedar exentos del ámbito de aplicación y deben cumplir con los requisitos de dicho Reglamento a partir de su fecha de aplicabilidad.

iii. Aprueba que la Propuesta designe al SEPD como organismo notificado, autoridad de vigilancia del mercado y autoridad competente para la supervisión de los sistemas de inteligencia artificial de las instituciones de la UE. No obstante, formula recomendaciones específicas sobre la forma en que deben aclararse sus competencias y facultades, y pide que le se asignen recursos humanos y financieros adecuados a tal efecto.

iv. Apoya incluir el derecho de las personas afectadas por el uso de sistemas de IA a presentar una reclamación ante una autoridad competente y a un recurso judicial efectivo contra una decisión de la autoridad competente, y reitera la petición indicada en el Dictamen Conjunto de que se designe a las autoridades de protección de datos como autoridades nacionales de supervisión.

v. Suscribe la creación de un Comité Europeo de Inteligencia Artificial para garantizar una aplicación armonizada a nivel europeo, y recomienda que se le reconozcan los mismos derechos que a las autoridades nacionales de supervisión, así como que expresamente se le reconozca al SEPD la calidad de miembro de pleno derecho en el consejo de administración del Comité Europeo de Inteligencia Artificial.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea respalda la facultad de las autoridades nacionales de defensa de la competencia para constatar un incumplimiento del RGPD en el marco del examen de un abuso de posición dominante

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023 (as. C-252/21)

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf (el "Tribunal Alemán") en relación con (i) la posibilidad de que una autoridad nacional de competencia controle la conformidad con el RGPD de un tratamiento de datos; y (ii) el tratamiento de determinados datos personales llevado a cabo por una empresa prestadora de servicios de redes sociales sobre la base de las condiciones generales entonces vigentes del servicio de la red social.

El litigio principal trata del recurso interpuesto por la empresa contra la decisión de la Autoridad Alemana de Competencia por la cual se prohibía a la empresa el tratamiento de datos personales relativos a los usuarios y a los datos recabados en sus dispositivos como resultado de la consulta en páginas de internet y aplicaciones de terceros, o en otros servicios en línea prestados por las empresas del grupo de la red social (por ejemplo, otras redes sociales) (los "Datos Fuera de la Red Social"), y que permitían a la red social ofrecer publicidad personalizada a sus usuarios.

Para el tratamiento de estos datos, la empresa se basaba en el contrato de servicio al que se adhieren los usuarios de la red social mediante la activación del botón "*registrarse*", a través del cual estos aceptan las condiciones generales. La aceptación de las condiciones generales era necesaria para poder utilizar la red social. Por lo que respecta al tratamiento de datos personales, las condiciones generales remitían a las políticas de datos y de *cookies* establecidas por la empresa. En este sentido, la Autoridad Alemana de Competencia consideró constitutivo de un abuso de posición dominante el hecho de que, en las condiciones generales, se supeditara el uso de la red social al tratamiento de los Datos Fuera de la Red Social de los usuarios, sin haber otorgado estos su consentimiento expreso para el tratamiento de datos que supone la aceptación de las condiciones generales, esto es, vulnerando los artículos 6.1 y 9.2 del RGPD.

En primer lugar, el TJUE determinó que, cuando las autoridades nacionales de competencia tienen que examinar la conformidad de la actividad de una empresa con el RGPD, en el marco del examen de un abuso de posición dominante, deben respetar el principio de cooperación leal para garantizar la aplicación coherente del RGPD. Así, cuando una autoridad nacional de competencia señala una infracción del RGPD en el marco de la declaración de un abuso de posición dominante, no suplanta a las autoridades de control. En particular, la autoridad nacional de competencia no controla la aplicación de del RGPD. En este sentido, la apreciación por parte de dicha autoridad sobre el respeto del RGPD se limita exclusivamente a constatar la existencia de un abuso de posición dominante, sin entrar a valorar las cuestiones materiales impuestas por esta norma.

En segundo lugar, dentro de los Datos Fuera de la Red Social, el TJUE abordó el tratamiento de categorías especiales de datos personales (datos que, en virtud del artículo 9.2.e del RGPD, excepcionalmente pueden tratarse si el interesado los ha hecho "*manifiestamente públicos*", de manera explícita y mediante un acto positivo claro y previo). A este respecto, el TJUE indicó que, la mera consulta por el usuario de sitios web o aplicaciones relacionadas con una o con varias de las categorías especiales de datos no supone que el usuario haya hecho manifiestamente públicos los datos personales recogidos por el operador de la red social a través de *cookies* o de tecnologías de almacenamiento similares a través de dicha consulta. Por otro lado, cuando ese usuario introduce datos en sitios de Internet o en tales aplicaciones o cuando activa botones de selección integrados en sitios web y aplicaciones (e. g., botones "*me gusta*" o "*compartir*" o botones que permiten al usuario identificarse, el usuario solo hace manifiestamente públicos los datos así introducidos o resultantes de la activación de esos botones si ha manifestado explícitamente su opción previa. Es decir, sobre la base de una configuración individual efectuada con pleno conocimiento de causa, de que los datos que le conciernen resulten accesibles públicamente a un número ilimitado de personas.

En tercer lugar, el TJUE examinó si el tratamiento de datos personales por la empresa estaba amparado por bases de legitimación distintas del consentimiento del interesado. En relación con la necesidad de ejecutar el contrato, el TJUE concluyó que ni la "*personalización de contenidos*" ni el "*uso homogéneo y fluido de los servicios propios del grupo*" al que pertenece la red social parecen necesarios ni objetivamente indispensables para ofrecer a los usuarios los servicios de la red social. En lo que respecta al interés legítimo, y en relación con la personalización de la publicidad, el TJUE señaló que el usuario no debe esperar razonablemente que, sin su consentimiento, la empresa trate sus datos personales para este fin, y que, en este caso, los derechos fundamentales del usuario prevalecen sobre el interés de la empresa.

En último lugar, el TJUE indicó que el hecho de que la empresa tenga una posición dominante en el mercado de las redes sociales en línea no impide, como tal, que los usuarios de la red social puedan decidir si desean prestar su consentimiento al tratamiento de sus datos personales; si bien, esta circunstancia constituye un elemento relevante para determinar si el consentimiento ha sido efectivamente prestado válida y libremente, extremo que tiene que ser probado por el operador de la red social.

A la vista de todo lo anterior cabe concluir, por un lado, que una autoridad nacional de competencia, en el marco del examen de un abuso de posición dominante, puede constatar una infracción del RGPD, sin entrar a valorar las cuestiones materiales impuestas por esta norma; y, por otro, que el consentimiento otorgado mediante la aceptación de las condiciones generales no es un consentimiento válido a la luz de los artículos 6.1 y 9.2 del RGPD.

[España]

La Audiencia Nacional rectifica el criterio de la Agencia Española de Protección de Datos y declara que las normas especiales que regulan el acceso a los datos de personas fallecidas no contradicen la normativa de protección de datos personales

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de septiembre de 2023

La sentencia de la Audiencia Nacional ("AN") resolvió un recurso presentado contra una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos ("AEPD") en el que instaba al Instituto Social de la Marina ("ISM") a atender una solicitud de acceso al historial de vida laboral de una persona fallecida.

En el caso analizado, la reclamante solicitó al ISM el acceso al historial de vida laboral de su padre fallecido para así poder acreditar ante la oficina de empleo de la Comunitat Valenciana (con el fin de optar a un puesto laboral) que su padre había sido trabajador del régimen especial del mar. Esta solicitud de acceso se realizó al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales ("LOPDGDD"), que reconoce que las personas vinculadas a un fallecido pueden solicitar el acceso, rectificación y supresión de los datos personales. Sin embargo, el ISM negó el acceso de la reclamante a la vida laboral de su padre al amparo del artículo 17 del 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 ("TRLGSS"), que establece que el informe de vida laboral de una persona puede ser solicitado por terceros si acreditan un interés personal y directo, interés que (a juicio del ISM) la reclamante no había acreditado en su solicitud.

Ante esta negativa, la reclamante presentó una reclamación ante la AEPD, que consideró que debía atenderse el derecho de acceso de la reclamante conforme establece el artículo 3 de la LOPDGDD. Sin embargo, posteriormente el ISM presentó recurso ante la AN sobre la base que la negativa a aportar este informe de vida laboral era conforme a derecho.

La AN reconoció que el tratamiento de datos personales relacionados con personas fallecidas escapa del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos ("RGPD"), sin perjuicio de que la LOPDGDD reconozca que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho puedan solicitar el acceso, rectificación o supresión de los datos.

No obstante, la AN estableció que la regulación del TRLGSS no es contraria al derecho reconocido en la LOPDGDD, sino que simplemente complementa el ejercicio del derecho de acceso en relación con los datos de vida laboral del fallecido. En particular, el TRLGSS establece que este derecho de acceso solo puede ejercitarse por quienes ostenten un interés personal y directo. La AN reconoció que la limitación del acceso al historial de vida laboral tenía como objetivo evitar prácticas indebidas de solicitud de vida laboral que tengan como único fin poder establecer una relación de familiaridad con el trabajador asociado al régimen especial del mar y así entrar más fácilmente en la bolsa de trabajo de eventuales del sector de estibadores portuarios.

La AN consideró que la reclamante, aunque acreditó ser la hija del trabajador fallecido, no aportó evidencias de que se le había solicitado la vida laboral de su padre fallecido por el centro portuario al que optaba por un puesto, más aún cuando ningún otro centro portuario tiene como práctica solicitar estos informes de vida laboral. La AN consideró, por tanto, que no se habían reunido los requisitos establecidos en el artículo 17 del TRLGSS para poder ejercer este derecho, y que la denegación de esta solicitud no vulneraba el derecho de acceso a datos personales del familiar fallecido reconocido en el artículo 3 de la LOPDGDD.

3. Otros

La Agencia Española de Protección de Datos impone una multa de 1.640.000 euros a una entidad financiera tras permitir la contratación fraudulenta de diversos productos financieros, inscribir erróneamente a una interesada en sistemas de información crediticia y por no disponer de las adecuadas medidas de seguridad

Resolución PS/00677/2022 de la Agencia Española de Protección de Datos

El 11 de enero de 2023 la AEPD acordó iniciar un procedimiento sancionador contra un banco tras recibir una reclamación por parte de una interesada debido al uso ilícito de sus datos personales tras sufrir un robo.

En particular, la reclamante declaró que había sufrido un robo en el que le sustrajeron, entre otros bienes personales, su cartera (que contenía una tarjeta de crédito contratada con el banco) y su teléfono móvil. Tras tener conocimiento de este robo, la reclamante se puso en contacto con el banco para solicitar la cancelación de la tarjeta de crédito que le habían sustraído, e indicó que había sufrido el robo de su cartera, tarjeta de crédito y teléfono móvil. Sin embargo, posteriormente y pese a esta información, la reclamante tuvo conocimiento de que se habían contratado productos financieros en el banco suplantando su identidad, ya que con el robo del móvil también se tenía acceso a la banca *online* de la reclamante en este mismo banco.

Adicionalmente, como resultado de los impagos de los productos financieros contratados (tanto por parte de los delincuentes como por parte de la reclamante), el banco incluyó los datos de la reclamante en sistemas de información crediticia, aunque en este momento el banco ya había sido informado del robo y de la existencia de una reclamación judicial por la que se solicitaba la cancelación de todas las cuentas y productos contratados por la reclamante con el banco.

En el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, la AEPD contempló la posible comisión de cinco infracciones de la normativa de protección de datos:

vi. Infracción del artículo 6.1 del RGPD por la contratación no autorizada de productos financieros.

vii. Infracción del artículo 32 del RGPD por la falta de medidas de seguridad en relación con los procedimientos de comunicación, inclusión y mantenimiento en los sistemas de información crediticia de datos personales.

viii. Infracción del artículo 6.1 del RGPD por la incorporación de los datos personales a los sistemas de información crediticia.

ix. Infracción del artículo 25 del RGPD por no cumplir con el principio de protección de datos desde el diseño del tratamiento.

x. Infracción del artículo 32 del RGPD por no disponer de las adecuadas medidas de seguridad en relación con los procedimientos de contratación de productos financieros.

Ante este acuerdo de inicio, el banco reconoció las infracciones a), b) y c) mencionadas anteriormente y pagó voluntariamente una multa de 384.000 euros.

La AEPD llevó a cabo una investigación general sobre los procedimientos y medidas de seguridad implementados por el banco y consideró que no eran adecuados al riesgo asociado al tratamiento, ya que no se contemplaba el riesgo derivado de la pérdida o sustracción de cierta documentación identificativa. Tampoco se había llevado a cabo, a juicio de la AEPD, un análisis de riesgos adecuado.

Por todo esto, la AEPD propuso imponer al banco una multa de 500.000 euros por la vulneración del principio de protección de datos desde el diseño (artículo 25 del RGPD) y otra multa de 500.000 euros por no disponer de las adecuadas medidas de seguridad (artículo 32 del RGPD). El banco reconoció la comisión de estas infracciones y pagó la cantidad de 800.000 euros acogiéndose a una reducción por pago voluntario.

La Agencia Española de Protección de Datos sanciona a un medio de comunicación con una multa de 10.000 euros por publicar la imagen y el nombre de una persona anónima incumpliendo el principio de minimización de datos

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00334/2023

La AEPD ha sancionado a un medio de comunicación tras una reclamación en relación con la publicación de una noticia, en cuyo texto se incluía el nombre de la persona reclamante y que se ilustraba con una fotografía de esta última tomada de un vídeo publicado y ampliamente difundido en una red social sin su consentimiento. La imagen de la reclamante se apreciaba con total nitidez en la fotografía publicada por el medio.

Cabe señalar que, con carácter previo a la reclamación, la reclamante presentó denuncias ante la AEPD contra los usuarios de la red social que habían publicado, sin su consentimiento, el vídeo privado del que el medio tomó posteriormente la fotografía citada.

Tras la reclamación, se adoptaron medidas cautelares y el medio procedió a la inmediata eliminación del contenido. La AEPD consideró que el tratamiento llevado a cabo por el medio no respetaba el principio de minimización de datos contemplado en el artículo 5.1.c) del RGPD.

En el procedimiento contra el medio, la AEPD realizó un juicio de ponderación entre el derecho a la protección de datos personales de la reclamante y el derecho fundamental a la libertad de información, en el que, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concluyó que el tratamiento llevado a cabo había sido excesivo y no respetaba el principio de minimización de datos. Ello es así en la medida en que no concurría un interés público informativo que prevaleciera en la difusión de la imagen de la reclamante con indicación de su nombre y la reclamante no era un personaje público, sino una persona anónima que debía seguir siéndolo para la garantía de sus derechos fundamentales. Como indicó la AEPD, no se trata de negar el interés público en la noticia, ni de "*hacer decaer el Derecho Fundamental a la Libertad de Información*", sino de hacerlo plenamente compatible con el derecho a la protección de datos, lo que se podría haber conseguido recurriendo a procedimientos técnicos para difuminar los rasgos de la reclamante e impedir el reconocimiento, por ejemplo, mediante el desenfoque de la imagen. En conclusión, la AEPD consideró que el medio había tratado los datos de la reclamante de manera excesiva para la finalidad pretendida, infringiendo el principio de minimización.

Por todo lo anterior, la AEPD sancionó al medio con una multa de 10.000 euros, por infracción del artículo 5.1.c) del RGPD al no respetar el principio de minimización de datos.

La Agencia Española de Protección de Datos sanciona a una empresa con multas de 12.000 euros por incumplir los artículos 5.1.a) y 13 del RGPD, y 22.2 de la LSSI, en relación con el deber de informar, el uso de patrones oscuros y la política de *cookies* de su sitio web

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00080/2023

La AEPD ha sancionado a una empresa dedicada a la prestación de servicios de *marketing* jurídico *online* por diversos incumplimientos tanto del RGPD como de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (la "LSSI"). La empresa, como responsable del tratamiento, recababa datos personales de los interesados de forma directa y mediante la utilización de *cookies*.

En primer lugar, la AEPD consideró que la política de privacidad del sitio web de la empresa vulneraba el deber de informar *ex* artículo 13 del RGPD, por los siguientes motivos: (i) no proporcionaba información detallada sobre las finalidades, las bases de legitimación de las actividades de tratamiento y las transferencias internacionales de datos (aun cuando algunos proveedores se encontraban fuera del Espacio Económico Europeo); y (ii) no identificaba los intereses legítimos de los terceros proveedores, por lo que los interesados debían consultar las políticas de privacidad de más de mil proveedores para obtener dicha información. Por todo ello, la AEPD impuso a la empresa una sanción de 2.000 euros y le requirió que adaptara su política de privacidad a la normativa de protección de datos vigente.

En segundo lugar, la AEPD constató un incumplimiento del principio de licitud, lealtad y transparencia del artículo 5.1.a) del RGPD. En este sentido, la AEPD consideró que en el sitio web de la empresa se utilizaban los "*patrones oscuros*" de (i) "*sobrecarga*", por presentar demasiadas posibilidades a la persona que tenía que tomar decisiones, lo que terminaba generando fatiga sobre el usuario, que acababa compartiendo más información personal de la deseada; y (ii) "*ocultación*", que consistía en diseñar la interfaz o experiencia de usuario de tal manera que el usuario no pensase en algunos aspectos relacionados con la protección de sus datos o que lo olvidase. En este caso, en la interfaz, el interesado debía realizar un esfuerzo desmesurado para manifestar su oposición al tratamiento de datos basado en el interés legítimo de los terceros. Así, no era posible oponerse al tratamiento de datos que realizaban todos los proveedores con un solo clic (o con un número de clics suficientemente razonable para evitar la fatiga del interesado), siendo necesario, en más de la mitad de las 130 empresas enumeradas, ir marcando una a una cada casilla en caso de que el interesado quisiera oponerse a ese tratamiento. En consecuencia, la AEPD impuso a la empresa una sanción de 5000 euros y le requirió que adaptase su política de privacidad conforme las exigencias del artículo 5.1.a) del RGPD.

En tercer lugar, la AEPD identificó varias infracciones del artículo 22.2 de la LSSI en relación con el uso de *cookies*: (i) el sitio web activaba el uso de *cookies* —que no son técnicas ni necesarias— antes de que el interesado facilitara su consentimiento; (ii) aunque los interesados eligieran las casillas que querían marcar o desmarcar, la configuración de las *cookies* no se ajustaba a la selección realizada; y (iii) la política de *cookies* no incluía toda la información necesaria sobre las características, definición, funciones y período de conservación de las *cookies*, el tipo y finalidades de las *cookies* que se utilizaban, la identificación de quién utilizaba las *cookies*, la elaboración de perfiles y la toma de decisiones automatizadas. Por todo ello, la AEPD impuso a la empresa una multa de 5000 euros.

La Agencia Española de Protección de Datos determina que solicitar una copia del DNI como método identificativo, de manera general, resulta excesivo y es contrario a la normativa de protección de datos

Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD 0048/2023

La AEPD ha resuelto una consulta sobre si es conforme con la normativa de protección de datos la captura de la imagen del DNI por parte de las empresas de mensajería para, entre otros supuestos, cumplir con la normativa de prevención de blanqueo de capitales en la entrega de productos adquiridos mediante financiación.

La AEPD comienza recordando su criterio general, recogido en diversos informes, según el cual considera que únicamente se debe obtener una copia completa del DNI para identificar a una persona cuando se haya analizado el caso concreto y, en particular, la legitimación y proporcionalidad del tratamiento. Cuando únicamente se pretende identificar a la persona, el uso del DNI puede implicar riesgos desfavorables para el titular de los datos, ya que contiene información especialmente sensible. En este sentido, la solicitud del DNI con la toma de una copia sería excesiva debido a toda la información que proporciona sobre el interesado y que va más allá de su mera identificación, por lo que su solicitud no puede instaurarse de manera general, sino que habrá que analizar

caso por caso la legitimación y proporcionalidad del tratamiento. A criterio de la AEPD y del CEPD, solicitar el DNI debe tener un carácter residual debido al riesgo que supone su tratamiento.

Sin embargo, la AEPD reconoce que, cuando una norma exige la presentación del DNI para acreditar la identidad de la persona físicas, este tratamiento de datos personales podrá llevarse a cabo. Por ejemplo, en relación con el cumplimiento de las obligaciones de prevención de blanqueo de capitales, los sujetos obligados deben identificar a las personas físicas o jurídicas con las que pretendan establecer relaciones de negocio, debiendo solicitar documentos fehacientes que acrediten la identidad. Y, siempre de acuerdo con la normativa de prevención de blanqueo de capitales, uno de estos documentos identificativos fehacientes es el DNI, por lo que su tratamiento quedaría amparado por esta normativa.

Ahora bien, la AEPD también reconoció que la propia normativa de prevención de blanqueo de capitales establece medidas alternativas de identificación en operaciones no presenciales (por ejemplo, la identificación mediante firma electrónica), por lo que estos métodos deberán prevalecer sobre la solicitud del DNI. Finalmente, la AEPD recordó que hay que realizar el oportuno análisis de riesgos asociados a una operación no presencial, tanto desde el punto de vista financiero como desde el punto de vista de la protección de datos personales (conforme a los artículos 24 y 32 del RGPD).

9 de noviembre de 2023

Energía

Energía*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Establecimiento de un marco común de medidas para el fomento de la eficiencia energética con el fin de garantizar la consecución de los objetivos fijados en la materia, lograr la neutralidad climática y asegurar el abastecimiento energético mediante la reducción de su dependencia a las importaciones

Directiva (UE) 2023/1791 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2023, relativa a la eficiencia energética y por la que se modifica el Reglamento (UE) 2023/955 (DOUE de 20 de septiembre de 2023)

La Directiva establece un marco común de medidas para el fomento de la eficiencia energética dentro de la UE con el fin de garantizar la consecución de los objetivos de la Unión en esta materia y crea el entorno propicio para que se puedan desarrollar mejoras ulteriores. El marco común tiene por objeto contribuir a la aplicación del Reglamento 2021/1119, que establece el marco para lograr la neutralidad climática, y a la seguridad del abastecimiento energético de la UE, mediante la reducción de su dependencia de las importaciones de energía, incluidos los combustibles fósiles. La Directiva es de mínimos, por lo que cualquier Estado miembro puede, con su transposición, mantener estas medidas o establecer unas más estrictas.

Mediante 7 capítulos y 17 anexos articula normas destinadas a que la eficiencia energética sea aplicada de forma prioritaria en todos los sectores (incluida la contratación pública), a imponer el uso y el suministro eficientes de la energía, y a otorgar derechos a los consumidores. También incluye normas orientadas a eliminar las barreras en el mercado de la energía y a superar las deficiencias que obstaculizan la eficiencia en el abastecimiento, el transporte, el almacenamiento y el consumo de energía, estableciendo contribuciones indicativas nacionales de eficiencia energética para 2030.

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

En lo que atañe a las medidas sobre contratación pública, el artículo 7 de la Directiva establece diversas previsiones en materia de eficiencia energética en este ámbito. Cabe destacar las siguientes:

i. Los Estados miembros garantizarán que, cuando celebren contratos públicos y concesiones de valor igual o superior a los umbrales previstos en las Directivas de contratación (como regla general, 5.186.000 euros), los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras adquieran solamente productos, servicios, edificios y obras con un alto rendimiento energético, a menos que no sea técnicamente viable.

   Además, los Estados miembros velarán por que, en los contratos públicos y concesiones anteriores, los adjudicadores apliquen el principio de "primero, la eficiencia energética".

   Sin embargo, estas obligaciones no deberán aplicarse si van en detrimento de la seguridad pública o impiden responder a emergencias de salud pública.

ii. Los Estados miembros podrán exigir que los adjudicadores, cuando celebren los contratos anteriores, tengan en cuenta, cuando proceda, aspectos más amplios en materia de sostenibilidad, medio ambiente y economía circular, y aspectos de tipo social en la contratación pública, para alcanzar los objetivos de descarbonización y contaminación cero de la Unión.

   Asimismo, los Estados miembros garantizarán que los adjudicadores pongan a disposición del público información sobre el impacto en la eficiencia energética de los mencionados contratos.

   Adicionalmente, los Estados miembros apoyarán a los adjudicadores en la adopción de requisitos de eficiencia energética, también a nivel regional y local, proporcionando normas y directrices claras, incluidas metodologías sobre la evaluación de los costes del ciclo de vida y los impactos y costes medioambientales, estableciendo centros de apoyo de la competencia, fomentando la cooperación entre los poderes adjudicadores, también a través de las fronteras, y utilizando la contratación agregada y digital cuando sea posible.

iii. Los Estados miembros, cuando celebren contratos de servicios con un componente energético importante, velarán por que los adjudicadores estudien la viabilidad de celebrar contratos de rendimiento energético a largo plazo que ofrezcan un ahorro de energía a largo plazo.

iv. Los Estados miembros, cuando adquieran un paquete de productos a los que se aplique plenamente un acto delegado adoptado en virtud del Reglamento (UE) 2017/1369 (etiquetado energético) podrán exigir que la eficiencia energética agregada tenga primacía sobre la eficiencia energética de los productos de ese paquete considerados por separado, adquiriendo el paquete que cumpla el criterio de pertenencia a la clase de eficiencia energética más alta disponible.

v. Los Estados miembros establecerán las normas y las prácticas administrativas en la contratación, presupuestación y contabilidad anuales del sector público que sean necesarias

para garantizar que los adjudicadores no desistan de hacer inversiones que mejoren la eficiencia energética.

vi. En esta línea, los Estados miembros eliminarán todas las barreras a la eficiencia energética en estos ámbitos.

Estas previsiones deberán transponerse al ordenamiento nacional antes del 11 de octubre de 2025.

Medidas para fomentar las energías renovables y la eficiencia energética en todos los sectores. Aumento de la cuota de energía procedente de fuentes renovables

Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70/CE en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo (DOUE de 31 de octubre de 2023)

La Directiva (UE) 2023/2413 (también llamada "Directiva Red III") establece la obligación de los Estados miembros de establecer medidas encaminadas a lograr un aumento de la eficiencia energética y del uso de las energías renovables, así como a reducir emisiones y conseguir un sistema energético independiente de terceros países. Los Estados miembros deben promover la fuente de energía renovable más eficiente, de forma que cualquier actividad requiera la menor cantidad de energía posible.

Además, el desarrollo de la energía renovable desempeña un papel fundamental en la consecución del objetivo de neutralidad climática de la Unión Europea. Las medidas afectan, principalmente, al sector eléctrico (frío y calor), al de la transformación de la biomasa y al de los combustibles renovables de origen no biológico.

Las medidas principales son:

i. La fijación de la cuota de energía procedente de fuentes renovables en al menos 42,5 % del consumo final bruto de energía de la Unión en 2030, procurando conjuntamente incrementarlo hasta el 45 %. Ello supone un aumento significante respecto al 32 % fijado anteriormente.

ii. La designación de zonas de aceleración renovable para uno o más tipos de fuentes de energía renovable. La inclusión en estos planes conlleva las siguientes ventajas:

Silencio administrativo positivo en las autorizaciones, excepto cuando se trate de la autorización administrativa de explotación o de un proyecto que requiera evaluación de impacto ambiental.

Eliminación del trámite de evaluación ambiental de los proyectos renovables (salvo aquellos que puedan tener un impacto significativo), sustituyéndolo por la necesidad de adop-

ción de medidas de mitigación adecuadas. El trámite se mantiene para los planes que establezcan las zonas de aceleración renovables.

Reducción del plazo de tramitación de los proyectos en las zonas de aceleración renovables.

iii. La presunción de las energías renovables como interés público superior a efectos de la tramitación de las plantas, salvo excepciones debidamente justificadas.

iv. La reducción de plazos en los procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias de instalaciones y redes de producción renovables de electricidad, la transformación de la biomasa y los combustibles renovables de origen no biológico. El plazo máximo son dos años, salvo que estén situadas en zonas de aceleración renovables, que será de doce meses, pudiendo ampliarse seis meses ambas.

Otras medidas incluyen:

i. La creación de un punto de contacto único, que asesorará y facilitará el procedimiento de concesión de permisos.

ii. La necesidad por parte de los Estados miembros de implementar medidas para garantizar que la energía obtenida a partir de biomasa se produzca de forma que minimice los efectos indebidos de distorsión en el mercado de la biomasa como materia prima y las repercusiones adversas que producen sus residuos. También se diseñarán sistemas de apoyo, priorizando el uso en cascada de la biomasa (prioridad a usos como material con respecto a su utilización con fines energéticos). No se otorgarán apoyos financieros directos a la producción de determinados tipos de producción de energía (biomasa forestal en instalaciones únicamente eléctricas, incineración de residuos, madera en rollo de uso industrial, raíces...), salvo determinadas excepciones.

iii. El establecimiento de un marco de medidas que faciliten la adopción de contratos de compra de electricidad renovable, abordando los principales obstáculos (concesión de autorizaciones, distribución y almacenamiento, entre otros).

iv. La extensión de los combustibles renovables de origen no biológico a todos los usos (anteriormente solamente relegado al transporte) y el establecimiento de un objetivo de uso como combustible final del 42 % en 2030 y 60 % en 2035.

v. El establecimiento, por parte de cada Estado miembro, de un marco de cooperación sobre proyectos conjuntos destinados a la producción de energía renovable con al menos otro Estado miembro.

vi. El cumplimiento del principio "primero, la eficiencia energética" y de los criterios de necesidad y proporcionalidad de los procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias de instalaciones de producción de energía renovable o la proceso de transformación de biomasa.

vii. La definición, por parte de los Estados miembros, de las especificaciones técnicas que los equipos y sistemas de energías renovables deben respetar para beneficiarse de los sistemas de apoyo y optar a la contratación pública (sin que ello pueda afectar al correcto funcionamiento del mercado interior).

Finalmente, también se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo con efectos a partir del 1 de enero de 2025.

La Directiva entrará en vigor el 20 de noviembre de 2023. Las previsiones deberán transponerse al ordenamiento nacional antes del 21 de mayo de 2025, con las excepciones siguientes: antes del 1 de julio de 2024 deberán transponerse las disposiciones referidas al interés público superior y la organización y principios fundamentales del procedimiento de concesión de autorizaciones.

2. Jurisprudencia

[España]

El Tribunal Supremo desestima el recurso de varias asociaciones ecologistas contra el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 al considerar que es ajustado a derecho, no arbitrario y supone integrarse en el compromiso asumido por la Unión Europea

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 24 de julio de 2023

El Tribunal Supremo resuelve el recurso contencioso administrativo presentado por cuatro asociaciones ecologistas, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021 que aprobó el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 ("PNIEC").

Los recurrentes solicitaban (i) que se anulase parcialmente el PNIEC en lo relativo a la revisión de los objetivos de mitigación con el fin de no superar el 1,5 ºC de incremento de temperatura global, de acuerdo con los compromisos asumidos con la ratificación el Acuerdo de París y las recomendaciones del Panel Intergubernamental de Cambio Climático; y (ii) que en ningún caso la reducción de emisiones sea inferior al 55 % en 2030, respecto de 1990. Subsidiariamente solicitaban que se declarase la nulidad de la totalidad del PNIEC, que establecía alcanzar un nivel de reducción de emisiones del 23 % respecto a los niveles de 1990.

El Supremo, con el fin de salvar la incongruencia de la manera en la que ejercitan sus pretensiones los recurrentes, al solicitar de manera principal la nulidad parcial del PNIEC y de manera subsidiaria su nulidad total, comienza por examinar la invocada nulidad total del PNIEC. En su razonamiento, apunta su naturaleza reglamentaria y no considera que pueda estimarse que adolezca de vicios de nulidad de pleno derecho. En relación con la evaluación ambiental y la omisión del trámite de participación ciudadana, exigibles en la aprobación de planes de esta naturaleza, lo relevante en el caso es atender al momento en que se emitió el estudio, que si bien ya estaba avanzada la tramitación, se emitió antes de la aprobación del PNIEC, y nada habría impedido con-

siderar la información que le es propia, por lo que el Tribunal razona que no puede considerarse como una irregularidad con entidad suficiente para comportar la nulidad.

En cuanto al reproche de no haberse considerado otras opciones que la reducción de emisiones de GEI que la propuesta por el PNIEC, el Tribunal Supremo razona que debe tenerse en cuenta que la evaluación ambiental se hace del plan que se pretende aprobar por el órgano sustantivo y no sobre las opciones más o menos previsibles de otro tipo de planificación que fuera deseable por el órgano ambiental. Optar por una reducción de emisiones diferente de la que se establecía en el plan proyectado supondría que el órgano ambiental se arrogara potestades del órgano sustantivo.

Sobre el supuesto defecto formal que reprochan los recurrentes acerca de la preceptiva inclusión, en el procedimiento de aprobación del plan impugnado, de un mecanismo de diálogo multinivel, se razona que la premura de la aprobación de los primeros planes, unida a la complejidad en la configuración de las plataformas multinivel, así como la existencia en España de mecanismos de participación plural, son elementos que impiden estimar que el PNIEC incurra en causa de nulidad.

En relación con los objetivos de mitigación, el Tribunal Supremo considera que el Convenio de París implica unas obligaciones asumidas por todas las partes, también por el Estado español, a quien no puede reprocharse su incumplimiento, ya que ha adoptado la decisión de integrarse en el compromiso asumido a nivel de la Unión Europea y, como consta en todos los documentos aportados, la Unión es, a nivel mundial, la que ha liderado los mayores compromisos del Convenio. Es decir, si el Estado español optó por integrarse en la política comunitaria establecida al efecto y la política europea no desconoce la necesidad de intensificar la lucha contra el cambio climático, la decisión de integrarse en los criterios de la Unión Europea no puede tildarse de arbitraria como para que sea revocada.

El Supremo razona que tanto el Convenio de París como la normativa comunitaria constituyen unos límites de mínimos, que comportan atender los compromisos —aunque generales y no concretados— asumidos en el Convenio, de tal forma que la política seguida por el Gobierno y la Administración del Estado español es asumir los compromisos como integrante en la Unión Europea. En consecuencia, considera el Tribunal que alterar los límites de emisiones de GEI en la forma autorizada por el Convenio de París y la normativa de la Unión Europea supondría imponer al Estado español a la renegociación de una política diseñada, en plena armonía, en todo el ámbito de la Unión Europea.

Por último, considera que si toda actividad de planificación está sometida a un importante margen de discrecionalidad, cuando se trata de una planificación de la entidad y características como la lucha contra el cambio climático el margen de discrecionalidad se ve acentuado, y el ejercicio de esa discrecionalidad que se ha realizado en la elaboración del PNIEC resulta acorde al Convenio de París en tanto en cuanto establece un mandato imperativo al Estado español para la adopción de medidas concretas de reducción de emisiones.

El Tribunal Supremo fija el sentido positivo del silencio administrativo en dobles desestimaciones presuntas de solicitudes de autorización de cierre de centrales de ciclo combinado, al no ser la producción de energía un servicio público, sino un servicio económico de interés general

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 11 de octubre de 2023

El Tribunal Supremo estima parcialmente un recurso de casación interpuesto por una empresa productora de energía y autoriza el cierre temporal de plantas de ciclo combinado, fijando que el doble silencio tiene efectos positivos al no operar la excepción de servicio público del artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("LPAC").

Con base en los artículos 21 y 53.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico ("LSE"), la empresa solicitó en 2017 el cierre temporal durante cuatro años de tres grupos de plantas situadas en Palos de la Frontera, Cartagena y Sagunto. Debido al bajo factor de carga, las centrales se habían visto afectadas con una rentabilidad económica muy inferior a la necesaria para recuperar la inversión.

La solicitud se entendió desestimada por silencio administrativo e igual suerte corrió el recurso de reposición. La empresa presentó un recurso contencioso-administrativo en el que solicitaba que se fijase como criterio orientativo que el doble silencio tiene un efecto positivo y, por lo tanto, puede entenderse autorizado el cierre de las plantas. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso por sentencia de 24 de febrero de 2022 basando su decisión en que el doble silencio que aquí concurre no puede considerarse positivo, dada la condición de servicio público que tiene el suministro de energía (24.1 LPAC). La cuestión que plantea interés casacional objetivo que ahora se plantea consiste en determinar los efectos del silencio administrativo en las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, concretamente en relación con la doble desestimación presunta de la solicitud de autorización de cierre de las plantas de ciclo combinado. Es decir, se ciñe a determinar si opera la regla general del efecto positivo del doble silencio o si, por el contrario, opera la excepción por implicar que se transfieren facultades relativas al servicio público.

La configuración de la producción de energía eléctrica es un servicio de interés económico general que atribuye a la Administración potestades para velar por el buen funcionamiento del sistema y el correcto suministro de la energía eléctrica. Por ello, estas actividades se prestan en régimen de libre concurrencia, aunque para la puesta en funcionamiento, modificación, transmisión y cierre temporal y definitivo de las instalaciones se necesite autorización administrativa previa (21.1 LSE).

Tras hacer un recorrido sobre la evolución del concepto de servicio público, el Tribunal razona que, aunque existen potestades públicas intensas en el sector eléctrico, no estamos ante un servicio público, y en la renuncia a la actividad de producción no subyace ninguna razón de interés general. Por lo tanto, no opera la excepción del 24.1 LPAC, y el doble silencio debe entenderse en sentido positivo. Además, indica que el cierre no pondría en riesgo la garantía de suministro eléctrico, ya que así lo señaló el operador de sistema en un dictamen preceptivo aportado al procedimiento de autorización de cierre que nunca llegó a resolverse.

Finalmente, el Tribunal desestima la pretensión de la empresa de ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de haber mantenido en funcionamiento las plantas en el período comprendido entre la fecha en que la Administración debió responder a su solicitud de cierre hasta el momento en que gane firmeza la sentencia que ponga fin a las actuaciones. Ello con base en que la empresa no aportó ninguna clase de prueba que demostrara la existencia de los daños y su importe.

9 de noviembre de 2023

Inmobiliario y Urbanismo

Inmobiliario y Urbanismo*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

[España]

Baleares. Vivienda

Decreto Ley 6/2023, de 2 de octubre, de medidas urgentes en materia de vivienda (BOIB de 3 de octubre de 2023)

El Decreto Ley regula una nueva figura, denominada *vivienda de precio limitado*, de carácter permanente, que tiene como característica más importante una limitación de su precio máximo de compraventa y de alquiler y, además, tiene otras condiciones que la diferencian de una vivienda libre ordinaria. Las actuaciones de las diferentes medidas contenidas en el Decreto Ley quedan circunscritas al suelo urbano y, preferentemente, a la intervención de los edificios existentes. Sin embargo, las actuaciones también tienen cabida en las parcelas todavía no edificadas de este mismo suelo urbano. Otra figura creada es el *alojamiento con espacios comunes complementarios*, también conocido como *coliving* o *cohousing*.

Castilla-La Mancha. Establecimientos hoteleros

Decreto 253/2023, de 12 de septiembre, de ordenación de las empresas y de los establecimientos de alojamiento turístico hotelero en Castilla-La Mancha (DOCM de 21 de septiembre de 2023)

En este Decreto se introducen novedades como (i) la regulación de las modalidades que pueden presentar los servicios de alojamiento turístico hotelero; (ii) la actualización de las instalaciones, equipamientos y servicios de los establecimientos hoteleros para conseguir la categorización mediante un sistema de autoevaluación; y (iii) la posibilidad de que los hoteles, con carácter complementario a su clasificación, puedan presentar especializaciones. Asimismo, respecto a los esta-

* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Alicia Martín, Yulia Kalyuzhyna, Cristina Egea, Clara Viudez, Maria Qian Bueno, Miguel Herraiz, Javier Toro, Germán Garrido, Guillermo Bermejo y Javier Corona, del Áreasa de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

blecimientos hoteleros que prevean adherirse a la Red de Hospederías de Castilla-La Mancha, se establece la obligatoriedad de cumplir con la normativa de la Red de Hospederías.

Cataluña. Parcelas agrícolas y ganaderas. Declaración en desuso

Decreto 169/2023, de 12 de septiembre, del procedimiento para declarar una parcela agrícola y ganadera en desuso y del funcionamiento del registro de parcelas agrícolas y ganaderas en desuso (DOGC de 14 de septiembre de 2023)

El Decreto introduce medidas normativas entre las que cabe destacar la promoción del arrendamiento de las parcelas agrícolas y ganaderas ya inscritas en el Registro que están en desuso, el arrendamiento forzoso de parcelas declaradas en desuso y la expropiación temporal del derecho de usufructo por parte de la Administración. Además, se concretan las condiciones que deben concurrir para considerar una parcela agrícola y ganadera en desuso, el procedimiento y la regulación del Registro.

País Vasco. Plan Territorial Sectorial de recursos turísticos de Euskadi. Inicio del procedimiento de elaboración

Orden de 13 de septiembre de 2023, del Consejero de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes y del Consejero de Turismo, Comercio y Consumo, por la que se inicia el Procedimiento de elaboración del Plan Territorial Sectorial de Recursos Turísticos de Euskadi (BOPV de 5 de octubre de 2023)

El Plan Territorial definirá el modelo de desarrollo territorial turístico de la Comunidad Autónoma del País Vasco regulando aspectos como la protección de los recursos turísticos, los criterios de evaluación ambiental y los ratios de sostenibilidad de la actividad turística, las medidas orientadas a mejorar los aspectos territoriales, socio-económicos y culturales, y las pautas de cuantificación de la infraestructura turística para el planeamiento territorial y urbanístico.

País Vasco. Patrimonio de Euskadi

Decreto 143/2023, de 3 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del patrimonio de Euskadi (BOPV de 24 de octubre de 2023)

Este Decreto concreta las líneas maestras y el contenido mínimo del Inventario General de Bienes y Derechos del Patrimonio de Euskadi, como instrumento de apoyo a la gestión patrimonial. Asimismo, se regulan el procedimiento para la declaración de la comunidad autónoma como heredera abintestato y los procedimientos para el otorgamiento y extinción de autorizaciones y concesiones demaniales, dedicando una especial atención al procedimiento de adjudicación en régimen de concurrencia.

País Vasco. Derecho subjetivo de acceso a la ocupación de una vivienda

Decreto 147/2023, de 10 de octubre, del derecho subjetivo de acceso a la ocupación de una vivienda (BOPV de 25 de octubre de 2023)

Este Decreto pretende ajustarse a los nuevos parámetros establecidos por la Ley 14/2022, de 22 de diciembre, del Sistema Vasco de Garantía de Ingresos y para la Inclusión, que implica tener en cuenta el ingreso mínimo vital, establecido por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, cuya gestión se halla ya traspasada a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Además, el Decreto tiene el propósito de sumar coordinada y armónicamente al derecho subjetivo a la vivienda a nuevos colectivos y personas beneficiarias. Tiene lugar una equiparación de los niveles de ingresos máximos inicialmente considerados como puerta de entrada al derecho subjetivo de acceso a la ocupación de una vivienda, que eran los previstos en la disposición transitoria cuarta de la Ley de Vivienda, a los niveles, muy superiores.

[Portugal]

Obrigações de reporte dos notários, solicitadores e advogados

Aviso do BdP n.º 6/2023 (DR 183, Série II, Parte E, de 5 de setembro de 2023)

Em virtude do disposto no n.º 5 do artigo 4.º da Lei n.º 78/2021, de 24 de novembro, que instituiu o regime de prevenção e combate à atividade financeira não autorizada e proteção dos consumidores (a "Lei 78/2021"), os notários, solicitadores, advogados e advogados-estagiários comunicam eletronicamente ao Banco de Portugal a informação sobre as escrituras públicas, documentos particulares autenticados ou documentos com assinatura por si reconhecida em que intervenham e que se reconduzam aos seguintes atos jurídicos:

i. a tentativa ou o exercício de atividade financeira não autorizada, nomeadamente em contratos de mútuo ou declarações de assunção ou confissão de dívida;

ii. contratos de locação financeira;

iii. contratos de locação financeira restitutiva;

iv. contratos de compra e venda de imóveis associados a contrato de arrendamento ao vendedor ou de transmissão da propriedade ao primitivo alienante; e

v. contratos de compra e venda de bens imóveis ou de bens móveis sujeitos a registo que não envolvam a concessão de mútuo por entidades habilitadas a desenvolver a atividade creditícia, sempre que o comprador já tenha sido vendedor do mesmo bem, ou esteja previsto o arrendamento ou usufruto do bem imóvel ou o usufruto do bem móvel pelo vendedor, ou esteja prevista a opção de recompra do bem pelo vendedor.

O Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2023 vem, em cumprimento do disposto no n.º 8 do artigo 4.º da Lei 78/2021, regular o modo como o registo, o reporte e a periodicidade desta informação devem ocorrer.

Deste modo, o Aviso regula, essencialmente, os seguintes aspetos:

A. Os elementos obrigatórios e facultativos a reportar, entre os quais a identificação do reportante, dos outorgantes, a qualidade em que intervêm, a natureza jurídica do ato praticado, a data e local da prática do ato e o valor pecuniário do mesmo;

B. A forma da comunicação, que deve suceder através de uma plataforma disponibilizada para o efeito pelo Banco de Portugal;

C. O prazo de reporte, que é de até 30 dias após a prática do ato jurídico sujeito a reporte;

D. A responsabilidade pela informação comunicada; e

E. O período de conservação da informação reportada, que é de 7 anos após comunicação ao Banco de Portugal.

O Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2023 entrou em vigor no dia 21 de setembro de 2023.

2. Jurisprudencia

Interesados a convocar en los procedimientos de reanudación de tracto sucesivo y legitimidad de los registradores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2023

El Tribunal Supremo examina los requisitos que deben seguirse en relación con las notificaciones a realizar durante los procedimientos de rectificación de inscripciones registrales, así como la facultad de los registradores para examinar el fondo del asunto de documentos expedidos por autoridad judicial.

En el caso analizado, se inició un procedimiento en el que la actora solicitaba que se le declarase como propietaria de dos fincas que había adquirido mediante contrato de compraventa privado a una sociedad mercantil que no figuraba como titular registral de las fincas. Pese a que se estimara la demanda de rectificación registral a favor de la actora, los registradores afectados se negaron a practicar dicha rectificación al entender que en ninguno de los procedimientos se notificó a los titulares intermediaros o terceros poseedores de ambas fincas. El recurso contra la actuación de los registradores fue estimado en primera instancia, pero la Audiencia Provincial de Madrid dio la razón a los registradores argumentando que durante la rectificación para la reanudación del tracto sucesivo no se habían cumplido los requisitos legales para la citación de los posibles interesados en el procedimiento.

Tras recurrir la actora en casación, el Tribunal Supremo resuelve en línea con lo expuesto por la Audiencia Provincial de Madrid, manifestando la necesaria intervención de terceros que puedan tener algún derecho sobre las fincas en los supuestos de reanudación del tracto sucesivo (citando como posibles sujetos a titulares de cargas y derechos, titulares catastrales, poseedores de hecho y Ayuntamientos) y entendiendo, por tanto, que los registradores estarían legitimados para comprobar, dentro de las competencias que les confiere el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, que la autoridad judicial ha cumplido con los requisitos legales para la correcta notificación del procedimiento.

Sobre la responsabilidad civil del registrador de la propiedad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2023

El procedimiento que la sentencia analiza se inicia con el ejercicio de una acción de nulidad del asiento registral por inscribirse con datos personales erróneos en un procedimiento de embargo, demandando el actor perjudicado a los poseedores de la finca y, subsidiariamente, al registrador de la propiedad.

En primera instancia únicamente se apreció la acción subsidiaria contra el registrador por entender que los poseedores estaban protegidos por el principio de buena fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. No obstante, tras estimar la Audiencia Provincial de Málaga el recurso interpuesto por el registrador, el demandante recurrió ante el Tribunal Supremo.

Según señala el Tribunal Supremo, los registradores deben responder por todos los daños y perjuicios que ocasionen por error o inexactitud en sus inscripciones en virtud del artículo 296 de la Ley Hipotecaria. Los requisitos para establecer su responsabilidad se fijan como los propios de la responsabilidad civil: (i) una acción u omisión por parte del registrador, (ii) la concurrencia de dolo o culpa en el desempeño de su cargo, para lo que se requiere el nivel máximo de diligencia profesional y una imputación subjetiva del daño, (iii) un daño, y (iv) el nexo causal entre la acción u omisión y el daño.

El Tribunal Supremo examina la jurisprudencia y doctrina por la que corresponde al registrador comprobar que coinciden los datos registrales y concluye que el registrador incurrió en responsabilidad civil al no comprobar los datos de los titulares registrales y modificar la titularidad de una de las fincas sin base para ello.

Responsabilidad municipal por vertidos ilegales a cauces cuando concede licencias de ocupación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 octubre 2023

El Tribunal Supremo establece que, si bien en los ámbitos en curso de urbanización la responsabilidad municipal no se inicia hasta que se completan y se produce la recepción formal de las obras de urbanización, el Ayuntamiento —antes de que se produzca dicha recepción— es responsable de los vertidos ilegales a un cauce público procedente de las urbanizaciones desde el momento en

que concede la licencia para la construcción de edificaciones destinadas a viviendas y se autoriza tácitamente la ocupación, o no se evita dicha ocupación. Por tanto, el Ayuntamiento debe considerarse responsable de la infracción procedente.

Definición del ancho de una vía pecuaria

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 julio 2023

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Borriol contra el informe desfavorable de la administración competente en materia de vías pecuarias. Este informe desfavorable establecía que el plan urbanístico tramitado por el Ayuntamiento debía reflejar la vía pecuaria con su ancho legal (en este caso, 75 metros). El Ayuntamiento, por el contrario, reflejaba el ancho necesario de 20 metros que se estableció en la Orden de clasificación de la vía pecuaria, basada en el Reglamento de vías pecuarias de 1944.

El TSJCV da la razón al Ayuntamiento y, aplicando jurisprudencia del Tribunal Supremo, señala que procede dictar informe favorable en el que se refleje el ancho necesario de 20 metros para la vía pecuaria que se estableció en la Orden de Clasificación, basada en el Reglamento de vías pecuarias de 1944.

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

Mandamiento de cancelación de inscripción del dominio de un derecho de aprovechamiento por turnos

Resolución de 28 de julio de 2023 (BOE 12 de octubre de 2023)

Se declara la nulidad de la venta un derecho de aprovechamiento por turnos y se ordena la cancelación del correspondiente asiento registral. El registrador se opone a la inscripción de la cancelación y sostiene que la extinción del derecho de un copropietario supone un acrecimiento en las cuotas de los demás titulares (equiparando la declaración de nulidad a la renuncia por el titular del derecho), que deberá verse reflejado en el Registro mediante el asiento correspondiente, para lo cual se requiere el consentimiento del resto de cotitulares, o en su defecto, resolución judicial. En consecuencia, acuerda suspender la inscripción solicitada ante la falta del consentimiento del resto de cotitulares.

La DGSJyFP revoca la calificación del registrador y concluye que, ante la nulidad de la venta de un derecho de aprovechamiento por turnos, la situación jurídica ha de restablecerse a la existente antes de la celebración del contrato. Esto supone que la cuota no queda vacante ni acrece a los demás cotitulares, sino que vuelve al dominio del enajenante, como si la enajenación no hubiera

tenido lugar. Por tanto, la declaración de nulidad no puede equipararse a la renuncia del derecho y no requiere el consentimiento del resto de titulares para la inscripción de la cancelación del derecho por dicha causa de nulidad.

La DGSJyFP subraya que el derecho de aprovechamiento por turnos es un derecho real limitado que no se extingue por confusión durante su periodo de vigencia, por lo que cuando este retorna al enajenante permanece en un estado de latencia hasta que vuelva a ser objeto de transmisión. Desde un punto de vista registral, el referido derecho queda extinguido en su folio independiente y pervive en el folio de la finca matriz inscrito a nombre del enajenante.

Manifestación sobre la concordancia de la descripción catastral con la realidad física

Resolución de 6 de septiembre de 2023 (BOE 25 de octubre de 2023)

Se presenta una escritura de compraventa de tres fincas registrales en la que la descripción de las referidas fincas se realiza conforme a la que aparece en el Registro. Asimismo, se incorporan las certificaciones catastrales que arrojan discrepancias en cuanto a extensión y linderos de las fincas con su descripción registral. Las partes no efectúan manifestación alguna respecto a la correspondencia o no con la realidad física de los inmuebles con las referidas certificaciones catastrales. El registrador suspende la inscripción del título por dicha falta de manifestación expresa.

La DGSJyFP revoca la calificación del registrador y resalta el carácter potestativo del procedimiento de subsanación de las discrepancias previsto en el artículo 18.2 Ley del Catastro. La inscripción del negocio jurídico contenido en el documento y la georreferenciación de la finca con la consiguiente modificación de sus datos descriptivos son dos procedimientos registrales independientes. Por ello, la imposibilidad de georreferenciación o la tramitación del correspondiente procedimiento no deben impedir la inscripción, salvo en los supuestos de georreferenciación obligatoria, entre los que se encuentra que esta la solicite expresa o tácitamente el otorgante.

Pues bien, la DGSJyFP concluye que, no constando en el titulo otra descripción que la registral ni manifestación alguna del interesado respecto a la correspondencia con la descripción obrante en la certificación catastral y existiendo discrepancias entre ambas, no cabe entender solicitada tácitamente la georreferenciación. De este modo, deberá mantenerse la descripción que figura en el Registro, sin perjuicio de que, previa calificación del registrador, pueda incorporarse la referencia catastral o denegarse motivadamente su incorporación, con expresión en todo caso del procedimiento que, en su caso, pueda seguirse para subsanar dichas discrepancias.

9 de noviembre de 2023

Laboral y
Seguridad Social

Laboral y Seguridad Social*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

El trabajador que preste servicios por medio de teletrabajo transfronterizo puede solicitar que se le aplique la legislación del Estado donde su empleador tiene sus locales o domicilio, en relación con la normativa de la Seguridad Social

Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual (BOE de 4 de agosto de 2023)

Tanto el Reglamento (CE) n.º 883/2004 ("Reglamento de base") como el Reglamento (CE) n.º 987/2009 ("Reglamento de aplicación") articulan la coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros. En el título II del Reglamento de base se regula la determinación de la legislación de seguridad social aplicable. Es reseñable que el artículo 13.1.a) del Reglamento de base dispone que, en el caso de que una persona preste servicios en dos o más Estados miembros, estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia si en dicho Estado se ejerce una parte sustancial de la actividad. Esta regla general contempla excepciones, dado que el artículo 16.1 del Reglamento de base permite a los Estados concluir acuerdos que establezcan reglas de legislación aplicable diferentes.

Pues bien, distintos Estados, entre ellos España, han firmado un acuerdo marco para regular una excepción específica a la regla general de aplicación de la ley del Estado de residencia para aquellas personas que ejerzan su actividad laboral por medio de teletrabajo transfronterizo (entendido como el teletrabajo que se realiza en un Estado distinto a aquel en el que están situados los locales o domicilio del empresario). A estos trabajadores se les aplicará, previa solicitud, la legislación del Estado en el que el empresario tenga sus locales o domicilio, siempre que el porcentaje de teletrabajo transfronterizo realizado en su Estado de residencia sea inferior al 50 % con respecto del tiempo total de trabajo. Esta aplicación especial tendrá una duración de tres años, con posibilidad de prórroga.

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

[España]

Recordatorio: RD-ley 5/2023, nuevas medidas y permisos en materia de conciliación y reforma de la LISOS

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)

El Real Decreto-ley 5/2023 ha incorporado numerosas novedades laborales con el objetivo de promocionar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Entre los nuevos permisos de trabajo, deben destacarse los siguientes aspectos: (i) en materia de parejas de hecho, la inclusión en el ámbito subjetivo de los permisos por accidente o enfermedad graves, el permiso por fallecimiento, el derecho a la reducción de jornada, la excedencia por cuidado de familiares, además del derecho a quince días naturales en caso de registro de parejas de hecho; (ii) se amplía el permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de dos a cinco días; (iii) se incorpora un nuevo permiso retribuido de cuatro días para ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor por motivos familiares urgentes e imprevisibles; (iv) las familias monoparentales en caso de discapacidad del menor nacido o parto múltiple podrán adoptar las ampliaciones completas previstas para el caso de familias con dos progenitores; y (v) se incorpora el permiso parental como una causa de suspensión del contrato de trabajo para el cuidado de hijos hasta que el menor cumpla ocho años, con una duración no superior a ocho semanas y con la posibilidad de su disfrute de forma continua o discontinua.

Por último, cabe destacar, además, la reforma del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que incorpora como infracciones laborales las siguientes: (i) en materia de derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades europeas, las acciones u omisiones de los sujetos responsables contrarias a la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas ("Ley 31/2006"); y (ii) en materia de derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades participantes o resultantes de modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas consistentes en fusiones, transformaciones o escisiones, las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables contrarias al título IV de la Ley 31/2006. Asimismo, se establece que, en el caso de incumplimiento de la Ley 31/2006, se aplicarán las infracciones graves y muy graves en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores aunque las sociedades no estén constituidas.

Entrada en vigor a partir del 1 de septiembre de 2023 de las nuevas bonificaciones a las cotizaciones de la Seguridad Social

Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (BOE de 11 de enero de 2023)

El Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas incorporó a nuestra legislación el pasado enero un elenco de novedades laborales con entrada en vigor escalonada.

A partir del 1 de septiembre, entran en vigor nuevas bonificaciones por los siguientes conceptos: (i) contratación indefinida de personas con capacidad intelectual límite; (ii) contratación indefinida de personas trabajadoras readmitidas tras haber cesado en la empresa por causa de incapacidad permanente o absoluta; (iii) contratación indefinida de mujeres víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata y explotación sexual o laboral; (iv) contratos de duración determinada que se celebren para sustituir a personas que disfrutan de los permisos de conciliación; (v) supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o enfermedad profesional; (vi) contratación indefinida de personas en situación de exclusión social, personas desempleadas de larga duración y víctimas del terrorismo; y (vii) celebración del contrato de formación en alternancia y transformación de contratos formativos y de relevo en indefinidos.

Publicado el desarrollo reglamentario del Mecanismo RED e incorporada una nueva obligación de notificar a la autoridad laboral la intención de iniciar un ERE con seis meses de antelación

Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (BOE de 12 de julio de 2023)

Este Real Decreto regula, fundamentalmente, el funcionamiento del Mecanismo RED establecido en el artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores ("ET"). En el Real Decreto, se incorporan y desarrollan los siguientes aspectos: (i) sus distintas modalidades; (ii) los trámites y requisitos del procedimiento; (iii) el informe preceptivo que habrá de recabarse de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre la concurrencia de las causas; (iv) las garantías de las personas trabajadoras asociadas a dicho mecanismo en materia de formación; (v) los beneficios en la cotización a las empresas; (vi) el compromiso de mantenimiento del empleo, y (vii) las limitaciones en materia de horas extraordinarias, contrataciones y externalizaciones.

No obstante, la novedad más destacable introducida por este Real Decreto se refiere a la incorporación de una nueva obligación para las empresas en los supuestos de expedientes de regulación de empleo. En este sentido, se establece que las empresas deberán notificar, con una antelación mínima de seis meses, a la autoridad laboral y al Ministerio de Trabajo su intención de cerrar uno o varios centros de trabajo cuando ello signifique el cese definitivo de la actividad y el despido de cincuenta o más personas trabajadoras. Además, dicha notificación deberá remitirse a las organizaciones sindicales más representativas del sector al que pertenezca la empresa.

Decae la consideración de accidente de trabajo o enfermedad profesional de los contagios de COVID-19 sufridos por profesionales de centros sanitarios y sociosanitarios en el ejercicio de sus funciones, y la consideración asimilada a accidente de trabajo de los contagios o aislamientos causados por COVID-19 de personas trabajadoras

Criterio de gestión 19/2023, de 25 de julio, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social

El artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, dispuso que los profesionales al servicio de centros sanitarios o sociosanitarios que contrajesen el virus durante su prestación de servicios y en ejercicio de su profesión tendrían derecho a las mismas prestaciones de la Seguridad Social previstas para las personas afectadas por una enfermedad profesional. El precepto establecía que se sujetaban a esta disposición aquellos contagios que, cumpliendo con estos requisitos, ocurriesen dentro del periodo comprendido entre la declaración por la Organización Mundial de la Salud de la pandemia internacional —11 de marzo de 2020— y el levantamiento, por parte de las autoridades sanitarias, de todas las medidas preventivas para hacer frente a la pandemia. La disposición adicional tercera de esta norma fijaba una similar protección para el personal de inspección médica de servicios públicos de salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social ("INSS"), así como para el personal sanitario de sanidad marítima del Instituto Social de la Marina.

Asimismo, la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2021, de 9 de julio, entendió que, dentro del mismo periodo citado, las prestaciones de Seguridad Social causadas por el personal que prestase servicios en centros sanitarios y sociosanitarios y que se contagiase de COVID-19 por haber estado expuesto a este riesgo durante su prestación de servicios se considerarían derivadas de accidentes de trabajo. Además, el artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, establecía la asimilación como accidente de trabajo, a los efectos de la prestación de incapacidad temporal ("IT"), de los periodos de aislamiento o contagio por COVID-19 sufridos por personas trabajadoras.

Pues bien, el INSS ha aclarado, a través del criterio de gestión 19/2023, de 25 de julio, que estas medidas de especial protección al colectivo sanitario y a las personas trabajadoras perdieron su vigencia con la publicación de la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, que declaraba el fin de la crisis sanitaria en nuestro país.

[Portugal]

Teletrabalho – tratamento fiscal e contributivo de despesas adicionais

Portaria n.º 292-A/2023, de 29 de setembro (DR Série I, de 29 de setembro de 2023)

A Portaria n.º 292-A/2023, de 29 de Setembro (a "Portaria") aprova a fixação dos valores limites da compensação devida ao trabalhador pelas despesas adicionais com a prestação de trabalho em regime de teletrabalho que não constitui rendimento para efeitos fiscais ou de base de incidência contributiva para a segurança social.

Para uma análise mais pormenorizada da Portaria, queira, por favor, consultar a Newsletter, disponível no nosso site.

Concorrência entre portarias de extensão – instrumento mais recente

Acórdão de 13 de setembro de 2023 (Processo n.º 2085/21.7T8LRA.C1.S1) - STJ

O Acórdão em apreço foi proferido no contexto de uma ação intentada por uma trabalhadora ("Autora") contra uma empresa ("Ré"), sua empregadora, e debruça-se, entre outras, sobre a questão de saber qual o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ("IRCT") concretamente aplicável à relação laboral em causa, num contexto em que haveria dois IRCT potencialmente aplicáveis às partes controvertidas.

Fazemos notar que a mesma questão, relativa à mesma entidade empregadora, já havia sido dirimida no âmbito do processo 2051/21.2T8LRA, de que resultou acórdão proferido pelo STJ em 10 de maio de 2023.

Tal como naquele caso, as diferentes instâncias alcançaram soluções distintas para a determinação do contrato coletivo de trabalho ("CCT") aplicável às partes: por um lado, o Tribunal de 1.ª instância entendeu que a escolha do CCT aplicável competia à Autora, ao abrigo do disposto no artigo 497.º, n.º 2, do Código do Trabalho; por sua vez, o TRC determinou que seria aplicável a portaria de extensão sucessivamente mais recente ao longo da relação de trabalho, por aplicação das regras constantes dos artigos 483.º, n.º 2, e 482., n.º 2 e 4, ambos do Código do Trabalho.

Finalmente, o STJ – em consonância com a decisão emanada em 10 de maio 2023 –, concluiu que, para efeitos de aferição do CCT aplicável, deveria ser considerada a portaria de extensão mais recente à data de celebração do contrato de trabalho entre a Autora e a Ré, uma vez que é nessa data que se define o CCT aplicável à relação laboral, e que outra solução poderia levar à instabilidade quanto ao regime coletivo aplicável àquela relação.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

La denegación sistemática a los hombres, por parte del INSS, del complemento de maternidad de la pensión de incapacidad permanente es discriminatoria, por lo que procede el reconocimiento de una indemnización al efecto de reparar esta discriminación

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 14 de septiembre de 2023 (as. C-113/22)

En el supuesto analizado, un hombre que percibía una pensión de incapacidad permanente absoluta solicitó en 2020 que se le reconociera el complemento de maternidad previsto por el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social ("LGSS") —en la redacción del precepto que estuvo en vigor entre 2016 y 2021—. Cabe señalar que en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea ("TJUE") de 12 de diciembre de 2019 se interpretó que el mencionado complemento constituía una discriminación directa perjudicial para los hombres, contraria a lo dispuesto en la Directiva 79/7. En respuesta a esa sentencia, el INSS aprobó un criterio de gestión que establecía que, en tanto no se modificase el tenor literal del artículo 60 de la LGSS, se continuaría concediendo el complemento de maternidad únicamente a las mujeres que cumpliesen con los requisitos fijados por la norma.

Pues bien, el ciudadano en cuestión impugnó la resolución denegatoria del complemento, y subsiguientemente el Tribunal Superior de Justicia ("TSJ") de Galicia elevó una cuestión prejudicial al TJUE en relación con esta controversia. El TJUE declaró en la sentencia que la práctica administrativa, plasmada en el criterio de gestión del INSS, de denegar automáticamente las solicitudes de complemento de maternidad instadas por hombres es discriminatoria. El TJUE recordó que los tribunales nacionales deben dejar sin aplicar la norma nacional declarada discriminatoria y aplicar a las personas discriminadas —en este caso, a los hombres— el mismo régimen del que gozan las personas incluidas en la otra categoría —en este caso, las mujeres—. Adicionalmente, sostuvo que la práctica administrativa denegatoria discriminaba a los hombres desde un punto de vista procedimental, dado que les obligaba a acudir a la vía judicial para poder hacer valer su derecho.

Como consecuencia de lo anterior, el TJUE declaró discriminatoria la resolución impugnada y estableció que, además del reconocimiento retroactivo del complemento, correspondía el abono a la persona discriminada de una indemnización pecuniaria que cubriese las costas y honorarios de abogado.

[España]

Es nulo el despido disciplinario motivado en una vulneración del derecho fundamental a la libertad ideológica, aunque la causa alegada en la carta de despido tenga visos de procedencia

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 3 de julio de 2023

En el supuesto estudiado, un empleado de una entidad bancaria marroquí acudió a una manifestación política relacionada con la situación del valle del Rif (Marruecos). En el siguiente día laborable, su empresa abrió una investigación y le suspendió de empleo y sueldo. Más de dos meses después, el trabajador fue despedido por haber publicado en una red social fotos con mensajes políticos tomadas en su puesto de trabajo meses antes de acudir a la manifestación en cuestión.

A la vista de las distintas circunstancias concurrentes, y pese a que la causa de despido alegada por el banco podría tener visos de procedencia, el Alto Tribunal entendió en la sentencia que el auténtico motivo de la extinción fue la participación del trabajador en la manifestación. La entidad bancaria marroquí no consiguió desvirtuar, por tanto, los indicios de existencia de vulneración del derecho a la libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución española).

El Tribunal Constitucional precisó en su argumentación que en el marco de la relación laboral puede haber restricciones limitadas a la libertad ideológica si la parte empleadora es una empresa de "tendencia ideológica" (como puede ser un colegio privado adscrito a un ideario). En el su-

puesto analizado, el banco marroquí no era una empresa ideológica, sino que realizaba una actividad neutra. Como consecuencia, esto impidió considerar justificada la restricción de la libertad ideológica y dio pie a la constatación de vulneración del derecho fundamental y a la consiguiente declaración de nulidad del despido.

Procede aplicar la reducción por rendimientos irregulares a las indemnizaciones por cese de los altos directivos que, a su vez, son administradores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de julio de 2023

El Tribunal Supremo ("TS") declara que puede aplicarse la reducción del 30 % por rendimientos irregulares a las retribuciones percibidas con ocasión del despido de altos directivos que al mismo tiempo son administradores sociales, siempre que se cumplan el resto de los requisitos exigidos por la ley.

En contra del criterio seguido por la Administración Tributaria y la Sala de Suplicación, el TS establece que sí es posible aplicar la reducción por rendimientos irregulares prevista en el artículo 18.2 de 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 ("LIRPF"). Así, según el criterio de la Sala, para poder aplicar dicha reducción debe tratarse de rendimientos íntegros distintos de los previstos en el artículo 17.2.a LIRPF, estos deben tener un período de generación superior a dos años y no obtenerse de forma periódica. Por último, la Sala declara que en este caso es indiferente la aplicación de la teoría del vínculo en cuanto a la absorción de la relación laboral por la relación mercantil.

Es parcialmente nula la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva en el caso de que la insuficiencia de documentación aportada se refiera exclusivamente a una de las causas invocadas, y no al conjunto de todas ellas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2023

En este litigio se dirimió la calificación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo ("MSCT") de carácter colectivo adoptada por una empresa de telecomunicaciones. La MSCT colectiva fue objeto del periodo de consultas previsto legalmente, en el que la empresa aportó distinta documentación. La negociación concluyó sin acuerdo, y la empresa adoptó distintas medidas para las que alegó causas de tipo económico, productivo, organizativo y técnico ("ETOP"). Esta decisión fue impugnada por los sindicatos ante la Audiencia Nacional ("AN"). A su vez, la sentencia de instancia fue objeto de varios recursos de casación, interpuestos por la empresa y los sindicatos.

El TS coincidió con el razonamiento de instancia de la AN, al entender que las causas ETOP alegadas por la empresa para justificar las medidas colectivas eran autónomas e independientes entre sí. Tanto la AN como el TS razonaron que existía en este supuesto una insuficiencia de la documentación aportada por la empresa, que afectaba únicamente a la causa económica justificativa de una de las medidas (la modificación del sistema de incentivos de productividad). Así, se determinó

que la empresa no aportó las cuentas anuales de 2019 y que esa carencia de documentación debía traer consigo, necesariamente, la nulidad de la medida referida a la causa económica (el cambio en el sistema de incentivos). No obstante, dado que la causa económica se circunscribía únicamente a esta medida, no era posible extender la nulidad al conjunto de la MSCT colectiva, como pretendían los sindicatos. Correspondió, en conclusión, declarar la nulidad parcial de la decisión empresarial.

Se considera procedente el despido objetivo cuando la copia de la carta se entregó a los representantes legales de los trabajadores días después de su efectividad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 5 de julio de 2023

El TS resuelve el recurso de casación en unificación de doctrina presentado por la empresa contra la sentencia de suplicación que había declarado improcedente el despido por incumplimiento del requisito de comunicación de la decisión extintiva a los representantes legales de los trabajadores ("RLT"), ya que dicha comunicación se había efectuado cuatro días después de la fecha de efectividad del despido. Así, la cuestión casacional planteada ante la Sala consiste en determinar si dicha comunicación debe realizarse con anterioridad, simultáneamente o con posterioridad a la notificación a la persona trabajadora de su despido.

La Sala declara que el objetivo de entregar la copia de la carta de despido objetivo a la RLT es que pueda realizar un examen adecuado de la carta y de las causas alegadas en ella, así como conocer el número de trabajadores afectados. Por ello, la copia de la carta de despido puede entregarse después del despido, siempre que dicha entrega se efectúe en un plazo prudencial y no se impida a la RLT ejercer los derechos de asesoramiento a los trabajadores sobre las causas de su extinción contractual. En este sentido, declara que en el supuesto de autos la entrega de la carta de despido cuatro días después de su efectividad no vulnera ni afecta a los derechos de la RLT ni a los de la propia persona trabajadora despedida.

No se conculca el derecho a la desconexión digital de los trabajadores si estos cobran un plus de disponibilidad

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2023

El TSJ de Madrid ha declarado que no se conculca el derecho de los trabajadores al respeto de su tiempo de descanso y el derecho a la desconexión digital si estos cobran un plus de disponibilidad y la empresa contacta con ellos con un preaviso inferior a las doce horas previstas en el convenio colectivo por necesidades excepcionales del servicio.

En el supuesto de autos, tanto la sentencia de instancia como la de suplicación consideran, analizados los hechos enjuiciados, que, no puede considerarse como una "práctica de empresa" aquella según la cual en un período de seis meses se alteren 59 servicios con menos de doce horas de antelación—teniendo en consideración que en ese período se realizaron un total de 6627 servicios—dado que supone un 0,89 %. Además, el propio convenio colectivo prevé que podrá preavisarse con una antelación inferior a las doce horas cuando se produzcan circunstancias excepcionales.

Respecto al derecho a la desconexión digital que se entiende infringido, el TSJ resalta que todos los trabajadores cobran un plus de disponibilidad según el convenio. Ese plus retribuye la ampliación de la jornada y que esta empiece o finalice fuera de lo programado inicialmente. Como consecuencia, si el trabajador cobra el plus, debe estar disponible, aun cuando pueda optar finalmente por rechazar la orden de servicio.

Descartada la nulidad del despido por revisión de los mensajes de WhatsApp del empleado enviados desde el móvil de empresa

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2023

El TSJ descarta la nulidad del despido de una trabajadora basado en las conversaciones obtenidas del WhatsApp utilizado como uso profesional, sin que exista vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

En el caso enjuiciado, la persona trabajadora prestaba sus servicios a distancia mediante un ordenador y móvil de empresa, y utilizaba la herramienta de WhatsApp web. La empresa procedió a su despido basándose en descuadres en las órdenes de compra y venta —que se obtuvieron de los mensajes intercambiados por la trabajadora con un cliente— de determinados servicios de transporte. En la instancia, se calificó como despido nulo por vulneración del secreto de las comunicaciones.

El TSJ considera que no se ha producido esa vulneración, dado que, aunque la empresa no hubiera establecido los criterios de uso de las herramientas de trabajo, la revisión por parte de la empresa de dichos mensajes solo afectó al ámbito profesional (conversaciones con clientes) y no a mensajes estrictamente privados. Como consecuencia, determina que no se ha atentado contra la privacidad de la trabajadora. No obstante, se califica como improcedente el despido debido a la falta de acreditación de sus causas conforme a las formalidades exigidas por la ley.

El derecho a la desconexión digital no es un derecho fundamental, por lo que su vulneración no conlleva el reconocimiento de una indemnización

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2023

El TSJ de Cataluña estudió en este supuesto la demanda de extinción del contrato de trabajo —fundamentada en el artículo 50 ET— que planteó un trabajador que alegaba que se había vulnerado su derecho a la desconexión digital y, consiguientemente, que concurría lesión de sus derechos fundamentales a la integridad física y moral, y a la intimidad. La sentencia de instancia declaró la extinción del contrato de trabajo, dado que entendió que había existido un incumplimiento empresarial de las obligaciones de respetar el descanso y el derecho a la desconexión digital del trabajador. No obstante, el juzgado de instancia desestimó la pretensión de indemnización por lesión de los derechos fundamentales.

Pues bien, el TSJ de Cataluña razonó que el derecho de desconexión digital, previsto en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, tiene un contenido ciertamente ambiguo. En este sentido, señaló que su desarrollo se remite a la acción de la negociación colectiva, y que la propia Ley Orgánica citada precisa que el contenido de este derecho debe adecuarse a cada concreta actividad laboral. Por estos motivos, el TSJ argumentó en esta sentencia que, efectivamente, no es posible considerar la vulneración estudiada como una lesión de los derechos fundamentales, dado que la limitación del tiempo de trabajo viene regulada en los principios rectores de la política social y económica (artículo 40.2 de la Constitución), y no en el listado de los derechos fundamentales de protección reforzada de la Carta Magna.

Como consecuencia del razonamiento previamente expuesto, el Tribunal concluyó que no era posible estimar una indemnización por vulneración de los derechos fundamentales, si bien el TSJ confirmó la extinción de la relación laboral con motivo de los incumplimientos empresariales de las obligaciones contractuales (artículo 50 ET).

El testimonio de la persona trabajadora es suficiente para acreditar la contingencia profesional de un accidente, siempre que sea verosímil, persistente y congruente con otras pruebas

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2023

En el supuesto de hecho estudiado por esta sentencia, una trabajadora sufrió un esguince al caerse de su vehículo, tras haber estacionado en el aparcamiento del centro de trabajo en el que prestaba servicios. En el momento del percance, no había testigos presentes. El proceso de incapacidad temporal subsiguiente fue calificado inicialmente como accidente no laboral. La trabajadora solicitó una determinación de contingencia, y el INSS determinó el carácter profesional de la IT. La mutua presentó una demanda en la que solicitaba que se determinase el carácter común de la contingencia.

Uno de los motivos que alegó la mutua es que no puede considerarse como prueba válida el único testimonio de la trabajadora, en cuanto a la afirmación de que la lesión se produjo con ocasión de la prestación de servicios. En este sentido, el TSJ de las Islas Canarias consideró válida esta prueba. A mayor abundamiento, el TSJ incidió en que las manifestaciones de la persona trabajadora sobre la concurrencia del accidente en el tiempo y lugar del trabajo podían ser suficientes para acreditar este punto si eran persistentes en el tiempo, aparentemente verosímiles y coherentes con los resultados de otras pruebas. En este caso, el Tribunal apreció los dos primeros requisitos y consideró que el testimonio de la trabajadora era congruente con otras pruebas documentales que constataron el estado deficiente del pavimento del aparcamiento y la realidad de las lesiones sufridas.

El Tribunal concluyó que no puede vincularse la acreditación de la naturaleza profesional de los accidentes a la emisión, por parte de la empresa, de un parte de accidente de trabajo. Por consiguiente, se declaró la existencia de un accidente de trabajo *in itinere*.

9 de noviembre de 2023

Marítimo, Transporte y Logística

Marítimo, Transporte y Logística*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Transporte terrestre, marítimo y aéreo

Reglamento (UE) 2023/1804, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2023, relativo a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos y por el que se deroga la Directiva 2014/94/UE (DOUE L 234/1, de 22 de septiembre de 2023)

Este Reglamento regula los objetivos nacionales que resultarán obligatorios para cada Estado a los efectos de implantar suficiente infraestructura para combustibles alternativos en la Unión destinados a vehículos por carretera, trenes, buques y aeronaves estacionadas. Incluye especificaciones técnicas comunes y requisitos sobre información al usuario, suministro de datos y métodos de pago relativos a la infraestructura para los combustibles alternativos.

La norma se enmarca dentro de la estrategia de movilidad sostenible de la Unión, de modo que todos los sectores de la economía de la UE deberán contribuir a la rápida reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero para llegar a cero emisiones netas a más tardar en 2050.

El Reglamento será aplicable a partir del 13 de abril de 2024.

Transporte marítimo

Reglamento (UE) 2023/1805, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2023, relativo al uso de combustibles renovables y combustibles hipocarbónicos en el transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE (DOUE L 234/48, de 22 de septiembre de 2023)

El Reglamento pretende establecer una normativa uniforme imponiendo (i) un límite a la intensidad de las emisiones de gases de efecto invernadero de la energía utilizada a bordo por los

* 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).

buques que llegan a puertos bajo la jurisdicción de un Estado miembro, permanecen en dichos puertos o salen de ellos, y (ii) una obligación de utilizar el suministro de electricidad desde tierra o una tecnología de emisión cero en puertos bajo la jurisdicción de un Estado miembro.

Su finalidad no es otra que aumentar el uso de combustibles renovables y combustibles hipocarbónicos y de fuentes de energía sustitutorias en el transporte marítimo en toda la Unión, con el objetivo de alcanzar la neutralidad climática en 2050.

El Reglamento se aplica a todos los buques de arqueo bruto superior a 5000 toneladas destinados al transporte de pasajeros o mercancías con fines comerciales, independientemente de su pabellón.

Será aplicable a partir del 1 de enero de 2025, con excepción de los artículos 8 y 9 (elaboración por las empresas de un plan de seguimiento para cada buque), que serán aplicables a partir del 31 de agosto de 2024.

Transporte aéreo

Reglamento (UE) 2023/2405, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativo a la garantía de unas condiciones de competencia equitativas para un transporte aéreo sostenible (ReFuelEU Aviation) (DOUE L, de 31 de octubre de 2023)

El Reglamento tiene por objeto establecer normas armonizadas sobre la utilización y el suministro de combustibles de aviación sostenibles. Se aplica a los operadores de aeronaves, a los aeropuertos de la Unión y sus respectivas entidades gestoras de aeropuertos, así como a los proveedores de combustible de aviación.

El fin de esta normativa radica en evitar la fragmentación del mercado del transporte aéreo de la Unión e impedir las posibles distorsiones de la competencia entre los agentes económicos o las prácticas desleales en cuanto al repostaje de los operadores de aeronaves.

Será aplicable a partir del 1 de enero de 2024.

9 de noviembre de 2023

Medio Ambiente

Medio Ambiente*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Residuos. Pilas y baterías

Reglamento (UE) 2023/1542 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, relativo a las pilas y baterías y sus residuos y por el que se modifican la Directiva 2008/98/CE y el Reglamento (UE) 2019/1020 y se deroga la Directa 2006/66/CE (DOUE nº. 191, de 28 de julio de 2023)

El Reglamento establece un marco regulador armonizado de gestión del ciclo de vida de todas las categorías de pilas y baterías (entre las que se incluyen las pilas o baterías portátiles, baterías de arranque, encendido y alumbrado, baterías para los medios de transporte ligeros y para vehículos eléctricos y las baterías industriales).

Las principales novedades del Reglamento afectan al establecimiento de objetivos mínimos sobre reciclado y valorización. También se fijan unos niveles mínimos obligatorios de contenido reciclado a cumplir por las nuevas baterías industriales, las baterías de vehículos eléctricos o las baterías de transportes ligeros, entre otros. Asimismo, el Anexo I del Reglamento establece restricciones a determinadas sustancias peligrosas (un tanto por ciento de plomo, mercurio o cadmio) que no podrán contener las pilas o baterías, exigiendo que el etiquetado de la pila o la batería indique que esta contiene esas sustancias peligrosas.

En materia de responsabilidad ampliada del productor, el Reglamento exige a los productores de las baterías y pilas que financien los costes de su recogida, tratamiento y reciclado, y que faciliten a los usuarios finales y a los operadores de residuos la información necesaria sobre las pilas o las baterías para su correcta reutilización y gestión, entre otros.

Por último, el Reglamento establece un registro al que tendrán que inscribirse los productores de las baterías y pilas. Dicho registro permitirá verificar que los productores cumplen con sus obliga-

* 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).

ciones respecto a los residuos de las pilas y baterías que hayan sido comercializados por primera vez en un Estado miembro.

[España]

Modificación de Reglamentos para la simplificación administrativa de los trámites y procedimientos

Real Decreto 665/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril; el Reglamento de la Administración Pública del Agua, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio; y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados (BOE de 31 de julio de 2023)

Este Real Decreto adapta el Reglamento del Dominio Público Hidráulico a las nuevas presiones sobre la gestión del dominio público hidráulico para su protección, utilización y gestión.

Con carácter principal, el Real Decreto introduce varias novedades para la mayor simplificación administrativa de los trámites y procedimientos. Entre otros (i) se someten al régimen de declaración responsable actuaciones que antes estaban sometidas al régimen de autorización (e. g., corta, poda y retirada de árboles; retirada de escombros; obras de reparación o de mantenimiento de ciertas infraestructuras, etc.); (ii) se establece un régimen simplificado para los vertidos de aguas residuales de escasa entidad y para el otorgamiento de las concesiones para el abastecimiento de poblaciones de menos de 20.000 habitantes; y (iii) se exceptúan de cualquier régimen de intervención administrativa (incluida la declaración responsable) las actuaciones de mejora, de actualización tecnológica, de reparación o de mantenimiento de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

El Real Decreto fomenta la coordinación con la normativa sectorial asociada que permita impulsar la prevención de la contaminación de las aguas por la contaminación difusa (e. g., control de la contaminación por almacenamiento y aplicación de estiércoles para abono). También realiza una completa revisión de las disposiciones sobre aguas subterráneas. Entre las medidas introducidas destacan el establecimiento de criterios para la construcción de captaciones de agua y el sellado de pozos.

Finalmente, el Real Decreto introduce mejoras en materia de planificación y gestión del riesgo de inundación (se incluyen limitaciones en los usos del suelo ubicado en zonas inundables), y en materia de gestión de vertidos de aguas residuales, obligando incluso a que determinadas aglomeraciones urbanas elaboren un plan integral de gestión de sus sistemas de saneamiento.

2. Jurisprudencia

El Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una serie de asociaciones ecologistas y diversos particulares contra el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 ("PNIEC"), aprobado por el Consejo de Ministros en su sesión de 16 de marzo de 2021 y publicado en el BOE de 31 de marzo de 2021

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de julio de 2023

Desde un punto de vista formal, el Tribunal Supremo concluye que el hecho de que la evaluación ambiental del PNIEC se hiciese en una fase avanzada del procedimiento de aprobación de este instrumento no ha impedido tomar en consideración sus conclusiones. Además, entiende que no era objeto de dicha evaluación ambiental cuestionar los objetivos de reducción de las emisiones de GEI establecidos en el PNIEC.

Desde un punto material o sustantivo, el Tribunal Supremo afirma que el PNIEC tiene rango reglamentario, por lo que solo podría verse afectado por los vicios de nulidad de pleno derecho establecidos para las normas reglamentarias (i. e., contravención de la Constitución, las leyes o de cualquier otra disposición de rango superior). Esto supone que los órganos judiciales no pueden determinar el contenido de las normas reglamentarias y, en concreto en el caso enjuiciado, el Tribunal no puede revisar los objetivos de reducción de las emisiones de GEI establecidos en el PNIEC, al contrario de lo que pretendían los recurrentes.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo entiende que el PNIEC, al establecer unos determinados objetivos de reducción de emisiones de GEI (23 % respecto de los niveles de 1990), no ha vulnerado ninguno de los compromisos asumidos por el Reino de España. Y es que el Convenio de París simplemente obliga a los Estados partes a realizar "*esfuerzos ambiciosos*" para la reducción de emisiones, pero no concreta su definición ni su alcance, otorgando a sus firmantes amplio margen de discrecionalidad.

Teniendo en cuenta esto, el Tribunal Supremo entiende que imponer el objetivo de reducción de emisiones en un 55 % (como pretenden los recurrentes) no es la *"única solución a la lucha contra el cambio climático"* y, por tanto, que cabrían alternativas como la plasmada en el PNIEC. Asimismo, el objetivo del PNIEC no es arbitrario, ya que España se acogió a los criterios de la Unión Europea, de manera que los objetivos de mitigación de las emisiones de GEI del PNIEC cumplen con el reparto de esfuerzos del Reglamento (UE) 2018/1999.

La Sala estima el recurso planteado por una asociación ecologista frente el Acuerdo de la Junta de Castilla y León que aprobó el Plan de mejora de la calidad del aire por ozono troposférico en esta comunidad autónoma (el "Plan")

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de Valladolid n.º 718/2023, de 20 de junio (recurso n.º 265/2022)

La Sala anula el Acuerdo porque incumple con lo previsto en la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera. En concreto, considera que el Plan incumple el artículo 16.2.a) de esa Ley principalmente porque la zonificación del territorio establecida por el Plan según las zonas en las que se superan los objetivos de calidad del aire no se acompaña de ninguna actuación concreta ni de ningún plan de acción específico y adaptado para las citadas zonas. Por esta razón, la Sala concluye que el Plan es incompleto.

La Sala otorga a la Junta un plazo de seis meses para la aprobación de un nuevo Plan a la vista del retraso existente, ya que la Administración debía haber aprobado un plan en el plazo de dos años contados desde que se constató la primera superación de los objetivos de calidad del aire, la cual se produjo en el periodo 2010-2012 y se ha repetido en el futuro en varias ocasiones.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Almenara de Tormes (Salamanca) frente a la sentencia n.º 73/2022, de 13 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Salamanca

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León n.º 764/2023, de 27 de junio (recurso n.º 363/2022)

En el recurso inicial, que fue inadmitido por extemporáneo, el recurrente pretendía la anulación de las Resoluciones de la Delegación Territorial de Salamanca de la Junta de Castilla y León por las que se concedió la autorización ambiental y se dictó la declaración de impacto ambiental de una explotación porcina de cebo.

Una vez revocada la declaración de extemporaneidad del recurso, la Sala entra a valorar el fondo del asunto. En concreto, analiza si la ausencia de valoración de alternativas sobre la ubicación de la explotación porcina en el estudio de impacto ambiental del promotor, cuestión que no resulta controvertida para las partes, está justificada o si, por el contrario, constituye un requisito esencial del procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Para resolver la cuestión, la Sala se remite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que establecen que la valoración de las alternativas en un estudio de impacto ambiental constituye un elemento esencial del mismo y que, en consecuencia, la elección del emplazamiento para el desarrollo de la actividad debe ir precedida del contraste de alternativas, pues solo tras el examen de estas se puede tener constancia de las que son menos nocivas para el medio ambiente.

Considerando lo anterior, la Sala estima el recurso interpuesto por el recurrente, y anula la sentencia impugnada, así como la desestimación presunta del recurso de alzada contra las Resoluciones que otorgaron autorización ambiental y dictaron la declaración de impacto ambiental de la explotación porcina.

La Sala estima el recurso de apelación interpuesto por dos sociedades frente a la sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo de las sociedades frente a la resolución sancionadora que les impuso una multa de 125.000 euros por la supuesta comisión de una infracción administrativa grave prevista en los artículos 109 y 110 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco n.º 278/2023, de 1 de junio (recurso n.º 1103/2021)

La multa se les impuso porque en los terrenos de su propiedad había un tercero que estaba desarrollando la actividad de vaquería sin contar con el título pertinente, pudiendo ser este una comunicación previa o una licencia de actividades.

En primer lugar, la Sala indica que la concreta clasificación del suelo no es relevante. Lo relevante a estos efectos es si la actividad se estaba ejecutando en el suelo sin el correspondiente título administrativo habilitante, ya que "*en el expediente sancionador se sancionó en el ámbito del sector administrativo medioambiental, en aplicación de la Ley 3/98*".

En segundo lugar, la Sala considera que no procede sancionar a las sociedades como titulares de los terrenos, ya que los propietarios de los terrenos no son los responsables de las actividades que desarrollen los terceros. En efecto, es el promotor de la actividad, o quien la desarrolla, quien debe solicitar la licencia de actividades o presentar la correspondiente comunicación previa y, en consecuencia, el único que puede incurrir en la infracción grave de los artículos 109 y 110 de la Ley 3/1998.

9 de noviembre de 2023

Mercantil

Mercantil*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Titulizaciones. Retención de riesgos

Reglamento Delegado (UE) 2023/2175 de la Comisión, de 7 de julio de 2023, por el que se completa el Reglamento (UE) 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican con mayor detalle los requisitos de retención de riesgo aplicables a las originadoras, las patrocinadoras, los prestamistas originales y los administradores (DOUE de 18 de octubre de 2023)

Tiene por objeto completar el Reglamento 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017 —por el que se establece un marco general para la titulización y se crea un marco específico para la titulización simple, transparente y normalizada, y deroga el Reglamento Delegado 625/2014—, mediante normas técnicas de regulación en las que se especifican los requisitos aplicables a las entidades inversoras, patrocinadoras, acreedoras originales y originadoras en relación con las exposiciones al riesgo de crédito transferido.

Empresas de servicios de inversión. Medición de riesgos no cubiertos por fondos propios

Reglamento Delegado (UE) 2023/1668 de la Comisión, de 25 de mayo de 2023, por el que se completa la Directiva (UE) 2019/2034 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican la medición de los riesgos o elementos de riesgo no cubiertos o no suficientemente cubiertos por los requisitos de fondos propios establecidos en las partes tercera y cuarta del Reglamento (UE) 2019/2033 del Parlamento Europeo y del Consejo y los parámetros cualitativos indicativos a efectos del importe de fondos propios adicionales (DOUE de 31 de agosto de 2023)

* Esta sección ha sido elaborada por Ignacio Klingenberg, Teresa Tellechea, Salvador Espinosa de los Monteros y Rocío Ruiz-Gallardón, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Empresas de servicios de inversión. Liquidez

Reglamento Delegado (UE) 2023/1651 de la Comisión, de 17 de mayo de 2023, por el que se completa la Directiva (UE) 2019/2034 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para la medición de la liquidez específica de las empresas de servicios de inversión con arreglo al artículo 42, apartado 6, de dicha Directiva (DOUE de 23 de agosto de 2023)

Las autoridades competentes, teniendo en cuenta el tamaño, el alcance y la complejidad de las actividades de la empresa de servicios de inversión, evaluarán detenidamente el requisito específico de liquidez a que se refiere el artículo 42 de la Directiva (UE) 2019/2034, determinando el importe adecuado de los activos líquidos que la empresa de servicios de inversión debe mantener para cubrir las necesidades de liquidez derivadas de sus actividades. Las autoridades competentes determinarán dicho importe teniendo en cuenta todos los factores de riesgo que puedan influir en la posición de liquidez de la empresa de servicios de inversión y generar un déficit de liquidez.

Entidades de contrapartida central. Persona independiente

Reglamento Delegado (UE) 2023/1616 de la Comisión, de 3 de mayo de 2023, por el que se completa el Reglamento (UE) 2021/23 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican las circunstancias en las que se considera que una persona es independiente de la autoridad de resolución y de la entidad de contrapartida central, el método para evaluar el valor de los activos y pasivos de una entidad de contrapartida central, la separación de las valoraciones, el método de cálculo del colchón para pérdidas adicionales que se ha de incluir en las valoraciones provisionales y el método para llevar a cabo la valoración a efectos de la aplicación del principio de evitación de perjuicios superiores a los acreedores (DOUE de 9 de agosto de 2023)

Entidades de contrapartida central. Reembolso

Reglamento Delegado (UE) 2023/1615 de la Comisión, de 3 de mayo de 2023, por el que se completa el Reglamento (UE) 2021/23 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que concretan las condiciones en las que la indemnización, el equivalente a efectivo de dicha indemnización o cualquier ingreso que se adeude con arreglo al artículo 63, apartado 1, de dicho Reglamento deben repercutirse a los clientes y clientes indirectos y las condiciones en las que la repercusión debe considerarse proporcionada (DOUE de 9 de agosto de 2023).

[España]

Seguros. Uso de medios electrónicos para la práctica de comunicaciones y notificaciones

Circular 1/2023, de 30 de agosto, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, relativa al uso obligatorio de medios electrónicos para la práctica de comunicaciones y notificaciones con los mediadores de seguros, corredores de reaseguros y determinados mediadores de seguros complementarios (BOE de 19 de septiembre de 2023)

En virtud del artículo 14.2.a) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, las entidades aseguradoras y reaseguradoras, por ser en todo caso personas jurídicas, están obligadas a relacionarse por medios electrónicos con la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Sin embargo, en el caso de los mediadores de seguros, corredores de reaseguros y mediadores de seguros complementarios que sean personas físicas no existe tal obligación legal, salvo en determinados procedimientos expresamente establecidos por el ordenamiento jurídico.

Esta circular tiene por objeto establecer la obligación de los mediadores de seguros, corredores de reaseguros y determinados mediadores de seguros complementarios de relacionarse con la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones a través exclusivamente de medios electrónicos en todos los trámites correspondientes a los procedimientos derivados de la aplicación del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, y normas complementarias.

[Portugal]

Registo dos agentes das instituições de pagamento e das instituições de moeda eletrónica e dos distribuidores de moeda eletrónica

Instrução do BdP n.º 20/2023 (BO n.º 8/2023 3.º Suplemento, 5 de setembro de 2023)

A Instrução n.º 20/2023, de 5 de setembro de 2023 ("Instrução") vem (i) estabelecer os elementos de informação mínimos para o cumprimento das exigências legais, (ii) definir os termos em que as instituições de pagamento e as instituições de moeda eletrónica deverão efetuar a instrução do pedido de registo, e (iii) fixar um modelo de comunicação ao Banco de Portugal ("BdP").

Em consonância com o artigo 31.º, n.º 2 do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica, deverão as instituições de pagamento e as instituições de moeda eletrónica (i) avaliar a idoneidade e competência dos agentes das instituições de pagamento e as instituições de moeda eletrónica e dos distribuidores de moeda eletrónica das instituições de moeda eletrónica, com base nos critérios e elementos presentes no Anexo I da Instrução (e.g. habilitações e percurso profissional do agente ou distribuidor, mecanismos para prever o branqueamento de capitais e

financiamento do terrorismo, entre outros); e (ii) remeter ao BdP o Anexo II da Instrução para efeitos de registo das instituições junto deste.

No que concerne os agentes e/ou distribuidores de moeda eletrónica que já se encontram a prestar serviços sem registo concluído junto do BdP foi estabelecido um procedimento transitório simplificado no qual é criada a obrigação de remissão ao BdP de todos os elementos informativos constantes do Anexo III da Instrução. Estabelece-se um prazo geral de 6 (seis) meses após entrada em vigor da Instrução para início do procedimento mediante envio da declaração do Anexo III. Este prazo é prorrogado para 12 (doze) meses quando estejamos perante Instituições de Pagamento ou Instituições de Moeda Eletrónica com mais de 30 agentes ou distribuidores sem registo concluído junto do BdP.

A presente Instrução entrou em vigor a 6 de setembro de 2023.

2. Jurisprudencia

Depósito de cuentas anuales de una sociedad anónima. Informe de auditor

Resolución de 3 de octubre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 2 de noviembre de 2023)

Presentadas a depósito las cuentas anuales de una sociedad anónima, la registradora rechaza el depósito porque del informe de auditoría que las acompaña resulta opinión denegada, lo que supone que el auditor de cuentas no puede expresar una opinión sobre las cuentas anuales debido a que no ha obtenido la evidencia necesaria que le permita formarse un juicio al respecto. La sociedad recurre porque entiende que, aun con opinión denegada, procede el depósito debido a que los motivos de su rechazo han de aplicarse en este caso de forma restrictiva. Además, conforme se justifica con determinada documentación que se aporta, la sociedad se encuentra en concurso, lo que, a juicio de la sociedad, relaja los requisitos de depósito e incluso exonera de la obligación de depósito.

En este caso, el auditor emite un informe de auditoría con opinión denegada que fundamenta en que la sociedad no ha proporcionado determinado inventario ni ha justificado determinadas diferencias. Sin embargo, dichas circunstancias no han impedido al auditor emitir su informe de auditoría, emisión que ha hecho, de acuerdo con la previsión de la Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas, con opinión denegada.

La DGSJFP alude a la Resolución de 10 de octubre de 2018, la cual indica la gran trascendencia que para una sociedad conlleva el cierre de la hoja registral por falta de depósito y aconseja extremar la prudencia y limitar los casos de denegación de depósito a aquellos en que del informe del auditor resulte la afirmación de existencia de incumplimiento radical del deber de colaboración conforme al artículo 6 de la Ley de Auditoría en relación con el artículo 10.2.a) del Reglamento

de Auditoría, supuesto al que hay que asimilar aquellos casos en los que resulte la afirmación del auditor sobre la imposibilidad de realizar el trabajo de auditoría.

La DGSJFP concluye que, únicamente cuando concurra alguna de las circunstancias que impidan la elaboración del correspondiente informe de auditoría (circunstancia de la que el Registro Mercantil debe tener noticia anticipadamente), podrá entenderse producida la frustración del interés perseguido por la Ley de Auditoría de que se lleve a cabo la revisión y verificación de las cuentas anuales de una sociedad. En este caso, el auditor de cuentas ha podido emitir su informe de auditoría, aunque con opinión denegada, conforme a la regulación correspondiente.

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

Convocatoria de junta general de una sociedad limitada

Resolución de 2 de octubre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 2 de noviembre de 2023)

Se debate en este expediente sobre la regularidad de la convocatoria de la junta general de una sociedad en la que concurren las siguientes circunstancias: (i) la sociedad se encuentra en liquidación y existe un liquidador único nombrado judicialmente, (ii) la junta fue convocada por letrado de la administración de justicia, (iii) la convocatoria fue publicada en el *BORME* y en el diario *Cinco Días*, y (iv) los acuerdos sociales adoptados por la junta así convocada fueron elevados a público por el liquidador único de la sociedad.

La inscripción de la correspondiente escritura de solemnización de acuerdos sociales sobre la liquidación y extinción de la sociedad fue rechazada por dos motivos: no concurrir los presupuestos para la convocatoria judicial y no haberse realizado la convocatoria en la forma estatutariamente prevista (correo certificado con aviso de recibo). En el recurso interpuesto, el impugnante, entre otras alegaciones, aduce la falta de competencia del registrador para apreciar la concurrencia de los presupuestos que permiten al letrado de la administración de justicia proceder a la convocatoria de la junta general de una sociedad.

La DGSJFP indica que, entre los deberes del registrador al calificar los documentos expedidos por la autoridad judicial, se encuentra el examen de la competencia. Por lo tanto, sí que procede examinar por parte del registrador aquellos supuestos en que la LSC encomienda a los letrados de la administración de justicia la facultad de convocar junta general en las sociedades de capital. Para ello, debe tenerse en cuenta que la sociedad cuenta con un liquidador único que se hallaba en posesión del cargo al tiempo de la convocatoria. Con carácter general, el artículo 166 de la LSC atribuye a los administradores o, en su caso, a los liquidadores, la competencia ordinaria para convocar la junta general.

La DGSJFP explica que, excepcionalmente, el artículo 169 de la LSC, asigna esa aptitud a los secretarios judiciales (actualmente, letrados de la administración de justicia), en concurrencia con los registradores mercantiles, a instancia de cualquier socio, en dos supuestos: cuando la junta general ordinaria, u otras generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas en el plazo

legal o estatutariamente establecido y cuando los administradores no atiendan a la solicitud de convocatoria de junta general efectuada por la minoría. El otro supuesto singular es el recogido en el artículo 171 de la misma ley, también a instancia de cualquier socio, en caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes.

La DGSJFP afirma que, teniendo en cuenta que la LSC no contempla ningún otro caso de convocatoria por los letrados de la administración de justicia ni incluye una cláusula general de cierre que permita encomendársela en coyunturas extraordinarias, debe concluirse que el letrado de la administración de justicia carecía de competencia para proceder a la convocatoria de la junta.

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

Disolución y liquidación de una sociedad limitada

Resolución de 26 de septiembre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 1 de noviembre de 2023)

Autorizada una escritura de elevación a público de acuerdos de disolución y liquidación de una sociedad limitada, esta es objeto de calificación negativa debido a que no resulta la identificación de los socios ni la fecha y modo de aprobación del acta de la junta.

Por lo que se refiere al primer defecto señalado, la DGSJFP indica que el artículo 395.2 de la LSC establece que a la escritura pública se incorporarán el balance final de liquidación y la relación de los socios, en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiere correspondido a cada uno. El recurrente entiende que la exigencia de identificación debe entenderse limitada al supuesto de que la cuota de liquidación sea positiva; es decir, a aquellos supuestos en que efectivamente existe un reparto del activo resultante. En cambio, la DGSJFP explica que la regulación legal obedece a una lógica que no está vinculada a la existencia de haber repartible. La necesidad de identificar a los socios existe aun cuando la cuota de liquidación sea cero en ese momento por inexistencia de un neto repartible. Es decir, no se condiciona la identificación de los socios a la existencia de un haber repartible, sino a la existencia de una cuota de liquidación. Y esta cuota existe siempre porque, salvo por las especialidades previstas estatutariamente, es equivalente a la proporción del capital de cada socio (artículo 392.1 de la LSC).

En relación con el segundo defecto, la DGSJFP lo confirma igualmente, pues es doctrina reiterada que el RRM exige, no ya la aprobación de las actas de la junta general (artículos 97.1.8.ª, 99, 109, 112 y 113), sino que en las certificaciones que de ella se expidan a efectos registrales conste de forma expresa la fecha y sistema o modo de aprobación, salvo que se trate de actas notariales (artículo 112.1), pero no es el caso. Para la DGSJFP, esta exigencia se extiende al supuesto de que para la elevación a público de los acuerdos se acuda al acta original, libro de actas o testimonio notarial de los acuerdos, de modo que la escritura en cuestión debe recoger todas las circunstancias del acta necesarias para calificar la validez de los acuerdos.

La DGSJFP acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

Depósito de cuentas de una sociedad anónima. Identificación del titular real

Resolución de 18 de septiembre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 26 de octubre de 2023)

Presentadas a depósito las cuentas anuales de una sociedad anónima correspondientes al ejercicio 2022, son objeto de calificación negativa por no encontrarse la hoja relativa a la declaración de identificación del titular real debidamente cumplimentada. La sociedad ya había presentado en ejercicios anteriores la oportuna declaración por medio de los modelos entonces vigentes, por lo que así lo hace constar en el impreso ahora presentado, dado que no existe actualización de datos. No obstante, en el apartado correspondiente del modelo vigente no se hace constar el porcentaje de participación directa o indirecta. El recurrente alega que, habiendo declarado en ocasiones anteriores la titularidad real, y dado que ahora no hay actualización de datos, procede el depósito por no existir alteración de la información en su día proporcionada.

A este respecto, la DGSJFP destaca la Resolución de 18 de mayo de 2023, referida a los modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación. En ella se indica que la utilización de los modelos aprobados por la presente resolución será obligatoria para las cuentas anuales formuladas y aprobadas por los sujetos obligados que sean presentadas en el Registro Mercantil para su depósito con posterioridad a la publicación de esta resolución en el BOE. Por tanto, la DGSJFP confirma que el nuevo modelo de titularidad real resulta de plena aplicación al supuesto de hecho actual, dado que la solicitud de depósito se produjo el día 8 de junio de 2023.

La DGSJFP indica que la resolución mencionada establece la obligatoriedad de discernir el tipo de control que ostenta la persona física que tiene la condición de titular real (control por participación en el capital o control por medio de los derechos de voto), con determinación del porcentaje de capital en uno u otro caso. De acuerdo al modelo vigente, no basta con que se refleje el porcentaje que ostenta la persona de control, sino que es preciso que se determine si ese control se ejerce por participación en capital o por derechos de voto con el correspondiente porcentaje en uno y otro caso. Para la DGSJFP dicha información no resultaba de los modelos anteriormente vigentes; de ahí la necesidad de cumplimentar esta nueva información exigida por el modelo actual.

La DGSJFP concluye que no puede aceptarse el argumento de que, no existiendo alteración de la situación, no es precisa aportación de información adicional, pues, no constando en la declaración de titularidad real depositada con anterioridad, se perpetuaría la ausencia de un dato como es el tipo de control que se ejerce y que se considera de obligada declaración, tal y como ha quedado expuesto.

La DGSJFP acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Estatutos. Valor razonable y asignación al socio eventualmente excluido de los honorarios del experto independiente

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

Se deniega la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad limitada al prever los estatutos que la totalidad de los honorarios devengados por el experto independiente designado por el Registro Mercantil para la determinación del valor razonable de las participaciones corresponderá al socio eventualmente excluido. El obstáculo invocado por el registrador para acceder a la inscripción no afecta a todos los supuestos en que deba recurrirse al "valor razonable" de las participaciones sociales (derecho de adquisición preferente a favor de la sociedad o de los socios en supuestos de embargo de participaciones, transmisión *inter vivos* sin mediación de precio, o *mortis causa*, y exclusión de socios), sino únicamente al caso de exclusión de socios. Esto se debe, según el criterio del registrador, a que los estatutos de la sociedad no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 355 de la LSC, artículo que imputa a la compañía los honorarios del experto independiente designado por el Registro Mercantil para determinar el valor razonable de las participaciones sociales, si bien le permite repercutir al socio excluido la proporción de gastos correspondientes a su participación en el capital.

La DGSJFP puntualiza que la previsión cuestionada no se presenta como una excepción al sistema legal de valoración, sino que se incardina en un método sustitutivo diferente que puede establecerse en los estatutos. En dichos estatutos se hace coincidir inicialmente el canon del valor razonable con el correspondiente al valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta general. No obstante, en caso de disconformidad del socio, se le faculta para solicitar del Registro Mercantil el nombramiento de un experto independiente que proceda a una tasación y, si la sociedad no aceptara esta valoración alternativa, podrá a su vez pedir de igual forma el nombramiento de otro experto, tomándose en tal caso como valor razonable la media de ambas estimaciones. Por lo tanto, la asignación al socio de los honorarios del experto independiente solo se produce cuando este, en defensa de sus intereses, decida instar el mecanismo alternativo estatutariamente previsto, e igualmente se prevé para la sociedad cuando acuerde pedir el nombramiento de otro experto independiente.

A partir de la Resolución de 15 de noviembre de 2016, la DGSJFP mantiene una posición favorable al establecimiento por vía estatutaria de un procedimiento de valoración de las participaciones sociales sustitutivo del legalmente establecido y, en concreto, la opción por el valor contable como criterio de fijación del valor razonable. Por tanto, queda por analizar si la previsión específica que imputa al socio que lo solicite los honorarios del experto independiente designado a su instancia vulnera los límites de la autonomía estatutaria. Para la DGSJFP, a falta de una previsión específica que así lo señale, la disposición recogida en el artículo 355 de la LSC se encuadra en un régimen dispositivo que ya ha sido reconocido con carácter general por la propia DGSJFP.

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

Reducción de capital con devolución de aportaciones de una sociedad limitada. Importe de la reserva indisponible

Resolución de 24 de julio de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 12 de octubre de 2023)

El debate en este expediente gira en torno al patrón cuantitativo conforme al que ha de fijarse la reserva indisponible que, en caso de reducción de capital por restitución de aportaciones, puede constituirse para, en los términos previstos en el artículo 332 de la LSC, sustituir el régimen de responsabilidad solidaria de los socios restituidos establecido en el artículo 331 del mismo texto legal.

A criterio de la registradora, el importe de la reserva debería coincidir con el recibido por el socio saliente en concepto de reembolso, expresión con la que parece referirse al precio obtenido en la compraventa. El recurrente, por el contrario, considera que la reserva indisponible debe constituirse por el valor nominal de las participaciones amortizadas.

El artículo 332.1 de la LSC dispone que dicha reserva indisponible se constituirá con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación social. La DGSJFP indica que, en relación con un supuesto semejante, y con referencia a análoga regulación contenida entonces en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (artículo 80.4), la Resolución de la DGRN de 16 de noviembre de 2006 ya consideró que tal reserva debe constituirse únicamente por un importe equivalente al valor nominal de las participaciones amortizadas, toda vez que se trata de garantizar a los acreedores la existencia de una responsabilidad o vinculación de elementos patrimoniales equivalente a la cifra del capital anterior a la reducción, cualquiera que fuera el patrimonio social.

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

Número de identificación fiscal en el caso de sociedades extranjeras

Resolución de 24 de julio de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 27 de septiembre de 2023)

Presentado en el Registro de Bienes Muebles de Madrid un título notarial autorizado en la República Checa, debidamente apostillado y traducido, por el que determinada sociedad de aquella nacionalidad vende al recurrente un globo aerostático, es objeto de calificación negativa. La cuestión se centra en determinar en si es conforme a derecho la calificación que exige la acreditación del número de identificación fiscal de la sociedad vendedora.

La DGSJFP indica que las personas jurídicas extranjeras que carezcan de establecimiento permanente en España y que no operen de otro modo en España no resultan obligadas a disponer de número de identificación fiscal. Ello es así, pues lo contrario llevaría a una obligación casi universal de asignación de número de identificación fiscal aún en supuestos, como el presente, en los que la sociedad transmitente carece de control alguno sobre el destino de los bienes muebles que vende en su territorio mediante fedatario a residentes fuera de él.

Por tanto, no estando obligada la sociedad extranjera a disponer de número de identificación fiscal por no ser residente en España ni operar en territorio español, no puede exigirse la acreditación de dicho número a efectos de proceder a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

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

9 de noviembre de 2023

Procesal Civil

Procesal Civil*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

[Unión Europea]

Contratos de crédito al consumo

Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE (DOUE de 30 de octubre de 2023)

El Parlamento Europeo y el Consejo han aprobado la Directiva (UE) 2023/2225, de 18 de octubre, relativa a los contratos de crédito al consumo (la "Directiva"), con dos objetivos fundamentales: por una parte, potenciar el mercado interior del crédito al consumo, de forma que operadores y clientes puedan ofrecer y demandar servicios de crédito en toda la Unión; y, por otra parte, desarrollar un marco jurídico común para todos los Estados miembros, de modo que el desarrollo de ese mercado comunitario del crédito se construya de manera homogénea y garantice a los consumidores los más altos estándares de protección en todo el territorio comunitario. La Directiva entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y prevé un plazo de trasposición máximo de dos años.

La Directiva regula aspectos tales como las obligaciones precontractuales de los operadores de crédito, el contenido mínimo de los contratos de crédito al consumo, el marco normativo en que habrá de producirse la extinción de esas relaciones contractuales, el establecimiento de unos estándares para las empresas dedicadas a la concesión de crédito al consumo y la imposición de unos límites a la conducta de todos ellos, que vendrán regidos por la aplicación de una serie de normas.

* Esta sección ha sido coordinada por Miguel Ángel Cepero Aránguez y Linda Guerra Henríquez, y en su elaboración han participado Sonia Borges Fernández, Guillermo García Bermejo, Inés Mallo Romar, Belén Adell Troncho, Amaia Bueno Vidán, Eduardo Cantavella Bordils, Marcos Rodrigo Henfling, Diego Sobejano Nieto, Beatriz Basterra Moreira, Carlos Altamirano Gómez, Kevin Rohira Abad, José Emilio Marcello de la Peña, Cristian Carbajales Neira, Ana Rodríguez-Arias Aranguren, Valentina Pacella Garay, Carlos Francés Bataller, Sara Aquilue Borau, Julia Ramírez Simón, Alfonso Reimunde Macías, Jorge Azagra Malo, Miguel Moratinos López, David García Martín, Eduardo Soria Salvo, Adrián Segura Moreiras, Paula Carames Rodríguez, Rubén Ruiz Pérez, Antonio Alexandre Marín Marín y Lisa Cubias Avilés, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Valencia).

1. Ámbito de aplicación de la Directiva

El ámbito de aplicación de la Directiva es amplio. Se han incluido nuevos créditos y se han eliminado exclusiones que existen respecto de ciertos créditos en la Directiva 2008/48/CEE. Los aspectos más relevantes son los siguientes:

i. Se excluyen los contratos de crédito cuyo importe sea superior a 100.000 euros (salvo que el objeto del crédito sea la reforma de un inmueble de uso residencial y no esté garantizado por hipoteca o cualquier otra garantía sobre un derecho relativo a un bien inmueble) y se elimina el umbral mínimo de 200 euros.

ii. Se excluyen los pagos aplazados (conocidos como "*compre ahora, pague después*"), en los que el proveedor de un determinado bien o servicio, sin que un tercero ofrezca crédito, permite al consumidor pagar por los bienes o servicios hasta en cincuenta días desde la entrega de los bienes o prestación de los servicios, sin que al precio de venta se le añadan intereses, comisiones o ningún otro coste.

iii. Tampoco están incluidos los contratos de crédito consistentes en el aplazamiento, sin gastos, de una deuda existente.

iv. Los Estados podrán excluir también a los contratos de crédito que revistan la forma de *contratos de tarjeta* de débito, siempre que sean ofrecidos por una entidad de crédito o de pago, se obligue al acreditado a devolver el capital en un plazo máximo de cuarenta días y el contrato no prevea el cobro de intereses ni de comisiones ligadas a la prestación del servicio de pago.

2. Obligaciones de información y transparencia

A. Publicidad de los contratos de crédito

La Directiva establece un régimen más estricto que el anterior para la publicidad de contratos de crédito. En particular, la Directiva obliga a que la publicidad sea fácilmente legible (o audible, en su caso), advierta del carácter oneroso del crédito, mediante la inserción del mensaje "*Atención: tomar dinero prestado cuesta dinero*" (u otra equivalente) e indicando la TAE de la operación, ilustre al potencial consumidor sobre el funcionamiento del contrato y su economía a través de un ejemplo representativo, y tenga el contenido mínimo que se indica a continuación:

i. el importe del crédito y la duración del contrato;

ii. en los casos de compras aplazadas, el precio que habría de abonarse si el consumidor adquiriese el bien o servicio al contado:

iii. el tipo de interés fijo o variable con el que se remunere al acreedor, además de la *tasa anual equivalente*;

iv. una relación exhaustiva de cualquier coste que se deba incluir en el coste total del crédito; y

v. el importe total adeudado por el consumidor y el importe de cada una de las cuotas periódicas que habrán de ser satisfechas.

La Directiva prohíbe la publicidad de productos de crédito que animen a los consumidores a contraer crédito, sugiriendo que de este modo mejorará su situación financiera; que especifiquen que los contratos de crédito pendientes de devolver o registrados en las bases de datos de morosidad tienen poca o ninguna influencia en la evaluación de una solicitud de crédito; y que sugieran falsamente que el crédito constituye un modo de ahorro o puede mejorar el nivel de vida de los consumidores.

Además, la Directiva faculta a los Estados miembros para que, si así lo estiman oportuno, puedan prohibir la publicidad de productos de créditos que destaque la facilidad o rapidez con la que se puede obtener un crédito, que establezca que un descuento está condicionado a la aceptación de un crédito y que ofrezca períodos de gracia de más de tres meses para el reembolso de las cuotas del crédito.

B. Información general de los productos y servicios

Además de la publicidad, también se exige a las empresas que se dediquen a la concesión de crédito al consumo que faciliten a los potenciales consumidores de sus productos y servicios una información precontractual clara, comprensible y veraz sobre los contratos que ofrezcan. Esta información habrá de ser entregada a través de documentación en papel o, en su defecto, por medio de cualquier otro soporte duradero elegido por el potencial consumidor. La norma también regula la información mínima exigible que se deberá incluir, entre los que destacan: los fines para los que puede emplearse el crédito; una distinción de los costes no incluidos en el coste total del crédito con respecto a los que sí se incluyen en esa categoría; las distintas opciones de reembolso del crédito; las condiciones de reembolso anticipado; el derecho de desistimiento; y los servicios accesorios que el consumidor esté obligado a contratar para obtener el crédito o para obtenerlo en determinadas condiciones, así como el aviso, en su caso, de que los servicios accesorios pueden contratarse con un proveedor de crédito distinto al prestamista.

C. Información precontractual

Al margen de la información expuesta en el apartado anterior, se debe entregar al consumidor información precontractual clara y comprensible necesaria para comparar ofertas de crédito en formato papel o en cualquier otro soporte duradero con la debida antelación antes de que el consumidor quede vinculado por la oferta o contrato de crédito. Si la entrega se produce menos de un día antes de la contratación, el prestamista deberá enviar en papel o soporte duradero un recordatorio al consumidor de su derecho de desistimiento y del procedimiento para ejercerlo.

El Anexo I de la Directiva incorpora un modelo de *Formulario de Información Normalizada Europea sobre Crédito al Consumo*, cuya entrega será obligatoria a todo potencial acreditado antes de la firma del contrato de crédito y que debe contenerse en una única página o, de no ser posible, dos como máximo. Ese formulario contendrá, al menos, datos referidos a la identidad del prestamista, el importe total del crédito y su duración, el tipo deudor y la *Tasa Anual Equivalente*, los costes o comisiones por pagos atrasados, el plan de amortización, etc.

Además del formulario normalizado, el acreedor deberá completar esa información con, entre otros, los datos que se indican a continuación:

i. tipo de crédito;

ii. las condiciones que rigen en la disposición de los fondos que el acreedor pone a disposición del acreditado;

iii. cuando se apliquen distintos tipos deudores en diferentes circunstancias, las condiciones de aplicación de cada tipo y los índice o tipos de referencia aplicables para cada tipo, así como los periodos, condiciones y procedimientos de variación;

iv. cuando el contrato de crédito estipule diferentes modelos de disposición de fondos, con diferentes costes o tipos deudores, se deberá indicar cuál es la tasa anual equivalente más elevada, comparándola con otros mecanismos de disposición de fondos;

v. los gastos asociados al mantenimiento de las cuentas obligatorias que el acreditado tenga que dar de alta obligatoriamente para el registro de las operaciones de pago y de disposición del crédito;

vi. un ejemplo representativo que ilustre sobre la *tasa anual equivalente* y el importe total adeudado por el consumidor;

vii. el importe de cualquier coste que adeude al notario al consumidor al suscribir el contrato de crédito;

viii. la obligación, de haberla, de celebrar un contrato de servicios accesorios vinculados con el contrato de crédito cuando ello sea obligatorio para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas;

ix. una enumeración exhaustiva de las garantías exigidas;

x. información sobre la forma en que se determinará, en su caso, la compensación que podrá exigir el prestamista en caso de reembolso anticipado del crédito;

xi. una referencia al derecho del consumidor a ser informado de forma inmediata y gratuita del resultado de la consulta de cualquier base de datos que acreedor deba consultar para analizar preceptivamente su solvencia;

xii. una copia del proyecto de contrato de crédito;

xiii. una indicación de que el precio ofrecido al acreditado de manera personalizada se ha basado en un tratamiento personalizado;

xiv. una indicación acerca del periodo de tiempo durante el cual el prestamista estará vinculado por la información precontractual proporcionada;

xv. una referencia a la posibilidad de que el consumidor pueda recurrir a algún mecanismo extrajudicial de reclamación y recurso y la forma en que puede tener acceso a él;

xvi. una advertencia sobre cuáles serán las consecuencias jurídicas y financieras del incumplimiento de los compromisos alcanzados por el acreditado; y

xvii. un calendario de reembolsos que incluya todos los pagos y reembolsos a lo largo del periodo de vigencia del contrato de crédito, incluidos los pagos y reembolsos por cualquier servicio accesorio relacionado con el contrato de crédito.

3. Contratación de créditos al consumo

A. Principios generales

Al tiempo de producirse la contratación de un crédito con finalidad de consumo regido por la Directiva, esta establece que quedará terminantemente prohibida la concesión de crédito a consumidores que no la hayan solicitado previamente. Bien al contrario, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de introducir en sus respectivos ordenamientos jurídicos normas que aseguren que los prestatarios no presuman el consentimiento de los consumidores para la celebración del contrato, obligándolos a recoger el consentimiento mediante un acto afirmativo inequívoco y claro que manifieste la libre, concreta, informada e inequívoca aceptación por parte del consumidor del contrato y de todo su contenido. A estos efectos, se prohíbe expresamente que los prestamistas marquen por defecto las distintas casillas que puedan aparecer en el documento contractual y que puedan suponer una presunción de aceptación (total o parcial) de las condiciones del contrato.

B. Evaluación preceptiva de la solvencia del consumidor

La Directiva obliga a toda entidad que ponga a disposición de un consumidor un determinado crédito a que, antes de la contratación, verifique en profundidad el grado de solvencia del deudor (siendo obligatoria la consulta de bases de datos de solvencia y morosidad) y adopte las medidas oportunas para prevenir el endeudamiento excesivo y las prácticas de préstamo irresponsables.

Cuando se detecten situaciones de sobreendeudamiento o prácticas de préstamo irresponsables, el acreedor habrá de advertir de ello al consumidor y deberá abstenerse de poner a disposición del deudor el crédito hasta que el resultado de una nueva operación

de solvencia no indique que el consumidor podrá hacer frente, de forma probable, a todas sus obligaciones crediticias de manera responsable.

C. Forma que deberá revestir el contrato de crédito al consumo y requisitos mínimos

El contrato de crédito al consumo deberá instrumentarse necesariamente en papel o en cualquier otro soporte duradero y que proporcione a todas las partes contratantes una copia íntegra del contrato. En el documento contractual, deberá figurar como mínimo la siguiente información:

i. el tipo de crédito;

ii. la identidad, dirección, número de teléfono y dirección de correo electrónico de todas las partes contratantes (así como, en su caso, del intermediario de crédito);

iii. el importe total del crédito y las condiciones que rigen la disposición de fondos;

iv. la duración del contrato de crédito;

v. en caso de créditos en forma de pago aplazado de bienes o servicios o en el caso de contratos de crédito vinculados, los bienes o servicios específicos y su precio al contado;

vi. el tipo de interés deudor y la *tasa anual equivalente*;

vii. el importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y, cuando proceda, el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes;

viii. en caso de amortización de capital de un contrato de crédito de duración fija, una referencia al derecho del consumidor a recibir gratuitamente un extracto de cuenta, en forma de cuadro de amortización, previa solicitud;

ix. una indicación de cuánto debe pagarse en términos de comisiones e intereses, así como de cualquier gasto de mantenimiento de todas aquellas cuentas obligatorias que se deban dar de alta para registrar tanto las operaciones de pago como de disposición;

x. el tipo de interés de demora y de cualquier gasto que se devengue por impago;

xi. una advertencia sobre las consecuencias en caso de impago;

xii. en su caso, una declaración que establezca el abono de gastos de notaría;

xiii. en su caso, las garantías y los seguros exigidos;

xiv. la existencia o ausencia del derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio y las condiciones que resulten aplicables;

xv. una referencia al derecho de reembolso anticipado y el procedimiento aplicable para el ejercicio de tal derecho;

xvi. una descripción del procedimiento que habrá de seguirse para ejercer el derecho de poner fin al contrato de crédito;

xvii. la advertencia de la posibilidad que se reconoce al deudor de someterse a mecanismos extrajudiciales de reclamación (y de recurso), así como la forma en que puede tener acceso a tales sistemas alternativos de resolución de conflictos;

xviii. las demás condiciones del contrato;

xix. el cuadro de amortización; y

xx. el nombre y dirección de la autoridad supervisora competente.

D. Ventas combinadas y vinculadas. Especial referencia a los seguros asociados al crédito

Con carácter general, se prohíben las ventas vinculadas, que son las ofertas o concesiones de crédito en un paquete con otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de crédito no se ponga a disposición del consumidor por separado.

Los Estados miembros podrán permitir que los prestamistas exijan la contratación de una póliza de seguro, en cuyo caso los prestamistas deberán aceptar las pólizas de seguro distintas de las propuestas por ellos, siempre que tengan un nivel de garantía equivalente. Además, se introducen dos novedades: la contratación de una póliza de un asegurador distinto al propuesto por el prestamista no puede suponer la modificación de las condiciones de la oferta del crédito; y se debe conceder un plazo mínimo de tres días para que el consumidor pueda comparar la oferta de seguro ofrecida por el prestamista con las de otros operadores.

E. Derecho de desistimiento posterior a la contratación

La Directiva prevé que todo consumidor debe tener un periodo mínimo de desistimiento, que será de catorce días naturales contados desde el día de celebración del contrato o desde la fecha en que el consumidor recibe las condiciones contractuales y la información.

Para ejercitar el derecho de desistimiento, el ordenamiento jurídico de cada Estado obligará al consumidor a notificarlo al prestamista, en papel o en cualquier otro soporte duradero, y a que pague al prestamista el capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha disposición del crédito y la fecha de reembolso total del capital.

Si el prestamista no cumple con sus obligaciones relativas al derecho de desistimiento, el plazo expirará en todo caso transcurridos doce meses y catorce días desde la celebración del contrato.

4. Habilitación para el establecimiento de limitación de costes máximos

Los Estados miembros deben fijar medidas para limitar los tipos deudores, las tasas anuales equivalentes y los costes totales, y a establecer prohibiciones o limitaciones en relación con las comisiones. Según se expone en el considerando 73, la fijación de límites máximos o la regulación de intereses usurarios (con normas como las que ya existen en España) son medidas adecuadas para conseguir ese objetivo.

5. Modificación de los contratos de crédito al consumo

La Directiva permite que los contratos de crédito al consumo sean susceptibles de modificación por el prestamista, siempre que este informe por escrito al acreditado acerca de los siguientes extremos:

i. descripción clara de los cambios propuestos, especificando cuáles vienen explicados por algún cambio legal obligatorio y vinculante para las partes, cuáles requieren el previo consentimiento del consumidor, y cuáles no;

ii. calendario para la aplicación de las modificaciones; y

iii. descripción de los medios de reclamación que se hallan a disposición del prestatario en relación con las modificaciones introducidas, así como el plazo para la presentación de aquella hipotética reclamación y el nombre y dirección de la autoridad competente ante la cual podrá presentarse la reclamación.

Además, si entre las modificaciones operadas se encontrara una modificación del tipo deudor, la información deberá completarse con el importe de los pagos que deben hacerse tras la entrada en vigor del nuevo tipo deudor.

6. Terminación de contratos de crédito sujetos a una duración indefinida

En aquellos casos en los que el contrato de crédito al consumo tenga una duración indefinida, se prevé el derecho de ambas partes a poner fin al contrato en cualquier momento, salvo en el caso en que las partes hayan pactado darse respectivamente un preaviso. Ese preaviso será de, como máximo, un mes para el deudor y de dos meses para la entidad acreedora.

7. Otras normas de conducta impuestas por la directiva en relación con los contratos de crédito al consumo

A. Estándares exigibles a las entidades prestamistas

El conjunto de obligaciones formales que han quedado descritas anteriormente habrán de venir completadas por el riguroso cumplimiento, por los acreedores, de unos estándares básicos de diligencia. En concreto, la Directiva impone a los profesionales de la concesión de crédito que actúen siempre bajo criterios de honestidad, imparcialidad, transparencia

y profesionalidad, y que siempre tengan en cuenta los derechos e intereses de los consumidores.

B. Formación del personal al servicio de las entidades acreedoras

La Directiva impone a los Estados miembros la obligación de introducir en sus ordenamientos jurídicos normas que aseguren que el personal al servicio de las entidades prestamistas tenga (y mantenga) un nivel adecuado (y actualizado) de conocimientos técnicos y competencias en materia de elaboración, ofrecimiento y concesión de los contratos de crédito regidos por la norma comunitaria. También se deberá asegurar que el personal conoce eficazmente y aplica la normativa aplicable.

C. Medidas de educación financiera de los consumidores

A fin de garantizar los más altos estándares de protección de los consumidores, la Directiva establece que los Estados miembros tengan la obligación de adoptar todas aquellas medidas necesarias para asegurar que los consumidores disponen de una educación financiera suficiente, que les permita entender el sistema de concesión de créditos al consumo y entender la responsabilidad que deben asumir al contratar préstamos y gestionar sus deudas.

D. Situaciones de morosidad

La norma comunitaria prevé que, en aquellos casos en que un deudor incurra en una situación de morosidad, el ordenamiento jurídico del Estado miembro incorpore medidas razonables encaminadas a evitar los procedimientos de ejecución y adoptar cuantas medidas de reestructuración sean necesarias para reestructurar o refinanciar la deuda, en todo o en parte. En particular, la Directiva prevé que los Estados incluyan en sus respectivas normativas nacionales mecanismos de refinanciación total o parcial de la deuda dimanante de un contrato de crédito al consumo, y/o la adopción de modificaciones contractuales (ampliación de la vigencia del contrato, cambio del tipo deudor, ofrecimiento de un periodo de carencia, condonaciones totales o parciales de deuda, etc.), todo ello a los efectos de proteger al consumidor frente a situaciones de impago.

E. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos

Los Estados habrán de garantizar que los consumidores que sean parte de un contrato de crédito al consumo puedan acceder a procedimientos alternativos de resolución extrajudicial de conflictos con el acreedor o con cualquier entidad intermediaria. Tales mecanismos habrán de venir presididos por las siguientes características: adecuación, rapidez y eficacia.

[España]

Escritos de recurso de casación y de oposición civiles. Condiciones extrínsecas

Acuerdo de 8 de septiembre de 2023, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de recurso de casación y de oposición civiles

En virtud de la habilitación a la Sala del Gobierno del Tribunal Supremo para determinar, mediante acuerdo, la extensión máxima y otras condiciones formales de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación que deban ser presentados, que se prevé en el apartado 8.º del artículo 481 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (la "LEC"), se ha adoptado el Acuerdo de 8 de septiembre de 2023, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de recurso de casación y de oposición civiles (el "Acuerdo"), que se publicó el pasado 21 de septiembre en el *Boletín Oficial del Estado*.

Los principales requisitos formales que deberán reunir los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación dirigidos a la Sala Primera del Tribunal Supremo son los siguientes:

A. Extensión máxima

Tanto los escritos de interposición del recurso de casación como los escritos de oposición tendrán una extensión máxima de 50.000 caracteres con espacios, equivalente a 25 folios (incluyendo notas a pie de página, imágenes, esquemas o gráficos).

El número de caracteres del recurso o de la oposición deberá ser certificado al final del escrito por la representación letrada de la parte que presente el escrito y, si se superara la citada extensión máxima, deberán justificarse las circunstancias especiales que, en su caso, concurren para sobrepasar ese límite.

B. Formato

Las reglas de formato que deberán cumplir los escritos de recurso y de oposición son las siguientes:

i. La fuente obligatoria será "Times New Roman", con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en notas a pie de página y en la transcripción literal de normas o párrafos de sentencias.

ii. El interlineado será de 1,5 y todos los márgenes (horizontales y verticales) de 2,5 cm.

iii. Todos los folios estarán numerados en la esquina superior derecha del folio y los documentos serán debidamente identificados y numerados.

Y el escrito cumplirá con las exigencias del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial

del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET; y de la Resolución de 15 de diciembre de 2015, de la Secretaría General de la Administración de Justicia, por la que se aprueba el modelo de formulario normalizado previsto en el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET.

C. Documentos que deberán acompañarse al recurso

El Acuerdo regula igualmente la preceptiva aportación de documentos anexos al recurso de casación. En concreto, serán los siguientes:

– Poder para pleitos

i. Copia de la resolución dictada en primera instancia y copia de la resolución impugnada; y, en su caso, copia de los respectivos autos de aclaración, rectificación, complemento o subsanación de estas resoluciones.

ii. Copia del resguardo de constitución del depósito para recurrir en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales de la correspondiente Audiencia Provincial.

iii. Copia del documento que acredite el cumplimiento de los requisitos del artículo 449 de la LEC, cuando sea pertinente.

– Carátula que deberá preceder al recurso

Finalmente, la novedad más destacada del Acuerdo es que, para cumplir con la finalidad de permitir al Tribunal Supremo ganar en agilidad en la tramitación de los recursos, se incorpora la obligación de unir al escrito de interposición del recurso una carátula cuyo contenido ha publicado el Consejo General del Poder Judicial en su página web.

El contenido de la carátula, que precederá al recurso, será el siguiente:

i. identificación del recurrente o recurrentes, y de su/s procurador/es y abogado/s;

ii. identificación de la resolución recurrida;

iii. determinación del cauce de acceso a la casación (interés casacional o procedimiento de tutela de derechos fundamentales, al haber desaparecido el cauce de acceso por razón de la cuantía);

iv. indicación de si se trata de un recurso de tratamiento preferencial, y el fundamento de la preferencia;

v. enunciación, para cada motivo de recurso, de la norma procesal o sustantiva infringida, del resumen de la infracción cometida y de la modalidad de interés casacional que se invoca;

vi. resumen de la doctrina jurisprudencial que se interesa de la Sala, en su caso;

vii. pronunciamientos que se interesan sobre el objeto del pleito;

viii. justificación de la superación de la extensión máxima prevista, en su caso; y

ix. petición sobre la celebración de vista, en su caso.

El contenido de la carátula no sustituye en modo alguno al del recurso, que igualmente deberá cumplir con los requisitos anteriores para que pueda superar el filtro de admisibilidad.

Resolución de conflictos transfronterizos. Comercio *on-line*

Recomendación (UE) 2023/2211 de la Comisión, relativa a los requisitos de calidad de los procedimientos de resolución de litigios ofrecidos por los mercados en línea y las asociaciones empresariales de la Unión

La Comisión Europea ha constatado que, en el marco de las compras *on-line* efectuadas por los consumidores europeos, cada vez es más común que se ofrezca a los consumidores la posibilidad de dirimir posibles diferencias con un vendedor de un bien o un prestador de un servicio a través del recurso a *procedimientos de resolución alternativa de litigios*. A los efectos de mejorar el funcionamiento de los sistemas alternativos de resolución de conflictos transfronterizos, la Comisión ha dictado una Recomendación que tiene por objeto fomentar que quienes articulan esos mecanismos y quienes se someten a ellos puedan encontrar cauces de resolución de controversias que se caractericen por su *alta calidad*, por su *eficacia garantizada* y por la *imparcialidad* con la que se resuelven las diferencias entre las partes.

En ese sentido, la Comisión recomienda que todos los empresarios que ofrezcan a los consumidores estos sistemas alternativos de resolución de diferencias lo hagan aplicando los principios inspiradores que se indican en la Directiva 2013/11/UE, que son los siguientes:

i. *Conocimientos especializados, independencia e imparcialidad*. Se recomienda que las personas encargadas de la tramitación y resolución de los expedientes dispongan de formación suficiente en derecho y tengan las competencias necesarias para la llevanza de reclamaciones de consumidores. Además, tales personas deben ser independientes e imparciales, y a tal efecto debe garantizarse que no reciben instrucciones de su empresario ni de ninguna de las partes, y deberán tener un sistema de remuneración que no guarde ninguna relación con el resultado del procedimiento.

ii. *Eficacia*. El procedimiento de resolución de conflictos deberá ser articulado de manera que su existencia sea conocida por los consumidores; su acceso sea gratuito (o a cambio de un precio simbólico) y fácil (accesible *on-line* para todas las partes); y que para la tramitación no se requiera la asistencia de abogado o asesor jurídico. Además, se deberá garantizar que el proceso no dura más de noventa días, de forma que desde su incoación hasta su resolución no habrá de superarse este umbral temporal.

iii. *Equidad*. Para garantizar que el procedimiento se tramita y resuelve de forma equitativa entre las partes, se recomienda que se permita a las dos partes expresar su punto de vista y efectuar sus alegaciones en un plazo razonable; se dé acceso a todas las partes a las alegaciones y medios de prueba presentados por la otra parte; se recuerde a las partes que para la incoación y tramitación del procedimiento no es necesaria la asistencia de ningún profesional del derecho (abogado o asesor jurídico), aunque podrán recurrir a él si así lo desean; se notifique la resolución a ambas partes por escrito o en un soporte duradero; se advierta a las partes que la resolución puede ser aceptada o rechazada, tras concederles un plazo de reflexión razonable, indicando las consecuencias jurídicas de cada opción y asegurando que esa aceptación o rechazo se hace de manera expresa; y se subraye que la respuesta obtenida en el procedimiento alternativo de resolución de conflictos no impide a las partes acudir a la vía jurisdiccional, cuya respuesta puede ser distinta de la emanada del procedimiento alternativo.

2. Jurisprudencia

[España]

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo avala que la cuantía del procedimiento sea determinada en el incidente de tasación de costas y sin perjuicio de que en el decreto de admisión a trámite de la demanda se hubiera señalado una cuantía distinta, y concluye que el consumidor a cuyo favor se han concedido las costas no deja de obtener la reparación completa de los daños sufridos por una cláusula abusiva por el hecho de que la cuantía del procedimiento, que sirve como criterio para calcular esas costas, se fije como indeterminada

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

El asunto enjuiciado por el Tribunal Supremo tiene su origen en la demanda interpuesta por un cliente frente a su entidad financiera, en la que solicitaba la nulidad de determinadas cláusulas de un préstamo multidivisa. Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que dieron lugar a esta sentencia no tienen por objeto esa petición de nulidad, sino que versan sobre determinadas cuestiones relativas a la cuantía y las costas del procedimiento.

En su demanda, la parte actora determinó que la cuantía era de 118.926,60 euros, correspondiente al saldo deudor del préstamo en la fecha de interposición. En el decreto de admisión a trámite de la demanda se fijó en ese importe la cuantía del procedimiento. La entidad financiera demandada recurrió el decreto en reposición, solicitando que la cuantía se fijara como indeterminada. Ante la desestimación del recurso, reprodujo su alegación en la audiencia previa al juicio y el juez acordó que resolvería la cuestión en sentencia.

La sentencia de primera instancia, que estimó la demanda y condenó a la entidad demandada al pago de las costas, sin embargo, no se pronunció sobre la cuantía del procedimiento. A solicitud

de la parte demandada se dictó auto de complemento en el que se declaraba que la cuantía del procedimiento debía fijarse como indeterminada, a diferencia de lo que se había resuelto inicialmente con ocasión de la admisión a trámite de la demanda. El demandante interpuso recurso de apelación frente a la sentencia, con impugnación solo del pronunciamiento relativo a la cuantía del procedimiento.

La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4.ª) dictó sentencia desestimatoria del recurso de apelación y concluyó que, dado que en este caso la fijación de la cuantía únicamente tendría consecuencias prácticas en relación con el cálculo de las costas, debía valorarse y resolverse lo que correspondiera en sede del incidente de tasación. La parte demandante recurrió la sentencia de apelación ante el Tribunal Supremo, e interpuso tanto recurso extraordinario por infracción procesal como recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal cuestionaba las decisiones adoptadas sobre el momento procesal y la forma en que debe fijarse la cuantía del procedimiento. Consideraba, en síntesis, que resulta incorrecto relegar la disputa sobre la cuantía al incidente de tasación de costas cuando el decreto de admisión a trámite de la demanda ya había fijado una cuantía y esta no se había discutido en la contestación a la demanda.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestima el recurso. La sentencia pone de manifiesto que la fijación de la cuantía no integra el objeto de la tutela judicial que se pretende, sino que se trata de una cuestión instrumental, por lo que no tiene sentido que sea la única cuestión debatida en recursos de apelación o extraordinarios, y la discrepancia al respecto no implica que se haya producido indefensión o vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Supremo toma en consideración que, habida cuenta de la insuficiente regulación legal sobre la materia, y dado que la fijación de la cuantía del procedimiento puede tener distintas funciones (determinar el tipo de procedimiento a seguir o la posibilidad de acceso a casación en determinados casos —conforme a la redacción de la norma anterior al Real Decreto-ley 5/2023— y sirve de criterio para el cálculo de los honorarios de letrado, entre otras funciones), procede debatir y resolver las eventuales discrepancias sobre la cuantía en el trámite procesal más adecuado según la función concreta que la determinación de la cuantía vaya a cumplir en cada caso.

Con base en lo anterior y en lo establecido en el artículo 255 de la LEC, la sentencia considera que en el procedimiento ordinario el demandado debe impugnar la cuantía en su escrito de contestación cuando entienda que su correcta determinación habría conducido a la sustanciación de otro tipo de procedimiento (juicio verbal) o permitiría un eventual recurso de casación, y esa impugnación debe resolverse en la audiencia previa al juicio. Sin embargo, en los casos en los que la cuantía no afecte al tipo de procedimiento o al acceso a casación, el demandado no tiene la carga de impugnar la cuantía que se recoja en el decreto de admisión a trámite de la demanda —que carece a estos efectos de fuerza de cosa juzgada—, y el juez no tiene por qué fijar la cuantía en la audiencia previa. Así, la sentencia avala que la cuantía del procedimiento se fije en el incidente de tasación de costas cuando tenga por propósito utilizarse para valorar si el cálculo de los honorarios de la defensa letrada que se reclamarán en concepto de costas es adecuado, teniendo en

cuenta que la discrepancia sobre la cuantía no afectaba a la clase de procedimiento ni al acceso a los recursos.

El Tribunal Supremo también rechaza otro de los argumentos expuestos por la parte recurrente, que consideraba infringido el artículo 117.3 de la Constitución por permitirse al letrado de la administración de justicia decidir sobre una cuestión, la fijación de la cuantía, que debiera supuestamente residenciarse en los órganos jurisdiccionales. La sentencia destaca que sea cual sea el momento procesal en el que el letrado de la administración de justicia fije la cuantía —en el decreto de admisión a trámite o en el incidente de tasación de costas—, su decisión está sometida a revisión judicial, por lo que en modo alguno concurre la alegada infracción.

En el recurso de casación, por su parte, se argumentaba que la fijación de la cuantía como indeterminada suponía una vulneración del derecho de todo consumidor a quedar indemne y obtener una reparación completa por los daños causados por las cláusulas abusivas, en cuanto que repercute negativamente en la determinación del importe de las costas a cuyo pago resulta condenada la entidad financiera predisponente.

El Tribunal Supremo desestima también este recurso, haciendo remisión a lo que había resuelto ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") en su sentencia de 7 de abril de 2022 (asunto C-385/20): "*No es contrario al principio de efectividad que el litigante vencido no reembolse al consumidor que ha visto estimadas sus pretensiones la totalidad de los honorarios de abogado que ha satisfecho*". La sentencia pone de relieve que, en todo caso, la norma sobre limitación de los honorarios de abogados del artículo 394.3 de la LEC y la posibilidad de modular ese límite comportan que el ordenamiento jurídico español cumple con los requisitos que el Tribunal de Justicia tiene establecidos para determinar que la regulación normativa de la imposición de costas no disuade a los consumidores de solicitar la protección que brinda la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que la facultad del consumidor de oponer la existencia de cláusulas abusivas en un procedimiento de ejecución hipotecaria precluye una vez este ha concluido y la propiedad del bien inmueble ha sido transmitida, sin que ello impida la posibilidad de una ulterior acción indemnizatoria por el perjuicio que la aplicación de estas cláusulas abusivas hubiere podido ocasionar

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 2023

La sentencia aquí reseñada estudia, en primer lugar, la posibilidad que tiene un consumidor de oponer y hacer valer la existencia de cláusulas abusivas que han dado lugar a la ejecución hipotecaria de un inmueble una vez que el procedimiento hipotecario ha concluido y la propiedad del inmueble ha sido transmitida. En el caso de autos, la parte demandante y recurrente en casación ante el Tribunal Supremo se había visto abocada a un procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud de una cláusula abusiva que permitía vencer anticipadamente el préstamo hipotecario por el impago de una sola cuota hipotecaria. La abusividad de esta cláusula no había sido suscitada en el procedimiento hipotecario ni tampoco había sido examinada de oficio por el juez. El Tribunal Supremo aplica la doctrina jurisprudencial del TJUE emanada de sus sentencias de 17 de mayo de

2022 (asunto C-600/19) y de 7 de diciembre de 2017 (asunto C-598/15) y señala que, una vez el procedimiento de ejecución hipotecaria ha concluido y la propiedad del inmueble ha sido transmitida, un consumidor no puede alegar la posible existencia de cláusulas abusivas para obtener la anulación de la transmisión de la propiedad.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo señala, con fundamento en la mencionada sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022, que este límite temporal para alegar la existencia de una cláusula abusiva no impide que, después de la ejecución hipotecaria, el consumidor que ha perdido la propiedad de su vivienda hipotecada por la aplicación de una cláusula abusiva pueda ejercitar un procedimiento declarativo contra el predisponente para obtener la reparación económica que su aplicación le ha originado.

En tercer lugar, la sentencia analiza la posible existencia de enriquecimiento injusto por el hecho de que una vivienda sea adjudicada en el procedimiento de subasta hipotecaria por un importe muy inferior al de su valor de tasación. En el caso de autos, la vivienda había sido adjudicada a la entidad bancaria acreedora por la suma total de la deuda hipotecaria que restaba por saldar, inferior al 50 % de su valor de tasación.

En lo referente a esta cuestión, la Sala Primera del Tribunal Supremo reitera su doctrina y realiza dos importantes matizaciones: (i) las normas procesales españolas que regulan el procedimiento de ejecución hipotecaria amparan la adjudicación del inmueble ejecutado por un valor muy inferior al de tasación; y (ii) pese a ello, puede apreciarse la existencia de un enriquecimiento injusto si el adjudicatario del inmueble lo revende en un intervalo de tiempo corto desde su adjudicación por un valor muy superior obteniendo una importante plusvalía. En el supuesto analizado, al no haber existido reventa por parte de la entidad adjudicataria, nuestro Alto Tribunal concluye que no cabe apreciar enriquecimiento injusto, por lo que desestima el recurso interpuesto.

El Tribunal Supremo declara que el juicio de desahucio instado por precario no es idóneo para obtener el lanzamiento del deudor ejecutado ocupante del inmueble por quien no puede ser considerado un tercero ajeno al ejecutante

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 2023

Se somete a la consideración del Alto Tribunal un procedimiento promovido por una sociedad mercantil frente a los ignorados ocupantes de una vivienda, en ejercicio de una acción de desahucio por precario.

Los demandados habían constituido sobre la vivienda una hipoteca en garantía de un préstamo que dejó de pagarse en 2012, lo que motivó que la entidad prestamista iniciara frente a ellos un procedimiento de ejecución hipotecaria. Tras la subasta, la entidad, que resultó adjudicataria de la vivienda, cedió el remate a una sociedad participada por ella, que, a su vez, la aportó a una tercera sociedad (la demandante en el procedimiento de desahucio) mediante aportación no dineraria, deviniendo esta propietaria y titular registral de la vivienda. En el momento de interponerse la demanda, la socia única de esta última sociedad era también la entidad prestamista.

En primera instancia, se desestimó la demanda al considerarse que no concurrían los requisitos para el éxito de la acción de desahucio. La sociedad demandante formuló recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial.

Los demandados interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación en el que cuestionaban si, en este supuesto —en el que la sociedad demandante es una sociedad unipersonal en la que su único socio es la entidad financiera ejecutante y adjudicataria—, la entrega de la posesión de la vivienda litigiosa y la eventual suspensión del lanzamiento deben tramitarse mediante juicio de desahucio instado por precario o si, por el contrario, debe hacerse dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria.

El Tribunal Supremo acoge la postura de los demandados y afirma que no se puede considerar tercero ajeno al procedimiento de ejecución hipotecaria a la sociedad demandante cuyo título proviene de una transmisión onerosa llevada a efecto al margen del procedimiento hipotecario, dadas las conexiones existentes con la acreedora ejecutante y adjudicataria.

En vista de lo anterior, el Alto Tribunal concluye que el juicio de desahucio instado por precario no es idóneo para obtener el lanzamiento del deudor ejecutado ocupante del inmueble por quien no puede ser considerado un tercero ajeno al ejecutante; luego la entrega de la posesión de la vivienda litigiosa y la eventual suspensión del lanzamiento deben sustanciarse dentro del propio procedimiento de ejecución hipotecaria.

El Tribunal Constitucional analiza si el hecho de no condenar en costas a una entidad, declarada la abusividad de las cláusulas no negociadas, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 11 de septiembre de 2023

La controversia tiene su origen en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que, pese a que el Juzgado había declarado la abusividad de las cláusulas suelo, de intereses moratorios y de vencimiento anticipado contenidas en el contrato de préstamo y acordarse, en consecuencia, el sobreseimiento, no se hace, sin embargo, especial pronunciamiento en materia de costas por considerarse que la cuestión presentaba serias dudas de derecho como consecuencia de la constante evolución de la jurisprudencia aplicable.

Aunque la ejecutada recurrió en apelación este último pronunciamiento, pretendiendo así que se condenase a la entidad ejecutante al pago de las costas causadas, la Audiencia Provincial desestimó el recurso por entender que, al no existir ley procesal al respecto y presentar el caso serias dudas de derecho, no debía pronunciarse ni sobre las costas del proceso de ejecución ni sobre las de apelación.

El Tribunal Constitucional, a la hora de resolver el recurso de amparo interpuesto por la ejecutada, considera de aplicación la jurisprudencia del TJUE, recogida en, entre otras, sus sentencias de 16 de julio de 2020 y 7 de abril de 2022, y referida a la incompatibilidad con el principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, de un régimen que permita que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales de un procedimiento en el que

se haya estimado la pretensión principal sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual en cuanto que es un obstáculo que puede disuadir a los consumidores de ejercer su derecho a un control efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales.

La Sala destaca, asimismo, que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 4 de julio de 2017 y 17 de julio de 2020, también ha excluido, de forma específica, que en los litigios sobre cláusulas abusivas en los que la demanda del consumidor resulte estimada pueda aplicarse la excepción al principio de vencimiento objetivo en materia de costas basada en la existencia de serias dudas de derecho. Ello en la medida en que, de aplicarse esta excepción, no se restablecería la situación de hecho y de derecho del consumidor que se habría dado si no hubiera existido dicha cláusula y se produciría un efecto disuasorio inverso.

Todo ello lleva al Tribunal Constitucional a declarar vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva y a ordenar la retroacción de actuaciones al momento anterior al pronunciamiento del Juzgado para que este dicte una nueva resolución respetuosa del derecho fundamental vulnerado.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la prohibición de condena con reserva de liquidación y el alcance de la previsión del artículo 219 de la LEC

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2023

El caso analizado aquí por el Tribunal Supremo trae causa de la demanda interpuesta por una sociedad frente a su contraparte en un contrato de distribución con base en el incumplimiento de esta de su obligación de adquirir de la demandante una determinada cantidad mínima de productos al año para su posterior distribución. La distribuidora se opuso alegando, en esencia, que, en la medida en que la cláusula simplemente le obligaba a "*realizar sus mayores esfuerzos*" para comprar la cantidad mínima establecida, la obligación no podía considerarse de resultado, sino de medios.

El Juzgado de Primera Instancia concluyó que se trataba de una obligación de resultado, pero acogió la pretensión subsidiaria de la demanda y redujo el alcance de la condena, posponiendo su cuantificación al trámite de ejecución de sentencia. La mercantil demandada recurrió la sentencia en apelación, recurso que fue desestimado, para posteriormente interponer sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia de apelación.

En lo que aquí interesa, en el recurso extraordinario por infracción procesal, se denunciaba que el fallo de la sentencia de primera instancia contenía una condena con reserva de liquidación prohibida por la normativa procesal, al posponer su cuantificación al trámite de ejecución de sentencia.

El Tribunal Supremo desestima el recurso argumentando que debe hacerse una interpretación flexible de los artículos 209 y 219 de la LEC que salvaguarde el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva de las partes; que la previsión del artículo 219.2 de la LEC no es una prohibición, sino una limitación que lo que excluye es que se difiera la liquidación de la condena sin un motivo razonable para ello; y que se debe aplicar un criterio de ponderación de las circunstancias del caso para determinar si, a la vista de la mayor o menor complejidad del asunto, la cuantificación de

la condena debe remitirse a un proceso posterior o al incidente de ejecución. Y concluye que, en este caso, su diferimiento al trámite de ejecución está justificado, ya que debe realizarse sobre las bases fijadas con precisión en la sentencia de primera instancia y puede obtenerse sin excesivas dificultades mediante un informe pericial.

El Tribunal Supremo inadmite por extemporáneo un recurso de casación al considerar efectuada en fraude procesal y a los únicos efectos de ampliar el plazo para recurrir una solicitud de rectificación de sentencia por un error aritmético de un céntimo de euro en la condena

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2023

En el supuesto enjuiciado se solicitaba la condena al pago de unas cantidades por la extinción de un contrato de agencia. La sentencia de apelación fijó la indemnización por clientela en 290.694,62 euros, lo que motivó que la demandante solicitase la rectificación de un error aritmético y se dictase auto de aclaración elevando la indemnización en un céntimo de euro, hasta los 290.694,63 euros.

Tras ello, la demandante interpuso recurso de casación por motivos relacionados con el cálculo de la indemnización por clientela y la interpretación de los contratos. El recurso fue admitido a trámite, pero, a la hora de decidir el recurso, el Alto Tribunal consideró que se había interpuesto fuera de plazo.

En primer lugar, el Tribunal Supremo recuerda que los autos de aclaración, rectificación y subsanación o complemento de sentencias se integran como un todo unitario en la sentencia aclarada, rectificada o completada. Por ello, los plazos comienzan a correr de nuevo, en su integridad, tras las peticiones de aclaración, rectificación y subsanación o complemento, sin que, como regla general, se pueda juzgar la mayor o menor corrección de lo solicitado en el escrito de aclaración o rectificación.

No obstante, esa regla general tiene como límite el fraude procesal, pues, de existir este, tales solicitudes no interrumpirían el plazo del recurso. En el caso examinado, el Tribunal Supremo dispone que la petición de rectificación de error aritmético por un solo céntimo "*era totalmente inocua respecto del sentido de la resolución dictada por la Audiencia Provincial e incluso el derecho material de la demandante, por lo que debe ser declarada manifiestamente improcedente en el sentido indicado, ya que constituyó un fraude procesal para ampliar artificialmente el plazo legal de interposición del recurso de casación*".

La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia por entender que concurre la causa de extinción del poder testatorio otorgado por el cónyuge difunto al cónyuge viudo prevista en el art. 48 de la Ley Foral Vasca si el cónyuge superviviente mantiene una relación sentimental seria, estable y dirigida al matrimonio

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 3.ª, de 4 de mayo de 2023

La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao estima el recurso de apelación interpuesto por las demandantes y declara la nulidad de la disposición testamentaria que había efectuado el esposo respecto de la herencia de su difunta esposa, revocando la sentencia desestimatoria del Juzgado de primera Instancia e Instrucción n.º 6 de Getxo.

Mediante escritura pública otorgada el 6 de mayo de 2004, el cónyuge viudo ejercitó el poder testatorio que le había conferido su esposa y otorgó testamento en el nombre de esta y suyo propio, por el que dejó sin efecto el legado efectuado por su esposa en su testamento a favor de su hija y las hijas de esta, demandantes en el procedimiento.

En concreto, las actoras alegan que el poder testatorio conferido por la esposa a favor de su cónyuge —que habilitó al marido para modificar el testamento— se encontraba extinto al momento de otorgar la escritura referida *ut supra*, en mayo de 2004, por concurrir la causa legal prevista en el art. 48.4 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (la "LDCV"). Esta disposición determina que se extinguirá el poder testatorio, "*cuando el cónyuge-comisario contraiga ulteriores nupcias, lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo que el testador hubiere dispuesto expresamente lo contrario*". Y resulta que, en el momento de la modificación del testamento, el cónyuge viudo mantenía una relación sentimental, que culminó con la perfección de un expediente matrimonial canónico el 14 de mayo de 2003.

El Juzgado *a quo* entendió que no concurría la causa de extinción del poder testatorio del art. 48.4 LDCV, ya que "*no existe convivencia bajo techo común y no hay conjunción de patrimonios*", por lo que, a su juicio, no podía entenderse que el cónyuge viudo llevase vida marital de hecho. Sin embargo, la Sala estima el recurso y señala que de las pruebas obrantes en autos puede deducirse fácilmente "*la existencia de una relación sentimental seria, estable y dirigida al matrimonio*", puesto que el cónyuge viudo ya se encontraba comprometido y contrajo matrimonio apenas una semana después de modificar el testamento.

En ese sentido, la Sala toma en cuenta que, si bien el comisario cónyuge ostenta la libertad de disposición que dicho poder le confiere, siempre se ha de respetar la voluntad del causante, ya que esa es la ley fundamental de la sucesión por comisario *ex* art. 46 LDCV. En este caso, la Sala considera que el cónyuge viudo modificó el testamento con base en las malas relaciones con su hija surgidas a raíz de que empezase su nueva relación sentimental y pocos días antes de la boda —a sabiendas que después de las nupcias el poder testatorio quedaría extinto—. Por ello, declara la nulidad de la modificación testamentaria otorgada por el padre, que dejaba sin efecto el legado efectuado por su esposa en favor de su hija y nietas.

En el marco de un procedimiento surgido a raíz del intercambio de bebés en el momento de nacimiento por equivocación del hospital, el Tribunal Supremo analiza la legitimación de la parte actora para impugnar la filiación de la persona con la que fue intercambiada y concluye que el régimen común previsto en el Código Civil no reconoce a la demandante dicha legitimación

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

Tras tener conocimiento del procedimiento instado por el Ministerio Fiscal en el que se ejercitan acumuladamente acciones de reclamación e impugnación de filiación respecto de dos jóvenes que fueron intercambiadas erróneamente al nacer, una de las jóvenes interpone demanda para ejercitar, por un lado, acción de reconocimiento de paternidad y maternidad respecto de sus padres biológicos y, por otro lado, acción de impugnación de la filiación de la joven con la que fue intercambiada.

Tras estimarse la acción de reconocimiento de la filiación, tanto en primera como en segunda instancia se rechaza la legitimación activa de la demandante para impugnar la filiación de quien consta registralmente como hija de los padres biológicos de la actora, lo que da lugar al recurso de casación que resuelve la Excma. Sala en esta sentencia.

En primer lugar, en respuesta a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por el Ministerio Fiscal, el Alto Tribunal analiza los artículos 113 y ss. del Código Civil en concordancia con el artículo 766 de la LEC y recuerda que la acción de reconocimiento de filiación exige la previa impugnación de la filiación que consta en el Registro Civil. En el caso de autos, únicamente se había impugnado en un procedimiento anterior la filiación de la actora respecto de quien constaba registralmente como padre, por lo que entiende la Excma. Sala que quien figuraba en el Registro como madre de la actora debía haber sido llamada al procedimiento de determinación legal de la filiación. En virtud de lo anterior, estima la excepción de falta de legitimación pasiva y ordena la retroacción de actuaciones al momento de la audiencia previa.

En segundo lugar, por lo que respecta a la legitimación de la parte actora para impugnar la filiación de la otra joven, el Alto Tribunal recuerda que deben cohonestarse los principios de veracidad biológica, seguridad jurídica en las relaciones familiares y estabilidad de los estados civiles, pudiendo establecerse límites a la legitimación para el ejercicio de las acciones de filiación.

Partiendo de esas consideraciones, la Excma. Sala interpreta los artículos 136, 137 y 139 del Código Civil y concluye, por un lado, que la demandante carece de legitimación para impugnar la paternidad respecto de la joven con la que fue intercambiada, puesto que no se trata de ninguno de los sujetos previstos legalmente en los artículos 136 y 137 del Código Civil. Por otro lado, el Tribunal Supremo considera que la demandante, en su condición de heredera forzosa de la madre biológica (fallecida con anterioridad a que se iniciara el procedimiento), carece a su vez de legitimación para impugnar la maternidad de la otra joven. Así, realizando una interpretación literal del artículo 139 del Código Civil, la Excma. Sala rechaza que quepa reconocer legitimación a los herederos de la madre y establece que, si bien es cierto que existen modelos de derecho civil autonómico que podrían reconocer tal posibilidad, el sistema del Código Civil impide establecer

la legitimación de los herederos de la madre que fallece sin haber ejercitado la acción de impugnación de la maternidad.

La Audiencia Provincial de León, en aplicación del nuevo marco jurídico introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, determina la aplicación subsidiaria de las medidas de apoyo de carácter judicial frente a las de origen voluntario y la guarda de hecho. De esta forma, la Sala otorga preferencia a la última voluntad, deseos y preferencias de la incapaz sobre cómo quiere ser cuidada y quién quiere que la apoye, frente a una eventual medida de apoyo judicial instada por su hermana

Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 28 de julio de 2023

La Sala interpreta y aplica la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, valorándola junto con la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2022 y la Sentencia de la misma Sala de 23 de enero de 2023, en relación con la solicitud de provisión judicial de apoyos instada por la hermana de una mujer con discapacidad, que solicitaba la determinación judicial de medidas de apoyo conforme al informe médico forense.

El objeto de la controversia versa sobre la necesidad de dotar de medidas judiciales de apoyo a una mujer con alzhéimer, cuya guarda de hecho había sido otorgada a su sobrina cuando todavía contaba con capacidad suficiente para designarla. Así, el 10 de septiembre de 2018, la mujer con discapacidad otorgó escritura pública de autodelación de la tutela, en la que nombraba a su sobrina como tutora y, en su caso, curadora de su persona y bienes. En su defecto, nombraba a otra de sus sobrinas, excluyendo expresamente a su hermana. Asimismo, encargaba a sus sobrinas que, de manera eventual, instasen judicialmente su incapacitación y asumiesen su guarda de hecho hasta que recayese sentencia. Entre las voluntades establecidas en esa escritura, también manifestaba su deseo de ser cuidada y atendida en una residencia en la localidad de León, bajo la supervisión de su sobrina.

Pues bien, la Sala parte de la premisa de que la nueva normativa del régimen de provisión de apoyos judiciales introducido por la Ley 8/2021 tiene como objetivo último reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Trae también a colación la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal en esta materia, que señala que, entre sus elementos caracterizadores, se encuentra el fin de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Además, las referidas medidas han de estar "*inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales*".

Estas medidas, asimismo, deben conjugarse con la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. En relación con esto, una de las notas más importantes del nuevo régimen legal es que las medidas de apoyo judiciales han de ser subsidiarias tanto respecto de las medidas voluntarias

como respecto de la guarda de hecho. Así, en aplicación del artículo 255.IV del Código Civil, estas medidas solo han de aplicarse en defecto de medidas voluntarias o cuando estas resulten insuficientes.

En el caso analizado por la sentencia, la mujer con discapacidad había otorgado escritura pública en pleno ejercicio de las facultades que otorgan el artículo 255 y siguientes del Código Civil. Esto es, estableciendo lo que estimaba conveniente en relación con su persona y sus bienes mediante una serie de poderes y mandatos preventivos en previsión de futuras necesidades de apoyo.

La Sala concluye que en esta escritura pública habían quedado plasmadas su voluntad, deseos o preferencias, designando a su sobrina para que le brindase apoyo si llegara a necesitarlo, bien como guardadora de hecho, bien como tutora o curadora. De esta forma, de la prueba practicada en primera instancia y la audiencia de todas las partes implicadas, había quedado acreditado un enfrentamiento familiar entre el bloque que la consideraba adecuadamente cuidada y el bloque que coincidía en lo contrario solicitando la aplicación de las medidas judiciales de apoyo.

Sin embargo, la Sala, en aplicación del nuevo marco jurídico introducido por la Ley 8/2021, otorga preferencia a las medidas de origen voluntario y de guarda de hecho escogidas en 2018 por la mujer con discapacidad. Estas medidas son reflejo de su voluntad y deseo, que ha de ser preponderante. Así las cosas, solo procedería la adopción de medidas judiciales a falta o por insuficiencia de la voluntad de la persona necesitada de apoyo y de la guarda de hecho, lo que la Sala no considera acreditado por la prueba practicada. Además, la Sala recuerda que la guarda de hecho está sujeta a una serie de controles y garantías legales que permiten evitar un futuro y potencial abuso por parte de la guardadora de hecho.

Concursal. El Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona acuerda homologar el plan de reestructuración de Grupo Celsa propuesto por los acreedores y desestima la oposición formulada por los socios y Kutxabank

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, de 4 de septiembre de 2023

La sentencia acuerda la homologación del plan de reestructuración que fue propuesto por los acreedores de Grupo Celsa (el "Plan de Reestructuración" o el "Plan"), que, entre otros aspectos, prevé una capitalización de parte la deuda (mediante una operación acordeón), lo que conlleva en la práctica que los acreedores se convertirán en accionistas. Se desestima así la oposición formulada por los socios del Grupo Celsa (los "Socios") y por Kutxabank, S.A.

En primer lugar, la sentencia trata las cuestiones incidentales planteadas en los escritos de oposición: dos peticiones de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, dos cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y una cuestión de prejudicialidad civil en atención a los tres procedimientos seguidos ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid y del incidente de nombramiento de experto recurrido ante la Audiencia Provincial de Barcelona.

La primera solicitud de cuestión de prejudicialidad versa sobre la no participación del deudor en la elaboración del Plan de Reestructuración. Los Socios alegan que interpretar que el deudor no debe necesariamente participar en la elaboración del Plan supone una vulneración de la Carta de

Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La segunda de las cuestiones tiene que ver con la carencia de recurso por parte del deudor frente a la decisión judicial que apruebe el Plan, y si ello contraviene lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019 (la "Directiva").

El Juzgado rechaza la necesidad de elevar esas cuestiones prejudiciales y resalta que el deudor no es parte en el proceso de homologación (interpretación *a contrario sensu* de los artículos 612, 637, 640 y 684.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal ["TRLC"]) y que la normativa española garantiza suficientemente el derecho de las partes en el procedimiento de homologación y, por tanto, cumple con las exigencias de la Directiva.

En cuanto a las cuestiones de inconstitucionalidad, los Socios solicitaban que se promovieran por considerar que se estarían vulnerando el derecho fundamental a la igualdad y el derecho a la libertad de empresa, al excluir al deudor persona jurídica de la elaboración del Plan de Reestructuración, y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al no permitir al deudor intervenir en el proceso de homologación y poder formular la pertinente oposición.

La sentencia rechaza ambas cuestiones. En cuanto a la primera, considera, por un lado, que el derecho a la libertad de empresa reconocido en la Constitución española admite limitaciones o restricciones, justificadas por la primacía del interés general, la protección de los negocios viables y las legítimas expectativas de socios, trabajadores y acreedores. Por otro lado, que un régimen distinto para personas físicas y jurídicas está plenamente justificado y no atenta contra el principio de igualdad.

En lo que respecta a la segunda cuestión, la sentencia considera que estas limitaciones legales, como la posible participación del deudor en la elaboración de un Plan de Reestructuración, la solicitud de homologación y su aprobación, están solo previstas para supuestos concretos, como es el caso de un Plan de Reestructuración propuesto por los acreedores y, por lo tanto, resultan justificadas.

Por último, los Socios solicitaron la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil respecto de tres procedimientos seguidos ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid y del incidente de nombramiento de experto recurrido ante la Audiencia Provincial de Barcelona. Respecto a los primeros, cuyo objeto versaba de una u otra manera acerca de los distintos instrumentos financieros suscritos por el Grupo Celsa, la sentencia desestima la solicitud al considerar que la *vis atractiva* que ejerce el juez del concurso impide acoger cualquier fórmula de prejudicialidad. En cuanto al incidente de nombramiento de experto, ya había quedado sin objeto al haber sido desestimado el recurso interpuesto por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Una vez examinadas las cuestiones incidentales, la sentencia entra a examinar los motivos de oposición.

El primer motivo versa sobre si el Plan de Reestructuración reúne los requisitos formales que se prevén en los artículos 627 a 634 del TRLC y, en especial, en lo que respecta a su comunicación, contenido y forma. Estos motivos fueron formulados tanto por Kutxabank como por los Socios.

La sentencia concluye que no existe incumplimiento de los requisitos formales del Plan de Reestructuración, dado que la finalidad de estos requisitos es que la información que incorpora el Plan de Reestructuración sea suficiente para que los afectados puedan adoptar una decisión convenientemente informada y ejercer cuantos derechos les conceda la ley. Continúa afirmando que en un caso como el de autos, en el que el Plan es propuesto por los acreedores, no puede predicarse el mismo nivel de exhaustividad y minuciosidad que cuando participa el deudor. Además, el Juzgado considera que las posibles omisiones que tiene el Plan de Reestructuración en este caso concreto no han limitado el ejercicio de los derechos que asisten a las partes, porque no han restringido los derechos oposición de los socios, en la medida en que estos ya disponían de información exhaustiva sobre el deudor, y no han perjudicado el derecho de adhesión de ninguna de las partes afectadas.

Respecto a la comunicación y votación del Plan, la sentencia considera que el hecho de que la comunicación se haya efectuado el mismo día que se haya elevado a escritura pública del Plan no contraviene lo dispuesto en el artículo 627 TRLC, ya que no ha ocasionado perjuicio alguno a los acreedores (concretamente, a Kutxabank) ni tampoco les ha privado de ningún derecho.

Respecto del crédito de Kutxabank, la sentencia entiende acreditado el perfecto conocimiento que la entidad tiene del origen de su crédito, al estar en su poder los contratos en que esos créditos se hallan documentados y se desprende tanto de los pleitos existentes entre Kutxabank y Celsa como de la documentación aportada a ellos, unos créditos que, además, se encuentran en el perímetro de deuda sujeto al Plan de Reestructuración.

En el segundo motivo, los Socios alegan que Grupo Celsa no está en situación de insolvencia actual o inminente, de forma que el Plan carecería de uno de los presupuestos básicos para su homologación.

La sentencia, tras realizar un exhaustivo análisis de los dos informes de solvencia aportados por Grupo Celsa, descarta sus conclusiones, dado que ambos informes afirman que Grupo Celsa es solvente porque eliminan de la ecuación la totalidad de la deuda financiera por su naturaleza litigiosa. De esta forma, el Juzgado considera que resulta indiscutible la situación de insolvencia actual de Grupo Celsa, en la medida en que no puede atender al pago de los créditos financieros vencidos, líquidos y exigibles.

En el tercer motivo, los Socios alegan que el Plan de Reestructuración no ofrece una perspectiva razonable de evitar el concurso y de asegurar la viabilidad de Grupo Celsa, en el corto y medio plazo.

El Juzgado considera que las objeciones efectuadas en los informes de los Socios no pueden tenerse en cuenta y han de ser desestimadas, pues se basan en criticar aspectos como las proyecciones empleadas, cuando la pertinencia de estas fuentes y valoraciones ha quedado validada en el análisis del Grupo efectuado por el experto independiente, o el periodo de análisis escogido, cuando por *corto y medio plazo* se entienden siempre periodos inferiores a cinco años (y el elegido por Houlihan Lokey es de tres años).

En el cuarto motivo, los Socios consideran infringido el artículo 656 del TRLC, ya que, a su juicio, el Plan permite que los acreedores perciban un valor económico superior al valor de sus créditos previos a la reestructuración.

La sentencia considera que los informes aportados por los Socios realizan proyecciones extraordinariamente optimistas, que no se corresponden en muchos casos con el comportamiento histórico del grupo, ni justifican por qué se podrían mantener los márgenes que ahí se indican. Por su parte, los informes del experto independiente y de Deloitte coinciden en su resultado, se sitúan en línea de continuidad con las previsiones y tendencias anticipadas por organismos reputados y analistas reconocidos, y reflejan que la deuda de Grupo Celsa cotiza en el mercado secundario de deuda muy por debajo de su nominal y que no puede encontrar financiación en los mercados de capitales. Por ello, la sentencia considera probado que el valor de las acciones de Grupo Celsa está por debajo del importe de su deuda.

En el quinto motivo, Kutxabank alega que sus créditos se incluyen en la Clase Marco, en la Clase Jumbo Pre-Elevación Sin Garantía Real y en la Clase Jumbo Pre-Elevación Garantizada, todas las cuales reciben un peor tratamiento que el que prevé el Plan de Reestructuración para otras clases de su mismo rango concursal porque a algunas clases se les otorga la opción de convertir el crédito en capital y a otras no se les concede esa posibilidad.

La sentencia recuerda que el derecho a recibir capital por compensación de créditos no confiere necesariamente, ni en todo caso, una posición económica superior o, más ventajosa que aquella que corresponde al acreedor que ostenta un mero derecho de crédito. La conversión de crédito en capital no ha de entrañar, *per se*, un trato discriminatorio o de peor condición respecto de quienes no se les ofrece esa posibilidad. La sentencia argumenta que los promotores del Plan no están obligados a ofrecer las mismas condiciones a todos los acreedores, tan solo a respetar la obligación de otorgar un trato equivalente o no discriminatorio en relación con las clases de referencia.

En relación con las alegaciones de Kutxabank de falta de paridad de trato entre las clases no garantizadas, la sentencia manifiesta que, si bien el trato no es idéntico, sí es paritario y manifiestamente equilibrado, ya que se respetan las posiciones económicas y jurídicas que venían manteniendo las partes antes de la solicitud de homologación del Plan.

En el sexto motivo, Kutxabank sostiene que, en la medida en que no tiene saldos dispuestos, no tendría crédito frente a Grupo Celsa, por lo que, en un contexto de concurso o liquidación del deudor, no tendría ningún impacto patrimonial en Kutxabank.

La sentencia considera que Kutxabank confunde los términos de la comparación. El paralelismo que exige el TRLC no puede trazarse entre la inexistencia de crédito frente a la inexigibilidad de este en un escenario concursal, sino entre el que sobrevendría en el supuesto de continuidad de la compañía sin aplicación del Plan de Reestructuración y la posterior liquidación derivada de la situación de insolvencia. La ponderación de esas circunstancias aboca a la conclusión de que la homologación del Plan procura una mejor posición para todos los acreedores (incluido Kutxabank), ya que, en el escenario de continuidad sin homologación del Plan, estaría obligada igualmente a la puesta a disposición de los fondos y al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo de líneas de circulante y del acuerdo de refinanciación suscrito en 2017. Y en

una hipotética liquidación su cuota sería, vista la valoración actual del grupo, de valor puramente simbólico.

En ese análisis, la resolución asume que Kutxabank ha incumplido las obligaciones de disposiciones de circulante de acuerdo con lo establecido en el acuerdo de refinanciación suscrito en 2017 y, por lo tanto, asume que debía tener un crédito dispuesto. La resolución rehabilita el límite máximo del crédito de Kutxabank, imponiéndole la obligación de permitir la disposición del contrato de circulante hasta ese límite máximo.

En el séptimo motivo, los Socios impugnan la práctica totalidad de los actos de ejecución del Plan de Reestructuración, así como las solicitudes de delegación al experto por resultar contrarias a la normativa societaria.

El Plan de Reestructuración establece en su anexo 13 cuáles son las operaciones societarias necesarias para implementar el Plan. La sentencia, para desestimar el motivo de oposición, parte de la idea de que cualquier interpretación que se realice debe evitar la parálisis, el bloqueo o la inejecución del Plan de Reestructuración. De esta forma, el Juzgado considera "*ajustado a la normativa societaria aplicable*" la sustitución de las estrictas formalidades contempladas en las normas por alternativas sustitutorias que desempeñen la misma función de control y garantía.

En relación con las funciones atribuidas al experto, la sentencia entiende que debe proporcionarse una elasticidad a la normativa societaria para poder dar cumplimiento a los objetivos y finalidad del Plan de Reestructuración, manteniendo unos estándares razonables dentro de las posibilidades existentes en el marco de una reestructuración no consensuada.

Los Socios presentaron solicitud de aclaración a la sentencia. En concreto, interesaban tres cuestiones: la aclaración respecto de las facultades concedidas a Lexaudit para remover a los consejeros, la aclaración sobre la aplicación de la normativa de inversiones extranjeras (FDI) y la aclaración sobre los llamados "compromisos futuros".

El Juzgado emitió auto el 26 de septiembre en el que aclaraba la sentencia. En relación con las facultades para remover a los consejeros, precisa que la previa inscripción de la capitalización es un requisito para que pueda procederse a la separación de los actuales consejeros de las sociedades PICO por parte de Lexaudit.

Sobre la solicitud relativa a que la resolución judicial no obsta a la plena aplicación de la Ley 19/2003, el auto aclara que no procede pronunciarse sobre ello, por cuanto la sentencia ni prejuzga ni condiciona la posterior decisión gubernativa sobre autorización de inversiones extranjeras.

Por último, sobre lo que los Socios denominan "*compromisos futuros adquiridos por los solicitantes*", indica que no procede aclaración, toda vez que se trata de una consideración de la sentencia que no forma parte del Plan de Reestructuración.

Concursal. La legitimación de la administración concursal para ejercitar la acción de rescisión concursal decae con la aprobación del convenio de acreedores y debe limitarse exclusivamente a aquellos actos realizados durante los dos años anteriores a la declaración de concurso

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 30 de junio de 2023

La administración concursal interpuso una demanda de incidente concursal frente a la propia concursada y una entidad bancaria por la que se solicitaba que se declarase rescindido un documento privado de 6 de octubre de 2009 suscrito por las demandadas, entre otras sociedades filiales de ambas.

El documento privado objeto de rescisión comprometía a las sociedades filiales de la concursada a autorizar la futura cesión de parte de unos derechos de cobro aplazados, dimanantes de las escrituras de compraventa que en la misma fecha se habían otorgado a favor de la entidad financiera. La cesión contenía, entre otras cláusulas, un límite igual a la cuantía que la entidad financiera tenía reconocida en el concurso de acreedores, una vez que se aprobase el convenio de acreedores, y se encontraba sujeto a la adhesión de la entidad financiera al convenio de acreedores y su aprobación en firme, de modo que la concursada recuperase las facultades de administración sin la intervención de la administración concursal.

De acuerdo con la demanda, dicho documento privado suponía una compensación o autopago de créditos ordinarios por parte de la entidad financiera, y lo impugna por considerarlo un acto lesivo y perjudicial para la masa activa, al constituir según la administración concursal una dación en pago a título gratuito que supondría la renuncia de la concursada al cobro de la parte del precio que quedó aplazado de las respectivas compraventas.

La entidad bancaria contestó a la demanda aduciendo, entre otros motivos, la falta de legitimación activa de la administración concursal para ejercitar la acción de rescisión, y la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para ejercitar la acción rescisoria concursal por tratarse de actos posteriores a la declaración de concurso.

Aunque en primera instancia se estimó íntegramente la demanda, la entidad financiera recurrió en apelación y la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid terminó estimando el recurso de apelación y por consiguiente desestimando íntegramente la demanda.

De acuerdo con la Audiencia Provincial de Madrid, "*por la propia configuración de la acción rescisoria concursal, sólo puede dirigirse contra actos de disposición de la deudora concursada realizados dos años anteriores antes de la declaración, operando este plazo limitado de tiempo como garantía de seguridad jurídica*". Sin embargo, en el presente caso lo que se pretende es el ejercicio de la acción rescisoria frente a un acto que no se ha realizado en ese periodo "*sospechoso*", sino frente a un documento privado suscrito tras la declaración de concurso, por lo que la acción no tiene encaje legal.

Por último, aclara que, con independencia de esta falta de encaje legal, la administración concursal carecía de legitimación activa debido a que la demanda fue interpuesta dos años después de

que se aprobara el convenio de acreedores, por lo que ya habían cesado los efectos del concurso y así como había cesado la administración concursal en sus funciones.

Concursal. En el ejercicio de una acción por enriquecimiento injusto en un contexto concursal se debe tener en cuenta el elemento de subsidiaridad, las normas sobre competencia objetiva y, en su caso, los criterios de competencia territorial internacional

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª, de 12 de mayo de 2023

El asunto versa sobre una acción por enriquecimiento injusto ejercitada por la administración concursal frente a una sociedad domiciliada en Países Bajos, que, en su condición de acreedora, se adjudicó unos inmuebles titularidad de la empresa concursada en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Otros aspectos relevantes del asunto son que dicha adjudicación se produjo cuando el procedimiento concursal ya se había iniciado y que, además, el crédito del acreedor-ejecutante hipotecario no debió tener la calificación de "privilegiado especial" (aun cuando así se reconoció en los textos definitivos), sino que debió calificarse como "crédito subordinado", dados los vínculos societarios entre la acreedora y la deudora concursada.

Con estos antecedentes, la Audiencia Provincial concluye que la sentencia dictada en primera instancia incurrió en incongruencia *extra petita*, al alterar por completo la naturaleza de la acción ejercitada en la demanda. La sentencia de primera instancia subsumió dicha acción dentro de las "*demás acciones de reintegración*" (artículo 71.6 de la Ley Concursal [actual artículo 238 TRLC]), cuando en realidad la acción que se ejercitó fue una acción por enriquecimiento injusto promovida por la administración concursal en sustitución de la deudora concursada.

A continuación, la sentencia pasa a analizar la excepción de falta de jurisdicción internacional. Sobre esto, reconoce que, si bien la acción por enriquecimiento injusto no puede subsumirse dentro de las acciones reconocidas en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia ("*cualquier acción que se derive directamente del procedimiento de insolvencia*"), los tribunales españoles sí que tienen competencia en virtud del artículo 7.1.a) del Reglamento Bruselas I *bis* (según el cual "*una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro, en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda*").

Sobre este particular, la Sala entiende que, "*como la obligación derivada del contrato de financiación* [del que emanó el crédito satisfecho con la ejecución hipotecaria] *debía cumplirse en España, puede presentarse la demanda ante los tribunales de este país, por lo que no puede prosperar la excepción de falta de jurisdicción internacional*".

Con todo, la Sala estima la excepción de falta de competencia objetiva, pues la acción entablada fue de enriquecimiento injusto en sustitución de la deudora concursada, y no una de las "*demás*

acciones de reintegración". Esto determina la nulidad de actuaciones, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante el juzgado de primera instancia competente.

Por último, debe destacarse que la sentencia hace unas consideraciones finales en su fundamento jurídico sexto en las que valora de forma crítica el trasfondo fáctico del asunto, y entiende que "*la naturaleza subsidiaria de la acción de enriquecimiento injusto impide que puedan alterarse resoluciones judiciales que han adquirido firmeza al no haberse impugnado por quien pudo hacerlo, en nuestro caso, el 'empobrecido'*".

Concursal. El Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación de la Tesorería General de la Seguridad Social, confirmando su doctrina de 2019 sobre la procedencia de la exoneración total de créditos ordinarios y subordinados cuya titularidad corresponda a un acreedor público y sobre la forma de cumplimiento del plan de pagos

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2023

La Tesorería General de la Seguridad Social interpone un recurso de casación contra la sentencia de 25 de noviembre de 2021, dictada por Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de la Rioja, en torno a un único motivo: la infracción del art. 491.1 y 497 del TRLC. En síntesis, la recurrente aduce la existencia de interés casacional, considerando que no existe doctrina jurisprudencial de la Sala, dado que la aprobación del TRLC plantea de nuevo "*la cuestión sobre si la exoneración del pasivo insatisfecho puede extenderse a la deuda de la TGSS en los créditos ordinarios y subordinados y si puede incluirse el crédito público privilegiado en el plan de pagos, dada la existencia de normativa específica*".

El Tribunal Supremo inadmite el recurso por falta de interés casacional al establecer que esta cuestión se ajusta a su doctrina jurisprudencial. En particular, con cita expresa a su sentencia de 2 de julio de 2019, el Tribunal indica que debe llevarse a cabo una interpretación sistemática de la norma, entendiendo que esta persigue facilitar la plena exoneración de deudas, por lo que la exoneración alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos, por lo que el concursado igual seguirá respondiendo por los créditos privilegiados y contra la masa mediante el plan de pagos que debe formularse para que este beneficio se tenga por reconocido. No obstante, este deber podría moderarlo el juez del concurso "*en aquellos casos en que se advirtiera imposible el cumplimiento de este reembolso parcial*".

De esta forma, esta "segunda oportunidad" queda supeditada a exigencias de buena fe y de interés equitativo de los acreedores, ya que el 50 % del crédito público tiene la consideración de privilegiado general, por lo que será satisfecho mediante el plan de pagos.

En relación con el plan de pagos, el Alto Tribunal reitera su aclaración respecto de la aparente contradicción que contiene la norma, por lo cual debe interpretarse que, una vez que el plan haya recibido aprobación judicial, su eficacia no puede quedar supeditada a su ratificación mediante procedimientos administrativos posteriores seguidos frente al acreedor público.

Finalmente, concluye que la doctrina sentada por la sentencia de 2 de julio de 2019 es extrapolable al supuesto examinado en la medida en que en ese momento estaba vigente la redacción previa a la modificación de los artículos 497.1 ordinal 1.º y 497.2 del TRLC con la aprobación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, siendo esos artículos fruto de la refundición del artículo 178 *bis*, apartados 5, ordinal 1.º y 6.º, último párrafo, de la Ley Concursal.

Concursal. El requisito de sometimiento a un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos no se exigirá en el concurso de acreedores de un deudor persona física que no tenga la condición de comerciante

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2023

En el caso de autos, una persona física fue declarada en concurso de acreedores, lo que conllevó la suspensión de la ejecución de la hipoteca que se había constituido a favor de la entidad bancaria sobre una finca titularidad del concursado.

En el seno del concurso, el deudor solicitó la exoneración del pasivo, por la vía del ordinal 5.º del art. 178 bis.3 de la Ley Concursal —es decir, mediante un plan de pagos—. La entidad financiera se opuso a esta solicitud alegando que el concursado no había cumplido con el requisito de haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Las sentencias de primera y segunda instancia apreciaron la objeción planteada por la entidad bancaria y, en consecuencia, denegaron la solicitud de exoneración del pasivo.

El deudor interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación frente a la sentencia de apelación. En el recurso de casación, el concursado alegaba que la Directiva 1023/2019, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración y segunda oportunidad no recogía como requisito para la exoneración del pasivo el haber acudido a un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos.

La Sala Primera del Tribunal Supremo —tras desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, en el que se alegaba una infracción de las normas relativas a la carga de la prueba—, entra a conocer el recurso de casación y determina que este debe ser estimado.

A la hora de llegar a esta conclusión, la Sala considera que, para que una persona natural que se ha sometido a un concurso de acreedores que ha concluido por liquidación o insuficiencia de la masa activa pueda solicitar la exoneración del pasivo, se deben cumplir los siguientes requisitos: que el concurso no haya sido calificado culpable, que el deudor concursado no haya sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales y que el deudor hubiera acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos antes de la apertura del concurso. Por otro lado, si el deudor pretende obtener la exoneración inmediata del pasivo, deberá haber intentado un acuerdo extrajudicial para no tener que pagar el 25 % de los créditos ordinarios.

En el supuesto de autos se cuestiona que el deudor haya cumplido con el requisito de haber acudido a un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. Sin embargo, el Alto Tribunal entiende que esta condición para la exoneración del pasivo debe ser interpretada de forma flexible en los

casos en los que no se pretenda una exoneración inmediata de la deuda —esos serán los únicos supuestos en los que se exija un "*intento efectivo de acuerdo*"—.

Dentro de este marco de flexibilización del requisito, la Sala entiende que no está justificado que se exija el haber acudido a un acuerdo extrajudicial de pagos a quienes no tengan la condición de comerciantes.

En consecuencia, se estimó el recurso de casación y se ordenó tramitar la solicitud de exoneración mediante la aportación de un plan de pagos.

9 de noviembre de 2023

Procesal Penal

Procesal Penal*

9 de noviembre de 2023

1. Jurisprudencia

[España]

La Sala Segunda sostiene que la incoación de 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 de instrucción, consiste en un fraude de ley. Las causas archivadas por no haberse acordado la declaración de ningún investigado en plazo no son susceptibles de reapertura

Sentencia n.º 176/2023 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 13 de marzo de 2023

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. De Porres Ortiz de Urbina) estima íntegramente el recurso de casación interpuesto por recurrentes condenados en la instancia contra la sentencia n.º 4/2021 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia ("TSJ") de Madrid, de 15 de enero de 2021, que confirmó en grado de apelación la condena por delito de estafa impuesta por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23.ª) en su sentencia n.º 320/2020, de 10 de julio de 2020. Al estimar el recurso de casación, el Alto Tribunal absuelve a los recurrentes del delito por el que venían condenados.

En un primer momento, se interpuso denuncia por delito de estafa frente a los ahora recurrentes que se tramitó ante el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Pozuelo de Alarcón, que decretó el sobreseimiento y archivo de la causa por no haberse acordado dentro del plazo máximo de instrucción (artículo 324 de la LECrim) la declaración de los denunciados en condición de investigados, puesto que sin declaración de investigado en fase investigadora no puede *ex lege* formularse acusación y celebrarse juicio oral (artículos 775 y 779.1.4ºª de la LECrim).

Una vez firme el auto de sobreseimiento del Juzgado de Pozuelo, se presentó una segunda 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

* Esta sección ha sido coordinada por Patricia Leandro, y en su elaboración han participado Mario Montes, Arianna Vázquez, Marta Barceló, Quim Real, Enrique Hepburn y Marta Flores, del Área de Derecho Penal de los Negocios e Investigaciones Internas de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

condición de investigados dentro del plazo máximo de instrucción 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 (en particular, la declaración del investigado acordada fuera del plazo máximo de instrucción) y la imposibilidad de que el resultado de estas diligencias sea tenido en cuenta por el órgano instructor a la hora de decidir acerca de la eventual continuación del procedimiento o del archivo.

En lo que respecta a la incoación del segundo procedimiento penal (el que terminó en condena), el Tribunal Supremo considera que 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 de los recurrentes, previa estimación del motivo de casación). En definitiva, las causas archivadas por no haberse acordado la declaración de ningún investigado en plazo no son susceptibles de reapertura.

El Tribunal Constitucional sintetiza la doctrina constitucional acerca de la imparcialidad judicial en su vertiente objetiva y analiza el valor procesal y la relevancia constitucional de la falta de intervención del investigado en las diligencias preprocesales practicadas por el Ministerio Fiscal al amparo de los artículos 773.2 de la LECrim y 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Sentencia n.º 59/2023 del Tribunal Constitucional (Pleno), de 23 de mayo de 2023

El Pleno del Tribunal Constitucional (Pte. Arnaldo Alcubilla) desestima por medio de este fallo el recurso de amparo promovido contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, por la que se condenaba al recurrente por un delito grave de lesiones y otro de homicidio, ambos cometidos por imprudencia profesional grave en su condición de médico internista.

El primero de los motivos del recurso invoca la lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE), en particular, la imparcialidad judicial en su vertiente objetiva, que es aquella que asegura que el juez no ha adoptado una postura prematura con relación al *thema decidendi*. Según el recurrente, la magistrada habría realizado una serie de intervenciones en el plenario, concretamente durante el interrogatorio al que el Ministerio Fiscal estaba sometiendo al perito de la defensa, que anticipaban su convicción sobre el núcleo de la cuestión en línea con la tesis de la acusación, pese a que la práctica de la prueba todavía no había terminado. En opinión del recurrente, estas manifestaciones implicaban una pérdida sobrevenida de imparcialidad de la magistrada, que debía conducir a la nulidad de la sentencia. No obstante, el Tribunal Constitucional desestima el motivo —aunque con el voto discrepante de uno de los magistrados— aduciendo que las referidas manifestaciones no exceden la facultad de dirección de los debates orales que le es conferida al juzgador por los artículos 683 y 708 de la LECrim. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional matiza que el hecho de que la convicción del tribunal se vaya conformando progresivamente a lo largo del juicio oral, a la vista del resultado de las pruebas practicadas, en modo alguno puede conceptuarse como un prejuicio y es consustancial a la actividad judicial, siempre que la actuación del magistrado no comprometa su neutralidad respecto de las partes del proceso.

El segundo motivo de queja se funda en la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la CE) y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE), que se verían afectados por las condiciones en que fueron practicadas las diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal, que posteriormente habrían servido de base para la condena del recurrente. En concreto, con anterioridad a la judicialización de la causa, la Fiscalía habría ordenado la práctica de un informe pericial forense que valorase la praxis médica desplegada por el recurrente, sin informar al "preinvestigado" de esta circunstancia (a pesar de que estaba personado en esas diligencias preprocesales) y, por tanto, sin ofrecerle la posibilidad de intervenir en defensa de sus intereses.

El Tribunal Constitucional recuerda que el marco normativo de las diligencias preprocesales, preliminares o de investigación lo encontramos en los artículos 773.2 de la LECrim y 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que habilitan al fiscal a practicar, por sí mismo o a través de la policía judicial, las diligencias pertinentes para verificar si la *notitia criminis* justifica o no la incoación del procedimiento. Estas diligencias, que en ningún caso serán limitativas de derechos —con excepción de la detención preventiva—, gozarán de presunción de autenticidad y se someterán a los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa.

En el supuesto de hecho, el Tribunal Constitucional razona que la investigación del fiscal se ajusta a la finalidad y principios que inspiran su regulación, en atención a (i) su limitado alcance temporal —dos meses y trece días— y cuantitativo —una sola diligencia—, que se ciñen a los parámetros de proporcionalidad exigidos; y a que (ii) el objetivo no era otro que el de judicializar la investigación una vez superado el filtro de indagación provisoria. Por otra parte, la sentencia señala que, si bien el grado de diligencia desplegado por la Fiscalía en relación con las garantías procesales del investigado no fue el que resultaría exigible (en tanto que no se puso en su conocimiento la concreta diligencia que se iba a practicar), el Tribunal Constitucional entiende que se trata de un mero defecto de forma no constitutivo de indefensión material, habida cuenta de que el informe pericial sí pudo ser sometido a contradicción en el marco del posterior procedimiento penal,

donde el recurrente tuvo la oportunidad de presentar prueba de descargo y rebatirlo tanto en la instrucción como en la vista oral.

Finalmente, en relación con el valor probatorio de estas diligencias preprocesales, el Tribunal Constitucional sostiene que no pueden considerarse actos de prueba en sí mismas, toda vez que las únicas pruebas de cargo vinculantes son aquellas practicadas en plenario, "*pues es en este donde se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad*" [FJ 4.º]. Dicho lo anterior, el Tribunal matiza que ello no obsta a que la diligencia preprocesal pueda adquirir valor probatorio con posterioridad, no por su origen, sino por haber sido sometida a contradicción en el juicio oral.

El Tribunal Constitucional declara que la inclusión del importe potencial de la multa que eventualmente se pueda imponer a un acusado en sentencia en el cálculo de las responsabilidades pecuniarias a asegurar a través de fianza con carácter previo al juicio oral vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues supone la imposición de una pena anticipada

Sentencia n.º 69/2023 del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 19 de junio de 2023

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional (Pte. Tolosa Tribiño) estima un recurso de amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia interpuesto frente a las resoluciones interlocutorias que habían avalado la posibilidad de que se tuviera en cuenta en el cálculo de la fianza a imponer en la fase intermedia (antes del juicio oral) la potencial pena de multa que pudiera ser impuesta en sentencia al acusado.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional realizó una interpretación novedosa y de singular relevancia práctica del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que contempla la prestación por el investigado o acusado de "*fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes*" en el procedimiento penal. Hasta esta sentencia, la práctica judicial absolutamente extendida entendía que el concepto *responsabilidades pecuniarias* abarcaba también las multas potenciales, además de las eventuales responsabilidades civiles y las costas. En efecto, esta interpretación llegó a ser asumida hace años por la Circular 4/2010, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado.

En lo que respecta a la admisibilidad del recurso de amparo contra las citadas resoluciones interlocutorias, el Tribunal Constitucional consideró que se había cumplido el requerido de agotamiento de la vía judicial previa porque, si bien es cierto que las medidas cautelares son modificables en cualquier momento de la causa (incluso antes del inicio del juicio oral), esa posibilidad de modificación no diluye el hecho de que la situación jurídica objeto de la demanda de amparo —la imposición de la fianza— ya está perfeccionada y, en este caso, se habían agotado los mecanismos ordinarios de impugnación frente a ella (recursos de reforma y apelación). De hecho, el Tribunal Constitucional destaca "*la lejanía temporal entre la adopción de la medida cautelar y el inicio del juicio oral*" como factor que "*torna inefectiva esta posibilidad de control de la decisión relativa a la fianza*" (y que, por tanto, fundamenta el control anticipado por vía de recurso de amparo).

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal Constitucional declara que la inclusión del importe de la multa potencial en el cálculo del importe de la fianza supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en tanto que constituye una pena anticipada. Por tanto, las resoluciones objeto de recurso amparo fueron declaradas nulas, acordándose la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de las resoluciones.

En particular, el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta que la multa se diferencia de las demás partidas objeto de fianza (las eventuales responsabilidades civiles y las costas) pues:

a) La multa tiene el carácter punitivo propio de cualquier otra pena y su aplicación se impone en un procedimiento como sanción por la comisión de un delito del que se deriva una responsabilidad penal. Por el contrario, la reparación del daño causado y la indemnización de los perjuicios, la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa, las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago y las demás costas procesales tienen un carácter meramente indemnizatorio o resarcitorio.

b) En consecuencia, las medidas cautelares reales destinadas a garantizar el pago del resto de partidas participan de una finalidad asegurativa de las responsabilidades civiles y son por ello instrumentales al buen fin del proceso. En cambio, la multa cumple una finalidad retributiva, rehabilitadora y preventiva, característica de las penas, y la efectividad de una hipotética sentencia condenatoria en cuanto a la multa no requiere de su aseguramiento vía medidas cautelares reales.

c) Por último, el cumplimiento *in natura* de la pena de multa no es el único escenario previsto por el legislador. El Código Penal contempla, para el caso de no hacerse efectivo el pago de la multa en dinero, una forma de ejecución subsidiaria (la llamada *responsabilidad personal subsidiaria*, según la cual cada fracción de multa no satisfecha se traduce en un tiempo de privación de libertad para el penado). Este régimen de ejecución subsidiaria comporta la no concurrencia de uno de los presupuestos característicos de toda medida cautelar, el *periculum in mora*.

El Juzgado Central de Instrucción, en su función como juez de garantías en una investigación tramitada ante la Fiscalía Europea, eleva una cuestión prejudicial 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

Auto n.º 4726/2023 del Juzgado Central de Instrucción n.º 6, de 26 de abril de 2023 (Procedimiento de Garantías ante la Fiscalía Europea n.º 4/2022)

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 ("LO 9/2021"), 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 LO 9/2021 en el que acordaban 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 LO 9/2021 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 LO 9/2021, 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 LO 9/2021.

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 LO 9/2021, 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, el juez entiende 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 LO 9/2021 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 noviembre de 2023

Salud y
Alimentación

Salud y Alimentación*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

[España]

Requisitos para la realización de estudios observacionales con medicamentos de uso humano en Galicia

Decreto 131/2023, de 14 de septiembre, por el que se establecen los requisitos adicionales para la realización de estudios observacionales con medicamentos de uso humano de seguimiento prospectivo en el Sistema Público de Salud de Galicia (DOG de 2 de octubre de 2023)

Los estudios observacionales con medicamentos de uso humano se encuentran regulados en el Real Decreto 957/2020, de 3 de noviembre, por el que se regulan los estudios observacionales con medicamentos de uso humano. En Galicia, la regulación de los estudios observacionales con medicamentos de uso humano de seguimiento prospectivo (los "EOm-SP") ha sido complementada por el Decreto 131/2023, de 14 de septiembre, por el que se establecen los requisitos adicionales para la realización de en el Sistema público de salud de Galicia (el "Decreto 131/2023").

El Decreto 131/2023 exige autorización administrativa de la subdirección general de farmacia del Servicio Gallego de Salud (la "Subdirección") para realizar EOm-SP en centros sanitarios de la región, y establece los siguientes criterios de factibilidad y pertinencia para que los EOm-SP sean autorizados en Galicia:

La indicación de tratamiento de los medicamentos en el estudio seguirá la ficha técnica autorizada o las condiciones de práctica clínica habitual respaldadas por evidencia científica. Además, deberá estar enmarcada en la financiación establecida por el Sistema Nacional de Salud, a menos que no sea aplicable esta condición.

* Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina Arrieta, y en su elaboración han participado Rosa Cuesta Gómez y Telmo Vergara Etxeberria, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

Los estudios:

i. deberán contar con una justificación científica verificable, centrada en el uso racional para prevenir indicaciones indiscriminadas y minimizar riesgos;

ii. no permitirán prácticas promocionales encubiertas ni condiciones que induzcan a la prescripción o dispensación del medicamento;

iii. se ajustarán a protocolos existentes, evitando interferencias con responsabilidades asistenciales y siguiendo procedimientos diagnósticos habituales; y

iv. respetarán las recomendaciones del Servicio Gallego de Salud en farmacéutica y condiciones contractuales, garantizando la equidad en el acceso a la prestación farmacéutica.

La emisión de la resolución por parte de la Subdirección se realizará en un plazo máximo de treinta días naturales (si hay dictamen favorable de un Comité de Ética de la Investigación con Medicamentos acreditado en España) o quince días naturales (si el dictamen es del Comité de Ética de la Investigación con Medicamentos de Galicia). En caso de que la resolución no se notifique en plazo, se entenderá que la solicitud ha sido estimada por silencio positivo.

Finalmente, los centros sanitarios supervisarán la conformidad de los EOm-SP autorizados, informando sobre irregularidades a la Subdirección, que podrá suspender o revocar, de oficio o por petición justificada del promotor, la autorización por alteración de sus condiciones o por protección de los sujetos del estudio o defensa de la salud pública.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación del Decreto los EOm-SP en los que la persona promotora sea una Administración pública o en los que quede acreditado que se trata de una investigación clínica sin ánimo comercial.

2. Jurisprudencia

[España]

Contrato público de asistencia médica a domicilio. Diferencia entre dispensación de medicamentos y prestación de servicio sanitario consistente en administración del medicamento al paciente

Sentencia del Tribunal Supremo 1209/2023, de 2 de octubre

En esta sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (el "TS" o la "Sala") resuelve un recurso de casación interpuesto por el letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 9 de noviembre de 2020.

El procedimiento se origina con la resolución del director gerente del Servicio Murciano de Salud, de 12 de diciembre de 2019 (la "Resolución"), que declara desierta la adjudicación de un contrato de servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (el "Contrato"). Según la Resolución, la UTE licitante, compuesta por Acciona Healthcare Services, S.L., y Orthem Servicios y Actuaciones Ambientales, S.A.U., no contaba con la solvencia técnica suficiente para suscribir el Contrato, porque ninguna de las compañías figuraba inscrita como titular, fabricante, importadora o comercializadora de gases medicinales licuados.

La Resolución aprecia que los gases medicinales licuados tienen la consideración de medicamentos en el artículo 52.2 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (la "Ley de Garantías"), y, por consiguiente, únicamente pueden ser custodiados, conservados y dispensados por las personas reguladas en el artículo 3.6 de dicha Ley (i. e., oficinas de farmacia y servicios de farmacia hospitalarios). La controversia, por tanto, se centra en determinar si las empresas prestadoras de servicios de terapia respiratoria a domicilio, que incluyan el suministro de gases medicinales a los usuarios, precisan o no tener la condición y las autorizaciones requeridas para la dispensación de medicamentos en la Ley de Garantías.

El TS entiende que de los artículos 52.2 y 3.6 de la Ley de Garantías no se desprende que los licitadores que optan a la adjudicación del Contrato deban tener la condición de laboratorio farmacéutico o almacén para la distribución de oxígeno medicinal y basa su fallo en los argumentos que se indican a continuación.

i. Si bien los artículos 52.2 y 3.6 de la Ley de Garantías reservan la dispensación de medicamentos de uso humano a las oficinas de farmacia y a los servicios de farmacia hospitalaria, en este caso el objeto del contrato no es el suministro o dispensación, sino la prestación de servicios sanitarios a domicilio. En particular, "*el servicio para la realización de las prestaciones sanitarias de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida* (...)". Ello sin perjuicio de que la prestación de dichos servicios requiera la administración de medicamentos previamente pautados por facultativos médicos y adquiridos en una oficina de farmacia.

   Así pues, una cosa es la dispensación de medicamentos por las oficinas de farmacia autorizadas conforme a la Ley de Garantías y demás normativa aplicable y otra distinta es el ejercicio de administración de ese medicamento al paciente. Es evidente que para poder administrar estos medicamentos deben adquirirse de dispensadores o suministradores autorizados; pero ello no implica que el servicio médico a domicilio deba contar con autorización para dispensar medicamentos.

ii. Los gases medicinales cuentan, precisamente, con una excepción a la reserva de dispensación. Concretamente, el artículo 52.2 dispone: "*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.6, las empresas titulares, fabricantes, importadoras y comercializadoras de gases medicinales licuados podrán suministrarlos, conforme determinen las autoridades sanitarias competentes, a los centros de asistencia sanitaria, de atención social a los pacientes con terapia respiratoria a domicilio, así como a los establecimientos clínicos veterinarios legalmente au-*

torizados (...)". Por tanto, este tipo de medicamento en particular no tiene que suministrarse necesariamente por una oficina de farmacia o los servicios hospitalarios de un hospital.

En consecuencia, la Sala desestima el recurso de casación del letrado de la Comunidad Autónoma de Murcia y confirma la sentencia impugnada, que ordena que se retrotraigan las actuaciones del expediente de contratación a la fase inmediatamente anterior a la exclusión de la oferta de la UTE formada por Acciona Healthcare Services, S.L., y Orthem Servicios y Actuaciones Ambientales, S.A.U.

Régimen sancionador aplicable a las infracciones en materia de medicamentos: criterios de aplicación de la normativa estatal y la normativa autonómica

Sentencia del Tribunal Supremo 1352/2023, de 30 de octubre

En esta sentencia se dirime el recurso de casación interpuesto por un particular contra la sentencia 193/2021 que confirmó una sanción de 69.000 € impuesta a la recurrente como autora de una infracción del artículo 111.2 b) 8.ª de la Ley de Garantías. La infracción consistía en la dispensación, por parte de la recurrente, del medicamento Rubifen(r) 20 mg y de medicamentos anabolizantes mediante documentos que no cumplían con los requisitos de una receta médica oficial durante el período comprendido entre agosto de 2016 y noviembre de 2017.

En este contexto, es relevante señalar que las infracciones cometidas la recurrente y el subsiguiente procedimiento legal se llevaron a cabo durante el período de vigencia de la Ley gallega 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica, derogada por la Ley 3/2019, de 2 de julio, de ordenación farmacéutica de Galicia.

En el recurso de casación, la recurrente sostiene que debería aplicarse la Ley 3/2019, de 2 de julio, de ordenación farmacéutica de Galicia para sancionar los hechos, en lugar de la Ley de Garantías.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso y determinó que debía aplicarse la Ley de Garantías para sancionar la conducta de la recurrente sobre la base de los argumentos que se indican a continuación.

i. La dispensación por parte de una oficina de farmacia de un fármaco sin aportar recetas, o con aportación inadecuada, o sin registro adecuado, constituye una infracción tanto bajo la Ley de Garantías como bajo la normativa autonómica gallega.

ii. La atención farmacéutica se fundamenta en la interpretación del título competencial del artículo 149.1.16.ª de la Constitución. Las comunidades autónomas, al ser competentes para la ordenación farmacéutica, desarrollan esta norma básica, abordando aspectos como el régimen organizativo de la farmacia y la dispensación de medicamentos, que incluye la condición de establecimientos, la autorización y el régimen de funcionamiento.

iii. El artículo 86 de la Ley de Garantías regula la dispensación como un acto del farmacéutico, especialmente vinculado a la tutela de la salud. Este artículo aborda la dispensación y regula la relación entre el farmacéutico que dispensa y el médico que prescribe o receta.

Además, involucra a los farmacéuticos en el régimen de uso racional de los medicamentos mediante la dispensación informada y la dosificación.

iv. En este caso, se discute la naturaleza de las infracciones cometidas por una farmacéutica en el acto de dispensación en cuanto a si la infracción debe sancionarse aplicando la Ley de Garantías por infracción de su artículo 86 o la normativa autonómica correspondiente.

En esta disyuntiva se debe considerar el tipo de medicamento dispensado para determinar si la dispensación farmacéutica indebida pone en riesgo o afecta la salud de las personas, o si constituye una infracción del régimen de administración o gestión de la atención farmacéutica por parte de las oficinas de farmacia.

De este modo, el Tribunal Supremos dispone que, "*atendiendo a cada caso y al hecho en que consista la infracción, se aplicará la legislación estatal o la autonómica sobre ordenación farmacéutica, según que la infracción cometida por el farmacéutico afecte a la salud de las personas en lo que hace a la atención farmacéutica o constituyan actos que afecten a la administración o gestión de las oficinas de farmacia*".

v. En el caso concreto, la irregularidad en la dispensación de Rubifen(r) 20 mg y de los anabolizantes no fue de mera infracción cometida en la gestión de recetas, sino más bien una infracción que afectaba a la salud de los usuarios de la atención farmacéutica, por lo que la conducta debe ser sancionada bajo la Ley de Garantías.

Uso compasivo de medicamentos no incluidos en el régimen de financiación con cargo a fondos públicos. Reintegro de gastos sanitarios

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2053/2023, de 8 de mayo

En esta sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (el "TSJ" o la "Sala") resuelve un recurso de suplicación frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Girona, de fecha 4 de octubre de 2022, por la que se condena al Servicio Catalán de la Salud ("CatSalud") a abonar al demandante la suma de 15.090,31 € más intereses en concepto de gastos de reembolso del medicamento Sofosbuvir, que había sido adquirido por el demandante en el extranjero porque no estaba disponible en España.

Según los hechos que relata la sentencia, el demandante sufrió en 2014 una descompensación ascítico edematosa de la cirrosis hepática que padecía y que requirió la práctica de tres trasplantes renales y uno hepático. Todos los trasplantes fracasaron, con diagnóstico asociado al virus, por lo que la vida del órgano trasplantado resultó más corta y con riesgo para la vida del demandado, ya que la mortalidad asociada a esta enfermedad es superior al 50 %.

Tras consultar con el médico asignado, la única alternativa terapéutica era la asociación de dos antivirales de nueva generación, Daclatasvir y Sofosbuvir, que en ese momento no estaban autorizados en España. El primero se adjudicó por el procedimiento de "*uso compasivo*" previsto en el artículo 7 ("*Acceso al uso compasivo de medicamentos en investigación*") del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones

especiales (el "RDMSE"). Para el segundo, sin embargo, se había cancelado el programa de "*uso compasivo*" porque el producto ya disponía de autorización de comercialización. Sin embargo, el medicamento no estaba disponible comercialmente porque el Ministerio de Sanidad aún no había resuelto sobre su financiación.

El recurso de suplicación de CatSalud se fundamenta en la infracción del artículo 7 y siguientes del RDMSE, y el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (el "RDCSC"). En particular, la dispensación de medicamentos en régimen de "*uso compasivo*", que se interpreta como "*antes de su comercialización en España*", requiere de la solicitud y autorización con carácter previo por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (la "AEMPS"). Asimismo, según el RDCSC, el reembolso de los gastos de medicamentos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud únicamente es aplicable en casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel.

En la sentencia, el TSJ analiza la literalidad y la doctrina judicial y jurisprudencial aplicable a los artículos del RDMSE y el RDCSC cuya infracción invoca CatSalud. En este sentido, la Sala explica que no es necesario, dentro del concepto de "urgencia vital" del artículo 4.3 RDCSC, la concurrencia de un peligro inminente de muerte del paciente. Los riesgos relativos a la funcionalidad de órganos, como son el hígado y los riñones, que son de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona, deben también estar comprendidos; máxime teniendo en cuenta que el mandato constitucional sobre el derecho de protección a la salud (artículo 43.1 de la Constitución española), según ha concluido el Tribunal Supremo en anteriores sentencias, no permite "*una interpretación mezquina del precepto que nos ocupa*".

En cuanto a la falta de autorización previa para el "*uso compasivo*" del medicamento, como exige el artículo 7.1 RDMSE, el TSJ reconoce que la demandante no cumplió con los requisitos de forma en cuanto a la petición previa de autorización para la compra del medicamento Sofosbuvir. No obstante, la situación por la que pasaba el demandante era tan grave (con un riesgo de muerte superior al 50 %) que debe tener encaje en los supuestos de urgencia inmediata y de carácter vital que hacen innecesaria la previa petición de autorización para la compra o el suministro de dicho medicamento.

Con todo lo anterior, el TSJ concluye que la actuación llevada a cabo por los familiares de conseguir el medicamento referido en otro país donde se fabrica y comercializa, si bien no encuentra amparo expreso en las normas aplicables, "*fue legítima, y no solo suplió una carencia administrativa originada por la paralización de uso compasivo de dicho medicamento, sino que evitó la muerte prematura del actor al permitirle continuar el tratamiento iniciado y alcanzar los buenos resultados para la salud que tras su conclusión se obtuvieron*". Así pues, el solo hecho de que no se cumpliera el requisito de solicitud y autorización previa no puede enervar el derecho al reintegro del medicamento por el Sistema Nacional de Salud, en el sentido del artículo 4.3 RDCSC.

Garantías de independencia: incompatibilidad entre el ejercicio de profesiones sanitarias y la comercialización de medicamentos y productos sanitarios

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias n.º 981/2023, de 17 de octubre

En esta sentencia se dirime el recurso contencioso-administrativo presentado por Europharma Regulatory Affairs, S.L. ("Europharma") contra la Resolución de la Consejería de Salud que denegó la solicitud de autorización para realizar pruebas rápidas de antígenos COVID y VIH a domicilio en un centro sanitario sin internamiento. La autorización fue denegada debido a la incompatibilidad entre el ejercicio clínico de profesiones sanitarias y la comercialización de medicamentos y productos sanitarios.

En este caso, Europharma presentó una solicitud de autorización para realizar actividades sanitarias a domicilio, que involucraban la realización de pruebas de antígenos y otros tests rápidos, incluido el test de VIH. Dicha autorización fue denegada por entender que no se respetaba la incompatibilidad entre el ejercicio clínico de las profesiones sanitarias y la comercialización de medicamentos y productos sanitarios. La decisión se basó en la ocupación del solicitante como técnico responsable de una empresa importadora de productos sanitarios, considerando que existe incompatibilidad entre dicha actividad y el ejercicio de actividades sanitarias.

Después de la notificación de la resolución denegatoria el 30 de agosto de 2022, Europharma presentó recurso de reposición que fue igualmente desestimado. Contra esta desestimación, Europharma presentó recurso contencioso-administrativo en el que argumentaba la falta de respaldo legal para la no autorización y la supuesta discriminación en tanto que el mismo servicio se autoriza a las oficinas de farmacia. Además, Europharma alegó que la denegación era arbitraria, ya que otras comunidades autónomas otorgan autorizaciones similares bajo la misma normativa.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestima el recurso planteado por Europharma en virtud de los argumentos que se indican a continuación.

i. La falta de respaldo legal para la no autorización del servicio no implica discriminación.

   El artículo 4.1 de la Ley de Garantías. En virtud de la garantía de independencia, el ejercicio clínico es incompatible con intereses económicos directos derivados de la fabricación, distribución, intermediación y comercialización de medicamentos y productos sanitarios.

   La autorización otorgada a las oficinas de farmacia, según la legislación asturiana, no afecta a la prohibición de que los farmacéuticos compatibilicen la titularidad de una farmacia con actividades en laboratorios en los que tengan interés directo.

   En el caso de Europharma, la incompatibilidad se establece para evitar conflictos de intereses que podrían surgir si se autoriza a la sociedad, dedicada a la comercialización del producto sanitario, a su prescripción o dispensación.

ii. La denegación, a pesar de concesiones en otras comunidades autónomas, no es arbitraria.

La Administración asturiana cumple rigurosamente con la prohibición establecida en el artículo 4.1. Aunque pueda haber interpretaciones diversas en otras comunidades, la aplicación administrativa en Asturias respeta la normativa que prohíbe la combinación de intereses económicos de profesionales sanitarios con aquellos que se dedican a la fabricación, distribución y comercialización de medicamentos y productos sanitarios.

9 de noviembre de 2023

Tributario

Tributario*

9 de noviembre de 2023

1. Legislación

[Portugal]

Valores das Taxas do Imposto sobre os Produtos Petrolíferos e Energéticos - Revisão e Fixação

Portaria n.º 288-A/2023, de 25 de setembro (DR 186, Série I, de 25 de setembro de 2023)

A portaria em referência revê e fixa os valores das taxas do imposto sobre os produtos petrolíferos e energéticos aplicáveis, no continente, à gasolina sem chumbo e ao gasóleo rodoviário.

A referida portaria entrou em vigor no dia 26 de setembro de 2023.

2. Jurisprudencia

[España]

Procedimientos tributarios *non bis in idem*. Requisitos para que la revocación definitiva de la autorización del régimen de explotación de un depósito fiscal pueda ser acordada en concurrencia con la imposición de una sanción pecuniaria

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2023 (asunto C-820/21)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta el derecho a no ser condenado penalmente dos veces por el mismo delito (*non bis in idem*), del artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el principio de proporcionalidad de las penas, a los

* 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).

efectos de enjuiciar la compatibilidad del derecho de la Unión con la concurrencia de sanciones de diversa naturaleza.

En el asunto objeto de autos, la Administración le impuso dos sanciones a una sociedad búlgara titular de una autorización de explotación de un depósito fiscal que le permitía producir, almacenar, recibir y enviar productos alcohólicos. Las sanciones se impusieron como consecuencia del incumplimiento por parte de la sociedad de la obligación de repercutir los impuestos especiales exigibles, y consistían en lo siguiente: una multa pecuniaria igual al doble de los impuestos no repercutidos y la revocación de la correspondiente autorización, que imposibilitaba a la sociedad que continuara beneficiándose del régimen suspensivo vinculado al depósito fiscal.

Estas sanciones, previstas en la normativa búlgara, forman parte del régimen de impuestos especiales y se entiende que transponen la Directiva 2008/118, en particular, su artículo 16, apartado 1 (actual artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2020/262), que permite a las autoridades nacionales de los Estados miembros determinar los requisitos para autorizar la apertura y explotación de un depósito fiscal a efectos de impedir cualquier posible fraude o abuso. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que esta disposición debe interpretarse a la luz de los principios generales del derecho de la Unión, entre otros, el *non bis in idem* y el de proporcionalidad, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar si estos se cumplen en el caso concreto.

En relación con el principio de proporcionalidad, el Tribunal interpreta la Directiva en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en caso de una infracción del régimen de impuestos especiales que la normativa nacional considere grave, establece la revocación de una autorización de explotación de un depósito fiscal, en concurrencia con una sanción pecuniaria ya impuesta por los mismos hechos, siempre que dicha revocación, habida cuenta, en particular, de su carácter definitivo, no constituya una medida desproporcionada en relación con la gravedad de la infracción.

Adicionalmente, en el supuesto de que ambas sanciones tengan carácter penal —lo que depende de la calificación jurídica y naturaleza de la infracción (i. e., que tenga una finalidad represiva) y de la gravedad de la sanción—, el principio *non bis in idem* previsto en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal normativa nacional, siempre que:

i. la posibilidad de que concurran ambas sanciones esté prevista por la ley;

ii. la normativa nacional no permita perseguir y sancionar los mismos hechos por la misma infracción o para perseguir el mismo objetivo, sino que únicamente prevea la posibilidad de una acumulación de procedimientos y sanciones en virtud de normativas diferentes;

iii. para alcanzar un objetivo de interés general, dichos procedimientos y sanciones se refieran a objetivos complementarios que tengan por objeto, en su caso, aspectos diferentes del mismo comportamiento infractor de que se trate, y

iv. existan normas claras y precisas que permitan prever qué actos y omisiones pueden ser objeto de una acumulación de procedimientos y sanciones, así como la coordinación entre las distintas autoridades —que ambos procedimientos se hayan tramitado de manera suficientemente coordinada y próxima en el tiempo y que la sanción impuesta, en su caso, en el primer procedimiento en el plano cronológico se haya tenido en cuenta al evaluar la segunda sanción—, de modo que la carga resultante de tal acumulación para las personas afectadas se limite a lo estrictamente necesario y que el conjunto de sanciones impuestas se corresponda con la gravedad de las infracciones cometidas.

Procedimiento tributario. La exigencia de la deuda tributaria a entidades que tributen en el régimen de consolidación del Impuesto sobre Sociedades no requiere la tramitación de un procedimiento de responsabilidad

Resolución del TEAC de 14 de septiembre 2023 (RG 2703-2021).

El Tribunal Económico-Administrativo Central reitera que la exigencia de deuda a las sociedades que tributen en régimen de consolidación fiscal del Impuesto sobre Sociedades puede realizarse mediante requerimiento de pago a las entidades integrantes del grupo de consolidación como deudores solidarios.

El Tribunal Económico-Administrativo Central sienta doctrina administrativa al reiterar el criterio aplicado en su resolución de 19 de enero de 2023 (RG 4118-2020) en el sentido de que la doctrina interpretativa sentada en la sentencia del Tribunal Supremo 379/2021, dictada el 17 de marzo, en el recurso de casación número 7975/2019, referida a los grupos de IVA, es igualmente aplicable a los grupos de consolidación fiscal del Impuesto sobre Sociedades, dada la similar redacción entre los artículos 57 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y 163 *nonies* sexto de la Ley de IVA al establecer la responsabilidad solidaria de las entidades que forman parte del grupo.

De esta forma, para exigir el pago de la deuda derivada de la tributación en régimen de consolidación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades a una de las sociedades dependientes del grupo fiscal, no sería necesario tramitar un procedimiento de declaración de responsabilidad tributaria (arts. 174 y 175 LGT), sino emitir un simple requerimiento de pago.

Procedimientos tributarios. Alcance del procedimiento de comprobación limitada. Imposibilidad de iniciar un nuevo procedimiento sobre los elementos tributarios ya comprobados

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2023 (Rec. 8710/2021).

El Tribunal Supremo concluye que los efectos preclusivos de la resolución que pone fin a un procedimiento de comprobación limitada se extienden no solo a aquellos elementos tributarios sobre los que se haya pronunciado expresamente la Administración, sino también a cualquier otro elemento tributario que haya sido objeto de comprobación, aunque no se haya regularizado de forma expresa.

El Tribunal, en línea con su anterior jurisprudencia, señala que sería contrario al principio de seguridad jurídica que, contando la Administración con toda la documentación precisa para regularizar la obligación tributaria, o pudiendo haber contado con ella de haber sido requerida, se limite a comprobar algún elemento de la obligación tributaria, dictando liquidación provisional o manifestando que no procede realizar regularización alguna, para más adelante regularizar de nuevo por el mismo concepto impositivo y periodo, sin que existan nuevos hechos o datos que la Administración no pudiera haber solicitado en la primera comprobación.

En el caso, se requirió la aportación de los libros registros de ventas e ingresos, compras y gastos y bienes de inversión, con el objeto de "*constatar que los datos que figuran en los libros registros se ajustan a los consignados en la declaración*", y el procedimiento de comprobación limitada terminó con la regularización de una serie de gastos. Con posterioridad, en un nuevo procedimiento de comprobación, se regularizaron también los ingresos de la actividad profesional del contribuyente.

La sentencia entiende que, si el obligado tributario, a requerimiento de la Administración, ha facilitado toda la documentación precisa para regularizar no solo los gastos, sino también los ingresos, no es posible que se limite a comprobar alguno de ellos, aprobando la oportuna liquidación provisional, para más adelante regularizar y liquidar de nuevo atendiendo al mismo elemento de la obligación tributaria, pero analizando datos a los que no atendió cuando debía.

Autorización de entrada en domicilio. Restricciones al examen de la documentación contenida en un dispositivo electrónico

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2023 (Rec. 4542/2021.

El Tribunal Supremo concluye que la Administración tributaria no puede llevar a cabo el examen de la documentación contenida en un dispositivo electrónico, en este caso un ordenador personal, fuera de determinados casos y bajo estricto control judicial.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación planteado contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Región de Murcia que confirmó el auto judicial que, con fundamento en el régimen previsto para la autorización de entrada en domicilio constitucionalmente protegido, permitía el acceso al ordenador personal de un obligado tributario en el contexto de una inspección tributaria.

En el caso, ante la negativa del obligado tributario a realizar una copia de su ordenador personal durante una de las comparecencias en las oficinas de la inspección, se adoptaron medidas cautelares consistentes en la copia en un disco duro de la información del ordenador con el consiguiente precinto para su posterior apertura tras obtener autorización judicial. Meses más tarde, la Administración solicitó autorización judicial de acceso y copia de los datos obrantes en el disco duro precintado, que fue concedida mediante auto judicial.

A partir de estos antecedentes de hecho, el Tribunal Supremo establece la siguiente doctrina en relación con el acceso y copia de la información contenida en un ordenador personal o dispositivo electrónico:

i. Que las reglas de competencia y procedimiento que la ley procesal establece para la autorización judicial de entrada en domicilio constitucionalmente protegido, a fin de llevar a cabo actuaciones de comprobación tributarias, son inidóneas para autorizar el copiado, precinto, captación, posesión o utilización de los datos contenidos en un ordenador, cuando esa actividad se produce fuera del domicilio del comprobado y puede afectar al contenido de derechos fundamentales.

ii. Que, al margen de lo anterior, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo en relación con las exigencias de la autorización de acceso y entrada a domicilios constitucionalmente protegidos (necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida), es extensible a aquellas actuaciones administrativas que tengan por objeto el conocimiento, control y tratamiento de la información almacenada en dispositivos electrónicos (ordenadores, teléfonos móviles, tabletas, memorias, etc.) que pueda resultar protegida por los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos.

iii. Que tales exigencias deben ser objeto de un juicio ponderativo por parte del juez y no pueden basarse, exclusivamente, en el relato que realice la Administración sin someter tal información a un mínimo contraste y verificación. En todo caso, el respeto a los derechos fundamentales (con máximo nivel de protección constitucional) prima sobre el ejercicio de potestades administrativas.

Siendo así, el Tribunal Supremo considera que el acceso íntegro e indiscriminado a los datos de contenido personal en un ordenador personal, acordado antes de toda autorización judicial, vulnera los derechos constitucionales de intimidad personal y familiar, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos de carácter personal. Y dada la naturaleza de la infracción en el caso, en primera instancia por la Administración, y luego por los órganos jurisdiccionales, concluye que la actuación llevada a cabo es nula de pleno derecho.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen de reestructuraciones. La ventaja fiscal que se puede denegar en aplicación de la cláusula especial antiabuso ha de ser distinta al diferimiento propio del régimen de neutralidad

Consulta vinculante V2214-23, de 27 de julio de 2023

La Dirección General de Tributos concluye que los efectos de la ventaja fiscal que deben eliminarse cuando la operación de reestructuración tuviera como principal objetivo el fraude o evasión fiscal deben ser distintos al diferimiento de la tributación de las rentas generadas. En esta consulta, la Dirección General de Tributos se ha pronunciado sobre los efectos que han de regularizarse en las operaciones de reestructuración acogidas al régimen de neutralidad fiscal.

En este caso, la consultante es una persona física que pretende aportar una participación del 60 % en una sociedad (Sociedad A) a una entidad íntegramente participada por la consultante (Sociedad B) mediante una operación de canje de valores. Transcurridos dos años desde esa aportación, la Sociedad A distribuirá los beneficios generados antes de la aportación a la Sociedad B.

A la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto Europark (asunto C-14/16), de 8 de marzo de 2017, la Dirección General de Tributos entiende que la eliminación de la ventaja fiscal solo puede hacerse tras un análisis del caso concreto, una vez que se ha determinado en un examen global de la operación que la reestructuración ha tenido como objetivo principal, o como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscales. La Dirección General de Tributos acoge, asimismo, el razonamiento del Tribunal Supremo en su sentencia 1503/2022, de 16 de noviembre de 2022, en la que aclara que la obtención de una ventaja fiscal está ínsita en el propio régimen y que la ventaja fiscal que, al convertirse en el objetivo y finalidad de la operación, más allá de otros motivos económicos, determina la aplicación de la cláusula especial antiabuso tiene que ser distinta del propio diferimiento fiscal.

Como corolario, la Dirección General de Tributos concluye que solo podrá regularizarse la ventaja fiscal perseguida cuando, en el curso de unas actuaciones de comprobación e investigación tributaria, haya quedado acreditado que la operación realizada tuvo como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En tal caso, determina, además, que la regularización deberá eliminar los efectos de la referida ventaja fiscal perseguida, distinta del diferimiento en la tributación de las rentas generadas que es inherente al propio régimen de neutralidad.

Impuesto sobre Sociedades. Posibilidad de aplicar la exención del artículo 21.3 de la LIS a las plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones en filiales dedicadas a la promoción de parques solares fotovoltaicos

Consulta vinculante V2200-23, de 26 de julio de 2023

La Dirección General de Tributos avala la posibilidad de aplicar la exención del artículo 21 de la LIS a las plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones en filiales dedicadas la promoción de parques solares fotovoltaicos al considerar que desarrollan una actividad económica desde el momento en el que concurre una clara voluntad de realizar dicha actividad de promoción, aunque no se hayan iniciado las obras de construcción.

Con esta consulta, la Dirección General de Tributos abandona definitivamente el criterio seguido en la consulta V2265-21 y se reafirma en el establecido en la consulta V0863-23 al negar el carácter de entidad patrimonial a una entidad que realiza la actividad de promoción, pero que no ha iniciado las obras de construcción, considerando que desarrolla una actividad económica desde el momento en el que concurre una clara voluntad de realizar dicha actividad.

En la consulta V2200-23 la Dirección General de Tributos se plantea la posibilidad de aplicar la exención del artículo 21 de la LIS a las plusvalías derivadas de la transmisión de las acciones de las filiales íntegramente participadas por una entidad *holding* que tiene como actividad principal la gestión, compraventa y análisis técnicos de todo tipo de instalaciones de energías renovables, así como la promoción, comercialización y explotación de parques solares fotovoltaicos. Por su parte, las filiales tramitan y promueven varios proyectos fotovoltaicos en España, si bien dichos proyectos se encuentran en una fase de promoción o desarrollo, sin que se hayan iniciado en ningún caso las obras de construcción de los parques solares fotovoltaicos, ya que están tramitando los oportunos permisos, licencias y autorizaciones. Las filiales no cuentan con medios personales propios para

el ejercicio de su actividad económica, sino que optan por la externalización de todos los trabajos a la entidad *holding*, que se encarga de seleccionar y validar a los correspondientes proveedores.

En este contexto, la Dirección General de Tributos afirma, con base en la interpretación del concepto de *actividad económica* que realizan diversas sentencias del Tribunal Supremo —sentencias de 26 de febrero de 2015 (rec. 3263/2012) y de 13 de marzo de 2017 (rec. 185/2016)— y de la Audiencia Nacional —sentencias de 20 de octubre de 2011 (rec. n.º 470/2008) y de 15 de julio de 2021 (rec. n.º 78/2018)—, que las filiales no tienen la consideración de entidades patrimoniales a efectos del Impuesto sobre Sociedades, pues desarrollan la actividad de promoción o desarrollo de parques solares fotovoltaicos (incluyendo labores de prefactibilidad, contratación de suelos, redacción de estudios y proyectos técnicos, tramitación y legalización de las instalaciones, y obtención de todos los permisos, autorizaciones y licencias para la construcción) en la que existe, por tanto, una ordenación por cuenta propia de medios de producción o de recursos humanos, propios o de terceros, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios en el mercado. En consecuencia, concluye que la entidad *holding* podrá aplicar la exención del artículo 21 de la LIS respecto de la renta positiva derivada de la transmisión de su participación en filiales, aunque estas no hayan iniciado las obras de construcción de los parques solares fotovoltaicos.

Finalmente, la Dirección General de Tributos sostiene que la renta que se corresponda con la parte del precio de venta contingente que reciba la entidad transmitente una vez que se hayan concedido las autorizaciones y permisos correspondientes se debe integrar en la base imponible del período impositivo en que se produzcan los hechos futuros inciertos de los que depende, en la medida en que en el momento de la transmisión de las acciones de las filiales no es posible realizar una mejor estimación del precio variable a percibir.

Impuesto sobre Sociedades. Tipo reducido del 15 % para empresas de nueva creación

Resolución del TEAC de 24 de julio de 2023 (RG 4696/2023)

El Tribunal Económico-Administrativo Central considera que el tipo reducido del 15 % previsto para empresas de nueva creación en el Impuesto sobre Sociedades únicamente resulta aplicable en el primer periodo impositivo en el que la base imponible sea positiva y en el inmediato siguiente, independientemente de que en este ejercicio siguiente la base imponible sea positiva o negativa.

El Tribunal Económico-Administrativo Central, en una reciente resolución para la unificación de doctrina, ha rechazado que, desde una interpretación sistemática y finalista de la norma, el tipo reducido del 15 % previsto para empresas de nueva creación en el Impuesto sobre Sociedades pueda ser aplicable en los dos primeros periodos impositivos en los que la base imponible del contribuyente sea positiva.

Por el contrario, este beneficio fiscal solo debe ser aplicable en el primer periodo impositivo en el que la base imponible sea positiva y en el inmediato siguiente, independientemente de que en el ejercicio siguiente no se genere una obligación de pago o la base imponible sea negativa.

En concreto, el Tribunal Económico-Administrativo Central considera que esta interpretación se desprendía de los preámbulos del Real Decreto-Ley 4/2013 y la Ley 11/2013 y de la redacción anterior de la Ley del IS.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Doctrina del vínculo. Rendimientos irregulares. Las indemnizaciones por cese de los administradores también pueden tener derecho a la reducción por irregularidad

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2023 (Rec. 2334/2021)

El Tribunal Supremo extiende la aplicación de la reducción por rendimientos irregulares a la parte no exenta de las indemnizaciones derivadas del cese de los altos directivos de una entidad que también son administradores de ella.

El Tribunal Supremo concluye en su sentencia de 25 de julio de 2023 que la llamada reducción por rendimientos irregulares prevista en el artículo 18.2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("IRPF), en la actualidad del 30 % (con determinados límites cuantitativos), también resulta de aplicación a las retribuciones percibidas por altos directivos, que también son administradores sociales, con ocasión de su cese, cuando se cumplan el resto de los requisitos exigidos en el precepto.

Con ello, el Tribunal Supremo considera que la referencia a "rendimientos del trabajo" prevista en el artículo 18.2 de la Ley IRPF permite subsumir, con alguna excepción prevista expresamente en el propio precepto, todas las rentas que tengan tal calificación en el IRPF, incluyendo las retribuciones satisfechas a los consejeros o administradores de una entidad. Dicho de otro modo, en palabras del Tribunal Supremo, sea o no aplicable al caso la llamada teoría del vínculo (lo que defiende la Administración y acoge la sentencia recurrida), que el derecho de los administradores no queda excluido de la ventaja del art. 18.2 Ley del IRPF, pues sus retribuciones constituyen rendimientos íntegros del trabajo.

Por último, cabe señalar que la Dirección General de Tributos se había pronunciado con anterioridad sobre esta cuestión, en la consulta V2785-16 de 21 de junio de 2016, en la que también permitió a los contribuyentes del IRPF, consejeros ejecutivos de una entidad, la aplicación de la reducción por rendimientos irregulares.

IRPF. Se aclaran diversos aspectos de la nueva regulación del *carried interest*

Dirección General de Tributos, consulta vinculante V2295-23, de 31 de julio de 2023

La Dirección General de Tributos aclara diversos aspectos de la nueva regulación del *carried interest*, que prevé su consideración como rendimientos del trabajo, pero establece una regla de integración en la base imponible de únicamente el 50 % de su importe.

Con efectos desde 1 de enero de 2023, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (*Ley de Startups*) estableció una regulación para los deno-

minados *carried interest*, esto es, los rendimientos de participaciones, acciones u otros derechos, incluidas las comisiones de éxito, que otorguen derechos económicos especiales en determinados fondos de inversión alternativa de carácter cerrado de la Directiva 2011/61/UE, y otros organismos de inversión análogos a los anteriores, obtenidos por sus administradores, gestores o empleados. Según esta regulación, las rentas procedentes de los *carried interest* tienen la consideración de rendimientos del trabajo y, siempre que concurran determinados requisitos, se integran en la base imponible general únicamente en el 50 % de su importe.

En esta consulta, la Dirección General de Tributos aclara los siguientes aspectos en relación con la nueva regulación:

i. Organismos de inversión análogos a los relacionados en la norma. Se afirma que no cabe efectuar una generalización sobre qué organismos de inversión son análogos a los expresamente recogidos en la norma, de modo que se requerirá un análisis caso por caso para permitir la aplicación del régimen a entidades extranjeras. No obstante, habida cuenta de que la ley reguladora de las entidades de capital riesgo prevé qué debe entenderse por entidades extranjeras similares a las entidades de capital riesgo, esta equiparación resultaría también válida a los efectos del IRPF, siempre que se cumplan, además, los restantes requisitos fijados en la norma fiscal.

ii. Bonos o incentivos percibidos por administradores, gestores o empleados de entidades titulares de derechos de *carried interest*. La regla de integración del 50 % también resulta aplicable a los bonos o incentivos vinculados al *carried interest* percibidos por administradores, gestores o empleados de entidades que dispongan de derechos económicos especiales sobre los organismos de inversión previstos en la norma.

iii. Cobros parciales antes del transcurso del plazo de mantenimiento. El hecho de que se produzcan cobros parciales del *carried interest* antes de que haya transcurrido el plazo de mantenimiento de cinco años no constituye un incumplimiento del citado requisito, siempre que las participaciones, acciones u otros derechos se mantengan posteriormente durante el tiempo necesario para completar ese periodo mínimo.

En cuanto a las retenciones, dado que el nuevo régimen legal no se configura técnicamente como una reducción del rendimiento, sino que directamente supone una integración del 50 % del rendimiento en la base imponible, la cuantía total sobre la que corresponde practicar retención es dicho 50 %. El tipo de retención aplicable será del 35 % cuando los rendimientos sean percibidos por el contribuyente por su condición de administrador. En caso de que se perciban por su condición de empleado, el tipo se determinará de acuerdo con los artículos 80 y siguientes del Reglamento del IRPF.

Imposición patrimonial. Impuesto sobre el Patrimonio / Impuesto sobre Solidaridad de las Grandes Fortunas. No residentes. Las participaciones en sociedades que participan en entidades cotizadas con inversiones inmobiliarias en España no se consideran localizadas en territorio español

Consulta vinculante V2437-23, de 21 de septiembre de 2023

La Dirección General de Tributos realiza una interpretación teleológica del artículo 5.Uno b) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio para excluir la regla de localización en España de sociedades inmobiliarias cuando una entidad de la cadena de participación es cotizada.

Con efectos desde el período impositivo 2022, se modificó la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre Patrimonio, para prever la sujeción al impuesto por obligación real de contribuir de las acciones y participaciones *no negociadas en mercados organizados* cuyo activo esté constituido en al menos el 50 %, de forma directa o indirecta, por bienes inmuebles situados en territorio español. Esta regla de sujeción al impuesto resulta igualmente de aplicación al Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas en virtud de la remisión normativa que la ley reguladora de este impuesto efectúa a la normativa del Impuesto sobre el Patrimonio.

Si la literalidad de la norma es clara en excluir de su ámbito de aplicación a los contribuyentes no residentes que participen *directamente* en sociedades cotizadas, esa exclusión resulta menos evidente cuando la entidad cotizada a través de la que se invierte en inmuebles situados en España es una participada de segundo o ulterior nivel.

La Dirección General de Tributos ha adoptado una interpretación teleológica favorable a excluir de la nueva regla de localización en España situaciones en las que se participe de forma indirecta en entidades cotizadas con inversiones inmobiliarias en España, lo que favorece a contribuyentes —como el consultante— que participan a través de entidades extranjeras en sociedades españolas acogidas al régimen de sociedades anónimas cotizadas de inversión inmobiliaria (SOCIMI).

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Ambos cónyuges, donantes de participaciones en una empresa familiar que constituye un bien ganancial, deben cumplir el requisito mínimo de 65 años de edad para beneficiarse de la reducción del 95 % de la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2023 (Rec. 7855/2021) y de 20 de septiembre de 2023 (Rec. 7852/2021)

En los casos de donaciones de participaciones en favor de cónyuge, descendientes o adoptados de una empresa familiar que constituye un bien ganancial, el requisito mínimo de 65 años de edad del donante necesario para aplicar la reducción en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones del 95 % del valor de adquisición debe exigirse a cada uno de los cónyuges, de forma separada, en tanto que cada cónyuge dona su parte sin consideración al otro.

En sus sentencias de 19 y 20 de septiembre de 2023, el Tribunal Supremo examina si el requisito de edad del donante, necesario para que la donación de una empresa familiar que constituye bien ganancial pueda acceder a la reducción del 95 % en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, debe cumplirse tomando como referencia el grupo familiar (siendo suficiente, por tanto, que cumpla dicho requisito al menos uno de los cónyuges) o, por el contrario, exigiendo a cada uno de los cónyuges su cumplimiento de forma separada.

El pronunciamiento concluye que el requisito de edad previsto en el artículo 20.6.a) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones deben cumplirlo los dos cónyuges donantes para que resulte de aplicación la reducción a las participaciones donadas. En particular, se considera que, una vez anulado el artículo 38 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009 (rec. cas. 4/2007), debe entenderse que, en la donación por ambos cónyuges de bienes o derechos de la sociedad conyugal, cada cónyuge dona su parte sin consideración al otro. En estos supuestos existen, por tanto, dos transmitentes, pues cada uno de ellos dispone de su mitad ganancial, lo que da origen a dos donaciones diferentes. En consecuencia, entiende que deben girarse dos liquidaciones distintas y que cada donación debe reunir los requisitos correspondientes para aplicar la reducción.

Imposición indirecta. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La escritura de división en régimen de propiedad horizontal y la simultánea extinción del condominio preexistente constituye una única convención a efectos de la modalidad Actos Jurídicos Documentados

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2023 (Rec. 3891/2021)

El Tribunal Supremo concluye que la formalización en un mismo acto de la división en régimen de propiedad horizontal y la extinción del condominio preexistente con adjudicaciones a los comuneros constituye una única convención, al suponer la división horizontal previa una operación antecedente e imprescindible de la división material de la cosa común, de forma que solo cabe una liquidación única por la modalidad Actos Jurídicos Documentados por ambos conceptos.

En la sentencia de 18 de octubre de 2023 el Tribunal Supremo analiza la tributación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados, de las escrituras que documentan la división en régimen de propiedad horizontal y la extinción del condominio preexistente con adjudicaciones a los comuneros.

El Tribunal Supremo parte de la regulación civil de ambas operaciones e interpreta que, en supuestos de existencia de cosa común, la división en propiedad horizontal se configura como un mecanismo de extinción del condominio, de modo que constituye un antecedente necesario para poner fin a la situación de indivisión, por lo que son relevantes tanto la finalidad perseguida como la relación estructural entre ambas operaciones.

Por ello, una vez analizado el régimen civil de ambas operaciones, el Tribunal Supremo concluye que carece de justificación obligar a tributar dos veces por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados —la primera, por la división de propiedad horizontal y la segunda, por la disolución

de la comunidad— cuando ambas operaciones se integran en la misma escritura notarial y se formalizan de forma simultánea con las subsiguientes adjudicaciones a cada copropietario de su porción.

Fiscalidad internacional. IRNR. La remuneración de los consejeros ejecutivos no residentes se considerará renta no sujeta, siempre y cuando sea satisfecha por la sucursal

Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2023 (Rec. 906/2019)

La Audiencia Nacional establece que las remuneraciones percibidas por consejeros ejecutivos no residentes no están sujetas a tributación en sede del IRNR en la medida en que hayan sido satisfechas con cargo a un establecimiento permanente situado en el extranjero.

La cuestión objeto de debate se centra en determinar la posible aplicación de la regla especial de no sujeción del artículo 13.2 b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes ("IRNR"), que establece que no se consideran obtenidos en territorio español los rendimientos "*satisfechos a personas o entidades no residentes por establecimientos permanentes situados en el extranjero, con cargo a éstos, cuando las prestaciones correspondientes estén vinculadas con la actividad del establecimiento permanente en el extranjero*".

La inspección tributaria y, posteriormente, el Tribunal Económico-Administrativo Central ("TEAC") consideraron que las retribuciones percibidas por los consejeros no residentes debían estar sujetas a retención en España por los siguientes motivos:

i. en virtud del artículo 16 del convenio para evitar la doble imposición suscrito entre España y el Reino Unido y del artículo 13.1 e) de la Ley del IRNR, en la medida en que, a su juicio, no se había acreditado que dichas retribuciones trajeran causa del ejercicio de funciones distintas de las propias de su condición de consejeros; y

ii. la norma especial de no sujeción prevista en el artículo 13.2 b) de la ley del IRNR no resultaba de aplicación, puesto que las retribuciones percibidas por los consejeros no residentes fueron satisfechas por parte de una sociedad residente en España.

La Audiencia Nacional, no obstante, interpreta que este último precepto constituye una regla especial que excluye en cualquier caso la sujeción al impuesto en caso de cumplirse los requisitos para su aplicación, es decir, que el pago sea efectuado por una entidad residente en España con cargo a un establecimiento permanente situado en el extranjero, circunstancia que concurre en el supuesto de autos.

En virtud de lo anterior, el Tribunal entiende que no es necesario analizar el primero de los motivos expuestos y, en consecuencia, no entra a valorar la naturaleza jurídica de los servicios prestados por parte de los consejeros.

De acuerdo con lo anterior, la Audiencia Nacional concluye que las remuneraciones satisfechas a los consejeros no debían considerarse renta obtenida en territorio español y que, por lo tanto, el criterio de la sociedad de no practicar retenciones fue ajustado a derecho.

Establecimientos permanentes. Tratamiento de los gastos de generales de dirección y administración en el cómputo de la renta exenta en el Impuesto sobre Sociedades

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2023, rec. n.º 4128/2021.

El Tribunal Supremo afirma que los gastos generales de dirección y administración pueden ser imputados a la renta del establecimiento permanente según un criterio proporcional, pero siempre que se trate de gastos de dirección y generales relacionados con los fines del establecimiento.

El recurso de casación del abogado del Estado planteaba en el caso si, para calcular la renta exenta (*ex* artículo 22 del TRLIS) obtenida por el establecimiento permanente situado en el extranjero, es procedente la imputación de los gastos de dirección y administración generales según un criterio de proporcionalidad.

La Sala, en cambio, considera que la cuestión no reside en la posibilidad de acudir a un criterio de proporcionalidad para determinar los gastos de dirección y generales de administración que pueden corresponder al establecimiento permanente en el extranjero, que la sentencia recurrida no niega, sino en si todos los gastos de dirección y generales de administración en que haya incurrido la central pueden ser objeto de imputación o si solo lo son, como defendía la parte recurrida, aquellos gastos que pueden estar vinculados con los fines del establecimiento.

Basándose en los criterios que proporciona el artículo 7 del convenio aplicable en el caso (el de Argelia), se concluye que, para calcular la renta exenta del establecimiento permanente situado en el extranjero, se podrán imputar proporcionalmente a dicho establecimiento los gastos de dirección y generales de administración realizados para alcanzar los fines del establecimiento permanente, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otro lugar.

[Portugal]

Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares - Regime De Transparência Fiscal - Exercício De Atividades Profissionais

Decisão arbitral de 4 de setembro de 2023 (Processo n.º 657/2022-T) - CAAD

No processo arbitral em análise, o Tribunal Arbitral foi chamado a decidir se uma sociedade que se dedicava, designadamente, à alienação e exposição de obras de arte plásticas da autoria de uma das sócias detentora de mais de 75% do capital social daquela sociedade, estaria, ou não, abrangida pelo regime da transparência fiscal nos termos previstos no artigo 6.º, n.º 1, alínea b) e n.º 4, alínea a), 2) do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC).

Para apreciar o referido caso, o Tribunal começou por enunciar os pressupostos de aplicação do referido regime da transparência fiscal, a saber: (i) que a sociedade tenha rendimentos provenientes, em mais de 75%, do exercício de atividades profissionais; ii) que essas atividades estejam especificamente previstas na lista a que se refere o artigo 151.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares ("CIRS"); iii) que durante mais de 183 dias do período de tributação o número de sócios não seja superior a cinco, e que nenhum deles seja pessoa coletiva de direito público; e, iv) pelo menos 75% do capital social seja detido por profissionais que exerçam as referidas atividades através da sociedade.

Subsumindo o referido enquadramento ao caso em apreço, o Tribunal Arbitral começou por esclarecer que a sociedade em causa teria rendimentos provenientes em mais de 75% do exercício da atividade profissional de artes plásticas especificamente prevista na lista a que se refere o artigo 151.º do CIRS e que a requerente naquele processo arbitral, titular de 80% do capital social da sociedade, exerceria essa atividade profissional através da mesma.

Em resposta à argumentação da requerente naqueles autos no sentido de que: (i) mais de 75% dos rendimentos da sociedade não tinham origem no exercício de atividades profissionais previstas na lista a que se refere o artigo 151.º do CIRS por não poderem ser considerados "(...) *como rendimentos provenientes de atividades profissionais especificamente previstas na lista a que se refere o artigo 151.º do CIRS os rendimentos da B... de alienação e exposição das obras de artes plásticas da autoria da Requerente, pois, porque obtidos por pessoa diversa do respetivo titular originário, revestem «a natureza de mais-valias ou de capitais, consoante o facto que lhes dê origem se consubstancie, respetivamente, numa alienação ou numa cessão ou utilização temporária de direitos da propriedade intelectual»* (...)"; e, (ii) não estão abrangidos no artigo 6.º, n.º 4, alínea a), 2), do CIRS os rendimentos empresariais e profissionais "*auferidos no exercício, por conta própria, de qualquer atividade de prestação de serviços, incluindo as de carácter científico, artístico ou técnico, qualquer que seja a sua natureza, ainda que conexa com atividades mencionadas na alínea anterior*", decidiu o Tribunal Arbitral que o artigo 6.º, n.º 4, alínea a), 2), do CIRS apenas remete para a lista prevista no artigo 151.º do CIRS, não dependendo essa remissão da classificação dos rendimentos dentro da categoria B do IRS.

Concluiu, assim, aquele Tribunal Arbitral que o legislador pretendeu submeter situações como a que estava em análise naqueles autos ao regime de transparência fiscal : "(...) *independentemente de se tratar de rendimentos classificados pela al. a), b) ou c) do art. 3º, n.º 1 do CIRS*" e que, por conseguinte, "(...) *não devemos considerar que os rendimentos que possam ser integrados na al. c), n.º 1, do art. 3º do CIRS ou que possam ser enquadrados na alínea c) do n.º 1 do artigo 10.º ou na alínea m) do n.º 2 do artigo 5.º do CIRS, não estão incluídos na lista a que refere o art. 151º do CIRS*".

Por fim, o Tribunal Arbitral salientou que a argumentação da requerente careceria de aplicação ao caso em análise naquele processo uma vez que "(...) *se trata aqui da imputação de rendimentos obtidos no âmbito da sociedade de profissionais sujeita à transparência fiscal relativamente à qual opera a resposta especial e precisa do art. 20.º, nºs 1 e 2 do CIRS*".

Em face do referido entendimento, decidiu o Tribunal Arbitral julgar totalmente improcedente o pedido arbitral apresentado e manter a liquidação adicional de IRS emitida pela Autoridade Tri-

butária e Aduaneira (AT) em resultado da aplicação do regime de transparência fiscal para efeitos de imputação dos rendimentos aos sócios.

Métodos indiretos de tributação - ónus da prova do excesso na quantificação da matéria tributável

Acórdão de 12 de setembro de 2023 (Processo n.º 00240/12.0BEPNF) - TCAN

No processo em referência o Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN) foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber em que situações é que, no domínio da aplicação dos métodos indiretos de tributação, o erro na quantificação da matéria tributável deve ser enquadrado como excesso de quantificação que se conclua pelo cumprimento do ónus que impende sobre o sujeito passivo neste domínio.

Baseando-se em jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo (STA), o TCAN começou por decidir que, para efeitos de cumprimento do ónus da prova que impende sobre o sujeito passivo ao abrigo do artigo 74.º, n.º 3, da LGT, o excesso de quantificação da matéria tributável por métodos indiretos: "*(...) não carece de ser demonstrado em concreto, podendo o impugnante bastar-se com a demonstração de que o «critério presuntivo eleito» não é, em abstracto, o mais adequado e racionalmente justificado*".

No caso sob escrutínio, considerou o TCAN que o contribuinte demonstrou "(...) *que o método escolhido não foi o adequado e que os resultados a que através dele se chegaram se afastam* (...) *da realidade que visava tributar*" tendo acrescentado que: "(...) *o ónus da prova que o artigo 74º nº 3 da LGT faz impender sobre o sujeito passivo da obrigação tributária não é o de uma quantificação exacta da matéria colectável ou de determinados factores do que seria a sua determinação por avaliação indirecta, mas sim e tão só a prova de que houve excesso na quantificação obtida por métodos indirectos*".

Assim, para aquele tribunal superior basta que se verifique que existem elementos, independentemente do impacto dos mesmos no valor fixado, não considerados pela AT na quantificação feita por esta para que fique demonstrado o excesso na quantificação da matéria tributável na medida em que "*(...) as insuficiências no método são sempre substanciais, isto é, devem evidenciar um excesso de quantificação, não importando o seu* quantum."

Em face do exposto, decidiu o TCAN negar provimento ao recurso apresentado pela AT e manter a sentença proferida pelo tribunal de primeira instância que julgou totalmente procedente a impugnação judicial da liquidação de IVA, com fundamento em excesso de quantificação da matéria tributável por métodos indiretos.

Regime especial de tributação do grupo de sociedades - prejuízos fiscais - prazo de detenção da participação na sociedade dominada

Acórdão de 13 de setembro de 2023 (Processo n.º 0751/18.3BEPRT) - STA

No processo em referência o STA foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber qual o termo inicial e a forma de contagem do prazo estabelecido no artigo 69.º, n.º 4, alínea c), do CIRC para efeitos de aplicação do regime especial de tributação dos grupos de sociedades ("RETGS"), o qual estabelece que: "*Não podem fazer parte do grupo as sociedades que, no início ou durante a aplicação do regime, se encontrem nas situações seguintes: (...) c) Registem prejuízos fiscais nos três exercícios anteriores ao do início da aplicação do regime, salvo, no caso das sociedades dominadas, se a participação já for detida pela sociedade dominante há mais de dois anos*".

O STA decidiu que: "*(...) tendo o legislador fiscal definido, no artigo 69.º, n.º 4, al. c) do CIRC, o período relevante de prejuízos por recurso ao conceito de exercício fiscal e definido o período relevante de detenção da participação por referência ao conceito de anos, é de concluir que este prazo de detenção é um prazo civil, cuja contagem, nos termos do artigo 279.º do Código Civil, se inicia no momento da formalização legal da aquisição da participação e termina no mesmo dia do segundo ano civil consecutivo, sendo no último dia do período de exercício fiscal de formação do facto tributário (sendo de formação contínua, como é o caso do IRC) que deve ser aferida a verificação dos pressupostos objectivos e subjectivos de incidência das normas que o regulam e de aplicação dos regimes especiais que lhes respeitem, como é o caso do RETGS.*".

Transpondo a referida posição para o caso em análise, afirmou o STA que: "*Tendo a participação da sociedade-dominada sido adquirida pela sociedade dominante em 22/6/2011, o aludido prazo de dois anos completou-se em 22/6/2013 pelo que, a 31/12/2013, dia da formação do facto tributário (art. 8º, nº 9, do CIRC) e data por referência à qual deve ser aferida a verificação dos pressupostos de aplicação do RETGS, há muito se tinham completado os dois anos de detenção de participação social e, consequentemente, estavam verificados os pressupostos de aplicação do regime*.", tendo, em consequência, julgado totalmente procedente o recurso apresentado pelo contribuinte de acórdão proferido pelo TCAN que assim não decidiu.

9 de noviembre de 2023

Unión Europea

Unión Europea*

9 de noviembre de 2023

1. Jurisprudencia

El TJUE se pronuncia sobre la pérdida de nacionalidad de un Estado miembro como resultado de una falta de solicitud de conservación

Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto X c. Udlændinge- og Integrationsministeriet (as. C-689/21)

En su sentencia de 5 de septiembre de 2023, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") examinó la pérdida de la nacionalidad danesa de una ciudadana que disponía también de nacionalidad estadounidense. Conforme a la legislación danesa, aquellos nacionales nacidos fuera del territorio danés que no hayan residido de una forma que acredite "un vínculo genuino" con Dinamarca perderán la nacionalidad de este Estado miembro al alcanzar la edad de 22 años.

Conforme al Tribunal, los Estados miembros son competentes para legislar en materia de conservación y pérdida de la nacionalidad. En ese sentido, la legislación danesa es conforme al derecho de la Unión, siempre que el nacional afectado haya tenido la oportunidad de presentar, en un período de tiempo razonable, una solicitud de conservación de la nacionalidad que permita a las autoridades nacionales realizar un examen de la proporcionalidad de esa pérdida, a la luz de la conservación de los derechos contenidos en el Estatuto de ciudadanía de la Unión.

En este respecto, el TJUE apunta que el necesario examen de proporcionalidad exigirá que la persona en cuestión tenga la oportunidad de solicitar la revisión de cualquier medida nacional a tal fin, conforme al principio de efectividad de las medidas nacionales que garanticen la salvaguarda de derechos derivados del Estatuto de ciudadanía de la Unión. Concretamente, el Tribunal considera que la denegación de la solicitud de conservación de la nacionalidad de un Estado miembro, con fundamento en la expiración del plazo concedido para ello, es incompatible con el derecho de la Unión cuando el afectado no ha sido debidamente informado de su derecho de solicitud y de las consecuencias de no ejercerlo en un plazo establecido.

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro Varona y elaborada por Violeta Marinas Serra, del Grupo de Competencia y Derecho de la UE de Uría Menéndez (Bruselas).

Igualmente, el Tribunal subraya que la falta de oportunidades procesales para obtener un examen de la proporcionalidad de la pérdida de la nacionalidad, tomando en cuenta que ello implicaría la pérdida de la ciudadanía de la Unión, en ningún caso puede compensarse por la posibilidad de recuperar esa nacionalidad.

El TJUE examina, por primera vez, los derechos procesales de un tercer Estado en el marco de las medidas restrictivas adoptadas por el Consejo

Sentencia del Tribunal General en el asunto Venezuela c. Consejo (as. T-65/18)

En su sentencia de 22 de junio de 2021, el TJUE estimó que Venezuela, en tanto que tercer Estado objeto de medidas restrictivas adoptadas por el Consejo, contaba con legitimación activa para interponer un recurso de anulación contra el acto de aprobación de las mencionadas restricciones. Con ello, el Tribunal de Justicia devolvió el asunto al Tribunal General para un examen sustancial de las cuestiones de fondo, de manera que pudiera evaluar en detalle los fundamentos de derecho del recurso interpuesto por el Estado venezolano.

En su nueva sentencia de 13 de septiembre de 2023, el Tribunal General examinó los derechos procesales de Venezuela en el marco del recurso de anulación interpuesto, estimando que el derecho de audiencia consagrado en el artículo 41 de la Carta no puede invocarse en el contexto de la adopción de medidas de alcance general. Concretamente, el reconocimiento del derecho a ser oído, en el contexto de las medidas restrictivas adoptadas contra un Estado, implicaría la pérdida de efectividad de las medidas adoptadas en el seno de la política exterior y de seguridad común ("PESC").

Por otro lado, el Tribunal alude a la discrecionalidad del Consejo en la aplicación de estas medidas, conforme al ejercicio de competencias cedido por los Estados miembros en favor de esta institución. En este sentido, el Tribunal estima que las posibilidades de revisión judicial están limitadas a la comprobación del cumplimiento de las reglas procedimentales y de la obligación de motivación, y que no puede, en el ejercicio de competencias definidas por la PESC, sustituir el criterio del Consejo por el suyo propio.

Por último, el Tribunal rechaza el argumento de que las medidas restrictivas impliquen el ejercicio de una jurisdicción extraterritorial por parte la Unión. Según el Tribunal, el ejercicio de las competencias de la Unión en esta materia derivan del principio de atribución, al incluir como objeto de las restricciones a personas y situaciones que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados miembros *ratione loci* o *ratione personae*.

El TJUE se pronuncia sobre el alcance del principio *non bis in idem* frente a sanciones impuestas en distintos Estados miembros

Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Volkswagen Group Italia SpA y Volkswagen Aktiengesellschaft c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (as. C-27/22)

En su sentencia de 14 de septiembre de 2023, el Tribunal de Justicia examinó la doble sanción impuesta por la autoridad italiana de competencia y por la administración alemana, por hechos idénticos, contra un mismo operador económico.

Conforme estima el Tribunal, el principio *non bis in idem*, a los efectos del respeto del artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ("CDFUE"), es extensible al derecho administrativo sancionador de los Estados miembros en aplicación de disposiciones de derecho de la Unión. En efecto, el Tribunal reconoce que este principio impide la aplicación de una normativa nacional que sancione a un operador que, con carácter previo, haya sido sancionado en otro Estado miembro a la luz de unos mismos hechos y bajo circunstancias análogas. Según establece el Tribunal, resulta indiferente que las normas infringidas correspondan a distintos sectores de regulación o que los intereses objeto de protección sean diversos si, como resultado de la doble aplicación normativa, se imponen sanciones administrativas o penales a un mismo sujeto bajo idénticos fundamentos de hecho.

Sin embargo, el Tribunal matiza el contenido del artículo 50 CDFUE con lo dispuesto en el artículo 52, relativo al alcance y posible limitación de los derechos contenidos en la Carta. Conforme a esta interpretación, la legítima implementación por distintos Estados miembros de respuestas legales complementarias frente a ilícitos administrativos será válida si, a la luz del principio de proporcionalidad, la duplicidad de procedimientos y sanciones no excede de lo apropiado y necesario para alcanzar los objetivos perseguidos. Igualmente, los procedimientos sancionadores deberán aplicarse de manera "suficientemente coordinada" en los distintos Estados miembros, en un período de tiempo próximo y con un resultado ajustado a la gravedad de la infracción globalmente considerada.

2. Otros

La Comisión adopta una Recomendación relativa a la realización por los Estados miembros de evaluaciones de riesgos colectivas en el sector tecnológico

Recomendación de la Comisión Europea C(2023) 6689 final, de 3 de octubre de 2023, sobre ámbitos tecnológicos críticos para la seguridad económica de la UE, a fin de realizar evaluaciones de riesgos adicionales conjuntamente con los Estados miembros

La Comisión ha adoptado, en el marco de la Estrategia Europea de Seguridad Económica, una recomendación relativa a la seguridad tecnológica y las filtraciones tecnológicas como uno de los cuatro ámbitos de riesgo identificados por la Estrategia (siendo los otros tres la seguridad energé-

tica, la seguridad física y ciberseguridad de infraestructuras críticas, y la dependencia económica). Conforme al texto aprobado por la Comisión, se recomienda a los Estados miembros la colaboración para la realización de evaluaciones de riesgo colectivas, antes de la finalización del año, en el sector de los semiconductores, las tecnologías de inteligencia artificial, tecnologías cuánticas y biotecnologías.

Concretamente, la Recomendación insta a los Estados miembros a realizar una evaluación de riesgos de carácter objetivo y en colaboración con la Comisión, sin que queden predeterminados los resultados ni la implementación de medidas concretas de seguimiento en el futuro. Conforme indica la Recomendación, únicamente el resultado de la evaluación detallada sobre el nivel y la naturaleza de los riesgos presentados servirá de base para la adopción de medidas precisas y proporcionadas, destinadas a promover y proteger los ámbitos tecnológicos incluidos.

Por último, la Recomendación prevé la posibilidad de que la Comisión introduzca nuevas iniciativas hasta la primavera de 2024, conforme a los resultados de las evaluaciones de riesgos colectivos.

Comienza la aplicación transitoria del Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono

El Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono ("CBAM", por sus siglas en inglés) comenzó a aplicarse en su fase transitoria desde el pasado 1 de octubre. Con el objetivo de establecer condiciones de competencia equitativas entre los productores de la Unión y de terceros países, el CBAM persigue equilibrar el precio del carbono entre productores e importadores. Con ello, se trata de asegurar que las políticas medioambientales de la Unión no queden desvirtuadas por la deslocalización de la producción a terceros Estados sin estándares análogos a los europeos.

En su fase transitoria, el CBAM se impondrá únicamente a las importaciones de los siguientes productos: cemento, hierro y acero, aluminio, fertilizantes, electricidad e hidrógeno. En esta fase, los importadores europeos de estos productos deberán informar a la Comisión del volumen de importaciones y de emisiones de gases de efecto invernadero generadas durante su proceso productivo, si bien no se devengará el pago de ningún ajuste financiero durante esta fase. Concretamente, los importadores europeos de estos productos deberán notificar a la Comisión con la información recogida durante el último cuarto del 2023, de manera que el primer informe completo deberá presentarse a fecha de 31 de enero de 2024.

Para facilitar el cumplimiento de las nuevas obligaciones, la Comisión ha puesto a disposición de los interesados un registro transitorio, que permitirá a los importadores realizar y presentar los cálculos necesarios. Adicionalmente, la Comisión ha publicado una guía escrita, materiales e instrucciones *online*, fichas orientativas por sector y listados de comprobación, que orientarán a las empresas en el cumplimiento de las obligaciones de este mecanismo transitorio.

El Consejo aprueba el nuevo instrumento legislativo contra la coerción económica procedente de terceros Estados

Tras la aprobación del texto definitivo por el Consejo, el nuevo instrumento contra la coerción económica ("ACI", por sus siglas en inglés) se suma a los mecanismos de defensa comercial previstos por la Unión Europea frente al uso coercitivo de medidas comerciales y de inversión por terceros Estados. El nuevo instrumento tiene como objetivo principal favorecer el diálogo con las autoridades del Estado en cuestión, instando al cese de las medidas coercitivas, si bien la Unión Europea contará con un conjunto de contramedidas en caso de no obtener resultados satisfactorios en la fase de diálogo.

Concretamente, el ACI permitirá a la Comisión iniciar una investigación en un plazo de cuatro meses frente a aquellos posibles supuestos de coerción de los que tenga constancia. A partir de sus conclusiones, el Consejo adoptará por mayoría cualificada, en un plazo de diez semanas, una decisión por la que declare la existencia o no de coerción. En caso afirmativo, y previo acuerdo del conjunto de Estados miembros, la Comisión podrá determinar las medidas concretas que considere adecuadas en un plazo de seis meses, manteniendo informados al Parlamento y al Consejo.

Entre las medidas puestas a disposición de la Unión Europea se encuentran, con carácter exhaustivo, la restricción al comercio de bienes y servicios, al reconocimiento de derechos de propiedad intelectual, restricciones a la inversión extranjera directa, al acceso a procedimiento de contratación pública en la Unión, al mercado de capitales y a la autorización de productos cuando ello esté dispuesto por la normativa química y sanitaria. A su vez, el ACI prevé que la Comisión pueda exigir una reparación del daño al Estado que ejerza la coerción, adoptando medidas al efecto.

Tras la aprobación por el Consejo el 23 de octubre de 2023, la adopción del ACI está fijada para el 22 de noviembre de 2023, y la entrada en vigor se prevé a los veinte días desde la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

La Comisión anticipa contenidos de la Ley de Servicios Digitales en su nueva Recomendación sobre la coordinación de respuestas a incidentes

Recomendación (UE) 2023/2425 de la Comisión, de 20 de octubre de 2023, sobre la coordinación de las respuestas a incidentes, especialmente los derivados de la difusión de contenido ilícito, en anticipación de la plena entrada en vigor del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo (Ley de Servicios Digitales)

El 20 de octubre de 2023, la Comisión adoptó una Recomendación con objeto de promover la coordinación de los Estados miembros en respuesta a incidentes incluidos en la regulación del Reglamento 2022/2065 ("DSA", por sus siglas en inglés). En particular, la Recomendación apunta a aquellos incidentes derivados de la difusión de contenido ilícito en las plataformas en línea y en los motores de búsqueda designados por la DSA, que planteen un riesgo claro de intimidación a determinados grupos de población y de desestabilización de las estructuras políticas y sociales en la Unión Europea, incluyendo potenciales amenazas graves para la seguridad y la salud pública.

Concretamente, la Comisión ha previsto la creación de una red informal para coordinar aspectos de la DSA antes del comienzo de su aplicación en febrero de 2024. Para ello, la Recomendación anima a los Estados miembros que ya hayan designado o determinado a su coordinador de servicios digitales a notificar a la Comisión los datos de contacto de dicha autoridad, con el fin de posibilitar su participación en la red de coordinación. Para desempeñar adecuadamente sus funciones, la red informal se reunirá a iniciativa propia o de la Comisión periódicamente y siempre que la situación lo requiera. Igualmente, se prevé una mayor colaboración de los Estados miembros con la Comisión, facilitando su labor en la realización de investigaciones e inspecciones en los respectivos territorios nacionales.

URÍA
MENÉNDEZ

www.uria.com