9 de enero
de 2024

Administrativo

Competencia

Derecho Digital

Energía

Inmobiliario y Urbanismo

Laboral y Seguridad Social

Marítimo, Transporte y Logística

Medio Ambiente

Mercantil

Procesal Civil

Procesal Penal

Salud y Alimentación

Tributario

Unión Europea

Crónica Legislativa y Jurisprudencial

Unión Europea, España y Portugal

URÍA MENÉNDEZ

COMITÉ EDITORIAL
Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
Antonio Manuel Morales Moreno, *Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Fernando Rodríguez Artigas, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Pantaleón Prieto, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Vicente Cuñat Edo, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Gómez Pomar, *Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra*
José Massaguer Fuentes, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Montiano Monteagudo Monedero, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universitat Pompeu Fabra*
Cándido Paz-Ares, *Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Alexandre Mota Pinto, *Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*
Emilio Díaz Ruiz, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*
Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *Doctor en Derecho y profesor titular de Derecho Administrativo y de la Unión Europea en 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, Nuno Salazar Casanova, Hélder Frías, Javier García Sanz, Cristian Gual Grau y Gloria Marín Benítez

REDACTORES
Alejandro Anca Alamillo y José Antonio González Salgado

OBRA EN CUBIERTA:
Título: *Te pinto tu still nº 2* de Sandra Gamarra. Óleo sobre lienzo, 2004

Copyright © URÍA MENÉNDEZ ABOGADOS, S. L. P.

Para contactar con la redacción de la Revista dirigirse a:
ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ
Príncipe de Vergara, 187 - 28002 Madrid
Tel. 91 586 04 60. Fax 91 586 04 61
e-mail: alejandro.anca@uria.com
www.uria.com

Edición, diseño, producción y distribución: CeGe Global

CeGe Global
Ciutat d'Asunción, 42 - 08030, Barcelona
Tel. +34 93 274 59 00
e-mail: info@cegeglobal.com
www.cegeglobal.com

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores.

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

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

Sumario

5 Administrativo

19 Competencia

35 Derecho Digital

59 Energía

69 Inmobiliario y Urbanismo

85 Laboral y Seguridad Social

99 Marítimo, Transporte y Logística

105 Medio Ambiente

113 Mercantil

127 Procesal Civil

155 Procesal Penal

163 Salud y Alimentación

175 Tributario

193 Unión Europea

9 de enero de 2024

Administrativo

Administrativo*

9 de enero de 2024

1. Legislación

[España]

Modificación de diversos preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, con el objetivo de adecuar los servicios públicos locales a medios digitales y dar cumplimiento al hito número 147 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE de 20 de diciembre de 2023)

En primer lugar, se reduce el número mínimo de habitantes con los que debe contar un municipio para su creación hasta los 4000. No obstante, esta quedaría condicionada a la sostenibilidad financiera del nuevo municipio, así como a su capacidad de asumir las competencias que les son legalmente atribuidas. La creación de nuevos municipios no podrá suponer una disminución en la calidad de los servicios que preste.

En segundo lugar, en materia de padrón municipal, se actualizan los datos obligatorios que deben constar en la inscripción y se exige, siempre que sea posible, que los datos relativos al domicilio habitual incluyan la correspondiente referencia catastral. Además, se formaliza la aportación de datos voluntarios, cohesionando de este modo la ley con lo dispuesto en el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales.

El RDL 6/2023 reforma el régimen de competencias municipales, condicionando su asignación a una ponderación de la capacidad de gestión de la entidad local, cuyo resultado deberá estar presente en la motivación del instrumento jurídico que realice la atribución competencial. En esta línea y para garantizar recursos suficientes y una prestación de calidad de los servicios, se permite el establecimiento de sistemas de gestión colaborativa en municipios con menos de 20.000 habitantes.

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

Por último, la reforma obliga a las entidades locales a la creación de un portal de internet y que permitan el acceso a los servicios públicos mediante mecanismos digitales.

[Portugal]

Regimes da utilização dos recursos Hídricos e da avaliação de impacte ambiental - Alterações

Decreto-Lei n.º 87/2023, de 10 de outubro (DR 196, Série I, de 10 de outubro de 2023)

O Decreto-Lei n.º 87/2023, de 10 de outubro ("Decreto-Lei 87/2023") altera: (i) o Regime da Utilização dos Recursos Hídricos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, na sua redação atual ("RURH"); e (ii) o Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental ("RJAIA") dos projetos públicos e privados suscetíveis de produzirem efeitos significativos no ambiente, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 151B/2013, de 31 de outubro, na sua redação atual.

Destacamos as seguintes alterações introduzidas no RURH:

i. Eliminação do direito de preferência do anterior titular em caso de novo procedimento concursal (notamos, no entanto, que esta alteração só entra em vigor no dia 11 de outubro de 2024);

ii. Limitação dos casos de prorrogação do contrato de concessão: quando o titular da concessão tenha realizado investimentos adicionais aos inicialmente previstos no contrato de concessão e que hajam sido necessários ao cumprimento desse contrato, desde que devidamente autorizados e se demonstre que os mesmos não foram nem poderia ser recuperados, a entidade competente pode optar por reembolsar o titular do valor não recuperado ou, excecionalmente e por uma única vez, prorrogar a concessão pelo prazo necessário a permitir a recuperação do investimento (não podendo, em caso algum, exceder o prazo de 75 anos).

Destacamos as seguintes alterações introduzidas no RJAIA:

A. Possibilidade de dispensa de Avaliação de Impacte Ambiental ("AIA"): a dispensa, total ou parcial, do procedimento de AIA encontra-se agora dependente da verificação dos seguintes requisitos: (a) caso a aplicação do procedimento de AIA contrarie o objetivo do projeto; e (b) desde que sejam cumpridos os objetivos do RJAIA; e

B. Alteração do Regime dos Projetos com Impactes Transfronteiriços: (a) sempre que o projeto possa produzir um impacte ambiental significativo no território de outro ou outros Estados-Membros da União Europeia, a autoridade de AIA tem o dever de notificar, nos termos do n.º 2 do artigo 33.º do RJAIA, as autoridades do(s) Estado(s) potencialmente afetado(s), tão cedo quanto possível e o mais tardar até à publicitação do procedimento de AIA; e (b) o Estado potencialmente afetado tem agora um prazo máximo de três meses para consultar as entidades sobre os potenciais efeitos transfronteiriços assim como estabelecer medidas para os reduzir ou eliminar.

O presente diploma entrou em vigor no dia 11 de outubro de 2023, com exceção do disposto nos artigos 21.º e 24.º do RURH, que só produzem efeitos no dia 11 de outubro de 2024.

Financiamento da tarifa social - Alterações

Decreto-Lei n.º 104/2023, de 17 de novembro (DR 223, Série I, de 17 de novembro de 2023)

O Decreto-Lei n.º 104/2023, de 17 de novembro ("Decreto-Lei 104/2023") veio alterar o financiamento da tarifa social, aprovada inicialmente pelo Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de dezembro.

A tarifa social pretende garantir que todos os consumidores têm acesso ao serviço essencial de fornecimento de energia elétrica e, desde a sua aprovação, que tem sido suportada inteiramente pelos centros electroprodutores.

Deste modo, destacamos as seguintes alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 104/2023:

i. Aumento da incidência subjetiva da tarifa social, passando a abranger, para além de titulares de centros eletroprodutores, também os comercializadores de energia elétrica e os demais agentes de mercado na função de consumo.

ii. O cálculo do montante das contribuições para o financiamento da tarifa social para os comercializadores e demais agentes de mercado na função de consumo é feita consoante a proporção da energia da RESP utilizada.

iii. As entidades financiadoras da tarifa social têm deveres de reporte específico, através de um reporte mensal dos valores relativos à incidência ao gestor global do Sistema Elétrico Nacional. O incumprimento de deveres de reporte constitui uma contraordenação punível nos termos da alínea *j*) do n.º 3 do artigo 28.º da Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro.

O presente diploma entrou em vigor no dia 18 de novembro de 2023.

2. Jurisprudencia

[España]

El Tribunal Supremo establece que, por regla general, en supuestos de impago de subvenciones establecidas por ley, solo se devengan intereses de demora en favor del beneficiario desde que se dicta el acto administrativo de reconocimiento de la obligación de pago

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de noviembre

El Tribunal Supremo determinó que el *dies a quo* del cómputo de los intereses que se devengan en favor del beneficiario de una subvención en caso de impago es cuando se dicta el acto administrativo de reconocimiento de la obligación de pago.

El litigio tiene su origen en una reclamación de varios ayuntamientos a la Administración autonómica del pago de una subvención para las guarderías municipales, con los intereses de demora correspondientes. De acuerdo con la ley autonómica en materia de educación, la Administración tiene el deber de subvencionar el funcionamiento de las guarderías municipales (sujeto a disponibilidades presupuestarias) y la obligación de aprobar unos calendarios de pago.

No obstante, debido a diversas restricciones presupuestarias, el pago de estas subvenciones no se llegó a materializar en su totalidad. Por lo tanto, en 2019, varios ayuntamientos reclamaron a la Administración autonómica las subvenciones pendientes de pago correspondientes a cuatro cursos escolares.

Durante la tramitación de los procedimientos contencioso-administrativos, se aprobaron, mediante una disposición adicional de otra ley y de manera retroactiva, unas subvenciones por curso escolar y plaza para el periodo 2012-2019, con una distribución temporal de pago concreta.

Pues bien, en el procedimiento en cuestión, se estimó el derecho de un ayuntamiento a percibir las subvenciones de los periodos 2015-2016 y 2018-2019, más los intereses legales de la cantidad resultante desde la reclamación en vía administrativa (antes de la aprobación de la disposición adicional en la nueva ley). Se entendía que la obligación de pago derivaba de la propia ley de educación y que no precisaba de un acto administrativo de reconocimiento.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación interpuesto por la Administración autonómica, entendió que hasta la aprobación de la disposición adicional de la nueva ley no existieron ni unas cuantías determinadas ni un calendario de financiación obligatorio para la Administración, pues solo habían existido mandatos genéricos sujetos a las disponibilidades presupuestarias. Además, en ninguna de las leyes anteriores se produjo un acto de reconocimiento formal de la subvención que pudiera generar una obligación principal líquida, vencida y exigible.

A raíz de lo anterior, el Tribunal Supremo concluyó que la exigencia del abono de intereses de demora en favor del beneficiario de la subvención surge solo desde el momento en que se produce el reconocimiento de la obligación principal (en este caso, con la aprobación de la nueva ley, que en su disposición adicional establece las subvenciones concretas y su calendario de pago).

Finalmente, el Tribunal Supremo también apuntó que la respuesta habría sido distinta si el ayuntamiento hubiera ejercitado una acción de inactividad contra la Administración autonómica para reclamar el cumplimiento de la ley de educación, la aprobación de los calendarios de pago y, en definitiva, el despliegue, mediante actos de ejecución, de la obligación legal de subvencionar. En caso de éxito de esa acción, el ayuntamiento habría tenido derecho a los intereses correspondientes a las cantidades impagadas.

El Tribunal Supremo confirma que se puede acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa para el pago de facturas por servicios en casos de contratación irregular o no permitida, como la contratación verbal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de octubre

El Tribunal Supremo resolvió sobre la procedencia de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa para el pago de facturas por servicios en los casos de contratación irregular o no permitida, como la contratación verbal.

La sentencia trajo causa de un recurso interpuesto por un letrado verbalmente contratado por un ayuntamiento, contra la inactividad de dicha Administración por no haber satisfecho en tiempo el requerimiento de pago de las facturas presentadas por la prestación de sus servicios profesionales.

A la hora de plantear los términos de debate, el Tribunal Supremo recordó la jurisprudencia de la Sala sobre la aplicación del principio de la prohibición del enriquecimiento injusto, y la señaló como la cuestión de interés casacional para el caso de autos.

De acuerdo con la aplicación del principio en el orden contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo recordó que lo conforman el aumento patrimonial del enriquecido, el empobrecimiento de aquel que reclama, la existencia de un nexo causal entre la primera y segunda situación, y la ausencia de causa o justificación de dichas alteraciones patrimoniales.

A estas exigencias se une la ausencia de mala fe, esto es, que el desequilibrio esté constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración.

En atención a las circunstancias del caso y a los requisitos expuestos, la Sala entendió aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa, al no concurrir ninguna circunstancia que lleve a su modificación. Por tanto, se mantuvo el criterio de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa, para el pago de facturas por servicios en los casos de contratación irregular o no permitida, como la contratación verbal, siempre que concurran los requisitos anteriores.

En el caso de autos se confirmó que el recurrente efectuó unos trabajos o servicios jurídicos en favor del Ayuntamiento, que los trabajos realizados tuvieron por objeto la defensa del Ayuntamiento en diversos procedimientos administrativos y judiciales en defensa de los intereses municipales, y no de los intereses particulares de otras persona, y que estos trabajos no fueron retribuidos, por lo que significaron para el abogado que los llevó a cabo un empobrecimiento o sacrificio no retribuido.

Por otro lado, los trabajos produjeron un enriquecimiento del ayuntamiento, que vio defendidos sus intereses en diversos procedimientos sin efectuar ningún desembolso económico ni afrontar coste alguno. Por tanto, existe una correlación entre el empobrecimiento del abogado que realizó los trabajos y el enriquecimiento del ayuntamiento que recibió los servicios y se benefició sin abonar contraprestación.

Además, el desequilibrio entre el empobrecimiento de uno y el enriquecimiento de otro no está amparado en un contrato o disposición normativa que impusiera la realización de dichos trabajos sin retribución alguna. Por último, no existe ningún elemento que permita declarar que medió una conducta maliciosa por parte del abogado que efectuó los servicios en defensa de los intereses del ayuntamiento. Considerando lo anterior, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el ayuntamiento contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El Tribunal Supremo establece que la regla general de que los codemandados no pueden impugnar en casación puede excepcionarse si las peculiaridades del caso afectan a la tutela judicial efectiva

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de diciembre

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posición del codemandado en un supuesto en el que el recurso contencioso-administrativo ha sido interpuesto por la Administración autonómica contra una resolución de los Tribunales Económico-Administrativos totalmente estimatoria de una reclamación económico-administrativa y, por tanto, favorable a las pretensiones del contribuyente, pero que ha dejado sin juzgar alguno de los motivos de oposición al acto recurrido por considerar innecesario su análisis.

El abogado del Estado, en representación de la Administración tributaria, considera que no procede que los codemandados de la segunda instancia puedan hacer valer otras pretensiones distintas de la confirmación de la resolución impugnada.

El Alto Tribunal considera que, en principio y conforme a la regla general, los codemandados no pueden impugnar en casación una sentencia desestimatoria. Ahora bien, en el caso de autos, esa regla debe excepcionarse porque sus particularidades son de tal entidad que afectan a la tutela judicial efectiva y a la prescripción de la indefensión contenidas en el artículo 24.1 CE. En particular, las alegaciones formuladas por los codemandados tenían mejor cabida en la de una parte demandante que en las de una parte demandada, de forma que debe permitirse su acceso a la casación, siempre que la sentencia, como es el caso, le resulte perjudicial.

El Tribunal razona que el órgano judicial debe resolver en la sentencia los demás motivos de oposición contra la resolución recurrida cuando hayan sido alegados por el codemandado en la contestación a la demanda, interpretando el artículo 33 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a la luz del principio *pro actione*. En consecuencia, declara casada la sentencia recurrida y ordena la retroacción de las actuaciones, para que se dicte nueva sentencia que se pronuncie también sobre las pretensiones y motivos omitidos.

El Tribunal Supremo aclara que, en el seno de un procedimiento de naturaleza sancionadora, es deber del instructor comunicar al interesado, con antelación suficiente, el comienzo de la realización de las pruebas admitidas, indicando lugar, fecha y hora, así como la posibilidad de nombrar técnicos que le asistan

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de noviembre de 2023

El origen de este litigio trae causa de la impugnación de una sanción impuesta al dueño de un establecimiento de alimentación por una infracción muy grave tipificada en la normativa sobre drogodependencias, al no haberle dado al interesado la posibilidad de contradecir la prueba practicada durante la incoación del expediente.

En el boletín de denuncia extendido por agentes de la policía local se exponía que observaron directamente en el establecimiento la venta de una botella de una bebida alcohólica de alta graduación a una menor de edad. La persona fue citada por el instructor como testigo, que compareció en compañía de sus progenitores y confirmó que era correcto el contenido del boletín de denuncia.

El recurrente alegó en la instancia que en el procedimiento administrativo había propuesto como prueba la declaración testifical de la menor y pidió asistir a su práctica, pero que, a pesar de ser admitida, el instructor la practicó sin su presencia. Por lo tanto, sostuvo que el instructor incurrió en la vulneración del reglamento autonómico que regula el ejercicio de la potestad sancionadora, al haber impedido la preceptiva contradicción causándole así indefensión.

El Tribunal Supremo estimó que el supuesto tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, para determinar si del artículo 78 de la Ley 39/2015, 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se deduce la obligación para el instructor de comunicar a los interesados los datos referidos a la práctica de la prueba testifical, a los efectos de que puedan estar presentes.

Razona que de este artículo se desprende que al interesado se le debe comunicar con antelación suficiente el comienzo de la realización de las pruebas admitidas, y que esa comunicación ha de comprender la indicación del lugar, fecha y hora en que se practicará, así como ha de informar al interesado de que puede nombrar técnicos que le asistan. Una comunicación de esta naturaleza no es para mero conocimiento del interesado, sino precisamente para que pueda personarse en el acto en que se lleva a cabo la prueba. Por lo tanto, no puede quedar al parecer del instructor

hacer o no esa comunicación, y tampoco hacerla incompleta, ni queda a su decisión permitir o no la presencia de aquel.

El Tribunal Supremo concluye que los términos en que está concebido el artículo 78 de la Ley 39/2015 conducen directamente a la conclusión de que contempla la presencia del interesado en la prueba (y, en especial, en supuestos como el de autos). En el supuesto enjuiciado, se produjo la infracción de los artículos 77 y 78 de la Ley 39/2015, lo que tuvo como consecuencia impedir la contradicción imprescindible. Se le genera indefensión al interesado porque no pudo, en el momento en que debió permitírsele, hacer al testigo las preguntas con las que pretendía desvirtuar los hechos consignados en la denuncia.

Por todo ello, se estima el recurso de casación.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara nulo un precepto, introducido a través de una enmienda, que supone una modificación sustancial del texto, ya que no se ha sometido a un nuevo trámite de información pública

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de septiembre de 2023

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve el recurso presentado por dos concejales del Ayuntamiento de Madrid contra la disposición final 4.ª de la Ordenanza 10/2022, de 20 de diciembre, de Limpieza de los Espacios Públicos, Gestión de Residuos y Economía Circular (la "DA 4.ª" y la "Ordenanza 10/2022", respectivamente), que modifica el apartado 2 de la disposición transitoria tercera de la Ordenanza de Movilidad Sostenible, de 5 de octubre de 2018, sobre requisitos ambientales para el acceso a la Zona de Bajas Emisiones de Especial Protección Distrito Centro (ZBEDEP) (la "Ordenanza de Movilidad"). Dicha modificación tenía por objeto ampliar en un año el plazo de la moratoria de prohibición de entrada en la ZBEDEP para determinados vehículos incluidos en la disposición transitoria.

Para lo que aquí interesa, los antecedentes fácticos del *iter* normativo de la Ordenanza 10/2022 son los siguientes: una vez iniciada su tramitación, la Junta de Gobierno aprobó el sometimiento de la Ordenanza 10/2022 a consulta pública previa, tras lo cual aprobó el proyecto inicial y el proyecto definitivo. Posteriormente, dos grupos municipales presentaron una enmienda con el objeto de introducir la DA 4.ª. La Comisión Permanente Ordinaria de Medio Ambiente y Movilidad dictaminó a favor del proyecto definitivo, y la enmienda fue aprobada. Por último, el ayuntamiento adoptó el acuerdo definitivo por el que se aprobó la Ordenanza 10/2022.

Los recurrentes solicitaron la declaración de nulidad de dicha DF 4.ª por entender que se había vulnerado el procedimiento dispuesto en el artículo 48.3 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, así como el artículo 109.4 del Reglamento Orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 31 de mayo de 2004, en tanto que en el texto aprobado del proyecto no figuraba ninguna disposición de modificación de la Ordenanza de Movilidad. Por ello, al no haberse sometido la DA 4.ª al trámite de información pública, se había impedido que se hicieran alegaciones a ella por parte de la ciudadanía.

Por su parte, el ayuntamiento alega que la nueva redacción tan solo contenía una moratoria de un año, por lo que se trataba de una modificación puntual y no sustancial. Señala que toda enmienda trata de corregir el proyecto normativo, y que si esta tuviera que someterse de nuevo a un trámite de consulta previa, el procedimiento normativo podría extenderse *ad infinitum*.

La Sala considera que, en este caso, ha habido una omisión indebida del trámite de información pública respecto a la DA 4.ª, que no se encontraba en el texto inicial del proyecto normativo, y que no se refiere al contenido regulado en dicho proyecto. En efecto, tras recordar la relevancia del trámite de información pública, cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de apreciar vicios de nulidad de las disposiciones generales. Dicha jurisprudencia concluye que, si bien el cumplimiento de los trámites formales debe ser exigido, es necesario llevar a cabo una interpretación funcional y teleológica de dichas reglas. Esta regla general, empero, tiene como excepción aquellos casos en los que una nueva versión del proyecto introduzca cambios sustanciales.

A juicio de la Sala, la DA 4.ª constituye una modificación sustancial del texto por dos motivos principales: en primer lugar, porque no es consecuencia de las alegaciones realizadas con ocasión del trámite a información pública y, en segundo lugar, porque su contenido nada tiene que ver con el contenido de la norma que fue sometida previamente a información pública. En consecuencia, declara la nulidad de pleno derecho de la DA 4.ª.

El procedimiento de revisión de oficio de disposiciones y actos nulos del artículo 106 de la Ley 39/2015 es el único mecanismo para remover actos administrativos no recurridos a tiempo y a los que se les imputa un vicio de nulidad de pleno derecho

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

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Castilla-La Mancha contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia que reconoció el derecho de un trabajador estatutario temporal a percibir el complemento de la carrera profesional desde los cuatro años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de revisión de oficio.

En su recurso, la Administración no niega el derecho del trabajador, pero entiende que este debió emplear el procedimiento de revisión de oficio del artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A juicio de la Administración, los efectos del reconocimiento de derechos se proyectarían hacia el futuro, es decir, después de la reclamación efectuada por el trabajador o, subsidiariamente, después de la firmeza de la sentencia que consolida la jurisprudencia favorable al reconocimiento de ese derecho al complemento a la carrera profesional.

El Tribunal Supremo establece dos cuestiones de interés casacional objetivo: (i) si deben seguirse los trámites del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos del artículo 106 de la Ley 39/2015 en aquellos casos en los cuales exista un acto consentido y firme que pudiera dar lugar a una situación jurídica consolidada, actos dejados sin efecto a partir de una infracción jurídica ava-

lada por un pronunciamiento judicial firme; y (ii) si no es necesaria dicha acción de nulidad, si el cambio jurisprudencial subsiguiente al reconocimiento de dicha infracción jurídica ha de producir efectos pro futuro o efectos retroactivos.

Respecto a la primera cuestión, el Tribunal Supremo confirma la tesis de la Administración y señala que el artículo 106 de la Ley 39/2015 es el único mecanismo para remover actos administrativos no recurridos a tiempo y a los que se les imputa un vicio de nulidad de pleno derecho. Así, estima el recurso de casación, anula la sentencia recurrida y estima el recurso de apelación interpuesto por el trabajador, al entender que la Administración debió tratar la reclamación del trabajador como una solicitud de revisión de oficio, aun cuando no fuera eso lo que el trabajador solicitó formalmente.

En consecuencia, el Tribunal Supremo ordena la retroacción de actuaciones para que la Junta de Castilla-La Mancha resuelva el procedimiento, recordando que la decisión que se adopte deberá tener en cuenta los límites a la revisión; en particular, los plazos de prescripción señalados en la normativa tributaria y en aquellas normas especiales en materia de carrera profesional de Castilla-La Mancha.

Por esta razón, en cuanto a la segunda cuestión, la Sala afirma que los efectos de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos operan desde el momento en el que se dicta la resolución que padece dichos vicios, sin perjuicio de que operen los plazos de prescripción señalados.

La interposición de un recurso contencioso-administrativo al amparo del art. 199 LCSP contra la inactividad de la Administración sin haber invocado dicho artículo en vía administrativa no invalida el recurso, sino que reconduce el cauce de impugnación hacia la desestimación presunta de la reclamación presentada en vía administrativa

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de diciembre de 2023

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ("TSJM") estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil frente a la inactividad de la Administración ante la ausencia de contestación a su reclamación de pago de diversas facturas.

La recurrente reclamó en vía administrativa al Servicio Madrileño de Salud el pago de intereses por el retraso en el pago de determinadas facturas de múltiples créditos que tenía cedidos a su favor por parte de contratistas del Servicio Madrileño de Salud. La reclamación en vía administrativa no fue atendida por la Administración, por lo que la entidad acudió a la vía contencioso-administrativa con base en el cauce previsto en el art. 199 LCSP, frente a la inactividad.

El Tribunal entiende que, aunque en vía administrativa no se invocara el art. 199 LCSP, si en el recurso en vía judicial se invoca ello no sería motivo de su invalidez, sino que se ha de entender que el recurso se presenta frente a la desestimación presunta, en lugar de frente a la inactividad.

Dice así el Tribunal: "*Finalmente hacer constar que si bien la actora interpone su recurso contencioso frente a la inactividad dela Administración invocando el art. 199 de la LCSP, lo cierto es que en la reclamación efectuada en vía administrativa al SERMAS la recurrente no indicó en ningún momento que estuviere efectuando su reclamación al amparo de dicho precepto, de tal suerte que pudiera operar a su favor los efectos que dicho precepto le confiere, de sí transcurrido un mes sin que la Administración le hubiera contestado al requerimiento de pago, se entendiera reconocido el vencimiento del plazo del pago y formular recurso contencioso contra la inactividad, sin reunir este presupuesto procesal en su previa reclamación, debemos concluir que estamos ante la impugnación de una resolución desestimatoria presunta por parte del SERMAS de la reclamación de pago de los intereses vencidos*".

La sentencia reafirma el carácter antiformalista propio de la jurisdicción contencioso-administrativa en determinados aspectos, y es favorable, por ofrecer mayor seguridad jurídica al recurrente, por cuanto permite reconducir los supuestos en donde no esté claro si se trata de un recurso frente a la inactividad o frente a la desestimación presunta en el ámbito de la contratación pública, sin invalidar el recurso.

9 de enero de 2024

Competencia

Competencia*

9 de enero de 2024

1. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal General inadmite el recurso de anulación contra la decisión de la Comisión Europea que consideraba compatible con el mercado interior una ayuda estatal concedida a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. (Correos) por el Reino de España

Sentencia del Tribunal General, de 29 de noviembre de 2023, T-513/20 Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (Asempre) / Comisión Europea, Correos y Reino de España

El Tribunal General ("TG") inadmite el recurso de anulación de la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia ("ASEMPRE") contra la Decisión de la Comisión Europea (la "Comisión") de 14 de mayo de 2020 que consideraba compatible con el mercado interior la ayuda estatal concedida a Correos al ser designado como operador responsable del servicio postal universal en España (la "Decisión Impugnada").

El TG descarta que la Decisión Impugnada constituya un acto reglamentario conforme al artículo 263 TFUE y, para concluir si la demandante tiene legitimación activa, examina si la Decisión Impugnada afecta directa e individualmente a ASEMPRE como asociación o a sus miembros. Para ello, recuerda que el recurrente debe aportar elementos que demuestren cómo la ayuda de Estado afectaría a la posición en el mercado de sus miembros o como asociación y concluye que ASEMPRE no ha cumplido este requisito.

Adicionalmente, en lo que respecta a la afectación de los intereses de ASEMPRE como asociación, el TG recuerda que su posición como asociación sectorial y su legitimación y representatividad a nivel nacional no implica que tenga también legitimación activa en esta instancia.

Por todo ello, declara inadmisible el recurso por falta de legitimación activa.

---

* Esta sección ha sido dirigida 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, Alejandro Pernía Jaén, 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, Eduardo Sevilla Soto y Caroll Vilorio Muchnik.

El Tribunal de Justicia confirma la decisión de la Comisión Europea que sanciona a la *International Skating Union* por limitar, a través de sus reglas internas, la posibilidad de organizar competiciones alternativas a las suyas o participar en ellas

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de diciembre de 2023, C-124/21 P, International Skating Union / Comisión Europea

El Tribunal de Justicia (el "TJ") desestima el recurso de casación interpuesto por la *International Skating Union* ("ISU") contra la sentencia del TG de 16 de diciembre de 2020 y confirma la Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 2017 por la que sancionó a la ISU por una infracción del artículo 101 del TFUE.

La ISU es una asociación de derecho privado autocalificada como la única federación deportiva internacional en el ámbito del patinaje artístico y de velocidad. Además de regular y promover la práctica del patinaje, la ISU organiza eventos y competiciones internacionales y gestiona los derechos asociados a dichos eventos.

La ISU ha regulado, entre otras cuestiones, (i) el procedimiento para obtener una autorización para organizar competiciones de patinaje aplicables tanto para los miembros como para asociaciones que no formen parte de la ISU ("Reglas de Autorización Previa"); (ii) los requisitos para participar en competiciones de patinaje y las consecuencias de hacerlo en una competición no autorizada por la ISU ("Reglas de Elegibilidad" y, conjuntamente con las Reglas de Autorización Previa, las "Reglas"); y (iii) el sometimiento a arbitraje de las controversias en la aplicación de las Reglas ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo ("TAD").

La Comisión sancionó a la ISU por una infracción por objeto del artículo 101 TFUE como consecuencia de adoptar y aplicar las Reglas, pues le permiten controlar el acceso de nuevos entrantes en el mercado y limitar la participación de los patinadores en competiciones o eventos organizados por entidades terceras. La ISU ejercitó una acción de anulación contra la decisión de la Comisión. El TG confirmó la decisión de la Comisión, salvo por la cuestión de la sumisión a arbitraje, que el TG consideró admisible. Tanto la ISU como los denunciantes recurrieron la sentencia en casación.

El TJ recuerda que la práctica de un deporte es una actividad económica sometida a la aplicación del derecho de la competencia. Sin embargo, están fuera del ámbito de aplicación de esta normativa las cuestiones de índole puramente deportiva.

Entrando en el fondo del recurso de ISU, el TJ considera que la calificación de restricción por objeto fue acertada: las Reglas regulan una actividad económica y permiten a la ISU determinar el nivel de competencia en el mercado de organización de competiciones internacionales de patinaje y controlar el acceso al mercado de competiciones alternativas a las suyas que, aunque innoven en el formato, respeten los principios, reglas y valores subyacentes a la disciplina deportiva.

El recurso de los denunciantes se centró en la anulación de la referencia a que la sumisión de arbitraje ante el TAD reforzaba la restricción de derecho de la competencia. El Tribunal revoca este pronunciamiento de instancia porque la sumisión a arbitraje confiere competencias de revisión exclusivas a un tribunal que no puede aplicar el derecho de la Unión Europea y no asegura el respeto

del estándar mínimo de protección efectiva cuando las decisiones pueden tener efectos en Estados miembros. Además, la existencia de remedios *ex post*, como las acciones de daños contra la ISU o la posibilidad de denunciar las Reglas ante las autoridades nacionales de la competencia, no compensan la ausencia de remedios *ex ante* y su impacto en las carreras profesionales de los atletas.

[España]

La Sección 32.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estima íntegramente el recurso de apelación presentado por BMW Ibérica, S.A.U., y revoca la sentencia de instancia que condenaba a la mercantil al pago del 5 % del precio de adquisición del vehículo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 32.ª, n.º 79/2023, de 21 de noviembre de 2023

La Audiencia Provincial de Madrid ha estimado íntegramente el recurso de apelación presentado por BMW Ibérica, S.A.U., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 15 de Madrid, la cual estimó parcialmente la demanda presentada por un particular frente a BMW en reclamación de 3.926,04 euros en concepto de sobreprecio pagado por la adquisición de un vehículo con base en la Resolución de la CNMC, de 23 de julio de 2015, en el expediente S/0428/13 - *Fabricantes de automóviles* (la "Resolución"), y condenó a la mercantil al pago del 5 % del precio de adquisición del vehículo (1.080,96 euros), en concepto de sobreprecio.

La Audiencia Provincial considera que la sentencia de instancia realizó una lectura *defectuosa* de la Resolución e indica que esta identificó, de forma clara, la información intercambiada en los distintos foros sancionados por la CNMC. Rechaza, por tanto, el planteamiento de que BMW habría seguido teniendo acceso a la información intercambiada en el foro conocido como el "Club de Marcas" más de tres *años después del cese de su participación en él*, acogiendo el razonamiento de BMW sobre la imposibilidad de presumir la existencia de efecto rezago.

Cabe señalar que la Audiencia Provincial estima el argumento esgrimido por BMW en su recurso de apelación sobre la imposibilidad de aplicar la doctrina de la solidaridad impropia, en la medida en que resulta posible individualizar los comportamientos de cada una de las empresas sancionadas en la Resolución y establecer las distintas responsabilidades.

[Portugal]

TRL considera correio eletrónico apreendido mediante mandado do MP prova proibida

Acórdão de 23 de outubro de 2023 - TRL

Em março de 2019, a AdC abriu processo contra a Associação Portuguesa de Hospitalização Privada, o Grupo Trofa Saúde, o Hospital Privado da Trofa, o Hospital Particular do Algarve, a José de Mello Capital, a CUF, a Lusíadas e a Luz Saúde, pela alegada implementação de um acordo ou de uma prática concertada restritiva da concorrência, no âmbito das negociações relativa à tabela de preço única com a ADSE.

Neste contexto, a Lusíadas foi alvo de diligências de busca e apreensão de correspondência eletrónica mediante mandado emitido pelo MP. Como é habitual, findas as referidas diligências, a AdC notificou os visados do processo, apresentando a informação que tinha sido apreendida e que iria ser integrada no processo, designadamente correio eletrónico, solicitando que os visados se pronunciassem quanto à informação confidencial incluída nestes.

Nesta sequência, a Lusíadas identificou, de forma fundamentada, a informação confidencial contida nos documentos e elementos apreendidos, tendo também apresentado versões não confidenciais dos mesmos. Contudo, a AdC indeferiu o pedido de proteção de confidencialidade por falta de fundamentação, uma vez que a informação em relação à qual se solicitava proteção correspondia a informação "relacionada com o comportamento ilícito objeto de investigação" ("Decisão Interlocutória da AdC").

A Lusíadas impugnou judicialmente a Decisão Interlocutória da AdC, mas o TCRS julgou a impugnação improcedente. Subsequentemente, a Lusíadas interpôs recurso desta decisão junto do TRL, alegando desde logo a violação do direito à reserva de intimidade da vida privada, em particular da correspondência, e o direito a um processo equitativo, por terem sido violadas garantias processuais. Ademais, apesar de ter elaborado, a pedido da AdC, versões não confidenciais da prova apreendida, a Lusíadas salvaguardou sempre a arguição da invalidade das diligências de busca e apreensão, por insuficiência do Mandado do MP, pelo que, apesar da investigação da AdC ter progredido, o vício imputado às referidas diligências não foi sanado.

No dia 23 de outubro de 2023, o TRL concluiu que a correspondência eletrónica, nos termos em que foi apreendida, sem autorização judicial prévia, e não tendo sido sanado o vicio da apreensão, correspondia a prova proibida. Pelo que, tal prova não poderia ser valorada pela AdC, nem deveria haver lugar a discussão e, consequentemente, não se deveria realizar qualquer apreciação de confidencialidades.

Assim, o TRL revogou a decisão do TCRS, sem se pronunciar concretamente sobre o tema da confidencialidade. O TRL limitou-se a determinar a nulidade da apreensão de correio eletrónico sem autorização do JIC e, consequentemente, a ordenar que a sentença do TCRS, conforme recorrida, fosse substituída por uma decisão que declarasse a nulidade da Decisão Interlocutória da AdC, por incidir sobre tratamento de confidencialidade de prova proibida.

TC não julga inconstitucional a dispensa de audiência de julgamento e decisão por simples despacho em recursos interlocutórios

Acórdão n.º 579/2023 de 27 de setembro de 2023 (Publicado no DRE a 21 de novembro de 2023) - TC

Em 22 de agosto de 2017, a AdC iniciou um processo contra quatro cadeias de supermercados, Modelo Continente, Pingo Doce, Auchan e Intermarché, bem como contra o fornecedor Super Bock, pelo alegado alinhamento de preços de venda entre concorrentes, através de um fornecedor comum (uma conduta designada "*Hub-and-Spoke*") (*vide,* Boletim UM-PC, Novembro de 2021).

No âmbito deste processo, na fase administrativa, a AdC emitiu uma decisão interlocutória, informando a Super Bock de que, para fundamentar a sua decisão final, teria de usar determinados documentos que tinham sido classificados pela Super Bock como total ou parcialmente confidenciais. Pelo que, para poder usar os referidos documentos na imputação dos factos em causa, a AdC iria proceder ao levantamento da classificação confidencial dos mesmos, invocando como fundamento que estes revelam direta ou indiretamente a existência da prática concorrencial em causa.

A Super Bock, interpôs recurso desta decisão. Em resposta, a 3 de fevereiro de 2022, o TCRS decidiu, por simples despacho, que não haveria lugar a julgamento quanto ao recurso, por considerar que as alegações não continham matéria inovatória e por considerar igualmente que a prova testemunhal indicada não era necessária à descoberta da verdade, nem à boa decisão da causa. A Super Bock reclamou desse despacho, opondo-se à dispensa de audiência de julgamento e, em 24 de março de 2022, o TCRS indeferiu a reclamação e julgou o recurso interposto totalmente improcedente, mantendo na íntegra a decisão da AdC. Nesta sequência, a Super Bock recorreu, com os mesmos fundamentos, para o TRL que também indeferiu o recurso, mantendo a decisão do TCRS.

Aqui chegados, a Super Bock interpôs recurso para o TC sobre a eventual inconstitucionalidade da interpretação da Lei da Concorrência e do Regime Geral das Contraordenações que permite que um Tribunal dispense a audiência de julgamento e profira uma decisão por simples despacho, quando um dos visados se opôs a tal decisão, em recursos interlocutórios jusconcorrenciais, argumentando uma alegada violação de direitos e garantias de audiência e defesa.

O TC considerou que (i) não se impõe sempre ou em qualquer circunstância a realização de uma audiência pública de julgamento, (ii) os direitos de audiência e defesa têm uma extensão mais reduzida no âmbito de um recurso sobre uma decisão interlocutória que não versa sobre a responsabilidade contraordenacional do visado do que num julgamento sancionatório, (iii) caso seja proferida uma decisão administrativa condenatória, aí são assegurados em maior extensão os direitos de audiência e defesa e (iv) o contraditório no recurso das decisões interlocutórias da AdC é exercido na fase administrativa do processo contraordenacional.

TCRS reduz de 2.5 milhões de euros para 160 mil euros coima da Santa Casa da Misericórdia por *gun jumping*

Sentença de 22 de novembro de 2023 - TCRS

A AdC sancionou, em 6 de setembro de 2022, a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa ("SCML"), com uma coima no montante de 2,5 milhões de euros, em virtude da não notificação à AdC e realização de uma operação de concentração antes da decisão de não oposição da AdC (conduta designada por "*Gun Jumping*").

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

De acordo com a AdC, a referida operação seria notificável tendo em conta o preenchimento do limiar de notificação relativo ao volume de negócios. Em concreto a SCML tinha excluído do computo geral do seu volume de negócios os valores resultantes da atividade de exploração dos jogos sociais, que considera ser uma atividade exercida em nome e por conta do Estado e, nesse sentido, seria controlada pelo Estado, constituindo as receitas geradas rendimentos do Estado. A AdC teve um entendimento distinto, concluindo que a atividade de exploração de jogos sociais é, de facto, uma atividade da SCML, e os resultados líquidos gerados refletem a contrapartida dos produtos ou serviços vendidos pela SCML aos consumidores em Portugal. Por conseguinte, deveriam ter sido considerados para efeitos da determinação do limiar de notificação.

Recorde-se, neste contexto, que as operações de concentração de empresas que atinjam os limiares de notificação, alternativos, previstos na Lei da Concorrência, relacionados com volume de negócios e quota de mercado devem ser previamente notificadas à AdC, devendo aguardar-se pela autorização desta autoridade antes de implementar a concentração.

A AdC decidiu sancionar a SCML no montante total de 2,5 milhões de euros, o que corresponde à coima mais alta aplicada pela AdC num caso de *gun jumping* até à data, em decisão cujo resumo foi publicado no Boletim UM-PC, de setembro de 2022.

Nesta sequência, a SCML interpôs recurso da decisão da AdC no TCRS, essencialmente, por considerar que a coima era inadequada, desnecessária e desproporcional. O TCRS julgou o recurso em grande parte procedente e reduziu a coima de 2,5 milhões de euros para 160.000 euros, nomeadamente pelos seguintes motivos:

i. O Direito nacional, ao contrário do Direito da União Europeia, reconduz as obrigações de notificação prévia e de *standstill* a uma única infração, pelo que não se pode considerar que a SCML praticou duas infrações.

ii. O Tribunal teceu considerações específicas quando ao cômputo do volume de negócios da SCML, à luz da utilidade pública e funções específicas da mesma, reconhecendo a particularidade deste exercício quanto a esta entidade.

iii. A SCML tinha sido condenada a título doloso, contudo, deveria ter sido condenada a título negligente, uma vez que não representou a falta de comunicação prévia da operação à AdC como um tipo de contraordenação, nem se conformou com a realização de tal contraordenação. Em vez disso, em consequência do ponto prévio, a prática deveu-se à falta de diligência e cuidado, ainda que tenha atuado em conformidade com a análise preliminar dos seus advogados, em resultado do erro de apreciação quanto aos elementos considerados no conceito de volume de negócios, segundo a Lei da Concorrência, a considerar para a determinação do limiar de notificação.

iv. A condição económica da SCML não era solida, tendo apresentado um resultado líquido do período de 2021 negativo.

v. O negócio subjacente à operação de concentração não teve em vista interesses económicos, mas sim o interesse público no funcionamento do hospital, que se encontrava em

situação de quase falência, o que teve por base uma autorização da Ministra do Trabalho, da Solidariedade e da Segurança Social.

vi. A SCML tem um caráter de utilidade pública e uma coima excessiva teria efeitos laterais indesejados, junto daqueles que eventualmente mais precisam dos projetos de caráter social.

2. Decisiones en materia de expedientes sancionadores

[Unión Europea]

La Comisión sanciona a un banco por un importe total de 26,6 millones de euros por participar en un cártel en el mercado relacionado con la negociación de bonos

Decisión de 22 de noviembre de 2023 en el asunto AT. 40512 – EURO DENOMINATED BONDS (EDB)

La Comisión ha multado a Rabobank con 26,6 millones euros por participar, junto con Deutsche Bank, en un cártel relacionado con la negociación de determinados bonos denominados en euros. Deutsche Bank no ha sido sancionado porque fue quien reveló la existencia del cártel a la Comisión en el marco del programa de clemencia y colaboró con esta durante su investigación. Por ello, tuvo inmunidad total frente a la sanción, con lo que evitó una multa de casi 156 millones de euros.

Según la investigación de la CE, los dos bancos, a través de algunos de sus operadores, intercambiaron información comercialmente sensible y coordinaron sus estrategias de negociación y fijación de precios entre 2006 y 2016 en relación con los bonos SSA denominados en euros (bonos suprasoberanos, soberanos extranjeros, subsoberanos/de agencia), así como bonos garantizados por los Gobiernos.

Los *traders* utilizaban diferentes métodos (*e-mails*, mensajes instantáneos o chats) para intercambiar información relativa a (i) precios, volúmenes, y estrategias de negociación; (ii) la identidad de la contraparte en sus negociaciones; y (iii) sus necesidades de compra o venta de bonos. Los *traders* ajustaban sus niveles de precios y estrategias de negociación basándose en estos intercambios.

La versión no confidencial de esta decisión todavía no la ha publicado la Comisión.

[España]

La autoridad andaluza de la competencia dicta una resolución de terminación convencional en un expediente abierto contra asociaciones de empresas y sindicatos del sector textil por haber restringido la competencia mediante el convenio colectivo acordado para el sector

Resolución del Consejo de la Competencia de Andalucía de 9 de octubre de 2023 en el expediente S/09/2023, Comercio Córdoba

El Consejo de la Competencia de Andalucía ha finalizado mediante terminación convencional un expediente sancionador iniciado mediante denuncia contra varias asociaciones de empresarios y sindicatos (CC. OO. y UGT) de ámbito cordobés a raíz de un artículo de un convenio colectivo provincial supuestamente contrario al art. 1 LDC.

El artículo del convenio colectivo controvertido imponía a las empresas de comercio de Córdoba la realización de actividades de formación en materia de políticas sociales o, en caso contrario, la obligación de abonar a su personal laboral un plus compensatorio de 240 euros anuales. Ahora bien, las alternativas que preveía el convenio para la ejecución de las mencionadas actividades eran las siguientes: (i) que la formación la impartiesen las asociaciones y sindicatos firmantes del convenio (contra las que se inició después el expediente sancionador); o (i) se impartiese directamente por las empresas, siempre que estas contasen con una plantilla superior a seis personas y algún integrante de esta plantilla estuviese formado como agente de igualdad.

La autoridad considera que ello supone una limitación en la demanda de los servicios de información, asesoramiento y formación en materia de políticas sociales.

A la luz de la incoación del expediente, las asociaciones de empresas y sindicatos involucrados ofrecieron como compromiso la modificación del texto del precepto del convenio, permitiendo que las empresas contraten los servicios de otros operadores o realicen las actividades de formación internamente. Este compromiso se considera suficiente y la autoridad finaliza el expediente mediante terminación convencional.

3. Decisiones en materia de control de concentraciones

[Unión Europea]

La Comisión Europea autoriza en segunda fase la adquisición de dos operadoras de redes de telecomunicaciones por cable belgas por parte de Orange, sujeta al cumplimiento de condiciones

Decisión de la Comisión Europea de 20 de marzo de 2023, asunto M.10663 – ORANGE/VOO / BRUTELÉ

El pasado 7 de diciembre de 2023, se publicó la decisión de la Comisión de autorizar la adquisición de VOO, S.A., y de la Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision ("Brutélé"), ambas operadoras de redes de telecomunicaciones por cable en el mercado belga, por Orange S.A.

La operación se autorizó tras una investigación exhaustiva de la Comisión y bajo dos compromisos de acceso a la red de la entidad resultante.

De acuerdo con la Comisión, de no existir compromisos, la operación habría reducido significativamente el número de operadores de banda ancha —de tres a dos— en la región belga de Valonia, con el riesgo de aumento de precios y disminución de la calidad del servicio prestado. Concretamente, la Comisión concluyó que la operación habría tenido los siguientes efectos en el mercado minorista de servicios de redes de telecomunicaciones fijas y móviles: (i) disminución de la presión competitiva ante la salida de operadores innovadores de presencia significativa; (ii) reducción de la competencia entre competidores cercanos, particularmente en los mercados de acceso fijo a internet, de prestación de servicios audiovisuales y de servicios telefónicos de voz prestados junto a servicios de banda ancha (*triple-play*); y (iii) aumento del riesgo de coordinación horizontal entre el resto de competidores que operan en las áreas cubiertas por las redes de telecomunicación de VOO y Brutélé.

Asimismo, la Comisión rechazó el argumento de Orange de que existía una presión competitiva significativa por parte de potenciales competidores de menor tamaño, debido a las fuertes barreras de entrada (i. e., contar con acceso a redes existentes y en manos de competidores, o desarrollar sus propias redes fijas, con el tiempo que ello supondría).

En consecuencia, la Comisión autorizó la operación sujeta a compromisos de acceso. En concreto, Orange deberá permitir a Telenet —una de las principales competidoras de Orange en el norte de Bélgica— el acceso a la estructura de red fija de VOO adquirida mediante la operación en la región de Valonia y parte de Bruselas, y a la futura red de fibra hasta las instalaciones (FTTP) de Orange.

Los compromisos tienen una duración mínima de diez años y su implementación será supervisada por un *trustee*, designado por Orange, que informará periódicamente a la Comisión.

La Comisión Europea autoriza en primera fase la adquisición de GfK por NIQ, controlada por Advent, bajo compromiso de desinversión

Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2023, asunto M.10860 - ADVENT / GFK

La Comisión publicó el pasado noviembre de 2023 la decisión de autorización de la adquisición de GfK SE por NielsenIQ, controlada por el fondo de inversión Advent International. GfK y NielsenIQ compiten en el mercado de servicios de investigación de mercado y seguimiento de consumidores. Adicionalmente, la segunda compañía es la principal proveedora de estos servicios a nivel global, presente en noventa países.

Ante este solapamiento de las actividades de las partes, la operación fue autorizada bajo compromisos de desinversión relativos, en concreto, al negocio de servicios del panel de consumidores realizado por GfK.

En concreto, la Comisión expresó su preocupación sobre la combinación de las capacidades y servicios de seguimiento de consumidores de ambas compañías tecnológicas en diferentes Estados miembros, lo que habría facilitado la expulsión de competidores del mercado. Concretamente, la operación habría permitido a Advent International combinar los datos de los puntos de venta (obtenidos a través de proveedores de distintos bienes y servicios) y los datos del panel de consumidores (obtenidos de las reseñas de clientes finales) de GfK y NielsenIQ. El resultado habría sido la creación de una posición de dominio en el mercado del seguimiento del comportamiento de consumidores y usuarios en Estados miembros como Italia o Alemania.

Si bien la operación fue autorizada sin condiciones en jurisdicciones como Japón, Singapur y Brasil, la autorización de la Comisión ha sido condicionada, como ya se ha indicado, a la desinversión del negocio de servicios de panel de consumidores de GfK, así como a la provisión de servicios de transición para ayudar al comprador del negocio.

La Comisión autoriza en primera fase la adquisición de Real Alloy Europe por KPS bajo compromiso de desinversión

Decisión de la Comisión Europea de 19 de octubre de 2022, asunto M.10702- KPS CAPITAL PARTNERS / REAL ALLOY EUROPE

La Comisión ha publicado su decisión por la que autoriza la adquisición de Evergreen Holding Germany GmbH and Real Alloy UK Holdco Ltd ("Real Alloy Europe"), que opera en el reciclaje de productos de aluminio y en la fabricación de aleaciones, y parte de Real Alloy Holding, LLC ("Real Alloy Holding"), por KPS Capital Partners, LP ("KPS"). A través del control que ejerce sobre Speira GmbH ("Speira"), KPS compite con la sociedad adquirida en el mercado de suministro de productos de aluminio, particularmente de aluminio reciclado.

Conforme a su investigación de mercado, la Comisión estima que la operación daría a las partes la capacidad de restringir el acceso al aluminio reciclado, particularmente debido a (i) las elevadas cuotas de mercado de las partes; (ii) la importancia del aluminio reciclado para el cumplimiento de los objetivos de la transición ecológica y la economía circular; y (iii) el carácter altamente

especializado del proceso de reciclaje del aluminio, dando lugar a altas barreras de entrada. Por todo ello, la Comisión condicionó la operación a la venta de varias instalaciones de producción de aluminio reciclado y de plantas de reciclaje propiedad de Real Alloy.

Así, la Comisión ha publicado la designación de Aurea S.A., grupo especializado en servicios relacionados con la economía circular en el mercado europeo, como adquirente idóneo de las instalaciones objeto de desinversión. En concreto, la Comisión valora positivamente la experiencia de Aurea en el sector, así como los recursos de los que dispone.

Esta decisión y la anterior mantienen la tendencia de la Comisión de autorizar operaciones de concentración con compromisos en primera fase. Este fue el caso en tres de cinco notificaciones sujetas a compromisos durante el año 2023.

[España]

La CNMC aprueba en primera fase y sin compromisos la adquisición de Stock Uno Grupo de Servicios, S.L., por parte de Randstad España S.L.U. en una concentración que cierra por primera vez la definición del ámbito geográfico del mercado de externalización de multiservicio

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, 11 de octubre de 2023, e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia en el Expediente C/1414/23- RANDSTAD /SGS

La CNMC ha analizado el mercado de externalización de servicios de multiservicio, así como los segmentos de servicios comerciales y de servicios de logística industrial. Esta segmentación fue propuesta por la notificante y secundada por Alimarket, empresa que genera contenidos de información económico-sectorial en España.

Asimismo, la CNMC ha analizado el mercado verticalmente relacionado de la provisión de servicios de trabajo temporal. En consonancia, con los precedentes de la Comisión, la CNMC ha estimado que la definición geográfica del mercado es nacional, si bien ha estudiado también el mercado en su dimensión autonómica debido a la posible relación vertical existente entre el mercado de servicios de externalización multiservicio y el mercado de prestación de servicios de trabajo temporal.

Desde un punto de vista sustantivo, la CNMC ha destacado que, a pesar de que en el mercado nacional de servicios de externalización multiservicio la entidad resultante se posiciona como líder en el mercado, el mercado cuenta con una oferta muy atomizada y la cuota alcanzada no dista de los principales competidores. Respecto al mercado verticalmente relacionado, la CNMC ha analizado el refuerzo que obtendría la adquirente en el mercado de prestación de servicios de trabajo temporal como consecuencia de la operación, particularmente en islas Baleares y Asturias, donde la entidad resultante posee cuotas más elevadas. Para ello, ha valorado el incremento de cuota que experimentaría la notificante en el caso de que se internalizase la contratación de servicios de trabajo temporal que venía realizando la adquirida, y ha constatado que este sería marginal. Finalmente, ha declarado que la dinámica del mercado de servicios de trabajo temporal apunta a una dimensión nacional.

4. Decisiones en materia de ayudas de Estado

[Unión Europea]

La Comisión Europea ha prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2025 la posibilidad de conceder ayudas de salvamento y reestructuración a empresas no financieras en crisis

Las Directrices de 2014 sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis permiten a los Estados miembros apoyar a las empresas en crisis en determinadas condiciones estrictas.

Al interferir en el proceso de salida del mercado de las empresas menos eficientes, las ayudas de salvamento y reestructuración pueden ralentizar considerablemente el crecimiento económico en los sectores afectados. Por ello, se consideran como una de las categorías de ayudas más distorsionadoras del mercado.

No obstante, la Comisión ha prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2025 la posibilidad de conceder ayudas de salvamento y reestructuración al amparo de las Directrices, manteniéndose el resto de ellas como aplicable, sin más cambios. Esta prórroga se ha adoptado para evitar un vacío legal una vez que hubiesen expirado las Directrices el 31 de diciembre de 2023 mientras la Comisión prepara una potencial actualización de estas.

La Comisión Europea ha ajustado parcialmente el calendario de supresión progresiva de las ayudas estatales del Marco temporal de crisis y transición con vistas al próximo período invernal de calefacción

El Marco temporal de crisis para las ayudas estatales, adoptado en marzo de 2022, permitió a los Estados miembros utilizar la flexibilidad prevista en este en relación con distintos tipos de ayudas para apoyar la economía en el contexto de la guerra de Rusia contra Ucrania. El nuevo marco temporal de crisis y transición modifica y prorroga en parte el Marco temporal de crisis, que habría finalizado el 31 de diciembre de 2023 con vistas al próximo período de calefacción invernal porque, en palabras del Comisario de Competencia "[a] *pesar de la estabilización de la situación económica y de la notable resistencia de la economía de la Unión en general, persiste una incertidumbre sustancial en cuanto a los precios de la energía en el próximo invierno*". Esta prórroga limitada permite a los Estados miembros "*estar preparados y proporcionar un apoyo limitado adicional durante ese período cuando sea necesario, asegurándose al mismo tiempo de que las normas extraordinarias sigan siendo temporales*".

En efecto, el Marco temporal de crisis y transición amplía hasta el 31 de marzo de 2024 la posibilidad de que los Estados miembros concedan ayudas de importes limitados y ayudas para compensar los elevados precios de la energía, dejando como fecha de expiración para las demás clases de ayuda la del 31 de diciembre de 2023.

La Comisión Europea ha decidido no formular objeciones con respecto a la ayuda estatal aprobada por el Gobierno sueco para llevar a cabo las obras de ampliación del puerto de Gotemburgo

El Gobierno de Suecia aprobó un plan de obras para aumentar la capacidad del puerto de Gotemburgo, el mayor del país. La inversión presupuestada supera los 150 millones de euros y fue sometida al análisis de la Comisión en cuanto posible ayuda de Estado.

En su examen, la Comisión distinguió entre tres posibles beneficiarios, a saber: el titular del puerto, el operador de la terminal de carga y las operadoras navieras. Con respecto al primero, la Comisión aplicó el artículo 107(3)(c) TFUE para dictaminar que los beneficios de la ayuda superaban los posibles perjuicios al interés común. La Comisión incide en que la ampliación del puerto conllevaría menos transporte por carretera, el cual es más contaminante que el tráfico naval. Además, tiene en cuenta la escasa cuota de mercado del puerto a nivel comunitario para dictaminar que no se causaba un perjuicio desproporcionado al interés común.

En relación con el operador de la terminal de carga, las cláusulas reguladoras del contrato de concesión preveían que, si el tráfico del puerto aumentaba como consecuencia de una inversión estatal, las tasas a pagar por parte del concesionario aumentarían proporcionalmente, quedando así anulada la ventaja competitiva indirecta obtenida por la inversión. De esta manera, la Comisión confirma la importancia ascendente del concepto de ventaja competitiva indirecta y la necesidad de prever regímenes contractuales flexibles que anulen sus posibles efectos.

Por último, tampoco las navieras obtendrían una ventaja. Para llegar a esta conclusión la Comisión comparó las tasas cobradas por el puerto de Gotemburgo a las navieras con las tasas anunciadas en otros puertos del norte de Europa. En la medida en que en Gotemburgo se exigen unos precios comparables, la Comisión no consideró que las obras de ampliación derivarían en una ventaja competitiva a favor de las navieras.

9 de enero de 2024

Derecho Digital

Derecho Digital*

9 de enero de 2024

1. Comercio electrónico, protección de datos y privacidad. Legislación

[Unión Europea]

Se ha publicado el texto definitivo sobre el Reglamento de Datos ("Data Act"), que regula la puesta a disposición y el acceso a los datos de productos conectados y servicios relacionados

Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828

El pasado 13 de diciembre de 2023 se publicó en el Boletín Oficial de la UE el Reglamento (UE) 2854/2023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (el "Reglamento de Datos", también conocido como *Data Act* en inglés). El Reglamento de Datos surge como respuesta al desarrollo de los productos conectados a Internet y la generación e intercambio de datos que ha involucrado su desarrollo, así como los obstáculos que existen para el intercambio de datos y su asignación en beneficio de la sociedad. El Reglamento de Datos tiene como finalidad establecer un marco armonizado que especifique quién tiene derecho a utilizar los datos generados por los productos conectados y sus servicios relacionados, en qué condiciones y sobre qué base. De esta manera, el Reglamento de Datos pretende garantizar que los usuarios de un producto conectado a Internet o de sus servicios relacionados puedan acceder a los datos generados por el uso de dicho producto o servicio y que puedan utilizarlos para sus propios fines, como puede ser compartir estos datos con terceros. También tiene como objetivo permitir la interoperabilidad para el intercambio de datos. A modo aclaratorio, el Reglamento de Datos regula el acceso, tratamiento y comunicación de todos los datos, tanto personales como no personales, que puedan generar por su uso los productos o servicios conectados.

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

En resumen, el Reglamento de Datos impone, entre otras medidas, la obligación a los fabricantes de productos conectados y diseñadores de los servicios relacionados de que estos productos y servicios permitan que los datos (personales y no personales) asociados sean, por defecto, accesibles para los usuarios de estos productos y servicios y permitan que estos usuarios compartan estos datos con determinados terceros. Para ello, se deberá proporcionar al usuario información sobre los datos generados por el producto o servicio y el modo de acceder o extraer dichos datos. Esta obligación contempla limitaciones para el acceso y comunicación de los datos, como por ejemplo cuando el acceso a los datos pueda socavar los requisitos de seguridad del producto conectado o los productos y servicios hayan sido creados o diseñados por una microempresa o pequeña empresa, o restricciones de acceso a los datos para empresas designadas "guardianes de acceso" de conformidad con el Reglamento (UE) 1925/2022 de Mercados Digitales. A su vez, el Reglamento de Datos también contempla el acceso, extracción y compartición de datos entre una empresa titular de los datos y otra empresa destinataria de los datos, lo que requerirá que ambas entidades acuerden contractualmente dicho intercambio en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, pudiéndose establecer una compensación por la puesta a disposición de estos datos. Para regular las relaciones entre empresas, el Reglamento de Datos regula las cláusulas contractuales que deben entenderse abusivas en relación con el acceso a los datos y su utilización. Adicionalmente, el Reglamento de Datos también establece otras medidas destinadas a fomentar el mercado de datos, tales como obligaciones a los titulares de los datos de poner a disposición los datos de los que es titular a un organismo del sector público o de la UE, siempre que se demuestre una necesidad excepcional.

Aunque ya ha sido publicado, el Reglamento de Datos será de aplicación a partir del 12 de septiembre de 2025, si bien algunas obligaciones específicas de este Reglamento de Datos serán de aplicación en un momento posterior.

El Consejo de la UE y el Parlamento Europeo alcanzan un acuerdo provisional sobre el texto del Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión

El pasado 9 de diciembre de 2023 se anunció que el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo habían alcanzado un acuerdo provisional sobre la propuesta relativa al Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (el "Reglamento de IA"). Este Reglamento de IA tiene por objeto garantizar que los sistemas de inteligencia artificial ("IA") introducidos y utilizados dentro del mercado europeo sean seguros y respeten los derechos fundamentales de las personas. Tras este acuerdo provisional, el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo deberán confirmar el texto íntegro, que se someterá posteriormente a una formalización jurídico-lingüística antes de que los colegisladores lo adopten formalmente y se publique en el Boletín Oficial de la UE.

El Reglamento de IA establece una regulación de los sistemas de IA enfocada en el riesgo para los derechos y libertades de los individuos. Para ello, define una serie de prácticas de IA que

están prohibidas debido a los perjuicios físicos o psicológicos que suponen para las personas, y establece una clasificación de los sistemas de IA en función del riesgo: cuanto mayor sea el riesgo asociado con un sistema de IA, mayores serán los requisitos que deberá cumplir dicho sistema para poder ser introducido y utilizado en el mercado europeo.

De acuerdo con la nota de prensa publicada por el Consejo de la UE, y a falta de que el texto definitivo del Reglamento de IA sea publicado en el Boletín Oficial de la UE, estos son los principales nuevos elementos en comparación con la propuesta inicial del Reglamento de IA que presentó la Comisión Europea en abril de 2021:

i. Modificación de las normas sobre modelos de IA de uso general de gran impacto que pueden causar un riesgo sistémico en el futuro, así como sobre los sistemas de IA de alto riesgo.

ii. Una revisión del sistema de gobernanza, implementando algunas competencias de ejecución a escala de la UE.

iii. Una ampliación de la lista de prohibiciones de prácticas de IA, aunque ahora se posibilita la utilización de la identificación biométrica remota por parte de las autoridades policiales en espacios públicos, con la aplicación de las debidas salvaguardias.

iv. Una mejor protección de los derechos de los individuos mediante la obligación de que los implementadores de sistemas de IA de alto riesgo lleven a cabo una evaluación del impacto en los derechos fundamentales antes de poner en marcha un sistema de IA.

Además, se han añadido nuevas disposiciones para tener en cuenta aquellas situaciones en las que los sistemas de IA pueden utilizarse con muchos fines diferentes (denominados como *IA de uso general*), así como normas específicas para los modelos fundacionales, que son sistemas de gran magnitud capaces de realizar de manera competente una amplia gama de tareas diferenciadas.

Este acuerdo provisional establece que el Reglamento de IA deberá aplicarse dos años después de su entrada en vigor, aunque también se contemplan excepciones para disposiciones específicas.

2. Comercio electrónico, protección de datos y privacidad. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El TJUE considera que el desarrollo de una aplicación a petición de un organismo estatal supone la consideración de dicha entidad como responsable del tratamiento

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2023, asunto C-683/21

El Tribunal de Justicia de la UE ("TJUE") ha declarado que una autoridad estatal que encarga el desarrollo de una aplicación móvil para el registro y seguimiento de las personas expuestas al virus de la COVID-19 puede ser considerada como responsable del tratamiento y que la inexistencia de un acuerdo de corresponsabilidad no imposibilita que sea corresponsable del tratamiento junto con la empresa que ha desarrollado dicha aplicación.

Esta sentencia del TJUE trae como origen un recurso presentado por el Centro Nacional de Salud Pública de Lituania (el "CNSP") tras la multa impuesta por la autoridad lituana de protección de datos por el tratamiento ilícito de datos llevado a cabo a través de la aplicación por el responsable del tratamiento. De acuerdo con los hechos descritos, el CNSP encargó a una empresa (la "Desarrolladora") el desarrollo de la aplicación para su potencial adquisición. Esta aplicación, sin ser adquirida por el CNSP, fue puesta a disposición del público entre el 4 de abril de 2020 y el 26 de mayo de 2023, siendo utilizada por casi 4.000 personas y en la que se recababan datos personales de estas personas, tales como el número de identidad, las coordenadas geográficas, el nombre y apellidos, el número de teléfono y la dirección. A su vez, la política de privacidad de la aplicación establecía que tanto el CNSP como la Desarrolladora eran responsables del tratamiento de los datos. Sin embargo, el CNSP no adquirió finalmente la aplicación ni se formalizó ningún contrato público con la Desarrolladora que regulara la relación entre las partes.

Posteriormente, tras la sanción impuesta por la autoridad lituana de protección de datos al CNSP por la infracción de los artículos 5, 13, 24, 32 y 35 del RGPD, el CNSP presentó un recurso en el que alegaba que la Desarrolladora era la única responsable del tratamiento de los datos derivado del uso de la aplicación. Tras esta discusión, el órgano judicial ante el que se presentó el recurso elevó una cuestión prejudicial al TJUE para consultar si el CNSP debía ser considerado como responsable del tratamiento.

En este sentido, el TJUE determinó que el CNSP puede ser considerado como responsable del tratamiento, ya que había encargado el desarrollo de la aplicación y que, por lo tanto, había participado en la determinación de los fines y medios del tratamiento de los datos. Esta consideración del CNSP como responsable del tratamiento podía realizarse sin perjuicio de que el CNSP no hubiera llevado por sí mismo las actividades del tratamiento, no hubiera dado su consentimiento expreso para la realización de las operaciones concretas del tratamiento y no hubiera adquirido finalmente la aplicación. Por otro lado, a consideración del TJUE, el hecho de que en la política de privacidad de la aplicación (redactada por la Desarrolladora) apareciera el CNSP como responsable del tratamiento no es determinante para considerar que el CNSP es efectivamente el responsable del tratamiento, salvo que el CNSP hubiera dado su autorización expresa para aparecer como tal.

Por último, el TJUE establece que no es necesario que exista un acuerdo de corresponsabilidad conforme al artículo 26 del RGPD para poder considerar a ambas partes como corresponsables del tratamiento. La existencia de este acuerdo de corresponsabilidad es una obligación del RGPD para cuando existe un régimen de corresponsabilidad, pero no es un requisito previo para que exista una corresponsabilidad, ya que los corresponsables del tratamiento pueden definir conjuntamente los fines y los medios del tratamiento sin necesidad de que exista un acuerdo escrito de corresponsabilidad.

El Comité Europeo de Protección de Datos publica unas directrices sobre el alcance técnico del artículo 5.3 de la Directiva ePrivacy ante la aparición de nuevas tecnologías de seguimiento

Directrices 2/2023 del Comité Europeo de Protección de Datos sobre el alcance técnico del artículo 5.3 de la Directiva ePrivacy

El 14 de noviembre de 2023 el CEPD adoptó sus Directrices 2/2023 (las "Directrices") sobre el alcance técnico del artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE sobre privacidad y las comunicaciones electrónicas (la "Directiva ePrivacy"), con la finalidad de proporcionar una mayor comprensión sobre la aplicación de esta Directiva ePrivacy ante la aparición de nuevas tecnologías de seguimiento.

En este sentido, el artículo 5.3 de la Directiva ePrivacy establece que los Estados miembros deben velar porque únicamente se permita la "*obtención de acceso a la información almacenada en el equipo terminal de un abonado o usuario a condición de que se facilite a dicho abonado o usuario información clara y completa, en particular sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE* [ahora el RGPD] *y de que el responsable del tratamiento de los datos le ofrezca el derecho de negarse a dicho tratamiento*". Este artículo, aunque podía estar referido al uso de *cookies*, también está referido al uso de tecnologías similares.

Con el objetivo de clarificar el ámbito de aplicación del artículo 5.3 de la Directiva ePrivacy a las nuevas tecnologías existentes, el CEPD establece cuatro criterios que determinan la aplicabilidad de este artículo y que se resumen en los siguientes puntos:

i. Las operaciones llevadas a cabo deben estar relacionadas con "*información*". En este sentido, el CEPD recalca que el artículo 5.3 de la Directiva ePrivacy habla de "*información*" de manera general, sin referirse expresamente a "*datos personales*".

ii. Las operaciones llevadas a cabo deben involucrar un "*equipo terminal*" de un abonado o usuario, por lo que si no involucran a dichos equipos no sería de aplicación el artículo 5.3 de la Directiva ePrivacy.

iii. Las operaciones llevadas a cabo se hacen en el contexto de la "*prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en redes públicas de comunicación*".

iv. Las operaciones llevadas a cabo constituyen "*la obtención de acceso*" o "*el almacenamiento*". Estas dos clases de operaciones pueden ser realizadas y analizadas por separado.

Tras desarrollar estos cuatro criterios para clarificar la aplicación del artículo 5.3 de la Directiva ePrivacy a las nuevas tecnologías de seguimiento (y, por lo tanto, la aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico en cuanto traspone la Directiva ePrivacy al ordenamiento jurídico español), las Directrices establecen varios ejemplos de tecnologías de seguimiento que quedarían englobadas dentro de la aplicación de este artículo y que, por tanto, deberán cumplir con los requisitos establecidos en esta norma para su utilización. En particular, las Directrices mencionan las siguientes tecnologías: (i) los URL y píxeles de seguimiento; (ii) el procesamiento local (es decir, obtención de información almacena-

da en el servidor local del terminal y al que se accede a través de una API instalada); (iii) el seguimiento basado en la dirección IP; (iv) la notificación intermitente y mediada a través de sistemas de Internet of Things ("IoT"); y (v) los identificadores únicos.

Tratamento de dados pessoais de saúde – Direito de acesso

Acórdão de 26 de outubro de 2023 (Processo C-307/22) - TJUE

Em 10 de maio de 2022 foi apresentado um pedido de decisão prejudicial pelo Supremo Tribunal de Justiça Federal Alemão ("STJFA") perante o Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE"), tendo por objeto a interpretação do artigo 12.º, n.º 5, do artigo 15.º, n.º 3, e do artigo 23.º, n.º 1 do Regulamento Geral sobre a Proteção de dados ("RGPD").

O pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opunha uma médica dentista a um paciente, tendo-se recusado a primeira a facultar ao seu paciente uma primeira cópia do seu registo clínico, a título gratuito. No âmbito deste pedido foram apresentadas três questões distintas.

Primeiramente, o STJFA questionou se os artigos 12.º, n.º 5 e 15.º, n.ºs 1 e 3, do RGPD, devem ser interpretados no sentido de que a obrigação de fornecer, a título gratuito, uma primeira cópia dos dados pessoais ao seu titular, se impõe ao responsável do tratamento, mesmo quando o pedido seja motivado por uma finalidade distinta daquelas previstas no RGPD (em particular, no Considerando 63). O TJUE considerou que estas disposições devem ser interpretadas neste mesmo sentido, atendendo aos seguintes factos:

i. o pedido do titular dos dados em causa, apesar de não estar previsto no RGPD, não podia ser tido como abusivo, não se enquadrando, assim, no âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do RGPD, que contempla as razões pelas quais o responsável pelo tratamento pode cobrar uma taxa tendo em conta os custos administrativos ou recusar-se a dar seguimento a um pedido;

ii. o pagamento previsto no artigo 15.º, n.º 3, do RGPD, só pode ser exigido pelo responsável pelo tratamento quando o titular dos dados já tenha recebido, a título gratuito, uma primeira cópia dos seus dados, pedindo-os novamente;

iii. nem a redação do artigo 12.º, n.º 5, nem a redação do artigo 15.º, n.ºs 1 e 3, do RGPD, condicionam o fornecimento, a título gratuito, de uma primeira cópia dos dados pessoais à invocação, pelos titulares dos dados, de um motivo justificativo para esses pedidos;

iv. uma vez que o titular não tem de fundamentar o pedido de acesso aos dados, não pode igualmente interpretar-se o Considerando 63 no sentido de que esse pedido deve ser rejeitado se tiver outro objetivo que não seja o de tomar conhecimento do tratamento dos dados e verificar a respetiva licitude;

v. o Considerando 63 enuncia, aliás, que o direito de aceder aos dados pessoais reconhecido aos seus titulares inclui, tratando-se dos dados relativos à sua saúde, *"os dados dos registos médicos com informações como diagnósticos, resultados de exames, avaliações dos médicos e quaisquer intervenções ou tratamentos realizados"*; e

vi. as disposições do direito da UE, devem ser interpretadas de acordo com o seu contexto e objetivos prosseguidos, entendendo o TJUE que o princípio da gratuidade da primeira cópia dos dados e a desnecessidade de invocar um motivo específico que justifique o pedido de acesso contribuem necessariamente para facilitar o exercício, pelo titular dos dados, dos direitos conferidos pelo RGPD.

Em segundo lugar, o STJFA pergunta se o artigo 23.º, n.º 1, alínea i) do RGPD, deve ser interpretado no sentido de que autoriza uma legislação nacional, adotada antes da entrada em vigor deste regulamento para proteger os interesses económicos do responsável pelo tratamento, que imputa ao titular dos dados as despesas de uma primeira cópia dos seus dados pessoais em fase de tratamento. O TJUE começou por considerar que o mencionado artigo não exclui do seu âmbito de aplicação as medidas legislativas nacionais adotadas anteriormente à entrada em vigor do RGPD, desde que preencham as condições aí estabelecidas. Contudo, considerou ainda que a prossecução do objetivo ligado à proteção dos interesses económicos dos médicos não pode justificar uma medida que conduza a que se coloque em causa (i) o direito de obter, a título gratuito, uma primeira cópia; e (ii) o efeito útil do direito de acesso do titular dos dados aos seus dados pessoais.

Finalmente, o STJFA questionou também se o artigo 15.º, n.º 3 do RGPD deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito da relação médico/paciente, o direito de obter uma cópia dos dados pessoais em fase de tratamento implica que seja entregue ao titular dos dados uma cópia integral dos documentos que constam do seu registo clínico e que contenham dados pessoais ou apenas uma cópia desses dados enquanto tais. O TJUE considerou que o direito de acesso previsto neste artigo deve permitir ao titular dos dados verificar que os dados pessoais que lhe dizem respeito são exatos e que são tratados de forma lícita. Adicionalmente, a cópia dos dados pessoais que o responsável pelo tratamento fornece deve apresentar todas as características que permitam ao titular dos dados exercer efetivamente os seus direitos ao abrigo do RGPD. O direito de acesso inclui, em qualquer caso, quanto aos dados relativos à saúde do seu titular, o direito de obter uma cópia dos dados do seu registo clínico que contenham informações como diagnósticos, resultados de exames, avaliações dos médicos e quaisquer intervenções ou tratamento realizados ao mesmo.

[España]

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la audiencia provincial en un caso de videovigilancia y filtración de las imágenes a la prensa

Sentencia núm. 1652/2023 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023

El Tribunal Supremo (el "TS") resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (la "AP de Madrid"), por la cual consideró que un hipermercado había incumplido las obligaciones impuestas por la normativa sobre protección de datos personales respecto de la custodia de una grabación, en la que aparecía la demandante, que fue filtrada a la prensa y ampliamente difundida.

En relación con la custodia de la grabación que fuera ampliamente difundida, la demandante alegaba que el hipermercado era responsable de una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen, y reclamaba una indemnización de 450.000 euros, así como la publicación de la sentencia en dos diarios de tirada nacional. Tras la desestimación total de la demanda en primera instancia, la AP de Madrid, en apelación, estimó parcialmente la demanda y consideró que el hipermercado era responsable de una intromisión legítima en el derecho fundamental a la intimidad de la demandante y de daños morales y fijó una indemnización de 30.000 euros. El TS resolvió el recurso de casación presentado por el hipermercado (el "Recurrente"), confirmando la sentencia de la AP de Madrid por los motivos siguientes:

i. El TS desestimó el motivo por el cual el Recurrente alegaba que la AP de Madrid había realizado una incorrecta ponderación en el conflicto entre libertad de expresión e información y derecho a la intimidad. En línea con el Ministerio Fiscal, el TS reiteró que la condena del Recurrente se basaba en los incumplimientos en la custodia de la grabación efectuada en su establecimiento, no respecto al hecho de que la grabación fuera difundida por un medio de comunicación, el cual, además, no estaba demandado en este procedimiento.

ii. El TS desestimó por razones procesales el motivo por el cual el Recurrente alegaba que (i) la demandante no había probado la infracción de las obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos, incumpliendo el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y (ii) se habían infringido los artículos 72 a 74 de la LOPDGDD al no haberse apreciado la prescripción de las infracciones allí previstas. Con respecto al punto (i), el TS recordó que dicha infracción solo podría recurrirse mediante el recurso extraordinario por infracción procesal (apuntando que, aun en ese caso, debería ser desestimado). En relación con el punto (ii), el TS indicó, primero, que en el momento de los hechos la LOPDGDD no estaba en vigor; segundo, que el objeto de este litigio no era determinar y sancionar la existencia de infracciones administrativas; y, por último, que la prescripción de tales infracciones no solo no era relevante en el litigio, sino que no había sido objeto de procedimiento y, por tanto, no era recurrible en casación.

iii. El TS desestimó el motivo por el cual el Recurrente consideraba desproporcionada la indemnización por daños morales fijada, dada su nula intervención en la difusión de la grabación. A este respecto, el TS recordó que no cabe fijar la cuantía de una indemnización por daños morales en casación, pues es función soberana del tribunal de instancia (a menos que exista error notorio o arbitrariedad, notoria desproporción o infracción del ordenamiento en la determinación de las bases); e indicó que es irrelevante la nula intervención del Recurrente en la difusión, pues la condena se debió al incumplimiento de sus obligaciones de custodia, y la gran repercusión del conocimiento público de la grabación, que debía custodiar el Recurrente, "*muestra con toda claridad que los daños morales fueron muy importantes*". En definitiva, el TS consideró que la disconformidad del Recurrente con el importe de la indemnización no es razón suficiente para que el motivo pueda ser estimado, pues no se ha justificado que la sentencia de la AP de Madrid infringiese los criterios legales de fijación del importe ni que hubiera sido fijado arbitrariamente o fuera desproporcionado.

[Portugal]

Obrigação mínima de informação e direito de intentar ação judicial contra autoridade de controlo

Acórdão 16 de novembro de 2023 (Processo C-333/22) - TJUE

O acórdão em apreço tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal de Recurso de Bruxelas, Bélgica, no âmbito de um litígio que opõe a *Ligue des Droits Humains ASBL* e BA (pessoa singular) ao Órgão de Controlo da Informação Policial da Bélgica ("OCIP"), a respeito do exercício, através deste órgão, dos direitos de BA relativos aos seus dados pessoais, tratados pelos serviços de polícia belgas e com base nos quais a Autoridade Nacional de Segurança da Bélgica (a "Autoridade") indeferiu um pedido de emissão do certificado de credenciação de segurança, invocando razões de segurança do Estado.

A Autoridade fundamentou a referida recusa no facto de BA ter participado em 10 manifestações, informação que resultava dos dados pessoais pertencentes a BA, aos quais a Autoridade teve acesso. Em 2020, BA pediu ao OCIP que identificasse os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais e lhes ordenasse que dessem acesso a todas as informações que lhe diziam respeito. Na resposta a este pedido, o OCIP referiu que BA apenas dispunha do direito de acesso indireto a esses dados, tendo simultaneamente garantido esta entidade que a própria iria verificar a legalidade de um eventual tratamento de dados na base de dados utilizada por todos os serviços de polícia nacionais. Posteriormente, informou BA de que os dados pessoais seriam alterados ou eliminados do referidos bancos de dados, se necessário, acrescentando que a lei nacional da proteção de dados não permitia a comunicação de informações adicionais.

Neste seguimento, a *Ligue des Droits Humains ASBL* e BA apresentaram um pedido de medidas provisórias no Tribunal de Primeira Instância de Língua Francesa de Bruxelas (o "Tribunal"), solicitando o acesso a todos os dados pessoais relativos a BA, através do OCIP, e a identificação, por este último, dos responsáveis pelo tratamento e dos eventuais destinatários desses dados. O Tribunal decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE duas questões prejudiciais.

Relativamente à primeira questão, o Tribunal questiona se o artigo 17.º da Diretiva (EU) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados (a "Diretiva"), em conjugação com os artigos 46.º, n.º 1, alínea g), 47.º, n.os 1 e 2, e 53.º, n.º 1, todos da Diretiva, bem como com o artigo 8.º, n.º 3, e o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a "Carta"), deve ser interpretado no sentido de que, quando os direitos de uma pessoa tenham sido exercidos através da autoridade de controlo competente, nos termos do referido artigo 17.º, essa pessoa deve dispor de uma ação judicial contra a referida autoridade.

A este respeito, o TJUE salienta que o exercício indireto dos direitos do titular dos dados através da autoridade de controlo competente, previsto naquela norma, constitui uma garantia adicional de que os dados pessoais serão tratados de forma lícita, nomeadamente nos casos em que as dis-

posições legislativas nacionais limitem o exercício direto junto do responsável pelo tratamento, do direito de receber informações adicionais.

De facto, embora apenas no caso de tal limitação constituir uma medida necessária e proporcionada, o artigo 13.º, n.º 3, e o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva autorizam o legislador nacional a limitar o exercício direto. Em termos idênticos, o artigo 16.º, n.º 4, da Diretiva autoriza o legislador nacional a limitar a obrigação do responsável pelo tratamento de informar o titular dos dados, por escrito, de todos os casos de recusa da retificação ou do apagamento de dados pessoais ou da limitação do tratamento, bem como dos motivos da recusa.

Por conseguinte, o exercício indireto destes direitos, através da autoridade de controlo competente, deve ser considerado necessário para a proteção desses direitos, uma vez que o seu exercício direto junto do responsável pelo tratamento se revela difícil ou mesmo impossível. Resulta, aliás, do artigo 47.º, n.os 1 e 2, da Diretiva, que cada autoridade de controlo deve dispor não só de "*poderes de investigação efetivos*" como também de "*poderes de correção efetivos*". Além disso, a autoridade de controlo deve informar, "*pelo menos*", o titular dos dados de que procedeu a todas as verificações necessárias ou a um reexame.

Neste contexto, sublinha o TJUE, que o titular dos dados tem de poder obter uma fiscalização judicial do mérito dessa decisão e, em especial, da forma como a autoridade de controlo cumpriu a sua obrigação. Atendendo a estas considerações, conclui o TJUE que, quando os direitos de uma pessoa tenham sido exercidos, nos termos do referido artigo 17.º, através da autoridade de controlo competente, e essa autoridade tenha informado do resultado das verificações efetuadas, a pessoa em causa tem a possibilidade de intentar uma ação judicial contra a decisão da referida autoridade de encerrar o processo de verificação.

Face à segunda questão prejudicial, o tribunal de reenvio questiona se o artigo 17.º, n.º 3 da Diretiva *é* válido à luz do artigo 8.º, n.º 3, e do artigo 47.º da Carta, na medida em que apenas obriga a autoridade de controlo a informar o titular dos dados *(i)* de que procedeu a todas as verificações necessárias ou a um exame e *(ii)* de que essa pessoa tem o direito de intentar ação judicial, dado que essa informação não permite a fiscalização judicial da atuação da autoridade de controlo e suas apreciações, tendo em conta os dados tratados e as obrigações do responsável pelo tratamento.

Relativamente a esta questão, o TJUE afirma que o artigo 17.º, n.º 3 da Diretiva institui, relativamente à autoridade de controlo competente, uma obrigação mínima de informação, ao prever que informe "*pelo menos*" o titular dos dados de que procedeu a todas as verificações necessárias ou a um exame e do seu direito de intentar ação judicial. O que significa que, em certos casos, a autoridade de controlo tem a faculdade, ou a obrigação, de se limitar às informações mínimas, especialmente quando essas regras visam evitar comprometer finalidades de interesse público. Tal restrição está expressamente prevista na Diretiva, respeitando o requisito enunciado no artigo 52.º, n.º 1, da Carta, segundo o qual qualquer restrição ao exercício de direitos fundamentais deve ser "*prevista por lei*". Porém, tal não significa que seja possível, em todas as circunstâncias, reduzir a informação do titular dos dados apenas aos elementos mínimos.

Face ao exposto, deve considerar-se que o referido artigo 17.º, n.º 3 exige que os Estados-Membros assegurem que as disposições de direito nacional que o aplicam *(i)* respeitem o conteúdo essencial do seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva e *(ii)* assentem numa ponderação das finalidades de interesse público que justificam uma limitação dessa informação, bem como dos direitos fundamentais e interesses legítimos dessa pessoa, no respeito pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade.

Deste modo, nos casos em que a proteção do direito à ação judicial contra a decisão de encerrar o processo de verificação o exija, e as finalidades de interesse público a isso não se oponham, incumbe aos Estados-Membros prever que a informação do titular dos dados possa ir além das informações previstas no artigo 17.º, n.º 3. Pelo contrário, nos casos em que se imponha que a informação prestada pela autoridade de controlo se limite ao previsto no artigo 17.º, n.º 3, cabe aos Estados-Membros aplicar as medidas necessárias para garantir, nos termos do artigo 53.º, n.º 1, uma fiscalização jurisdicional tanto da existência e do mérito dos motivos que justificaram a limitação dessas informações.

Assim, o TJUE considerou que a limitação prevista no artigo 17.º da Diretiva respeita o conteúdo do direito do titular dos dados a uma ação judicial contra a decisão da autoridade de controlo de encerrar o processo, assim como os princípios da necessidade e da proporcionalidade, nos termos do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, concluindo pela inexistência de qualquer elemento suscetível de afetar a validade do artigo 17.º, n.º 3, da Diretiva.

3. Protección de datos. Otros

[España]

La AEPD publica una guía sobre la utilización de datos biométricos para el control de presencia y de acceso

Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos

La Agencia Española de Protección de Datos ("AEPD") ha publicado una guía que establece los criterios que hay que tener en cuenta a la hora de realizar tratamientos de control de presencia y de acceso mediante sistemas biométricos (la "Guía"). De acuerdo con la AEPD, un sistema biométrico se basa en recoger y procesar datos personales (siendo algunos de ellos categorías especiales de datos, como la biometría por huella) relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de las personas físicas mediante dispositivos o sensores, creando plantillas biométricas, firmas o patrones, y que posibilitan la identificación, seguimiento y perfilado de dichas personas físicas. Estos sistemas pueden utilizarse con finalidades de control de presencia o control de accesos a recintos o espacios.

En primer lugar, la AEPD recuerda en la Guía que los responsables del tratamiento deben cumplir con el principio de minimización de datos reconocido en el artículo 5.1.c) del RGPD a la hora de

llevar a cabo estos tratamientos. En este sentido, deben tratarse exclusivamente los datos necesarios para la consecución de los fines que se persiguen y que, por ello, es necesario justificar la necesidad de realizar un tratamiento de datos que resulte más intrusivo (como puede ser el uso de un sistema biométrico) cuando las mismas finalidades se pueden alcanzar con otros tipos de control de presencia menos intrusivos. Esto se debe a que los responsables del tratamiento deben regirse por el principio de minimización y no deben llevar a cabo tratamientos de datos intrusivos si puede conseguirse el mismo fin por vías menos intrusivas.

En segundo lugar, la Guía considera tanto los tratamientos de datos biométricos con fines de identificación (es decir, identificar al individuo dentro de un grupo o uno-a-varios) y con fines de autenticación (es decir, confirmar la identidad de un individuo cotejando sus datos biométricos o uno-a-uno) como categorías especiales de datos conforme al artículo 9 del RGPD. Esta consideración va en consonancia con las Directrices 05/2022 del Comité Europeo de Protección de Datos ("CEPD") sobre el uso del reconocimiento facial en el ámbito de las fuerzas de orden público, en las que el CEPD establece que el tratamiento de datos biométricos, ya sea con fines de autenticación o con fines de identificación, son un tratamiento de categorías especiales de datos.

En línea con la consideración de ambos tratamientos de datos biométricos como un tratamiento de categorías especiales de datos, la AEPD también analiza la base legal establecida en el artículo 9.2 del RGPD que pueda resultar de aplicación para permitir el tratamiento de estos datos. La AEPD reconoce que la excepción del artículo 9.2.b) del RGPD (i. e., cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable en el ámbito del derecho laboral) no es aplicable para los tratamientos de control horario y de control de acceso con fines laborales, ya que, si bien existe una norma que obliga a la realización de controles horarios y de presencia de los trabajadores, esta norma no establece los medios por los que deben llevarse a cabo estos controles y, por ello, no puede ampararse el tratamiento de datos biométricos en esta norma.

Adicionalmente, la AEPD también analiza si el consentimiento explícito del artículo 9.2.a) del RGPD puede ser una alternativa para levantar la prohibición del tratamiento de estos datos biométricos. En relación con el registro de jornada y el control de acceso con fines laborales, la AEPD recuerda que en el ámbito de las relaciones laborales se produce, de forma general, un desequilibrio de poder entre el empleador y el empleado que puede imposibilitar que el consentimiento sea otorgado libremente por el empleado, aunque deja la puerta abierta a que el empleador demuestre que denegar el consentimiento no tendrá consecuencias adversas para el empleado. Adicionalmente, en relación con los registros de jornada, la AEPD establece que, debido a que se deben ofrecer alternativas a los empleados para que el consentimiento otorgado sea libre, en el caso de que existiesen alternativas equivalentes que no conlleven el tratamiento de datos biométricos, entonces el tratamiento no sería necesario y, por ello, podría no superarse en ese caso el test de necesidad en el marco de los principios del artículo 5 del RGPD y de una evaluación de impacto de protección de datos.

En relación con el control de acceso fuera del ámbito laboral, la AEPD determina que, además de tener que ofrecer alternativas para que el consentimiento otorgado sea libre, el responsable del tratamiento debe demostrar la necesidad objetiva del tratamiento y las posibles alternativas, de tal manera que para tratar estos datos no exista otra alternativa equivalente que sirva para satis-

facer la necesidad identificada y que implique un riesgo menor en los derechos y libertades de los interesados.

Finalmente, la AEPD establece otra serie de recomendaciones y requisitos para llevar a cabo estos tratamientos de datos biométricos, como son (i) la necesidad de llevar a cabo una evaluación de impacto conforme al artículo 35 del RGPD; (ii) la implementación de medidas mínimas de seguridad por defecto e implementadas desde el diseño del tratamiento; (iii) implementar medidas para mitigar la posibilidad de que se produzcan brechas de datos personales y el posible impacto que pudieran tener en los derechos y libertades de los interesados; y (iv) en caso de que se utilicen técnicas de inteligencia artificial, tener en cuenta las disposiciones específicas establecidas en la normativa sobre inteligencia artificial.

La AEPD presenta unas pautas para promover el establecimiento de sistemas de verificación de edad para proteger a los menores de edad ante el acceso a contenidos inapropiados en Internet

La AEPD ha presentado un sistema de verificación de edad con la finalidad de proteger a los menores ante el acceso a contenidos destinados a mayores de edad y considerados inapropiados. Con este sistema de verificación de edad, la AEPD pretende demostrar que es posible implementar un sistema que proteja a los menores y que, a la vez, garantice el anonimato de los adultos.

Este sistema de verificación de edad se compone de los siguientes documentos: (i) un decálogo de principios sobre verificación de edad y protección de personas menores de edad ante contenidos inadecuados (el "Decálogo"), (ii) una nota técnica con la descripción de las pruebas de concepto sobre estos sistemas de verificación de edad (la "Nota Técnica"); (iii) tres vídeos que muestran las pruebas de concepto desarrolladas en la Nota Técnica; y (iv) un conjunto de preguntas frecuentes sobre los sistemas de verificación de edad.

El Decálogo tiene como finalidad establecer los diez principios que deben cumplir los sistemas de verificación de edad según la AEPD. De acuerdo con el Decálogo, estos principios serían:

i. El sistema de protección de menores ante contenidos inadecuados debe garantizar que no es posible la identificación, el seguimiento o la localización de menores a través de Internet.

ii. La verificación de edad debe estar orientada a que las personas con la edad adecuada acrediten su condición de "*persona autorizada a acceder*", y no permitir la acreditación de la condición de ser menor de edad.

iii. La acreditación para el acceso a contenidos inadecuados debe ser anónima para los proveedores de servicios de Internet y terceras entidades.

iv. La obligación de acreditar la condición de "*persona autorizada a acceder*" estará limitada únicamente al contenido inadecuado.

v. La verificación de edad se debe realizar de forma cierta y no se debe categorizar la edad, sino únicamente la condición de "*persona autorizada a acceder*".

vi. El sistema debe garantizar que las personas no pueden ser perfiladas en función de su navegación.

vii. El sistema debe garantizar la no vinculación de la actividad de una persona entre distintos servicios.

viii. El sistema debe garantizar el ejercicio de la patria potestad por los progenitores.

ix. Todo sistema de protección de menores ante contenidos inadecuados debe garantizar los derechos fundamentales de todas las personas en su acceso a Internet.

x. Todo sistema de protección de menores ante contenidos inadecuados debe tener definido un marco de gobernanza.

Adicionalmente, la Nota Técnica presenta tres ejemplos de sistemas de verificación de edad que la AEPD considera que cumplen con estos principios presentados en el Decálogo. En esta Nota Técnica se desarrollan tres pruebas de concepto que pretenden demostrar que es posible implementar sistemas de verificación de edad que cumplen con los principios del Decálogo. Entre estas pruebas de concepto también se contempla la posibilidad del uso de la cartera de identidad digital europea en línea con lo que contempla la actual propuesta de Reglamento europeo por el que se modifica el Reglamento (UE) 910/2014 (conocido como el Reglamento eIDAS).

Igualmente, la AEPD ha anunciado que la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre está trabajando en el desarrollo de una aplicación que permitirá utilizarla como sistema de verificación de edad, cumpliendo con los principios que establece la AEPD para estos sistemas.

La AEPD impone una multa de 684.000 euros a una aseguradora por infracción de los artículos 5.1, 13 y 25 del RGPD, al exigir documentación innecesaria y no informar a terceros interesados sobre el tratamiento de sus datos, en el marco de la celebración de contratos de seguro

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00347/2023

La AEPD ha sancionado a una empresa aseguradora (la "Aseguradora") por vulnerar los principios de minimización de datos personales, principio de transparencia y deber de información y el principio de privacidad desde el diseño (artículos 5.1.c, 13 y 25.1 del RGPD, respectivamente), en el marco de la celebración de contratos de seguros de alquiler. El procedimiento sancionador trae causa de la reclamación interpuesta ante la AEPD por el interesado, que es avalista en un contrato de alquiler suscrito entre los propietarios de la vivienda arrendada y su hija (el "Reclamante"). En virtud del seguro de alquiler, la Aseguradora solicitó al Reclamante la aportación de las tres últimas nóminas y un documento que certificara el carácter indefinido del contrato de trabajo. Tras la entrega de esta documentación por el Reclamante, la Aseguradora le solicitó, además, la entrega de una copia de la declaración del IRPF y su vida laboral.

A la vista de lo anterior, el Reclamante ejerció su derecho de información ante la Aseguradora con el objetivo de conocer la finalidad, el destinatario y las posibles cesiones de los datos solicitados, a lo que la Aseguradora respondió que el Reclamante no era su cliente y que los datos los requería el propietario de la vivienda. En consecuencia, el Reclamante consideraba que la Aseguradora le solicitó sus datos personales sin garantizar la protección de estos, so pretexto de que los solicitaba el propietario de la vivienda.

Realizado el traslado de la reclamación a la Aseguradora, esta remitió al Reclamante una nueva comunicación en la que se le informaba del tratamiento de sus datos y se insistía en que era el propietario (tomador del seguro) quien había solicitado al avalista la entrega de la documentación necesaria para formalizar la póliza del seguro de alquiler. Añadía la Aseguradora que, de acuerdo con sus normas de emisión y suscripción, es el tomador quien se relaciona con la Aseguradora desde el momento de la solicitud del seguro y quien le traslada las circunstancias e información necesarias para la valoración del riesgo, incluida la verificación de la capacidad de pago del inquilino (incluida también, en su caso, la del avalista). Aunque no se discutía que la Aseguradora actuaba como responsable del tratamiento de los datos personales para la formalización del contrato de seguro de alquiler, la Aseguradora acreditaba que, mediante la adhesión del tomador a la solicitud o contrato, el tomador reconocía y garantizaba a la Aseguradora haber recabado tales datos con el consentimiento previo e informado del interesado.

En sus actuaciones previas de investigación, la AEPD comprobó que, entre las condiciones de contratación de la Aseguradora, constaba la obligación del arrendador / tomador del seguro de proporcionar la información de protección de datos a los interesados. En el mismo sentido se pronunciaba el informe emitido por el delegado de Protección de Datos (el "DPD") de la Aseguradora. No obstante, el arrendador presentó un escrito ante la AEPD en el que manifestaba que no poseía ningún documento que verificase que informó correctamente al Reclamante del tratamiento de sus datos personales, porque esta información se dio verbalmente.

La AEPD impone tres sanciones a la Aseguradora por los siguientes motivos:

i. La AEPD consideró una infracción del principio de minimización de datos (artículo 5.1.c del RGPD), por ser excesivo exigir la vida laboral para la celebración del contrato de seguro de alquiler. Según las normas internas de la Aseguradora, para demostrar la capacidad económica, el Reclamante podía aportar la vida laboral o, alternativamente, un certificado que acreditase el carácter indefinido de su contrato de trabajo. En este caso, el Reclamante había aportado este certificado, por lo que la aportación de la vida laboral era innecesaria. Por ello, la AEPD impuso a la Aseguradora una sanción de 70.000 euros.

ii. La AEPD consideró una infracción del deber de información y transparencia (artículo 13 del RGPD), por no informar al interesado sobre el tratamiento de sus datos personales. Como consta en los hechos denunciados (que la Aseguradora no negó), la AEPD consideró que la Aseguradora se dirigió directamente al Reclamante para recabar la documentación, sin proporcionarle, en el momento de la recogida de datos, la información en materia de protección de datos. Por ello, la AEPD impuso a la Aseguradora una sanción inicial de 70.000 euros.

iii. La AEPD también consideró una infracción del principio de privacidad desde el diseño (artículo 25 del RGPD), por no contar la Aseguradora con ningún mecanismo para garantizar que los terceros informaban a los interesados sobre el tratamiento de sus datos, no solo en el marco de la celebración del presente contrato de seguro de alquiler, sino con carácter general. De acuerdo con la AEPD, sobre la base de la documentación aportada por la Aseguradora, se producía un mero desplazamiento formal al tomador del seguro de la obligación de informar a terceros intervinientes; pero no se protegían los derechos y libertades de estos terceros, que es la finalidad última que persigue el RGPD a través de la protección de datos desde el diseño. No existía ningún mecanismo para garantizar la subsanación por parte del responsable de un posible incumplimiento por parte del tomador de la obligación de informar y, en consecuencia, no se controlaba si se había informado o no al titular de los datos, el contenido de dicha información o la exactitud de la información transmitida. La Aseguradora no contaba, por tanto, con un procedimiento para el cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva (artículo 5.2 del RGPD). En consecuencia, la AEPD consideró que la Aseguradora vulneró el artículo 25 del RGPD en relación con el artículo 14 de la misma norma, pues, como responsable del tratamiento, debía aplicar, tanto en el momento de determinar los medios del tratamiento como en el momento del propio tratamiento, las medidas técnicas y organizativas apropiadas de conformidad con los principios de protección de datos. Por ello, la AEPD impuso a la Aseguradora una sanción de 1.000.000 de euros.

Además, la AEPD impuso a la Aseguradora la obligación de adecuar las operaciones de tratamiento que realiza a la normativa de protección de datos y, en particular, el establecimiento de un procedimiento que garantice que, cuando los datos no sean recogidos directamente por el responsable, se asegure el suministro de información conforme al principio de privacidad desde el diseño y en los términos del artículo 14 del RGPD.

La AEPD impone una multa de 193.600 euros a un prestador de servicios web para adultos por infracción de los artículos 6.1, 13, 28.3, 32, 37 y 38 del RGPD (relativa a la obtención de datos personales sin consentimiento, la falta de revocación del consentimiento en la política de privacidad, los contratos de encargado de tratamiento, las medidas de seguridad para impedir el tratamiento de datos de menores de 14 años, y el delegado de protección de datos) y 22.2 de la LSSI (relativa a la política de *cookies*)

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00308/2023

La AEPD ha sancionado a un sitio web de acceso a contenido pornográfico (el "Sitio Web") 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"). El Sitio Web, como responsable del tratamiento, recababa datos personales de los usuarios que accedían a sus servicios de forma directa y mediante la utilización de *cookies* y, en particular, nombre y apellidos, *e-mail*, usuario y contraseña encriptada, dirección IP, titular de la tarjeta utilizada para el pago, código postal, país y orientación sexual.

Este procedimiento sancionador tiene su origen en las actuaciones previas de investigación iniciadas de oficio por la AEPD en relación con un expediente anterior, en el que la AEPD analizó el cumplimiento por parte del Sitio Web, de la normativa de protección de datos en relación con los menores de 14 años en sus páginas web de contenido para adultos (las "Páginas Web"). En concreto, a la AEPD le preocupaba la sensibilidad de los datos personales relativos a la navegación (e. g., vida y orientación sexuales) que se podrían tratar en estos sitios web para el perfilado de usuarios. Tras varios requerimientos de información al Sitio Web, la AEPD finalizó las actuaciones de investigación y acordó un procedimiento sancionador que culminó en diversas sanciones en materia de protección de datos y servicios de sociedad de la información:

i. La AEPD consideró que el tratamiento de datos personales realizado por el Sitio Web incumplía el artículo 6.1 del RGPD. En particular, la AEPD detectó que el formulario de contacto de una de las Páginas Web gestionadas por el Sitio Web solicitaba los datos personales del usuario (e. g., nombre e *e-mail*) sin recabar previamente su consentimiento informado mediante un acto afirmativo claro y voluntario. Ello, a pesar de que, según el Sitio Web, subsanó esta irregularidad en el marco del expediente tras el primer requerimiento de información de la AEPD. Por todo ello, la AEPD impuso al Sitio Web una sanción de 40.000 euros y la obligación de informar a la AEPD, en el plazo de un mes, de la habilitación (acreditada) de una casilla de aceptación que el usuario debía marcar, con enlace a la política de privacidad.

ii. La AEPD consideró que la política de privacidad de una de las Páginas Web incumplía el artículo 13 del RGPD, al no ofrecer al interesado la posibilidad de revocar el consentimiento previamente otorgado para el tratamiento de datos personales (que incluían datos especialmente sensibles de acuerdo con el artículo 9 del RGPD —p. ej., datos orientación sexual—). Por ello, la AEPD impuso al Sitio Web una sanción de 1.600 euros y la obligación de informar a la AEPD, en el plazo de un mes, de la adecuación de la política de privacidad a la normativa vigente.

iii. La AEPD también identificó dos infracciones del artículo 28.3 del RGPD. Por un lado, la AEPD consideró que el contrato de encargado de tratamiento suscrito por el Sitio Web y su proveedor de servicios de alojamiento de datos no cumplía con el contenido mínimo exigido, ya que no concretaba (i) en qué consistía el tratamiento (solo se indicaba un listado de posibles operaciones de tratamiento junto a una casilla para marcarlas, si bien ninguna aparecía marcada); (ii) el tipo de los datos afectados por el contrato ni las categorías de interesados; ni (iii) la duración del contrato (únicamente se indicaba que tenía una duración "*indefinida*"). Por ello, la AEPD impuso al Sitio Web una sanción de 32.000 euros y la obligación de informar a la AEPD, en el plazo de un mes, del contenido del contrato de encargado de tratamiento de conformidad con la normativa de protección de datos. Por otro lado, la AEPD consideró que el Sitio Web no había suscrito un contrato de encargado de tratamiento con la empresa que le proveía servicios de gestión de las suscripciones de los usuarios y de pasarela de pagos. Por ello, la AEPD impuso al Sitio Web una sanción de 40.000 euros y la obligación de informar a la AEPD, en el plazo de un mes, de la firma de un contrato de encargado de tratamiento de conformidad con la normativa de protección de datos.

iv. La AEPD consideró también un incumplimiento del artículo 32 del RGPD, porque las limitaciones o cautelas previstas por el Sitio Web para restringir el acceso a las Páginas Web de contenido para adultos eran claramente insuficientes para limitar el acceso a los menores, tanto de forma directa (usuarios no registrados) como para registrarse (usuarios registrados). En concreto, el mecanismo utilizado para declarar la edad del usuario que accedía era una ventana emergente mostrada al acceder a las Páginas Web con un botón y el texto "*Soy mayor de 18 años – entrar en [enlace al sitio web]*" y, al pulsarse el botón por parte del usuario, se guardaba esta acción en una variable *javascript* que no salía del dispositivo del usuario y que permanecía en este mientras no se cerrase la pestaña del navegador. Tras acceder a las Páginas Web y aceptar la declaración de edad, se tenía acceso libre a contenidos pornográficos sin necesidad de suscribirse al servicio. En cualquier caso, como constató la AEPD, no había mecanismos para comprobar ulteriormente la edad "declarada" ni para verificarla *ab initio*. La AEPD, además, critica que este mecanismo de declaración de edad era fácilmente eludible y permitía al usuario acceder a todos los contenidos de las Páginas Web sin declarar la mayoría de edad. Según la AEPD, en casos como este, en que el Sitio Web manifiesta que el contenido de sus Páginas Web está dirigido exclusivamente a adultos y es obligatorio ser mayor de edad para acceder a ellos, el responsable del tratamiento decide que las categorías de interesados se limitan a los mayores de edad, por lo que le corresponde implementar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para que el tratamiento se efectúe únicamente respecto de interesados mayores de edad. Ello conlleva que también implemente las medidas técnicas y organizativas apropiadas para que los datos de los menores de edad no sean tratados. Además, la AEPD recalca que el tratamiento de datos personales de un niño como persona vulnerable es un riesgo que implica que, desde el enfoque de riesgos, haya que habilitar medidas técnicas y organizativas apropiadas para evitar la materialización de riesgo muy alto (que ocasione una lesión en sus derechos y libertades). Por ello, la AEPD impuso al Sitio Web una sanción de 48.000 euros y la obligación de informar a la AEPD, en el plazo de un mes, del establecimiento de medidas de seguridad adecuadas para adaptar los sistemas de verificación de la edad a las exigencias legales.

v. La AEPD también comprobó que el Sitio Web, pese a estar obligado a designar un DPD y tener a una persona que actúe como tal, dicha persona no estaba registrada como DPD ante la AEPD, lo que suponía un incumplimiento del artículo 37 del RGPD. Por ello, la AEPD impuso al Sitio Web una sanción de 8.000 euros y la obligación de informar a la AEPD, en el plazo de un mes, del nombramiento del DPD.

vi. La AEPD observó una clara confusión por parte del Sitio Web entre la figura y las funciones del responsable del tratamiento y las del DPD, en contravención del artículo 38.6 del RGPD. En particular, en un contrato de encargado de tratamiento, la persona que ejercía como DPD actuaba y firmaba como "*responsable de tratamiento*". Así el DPD, cuya obligación es informar, asesorar o supervisar, por ej., un contrato de encargado de tratamiento de conformidad con el artículo 39 del RGPD no puede al mismo tiempo suscribir dicho contrato sobre el que debe asesorar o supervisar, ya que supone un conflicto de intereses. Por ello, la AEPD impuso al prestador la sanción de 12.000 euros.

vii. Por último, la AEPD detectó varias infracciones del artículo 22.2 de la LSSI en relación con la política de *cookies*. Como el Sitio Web reconoció en el marco del expediente, debido a un error técnico en uno de los Sitios Web se estaban instalando *cookies* para las que no se ofrecía información alguna; y se estaban instalando *cookies* pese a que el usuario confirmara en el aviso de *cookies* que no deseaba instalarlas. La AEPD indicó que, según la política de *cookies*, el propósito de las *cookies* de localización aproximada era poder ofrecer al usuario cámaras web según su región, y que, si bien no se utilizaban *cookies* para obtener la dirección IP del usuario, este dato sí se trataba y almacenaba para los usuarios que cumplimentaran el formulario de suscripción. Además, en otra de las Páginas Web del Sitio Web, se mostraban en el aviso de *cookies* tres categorías distintas de *cookies* (técnicas, analíticas y de publicidad); no obstante, entre las técnicas existía una *cookie* que recopilaba y almacenaba la dirección IP del usuario que accedía a la Página Web. Por todo ello, la AEPD impuso al Sitio Web una multa de 12.000 euros y la obligación de informar a la AEPD, en el plazo de un mes, de la adecuación de la política de *cookies* a la normativa vigente.

4. Comunicación y entretenimiento. Legislación

[España]

Comienza a funcionar el nuevo Registro estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual, de prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y de prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual

Real Decreto 1138/2023, de 19 de diciembre, por el que se regulan el Registro estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual, de prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y de prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual y el procedimiento de comunicación previa de inicio de actividad (BOE de 21 de diciembre de 2023)

El pasado 21 de diciembre de 2023 entró en vigor el Real Decreto 1138/2023, por el que se desarrollan las normas reguladoras del funcionamiento del Registro estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual, de prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y de prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual (el "Registro Estatal") creado por la Ley General de Comunicación Audiovisual ("LGCA") y que sustituye al anterior Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual.

La principal novedad del Registro Estatal es que amplía la tipología de prestadores obligados a inscribirse, ya que incluye, además de a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, a los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma ("SIVTP"), a los prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual y a los usuarios

de especial relevancia de los SIVTP (*influencers*), al entender el legislador que todos ellos compiten por la misma audiencia en el mercado audiovisual estatal.

Cabe destacar que, a pesar de la novedad que supone el Registro Estatal, el Real Decreto mantiene, en relación con la prestación de los servicios de comunicación audiovisual, el régimen liberalizado que estableció la antigua LGCA de 2010, por el que la presentación ante la autoridad competente de una comunicación fehaciente y previa habilita para el inicio de la prestación del servicio, requiriéndose licencia otorgada mediante concurso público únicamente para la prestación de servicios de comunicación audiovisual televisiva o radiofónica mediante ondas hertzianas terrestres. Por su parte, en el caso de los prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual, los prestadores del SIVTP y los *influencers*, no se requiere la presentación de comunicación previa, pero sí deben estar inscritos en el Registro Estatal.

Finalmente, a fin de proteger a los usuarios, el Real Decreto refuerza las exigencias de información a aportar por los distintos prestadores, para lo que requiere que los usuarios puedan conocer quiénes son los responsables de los diferentes servicios cuya prestación es objeto de inscripción en el Registro Estatal. En este sentido, el Real Decreto introduce un novedoso precepto, cuya aplicación anticipamos que generará dificultades prácticas, que obliga a informar al Registro Estatal acerca de la titularidad de participaciones significativas en los prestadores de servicios y a acreditar ante el Registro Estatal las operaciones de transmisión de dichas participaciones significativas. Por otro lado, con el objetivo de conciliar la flexibilidad que supone el régimen jurídico de la comunicación previa con las garantías de protección de los usuarios, se introduce la posibilidad de que la autoridad competente requiera al interesado documentación adicional acreditativa del servicio cuya prestación se va a iniciar.

Sometida a audiencia pública la norma de desarrollo de la Ley General de Comunicación Audiovisual reguladora de los *influencers*

Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia según lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual

El Ministerio de Economía, Comercio y Empresa ha publicado el borrador del proyecto de Real Decreto ("Proyecto") por el que se desarrolla la Ley General de Comunicación Audiovisual ("LGCA") con el objeto de profundizar en la regulación de la figura de los "*usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma*" ("SIVTP"), también conocidos como *influencers*.

Si bien el concepto de *influencer* ya fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la LGCA, que establece que son usuarios de especial relevancia aquellos (i) que obtengan por su actividad unos ingresos económicos significativos; (ii) que sean responsables editoriales de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en la plataforma; (iii) cuyo contenido esté destinado a una parte significativa del público en general; y cuyo servicio (iv) tenga la función de informar, entretener o educar; y (v) se ofrezca a través de redes de comunicaciones electrónicas y esté

establecido en España, quedaron algunos parámetros pendientes de definición que son ahora objeto de este desarrollo reglamentario.

En concreto, el Proyecto delimita quiénes serán considerados como *influencers* a efectos de la LGCA, profundizando en la definición de los conceptos de ingresos significativos y audiencia significativa, mencionados en los apartados (i) y (iii) del párrafo anterior.

En cuanto al concepto de ingresos significativos, el Proyecto establece que lo serán aquellos ingresos brutos devengados en el ejercicio anterior iguales o superiores a 500.000 € derivados de la actividad de los usuarios en los SIVTP. En este sentido, el Proyecto especifica que son ingresos computables a estos efectos (a) los obtenidos por la comercialización, venta u organización de comunicaciones comerciales insertas en los contenidos audiovisuales; (b) los pagos abonados a los usuarios por los prestadores de SIVTP; (c) los ingresos provenientes de cuotas y pagos abonados por su audiencia en los SIVTP; (d) los ingresos procedentes de prestaciones concedidas por Administraciones y entidades públicas relacionados con la actividad de los usuarios en los SIVTP; y (e) otros ingresos obtenidos por esta actividad no previstos en las letras anteriores; y se excluyen aquellos otros ingresos que no guarden relación con la actividad de los usuarios en los SIVTP.

Por su parte, en lo que respecta al requisito de audiencia significativa, el Proyecto señala que un servicio está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener claro impacto sobre él cuando dicho servicio cuenta con un número medio de seguidores igual o superior a dos millones durante el ejercicio anterior en alguno de los SIVTP y cuando contenga al menos veinticuatro vídeos en el ejercicio anterior.

9 de enero de 2024

Energía

Energía*

9 de enero de 2024

1. Legislación

[España]

El Real Decreto-ley 8/2023 articula la retirada gradual de las medidas adoptadas como consecuencia de las crisis geopolíticas y energéticas, evitando una evolución inesperada de los precios y protegiendo especialmente a los colectivos más vulnerables, pero sin poner en riesgo la sostenibilidad de las finanzas públicas

Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (BOE de 28 de diciembre de 2023)

El Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (en adelante, el "RDLey"), busca avanzar en la retirada gradual de las medidas hasta ese momento adoptadas como consecuencia de esas crisis, evitando una evolución inesperada de los precios y protegiendo especialmente a los colectivos más vulnerables, pero sin poner en riesgo el equilibrio de las finanzas públicas.

El RDLey aborda distintas cuestiones de interés en materia de energía, de entre las que conviene destacar para el desarrollo de nuestra práctica las siguientes:

i. Según la norma, en la actualidad existe un importante contingente de proyectos renovables acumulados en torno a unos mismos hitos regulados en el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, obligando a los promotores a concentrar su desarrollo y ejecución en un periodo de tiempo ajustado. La tramitación de tantos proyectos simultáneamente ha ocasionado un retraso en el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para la puesta en marcha de los proyectos, por lo que la norma extiende excepcionalmente los plazos correspondientes a los hitos administrativos.

* 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).

ii. En concreto, se amplía el plazo para obtener la autorización administrativa de construcción de las instalaciones de generación que hubieran obtenido permisos de acceso y conexión con posterioridad al 31 de diciembre de 2017 y con anterioridad a la entrada en vigor del RDLey (es decir, el 29 de diciembre de 2023), pasando de 43 a 49 meses.

iii. El RDLey también dispone que los promotores que voluntariamente quieran puedan prolongar el plazo para obtener la autorización administrativa de explotación hasta un máximo de ocho años.

iv. Asimismo, se puede dar por cumplido el trámite de autorización administrativa de explotación cuando los gestores de red no dispongan de autorización definitiva para las posiciones de transporte o distribución, requiriéndose la autorización de explotación provisional para pruebas del parque generador y de las infraestructuras de evacuación hasta, al menos, los últimos 100 metros antes de la subestación de transporte o distribución.

v. Por último, la norma dispone la extensión del plazo para la obtención de la autorización administrativa de explotación de las instalaciones de bombeo y eólicas marinas hasta un máximo de nueve años, tras constatar que la tramitación y la construcción de estas instalaciones requieren de tiempos superiores a otras plantas de tecnología renovable.

vi. El RDLey también busca propiciar el desarrollo real de las centrales hidráulicas reversibles, reforma la Ley de Hidrocarburos, desarrolla asimismo la red de hidrógeno y estipula prórrogas de mecanismos de flexibilización y retribución a la cogeneración.

vii. En materia de autoconsumo, cabe destacar que el RDLey dispone una medida de liberalización de capacidad de los nudos reservados para concurso, mediante la cual se acuerda liberar el 10 % de ellos para autoconsumo de aquellos en los que no se hubiera liberado capacidad con anterioridad, de acuerdo con el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo.

viii. El RDLey articula nuevos requisitos para que las instalaciones de consumo se conecten a la red eléctrica, destacando la garantía financiera para solicitudes de acceso y conexión de demanda y los plazos de caducidad a los que se someterán, como ya ocurría con los derechos de acceso y conexión de la generación. Asimismo, prevé los concursos de capacidad para la demanda de acceso y conexión a la red de transporte, como también ocurre con la generación.

Por último, en relación con las medidas en materia fiscal dirigidas a atenuar los efectos de la crisis energética, conviene destacar las siguientes:

i. En relación con el Impuesto sobre las Personas Físicas ("IRPF"), el RDLey amplía un año más la aplicación de la deducción por obras de mejora de eficiencia energética en viviendas de la DA 50.ª de la Ley del IRPF.

ii. Asimismo, en lo que se refiere a los tipos impositivos del Impuesto sobre el Valor Añadido ("IVA"), el RDLey eleva al 10 % el tipo de IVA aplicable a determinados productos energéticos que hasta el 31 de diciembre de 2023 lo tenían temporalmente fijado al 5 % (hasta 31

de diciembre de 2024 para los suministros de energía eléctrica, 31 de marzo de 2024 para el gas natural y 30/06/2024 para las briquetas, pellets y madera para leña).

iii. En relación con el Impuesto de Sociedades ("IS"), el RDLey también prorroga la libertad de amortización de las inversiones que utilicen energía procedente de fuentes renovables, modificando la DA 17.ª de la Ley del IS (que había sido introducida por el Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre).

iv. Con respecto al Impuesto Especial sobre la Electricidad ("IEE"), el RDLey atenúa la medida excepcional adoptada mediante el RD-ley 17/2021, de 14 de septiembre, prorrogadas hasta el 31 de diciembre de 2023 fijando el tipo impositivo en el 2,5 % durante el primer trimestre el 2024 y en el 3,8 % durante el segundo trimestre.

v. En el ámbito del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica ("IVPEE"), el RDLey regula la determinación de la base imponible y del importe de los pagos fraccionados durante el ejercicio 2024. Ya en sus expositivos, la norma dispone que se debe ir atenuando la medida excepcional que se adoptó mediante el Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio. Así pues, para el ejercicio 2024 la base imponible del IVPEE se definirá por el importe total que corresponda percibir al contribuyente por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central, por cada instalación, en el período impositivo, minorada en la mitad de las retribuciones correspondientes a la electricidad incorporada al sistema durante el primer trimestre del año, y minorada en una cuarta parte de las retribuciones correspondientes a la electricidad incorporada al sistema durante el segundo trimestre.

vi. Por lo que se refiere a los gravámenes temporales energéticos y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito, el apartado 1.º de la DA 5.ª del RDLey prevé que se prorrogue a 2024 la aplicación de los gravámenes aprobados por la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, sin perjuicio de que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2024 establezca un incentivo que resulte de aplicación para las inversiones estratégicas realizadas en el sector energético desde 1 de enero de 2024 y de la revisión de la configuración de los gravámenes con el fin de que se integren en el sistema tributario en el propio ejercicio fiscal 2024.

Modificación de la normativa reguladora de determinados programas de ayudas de rehabilitación energética y energías renovables del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, destacando el Programa PREE 5000

Real Decreto 1178/2023, de 27 de diciembre, por el que se modifica la normativa reguladora y se adaptan al marco europeo de ayudas de Estado determinados programas de ayudas de rehabilitación energética y energías renovables del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE de 28 de diciembre de 2023)

El pasado 28 de diciembre de 2023 se publicó en el *BOE* el Real Decreto 1178/2023, de 27 de diciembre, por el que se modifica la normativa reguladora y se adaptan al marco europeo de ayudas

de Estado determinados programas de ayudas de rehabilitación energética y energías renovables del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, el "RD"). El RD modifica distintas normas que tienen impacto en la práctica del derecho de la energía, de entre las que conviene destacar las que se enumeran a continuación.

Las principales modificaciones que afectan al RD 691/2021, de 21 de diciembre, por el que se regulan las subvenciones a otorgar a actuaciones de rehabilitación energética en edificios existentes, en ejecución del Programa de rehabilitación energética para edificios existentes en municipios de reto demográfico (Programa PREE 5000), incluido en el Programa de regeneración y reto demográfico del Plan de rehabilitación y regeneración urbana del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia Europeo, así como su concesión directa a las comunidades autónomas, son las siguientes:

i. Se amplía la vigencia del programa hasta el 31 de julio de 2024.

ii. La obligación de las comunidades autónomas beneficiarias de remitir al IDAE, antes del 30 de septiembre de 2024, informe final provisional emitido por sus respectivos órganos de control presupuestario en relación con el presupuesto total final no ejecutado.

iii. El plazo máximo para la conclusión de las actuaciones objeto de ayuda será el que se establezca en cada una de las convocatorias, sin que pueda exceder de dieciocho meses desde la fecha de notificación de la resolución de la concesión de la ayuda o, en el caso de las inversiones directas, desde la fecha de notificación de la resolución de adjudicación del correspondiente contrato.

Las principales modificaciones que afectan al RD 1124/2021, de 3 de agosto, por el que se aprueba la concesión directa a las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla de ayudas para la ejecución de los programas de incentivos para la implantación de instalaciones de energías renovables térmicas en diferentes sectores de la economía, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que introduce el Real Decreto 1178/2023, son las siguientes:

A. Se amplía la vigencia del programa hasta el 31 de julio de 2024.

B. Para instalaciones superiores a 100 kW de potencia nominal de producción, podrá aportarse un plan estratégico, de forma opcional, que indique el origen o lugar de fabricación.

C. El solicitante podrá presentar una declaración responsable del cumplimiento del principio de no causar daño significativo (principio DNSH) independientemente de la potencia instalada.

D. En la documentación requerida para justificar las actuaciones realizadas se presentará una declaración que confirme que no ha habido modificaciones con respecto a lo declarado en la fase de solicitud sobre el principio de no causar daño significativo, y documentación actualizada en su caso sobre la valorización de residuos.

La Orden convoca la realización de propuestas de desarrollo de las redes de transporte de energía eléctrica, su alcance y contenido y el procedimiento a seguir

Orden TED/1375/2023, de 21 de diciembre, por la que se inicia el procedimiento para efectuar propuestas de desarrollo de la red de transporte de energía eléctrica con horizonte 2030 (BOE de 23 de diciembre de 2023)

Esta Orden convoca a los sujetos del sistema eléctrico, a las Comunidades Autónomas y a los promotores de nuevos proyectos de generación y consumo eléctrico a la realización de propuestas de desarrollo de las redes de transporte de energía eléctrica y el procedimiento a seguir para efectuar dicha propuesta. Las propuestas se podrán remitir hasta el 31 de marzo de 2024.

La información aportada servirá de base y tendrá carácter de complementaria a la ya existente en el operador del sistema a la hora del establecimiento de los límites de la capacidad máxima de conexión de plantas de generación a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos a la red eléctrica compatibles con la seguridad del sistema y con los criterios de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.

Además, esta Orden también establece los principios rectores de la elaboración de la planificación de la red de transporte de electricidad en el horizonte 2025-2030. Entre estos principios se encuentran el cumplimiento de los compromisos en materia de energía y clima (concretados a nivel nacional en el PNIEC 2021-2030), la garantía de suministro de energía eléctrica, la maximización de la penetración renovable en el sistema eléctrico, la supresión de las restricciones técnicas existentes en la red de transporte, el cumplimiento de los principios de eficiencia económica y la maximización de la utilización de la red existente.

La propuesta de orden por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2024 viene a dar cumplimiento con la normativa europea, estableciendo un establece un objetivo de ahorro de energía final de 375 ktep o 4.361,25 GWh para este año

Propuesta de Orden por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2024

El artículo 8 de la Directiva (UE) 2023/1791, de 13 de septiembre de 2023, relativa a la eficiencia energética obliga a los Estados miembros a alcanzar un ahorro acumulado de energía final en el periodo 2021-2030. En el caso de España, se trata de un ahorro acumulado de energía final de 53.593 kilotoneladas equivalentes de petróleo (ktep), lo que supone un 44 % más que el objetivo vigente con la anterior directiva.

España ha optado por una combinación de los dos sistemas permitidos por la Directiva para alcanzar el objetivo de ahorro de energía (de la misma forma que ya hizo en el periodo de obligación anterior que comprendió los años 2014 a 2020): un sistema de obligaciones de eficiencia energética y la adopción de medidas de actuación alternativas.

Con el fin de dar cumplimiento a la obligación del ahorro, el pasado 26 de diciembre de 2023, la vicepresidenta tercera del Gobierno y ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico emitió una propuesta de orden por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética (en adelante, la "Propuesta de Orden"), fijando así las obligaciones de ahorro de energía final para el año 2024. Para este año, en concreto, se establece un objetivo de ahorro de energía final de 375 ktep o 4.361,25 GWh.

En concreto, la Propuesta de Orden establece la obligación de ahorro para el año 2024 de cada uno de los sujetos obligados, la equivalencia financiera de dicha obligación y el porcentaje mínimo de la obligación que deben satisfacer necesariamente mediante una aportación económica al Fondo Nacional de Eficiencia Energética.

Conviene mencionar que mediante la Ley 18/2014, de 15 de octubre, se creó el Sistema Nacional de Obligaciones de Eficiencia Energética, en virtud del cual se asigna a los sujetos obligados (empresas energéticas) una cuota anual de ahorro energético denominada obligación de ahorro. De acuerdo con lo previsto en el artículo 71 de la citada ley, la Propuesta de Orden dispone que los sujetos obligados podrán contribuir (voluntariamente) al cumplimiento de su obligación de ahorro durante el año 2024 mediante la liquidación de certificados de ahorro energético para cumplir con al menos un 35 % de su cuota de obligación de ahorro para el año 2024.

Por último, la Propuesta de Orden cierra con una previsión indicativa de las principales magnitudes en los dos años siguientes para facilitar la planificación de los sujetos obligados.

2. Otros materiales

La CNMC aprueba el precio máximo de reserva para la asignación del servicio de respuesta activa de la demanda a través de subasta para el 2024

Resolución de 30 de noviembre de 2023, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece un precio máximo de reserva para la subasta anual para la asignación del servicio de respuesta activa de la demanda para la temporada 2024 (BOE de 2 de diciembre de 2023)

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la "CNMC") ha dictado una resolución por la que se establece un precio máximo de reserva para la subasta anual para la asignación del servicio de respuesta activa de la demanda para la temporada 2024. El servicio de respuesta activa es un producto específico de capacidad de balance, cuya asignación se llevará a cabo anualmente mediante un mecanismo de mercado de subasta.

La CNMC considera adecuado establecer un precio máximo con el fin de evitar el riesgo de que los costes de provisión de servicios de balance que soporta la demanda puedan encarecerse de manera significativa, situación que podría venir motivada por aspectos ajenos al coste real del

servicio. El precio se fija siguiendo una fórmula consistente en la fijación de un presupuesto para la totalidad del servicio, así como un precio máximo unitario por MW y hora de asignación.

Las condiciones de realización de la subasta exigen que el volumen de potencia con oferta válida supere en, al menos, un 20 % al requerimiento publicado para garantizar la efectiva competencia en la subasta. En caso de no cumplirse esta condición, el operador del sistema deberá reducir el requerimiento hasta el valor necesario para que se satisfaga la relación del 20 %. Por lo tanto, también se reducirá el presupuesto en la misma proporción que el requerimiento.

Finalmente, el precio se mantendrá confidencial (salvo para Red Eléctrica de España) con objeto de evitar posibles comportamientos estratégicos de los agentes en las subastas, como por ejemplo la adjudicación de un menor volumen a un mayor precio.

9 de enero de 2024

Inmobiliario y Urbanismo

Inmobiliario y Urbanismo*

9 de enero de 2024

1. Legislación

[España]

Medidas urgentes para afrontar las consecuencias de los conflictos de Ucrania y Oriente Próximo

Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (BOE de 28 de diciembre de 2023)

Se amplía el periodo de suspensión del régimen de potencial cobro de compensaciones y comisiones por reembolso o amortización anticipada previsto en el artículo 23 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y por la conversión de créditos a tipo variable, hasta el 31 de diciembre de 2024.

También se extiende el periodo de suspensión de los desahucios y lanzamientos de hogares vulnerables económica y socialmente hasta el 31 de diciembre de 2024 en los casos ya previstos por la normativa actual. Además, en los procedimientos de desahucio de hogares vulnerables, se establece la posibilidad de que el juez, previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, tenga la facultad de suspender el lanzamiento cuando los propietarios de estos inmuebles sean personas físicas o jurídicas titulares de más de diez viviendas, solicitando informe a los servicios sociales competentes con objeto de que puedan valorar la situación de vulnerabilidad económica e identificar las medidas a aplicar para dar respuesta a dicha situación.

Se contempla la posibilidad hasta el 31 de enero de 2025 de que el arrendador o propietario solicite la compensación recogida en el Real Decreto-ley 37/2020. Asimismo, se extiende el plazo para que los arrendadores y titulares de vivienda afectados por la suspensión extraordinaria en vigor del desahucio o lanzamiento puedan presentar la solicitud de compensación prevista en ese mismo Real Decreto-ley.

* 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 Álvaro Giménez, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Valencia).

En materia de vivienda, establece un incremento máximo anual del 3 % del alquiler en los contratos vigentes desde el 1 de enero de 2024 al 31 de diciembre e introduce un mandato al Instituto Nacional de Estadística (INE) para que defina antes del 31 de diciembre de 2024 un nuevo índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda para evitar incrementos desproporcionados en la renta.

Finalmente, aprueba la creación de una línea de avales para la cobertura por cuenta del Estado de la financiación para incrementar el parque de vivienda en alquiler social o a precio asequible, así como para mejorar el ya existente, y autoriza al Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana para que, mediante convenio con el Instituto de Crédito Oficial (ICO), por un plazo de hasta treinta y cinco años, desarrolle una línea de avales que ofrezcan cobertura parcial del Estado, para la financiación a promotores públicos y privados en forma de préstamo dentro de la Facilidad ICO del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) para promoción de vivienda social.

Este Decreto-ley fue convalidado en el Pleno del Congreso de los Diputados celebrado el 10 de enero de 2024.

Programas de ayuda de rehabilitación energética y energías renovables

Real Decreto 1178/2023, de 27 de diciembre, por el que se modifica la normativa reguladora y se adaptan al marco europeo de ayudas de Estado determinados programas de ayudas de rehabilitación energética y energías renovables del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE de 28 de diciembre de 2023)

Se modifica el Real Decreto 691/2021, de 3 de agosto, por el que se regulan las subvenciones a otorgar a actuaciones de rehabilitación energética en edificios existentes, en ejecución del Programa de rehabilitación energética para edificios existentes en municipios de reto demográfico (Programa PREE 5000), incluido en el Programa de regeneración y reto demográfico del Plan de rehabilitación y regeneración urbana del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia Europeo, así como su concesión directa a las comunidades autónomas.

Las modificaciones afectan, por un lado, a la vigencia del programa PREE 5000, que se amplía hasta el 31 de julio de 2024. Por otro lado, se modifica el plazo para la remisión por parte de las comunidades autónomas beneficiarias al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) del informe final provisional en relación con el presupuesto total final no ejecutado, de manera que se amplía hasta 30 de septiembre de 2024.

En último lugar, se modifica el plazo para la conclusión de las actuaciones objeto de ayuda, que será el que se establezca en cada una de las convocatorias, sin que pueda exceder de dieciocho meses desde la fecha de notificación de la resolución de la concesión de la ayuda o, en el caso de las inversiones directas, desde la fecha de notificación de la resolución de adjudicación del correspondiente contrato.

Aragón. Vivienda

Ley 17/2023, de 22 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2024 (BOA de 29 de diciembre de 2023)

De conformidad con la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes de Política de Vivienda Protegida, toda unidad de convivencia interesada en acceder a viviendas protegidas debía inscribirse en el Registro de Solicitantes de Vivienda Protegida de Aragón. La Ley 17/2023, de 22 de diciembre, suspende esta obligación de inscripción.

Baleares. Vivienda

Proyecto de Ley dimanante del Decreto Ley 6/2023, de 2 de octubre, de medidas urgentes en materia de vivienda (BOIB de 2 de diciembre de 2023)

La Mesa del Parlamento de las Illes Balears acordó el 15 de noviembre de 2023 admitir la continuación de la tramitación del Decreto Ley 6/2023, de 2 de octubre, de medidas urgentes en materia de vivienda, como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Este Decreto Ley fue convalidado el 31 de octubre de 2023.

Esta norma incorporó medidas extraordinarias y urgentes que pretendían aumentar la oferta de vivienda privada a precio asequible en las Islas Baleares. Para alcanzar este objetivo, el Decreto Ley modificó diferentes disposiciones normativas para facilitar la incorporación de viviendas privadas al mercado a un precio asequible para la ciudadanía y sin consumir territorio. Entre otras medidas, creó una nueva figura de vivienda denominada vivienda de precio limitado y una nueva tipología en el ámbito residencial denominada alojamiento con espacios comunes complementarios.

Canarias. Erupción volcánica en la isla de La Palma

Decreto Ley 9/2023, de 18 de diciembre de medidas en materia territorial y urbanística para la recuperación económica y social de la isla de La Palma tras la erupción volcánica de Cumbre Vieja (BOC de 19 de diciembre de 2023)

El Decreto establece medidas en materia territorial y urbanística para permitir la construcción, la reconstrucción o la rehabilitación de las edificaciones, los usos y las actividades en las mismas condiciones que existían antes de la erupción volcánica en el espacio hoy ocupado por la colada de lava, y fija las condiciones precisas para hacerlo con seguridad. En todos los casos, la legitimación territorial y urbanística de las actividades de recuperación queda sujeta a la previa obtención de licencia urbanística municipal.

Cataluña. Viviendas de uso turístico

Decreto Ley 3/2023, de 7 de noviembre, de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico (DOGC de 8 de noviembre de 2023)

El Decreto Ley establece el requisito de una licencia urbanística previa para destinar las viviendas al uso turístico en aquellos municipios que presentan problemas de acceso a la vivienda y en aquellos que se encuentran en riesgo de romper el equilibrio del entorno urbano por una alta concentración de viviendas de uso turístico. La relación de estos municipios se detalla en el anexo del Decreto Ley y tendrá una vigencia de cinco años.

La licencia urbanística tendrá asimismo una duración de cinco años, prorrogable por períodos de igual duración, siempre que el planeamiento urbanístico lo permita.

Cataluña. Código de accesibilidad

Decreto 209/2023, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Código de accesibilidad de Cataluña (DOGC de 30 de noviembre de 2023)

Este Decreto determina las condiciones, requisitos y soluciones de accesibilidad necesarias para que los espacios de uso público y los edificios, entre otros, garanticen la autonomía, la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad o con otras dificultades de interacción con el entorno.

Este Decreto se aplicará a las solicitudes de licencias y autorizaciones, los comunicados de obras y otros trámites administrativos asimilables, que se hayan presentado transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de este Decreto, prevista el 29 de febrero de 2024.

Galicia. Suelo, urbanismo y vivienda

Ley 10/2023, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (DOG de 29 de diciembre de 2023)

Se establecen medidas en materia de medio ambiente y territorio. Entre otras, se exceptúa de la obligación de aprobar un plan especial de infraestructuras y dotaciones en suelo rústico en aquellos casos en los que el planeamiento urbanístico ya califique un ámbito como equipamiento, siendo suficiente la obtención del título habilitante municipal de naturaleza urbanística. De igual modo, se precisan aspectos relativos a la incoación de expedientes de reposición de la legalidad, en cuanto al momento en que se va a considerar que las obras están totalmente finalizadas.

Por otro lado, en materia de vivienda, se establece la competencia para la declaración de las zonas de mercado residencial tensionado reguladas en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

Madrid. Simplificación y mejora de la eficacia de instituciones y organismos

Ley 16/2023, de 27 de diciembre, de medidas para la simplificación y mejora de la eficacia de instituciones y organismos de la Comunidad de Madrid (BOCM de 29 de diciembre de 2023)

Para dar homogeneidad a la redacción de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, entre otras medidas, se suprimen, en diversos preceptos relativos a la regulación de las entidades privadas colaboradoras urbanísticas, las menciones concretas a la secretaría general técnica de la consejería competente en materia de urbanismo por una mención genérica a la consejería.

País Vasco. Suelo y urbanismo

Ley 18/2023, de 21 de diciembre, de modificación de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (BOPV de 4 de enero de 2024)

Esta Ley clarifica el cómputo de los plazos de suspensión de licencias, aprobaciones y autorizaciones urbanísticas a los efectos de la elaboración o, en su caso, modificación o revisión de los planes urbanísticos. En este sentido, se establecen dos plazos de vigencia de la suspensión, según se produzca, bien facultativamente antes del acuerdo de la aprobación inicial, o bien de manera automática y obligatoria, por ser un efecto intrínseco del acuerdo de la aprobación inicial.

Es decir, el plazo de vigencia de un año de la suspensión acordada previamente al acuerdo de aprobación inicial no computará dentro del plazo máximo (de dos años en el caso de que el acuerdo se refiera a planes generales y de un año en todos los restantes casos) que la Ley prevé para la suspensión de licencias, aprobaciones y autorizaciones urbanísticas y que se produce obligatoriamente con el acuerdo de aprobación inicial de un plan.

Valencia. Edificios de vivienda

Decreto 202/2023, de 21 de noviembre, del Consell, de modificación del Decreto 80/2023, de 26 de mayo, del Consell, por el que se aprueban las normas de diseño y calidad en edificios de vivienda (DOGV de 23 de noviembre de 2023)

El Decreto 80/2023, de 26 de mayo, del Consell, tiene por objeto establecer las normas de diseño y calidad que deben cumplir las viviendas ubicadas en la Comunitat Valenciana, así como los edificios de uso principal residencial vivienda que las albergan para garantizar que sean dignas y adecuadas.

Se retrasa su entrada en vigor, inicialmente prevista para el 2 de diciembre de 2023, al 2 de febrero de 2025.

Valencia. Ordenación del territorio, urbanismo y paisaje

Decreto Ley 14/2023, de 19 de diciembre, del Consell, por el que se prorrogan las reducciones temporales de tarifas en los servicios públicos de transporte competencia de la Generalitat en 2024 por un periodo de seis meses, y se modifica el artículo 51.3.c), el apartado cuarto de la disposición adicional novena y la disposición transitoria vigesimocuarta del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobado por el Decreto legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell, en relación con la tramitación de los proyectos territoriales estratégicos (PTE) y las DICS de regularización (DICR) (DOCV de 22 de diciembre de 2023)

Este Decreto establece que la consulta previa a que deben someterse los PTE queda a discreción del Consell, que deberá motivar en cada caso si debe llevarse a cabo o no este trámite. El objetivo es evitar una sobreexposición de proyectos que requieren de confidencialidad y evitar movimientos especulativos en relación con el precio del suelo que se incluye en la actuación del PTE. Además, la nueva regulación permite que las actividades terciarias o de servicios puedan acogerse al procedimiento de regularización de actividades industriales en suelo no urbanizable y da un nuevo plazo para que las actividades industriales y productivas que quedaron fuera en el anterior proceso de regularización puedan reestablecer su total legalidad urbanística y ambiental.

Valencia. Suelo y urbanismo

Ley 7/2023, de 26 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (DOGV de 30 de diciembre de 2023)

Entre otras medidas, se modifica la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobada por el Decreto legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell, con el fin de agilizar la obtención de las licencias urbanísticas e impulsar la colaboración público-privada.

El Decreto legislativo 1/2021 permitía que los municipios, mediante la aprobación de la correspondiente ordenanza, pudieran someter a licencia expresa algunos actos de uso, transformación y edificación, así como la primera ocupación de edificaciones e instalaciones, para los que se preveía la declaración responsable como norma general. También permitía la posibilidad de que el municipio exigiese certificado de organismo de certificación administrativa si mantenía la autorización por declaración responsable para la primera ocupación.

Se suprime esta potestad de los municipios y se fija la declaración responsable para todos estos casos.

[Portugal]

Programa "Mais Habitação"

Lei n.º 56/2023, de 6 de outubro (DR 194, Série I, de 6 de outubro de 2023)

A Lei n.º 56/2023, de 6 de outubro ("Lei 56/2023"), que introduz o Programa "Mais Habitação", vem aprovar medidas com o objetivo de garantir habitação a custos acessíveis, procedendo a diversas alterações legislativas.

De entre as principais alterações introduzidas pela Lei 56/2023, destacam-se, em matéria de arrendamento:

i. o arrendamento forçado de imóveis destinados a habitação localizados fora dos terrenos do interior (delimitados no âmbito da Portaria n.º 208/2017, de 13 de julho) e das Regiões Autónomas, que se encontrem devolutos há mais de 2 anos, não podendo o limite de renda exceder em 30% os limites de preços de renda por tipologia em função do concelho onde se localiza o imóvel (nos termos constantes do Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio e da Portaria n.º 176/2019, de 6 de junho);

ii. passa a ser permitida a cedência de imóveis públicos através de protocolos entre as entidades do setor cooperativo e o IHRU, I.P., no âmbito da criação de projetos-piloto a integrar na Nova Geração de Cooperativismo para a Promoção de Habitação Acessível;

iii. prevê-se um apoio à promoção de habitação a custos controlados para arrendamento acessível assegurado mediante (i) uma linha de crédito concedida pelo Governo, no montante global de € 250.000.000,00 para financiamento de projetos de aquisição de imóvel, construção ou reabilitação na área da habitação acessível, para posterior arrendamento e (ii) cedência do direito de superfície, pelo prazo máximo de 90 anos, renovável, de património imobiliário público identificado pelo Governo para arrendamento acessível;

iv. as rendas dos novos contratos de arrendamento de imóveis, para fins habitacionais, sobre os quais tenham vigorado contratos de arrendamento para fins habitacionais nos 5 anos anteriores à data de entrada em vigor da Lei 56/2023 e cujas rendas anteriores sejam superiores aos limites de preços de renda por tipologia em função do concelho onde se localiza o imóvel (nos termos constantes da Portaria n.º 176/2019, de 6 de junho), não podem ser superiores à renda do último contrato de arrendamento atualizada em 2%, exceto se tal incremento resultar da aplicação de coeficientes de atualização de renda não utilizados nos últimos 3 anos e/ou até 15% do limite anual das despesas suportadas com obras de remodelação ou restauro profundos (atestadas pela respetiva Câmara Municipal);

v. os contratos de arrendamento, para fins habitacionais, anteriores ao Regime do Arrendamento Urbano (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de outubro), cujos inquilinos tenham idade igual ou superior a 65 anos, ou deficiência com grau de incapacidade igual ou superior a 65% ou cujo rendimento anual bruto corrigido do agregado familiar é inferior a 5 salários mínimos nacionais, não transitam para o NRAU;

vi. a criação do Balcão do Arrendatário e do Senhorio por forma a assegurar, em matéria de arrendamento, a tramitação do procedimento especial de despejo e da injunção, extinguindo-se o Balcão Nacional de Arrendamento e o Serviço de Injunção em Matéria de Arrendamento;

No que concerne ao alojamento local, destacam-se as seguintes medidas:

A. sempre que o estabelecimento de alojamento local seja registado em fração autónoma de edifício em regime de propriedade horizontal que se destine a habitação no título constitutivo, o registo deverá ser precedido de decisão do condomínio para uso diverso de habitação (i.e. para exercício de atividade de alojamento local), passando a ser obrigatória, na comunicação prévia, a apresentação de ata da assembleia de condóminos a autorizar a instalação;

B. possibilidade de oposição da assembleia de condóminos ao exercício de atividade de alojamento local mediante deliberação de, pelo menos, 2/3 da permilagem total do edifício, e pressupondo que o título constitutivo não prevê essa utilização nem exista deliberação expressa da assembleia a autorizar o exercício de atividade de alojamento local;

C. ficará suspensa a emissão de novos registos de estabelecimento de alojamento local nas modalidades de apartamentos e estabelecimentos de hospedagem integrados em fração autónoma, exceto nos territórios do interior (delimitadas no âmbito da Portaria n.º 208/2017, de 13 de julho);

D. reapreciação, em 2030, dos registos emitidos à data de entrada em vigor da Lei 56/2023, passando o prazo de renovação dos registos a ser de 5 anos;

E. é criada uma contribuição extraordinária sobre os apartamentos e estabelecimentos de hospedagem integrados numa fração autónoma de edifício em alojamento local; e

F. O número de registo do estabelecimento de alojamento local passa a ser intransmissível, ainda que na titularidade ou propriedade de pessoa coletiva.

Exceto nos casos específicos previsto na Lei 56/2023, as alterações preconizadas por este diploma entraram em vigor no dia 7 de outubro de 2023.

Apoio às famílias. Pagamento da renda e da prestação de contratos de crédito

Decreto-Lei n.º 103-B/2023, de 9 de novembro (DR 217, Série I, de 9 de novembro de 2023)

O presente Decreto-Lei, além de clarificar o conceito de rendimento consagrado no Decreto-Lei n.º 20-B/2023, de 23 de março, e de criar mecanismos simplificados de validação de dados e de determinação do montante do apoio a atribuir, veio introduzir um reforço do apoio extraordinário à renda, sendo o montante mensal do apoio apurado, a partir de 1 de janeiro de 2024, com base no valor da renda mensal atualizado por um coeficiente de 1,0494.

Por seu turno, os arrendatários ou subarrendatários de habitação permanente que, em consequência da atualização da renda mensal, cumpram os requisitos previstos nos artigos 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 20-B/2023, de 22 de março, a partir de 1 de janeiro de 2024, e não sejam beneficiários do apoio extraordinário à renda previsto no referido Decreto-Lei, poderão requerer um apoio financeiro correspondente à aplicação de um coeficiente de 1,0494 sobre o valor da renda mensal previamente à atualização.

Programa de apoio financeiro Porta 65

Portaria n.º 346-A/2023, de 10 de novembro (DR 218, Série I, de 10 de novembro de 2023)

Este diploma altera a Portaria n.º 277-A/2010, de 21 de maio, que regulamenta o Programa de apoio financeiro Porta 65 (destinado ao apoio aos jovens no acesso ao arrendamento), (i) aumentando o valor da renda máxima admitida por tipologia, permitindo uma maior adequação à oferta de alojamentos atualmente existente no mercado de arrendamento; e (ii) dispensando os candidatos de apresentar informação sempre que essa possa ser obtida com recurso aos mecanismos de interoperabilidade estabelecidos entre o Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I. P., as entidades das finanças e da segurança social e as demais entidades públicas competentes na matéria.

2. Jurisprudencia

[España]

Sobre la responsabilidad de los agentes de la construcción por vicios constructivos y materiales defectuosos

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2023 (STS 1574/2023)

El Tribunal Supremo analiza la responsabilidad de los agentes de la construcción derivada de una acción interpuesta por una comunidad de propietarios contra los arquitectos y el contratista por daños derivados de vicios constructivos e inidoneidad de los materiales. Pese a que en primera instancia se reconoce únicamente la responsabilidad del contratista, la Audiencia Provincial también estima la responsabilidad del arquitecto que firmó el proyecto y del estudio de arquitectos al que pertenecía. La sentencia analizada desestima el recurso interpuesto por el arquitecto y confirma el criterio de la Audiencia Provincial.

El proyectista debe responder por los daños ocasionados por ineficiencias, insuficiencias o incorreciones del proyecto, responsabilidad que el Tribunal Supremo considera implícita en el artículo 17.5 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación. Por su parte, el director de la ejecución de la obra, que forma parte de la dirección facultativa, es responsable de la ejecución material de la obra, pues asume el control directo de la construcción y de los materiales según se desprende del artículo 13.1 de la mencionada ley. En lo que respecta a la responsabilidad por el uso de mate-

riales inadecuados o inidóneos, la responsabilidad se atribuye de la siguiente manera: (a) en caso de que los materiales no sean objetivamente adecuados e incumplan las prescripciones técnicas, deberán responder por los daños el suministrador y el constructor o el director de ejecución si debieron haber advertido de la falta de adecuación de los materiales, o (b) en caso de que los materiales sean adecuados pero no idóneos para su instalación en la obra, la responsabilidad recaerá sobre el agente de la edificación que decidió utilizarlos.

Aplicando estas pautas al caso concreto, el Tribunal Supremo concluye que los defectos constructivos del presente caso se deben a un fallo en la elección de materiales durante la fase del proyecto que afectó negativamente a la resistencia de la fachada y su subestructura. Por lo tanto, puede apreciarse la responsabilidad del proyectista y arquitecto ya declarada en segunda instancia, conjuntamente también con la responsabilidad del director de la ejecución, dado que un mismo perjuicio puede deberse en parte a error en el proyecto y en parte a la supervisión o control de la ejecución.

Sobre la prohibición del alquiler vacacional en los estatutos de una comunidad de propietarios

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2023 (STS 1671/2023)

El Tribunal Supremo examina en este caso la prohibición establecida por los estatutos de una comunidad de propietarios de destinar las viviendas que la conforman a actividades económicas. La sentencia confirma el fallo de las instancias anteriores y concluye que el alquiler turístico debe considerarse una actividad económica a los efectos de la prohibición de los estatutos de dicha comunidad de propietarios.

La cláusula estatutaria objeto del litigio contenía la siguiente prohibición: "*Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc., ...) salvo que la propia subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado*". Los propietarios demandantes pretendían anular un acuerdo adoptado por la junta general que se posicionaba en contra de las actividades turísticas desarrolladas en la comunidad y, en consecuencia, que no se aplicara la citada cláusula estatutaria. Los demandantes sostienen que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las restricciones al derecho de la propiedad deben interpretarse de manera restrictiva y de forma expresa, por lo que la prohibición estatutaria no podía aplicarse a los alquileres vacacionales.

El litigio no se centra en la interpretación del artículo 17.12 de la Ley 49/1960, sobre Propiedad Horizontal, sino más bien en la interpretación y aplicación de los propios estatutos de la comunidad. El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia en esta materia y concluye que (i) pueden establecerse limitaciones al derecho de propiedad (como la realización de determinadas actividades) en interés de la comunidad de propietarios, (ii) las limitaciones al uso del inmueble deben constar de manera expresa, y (iii) las interpretaciones de las limitaciones deben tener carácter restrictivo. Se entiende en este caso que la limitación al uso del inmueble a través de una actividad turística se configura de manera clara y precisa porque la norma —cuyo inciso entre paréntesis debe

interpretarse como una lista abierta— prevé expresamente la prohibición de cualquier actividad económica de carácter profesional y comercial, como es el alquiler vacacional.

El Tribunal Supremo entiende que tampoco puede equiparse el alquiler vacacional y el arrendamiento de vivienda para justificar su actividad dentro de la comunidad, ya que este último tiene como objetivo satisfacer la necesidad permanente de vivienda, por lo que se excluye expresamente la aplicación de la legislación turística.

Inconstitucionalidad de la suspensión autonómica de la expropiación rogada de terrenos destinados a dotaciones públicas

Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 168/2023 de 22 noviembre 2023

El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y declara nula la disposición transitoria undécima de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana, y la disposición transitoria vigésima del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio.

Estas disposiciones regulaban la suspensión del cómputo del plazo de cinco años desde la aprobación del plan urbanístico para iniciar los trámites para ejercer el denominado *derecho a la expropiación rogada* que ostentan los propietarios de terrenos que hayan sido destinados a dotaciones por un plan urbanístico, y que no puedan obtenerse por las cesiones obligatorias que se imponen en la norma urbanística.

El TC advierte que esta suspensión es contraria a la configuración constitucional del derecho de propiedad y al principio de seguridad jurídica, por lo que declara la inconstitucionalidad de estas disposiciones transitorias y su nulidad.

La declaración de interés turístico de un campo de golf no tiene la consideración de plan de ordenación del territorio y no debe someterse a evaluación ambiental

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Sentencia n.º 1594/2023 de 29 noviembre 2023

El Tribunal Supremo establece que la declaración de interés turístico de Andalucía de un campo de golf no ha de integrarse en la categoría de instrumento de planeamiento urbanístico y, por ende, no debe someterse a evaluación ambiental estratégica.

Alcance de los informes sectoriales desfavorables

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). Sentencia n.º 593/2023 de 14 noviembre 2023

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Demarcación de Carreteras del Estado en la Comunidad Valenciana y resuelve que no es admisible utilizar la tramitación de una modificación puntual de planeamiento para impugnar indirectamente determinaciones originarias de dicho planeamiento, que ya fueron aprobadas y ejecutadas bajo la vigencia de su anterior redacción.

En el caso enjuiciado, la Demarcación de Carreteras emitió informe desfavorable durante la tramitación de la modificación puntual de un Plan Parcial, alegando incumplimientos sobre cuestiones originales del Plan Parcial ajenas al objeto de esta modificación puntual. El Ayuntamiento desoyó este informe y aprobó definitivamente el instrumento, por lo que la Demarcación interpuso recurso contra el acuerdo de aprobación, que fue desestimado por el TSJCV por los motivos indicados.

[Portugal]

Oposição à renovação contratual em contrato de utilização de espaço em mercado municipal

Acórdão n.º 7/2023 (Processo n.º 48/21.1BALSB) - STA

O presente acórdão do STA uniformizou a jurisprudência conflituante nos seguintes termos: "Um contrato de utilização de espaço em mercado municipal em que foi estipulada, no âmbito da autonomia contratual das partes, uma cláusula que atribui apenas a uma delas (o Operador do espaço/loja) o direito de se opor à renovação do contrato no termo do prazo ou das suas renovações, é interpretável no sentido de vedar à contraparte o exercício desse mesmo direito de oposição à renovação".

Ao fixar a jurisprudência nos termos supra referidos, o STA considerou não ser aplicável a contrato de utilização de espaço em mercado municipal o artigo 1080.º do CC, que estabelece a imperatividade do regime aplicável à resolução, à caducidade e à denúncia do arrendamento urbano, sustentando, alternativamente, a aplicabilidade do regime especial constante do artigo 1110.º, n.º 1, do CC, que, por sua vez, vincula o regime da duração, denúncia e oposição à renovação contratual, à vontade das partes. A posição assumida pelo STA encontra o seu fundamento na natureza especial do regime do arrendamento para fins não habitacionais, com acolhimento, desde logo, no próprio preceito do artigo 1080.º do CC, cuja parte final "salvo disposição legal em contrário" admite a não imperatividade do regime quando a lei assim o determine. Ora, não só o contrato de utilização de espaço em mercado municipal é um contrato atípico, tal como é referido pelo STA, como não se encontra abrangido pelo regime imperativo aplicável à oposição à renovação de contratos de arrendamento urbano.

Assim, prevalecendo a vontade das partes, e em face de estipulação contratual que admite apenas a uma das partes o direito de se opor à renovação, concluiu o STA neste acórdão uniformizador de jurisprudência (i) pela licitude da atribuição do direito de oposição à renovação apenas a uma das partes contratuais, e (ii) que essa atribuição resulta da correta interpretação da cláusula em análise, à luz dos cânones consagrados no Código Civil.

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

Segregación de local y venta a la comunidad de propietarios para destinar a zona común

Resolución de 25 de octubre de 2023 (BOE 21 de noviembre de 2023)

Se suspende la inscripción de la compraventa de una porción segregada de un local en un edificio en régimen de propiedad horizontal a dicha comunidad de propietarios (con el fin de destinarlo a zona común), por entender que la comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica, por lo que no puede ser titular de bienes inmuebles, y que la transformación de una parte de un elemento privativo en elemento común debe articularse a través del oportuno acuerdo de afectación y conversión en elemento común.

La DGSJyFP destaca que la nueva redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria posibilita la práctica de anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal y también admite que sean titulares registrales: "[...] *cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones*". En la misma línea, admite el acceso registral de bienes a su favor en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios, esto es, la culminación del proceso con la adjudicación. No obstante, la DGSJyFP entiende que las anteriores situaciones y, en general, la inscripción de bienes a favor de una comunidad de propietarios debe reputarse como una situación excepcional, pues no es su finalidad ser titulares permanentes de bienes, y debe considerarse como una situación de tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a los copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común.

Finalmente, la DGSJyFP concluye que, al carecer de personalidad jurídica la comunidad de propietarios, no puede inscribirse a su nombre la porción segregada del local como elemento privativo, pero aprecia que la comunidad de propietarios en cuestión aprobó unánimemente la transformación y afectación del elemento privativo segregado en un elemento común con la consiguiente modificación del título constitutivo de la comunidad de propietarios, por lo que ordena su inscripción como tal elemento común.

Escritura de "cartas de pago y cancelación de hipotecas" sin intervinientes posteriormente ratificada por el acreedor

Resolución de 27 de noviembre de 2023 (BOE 19 de diciembre de 2023)

Se autoriza sin intervinientes una escritura de "*cartas de pago y cancelación de hipotecas*" por parte de un notario que la autorizaba actuando por él y ante él. En dicho documento se expone que determinada entidad de crédito, habiendo recibido el principal, otorga cartas de pago y, en consecuencia, se cancelan totalmente las hipotecas. Nada se dice, no obstante, sobre la intervención o representación de la entidad de crédito, salvo una diligencia por la que el notario afirma haber remitido copia a un segundo notario, a los efectos de su ratificación. A través de dicha ratificación —entiende el notario autorizante— la entidad de crédito presta su conformidad.

La registradora suspende la inscripción solicitada en tanto que (i) el notario no puede actuar de oficio en el otorgamiento de las escrituras públicas, excepto en los casos legalmente fijados, entre los cuales no se encuentra la cancelación de hipoteca; (ii) el documento no es una escritura de consentimiento de cancelación a efectos del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, pues en él no existe parte contractual alguna a que se refiere el artículo 176 del Reglamento Notarial, y (iii) con respecto a la escritura de ratificación habría una falta de congruencia en el juicio de suficiencia efectuado por el segundo notario, que considera bastante el poder "*para el otorgamiento de la presente escritura de préstamo hipotecario*", tratándose el documento ratificado de una escritura de carta de pago y cancelación de hipotecas.

La DGSJyFP confirma los tres defectos y añade que, según lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Notarial, "*las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases*". La DGSJyFP subraya que en el presente supuesto la escritura no es otorgada por el acreedor ni contiene un negocio cancelatorio, sino que se limita a una exposición de hechos unida a una declaración de voluntad ajena que realiza el notario sin la preceptiva rogación previa del sujeto interesado (artículo 3 del Reglamento Notarial), sin que pueda quedar tal omisión suplida por una posterior ratificación. Finalmente, la DGSJyFP recalca la necesidad de existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título, que no se aprecia en el caso analizado.

9 de enero de 2024

Laboral y
Seguridad Social

Laboral y Seguridad Social*

9 de enero de 2024

1. Legislación

[Portugal]

Retribuição mensal mínima garantida – Atualização

Decreto-Lei n.º 107/2023, de 17 de novembro (DR Série I, de 17 de novembro de 2023)

A retribuição mínima mensal garantida para os trabalhadores a tempo completo foi aumentada, em Portugal continental, de € 760,00 para € 820,00 com efeitos a 1 de janeiro de 2024.

Subsídio de desemprego – Benefício excecional, vítimas de violência doméstica e outras alterações

Decreto-Lei n.º 113/2023, de 30 de novembro (DR Série I, de 30 de novembro de 2023)

O Decreto-Lei n.º 113/2023, de 30 de novembro, veio, por um lado, estabelecer uma medida excecional de incentivo ao regresso ao trabalho para desempregados de longa duração (i.e., em situação de desemprego há mais de 12 meses), através da possibilidade de cumulação do subsídio de desemprego com rendimentos de trabalho, quando, cumulativamente:

i. por meio de aceitação da oferta de emprego apresentada pelo IEFP, ou por meios próprios, celebrem contratos de trabalho a tempo completo: (a) sem termo, (b) a termo certo, com duração inicial igual ou superior a 12 meses, ou (c) a termo incerto, com duração previsível igual ou superior a 12 meses; e

ii. a retribuição do trabalho seja inferior à remuneração de referência do subsídio de desemprego (sem prejuízo da eventual atualização deste montante pelo limiar de valorização salarial definido no artigo 19.º-B, n.º 3, do EBF). A atribuição do benefício cessa sempre que a retribuição paga ao trabalhador ultrapasse este limite.

* 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).

O Decreto-Lei em apreço define as percentagens de atribuição do subsídio de desemprego durante o período de cumulação, que variam em função da modalidade de contrato celebrado, bem como do mês do período de concessão a que respeita:

i. nos contratos sem termo: a percentagem varia entre os 65%, 45% e 25%, decrescendo ao longo do período de concessão (que se inicia no 13.º mês de atribuição do subsídio);

ii. nos contratos a termo certo e incerto: a percentagem é de 25% desde o 13.º mês de atribuição do subsídio, a menos que o contrato se converta em contrato sem termo, caso em que se passarão a aplicar as percentagens previstas para aquele tipo de contrato.

O benefício apenas pode ser usado uma vez por cada beneficiário; em todo o caso, não há cessação do benefício nos casos em que o trabalhador celebre um novo contrato de trabalho, de qualquer natureza ou modalidade, nos cinco dias úteis seguintes ao da data de término do contrato imediatamente anterior, e ainda não se tenha esgotado o período de concessão do subsídio de desemprego.

Por outro lado, o diploma estipula o alargamento do subsídio de desemprego aos trabalhadores titulares do estatuto de vítima de violência doméstica que denunciem os contrato de trabalho, bem como aos trabalhadores independentes economicamente dependentes e aos trabalhadores independentes com atividade empresarial que sejam titulares daquele estatuto e venham a cessar os contratos de prestação de serviços ou a atividade profissional, respetivamente.

Finalmente, este diploma veio ainda proceder a algumas alterações pontuais aos regimes de proteção em situação de desemprego, das quais se destacam as seguintes:

i. Trabalhadores independentes economicamente dependentes: a entidade contratante passa a ter de disponibilizar informação sobre a cessação involuntária do contrato de prestação de serviço, através de formulário próprio no sítio de internet da Segurança Social, no prazo de cinco dias úteis a contar da data da cessação do contrato.

ii. Responsabilidade pelo pagamento das prestações de desemprego: passa a prever-se que, nas situações em que a cessação do contrato de trabalho por acordo teve subjacente a convicção do trabalhador, criada pelo empregador, (i) de que a empresa se encontra em processo de reestruturação, viabilização ou recuperação da empresa, ou, ainda, em situação económica difícil (cf. artigo 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro) ou (ii) se encontram preenchidas as condições previstas no n.º 4 daquele preceito (i.e., que o acordo foi celebrado como alternativa a um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho e que o empregador se encontrava dentro dos limites ali estabelecidos – vulgo, regime de "quotas de desemprego") e tal não se venha a verificar, o empregador apenas fica obrigado, perante a Segurança Social, ao pagamento do montante correspondente às prestações de desemprego efetivamente pagas ao trabalhador (quando anteriormente se previa que o empregador ficava obrigado à totalidade do período de concessão da prestação inicial de desemprego).

Este Decreto-Lei entrou em vigor no dia 1 de dezembro de 2023.

Programa Avançar – Alterações

Portaria n.º 390/2023 de 23 de novembro (DR Série I, de 23 de novembro de 2023)

A Portaria n.º 390/2023, de 23 de novembro ("Portaria 390/2023"), altera a Portaria 187/2023, de 3 de julho, que criou o Programa Avançar, introduzindo duas modificações relevantes ao programa.

Por um lado, é atualizado o valor da remuneração mínima a atribuir aos trabalhadores, de € 1.330,00 para um valor igual ou superior ao nível remuneratório de entrada de um licenciado na carreira geral de técnico superior na Administração Pública (i.e., a partir de 2024, € 1.385,99).

Por outro lado, é criada uma nova categoria de majoração dos apoios financeiros concedidos às entidades empregadoras ao abrigo do Programa Avançar. Assim, os apoios à contratação quando esteja em causa um posto de trabalho numa empresa *startup* ou *scaleup*, nos termos definidos pela Lei n.º 21/2023, de 25 de maio, são majorados em três vezes o valor do IAS (que corresponde a € 509,26, a partir de 1 de janeiro de 2024).

A Portaria em apreço entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2024.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

La sucesión de empresa puede existir en un caso de transmisión de una notaría

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 16 de noviembre de 2023

En este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") analiza si la Directiva 2001/23, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad ("Directiva"), puede aplicarse en caso de transmisión de una notaría.

Para determinar si existe transmisión, el TJUE afirma, en primer lugar, que las actividades que desempeñan los notarios españoles están comprendidas en el concepto de actividad económica incluido en la Directiva. Ello porque, aunque son funcionarios públicos y actúan con un objetivo de interés general, su actividad no implica el ejercicio de prerrogativas de interés público.

En segundo lugar, el TJUE establece que el hecho de que el notario pase a ser titular de una notaría por causa de su nombramiento por el Estado, y no de un contrato celebrado con el anterior titular de dicha notaría, no excluye por sí solo la existencia de transmisión. De hecho, existe transmisión de la función pública notarial que ejercía el anterior titular.

Asimismo, el TJUE detalla que la actividad de la notaría depende principalmente de la mano de obra que emplea, de modo que puede mantener su identidad tras su transmisión si el nuevo titular se hace cargo de una parte sustancial de la plantilla en número y competencias, permitiéndole así continuar las actividades de la notaría. Así pues, si tras el cambio de titular se sigue manteniendo la identidad de la notaría, extremo que deberá determinar el órgano jurisdiccional remitente considerando todas las circunstancias pertinentes, la Directiva será aplicable al supuesto.

Es posible que los Estados miembros limiten temporalmente el aplazamiento del derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido y no ejercido por una enfermedad de larga duración

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 9 de noviembre de 2023

En este caso, el TJUE analiza si aquellos trabajadores que han estado de baja por enfermedad durante más de un año pueden solicitar al empresario los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados durante la baja o una compensación económica por ellos, tras haber denegado la empresa sus solicitudes.

El derecho a vacaciones anuales retribuidas tiene una doble finalidad: permitir que el trabajador descanse de la ejecución de tareas que le incumben según su contrato de trabajo y que disponga de un período de ocio y esparcimiento. Según el TJUE, corresponde a los Estados miembros establecer los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, precisando las circunstancias concretas en las que los trabajadores pueden hacer uso de dicho derecho y limitando, en su caso, su aplazamiento cuando ello sea necesario para no desvirtuar su finalidad. En este sentido, el TJUE no se opone a disposiciones o prácticas nacionales que limiten la acumulación del derecho a vacaciones anuales retribuidas por un periodo de aplazamiento a cuya expiración se extingan esos derechos.

A falta de una disposición nacional que establezca un límite temporal expreso al aplazamiento de derecho a vacaciones anuales retribuidas, deben estimarse las solicitudes.

En caso de nulidad del despido, el trabajador readmitido tendrá derecho a las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por el periodo comprendido entre el despido y la readmisión, aunque ya haya recibido una compensación económica

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 12 de octubre de 2023

El TJUE establece que es irrelevante, a efectos del derecho a vacaciones anuales retribuidas, que en virtud de la normativa nacional se haya abonado al trabajador una compensación financiera cuya cuantía se corresponde con el salario medio que dicho trabajador percibía, puesto que la finalidad de dicho abono no es otra que la de compensar al trabajador por la retribución no percibida como consecuencia del despido ilícito. El abono de una compensación de carácter financiero no se configura como una excepción al derecho de disfrute de las vacaciones anuales retribuidas.

Este criterio responde a la doble finalidad que atribuye la Sala al derecho a las vacaciones anuales retribuidas, que consiste en permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y en que disponga de un periodo de ocio y esparcimiento, por otra.

El despido colectivo en empresas sin representación legal de los trabajadores no exige que el empresario consulte individualmente a los trabajadores afectados

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Séptima, de 5 de octubre de 2023

El TJUE, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Bucarest, precisa los aspectos procedimentales concernientes al derecho de información que corresponde a los trabajadores en el marco de un despido colectivo cuando la empresa afectada no cuenta con representación legal de los trabajadores. En este contexto, la Sala declara que las disposiciones de la Directiva 98/59/CE no imponen al empresario la obligación de consultar individualmente a los trabajadores afectados por un proyecto de despido colectivo, dado que, por una parte, los intereses de los trabajadores individualmente considerados pueden no estar en consonancia con los intereses de los trabajadores considerados en su conjunto y, por otra parte, los trabajadores individualmente considerados carecen de legitimidad para intervenir en nombre de los trabajadores en su conjunto.

En consecuencia, la Directiva 98/59 no impone al empresario la obligación de consultar individualmente a los trabajadores afectados por un proyecto de despido colectivo cuando estos no hayan designado representantes de los trabajadores, y tampoco obliga a dichos trabajadores a designarlos cuando por motivos ajenos a su voluntad no hayan podido nombrarlos, sin perjuicio de garantizar la plena eficacia de las disposiciones de esa Directiva.

[España]

El derecho a la reducción de jornada por guarda legal de un menor no permite alterar el régimen de trabajo a turnos que venía realizando la persona trabajadora

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de noviembre de 2023

En este caso, el Tribunal Supremo ("TS") debe determinar si el derecho a la reducción de jornada por guarda legal de un menor del art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores ("ET") permite, o no, que la reducción se proyecte sobre el sistema de trabajo a turnos de una trabajadora, de manera que pase a realizar su jornada en un único turno cuando venía realizándola en turnos alternos de mañana y tarde.

El TS niega que los arts. 37.6 y 7 ET ofrezcan dudas interpretativas y explica que otorgan a la persona trabajadora el derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con el único límite de que la reducción se comprenda "*dentro de su jornada ordinaria*". Según el TS, el término jornada

ordinaria hace referencia a la que efectivamente viene desarrollando la persona trabajadora, de manera habitual, dentro de los límites establecidos legal o convencionalmente.

Así pues, en el caso concreto, la reducción debe producirse sin alterar el régimen de trabajo a turnos que venía realizando la trabajadora y que constituía característica específica de su jornada ordinaria, pues la previsión del art. 37.6 ET no comprende la posibilidad de variar el régimen ordinario de la jornada ni la modificación unilateral del sistema de trabajo a turno.

Asimismo, el TS establece que la negativa de la empresa a aceptar la reducción de jornada con cambio del sistema de trabajo a turnos resulta fundada y razonable, ya que consta en los hechos probados que la demandada arguye razones organizativas y productivas conectadas con el hecho de que la aceptación de la pretensión implicaría una descompensación del personal.

El plus de transporte tiene naturaleza salarial cuando se abona sin que exista desplazamiento o traslado por parte del trabajador

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de octubre de 2023

En este caso, el TS analiza si el plus de distancia o transporte regulado en un convenio colectivo tiene carácter salarial o extrasalarial, y si procede la compensación y absorción de ese complemento.

Al respecto, el TS recuerda que el art. 26.1 ET contiene una presunción *iuris tantum* de que todas las cantidades percibidas por el trabajador del empresario son salario y que la carga de la prueba en contrario corresponde a quien alegue el carácter extrasalarial de una percepción.

Asimismo, el TS establece que el plus de distancia o transporte tiene naturaleza extrasalarial cuando compensa al trabajador por los gastos de desplazamiento realizados como consecuencia de su actividad laboral, y que la causa del abono de este plus es la generación de un gasto de desplazamiento que se produce por el hecho de prestar servicios laborales. Por ello, cuando no exista desplazamiento o traslado, se tratará de un complemento salarial, ya que no compensará unos gastos inexistentes.

Finalmente, el TS declara que en este caso el plus de transporte es salarial, ya que lo reciben todos los trabajadores de dos grupos profesionales en una cantidad fija mensual, los doce meses del año, incluso en las pagas extras, y cotiza a la Seguridad Social. Así pues, cabe aplicar la compensación y absorción con el incremento del salario mínimo interprofesional.

Los delegados de prevención del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco pueden acumular entre sí el crédito horario que les corresponde

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

En este caso, el TS analiza si, a pesar de no existir mención expresa en el convenio colectivo aplicable, los delegados de prevención del organismo público demandado pueden acumular entre sí el crédito horario que les corresponde.

El art. 37.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales se remite, en materia de garantías, al art. 68 ET, de manera que los delegados de prevención disponen de los mismos derechos, garantías y prerrogativas que los representantes legales de las personas trabajadoras. Puesto que el art. 68 e) ET permite a la negociación colectiva establecer la acumulación del crédito horario entre los distintos integrantes de los órganos de representación unitaria de las personas trabajadoras, esa misma previsión debe ser igualmente aplicable a los delegados de prevención.

Por ello, el TS establece la equiparación de estas figuras y concluye que la omisión de los delegados de prevención en el convenio colectivo no puede interpretarse en el sentido de negarles el derecho a acumular entre sí el crédito horario, sino en favor de su reconocimiento.

Cuando el despido es improcedente y la empresa opta por el pago de la indemnización, no procede el abono de salarios de tramitación, salvo que se haya acudido a la vía de la ejecución provisional

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

El TS analiza en esta ocasión un caso en el que, en primera instancia, el despido se declaró nulo y, por lo tanto, se condenó a la empresa a readmitir a la trabajadora y a abonar los salarios dejados de percibir, pero que, posteriormente, en segunda instancia, el Tribunal Superior de Justicia ("TSJ") calificó el despido como improcedente, optando la empresa por el pago de la indemnización en lugar de la readmisión.

Más concretamente, el TS debe resolver si, en virtud de los arts. 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 56 ET, cuando la empresa opta por la indemnización, debe pagar también los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que se produjo la efectiva readmisión de la trabajadora tras la declaración de nulidad del despido en primera instancia.

Al respecto, el TS establece que la declaración de improcedencia prevista por el legislador comprende la disyuntiva entre la readmisión con el abono de los salarios dejados de percibir o la extinción del contrato con abono de una indemnización, y que este segundo parámetro no abarca la figura de los salarios de tramitación. En todo caso, el TS afirma que la vía para peticionar los salarios devengados durante la tramitación del recurso, cuando la sentencia combatida declara la nulidad del despido, es la del procedimiento de la ejecución provisional.

La apropiación indebida de productos sin ser abonados por la trabajadora de un supermercado es motivo suficiente para calificar el despido como procedente si así se prevé en el régimen disciplinario del convenio colectivo aplicable

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

La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consistía en determinar si la apropiación indebida de productos sin ser abonados por la trabajadora de un supermercado es motivo suficiente para calificar el despido como procedente si así se prevé en el régimen disciplinario del convenio colectivo aplicable o si, por el contrario, debe ser calificado el despido como improcedente por aplicación de la teoría gradualista, dado el escaso valor de los productos sustraídos.

La Sala determina que la apropiación indebida de productos sin ser abonados por la trabajadora de un supermercado es motivo suficiente para calificar el despido como procedente si así se prevé en el régimen disciplinario del convenio colectivo aplicable y que no debe ser calificado el despido como improcedente tomando en cuenta, exclusivamente, el escaso valor de los productos sustraídos.

La relación entre la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía y su gerente provincial no debe considerarse como especial de alta dirección, sino como común

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

En este caso, el TS recuerda las características del contrato de alta dirección y afirma que no hay relación laboral especial por el mero ejercicio de determinadas funciones directivas, pues el ámbito de este singular contrato no puede ser objeto de una interpretación extensiva.

En este sentido, el TS establece que la suscripción de un contrato especial de alta dirección no determina su verdadera naturaleza, sino que ha de estarse al verdadero contenido de las funciones asumidas, y concluye que ni las competencias realmente desempeñadas ni la regulación aplicable al gerente provincial de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía permiten encauzar su prestación de servicios por la relación laboral especial de alta dirección.

Por lo tanto, la cláusula contractual que ampara el libre desistimiento no es válida, de modo que la decisión empresarial ha de calificarse como despido improcedente.

El impago de un número elevado de cuotas una vez extinguida la relación laboral es motivo suficiente para la resolución de un contrato de préstamo

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

De los hechos probados se desprende que el trabajador abonaba puntualmente las cuotas mensuales del préstamo durante la vigencia de la relación laboral, para dejar inmediatamente de pagarlas desde el momento mismo del cese y mantenerse desde entonces de manera ininterrumpida

en esa situación. Como agravantes se destacan los siguientes: (i) que no aceptó el ofrecimiento de la empresa para abrir alguna clase de negociación para la refinanciación de la deuda; (ii) que hizo caso omiso a la propuesta que le fue ofertada a tal efecto; (iii) que ni tan solo ha intentado abonar o consignar las cuotas impagadas; y (iv) que no hay evidencias de que la empresa pudiera haberse negado a admitir el pago voluntario de las cuotas vencidas. Adicionalmente, el trabajador no alega o invoca ninguna causa que pudiere justificar mínimamente sus impagos.

En ese contexto, el Tribunal Supremo determina que no es exigible a la empresa ninguna otra actuación adicional y previa al ejercicio de la acción resolutoria (artículo 1124 del Código Civil), una vez que ya ofreció al trabajador las distintas opciones que contempla el convenio colectivo, sin que por parte de ese trabajador se manifestara la menor intención de atender el pago de las cuotas vencidas y no satisfechas, o, al menos, de renegociar de alguna manera una posible refinanciación de los préstamos.

Es procedente el despido objetivo de un trabajador, aunque se haya contratado en fechas próximas a un trabajador que ha acabado asumiendo, entre otras, las funciones del primero

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

En este recurso de casación, lo que se cuestiona es si es conforme a derecho el despido objetivo del director económico financiero de una compañía en el que han quedado acreditadas las causas económicas, pero en el que en fechas próximas anteriores a su despido se ha contratado a un trabajador que ha acabado asumiendo, entre otras, las funciones que desarrollaba el trabajador despedido y, con posterioridad, se ha despedido a varios trabajadores por las mismas causas.

El Tribunal Supremo se sirve de las circunstancias del caso para recordar que al órgano judicial no le corresponde hacer un juicio de oportunidad sobre la gestión empresarial, estando la función judicial dirigida al análisis de la legalidad de la causa que justifica el despido, la razonable adecuación entre las causas y la medida, y la apreciación de posibles vulneraciones de derechos fundamentales o, en su caso, de actuaciones fraudulentas o contrarias al principio de buena fe.

Por lo expuesto, habiendo quedado acreditado que la actualización de la causa económica afecta al puesto de trabajo del actor, sin que concurra vulneración de derecho fundamental alguno y sin que exista ningún elemento de hecho que permita sostener con una mínima base indiciaria que en lugar de una amortización de un puesto de trabajo lo que se ha pretendido es sustituir un empleo por otro, la Sala considera que la decisión extintiva aquí analizada no es una mera sustitución anticipada de un trabajador por otro, sino una reorganización de recursos humanos que se sitúa en el ámbito de actuación empresarial como manifestación de su libertad de gestión.

La interrupción de la prestación del teletrabajo como consecuencia de determinadas situaciones ajenas a la voluntad del trabajador no debe ser objeto de recuperación o de merma del salario

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

La Ley 10/2021, de trabajo a distancia, establece en su artículo 4 que las personas que desarrollen trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa.

El TS clarifica las condiciones en las que se desarrolla el teletrabajo y confirma que las empresas no podrán computar como tiempo de descanso los tiempos de desconexión que respondan a incidentes ajenos a la voluntad de la persona trabajadora, como cortes en el suministro de luz o electricidad, ni tampoco el tiempo necesario para acudir al aseo o atender necesidades fisiológicas.

A la vista de la previsión legal es indudable, y así lo refiere la Sala, que la interrupción de la prestación del teletrabajo como consecuencia de determinadas situaciones ajenas a la voluntad del trabajador no debe ser objeto de recuperación o de merma del salario, habida cuenta de que el tratamiento de las condiciones laborales del personal que presta servicios mediante el teletrabajo no pueden ser de peor condición que las del trabajo presencial. Por consiguiente, los trabajadores afectados por cortes de luz o electricidad no deben recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia. Del mismo modo, el tiempo que dedica el trabajador a la atención de necesidades fisiológicas no debe tratarse como tiempo de descanso y, por tanto, debe computarse de forma separada del resto de las pausas contempladas en el convenio colectivo de aplicación, en atención a su distinta naturaleza.

Las extinciones contractuales de mutuo acuerdo que surgen de la iniciativa del empresario en el contexto de una reducción global de plantilla computan a los efectos del despido colectivo

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

A través de este pronunciamiento, la Sala confirma una línea interpretativa que ya había iniciado en la STS de 22 de junio de 2023. Queda pendiente, no obstante, la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Baleares.

La Sala entiende que la finalidad del establecimiento de un procedimiento de despido colectivo responde a la necesidad de garantizar que las extinciones de contratos de trabajo que se producen en un determinado periodo de tiempo se sometan a un procedimiento específico de control, supervisión y negociación con los representantes de los trabajadores cuando la pérdida de empleo supera el límite de esos umbrales que fija la propia normativa. Por lo tanto, deben incluirse las extinciones que pudieren plasmarse en el mutuo acuerdo de las partes, pero que han surgido sin duda a iniciativa del empresario por enmarcarse en el contexto de una reducción global de plantilla en el que se ofrece a los trabajadores la voluntaria posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en determinadas condiciones.

[Portugal]

Justa causa de resolução – Assédio laboral – *Mobbing*

Acórdão de 7 de novembro de 2023 (Processo n.º 2687/22.4T8FAR.E1) - Tribunal da Relação de Évora

O Acórdão em apreço foi proferido no contexto de uma ação intentada por uma trabalhadora ("Autora") para o reconhecimento da justa causa na resolução do contrato de trabalho que mantinha com a sua entidade empregadora ("Ré"), fundamentada na prática de assédio moral (*mobbing*) desta contra a Autora, e consequente pedido de indemnização por danos não patrimoniais.

Em primeiro lugar, o Tribunal apreciou a questão da exceção de caducidade do direito de resolução do contrato de trabalho — invocada pela Ré —, que deve ser exercido no prazo de 30 dias a contar do conhecimento do facto que motiva a justa causa de resolução (conforme decorre do 395.º, n.º 1, do Código do Trabalho). A este respeito, salientou o Tribunal que, nas situações de carácter continuado ou duradouro que se agravam com o decurso do tempo, o prazo de 30 dias só se conta a partir do momento em que a atuação do empregador assume uma gravidade tal que torna intolerável a subsistência da relação laboral para o trabalhador, pelo que, no caso concreto, o direito da Autora não teria caducado (apesar de estado de baixa médica no período de 13.06.2021 a 21.09.2021, e ter comunicado a resolução do contrato de trabalho por carta expedida a 18.10.2021).

Com efeito, demonstrou-se que a Autora foi vítima de um comportamento global de assédio praticado pela Ré, que culminou num quadro de ansiedade generalizada e baixa médica a partir de 13.06.2021, tendo havido necessidade de recurso a tratamento medicamentoso até início de 2022 e, para além disso, a Autora foi ainda alvo de marcação inopinada de férias a partir de 22.09.2021, sem qualquer consulta. Por conseguinte, o Tribunal considerou que a carta de resolução enviada a 18.10.2021 se encontrava dentro do prazo de 30 dias.

Em segundo lugar, o Tribunal debruçou-se sobre a existência de justa causa na resolução do contrato por iniciativa da Autora, recordando, desde logo, que o assédio moral, proibido pelo artigo 29.º do Código do Trabalho, exige a verificação de três requisitos, os quais, no caso vertente, estariam todos reunidos: (i) a prática de comportamentos hostis, humilhantes ou vexatórios; (ii) a reiteração destes comportamentos; e (iii) consequências na saúde física e psíquica da Autora e sobre o seu emprego.

Os comportamentos da Ré traduziram-se, nomeadamente, em insultos e comentários depreciativos constantes (nomeadamente, críticas à forma de vestir e à conduta da Autora enquanto mãe); borrifadelas com uma mistura de água e vinagre junto ao posto de trabalho da Autora; a já mencionada marcação unilateral de férias; e, ainda, na violação do regime de horário flexível aplicável à Autora.

Com este enquadramento, o Tribunal da Relação de Évora concluiu que os comportamentos descritos, associados às consequências na saúde da Autora, violaram o núcleo essencial da sua dignidade pessoal e profissional, constituindo essa violação justa causa de resolução do contrato,

conforme prescrito no artigo 394.º, n.º 2, als. b) e f) do Código do Trabalho, e deu ainda por procedente o pedido de condenação da Ré no pagamento à Autora de uma indemnização por danos não patrimoniais sofridos.

Subsídio de doença (cessação por saída não autorizada da residência) – Inconstitucionalidade

Acórdão de 21 de novembro de 2023 (Processo n.º 578/2023) – Tribunal Constitucional

O acórdão reporta-se a um recurso de um trabalhador que peticionou, no âmbito de um processo contra o Instituto da Segurança Social, I.P., a declaração de inconstitucionalidade do artigo 24.º, n.º 2, al. *a*), do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro ("DL 28/2004"), segundo a qual "*o direito ao subsídio de doença cessa quando o beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência de residência, sem autorização médica expressa*". Discutia-se, em particular, a possibilidade de esta norma restringir o direito ao subsídio de doença e, consequentemente, o direito fundamental à segurança social, previsto no artigo 63.º da Constituição da República Portuguesa.

Em concreto, o trabalhador veio defender judicialmente a inconstitucionalidade da norma com fundamento (i) na inexistência de um interesse constitucionalmente protegido que servisse de fundamento à restrição; e (ii) na violação do princípio da proporcionalidade presente no artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

Na sua resposta, o Tribunal Constitucional rejeitou o primeiro argumento do trabalhador por concluir que o interesse constitucional da norma em questão resulta do próprio artigo 63.º da Constituição, na medida em que do mesmo se retira que incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social, o que implica, necessariamente, garantir a eficiência e sustentabilidade financeira do sistema público da Segurança Social.

Apesar disto, o Tribunal Constitucional considerou que a norma em questão viola o princípio da proporcionalidade, na vertente do subprincípio da necessidade, considerando que o legislador poderia ter concebido medidas alternativas menos gravosas e com um nível de eficácia semelhante (por exemplo, ao invés de um sistema de "*cessação total do subsídio de doença, logo na primeira situação de inobservância*", poderia ter sido concebido um sistema gradativo, em que se verificasse apenas a perda parcial do subsídio ou, por outro lado, a convocação para uma avaliação médica extraordinária).

Em suma, o Tribunal Constitucional deu procedência ao recurso de constitucionalmente interposto e julgou a norma sob análise inconstitucional, na interpretação segundo a qual o direito ao subsídio de doença cessa quando o beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa, com fundamento na violação do princípio da proporcionalidade.

9 de enero de 2024

Marítimo, Transporte y Logística

Marítimo, Transporte y Logística*

9 de enero de 2024

1. Legislación

[Unión Europea]

Transporte marítimo

Reglamento de ejecución (UE) 2023/2599 de la Comisión de 22 de noviembre de 2023 por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la gestión de las empresas navieras por las autoridades responsables de la gestión con respecto a una empresa naviera. (DOUE Serie L, de 23 de noviembre de 2023)

La Directiva 2003/87/CE, modificada por la Directiva (UE) 2023/959 del Parlamento Europeo y del Consejo, contempla la inclusión de las emisiones procedentes del transporte marítimo en el régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión ("RCDE de la UE"). Con el fin de reducir la carga administrativa para las empresas navieras, prevé que cada una de ellas dependa de un Estado miembro que será el responsable de la gestión de la empresa naviera en cuestión.

Para facilitar la aplicación del RCDE de la UE, la organización o persona que haya asumido la responsabilidad de las obligaciones del RCDE de la UE debe proporcionar información sobre los buques bajo su responsabilidad a su autoridad responsable de la gestión con respecto a una empresa naviera, con los requisitos del Reglamento y la normativa de desarrollo.

Reglamento delegado (UE) 2023/2917 de la Comisión de 20 de octubre de 2023 relativo a las actividades de verificación, la acreditación de los verificadores y la aprobación de los planes de seguimiento por parte de las autoridades responsables de la gestión de conformidad con el Reglamento (UE) 2015/757 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de gases de efecto invernadero

* 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).

procedentes del transporte marítimo, y por el que se deroga el Reglamento Delegado (UE) 2016/2072 de la Comisión (DOUE Serie L, de 29 de diciembre de 2023)

El Reglamento establece disposiciones relativas a la evaluación de los planes de seguimiento, verificación de los informes de emisiones y de los datos agregados sobre emisiones a nivel de empresa, estableciendo los requisitos en cuanto a competencias y procedimientos.

Especifica los métodos de acreditación de los verificadores por parte de los organismos nacionales de acreditación y las normas sobre el intercambio de información, así como las normas sobre la aprobación de los planes de seguimiento y sus modificaciones por parte de las autoridades responsables de la gestión.

Las disposiciones de este Reglamento resultan de aplicación desde el 1 de enero de 2024.

[España]

Navegación marítima y aérea

Real Decreto 1124/2023, de 19 de diciembre, por el que se desarrollan medidas en los ámbitos de la navegación marítima y aérea, la meteorología y el dominio público radioeléctrico para atender a los compromisos derivados de la celebración de la XXXVII Copa América en Barcelona (BOE 304 de 21 de diciembre de 2023)

El real decreto tiene por objeto la adopción de diversas medidas para atender las necesidades y los compromisos derivados de la organización y celebración de la XXXVII Copa América en Barcelona, en los ámbitos concretos de la navegación marítima, incluido el tráfico portuario, la navegación aérea, la meteorología y el dominio público radioeléctrico.

Se creará una zona de exclusión permanente para la navegación de buques de arqueo bruto igual o superior a 500 (GT) y, entre otras medidas, se aprobará un sistema de emergencias marítimas que deberá ser aprobado por la Capitanía Marítima de Barcelona, que será la entidad encargada de tomar las medidas y actos necesarios para coordinar a las distintas Administraciones públicas con competencias en materia de navegación marítima y tráfico portuario.

El uso del espacio aéreo necesario para facilitar el vuelo de las aeronaves asociadas al desarrollo de las regatas quedará supeditado al cumplimiento de las condiciones que correspondan. Serán los Ministerios de Defensa, del Interior, y de Transportes y Movilidad Sostenible, este último a través de Enaire, los que adoptarán, conjunta o separadamente, las medidas necesarias para la salvaguarda del espacio aéreo afectado.

En cuanto al dominio público radioeléctrico, la entidad organizadora, equipos participantes o cualesquiera personas o entidades públicas o privadas que presten temporalmente servicios relacionados con la organización y la celebración de la XXXVII Copa América Barcelona podrán solicitar el otorgamiento de los títulos habilitantes para uso privativo de frecuencias destinadas a cubrir las necesidades de radiocomunicaciones propias del acontecimiento.

2. Jurisprudencia

[España]

Contrato de transporte terrestre de mercancías. Responsabilidad del cargador

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.ª, de 26 de julio de 2023

En su sentencia n.º 937/2023, de 26 de julio, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria confirma que, en aplicación de los artículos 20 y 21 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, el cargador (demandante) debe asumir la responsabilidad derivada de la incorrecta carga y estiba interna de la mercancía en el propio contenedor.

Al contrario que la sentencia de primera instancia, la Sala recoge los argumentos del porteador (demandado y recurrente) para determinar que la causa del siniestro reside en la existencia de espacios entre la mercancía cargada dentro del contenedor y sus puertas, sin que en ellas se utilicen palés o cualquier otra medida de trincaje o protección adicional.

Sentado lo anterior, la Audiencia Provincial señala que no debe imputarse al porteador aquellos daños que se originan fuera de su control. En este caso, con motivo de un acto u omisión del propio cargador (sin que sea preciso que se trate de un acto culposo) a la hora de realizar el embalaje, trincaje o estibado interno de la mercancía dentro del contenedor, obligaciones que forman parte de su ámbito de competencias de acuerdo con los artículos 20.1 y 21.1 del referido cuerpo legal.

Responsabilidad del transportista. Determinación del dolo

Sentencia n.º 696/2023 de la Audiencia Provincial de Toledo de 24 de julio de 2023

Esta resolución aborda un caso interesante sobre la determinación del dolo en relación con la responsabilidad del transportista en el cual la compañía aseguradora ejercitó una acción (que le fue cedida previamente) para obtener una indemnización por la pérdida de la mercancía en un transporte.

En el supuesto en cuestión, el transportista llegó con un día de antelación al almacén en el que debía entregar y descargar la mercancía. Estacionó en el *parking* de la compañía DHL y, durante la noche, el conductor abandonó el camión con las llaves puestas. Entonces se produjo un intento de robo cuyo resultado fue la rotura de la ventana del camión y la sustracción de la carta CMR que permitía el acceso a las instalaciones de DHL. En primera instancia se condenó a la trasportista al pago de una indemnización; sin embargo, la aseguradora considera que en el cálculo de esta no resulta de aplicación el límite indemnizatorio del artículo 23 del CMR por existir culpa equiparable al dolo por parte del transportista.

Para determinar la existencia de dolo, el Tribunal trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige la determinación de manera objetiva de la consciencia del causante acerca del riesgo de producción de un daño sobre la mercancía objeto del transporte, para concluir que, en este caso, no puede derivarse la existencia de dolo, dado que la llegada del transportista con un día de antelación se debió al tráfico variable en transportes internacionales y la carta CMR fue sustraída o perdida sin que la parte actora haya podido acreditar en qué momento se produjo. Así, no es posible afirmar que en la falta de diligencia por parte transportista hubiera habido esa "*conciencia acerca del riesgo de producción del daño*".

9 de enero de 2024

Medio Ambiente

Medio Ambiente*

9 de enero de 2024

1. Legislación

[Unión Europea]

Promoción de la 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 responde a la necesidad de acelerar la eficiencia energética debido al contexto económico y social a nivel global, con el objetivo a largo plazo de lograr un sistema energético en la Unión Europea que no dependa de terceros países.

Entre las principales novedades de la Directiva destaca el aumento del compromiso de los Estados miembros en cuanto a la cuota de energía del consumo final bruto que deberá proceder de fuentes renovables, que pasa de un 32 % a un 42,5 % en 2030, debiendo procurar llegar hasta un 45 %. En este sentido, se fijan distintos objetivos temporales para que los Estados miembros celebren acuerdos para el establecimiento de proyectos conjuntos destinados a la producción de energía renovable.

Además, las autoridades competentes de los Estados miembros deben elaborar planes que señalen las *zonas de aceleración renovable*, esto es, zonas especialmente adecuadas para instalar plantas de energía renovable. La inclusión de proyectos renovables en estas zonas conllevará ciertas ventajas, como plazos de tramitación reducidos o la concesión de las autorizaciones oportunas mediante silencio administrativo positivo (con la excepción de la autorización administrativa de explotación y los proyectos sometidos a EIA).

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús Sedano Lorenzo, y en su elaboración han colaborado 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).

Por último, en cuanto a los combustibles renovables de origen no biológico, la Directiva establece nuevos objetivos para su uso como energía final y no energética: fija objetivos del 42 % en 2030 y del 60 % en 2035. Asimismo, se amplía la definición de combustibles renovables de origen no biológico a cualquier uso, eliminando la limitación al sector del transporte.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Emisiones de gases de efecto. Resoluciones del Consejo de Ministros. Confidencialidad

Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de noviembre de 2023 (as. C-84/22)

La High Court (Tribunal Superior de Irlanda) suspendió el procedimiento por el que se resolvía la denegación de la solicitud de una organización irlandesa sin ánimo de lucro al Gobierno irlandés para el acceso a todos los documentos relativos a las deliberaciones del Consejo de Ministros sobre las emisiones de gases de efecto invernadero de Irlanda mantenidas en reuniones celebradas entre 2002 y 2016. El Tribunal Superior de Irlanda planteó al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales.

En la primera cuestión prejudicial, el Tribunal Superior de Irlanda plantea si las actas de las reuniones oficiales del poder ejecutivo de un Estado miembro deben calificarse de *comunicaciones internas* o *procedimientos* de las autoridades públicas en el sentido, respectivamente, del artículo 4, apartado 1 [párrafo primero], letra e), y apartado 2, letra a), de la Directiva 2003/4, que recogen las excepciones relativas a la posibilidad de denegación de las solicitudes de información medioambiental.

El Tribunal de Justicia considera que la excepción establecida en el artículo 4, apartado 1, párrafo primero, letra e) de la Directiva para las *comunicaciones internas* abarca la información que circula en el seno de una autoridad pública y que, en la fecha de solicitud de acceso a dicha información, no haya abandonado la esfera interna de tal autoridad, en su caso tras haber sido recibida por esta, y siempre que no haya sido o no debiera haber sido puesta a disposición del público antes de dicha recepción. Del mismo modo, la excepción establecida en el artículo 4, apartado 2, párrafo primero, letra a) para los *procedimientos de las autoridades públicas* solo abarca la información intercambiada en el marco de las fases finales de los procesos de toma de decisiones de las autoridades públicas claramente designados como procedimientos con arreglo al derecho nacional y respecto de los cuales ese derecho establece una obligación de confidencialidad. Queda excluida la aplicación acumulativa de las excepciones anteriores, debido a que la segunda disposición prevalece sobre la primera.

En la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal Superior de Irlanda plantea si el principio de fuerza de cosa juzgada se extiende más allá de la parte dispositiva o el fallo de una sentencia y alcanza también a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en dicha sentencia.

Al respecto, el Tribunal de Justicia entiende que el artículo 6 de la Directiva 2003/4, a la luz de los principios de equivalencia y de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que el principio de fuerza de cosa juzgada impide a una persona que ha obtenido, en una primera sentencia, la anulación de una resolución por la que se denegó su solicitud de acceso a información medioambiental formular, en el marco de un litigio entre las mismas partes sobre la legalidad de una segunda decisión relativa a la misma solicitud de acceso, una alegación basada en la infracción del artículo 4 de la Directiva 2003/4, cuando tal alegación ha sido desestimada en la primera sentencia, sin que ello aparezca en el fallo de esta y, ante la ausencia del recurso que hubiera podido interponer el solicitante de acceso, dicha sentencia ha adquirido firmeza. No obstante, en la medida en que las normas procesales internas aplicables lo autoricen, un órgano jurisdiccional nacional debe permitir a esa persona formular la referida alegación para que se restablezca, en su caso, la conformidad de la situación controvertida en el litigio principal con la normativa de la Unión.

[España]

Dominio público hidráulico. Daños por vertidos. Sanción

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

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Confederación Hidrográfica del Júcar (la "CHJ") contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que dejó sin efecto la sanción y la obligación de indemnización por daños causados al dominio público hidráulico que se impusieron al ayuntamiento de Pego por los vertidos procedentes de unos edificios que estaban en uso sin que se hubiera producido la recepción formal de las obras de urbanización.

La cuestión que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si resulta precisa la recepción de las obras de urbanización, entre las que se incluyen las referidas a las instalaciones de saneamiento y depuración, para que el ayuntamiento sea considerado responsable de los vertidos de aguas residuales procedentes de una urbanización sita en el término municipal o, por el contrario, si la no recepción de tales obras de urbanización puede ser causa de exoneración de dicha responsabilidad.

El Tribunal Supremo concluye a favor de la responsabilidad del ayuntamiento de Pego por los mencionados vertidos.

Así, el Tribunal Supremo recuerda que, conforme a la normativa urbanística, está prohibido utilizar los edificios antes de concluir la obra de urbanización y la implantación de los correspondientes servicios básicos. En este sentido, los ayuntamientos están obligados a constatar que la urbanización ejecutada está concluida conforme a las previsiones de planeamiento y la autorización de

vertidos de la Administración hidráulica, momento a partir del cual podrán utilizarse los servicios que las obras de urbanización comportan.

No obstante lo anterior, con frecuencia se produce la ocupación y la utilización de edificaciones sin la previa ejecución y recepción de la urbanización, o con la urbanización recibida tácitamente por la Administración local. En dichos casos, aunque los vertidos son imputables en puridad a quien utiliza ilegalmente las edificaciones, el ayuntamiento incumple sus deberes urbanísticos y, por extensión, expresa una actitud tolerante y pasiva hacia las infracciones. En este sentido, las Administraciones locales son responsables directos de los vertidos (no por culpa *in vigilando*) por su pasividad al permitir la ocupación de edificaciones que carecen de los requisitos urbanísticos necesarios (de saneamiento y depuración).

Por último, el Tribunal Supremo señala que son las Administraciones locales las titulares de las autorizaciones o concesiones de vertidos urbanos otorgadas por las Administraciones hidráulicas, asumiendo frente a estas últimas la responsabilidad de que se cumplan las condiciones impuestas en la autorización o concesión.

Explotación porcina. Autorización administrativa. Impugnación

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de septiembre de 2023

La Sala estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ayuntamiento de Torrejoncillo del Rey contra la Resolución de la Consejería de Desarrollo Sostenible de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra una Resolución de la Viceconsejería de Medio Ambiente por la que se otorga a una mercantil la autorización ambiental integrada para una explotación porcina ubicada en Cuenca (la "AAI" y la "Resolución Impugnada", respectivamente).

El ayuntamiento formula una serie de motivos de impugnación, de entre los que destacan (i) la caducidad de la declaración de impacto ambiental (la "DIA") en que se basó la AAI; (ii) la infracción del artículo 35.1.c) y punto 4 del anexo VI de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación de Impacto Ambiental (la "LEIA"); y (iii) la infracción del artículo 8.1.c) y d) la Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación de Impacto Ambiental en Castilla-La Mancha (la "LEIAC").

La Sala desestima el primero de los motivos anteriores y declara que la DIA no está caducada. Con apoyo en su sentencia de 6 de julio de 2020, la Sala realiza una interpretación conjunta de los artículos 15.4 y 15.6 de la LEIAC y concluye que el plazo de caducidad solo opera cuando el promotor ha comunicado a la Administración autonómica que ha iniciado la ejecución del proyecto. Al no ser el caso en el presente supuesto, la Sala desestima dicho motivo formal.

En cuanto a los dos siguientes motivos, la Sala estima que, para examinar la viabilidad ambiental del proyecto al que alude la Resolución Impugnada, es relevante analizar los "*efectos acumulativos y sinérgicos*" del referido proyecto (según lo ha declarado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 30 de enero de 2014, rec. 211/2020, y de 13 de julio de 2015, rec. 3507/2013) —lo que se refiere al conocimiento y evaluación de todas aquellas situaciones en las que se acumulen accio-

nes sobre un mismo territorio que afectasen o pudiesen ocasionar daños irreparables al medio ambiente—.

Con base en lo anterior, la Sala concluye que la Resolución Impugnada no valoró las "*sinergias y los efectos acumulativos del proyecto sometido a evaluación ambiental con el resto de la actividad porcina en esa misma zona*". A los efectos del artículo 35 de la LEIA, la decisión de la Administración ambiental es insuficiente si no se desprende o exterioriza que se tomaron en cuenta los efectos acumulativos y sinérgicos del proyecto.

Así sucedió en el caso enjuiciado, en el que (i) la AAI finalmente concedida (que fue confirmada por la Resolución Impugnada) se basó en una evaluación ambiental que no tuvo en cuenta el resto de las granjas porcinas existentes en la zona (de las que era titular la misma mercantil titular de la AAI ahora analizada) ni la gestión compartida de los residuos de estiércol entre esas granjas, sin que se hubiera realizado un estudio acumulativo de la incidencia que el nuevo proyecto pudiera tener en el medio ambiente; y (ii) la Administración autonómica no se apoyó en ningún estudio o informe para demostrar que, al momento en que se concedió la AAI, no se iba a afectar a los acuíferos o manantiales de agua existentes, especialmente los destinados al consumo humano, excluyendo cualquier riesgo de contaminación del subsuelo y de las aguas por nitratos destinadas a consumo humano de poblaciones limítrofes.

Por todo ello, la Sala concluye que la DIA debió realizar un análisis de los riesgos acumulados o sinérgicos del proyecto con la totalidad de la actividad porcina en esta zona. Su ausencia supone una omisión que desnaturaliza el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (dado que se trasladó a la AAI finalmente concedida). Tal ausencia no permite, de forma adecuada, "*preservar de forma integral los intereses ecológicos concurrentes en esa zona*". Por tanto, la Sala anula la Resolución Impugnada, incluyendo la AAI concedida.

Derecho de información pública

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

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por una sociedad frente a una sentencia parcialmente estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo del Principado de Asturias que, al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno ("Ley 19/2013"), concedió a una plataforma vecinal acceso a la información del expediente sobre una industria extractiva de la sección C.

La recurrente considera que el acceso concedido a la plataforma vecinal vulnera sus intereses económicos y comerciales, el secreto empresarial y los datos de carácter personal de los trabajadores que realizan tareas en la explotación.

El Tribunal Supremo comienza señalando que la Ley 19/2013 y otras normas aplicables (como la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente) amparan la solicitud de

información pública de la plataforma vecinal para vigilar la incidencia que dicha industria tendrá en el medio ambiente de la zona y, en su caso, oponerse a su implantación. El Tribunal Supremo sostiene que, en última instancia, el acceso concedido a la información permite controlar la regularidad de la actuación administrativa tendente a autorizar la industria.

Así, el Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia, de acuerdo con la cual el hecho de que confluya un interés privado en la solicitud de acceso a la información pública no es óbice para apreciar que dicha solicitud tiene encaje en la Ley 19/2013. En este sentido, la Sala subraya que "*la defensa del medio ambiente es una finalidad legítima que puede protegerse y la solicitud de información sobre la actividad empresarial que incida sobre el mismo no puede considerare abusiva con carácter general*".

Asimismo, la Sala argumenta que no vulnera la libertad de empresa la solicitud de información pública sobre la incidencia que la actividad empresarial tendrá en el medio ambiente de una zona, puesto que "*ni el acceso a la información pública implica en principio un ataque a la misma, ni la actividad empresarial es ajena a un control y escrutinio público, pues las empresas han de operar dentro de la legalidad y están sujetas a los controles administrativos a los que se someten las actividades industriales con incidencia en el medio ambiente*".

Por último, el Tribunal Supremo entiende que la posibilidad de limitar el acceso a la información cuando suponga un perjuicio para "*los intereses económicos y comerciales*" exige que tales perjuicios sean invocados y acreditados por la entidad que los alega. Además, estos perjuicios han de ponderarse en relación con los intereses en juego (interés público e intereses particulares) cuando la intención sea obstaculizar el total acceso a la información o en los casos de limitaciones parciales.

9 de enero de 2024

Mercantil

Mercantil*

9 de enero de 2024

1. Legislación

[Unión Europea]

Punto de acceso único europeo. Información financiera y no financiera

Reglamento (UE) 2023/2859 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, por el que se establece un punto de acceso único europeo que proporciona un acceso centralizado a la información disponible al público pertinente para los servicios financieros, los mercados de capitales y la sostenibilidad (DOUE de 20 de diciembre de 2023)

El acceso sencillo y estructurado a los datos es importante para que los responsables de la toma de decisiones, los inversores profesionales y minoristas, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones sociales y medioambientales, así como otras partes interesadas en el ámbito económico y en la sociedad, adopten decisiones de inversión fundadas, con conocimiento de causa y responsables desde el punto de vista ambiental y social que contribuyan al funcionamiento eficiente del mercado.

A tal fin, este reglamento tiene por objeto mejorar el acceso público a la información financiera y no financiera de las entidades, como las sociedades, las empresas y las entidades financieras. Un medio eficaz de hacerlo a escala de la Unión es mediante el establecimiento —a más tardar el 10 de julio de 2027— de una nueva plataforma centralizada denominada PAUE o punto de acceso único europeo, que dará acceso público electrónico a toda la información pertinente para los servicios financieros, los mercados de capitales y la sostenibilidad.

* 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.

Contratos de servicios financieros celebrados a distancia. Nuevas normas y obligaciones

Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE (DOUE de 28 de noviembre de 2023)

La presente directiva, con efectos a partir del 19 de junio de 2026, tiene por objeto aumentar el nivel de protección del consumidor en los contratos de servicios financieros celebrados a distancia. Para ello, se modifica la Directiva 2011/83/UE, sobre los Derechos de los Consumidores, en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia, añadiendo nuevas obligaciones de información sobre los comerciantes y, con ciertos requisitos, un derecho de desistimiento en favor de los consumidores que queden vinculados por contratos a distancia. Además, mediante esta norma se deroga la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

[España]

Instituciones de inversión colectiva. Finanzas sostenibles

Real Decreto 816/2023, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio (BOE de 9 de noviembre de 2023)

Tiene por objeto completar las reformas establecidas en la Ley del Mercado de Valores y en la Ley Crea y Crece para impulsar el capital riesgo y la inversión colectiva como medios de financiación empresarial alternativa a la bancaria. El Real Decreto 816/2023 facilita también el desarrollo de las finanzas sostenibles al establecer que las sociedades gestoras de fondos deban tener en cuenta los riesgos de sostenibilidad de forma transversal en sus actividades.

CNMV. Potestades y facultades administrativas

Real Decreto 815/2023, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, en relación con los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la cooperación con otras autoridades y la supervisión de empresas de servicios de inversión (BOE de 9 de noviembre de 2023)

El Real Decreto 815/2023 tiene por objeto desarrollar la Ley 6/2023, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, en concreto el régimen jurídico de las potestades y facultades administrativas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). En particular, esta norma regula la actuación de la CNMV en relación con los registros oficiales, la cooperación y el

intercambio de información con otras autoridades competentes y la aplicación de la supervisión prudencial de las empresas de servicios de inversión.

Instrumentos financieros. Representación de valores negociables

Real Decreto 814/2023, de 8 de noviembre, sobre instrumentos financieros, admisión a negociación, registro de valores negociables e infraestructuras de mercado (BOE de 9 de noviembre de 2023)

Tiene por objeto el desarrollo de la Ley 6/2023, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, en las siguientes materias: instrumentos financieros, representación de valores negociables por medio de anotaciones en cuenta, admisión a negociación de valores en mercados regulados, ofertas públicas de venta o suscripción y folleto exigible a tales efectos, compensación, liquidación y registro de valores negociables, y régimen jurídico de los centros de negociación, límites a las posiciones en derivados sobre materias primas, entidades de contrapartida central y depositarios centrales de valores.

Este real decreto simplifica el proceso de admisión a negociación de valores de renta fija y se eliminan determinadas obligaciones de información redundantes en el proceso de compensación y liquidación de valores. De esta forma, se alinea la regulación nacional con la normativa comunitaria y la de los países de nuestro entorno.

Empresas de servicios de inversión. Régimen de supervisión prudencial

Real Decreto 813/2023, de 8 de noviembre, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (BOE de 9 de noviembre de 2023)

Tiene por objeto establecer el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, desarrollando lo dispuesto en la Ley 6/2023, de 17 de marzo, respecto de este tipo de empresas y de los proveedores de servicios de suministro de datos. En concreto, este real decreto establece, conforme a la normativa europea, un régimen de supervisión prudencial adaptado a las empresas de servicios de inversión, teniendo en cuenta las particularidades de su modelo de negocio y aplicando el principio de proporcionalidad.

Así las cosas, el real decreto recoge el marco en el que las empresas de asesoramiento financiero nacional podrán seguir prestando servicios sin pasaporte con requisitos financieros específicos. El objetivo es preservar la función que desempeñan estas empresas, poniendo en valor el asesoramiento y servicio especializado que prestan.

[Portugal]

Fixação temporária da prestação de contratos de crédito para aquisição ou construção de habitação própria permanente

Decreto-Lei n.º 91/2023, de 11 de outubro (DR 197, Série I, de 11 de outubro de 2023)

O Decreto-Lei n.º 91/2023, de 11 de outubro ("DL 91/2023"), vem, de forma a mitigar o impacto da subida dos indexantes de referência utilizados para definir a componente variável da taxa de juro aplicável a contratos de crédito para aquisição ou construção de habitação própria permanente, estabelecer uma medida de fixação temporária das prestação de contratos de crédito para a aquisição ou construção de habitação e reforçar as medidas e apoios extraordinários no âmbito dos créditos à habitação.

Deste modo, o DL 91/2023 cria uma medida, excecional e temporária, que permite reduzir a prestação paga pelos mutuários de crédito à habitação e estabilizá-la pelo prazo de dois anos.

Assim, os mutuários de contratos de crédito para aquisição, construção ou obras em habitação permanente, contratados com uma taxa de juro variável, ou que, tendo sido contratados a taxa de juro mista, se encontrem em período de taxa de juro variável, podem determinar a revisão da prestação, fixando o respetivo valor naquele que resultar da aplicação do indexante que corresponder a 70% da Euribor a 6 meses.

A diferença entre a prestação que devia ser paga nos termos do contrato e aquela que resulta da fixação da prestação à taxa de 70% da Euribor a 6 meses, é paga posteriormente, podendo ser amortizada antecipadamente, sem qualquer comissão ou encargo para o mutuário.

Sendo de salientar que o montante diferido, ou seja, a diferença entre a prestação devida nos termos contratualmente estabelecidos e o valor da prestação fixada que é diferido, vence juros.

A aplicação da medida implica que seja feito um pedido pelos mutuários à instituição até 31 de março de 2024, sendo que após a receção do pedido, as instituições apresentam aos mutuários, no prazo de 15 dias: (i) a estimativa do montante diferido; (ii) plano de reembolso do montante diferido; e (iii) a comparação entre a aplicação das duas taxas.

As instituições procedem à revisão da prestação do contrato de crédito, fixando o respetivo valor naquele que resultar da aplicação do indexante que corresponder a 70% da taxa da Euribor a 6 meses, acrescido do *spread* previsto contratualmente, mantendo-se inalteradas as demais condições do contrato de crédito, designadamente o prazo e a periodicidade da revisão da taxa de juro prevista contratualmente.

Este regime aplica-se a contratos de crédito para aquisição ou construção de habitação própria permanente, ou contratos de crédito para a realização de obras em habitação própria permanente, garantidos por hipoteca e que preencham os seguintes requisitos, à data do pedido:

i. tenham sido celebrados até 15 de março de 2023;

ii. tenham sido contratos com taxa de juro variável;

iii. tenham um prazo remanescente superior a 5 anos;

iv. não estejam em mora ou incumprimento de prestações pecuniárias;

v. os mutuários não se encontrem em situação de insolvência; e

vi. não se encontrem abrangidos por plano de ação para o risco de incumprimento ou procedimento extrajudicial de regularização de situações de incumprimento.

Quanto à duração, a medida da fixação da prestação aplica-se às prestações que se vençam nos 24 meses seguintes à data da aceitação.

Alteração regulamentação do funcionamento do sistema componente nacional do TARGET (TARGET-PT)

Instrução n.º 25/2023, de 17 de novembro de 2023 - BdP

Após a publicação no JOUE da Orientação (UE) 2023/2415 do BCE, de 7 de setembro de 2023, que altera a Orientação (UE) 2022/912 relativa a um sistema de transferências automáticas transeuropeias de liquidação por bruto em tempo real de nova geração (TARGET) (BCE/2022/8) (BCE/2023/22), o BdP procedeu, com a presente Instrução n.º 25/2023, de 17 de novembro de 2023 (a "Instrução"), à alteração da Instrução n.º 16/2022, de 17 de outubro de 2022, que tinha implementado a Orientação (UE) 2022/912 do BCE, de 24 de fevereiro de 2022 (BCE/2022/8) ("Instrução 2022").

No uso da sua competência estabelecida pelo artigo 14.º da Lei Orgânica do BdP (Lei n.º 5/98 de 31 de janeiro de 1998), o BdP publica a presente Instrução regulando o funcionamento do sistema nacional componente do TARGET ("TARGET PT"), alterando a Instrução 2022, entre outros, para:

i. Clarificação da utilização por participantes e terceiros das marcas comerciais ligadas aos serviços Target (artigo 3.º da Instrução 2022);

ii. Imposição da não abertura de outras contas para além das contas TARGET aos participantes elegíveis para participar no TARGET aplicável a partir do momento de início de funcionamento do sistema de gestão de ativos de garantia do Eurosistema (*Eurosystem Collateral Management System - ECMS*) (Artigo 9.º da Instrução 2022);

iii. Introdução de medidas de mitigação para potenciais falhas de ligação dos Bancos Centrais ao TARGET (Artigo 19.º/6 e 31.º/ 1-A, da Instrução 2022);

iv. Clarificação das características das partes contactáveis designadas pelos sistemas periféricos que utilizam o TARGET *Instant Payment Settlement* ("TIPS") (Artigo 7.º/1 do Anexo I da Instrução 2022);

v. Implementação da Solução de Contingência, obrigatoriamente, a partir de 21 de março de 2025 (artigo 19.º/4 da Instrução 2022), obrigatória para todos os participantes considerados de importância primordial pelo Banco de Portugal e para os participantes que liquidem transações muito críticas; e

vi. Alteração do preçário das taxas aplicáveis aos titulares de contas de numerário dedicadas do serviço de TIPS (Secção 6 do apêndice VI da Instrução 2022), sendo aplicáveis a partir de 1 de janeiro de 2024.

A Instrução entrou em vigor a 20 de novembro de 2023.

2. Jurisprudencia

Escritura de constitución de una sociedad. Retribución de administradores

Resolución de 5 de diciembre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 27 de diciembre de 2023)

En los estatutos de la sociedad recurrente se dispone que el cargo de administrador será retribuido y su remuneración podrá ser dineraria o en especie, y consistir en uno, varios o todos los conceptos que se enumeran (cantidad fija anual, dietas por asistencia a las reuniones del consejo de administración, participación en beneficios, una retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, entrega de acciones, una indemnización por cese —siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador— y el abono por la sociedad de los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos). Y se añade que "*corresponderá a la Junta General la determinación del concreto sistema o sistemas retributivos a percibir por los administradores, así como la concreción de los indicadores, parámetros o referencias a aplicar en los respectivos sistemas de retribución, los cuales permanecerán vigentes en tanto no se apruebe su modificación por la propia Junta General*".

El registrador fundamenta su negativa a la inscripción de tal disposición estatutaria en que, a su juicio, no cumple los requisitos de la Ley de Sociedades de Capital porque no determina el sistema de retribución, sino que deja al arbitrio de la junta general la elección de alguno o varios de los conceptos previstos en los estatutos.

Para la DGSJFP, los estatutos deben establecer claramente el concreto sistema de retribución de los administradores, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre ellas o cualquier otro sistema que se desee establecer.

La DGSJFP confirma, por tanto, la calificación impugnada, pues los estatutos establecen que corresponderá a la junta general determinar el sistema o los sistemas concretos de retribución de los administradores.

Nombramiento de auditor

Resolución de 28 de noviembre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 19 de diciembre de 2023)

De la hoja registral de una sociedad de responsabilidad limitada resulta la inscripción del nombramiento de un auditor para la verificación de las cuentas anuales de los ejercicios 2021, 2022 y 2023. Ahora se presenta en el Registro Mercantil copia del acta de junta general en la que, estando presentes el 100 % de los socios que representan la totalidad del capital social, acuerdan por mayoría, y con el voto en contra de un socio que representa el 33,33 % del capital social, la revocación de la designación del auditor entonces realizada para los ejercicios 2022 y 2023. El registrador rechaza la cancelación parcial de la inscripción del nombramiento de auditor, pues no cabe inscribir la revocación del auditor cuando ya ha transcurrido uno de los ejercicios para el que fue nombrado, toda vez que ello vulneraría el derecho que concede el artículo 265 de la LSC a los minoritarios.

La DGSJFP explica que, en relación con el ejercicio 2022, la revocación se lleva a cabo una vez transcurrido el plazo de tres meses a que se refiere el artículo 265.2 de la LSC. Ello supone un claro perjuicio para los socios que no han votado a favor del acuerdo, pues, no pudiendo haber ejercido su derecho a solicitar la designación de auditor al Registro Mercantil al existir entonces un auditor designado, resultan perjudicados por el acuerdo social que les ha privado de la posibilidad de ejercer su derecho.

En consecuencia, la DGSJFP confirma parcialmente la nota de calificación en cuanto a la revocación del cargo de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2022, pero no para las del ejercicio 2023, ejercicio que no está cerrado a la fecha de la adopción del acuerdo, por lo que no existe el perjuicio mencionado.

Nombramiento de administradora mancomunada

Resolución de 15 de noviembre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 4 de diciembre de 2023)

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible el acuerdo de nombramiento de una administradora mancomunada de una sociedad de responsabilidad limitada adoptado en junta general a la que los administradores no han asistido. Por un lado, el registrador fundamenta su negativa a la práctica de la inscripción en que, a su juicio, no cabe que los administradores, personas físicas, deleguen en un apoderado su deber de asistencia a la junta general, pues el artículo 180 de la LSC dispone de forma imperativa que los administradores deberán asistir a las juntas generales y la sentencia del Tribunal Supremo de 19 abril 2016 confirma que la asistencia de los administradores a las juntas generales forma parte de sus competencias orgánicas, por lo que no puede

ser objeto de delegación mediante representación. Por otro lado, los recurrentes alegan que los administradores nunca pretendieron estar representados en su condición de tales en la reunión de la junta, pues la ley no permite dicha representación, y que, si bien admiten que se produjo una infracción del artículo 180 de la LSC por parte de los administradores mancomunados, lo cual tiene consecuencias vía responsabilidad conforme al artículo 236 de dicha ley, ello no invalida los acuerdos adoptados por la junta general.

A este respecto, la DGSJFP afirma que la asistencia de los administradores a la junta general constituye un deber de estos, como representantes orgánicos de la sociedad, en el ámbito de unas competencias que no pueden ser objeto de delegación, ni siquiera mediante representación, en terceros que no están sujetos al régimen de obligaciones propio de los administradores ni, en consecuencia, a su régimen de responsabilidad. Así pues, al determinar las consecuencias que la inasistencia de los administradores a la junta general tiene sobre la validez de los acuerdos adoptados en esta, debe tenerse en cuenta que, como admite el Tribunal Supremo en la sentencia 255/2016, de 19 de abril, dicha ley no prevé expresamente y en todo caso la sanción de nulidad de la junta por inasistencia del órgano de administración. En esta línea, la DGSJFP concluye que la ausencia de los administradores sociales, como regla general, no puede ser considerada como causa de suspensión o nulidad de la junta general, puesto que ello supondría dejar al albur de los administradores la posibilidad de expresar la voluntad social a través de las juntas generales, ya que les bastaría con no asistir para viciarlas de nulidad. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en la que, en su caso, hayan podido incurrir los administradores, conforme al artículo 236 de la LSC, por infracción del deber legal impuesto en el artículo 180 de la misma Ley.

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

Depósito de cuentas. Traslado internacional del domicilio social

Resolución de 25 de octubre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 22 de noviembre de 2023)

El objeto del presente recurso consiste en determinar si pueden depositarse en el Registro Mercantil las cuentas anuales de una sociedad cuando en el momento de presentarse ya se había expedido la certificación para el traslado internacional del domicilio social. El recurrente basa su pretensión en que el artículo 20 del RRM no prevé nada sobre la imposibilidad de depositar las cuentas anuales mientras la hoja esté todavía abierta, a la espera de su cancelación, y en parecidos términos se pronuncian los artículos 101 a 103 de la Ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, que solo cierra el registro para nuevas inscripciones, pero no para el depósito de las cuentas anuales.

La DGSJFP indica que, al tratarse del traslado del domicilio social al extranjero de una sociedad española que se presentó en el Registro Mercantil el día 31 de marzo de 2023, su regulación es la contenida en la ya derogada Ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y, en concreto, a efectos formales de carácter registral, sus artículos 101 a 103, que determinan el siguiente *iter* temporal: al expedirse por el registrador la certificación que acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación española, se producirá el cierre del

registro; el traslado producirá sus efectos en la fecha en que la sociedad haya quedado inscrita en el nuevo registro competente; y la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil español tendrá lugar cuando se presente la certificación de su nueva inscripción y se hayan realizado las publicaciones previstas en el artículo 102 de la Ley 3/2009.

La DGSJFP desestima el recurso al entender que en el momento de presentarse para su depósito las cuentas anuales del ejercicio 2022 en el Registro Mercantil de Madrid, el día 27 de junio de 2023, ya se había practicado la inscripción de traslado en el Registro del Principado de Andorra, el 26 de junio de 2023, y la cancelación de la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil de Madrid se ha producido el día 2 de agosto de 2023. Por tanto, el registro competente para el depósito de las cuentas, en su caso, será el del Principado de Andorra.

En consecuencia, la Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Disolución y nombramiento de liquidador único de una sociedad anónima. Cierre de hoja registral

Resolución de 24 de octubre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 22 de noviembre de 2023)

Presentada la escritura por la que se elevaron a público los acuerdos sociales adoptados por la junta general de una sociedad anónima, por los que se acordaba la disolución de la sociedad y el nombramiento de un liquidador, fue objeto de calificación negativa por encontrarse la hoja de la sociedad cerrada como consecuencia de la baja en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. El designado recurre en alzada sin discutir el defecto señalado, limitando su escrito de recurso a poner de manifiesto la situación en que se coloca a los accionistas de la sociedad, lo injusta que es la medida porque impide la obtención de la firma digital a efectos de realizar el pago de los impuestos atrasados y que, aun sin inscripción del cargo de liquidador, debería permitirse la inscripción a los solos efectos de obtener el citado certificado.

De acuerdo con el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, "*el acuerdo de baja provisional será notificado al registro público correspondiente, que deberá proceder a extender en la hoja abierta a la entidad afectada una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse ninguna inscripción que a aquélla concierna sin presentación de certificación de alta en el índice de entidades*". La disposición final duodécima de esta misma ley estableció el día 1 de enero de 2015 como fecha de su entrada en vigor, por lo que es de plena aplicación al supuesto. Dicha regulación se completa con la del artículo 96 del RRM, según el cual "*practicado en la hoja registral el cierre a que se refieren los artículos 276 y 277 del Reglamento del Impuesto de Sociedades, sólo podrán extenderse los asientos ordenados por la autoridad judicial o aquellos que hayan de contener los actos que sean presupuesto necesario para la reapertura de la hoja, así como los relativos al depósito de las cuentas anuales*".

A la luz de lo anterior, la DGSJFP acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Elevación a público de acuerdos sociales. Nombramiento de cargos

Resolución de 31 de octubre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 21 de noviembre de 2023)

Presentada en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de nombramiento de cargos de una sociedad anónima, adoptados con fecha 4 de mayo de 2023, es objeto de calificación negativa porque la convocatoria de la junta general ha sido llevada a cabo por un administrador con el cargo caducado y porque la hoja social se encuentra cerrada por falta de depósito de las cuentas anuales.

Respecto al primer defecto, del contenido del registro resulta que el administrador que lleva a cabo la convocatoria fue nombrado en fecha 23 de junio de 2003 por el plazo legal de cinco años, por lo que la duración de su mandato se extendió hasta el día 23 de junio de 2008. De conformidad con el artículo 221 de la LSC, el nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la Junta General siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior. Teniendo en cuenta lo anterior, la DGSJFP explica que, habiendo transcurrido con creces el plazo para la celebración de la junta general para la aprobación de las cuentas correspondientes a 2007, no cabe duda de la caducidad del cargo. Ahora bien, aun caducado el nombramiento del órgano de administración, debe entenderse que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y con el objetivo de evitar la acefalia de la sociedad, el órgano de administración funciona de hecho con facultades para convocar junta con la exclusiva finalidad de nombrar a los miembros del órgano de administración en términos similares a los establecidos en el artículo 171 de la LSC. Así lo entendió la Resolución de 7 de julio de 2021 en un supuesto, como el presente, en el que la convocatoria comprendía no solo la provisión del órgano de administración, sino también la propuesta de aprobación de las cuentas anuales de diversos ejercicios (circunstancia que la resolución citada consideró que no implicaba tacha de nulidad por ser un punto del orden del día de obligado cumplimiento para cada ejercicio, a lo que habría que añadir su imprescindible inclusión para levantar el cierre registral provocado, precisamente, por la falta de depósito de cuentas). La DGSJFP concluye que, si bien es cierto que la caducidad del cargo de administrador se produjo más de trece años antes de la convocatoria, al igual que ocurre con el supuesto del artículo 171 de la LSC, no existe límite temporal que impida considerar que el administrador con cargo caducado pueda llevar a cabo la convocatoria con el fin de realizar la provisión del órgano de administración. Por ello, la DGSJFP revoca el primer defecto y estima el motivo de recurso.

En cuanto al segundo defecto, la DGSJFP lo confirma e indica que el mandato normativo contenido en el artículo 282 de la LSC, así como en el artículo 378 y en la disposición transitoria quinta del RRM, no deja lugar a dudas: transcurrido más de un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro Mercantil el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas, no puede inscribirse documento alguno relativo a la sociedad mientras el incumplimiento persista, salvo las excepciones expresamente previstas, entre las que no se encuentra el nombramiento del órgano de administración.

En consecuencia, la DGSJFP acuerda estimar parcialmente el recurso.

Depósito de cuentas anuales de una sociedad de responsabilidad limitada

Resolución de 19 de octubre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 4 de noviembre de 2023)

Presentadas a depósito las cuentas anuales correspondientes a una sociedad de responsabilidad limitada, el registrador las califica negativamente al no coincidir la cifra de capital social reflejada en los documentos presentados con la que resulta del contenido del registro.

La cuestión de la calificación de la coincidencia de la cifra de capital social entre la que consta inscrita en el registro en la hoja abierta a la sociedad y la consignada en el balance que forma parte del contenido de las cuentas anuales (artículos 34 del Código de Comercio y 254 de la LSC) ha sido ya tratado por las Resoluciones de 28 de febrero de 2005, 23 de enero de 2006, 10 de diciembre de 2008, 17 de diciembre de 2012, 13 de mayo de 2013 y 13 de marzo de 2015. Esta última resolución señala que la única referencia que la normativa registral dedicaba a la calificación de los documentos contables se contiene en el artículo 368.1 del RRM, según el cual "*el Registrador calificará exclusivamente, bajo su responsabilidad, si los documentos presentados son los exigidos por la ley, si están debidamente aprobados por la junta general o por los socios, así como si constan las preceptivas firmas* (...)". Dicha regulación ha adquirido rango legal al ser incorporada en el artículo 280.1 de la LSC, omitiendo el término *exclusivamente*. Y es que, de acuerdo con la doctrina de la DGSJFP, aunque los términos literales del precepto reglamentario parecen restringir el examen a la faceta estrictamente formal, debe admitirse la extensión del análisis a ciertos aspectos materiales. En concreto, ha estimado procedente el rechazo del depósito cuando la cifra de capital consignada en las cuentas no coincida con la que figure inscrita en el Registro Mercantil. Esta doctrina se fundamenta en el hecho de que los registradores tienen que calificar bajo su responsabilidad la validez del contenido de los documentos presentados por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro (artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil). En definitiva, resultando de los asientos registrales una determinada cifra de capital que se presume exacta y válida y que resulta oponible a terceros, no puede accederse al depósito de unas cuentas que proclaman otro contenido, pues, de hacerlo así, se estarían distorsionando los derechos de información y publicidad que el depósito de las cuentas pretende.

En el caso de este expediente, la ampliación de capital se adoptó por decisión del socio único de fecha 15 de octubre de 2021, elevada a escritura pública el día 15 de noviembre de 2021 e inscrita en el Registro Mercantil el 18 de noviembre de 2022. La DGSJFP concluye que, cuando se presentan las cuentas anuales del ejercicio 2021 en febrero de 2023, ya constaba inscrito el aumento de capital social desde noviembre de 2022, por lo que es de plena aplicación la doctrina mencionada, máxime cuando la memoria no señala el motivo de la divergencia entre una y otra cifra de capital ni ofrece las explicaciones necesarias que conduzcan a la imagen fiel de la situación patrimonial.

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

Aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada

Resolución de 16 de octubre de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 4 de noviembre de 2023)

El objeto del presente recurso consiste en determinar si, inscrito en el Registro Mercantil un aumento de capital social mediante aportaciones dinerarias que conllevaba una prima de emisión, puede rectificarse como si se tratara de una inexactitud registral producida por un error en la certificación originaria, la cual se pretende sustituir más de un año después por otra, en base a la cual el aumento debería haber sido de 172 euros menos y la prima de 52.672 euros más, aportándose una nueva certificación bancaria.

La doctrina de la DGSJFP, plasmada entre otras en las Resoluciones de 2 de octubre de 2013, 23 de noviembre de 2015, 18 de abril de 2017, 5 de junio de 2019 y 7 de febrero de 2023, es clara al señalar que la sociedad no puede rebajar la cifra de capital social inscrita en perjuicio de terceros sin respetar los requisitos previstos en la Ley para la reducción de capital, ya sea por pérdidas (artículos 320 y siguientes de la LSC), por restitución de aportaciones (artículos 329 a 331) o por amortización de autocartera (artículos 140 y 141). Ello requiere, por tanto, el correspondiente acuerdo de reducción de capital social adoptado con los requisitos legales y con el sistema de protección de los acreedores que estime conveniente la junta general en función de la modalidad de reducción de que se trate.

Con base en lo anterior, la DGSJFP concluye que el título por el que se pretende la rectificación no puede limitarse a contemplar el interés del titular de ese negocio jurídico de constitución de sociedad o de aumento del capital social, sino que debe reunir los requisitos de protección de terceros previstos por el ordenamiento.

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

9 de enero de 2024

Procesal Civil

Procesal Civil*

9 de enero de 2024

1. Legislación

[Unión Europea]

Contratos de servicios financieros celebrados a distancia

Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE (DOUE de 28 de noviembre de 2023)

El pasado mes de noviembre se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023.

Esta nueva norma modifica la anterior Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, y deroga la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, con el fin de reforzar la protección de los consumidores en contratos de servicios financieros celebrados a distancia con motivo del rápido crecimiento de la evolución tecnológica. Sus principales novedades son:

i. Incorpora de forma expresa los requisitos de información precontractual que la empresa debe facilitar al consumidor con suficiente antelación, lo que, de acuerdo con el considerando 26 de la Directiva, parece entenderse que no puede entregarse "*de forma simultánea a la celebración del contrato a distancia ni a ninguna otra oferta correspondiente*".

ii. Regula las explicaciones adecuadas que se entregarán al consumidor de forma gratuita y antes de la celebración del contrato y que deberán incluir la información precontractual

* 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, Lara de Sousa Amorim, Marcos Rodrigo Henfling, Diego Sobejano Nieto, Beatriz Basterra Moreira, Kevin Rohira Abad, Lara Gómez Serna, Cristian Carbajales Neira, Carolina García Trapero, Valentina Pacella Garay, Carlos Francés Bataller, Laia Climet Sanchís, Víctor Motrel Martínez, Jorge Azagra Malo, Miguel Moratinos López, David García Martín, Adrián Segura Moreiras, Paula Caramés Rodríguez, Rubén Ruiz Pérez, Antonio Alexandre Marín Marín y Lisa Cubías Avilés, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Valencia).

obligatoria, las características esenciales del contrato propuesto (incluidos los posibles servicios accesorios) y los efectos específicos que pueda tener el contrato en el consumidor.

iii. Es especialmente novedoso que, dentro del régimen de las explicaciones adecuadas, la norma reconoce el derecho de los consumidores a solicitar intervención humana cuando está recibiendo la información a través de un *chatbot*.

iv. Trata de forma expresa el derecho de desistimiento en contratos a distancia, estableciéndose que el consumidor dispondrá con carácter general de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin necesidad de indicar el motivo ni penalización alguna. Este periodo se amplía a treinta días naturales en caso de contratos a distancia relacionados con pensiones personales.

v. Además, se regulan los efectos del pago realizado por el consumidor antes de ejercitar el derecho de desistimiento. En este sentido, se indica que cuando el consumidor ejerza el derecho de desistimiento solamente se le podrá exigir el pago de los servicios que el comerciante haya prestado realmente de conformidad con el contrato a distancia.

Además de estas disposiciones de carácter general, la norma también contiene una serie de reglas que pretenden aclarar la aplicación de otros textos legales reguladores de servicios financieros, como la Directiva de Distribución de Seguros o Solvencia II, con la finalidad de evitar solapamientos y aclarar cuál es la concreta obligación que debe cumplir la empresa.

Los Estados miembros tienen hasta el 19 de diciembre de 2025 para transponer la Directiva 2023/2673, y las disposiciones correspondientes serán de aplicación a partir del 19 de junio de 2026 (art. 2 de la Directiva).

[España]

Medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo

Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE de 20 de diciembre de 2023)

El 20 de diciembre se publicó el Real Decreto-ley 6/2023 por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

Su fin primordial es doble: contribuir al proceso de modernización y digitalización de la administración de justicia, adaptando la realidad judicial española al marco tecnológico contemporáneo, e implementar medidas de eficiencia procesal que contribuyan a la reducción de la litigiosidad y a la agilización de los procedimientos. Se exponen a continuación las principales novedades.

A. Novedades en materia de eficiencia digital y vistas telemáticas con relevancia en la jurisdicción civil

i. La regla general en la jurisdicción civil será la celebración de vistas telemáticas, siempre que las oficinas judiciales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.

Sin embargo, en las vistas cuyo objeto sea la audiencia, declaración o interrogatorio de partes, testigos o peritos, la exploración de un menor de edad, el reconocimiento judicial personal o la entrevista a persona con discapacidad, será necesaria la presencia física de la persona que haya de intervenir y, cuando esta sea una de las partes, la de su defensa letrada.

No obstante, si la persona que ha de intervenir en la vista reside en un municipio distinto de aquel en el que tenga su sede el tribunal, podrá solicitar (con antelación suficiente y, en todo caso, diez días antes del señalado para la actuación correspondiente) su comparecencia telemática, que el Tribunal podrá rechazar mediante resolución motivada.

Dicha comparecencia telemática se realizará desde la oficina judicial (o desde el Juzgado de Paz, si dispone de los medios técnicos necesarios) correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo. No obstante, cuando el juzgador, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, esta comparecencia podrá hacerse desde cualquier lugar, siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente (salvo que el declarante sea menor de edad o persona sobre la que verse un procedimiento de medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad, en cuyo caso la declaración por videoconferencia solo se podrá hacer desde una oficina judicial).

ii. Se prevé la retransmisión pública de los actos de juicio, vistas y otras actuaciones que, con arreglo a las leyes procesales, deban practicarse en audiencia pública, cuando se celebren con la participación telemática de todas las personas que intervengan en la vista. En todo caso, siempre que la ley procesal permita la restricción de la publicidad, el tribunal podrá acordar la no retransmisión.

iii. La vía telemática será el cauce general para todos los actos de comunicación procesal, salvo en el caso de personas físicas que no actúen representadas por procurador, quienes podrán elegir si se comunican en papel o por medios electrónicos.

Con el fin de conseguirlo, se crearán las denominadas sedes judiciales electrónicas, a través de las cuales se pueda acceder a distintos contenidos, también de nueva creación, tales como el Punto de Acceso General de la Administración de Justicia, el Expediente Judicial Electrónico o la Carpeta Justicia, cuyo objeto será el siguiente:

– El Punto de Acceso General de la Administración de Justicia será un portal orientado a los ciudadanos que ofrecerá, al menos, un servicio de consulta de expedientes en los que figure como parte en procedimientos judiciales y, en todo caso, la posibilidad de conocer y acceder a recibir las notificaciones de todos los órganos judiciales. Además, se prevé ofrecer a las personas jurídicas sistemas específicos en función de niveles de volumen de expedientes o de áreas de gestión.

– El Expediente Judicial Electrónico será el conjunto ordenado de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como de grabaciones audiovisuales, correspondientes a un procedimiento judicial. Se asignará un número de identificación general a cada expediente judicial electrónico, que será único e inalterable a lo largo de todo el proceso, permitiendo su identificación unívoca por cualquier tribunal u oficina del ámbito judicial. Podrán obtener una copia electrónica del expediente judicial electrónico todos aquellos que tengan derecho conforme a lo dispuesto en las normas procesales.

– La Carpeta Justicia será un servicio personalizado, que facilitará un servicio de consulta del estado de la tramitación, así como de acceso a todos los expedientes judiciales electrónicos en los que los ciudadanos sean parte.

En caso de procedimientos judiciales que no se hallen en soporte electrónico, se habilitarán servicios electrónicos de información que comprendan, al menos, el estado de la tramitación y el órgano judicial competente.

iv. La publicación de resoluciones y actos de comunicación que por disposición legal deban fijarse en tablón de anuncios, así como la publicación de los actos de comunicación procesal que deban ser objeto de inserción en el BOE o en el Boletín o Diario Oficial de la Comunidad Autónoma o de la provincia respectiva, serán sustituidas por su publicación en el Tablón Edictal Judicial Único previsto en el artículo 236 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Este Tablón Edictal Judicial Único será publicado electrónicamente por la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, en la forma en que se disponga reglamentariamente.

v. Se crearán organismos y mecanismos para asegurar la cooperación entre las administraciones con competencia en materia de justicia, y se dará desarrollo al Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad, como conjunto de instrucciones técnicas de obligado cumplimiento.

B. Novedades en materia de eficiencia digital en la jurisdicción civil

i. Procedimiento testigo y extensión de efectos de la sentencia

El Real Decreto-ley introduce el mecanismo del *procedimiento testigo* únicamente para aquellas demandas tramitadas por los cauces del juicio verbal en las que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación. Las reglas que se introducen son las siguientes:

– La suspensión del procedimiento posterior si, oídas las partes, el juzgado aprecia las siguientes circunstancias: si la demanda incluye pretensiones objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes, si no es necesario realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante, y si las condiciones generales de contratación cuestionadas en ambos casos son idénticas.

– El procedimiento testigo puede iniciarse de oficio o a instancia de parte en sus escritos rectores. El auto que acuerde la suspensión es recurrible en apelación con tramitación preferente.

– La tramitación del procedimiento testigo y sus recursos tendrá carácter preferente.

– Tras la firmeza de la sentencia dictada en el procedimiento testigo, el tribunal que conozca de la segunda demanda dictará providencia en la que indicará si considera procedente o no la continuación del procedimiento suspendido por haber sido resueltas o no todas las cuestiones planteadas en él en la sentencia del procedimiento testigo. El demandante en el procedimiento suspendido podrá solicitar en el plazo cinco días:

  • el desistimiento en sus pretensiones, en cuyo caso se dictará decreto para acordar el desistimiento sin condena en costas;

  • la continuación del procedimiento suspendido para que se resuelva sobre el fondo, en cuyo caso, si el tribunal hubiese expresado que era innecesario continuar el procedimiento y dicta una sentencia estimando íntegramente la parte de la demanda que coincida sustancialmente con lo que resuelto en el procedimiento testigo, se podrá ordenar que cada parte abone sus costas y las comunes por mitad; y

  • la extensión de los efectos de la sentencia dictada en el procedimiento testigo, de modo que se procederá a la ejecución de la sentencia sin necesidad de iniciar un procedimiento declarativo.

Se introduce también un incidente para solicitar la extensión de efectos de sentencias dictadas en procedimientos en los que se hayan ejercitado acciones individuales de condiciones generales de la contratación que sean firmes tras haber sido recurridas ante la Audiencia Provincial cuando concurran las siguientes circunstancias:

– que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo;

– que se trate del mismo demandado o quien le sucediera en su posición;

– que no sea preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante;

– que las condiciones generales de contratación tengan identidad sustancial con las conocidas en la sentencia cuyos efectos se pretenden extender; y

– que el órgano jurisdiccional sentenciador o competente para la ejecución de la sentencia cuyos efectos se pretende extender fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de la pretensión.

La parte condenada en el procedimiento previo podrá allanarse u oponerse a la solicitud, y el tribunal resolverá concretando la cantidad y podrá extender efectos en todo o en parte. Si no se cumpliese voluntariamente con la sentencia en el plazo de veinte días, se podrá instar la ejecución forzosa.

ii. Procedimientos verbales y ordinarios

Se tramitarán por los cauces del procedimiento ordinario las demandas en que se ejerciten acciones colectivas relativas a condiciones generales de la contratación (aunque las acciones de cesación ejercitadas en defensa de los intereses generales de los consumidores se seguirá tramitando por las reglas del juicio verbal) y aquellas cuya cuantía exceda de quince mil euros.

Se tramitarán como juicios verbales las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación, aquellas en que se ejerciten acciones relativas a la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, con independencia de la cuantía, aquellas en las que se ejercite la división de cosa común y aquellas cuya cuantía no exceda de quince mil euros.

iii. Actos procesales de comunicación

Las notificaciones electrónicas se convierten en la regla general. Se realizarán por medios electrónicos los actos de comunicación con aquellas personas obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia no representadas por procurador, incluso en el caso de primer emplazamiento o citaciones. Si en tres días el destinatario no ha accedido a su contenido, se publicará el emplazamiento o citación en el Tablón Edictal Único. Además, podrá practicarse la comunicación mediante entrega de la resolución en sede judicial si allí se personase el obligado.

En concreto, los actos procesales de comunicación que se lleven a cabo por medios electrónicos se podrán practicar:

– Mediante comparecencia en la "Carpeta Justicia" o correspondiente sede judicial electrónica, que ha de entenderse como el acceso, por la persona interesada o por su representante debidamente identificado, al contenido del acto de comunicación.

– A través de la dirección electrónica habilitada única prevista en la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

– Por otros medios electrónicos que se establezcan reglamentariamente y garanticen el ejercicio de las facultades y derechos previstos en el Real Decreto-ley.

Cuando la parte no representada por procurador no esté obligada a comunicarse electrónicamente con la Administración de Justicia, si se trata del primer emplazamiento o de una citación, se notificará por remisión a su domicilio o en forma telemática, pero en este último caso solo surtirá efectos si el destinatario la acepta voluntariamente.

Como novedad, la parte demandante debe señalar en la demanda cuantos datos conozca del demandado que puedan ser de utilidad para su localización (número de identificación fiscal, número de teléfono, dirección de correo electrónico, etc.).

iv. Práctica de prueba y actuaciones judiciales

Las novedades en materia de práctica de prueba y actuaciones judiciales son las siguientes:

– Todas las actuaciones que deban realizarse fuera del partido judicial donde radique la sede del tribunal que conozca del proceso se realizarán de forma telemática, siempre que las oficinas judiciales tengan los medios técnicos para ello.

Se exceptúan aquellos actos que tengan por objeto la audiencia, declaración o interrogatorio de partes, testigos o peritos, la exploración de un menor, el reconocimiento judicial personal o la entrevista de persona con discapacidad. Con todo, incluso en esos casos, se permitirá la celebración telemática bajo determinadas circunstancias.

– Los profesionales, peritos y testigos que intervengan por videoconferencia lo harán desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo, en el juzgado de paz de su domicilio o desde su lugar de trabajo. Es más, y como ya venía siendo habitual en algunos juzgados, en caso de que dispongan de medios adecuados para asegurar su identidad, podrán hacerlo desde cualquier lugar, siempre que el juez lo estime oportuno.

El uso de medios de videoconferencia para la práctica de prueba debe solicitarse con antelación suficiente y, en todo caso, diez días antes del señalamiento.

– Se modifica el plazo para la aportación de informes periciales en el procedimiento verbal cuando de forma justificada no sea posible su incorporación junto con la demanda o la contestación. Se prevé que podrá aportarse en los treinta días siguientes a la presentación de la demanda o de la contestación en el juicio verbal, salvo que el tribunal prorrogue este plazo cuando la naturaleza de la prueba pericial así lo exija y exista causa justificada.

– Tras la práctica de la prueba pericial judicial, el perito presentará su factura o minuta de honorarios, que se tramitará según las normas de las impugnaciones de tasaciones de costas por honorarios excesivos que proceda.

v. Recursos

El recurso de apelación se interpondrá directamente ante la Audiencia Provincial, en lugar de ante el Juzgado de Primera Instancia que conoció del asunto, y deberá acompañarse copia de la resolución impugnada.

No se podrá desistir del recurso de casación una vez señalado día para su deliberación, votación y fallo.

vi. Costas

En el recurso de apelación, se aplicarán las reglas del vencimiento objetivo para la condena en costas. En cuanto al recurso de casación, si este fuera íntegramente desestimado, se impondrán las costas al recurrente, salvo que la Sala aprecie circunstancias especiales que justifiquen otro pronunciamiento. Si fuese estimado total o parcialmente, no habrá condena en costas.

En el marco de la ejecución provisional, se eximirá al ejecutado de abonar las costas del procedimiento si se cumple voluntariamente con lo ordenado por el auto de despacho en el plazo de veinte días desde que le fue notificado.

vii. Suspensión de procedimientos por prejudicialidad europea

El tribunal podrá suspender motivadamente el procedimiento cuando otro órgano jurisdiccional haya planteado una cuestión prejudicial vinculada con el objeto de su procedimiento y que pudiere afectar a su resolución, tras dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal. Contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición y contra el que acuerde la suspensión, recurso de apelación.

viii. Procedimientos en los que sean parte personas mayores

Todos los procedimientos en los que alguna de las partes tenga 80 años o más tendrán tramitación preferente. Además, se prevén medidas para adaptar el expediente digital a personas mayores de 80 años (de oficio) y a mayores de 65 años (a instancia de parte).

ix. Otras novedades relevantes

– Se reconoce legitimación a determinadas asociaciones profesionales del sector artístico y cultural para la defensa de sus asociados y de los intereses generales de los trabajadores por cuenta propia y autónomos del arte y la cultura, siempre que cuenten con su autorización. Corresponderá exclusivamente a esas entidades profesionales la legitimación para demandar en juicio la defensa de los intereses difusos cuando los trabajadores por cuenta propia o autónomos del arte y la cultura sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación.

– Se podrá conferir poder *apud acta* al procurador por comparecencia electrónica. Este apoderamiento debe llevarse a cabo en el momento de presentación del primer escrito. Se creará un Registro Electrónico de Apoderamiento de la Administración General del Estado y los apoderamientos allí inscritos producirán efectos en el procedimiento judicial.

– En caso de que un procurador o letrado reclame judicialmente sus cuentas a clientes morosos, si son personas físicas, se deberá aportar el contrato con el cliente, de manera que el Juzgado pueda analizar el posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato suscrito con el procurador o letrado.

– Con carácter general, continúa la prohibición de acumulación de acciones que deban ventilarse por razón de la materia en juicios de diferente tipo, pero, como novedad, se permite la acumulación de la acción para instar la liquidación del régimen económico matrimonial y la de división de herencia en caso de que la disolución del vínculo se haya producido por el fallecimiento de alguno de los cónyuges y se conozca quiénes son los herederos. En tal caso, ambas acciones se sustanciarán de acuerdo con los trámites del procedimiento de división judicial de herencia.

– También se permitirá acumular el procedimiento de división judicial de la herencia con el de liquidación del régimen económico matrimonial cuando uno o ambos cónyuges hayan fallecido.

x. Entrada en vigor

Todas las previsiones del libro I del Real Decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos judiciales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, por lo que no se prevé su aplicación retroactiva, salvo disposición en contrario.

Su entrada en vigor se producirá a los veinte días desde su publicación, salvo las novedades en materia de eficiencia procesal, que entrarán en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (20 de marzo de 2024).

Medidas económicas y sociales derivadas de los conflictos bélicos y para paliar la sequía

Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (BOE de 28 de diciembre de 2023)

El 28 de diciembre de 2023 se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

El artículo 87 de este Real Decreto-ley modifica el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer

frente al COVID-19, extendiendo la vigencia de los artículos 1 y 1 bis hasta el 31 de diciembre de 2024.

En síntesis, esos preceptos introdujeron en nuestro ordenamiento jurídico-procesal una serie de medidas consistentes en la suspensión de los procedimientos de desahucio cuando el demandante propietario sea un gran tenedor y el demandado ocupante se encuentre en situación de vulnerabilidad. De esta manera, se podrán suspender los juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario, o la expiración del plazo de duración de aquellos contratos suscritos conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos, y los juicios verbales —dentro de los supuestos a los que se refieren los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la Ley de E. Civil— en los que se sustancie el lanzamiento de la vivienda habitual del precarista.

Juzgado de Primera Instancia núm. 104 de Madrid. Conocimiento de manera exclusiva (pero no excluyente) de todos aquellos asuntos en los que se ejerciten acciones frente a entidades bancarias y financieras relativas a contratos bancarios, productos financieros y de inversión

Acuerdo de 19 de octubre de 2023, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se acuerda atribuir, en virtud de lo previsto en el artículo 98.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al Juzgado de Primera Instancia número 104 de Madrid, de forma exclusiva pero no excluyente, el conocimiento de los asuntos relativos a acciones frente a entidades bancarias y financieras relativas a contratos bancarios, productos financieros y de inversión (BOE de 31 de octubre de 2023)

El 31 de octubre de 2023 se publicó en el BOE el acuerdo de 19 de octubre anterior adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, en el que se decidió especializar al Juzgado de Primera Instancia núm. 104 de Madrid. De esta manera, a partir del 1 de enero de 2024, ese Juzgado de Primera Instancia conocerá de manera exclusiva, pero no excluyente, de todos aquellos asuntos en los que se ejerciten acciones frente a entidades bancarias y financieras relativas a contratos bancarios, productos financieros y de inversión.

En cuanto al régimen transitorio, el Acuerdo establece que los procedimientos de esta naturaleza antes del 1 de enero de 2024 continuarán por sus cauces ante el órgano conocedor originario hasta su conclusión.

2. Jurisprudencia

[España]

El Tribunal Supremo confirma que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del administrador por deudas sociales del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital es el mismo que el de la deuda social según su naturaleza, siendo el *dies a quo* el mismo que el de la acción contra la sociedad deudora

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 2023 y 2 de noviembre de 2023

En la primera resolución, el Tribunal Supremo resuelve cuál es el plazo de prescripción aplicable a la acción de responsabilidad por deudas del administrador social prevista en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, que, hasta la fecha, era un tema discutido por la práctica judicial y la doctrina.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandado y confirma la sentencia recurrida al considerar que no son aplicables ni el artículo 241 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital (que rige para la acción individual y para la acción social de responsabilidad y que prevé un plazo de cuatro años a contar desde que el día en que pudo ejercitarse la acción) ni el artículo 949 del Código de Comercio (que, tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014, ha quedado circunscrito en su ámbito de aplicación a las sociedades personalistas y que establece un plazo de prescripción de cuatro años a contar desde el cese del administrador).

El Alto Tribunal concluye que el plazo de prescripción de la acción del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital es el mismo que tiene la obligación garantizada solidariamente (la deuda social), según su naturaleza (obligaciones contractuales, dimanantes de responsabilidad civil extracontractual, etc.). En consecuencia, la acción ejercitada por la parte demandante no había prescrito al no haber trascurrido el plazo de prescripción de las obligaciones personales del artículo 1964 del Código Civil, aplicable al asunto enjuiciado.

En la segunda resolución, el Tribunal Supremo analiza cuál es el inicio del plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad frente a los administradores tanto antes como después de la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

El Alto Tribunal considera que el precepto aplicable es el artículo 949 del Código de Comercio y no el artículo 241 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital, ya que lo determinante no es la inscripción del cese del administrador en el Registro Mercantil, sino el cese en sí. A partir de ese momento, el administrador no responde frente a terceros de actuaciones u omisiones posteriores.

Si bien es cierto que, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, la prescripción de la acción de responsabilidad contra los administradores se rige por el artículo 241 *bis* de la Ley de Sociedades

de Capital, quedando el artículo 949 del Código de Comercio limitado a las sociedades personalistas, por razones cronológicas el precepto aplicable en este supuesto era el artículo 949 del Código de Comercio, luego la acción social de responsabilidad contra el administrador estaba prescrita, ya que el *dies a quo* comenzó con el cese del administrador, pues, en ese momento, consta acreditado que la empresa tuvo conocimiento del daño sufrido por su conducta.

El régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos regulado en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios también resulta aplicable a los daños sufridos por una persona que no reúne la condición de consumidor

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2023

Los hechos del caso resuelto por el Tribunal Supremo consiste en que el titular de un bar sufrió una serie de lesiones como consecuencia de la explosión de una botella de cerveza y ejercita una acción de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del siniestro frente a la suministradora de las botellas y la entidad aseguradora.

La cuestión jurídica que se debate es si el régimen de responsabilidad objetiva por daños causados por un producto defectuoso que se regula en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ("TRLCU"), cubre los perjuicios derivados de lesiones personales causadas a quien actúa con un propósito que entra dentro de su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y parte de que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, que establece una responsabilidad objetiva, solo se aplica al consumidor y, en consecuencia, se debe estar al régimen general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil basado en la culpa. En cambio, la Audiencia Provincial estima el recurso y la demanda al considerar que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos sí resulta aplicable en este caso.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial y concluye que los perjuicios derivados de las lesiones personales causadas por un producto defectuoso a quien actúa con un propósito que entra dentro de su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, son indemnizables de acuerdo con el régimen de responsabilidad por productos defectuoso contenido en el libro III del TRLCU.

Para ello, el Tribunal Supremo razona que el concepto de consumidor definido en el artículo 3 del TRLCU no se aplica al régimen de responsabilidad por productos defectuosos contenido en el libro III del TRLCU, ya que el propio precepto indica que esa definición se entiende "*sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto*". El libro III contiene su propia definición del ámbito de aplicación al establecer cuáles son los daños que se indemnizan con arreglo al régimen de responsabilidad por daños que establece, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 85/374/CEE. Esta Directiva no contiene una definición de consumidor, sino que su ámbito de aplicación

viene determinado por la tipología de daños que se determinan en su texto y, dentro de ella, no excluye la cobertura de los daños personales sufridos por quien usa el producto defectuoso en el marco de una actividad profesional o empresarial. La Directiva tampoco permite a los Estados miembros modificar el régimen de la Directiva en lo relativo a la delimitación de los sujetos que sufren daños personales.

Por todo ello, la inclusión del régimen especial de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (que previamente se preveía en la Ley 22/1994, de 6 de julio) en un texto refundido sobre protección del consumidor no podría conllevar que se prescindiera de su específico ámbito de aplicación.

La donación de participaciones sociales al socio mayoritario para que consienta una ampliación de capital sin que su participación se diluya puede ser calificada de onerosa. Las donaciones onerosas resultan indisponibles e irrevocables por decisión unilateral del donante

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2023

La sentencia trae causa de una disputa en sede de una sociedad limitada en la que se acordó llevar a cabo una ampliación de capital por el sistema de compensación de créditos. El socio mayoritario, sin embargo, no podía suscribir esa ampliación al no ostentar ningún crédito frente a la sociedad, y ello suponía que, si votaba a favor, su participación en el capital se vería reducida. Para evitar esa dilución, y dado que su voto era necesario para alcanzar la mayoría legalmente exigida, el resto de socios se comprometieron a donarle, tras la ampliación, las participaciones necesarias para que recuperase su estatus de socio mayoritario.

Una vez efectuada la ampliación, los socios minoritarios donaron sus participaciones al mayoritario conforme a lo pactado. En un primer momento, el socio mayoritario solicitó la elevación a público de los contratos privados de donación, pero finalmente se optó por otorgar en su lugar una escritura pública de compraventa de esas mismas participaciones que habían sido previamente donadas por resultar más ventajoso en términos fiscales.

Las relaciones entre las partes empeoraron unos años después y uno de los socios minoritarios interpuso una demanda en la que solicitaba la nulidad de la compraventa por haberse otorgado sin respetar su derecho de adquisición preferente. La demanda fue estimada en primera instancia y confirmada en apelación.

Ante esta situación, el socio mayoritario requirió sin éxito a los demás para que elevaran a público los contratos privados de donación, por lo que interpuso una demanda en la que solicitaba, en esencia, que se declarase la nulidad de pleno derecho de la compraventa por simulación, que se declarase la plena validez y eficacia de las donaciones y que se ordenase a los demandados elevar a público los contratos de donación. Los demandados se opusieron a la demanda con múltiples argumentos y dos de ellos formularon, además, reconvención para solicitar, entre otras cuestiones, la revocación de la donación por el nacimiento posterior de sus hijos conforme a lo previsto en el artículo 644 del Código Civil.

El Juzgado de Primera Instancia apreció la excepción de cosa juzgada invocada por los demandados y desestimó la pretensión principal del actor, consistente en la declaración de nulidad de la compraventa por simulación, al existir ya una sentencia anterior que declaraba nula la compraventa por vulneración del derecho de adquisición preferente de uno de los socios. En cuanto a la pretensión subsidiaria, el Juzgado la estimó respecto de los socios que se habían limitado a contestar a la demanda, condenándoles a elevar a público los contratos de donación, y la desestimó respecto de los socios que habían formulado reconvención, al estimar las demandas reconvencionales y declarar revocadas sus donaciones.

Recurrida e impugnada la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso del actor y desestimó los recursos y la impugnación de los demandados, a los que condenó a elevar a público las donaciones. La condena alcanzó también a los demandados reconvinientes, pues para la Audiencia las donaciones fueron onerosas al constituir una contraprestación a favor del actor por haber consentido la ampliación de capital que le supuso la pérdida de su condición de socio mayoritario.

El Alto Tribunal resuelve los recursos interpuestos en los siguientes términos:

i. En primer lugar, los demandados sostuvieron que la compraventa constituyó una novación extintiva de las donaciones anteriores, por lo que su nulidad no puede hacer revivir el efecto traslativo de las donaciones, que ya habían dejado de existir, sino que debe conllevar la obligación de devolver las participaciones transmitidas. La Excma. Sala rechaza este argumento con base en que el artículo 1303 del Código Civil tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador del negocio jurídico y, en este caso, esa situación anterior era la resultante de los contratos de donación.

ii. En segundo lugar, los demandados discutieron la calificación de onerosa de las donaciones que realizó la Audiencia Provincial. En particular, sostuvieron que estas no podrían calificarse de onerosas porque no existiría ningún gravamen o carga impuesta al donatario, sino en todo caso de remuneratorias, al ser una contraprestación al actor por haber consentido la ampliación. Para la Sala, en cambio, la interpretación que realiza la Audiencia no es ilógica ni contraria a las reglas de interpretación atendiendo a los hechos declarados probados, por lo que, aun pudiendo no ser la única posible, debe reputarse válida.

iii. Por último, los demandados reconvinientes plantearon la revocación de sus donaciones por el nacimiento posterior de sus hijos, de conformidad con lo establecido en el artículo 644 del Código Civil. Sin embargo, al haber aceptado la Sala la calificación de las donaciones como onerosas, el motivo fue desestimado. Y es que las donaciones onerosas, al regirse por las reglas de los contratos (artículo 622 del Código Civil), resultan indisponibles e irrevocables por decisión unilateral del donante (artículos 1091 y 1258 del Código Civil).

La prejudicialidad penal en el ámbito civil continúa vigente durante la pendencia de un recurso frente a la decisión del Juzgado de Instrucción, por lo que el cómputo del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria en el ámbito civil no comienza cuando se dicta auto de archivo de las diligencias penales, sino cuando se resolvió el referido recurso

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2023

El 25 de abril de 2015 se produjo una colisión entre dos vehículos tras la que los conductores firmaron un parte amistoso en el que uno de ellos admitió que se había saltado una señal de stop. Los ocupantes del otro vehículo, que sufrieron lesiones como consecuencia del accidente, no fueron indemnizados, por lo que formularon denuncia el 30 junio del mismo año.

Al día siguiente, el 1 de julio de 2015, entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal y, entre otras cuestiones, se despenalizó la falta objeto de la denuncia, por lo que el Juzgado de Instrucción archivó las diligencias penales mediante auto que se notificó a los denunciantes el 30 de septiembre de 2015 y que no fue recurrido.

Los denunciantes solicitaron a continuación que el Juzgado de Instrucción dictara auto de cuantía máxima para determinar el importe que podrían solicitar en concepto de indemnización de daños y perjuicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. La solicitud fue denegada, primero por el Juzgado y después, el 2 de marzo de 2017, por la Audiencia Provincial correspondiente, sobre la base de que los hechos denunciados habían sido despenalizados tras la reforma del Código Penal.

A la vista de lo anterior, en febrero de 2018 los denunciantes interpusieron demanda en el orden civil frente al conductor del vehículo que causó el accidente y su entidad aseguradora en la que reclamaban una indemnización por las lesiones sufridas.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria por prescripción de la acción. En particular, la sentencia expuso que el cómputo del plazo de prescripción había comenzado el 30 de septiembre de 2015, cuando se notificó el archivo de las diligencias penales, y que las actuaciones posteriores relativas a la solicitud de dictado del auto de cuantía máxima no produjeron efecto interruptivo alguno. Por tanto, cuando en febrero de 2018 se ejercitó la acción indemnizatoria, esta había ya prescrito.

En segunda instancia se dictó sentencia desestimatoria del recurso interpuesto por la actora, que concluyó, en síntesis, que el proceso penal terminó con el auto de archivo y no existía obligación legal de dictar auto de cuantía máxima, por lo que el cómputo del plazo de prescripción comenzó cuando se notificó el archivo.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sin embargo, estimó el recurso de casación de la actora. Y ello porque, a su juicio, (i) la tramitación de un proceso penal sobre determinados hechos implica la concurrencia de prejudicialidad e impide el ejercicio de la acción civil sobre esos mismos hechos, retrasándose el cómputo del plazo de prescripción del remedio civil hasta la finalización

del proceso penal; (ii) las circunstancias evidencian que no había existido abandono de la acción ni inactividad por la parte actora, que es el presupuesto necesario para apreciar la prescripción: los perjudicados por el accidente de tráfico interpusieron denuncia cuando la conducta reprochada todavía estaba tipificada penalmente, y no dejaron transcurrir un año entre el archivo de las diligencias penales y la solicitud del auto de cuantía máxima; y (iii) la parte actora contaba con el amparo de la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que concedía la posibilidad de continuar la tramitación de los juicios de faltas ya iniciados a los efectos de obtener un pronunciamiento sobre responsabilidad civil.

En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye que existía prejudicialidad penal hasta el 2 de marzo de 2017, fecha en la que se confirmó la denegación de la solicitud de dictado de auto de cuantía máxima, por lo que la acción no estaba prescrita cuando la parte actora interpuso su demanda en febrero de 2018.

Corresponde al orden jurisdiccional civil el conocimiento de la acción directa ejercitada *ex* artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro exclusivamente contra la aseguradora de la Administración en un supuesto de responsabilidad patrimonial derivada de una determinada prestación sanitaria, incluso si la Administración interviene voluntariamente en el procedimiento civil. La decisión adoptada en vía administrativa, a instancias de la propia Administración, no resulta vinculante en el procedimiento civil cuando los perjudicados han optado por la vía civil para verse resarcidos de los daños sufridos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 2023

La sentencia trae causa de la demanda interpuesta por los familiares de una persona fallecida víctima de la desatención sufrida por parte de los servicios de un hospital público, en reclamación de una indemnización en concepto de responsabilidad civil, y dirigida contra la aseguradora del hospital en aplicación de la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

La Administración intervino voluntariamente en el procedimiento *ex* artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Paralelamente, la Administración había incoado de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial, en el que la parte actora no compareció. En este procedimiento se dictó resolución administrativa desestimatoria de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, contra la que la parte actora interpuso un recurso contencioso-administrativo *ad cautelam*. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo declaró caducado el recurso contencioso-administrativo anunciado por la parte actora contra la resolución administrativa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar vinculante la decisión tomada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que no fue impugnado. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y declaró el carácter no vinculante de la decisión administrativa, estimó parcialmente la demanda y condenó a la aseguradora a abonar una determinada cantidad con los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

En sus recursos extraordinarios por infracción procesal, la aseguradora y la Administración alegaban que en el orden jurisdiccional civil se ha de partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos en tanto que estos no sean anulados.

El Tribunal Supremo desestima los recursos por entender que corresponde a la jurisdicción civil el ejercicio exclusivo de la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro contra la aseguradora de la Administración, al tratarse de una sociedad mercantil de derecho privado y versar el litigio sobre la efectividad de un contrato de seguro, incluso en los supuestos de intervención voluntaria de la Administración que, como parte subordinada y sin ejercitar una pretensión autónoma, tan solo interesa el fracaso de la demanda dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora. Concluye, por tanto, que, si el perjudicado se dirige única y exclusivamente contra la aseguradora, no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo, pues no existe actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar. Recuerda que la acción directa del artículo 76 se configura jurídicamente como un derecho propio del perjudicado, autónomo e independiente del que ostenta la Administración contra la compañía de seguros, de modo que esta acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado.

En relación con las alternativas que corresponden al perjudicado en la reclamación de los daños sufridos por la asistencia médica dispensada por la sanidad pública, el Tribunal Supremo aclara que, en caso de acudirse a la vía administrativa, no puede pretenderse posteriormente que los tribunales del orden jurisdiccional civil revisen el acto administrativo dictado, pues ello corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante, en el presente caso, el Tribunal Supremo deniega el carácter vinculante del acto administrativo que declaró la falta de responsabilidad patrimonial de la Administración por los siguientes motivos: (i) los actores optaron desde el primer momento por acudir a la vía civil; (ii) es la propia Administración la que incoa un procedimiento de oficio para determinar su propia responsabilidad, habiendo rechazado los demandantes intervenir en él; (iii) se debió haber archivado el expediente de responsabilidad patrimonial por no haber comparecido los actores; (iv) cuando se envía a la parte demandante la notificación de la resolución, ya se había admitido a trámite la demanda por la vía civil, momento desde el cual comenzó a desplegar efectos de litispendencia (en particular, *perpetuatio iurisdictionis*); (v) en ningún momento los demandados acudieron a la vía administrativa, salvo una impugnación realizada *ad cautelam*; (vi) la Administración no sufrió indefensión alguna; y (vii) la aseguradora no puede ampararse en el argumento de que no está obligada a hacer honor a su compromiso indemnizatorio si no acude la víctima a la vía administrativa cuando el perjudicado no está obligada a ello.

En el ámbito de la limitación recíproca de la libertad de información y el derecho al honor, gozan de relevancia pública las menciones a la competencia profesional de aspirantes a ostentar un cargo académico realizadas en ese ámbito y una pieza informativa no pierde su carácter veraz por el mero hecho de contener inexactitudes no esenciales

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

La litis trae causa de la conversión del cargo académico de un ayudante doctor en contratado doctor en un centro universitario. Durante la tramitación de ese procedimiento, una tercera persona remitió una carta en la que se denunciaban una serie de incumplimientos reiterados en los que habría incurrido el candidato a obtener el puesto de profesor contratado doctor interino. También se denunciaba que ese docente habría incurrido en comentarios ofensivos, especialmente con alumnas, y que se le había incoado un expediente disciplinario sancionador que concluyó concluido con la imposición de una sanción leve por haber llegado tarde a un examen que debía realizar a su alumnado.

El candidato interpuso una demanda frente a la persona que había redactado la carta al entender vulnerado su derecho al honor. La demanda fue íntegramente desestimada tanto en primera instancia como en sede de apelación, al considerar ambas sentencias que la incoación de un expediente disciplinario que concluyó con la imposición de una sanción administrativa y la prueba testifical que se había practicado en el juicio oral avalaban los hechos denunciados y que, en consecuencia, la información había sido veraz.

El docente interpuso recurso de casación alegando, en esencia, que el expediente administrativo que se le había incoado únicamente había considerado probado un único incumplimiento de sus obligaciones docentes, como lo era el haber llegado tarde al inicio de un examen que debía realizar a sus alumnos, y no había considerado acreditada ninguna otra infracción. En consecuencia, según el razonamiento del recurrente, existiendo esta "verdad formal", la demandada se había apartado de ella al referirse a reiterados incumplimientos de sus obligaciones docentes y a la existencia de comentarios ofensivos de las que sus alumnas, en especial, habían sido objeto.

En su resolución, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo recuerda que el prestigio profesional de una persona está protegido por el derecho al honor. En consecuencia, al existir un conflicto entre libertad de información y derecho al honor, el Alto Tribunal procede a hacer un análisis ponderativo sobre el derecho que debe prevalecer atendiendo a la relevancia pública de los hechos denunciados, la veracidad de los hechos y la ausencia de expresiones denigrantes o injuriosas.

Por un lado, en cuanto a la relevancia pública de estos hechos denunciados, la Sala reitera su doctrina y manifiesta que, al referirse los hechos a incumplimientos académicos de un candidato a obtener una plaza académica, existe un indudable interés público. Descarta, por otro lado, que existieran expresiones denigrantes o injuriosas.

Por último, y en lo relativo a la veracidad de los hechos relatados en la carta objeto de reproche, la Sala señala que una resolución administrativa, a diferencia de una sentencia judicial firme, no produce efecto de cosa juzgada material positiva. En consecuencia, el Alto Tribunal entiende que

el hecho de que la resolución administrativa solamente haya declarado probada una única infracción, ello no significa que las demás no se hayan producido y que, en todo caso, incluso si estos incumplimientos adicionales no hubieran existido, la demandada habría incurrido en unas meras inexactitudes que no afectarían a la esencia de lo denunciado en su misiva. Adicionalmente, la Sala se refiere a la imputación de comentarios ofensivos supuestamente realizados a alumnas de la parte actora, e indica que no tienen entidad suficiente para dañar el prestigio profesional del demandante.

El Tribunal Supremo confirma que el plazo para el ejercicio de las acciones de reducción de donaciones y legados inoficiosos es de cinco años, y establece que el *dies a quo* se corresponde con la fecha de fallecimiento del causante

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2023

En esta sentencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por dos herederas legitimarias y confirma la caducidad de las acciones de reducción de donaciones y legados inoficiosos, ejercitadas por las recurrentes para complementar la legítima que por ley les correspondía (a través de la reducción de la donación y los legados con los que su padre —el causante— había beneficiado a su segunda esposa).

Los motivos del recurso de casación denuncian la improcedencia de aplicar analógicamente el plazo de caducidad del artículo 646 del Código Civil, relativo a la revocación de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos, y fijar el *dies a quo* en la fecha de fallecimiento del causante. Las recurrentes, en contra de lo establecido por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, defienden la aplicabilidad del plazo de prescripción del artículo 1964 del Código Civil —que en la fecha de interposición de la demanda era de quince años— y que el referido plazo empiece a correr una vez practicada la liquidación de la herencia.

En cuanto a la primera cuestión litigiosa, tras reconocer que no existe regulación expresa al respecto, el Tribunal Supremo reitera los argumentos contenidos en sus sentencias de 12 de julio de 1984 y 4 de marzo de 1999, y concluye que resulta de aplicación, por analogía, el plazo de caducidad de cinco años previsto en el artículo 646 del Código Civil para la reducción de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos.

En primer lugar, sostiene que la acción de reducción de donaciones inoficiosas, si bien no cuenta con regulación específica dentro de la normativa sucesoria, sí se encuentra regulada "*en el Título II sobre las donaciones, dado que se refiere a ella el art. 636 del Código Civil*". En consecuencia, y por previsión expresa del artículo 654 del Código Civil, la solución "*debe obtenerse de las normas dedicadas a la revocación y reducción de donaciones*". Entre las referidas normas, cabe distinguir entre la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas por parte del donatario, por causa de ingratitud y por superveniencia o supervivencia de hijos, siendo este último supuesto el que más se asemeja a la reducción de donaciones inoficiosas porque "*igualmente es un caso de ineficacia sobrevenida*" y "*también protege a los legitimarios*".

La Sala Primera añade que la "*seguridad del tráfico jurídico*" impide la aplicación de un extenso plazo de prescripción (que puede ser interrumpido de forma ilimitada) —como pretenden las recurrentes— a lo que califica de "*situación excepcional*": una acción que permite "*alterar una consolidada situación jurídica, precisamente la configurada con la eficaz donación*".

Idéntica solución alcanza el Tribunal Supremo respecto de la acción de reducción de legados inoficiosos, al entender el Alto Tribunal que existe "*identidad de razón*" entre esta acción y la de reducción de donaciones inoficiosas en la medida en que ambas acciones están "*dirigidas* […] *a la tutela cuantitativa de la legítima*".

En cuanto a la segunda cuestión litigiosa, el Alto Tribunal fija el *dies a quo* para el ejercicio de las acciones en la fecha de fallecimiento del causante, "*con la única excepción de que los legitimarios no hubieran podido conocer la donación*". Es con la muerte del causante (y consiguiente apertura de la sucesión) cuando la legítima es efectiva y debe procederse a la valoración de los bienes hereditarios y, en consecuencia, a la determinación del valor de la cuota de participación del legitimario. Por lo tanto, es a partir de ese momento cuando los legitimarios pueden impugnar los actos dispositivos que lesionen su derecho.

A lo anterior añade que no debe confundirse el cómputo de la legítima, paso indispensable para valorar si una donación o un legado son inoficiosos, con la partición y adjudicación de los bienes hereditarios. Aunque resulta posible ejercitar las acciones de protección cuantitativa de la legítima en el marco de un procedimiento de partición de herencia, este paso no debe condicionar su ejercicio porque existen supuestos en los que no hay partición (situaciones con un solo heredero), supuestos en los que no se está legitimado para pedirla (cuando se es legatario de parte alícuota) o, simplemente, supuestos en los que no se quiere pedir.

Concursal. La sociedad disuelta como consecuencia de la conclusión del concurso de acreedores por insuficiencia de masa goza de legitimación para ejercitar una acción de reclamación de daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del banco con quien tenía concertado un préstamo promotor

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2023

La sentencia trae causa de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad concursada ya disuelta y cuyo cierre de hoja inscripción registral se había producido, en un procedimiento en el que se reclamaban daños y perjuicios a un banco con el que la entidad había contratado un préstamo promotor.

El motivo único del recurso de casación se fundamentó en la infracción de los arts. 179 y 178 de la Ley Concursal, al considerar la sentencia recurrida que dichos artículos suponen la falta de legitimación de la concursada para reclamar judicialmente créditos que entiende que le son debidos tras la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa.

La sentencia de instancia consideró que, en relación al ejercicio del derecho de crédito por incumplimiento de la entidad prestamista ejercitado en la demanda que dio origen al procedimiento,

la personalidad de la concursada únicamente continuaba a los meros efectos de que pudiera solicitar al juez del concurso su reapertura. Por consiguiente, ante la ausencia de legitimación de la demandante, declaró que su pretensión no podía ser ya estimada.

Sin embargo, el Alto Tribunal concluye que la recurrente sí que tenía legitimación activa para reclamar judicialmente créditos que entiende que le son debidos. Es así como, con cita a la sentencia del Pleno núm. 324/2017, de 24 de mayo, recuerda que la sociedad disuelta y liquidada sigue teniendo legitimación pasiva frente a una reclamación de daños y perjuicios. No obstante, la sentencia realiza una serie de apreciaciones y matices que distinguen el supuesto de la sentencia núm. 324/2017 con el analizado en el caso enjuiciado. La primera singularidad es que la aparición de nuevos activos justificaría *per se* la reapertura del concurso, y la segunda consiste en que en el caso enjuiciado no se discute la legitimación pasiva, sino la capacidad para ejercitar acciones frente a terceros (esto es, la legitimación activa).

En definitiva, la cuestión suscitada radica en si para el ejercicio de estas acciones es necesario reabrir el concurso o si, por el contrario, puede ejercitarlas directamente la sociedad extinta. Conforme a la norma concursal, la reapertura del concurso se ciñe exclusivamente a acciones de reintegración o calificación del concurso. Así, la sentencia considera que, en puridad, la acción de reclamación ejercitada por la sociedad no es una acción de reintegración, que sí que legitimaría la reapertura del concurso a instancia de los acreedores si la solicitaran dentro del año siguiente a la conclusión del concurso. Por ello, el ejercicio de la acción por sí solo no justifica la reapertura del concurso, sin perjuicio de que, si como resultado de la acción afloran nuevos bienes, entonces necesariamente sí que deberá abrirse el concurso. En consecuencia, la Excma. Sala estima el motivo único de casación.

Concursal. La legitimación para presentar una demanda de oposición a un convenio de acreedores de una sociedad deudora, cuando quien demanda también está en concurso de acreedores y tiene suspendido el ejercicio de sus facultades patrimoniales, recae exclusivamente en su Administración Concursal

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

En esta sentencia el Tribunal Supremo analiza un supuesto en el que se inadmite en primera instancia una demanda interpuesta por una sociedad acreedora que también se encuentra en concurso de acreedores, con suspensión del ejercicio de sus facultades patrimoniales, tras ser requerida para subsanar su falta de legitimación y aportar la autorización de su Administración Concursal.

Para resolver este recurso, nuestro Alto Tribunal recuerda su interpretación de los antiguos artículos 51 y 54 de la Ley Concursal (regulación ahora contenida de forma más clara en el art. 121 del Texto Refundido de la Ley Concursal), manteniendo la interpretación que de forma conjunta y sistemática ha hecho de ellos. De esta forma se considera que si se inicia un procedimiento judicial cuando el demandante no está en situación de concurso, o cuando estando solo tiene intervenidas sus facultades patrimoniales y tiene autorización de su administración concursal, este goza de legitimación para interponer la correspondiente demanda.

Si con posterioridad se suspenden dichas facultades patrimoniales, la Administración Concursal debe sustituir al deudor concursado en todos los procedimientos judiciales en trámite, permitiéndose al concursado continuar personado bajo su propia representación procesal y asistencia letrada.

Sin embargo, en el caso objeto de autos el demandante ya se encontraba en concurso con suspensión de sus facultades patrimoniales cuando se interpuso la demanda incidental, por lo que carecía de legitimación para interponer la demanda, legitimación que en ese momento solo le corresponde ya a su Administración Concursal, siempre que estemos ante acciones de índole no personal (patrimonial).

Por tanto, el concursado podrá personase y defenderse de forma separada en aquellos juicios que su Administración Concursal haya previamente promovido, o en aquellos que hubiera iniciado el deudor antes de la suspensión de sus facultades patrimoniales. Pero no podrá iniciar procedimientos cuando tenga suspendidas sus facultades patrimoniales, aunque su Administración Concursal le autorice. Por ello, desestima el recurso interpuesto por la concursada y su Administración Concursal, con condena en costas a ambos.

Concursal. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián acuerda homologar el plan de reestructuración de grupo Transbiaga propuesto por el deudor, desestimando la oposición formulada por un acreedor y las entidades financieras

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, de 23 de noviembre de 2023

La sentencia acuerda la homologación del plan de reestructuración que fue propuesto por diversas entidades del grupo Transbiaga (el "Plan de Reestructuración" o el "Plan") y aprobado por mayoría de las clases de acreedores afectados —cinco de las ocho clases, constituyendo una de ellas el Instituto Vasco de Finanzas—. El Plan de Reestructuración prevé, además de quitas y esperas, la renuncia de los socios a determinados derechos económicos y la inaplicabilidad de cláusulas de determinados contratos, relacionadas con la enajenación de activos y la amortización anticipada obligatoria de contratos de financiación.

Uno de los acreedores —DL Ibérica Equiprent, S.A.U. ("DL Ibérica")— y diversas entidades financieras, en el trámite de contradicción previa *ex* artículo 662 del Texto Refundido de la Ley Concursal, se opusieron por varios motivos a la homologación judicial del Plan de Reestructuración, siendo dichas oposiciones íntegramente desestimadas por la sentencia. Los motivos de oposición más relevantes y la resolución novedosa que dio el Juzgado al respecto son los siguientes:

i. En primer lugar, la sentencia rechaza los motivos de oposición formulados por DL Ibérica y las entidades financieras respecto de una defectuosa formación de clases. En lo que respecta a DL Ibérica, este acreedor sostenía que su crédito había sido incorrectamente calificado como un crédito privilegiado, por indicar el Plan que derivaría de contratos de *leasing*, a pesar de que los contratos que unían a las partes habrían sido de arrendamiento simple (*renting*).

La sentencia no acoge la argumentación de DL Ibérica y, con cita de la abundante jurisprudencia existente en la materia, considera que los contratos habrían sido correctamente calificados como *leasing*.

ii. En segundo lugar, las entidades financieras argumentaron que no debería haberse considerado que el crédito del Instituto Vasco de Finanzas ("IVF") fuera de derecho público —y, por ende, susceptible de ser calificado como privilegiado general en su mitad—. Las entidades financieras entendieron que el crédito en cuestión sería puramente mercantil, dado que no derivaría del ejercicio de potestades administrativas por parte del IVF, ni tampoco dicho acreedor habría gozado en los contratos de una "*posición de preeminencia jurídica frente al deudor o al resto de acreedores*".

La sentencia, sin embargo, entiende que el IVF, en los contratos de los que deriva el crédito litigioso, actuó "*dentro del ámbito del ejercicio de potestades administrativas de mantenimiento y fomento del tejido empresarial provocado por la crisis económica derivada de la pandemia*". En ese sentido, el Juzgado razona que el tipo de interés de los contratos de financiación de los que deriva el crédito del IVF resultan inferiores a los de mercado y que se trata de una operación subvencionada, en el marco de las ayudas del Estado derivadas de la pandemia de COVID-19. En consecuencia, se concluye que el crédito fue correctamente considerado como de derecho público y calificado en la formación de clases como privilegiado general en su mitad (artículo 280.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal).

iii. En tercer lugar, la sentencia aborda el motivo de oposición planteado por DL Ibérica, respecto de una invocada falta de paridad en el tratamiento de créditos de la misma clase (artículo 654.5.º del Texto Refundido de la Ley Concursal). Concretamente, DL Ibérica sostenía que el deudor habría excluido del perímetro de afectación del Plan a algunos acreedores con los que ya habría alcanzado anteriormente acuerdos bilaterales, sin acreditar que el trato recibido por estos hubiera sido equivalente al dispensado en el Plan a los acreedores con los que habrían compartido clase.

No obstante, el Juzgado, con referencia al pronunciamiento judicial de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 10 de abril de 2023 (caso Xeldist), concluye que (i) la ausencia de paridad de trato solamente se puede predicar respecto de acreedores que están incluidos en la misma clase afectada por el Plan de Reestructuración, y no respecto de acreedores con los que se ha llegado a un acuerdo al margen del plan, siempre que dicha exclusión no responda a ningún motivo espurio; y (ii) en todo caso, las deudoras han acreditado que los acuerdos bilaterales alcanzados con el resto de acreedores coinciden con los que se contienen en el Plan de Reestructuración, en lo que afecta a DL Ibérica.

iv. En cuarto lugar, la sentencia examina el motivo de oposición planteado por las entidades financieras, basado en la invocación de un trato menos favorable que otras clases del mismo rango concursal (artículo 655.2.3.º TRLC). En concreto, dichas entidades argumentaron que el Plan de Reestructuración confería a los créditos de la clase "*crédito ordinario financiero*" un trato menos favorable que el dispensado a otras clases del mismo rango (crédito ordinario) sin dar ninguna justificación para ello.

La sentencia razona que (i) de la comparación efectuada por las entidades financieras se deben excluir los créditos públicos, dado que el artículo 616 *bis* del Texto Refundido de la Ley Concursal recoge, en relación con ellos, ciertos límites como la exclusión de la quita y la existencia de unos plazos de espera máximos —siendo la propia norma, por tanto, la que impone una diferencia de trato—; y (ii) las entidades financieras no han conseguido acreditar que las condiciones recogidas en el Plan de Reestructuración les resulten más desfavorables a ellas que al resto de los acreedores ordinarios. En este sentido, el Juzgado recuerda que, para que el motivo de oposición hubiera podido prosperar, no bastaría con que las entidades financieras probasen la existencia de un trato diferente entre los acreedores, sino que tendrían que haber demostrado que esta diferencia de trato les supuso un sacrificio desproporcionado en relación con el efectuado por otras clases de acreedores del mismo rango.

v. En quinto lugar, la sentencia analiza el reproche de las entidades financieras consistente en la invocación de una supuesta infracción de la regla de la prioridad absoluta (artículo 655.2.4.º del Texto Refundido de la Ley Concursal). En este sentido, las entidades financieras reprochan que los socios de Transbiaga mantienen su expectativa de beneficio, a pesar de que la clase "*crédito ordinario financiero*", con mayor prelación, ve reducido el valor de sus créditos.

El Juzgado reconoce que la exigencia de la regla de prioridad absoluta no habría sido respetada, en tanto que los socios de Transbiaga mantienen el derecho a percibir dividendos y el valor de sus acciones para el supuesto de una hipotética venta, mientras que determinados acreedores de las deudoras, como las entidades financieras, han visto rebajados sus créditos en un 25 %.

Sin embargo, concluye que en el caso de autos esta posibilidad debe admitirse, en tanto que encontraría cobertura en el artículo 655.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que permite excepcionar la regla de prioridad absoluta cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la deudora y no suponga un perjuicio injustificado para la clase disidente.

En el caso que nos ocupa, el Juzgado entiende que se cumplen ambas condiciones, dado que (i) la implicación de los socios de Transbiaga en las sociedades deudoras es imprescindible para asegurar su viabilidad, en tanto en cuanto la totalidad de los socios —pertenecientes al mismo núcleo familiar— ocupan puestos de responsabilidad en la estructura organizativa del grupo, y determinados acreedores de relevancia solicitaron que estos mantuvieran su posición; y (ii) una quita del 25 % no se puede considerar, en el marco de una reestructuración, un sacrificio desproporcionado —especialmente teniendo en cuenta que la espera que se impone a las entidades financieras es remunerada—. A juicio del Juzgado, pues, no habría habido infracción de la regla de la prioridad absoluta.

vi. En sexto lugar, las entidades financieras también argumentaron que la quita de un 25 % de sus créditos constituiría un sacrificio desproporcionado (artículo 654.6.º del Texto Refundido de la Ley Concursal). Y en ese sentido alegaron que la quita del 25 % propuesta en el Plan de Reestructuración suponía un agravio en relación con las necesidades reales

de reestructuración de la deudora. Las entidades financieras compararon, asimismo, dicha quita con una oferta anterior que habían recibido de los deudores, en la que solamente se contemplaba un 10 % de quita.

Sin embargo, el Juzgado apoya la quita del 25 %, que entiende necesaria y lógica para la viabilidad de la empresa. En su razonamiento, la sentencia se refiere a la falta de apoyo previo de las entidades financieras a propuestas menos severas, la necesidad de los deudores de reequilibrarse patrimonialmente y la coherencia de la quita con las previsiones del plan de negocio.

vii. Finalmente, la sentencia se refiere al reproche formulado por el acreedor DL Ibérica y las entidades financieras consistente en que el Plan de Reestructuración no presentaría viabilidad, al afrontar la oposición de la mayoría del pasivo (85 %) y la inclusión en el Plan de bienes de propiedad de DL Ibérica, sobre los cuales se cuestionaba el derecho de las deudoras.

Ante dichos reproches, la sentencia señala que la oposición del 85 % del pasivo al Plan no determinaría *per se* su inviabilidad, ya que la nueva legislación permite su aprobación incluso con un apoyo porcentual minoritario del pasivo. Además, se considera que el plan de viabilidad no requiere un detalle exhaustivo, y que las dudas planteadas por la inclusión de ciertos bienes y activos, así como la falta de estudios económicos detallados, no bastarían para desacreditar la viabilidad del Plan.

Por último, resulta destacable que la sentencia acoge la solicitud de que ciertas cláusulas contractuales sean inaplicadas para facilitar la ejecución del Plan de Reestructuración y, más concretamente, la enajenación de dos activos. El Plan describe como crucial para su viabilidad la venta de dos grúas principales, a fin de generar una relevante entrada de liquidez para los deudores. Según dicho Plan, las cláusulas contractuales inaplicadas, que formaban parte de los contratos financieros, podrían impedir o complicar esas ventas. El Juzgado acoge dicha argumentación y acuerda homologar el Plan, autorizando la exclusión de dichas cláusulas contractuales.

9 de enero de 2024

Procesal Penal

Procesal Penal*

9 de enero de 2024

1. Jurisprudencia

El Tribunal Supremo aborda la doctrina procesal sobre los límites en el acceso al recurso de casación en supuestos de enjuiciamiento en primera instancia por los Juzgados de lo Penal. Invoca el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 31 de octubre de 2023

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. Del Moral García) estima parcialmente el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2.ª) de 26 de julio de 2021, que confirmaba la condena en primera instancia impuesta por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Las Palmas por un delito contra la Hacienda Pública del artículo 305 del Código Penal. Los hechos probados describen la elusión de parte de la cuota del Impuesto de Sociedades que le correspondía abonar a la sociedad que administraba el condenado, por haberse deducido indebidamente determinadas cantidades de la base imponible.

El recurrente invocó en casación el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (infracción de precepto penal sustantivo o *error iuris*) para solicitar que el Tribunal Supremo corrigiera un error en la interpretación de la ley tributaria con repercusión en el precepto penal. Alegaba que no se había tenido en cuenta que la sociedad venía arrastrando bases imponibles negativas, por lo que el resultado del cálculo de la cuota defraudada era incorrecto. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima este motivo de casación al considerar que la pretensión formal del recurrente "camufla" una pretensión material para la revisión de los hechos probados bajo la rúbrica nominal de la infracción de precepto penal sustantivo. El recurrente realmente impugna la metodología para la fijación de la cuota tributaria, no una interpretación de la norma sustantiva, lo cual excede del ámbito de aplicación del motivo de casación del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, la fundamentación jurídica de la sentencia de casación gira en torno a la doctrina procesal sobre los límites de acceso al recurso de casación en supuestos de enjuiciamiento en primera instancia por Juzgados de lo Penal (es decir, aquellos procedimientos donde el delito objeto de acusación lleva aparejada una pena igual o inferior a cinco años de prisión).

* Esta sección ha sido coordinada por Patricia Leandro, y en su elaboración han participado Marta Pantaleón, Arianna Vázquez, Cristina Rodríguez, Clara Torrente y Laura Padro, del Área de Derecho Penal de los Negocios e Investigaciones Internas de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

El Tribunal Supremo recuerda que "*el art. 849.1º LECrim constituye el único canal por el que pueden arribar a la casación los asuntos que han sido ventilados en primera instancia ante un Juzgado de lo Penal*". Así se desprende de la literalidad del artículo 847.1.º b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales (en casos, por tanto, enjuiciados en primera instancia por los Juzgados de lo Penal) solo podrán ser recurridas en casación por *error iuris*, una interpretación que fue ratificada por el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016.

Así, la única vía para acceder a casación en este caso era invocar la infracción de un precepto penal sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, pero nunca una cuestión relativa a la fijación de los hechos probados. El Tribunal Supremo considera que el concepto *precepto penal sustantivo* solo incluye las normas que definen los tipos penales y aquellas otras que completan las normas penales en blanco, como sucede en el delito de defraudación tributaria. No cualquier infracción de un precepto legal puede reconducirse a este motivo de casación por *error iuris*.

Tampoco puede reconducirse el motivo de casación a la infracción de precepto constitucional que contempla el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ("*en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional*"). En línea con el contenido del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, el Tribunal Supremo afirma que ese precepto no puede dar lugar a un motivo de casación autónomo y adicional en casos de enjuiciamiento en primera instancia por Juzgados de lo Penal, sino que únicamente permite invocar normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de norma penal sustantiva.

En definitiva, si la casación de por sí es muy limitada, lo es mucho más en los procedimientos que han sido competencia del Juzgado de lo Penal. En casación el Tribunal Supremo ha de atender al hecho declarado probado por el Juzgado de lo Penal y, en su caso, a las modificaciones que la Audiencia Provincial pudiera haber efectuado en sede de apelación (lo que no ocurrió en este supuesto). El recurso por *error iuris* responde a una función nomofiláctica, es decir, de homogeneización de la interpretación de normas sustantivas. Ello no supone una limitación arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni tampoco contraria a la plena efectividad de los derechos fundamentales del condenado, porque los hechos ya han sido enjuiciados previamente en doble instancia.

No obstante, el Tribunal Supremo finalmente estima un motivo de casación distinto, también por *error iuris*, y aprecia la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas en el caso concreto y revoca parcialmente la sentencia de instancia, rebajando las penas impuestas al condenado.

El Tribunal Supremo reconoce el derecho del acusado, si así lo solicita, a declarar en el juicio oral en último lugar, tras haberse practicado el resto de pruebas (testifical, pericial y documental), así como a declarar junto con su letrado. A juicio del Alto Tribunal, ello garantiza en mejor medida el derecho de defensa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 28 de septiembre de 2023

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. Magro Servet) resuelve por medio de esta sentencia el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 8 de julio de 2021 por la que se había condenado al acusado (ahora recurrente) por un delito de homicidio por imprudencia profesional grave. En síntesis, los hechos probados se refieren a la actuación de un agente de policía que, como consecuencia de haber aplicado indebidamente determinadas técnicas de reducción de detenidos, produjo la muerte accidental de un individuo.

Si bien la sentencia se centra principalmente en el análisis sobre la diferenciación entre las categorías de imprudencia grave y menos grave (con abundante cita de precedentes jurisprudenciales de la Sala sobre esta cuestión), el Tribunal Supremo aprovecha la ocasión para abordar un tema que no había sido objeto de recurso y que, a su juicio, era necesario destacar *obiter dictum* al estar suscitando cierto debate en la práctica jurisdiccional: la posible toma de declaración del acusado en último lugar tras la práctica del resto de pruebas (testifical, pericial y documental).

En este caso, la defensa del acusado había solicitado ante la Audiencia Provincial que se le tomara declaración al finalizar el resto de práctica de la prueba, pero su petición había sido rechazada sobre la base de que el derecho de defensa del acusado estaba debidamente garantizado en la medida en que podía manifestar lo que estimara conveniente en el turno de la última palabra.

Si bien el Tribunal Supremo rechaza que este hecho pueda tener relevancia alguna en el contexto del recurso de casación analizado (toda vez que este tema no fue objeto de impugnación en el caso de autos y, por tanto, no se ha planteado en qué medida esto pudo causar indefensión material al acusado en el desarrollo del juicio), el Alto Tribunal ha querido subrayar la importancia de permitir que el acusado preste declaración en último lugar, en tanto que considera que ello supone una mejor garantía del derecho de defensa, pues permite al acusado matizar todas las cuestiones sobre las que hayan declarado el resto de partes, testigos o peritos, así como los documentos elevados al plenario y que pudieran suponer prueba de cargo frente a él (posibilidad ya admitida por la Sala con anterioridad en la Sentencia 750/2021, de 6 de octubre, Rec. 21019/2019).

En este contexto, el Tribunal Supremo realiza las siguientes consideraciones al respecto:

i. La Ley de Enjuiciamiento Criminal en ningún caso obliga a que el acusado declare en primer lugar. De hecho, el artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal indica que las pruebas de cada parte se practiquen según el orden en el que hayan sido propuestas en sus respectivos escritos de conclusiones provisionales e incluso permite que se altere este orden de oficio cuando el juez o presidente del Tribunal lo estime conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos.

ii. El Código procesal penal (pendiente de aprobación) ya apostó por que el acusado declarase en último lugar al entender, según se indica en la exposición de motivos, que el modelo actual distorsiona el juego efectivo del principio de presunción de inocencia.

iii. La declaración en último lugar no ha de compararse ni sustituir al derecho a la última palabra que asiste al acusado tras finalizar la práctica de la prueba. La diferencia principal entre ambos actos reside en que durante el ejercicio del derecho a la última palabra, el acusado no se somete al interrogatorio de las partes, sino que tiene la posibilidad de exponer por sí mismo los hechos a fin de que el juez o tribunal incorporen sus manifestaciones para la valoración de los elementos del juicio, lo que supone el máximo exponente del derecho a la "autodefensa". Por tanto, "*no se entiende protegido 'el mejor derecho de defensa' por la circunstancia de que exista el derecho a la última palabra*".

iv. El letrado del acusado tiene derecho a solicitar que este declare en último lugar tras concluir el resto de la práctica de la prueba admitida, si bien esta petición deberá cursarse con sentido preclusivo antes del inicio de la práctica de la prueba (bien en el escrito de calificación provisional, bien en el trámite de cuestiones previas), tanto en el procedimiento sumario como en el abreviado y en el resto de procedimientos penales.

v. En caso de ser varios los acusados y la declaración en último lugar sea interesada solo por uno de ellos, el juez o presidente del tribunal preguntará al resto si también lo interesan y, en caso de que no sea así, lo acordará respecto de aquel o aquellos que lo hayan solicitado, declarando el resto al principio de la práctica de la prueba.

vi. Por último, el Tribunal Supremo reconoce en la presente sentencia el derecho del acusado a declarar junto con su letrado, cuestión que también había sido tratada con anterioridad (vid. STS 282/2019, de 30 de mayo, Rec. 10561/2019).

vii. Con todo, el Tribunal Supremo mediante esta sentencia fija su doctrina y reconoce el derecho a la solicitud antes del inicio del juicio oral de la práctica de la declaración del acusado en último lugar, al entenderlo como una mejor garantía del derecho de defensa.

La Audiencia Nacional corrobora la decisión de bloquear las cuentas de sociedades "pantalla" que no figuran ni como acusadas ni como responsables civiles en el auto de apertura de juicio oral, figurando como acusado su titular real

Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 6 de noviembre de 2023

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Pte. Fermín Javier Echarri Casi) desestima el recurso de apelación contra el auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional, de 25 de septiembre de 2023, que desestimaba a su vez el recurso de reforma formulado contra el auto del Juzgado 15 de junio de 2023, donde se acordó la prórroga de la anotación preventiva de prohibición de disponer o enajenar los derechos de propiedad respecto de determinadas personas físicas y jurídicas involucradas en el proceso. El Juzgado había acordado mantener la anotación preventiva respecto de ciertas sociedades que no eran objeto de mención en el auto de apertura de juicio oral, ni como supuestas responsables penales, ni como supuestas partícipes

a título lucrativo, ni como supuestas responsables civiles subsidiarias. Ni el Ministerio Fiscal ni la Abogacía del Estado acusaban a las mercantiles, si bien el auto de apertura de juicio oral sí reflejaba que la acusación se había dirigido contra el titular real de las sociedades.

Las citadas mercantiles interpusieron recurso de apelación alegando que no podía acordarse el bloqueo de las cuentas de entidades o sujetos respecto de los que no se ha abierto juicio oral. Sin embargo, la Audiencia Nacional desestima este motivo de apelación al aplicar la doctrina del levantamiento del velo y considerar que no es necesario que exista una acusación formal para poder prohibir la disposición de bienes de una sociedad "pantalla" o de su titular real. Las sociedades "pantalla", al carecer de actividad, carecen igualmente de capacidad para delinquir y, por tanto, no es necesario que se incluyan en el auto de apertura de juicio oral, sino que bastaría con que la acusación se dirigiera contra quien ostentase la titularidad real. En el caso enjuiciado, el titular real sí había sido objeto de acusación, como reflejaba el citado auto.

Asimismo, la Sala señala que, si bien el auto de apertura de juicio oral no hacía mención de las mercantiles, estas sí habían figurado como investigadas en fases previas del procedimiento y no se había dictado resolución de sobreseimiento expreso que autorizase el desbloqueo de sus cuentas bancarais. Por tanto, y dado que no cabe el sobreseimiento tácito, la omisión de las mercantiles en el auto de apertura de juicio oral no puede limitar la actuación del Juzgado para pronunciarse sobre la prohibición de enajenar.

El Tribunal Supremo rechaza la exigencia de ocultación o desapoderamiento del patrimonio del deudor idóneo para generar un estado de insolvencia en el tipo objetivo del delito de frustración de la ejecución previsto en el artículo 257.1.2.º del Código Penal. La conducta tipificada consiste en neutralizar o complicar el despliegue de los medios dispuestos legalmente para tutelar o cobrar un derecho de crédito

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 12 de diciembre de 2023

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. Llarena Conde) desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1.ª) de 13 de septiembre de 2021, resolución judicial que había revocado la condena en primera instancia impuesta por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Lleida por un delito de frustración de la ejecución del artículo 257.1.2.º del Código Penal.

Sin ánimo de exhaustividad, los hechos probados recogen la aportación de bienes inmuebles, titularidad de los deudores, a sociedades de capital de nueva constitución, sustituyéndose en su patrimonio individual el dominio de las fincas por las participaciones suscritas mediante la referida operación. Así, mientras que el órgano enjuiciador consideró que los deudores habían ideado un plan de despatrimonialización con el propósito último de no satisfacer sus deudas con una entidad proveedora, la Audiencia Provincial de Lleida precisó que no se había acreditado que los actos de disposición patrimonial de los acusados hubiesen dificultado sustancialmente el procedimiento de ejecución incoado.

A pesar de desestimar el recurso de casación, la Sala Segunda sostuvo un criterio distinto del mantenido por la Audiencia Provincial de Lleida, al considerar que los actos de los acusados dificultaron el procedimiento de ejecución incoado. Así, el Alto Tribunal consideró que ni la acción de nulidad de la aportación en aquellos supuestos en los que exista un solapamiento abusivo entre la identidad del deudor y la personalidad jurídica de la entidad receptora ni el embargo de las participaciones reequilibran la posición procesal del acreedor en orden a la satisfacción de sus créditos. Ambas alternativas tornan compleja la realización forzosa de los créditos, frente al ventajoso mecanismo que hubiese supuesto la subasta de los bienes inmuebles.

Sin embargo, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación sustentándose en la falta de concurrencia del elemento subjetivo del tipo. Este delito requiere ánimo de defraudar las legítimas expectativas de cobro de los acreedores, el cual no había quedado plasmado en los hechos probados.

9 de enero de 2024

Salud y
Alimentación

Salud y Alimentación*

9 de enero de 2024

1. Legislación

[España]

Regulación de los procedimientos y requisitos para la realización de estudios observacionales con medicamentos en la Comunidad Autónoma de Aragón

Orden SAN/1951/2023, de 22 de diciembre (BOA de 4 de enero de 2024)

El Real Decreto 577/2013, que regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano, asigna determinadas funciones a las comunidades autónomas respecto a los estudios postautorización. Sin embargo, este régimen fue derogado por el Real Decreto 957/2020, que regula los estudios observacionales con medicamentos en España. El nuevo marco normativo establece condiciones para evaluar, llevar a cabo y dar seguimiento a estos estudios, permitiendo a las comunidades autónomas desarrollar normativa propia para estudios prospectivos con requisitos adicionales después de obtener el dictamen del Comité de Ética de la Investigación con medicamentos ("CEIm").

En Aragón, la Orden SAN/1951/2023 (la "Orden") tiene por finalidad establecer requisitos para estudios observacionales de manera eficiente y transparente. Para ello, establece que todos los estudios deben contar con el dictamen favorable de un CEIm acreditado en España, único, vinculante y reconocido nacionalmente. Asimismo, la Orden prohíbe realizar estudios con la intención de promover la prescripción de medicamentos, exigiendo una justificación científica. Se prevé que el protocolo debe incluir referencia expresa a los procedimientos que garanticen que no se modificarán los hábitos de prescripción o dispensación.

Los estudios retrospectivos y/o transversales, y los no-EPA clasificados por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios ("AEMPS"), no necesitan autorización previa en centros de la Comunidad Autónoma de Aragón. El Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud gestionará la tramitación y gestión de estos estudios, así como los autorizados por la AEMPS. El promotor

* Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina Arrieta y redactada por Rosa Cuesta Gómez y Telmo Vergara Etxeberria, del Área de Derecho de la Salud de Uría Menéndez.

deberá informar sobre los lugares de estudio y proporcionar copias del protocolo, la aprobación del CEIm y la clasificación de la AEMPS.

La autorización de estudios observacionales se gestionará a través del Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud ("IACS"), que enviará a la Comisión de Evaluación de Estudios Observacionales Prospectivos con medicamentos de Aragón ("CEOPA") la documentación relevante, incluyendo el protocolo completo, el documento de consentimiento informado y la evaluación por el CEIm, entre otros documentos. Si la evaluación en la CEOPA es positiva, se solicitará el informe de conformidad al gerente del centro. La recomendación positiva y el informe de conformidad se enviarán a la Dirección General para la emisión de la resolución de autorización. Una vez autorizado el estudio, se firmará el correspondiente contrato entre el promotor y el centro, gestionado por el IACS o el Instituto de Investigación Sanitaria de Aragón. El promotor deberá informar al IACS sobre la fecha de inicio y proporcionar informes periódicos.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Importaciones paralelas de productos fitosanitarios. Reetiquetado. Identificación del titular de la autorización de comercialización y número de lote

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2023 (as. C-830/21)

En esta cuestión prejudicial se dirime la interpretación del artículo 1 y del anexo I, punto 1, letras b) y f), del Reglamento (UE) n.º 547/2011 de la Comisión, de 8 de junio de 2011, por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de etiquetado de los productos fitosanitarios ("Reglamento 547/2011").

La cuestión se genera en el contexto de un litigio entre Syngenta Agro GmbH ("Syngenta Agro") y Agro Trade Handelsgesellschaft mbH ("Agro Trade"). Agro Trade es una empresa del sector agrícola que distribuye productos fitosanitarios, incluyendo productos importados paralelamente, fabricados por Syngenta Agro. Agro Trade distribuye los productos en Alemania en los bidones originales, no abiertos, pertenecientes a Syngenta Agro, sustituyendo la etiqueta original por su propia etiqueta —que no menciona a Syngenta Agro como titular de la autorización del producto fitosanitario en el Estado miembro de origen— y cambiando el número de lote inicial del productor por un número de identificación propio. Además, lleva un registro interno que refleja la correspondencia entre este último número y el número de lote inicial.

Syngenta Agro presentó una demanda ante el Landgericht Hamburg (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) en la que solicitaba la prohibición de la comercialización, en territorio alemán, de los productos fitosanitarios de Syngenta Agro importados de forma paralela cuando se retiraran las menciones relativas al titular de la autorización o se cambiara el número de lote.

El Landgericht Hamburg estimó parcialmente la demanda en relación con las menciones relativas al titular de la autorización de comercialización, pero la rechazó en lo que respecta al número de lote. Ambas partes presentaron recurso de apelación ante el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo).

El Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, ante la incertidumbre sobre la interpretación correcta del Reglamento 547/2011, y considerando que dicho reglamento no establece normas específicas sobre el etiquetado de productos fitosanitarios objeto de importación paralela, planteó como cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") si en el caso de la importación paralela de un producto de la categoría deben figurar en el envase tanto el nombre y la dirección del titular de la autorización en el Estado miembro de origen como el número de lote asignado en origen por el productor —o si, por el contrario, el importador puede retirar el número original e indicar su propio número de identificación en el envase—.

En su respuesta, el TJUE sostuvo que un importador que introduce un producto fitosanitario en un Estado miembro mediante una autorización de comercio paralelo puede sustituir el nombre y la dirección del titular de la autorización en el envase por su propio nombre y dirección. Sin embargo, destacó que el importador debe hacer figurar en el envase el número de lote asignado inicialmente por el productor. Los razonamientos del TJUE en relación con cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas se resumen a continuación.

i. El etiquetado de los productos fitosanitarios comercializados o utilizados en virtud del Reglamento (CE) n.º 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios y por el que se derogan las Directivas 79/117/CEE y 91/414/CEE del Consejo ("Reglamento 1107/2009"), debe ajustarse a los requisitos del anexo I del Reglamento 547/2011.

ii. Posibilidad de sustituir el nombre y la dirección del titular de la autorización en el Estado miembro de origen: Según el punto 1, letra b) del anexo I del Reglamento 547/2011, el nombre y la dirección del titular de la autorización deben estar claramente y de forma indeleble en los envases de los productos fitosanitarios.

   El TJUE interpreta que este requisito, en el contexto del comercio paralelo, se refiere al nombre y dirección del titular del permiso de comercio paralelo. Por lo tanto, concluye que un importador que introduce un producto fitosanitario en un Estado miembro mediante un permiso de comercio paralelo tiene la facultad de sustituir el nombre y la dirección del titular de la autorización en el Estado miembro de origen por su propio nombre y dirección en el envase de dicho producto.

iii. Posibilidad de modificar el número de lote asignado por el productor: Según el punto 1, letra f), del anexo I del Reglamento 547/2011, el número de lote del preparado y la fecha de producción deben figurar de manera clara e indeleble en el envase de dichos productos.

   El TJUE define el número de lote como aquel asignado inicialmente por el fabricante al producto fitosanitario. En consecuencia, considera que resultaría contraria al objetivo perseguido por el Reglamento 1107/2009 cualquier regulación nacional que permita a un im-

portador paralelo reemplazar, en el envase de un producto fitosanitario sujeto a comercio paralelo, el número de lote inicial del preparado por su propio número de identificación, incluso si esta regulación exige al importador paralelo llevar registros que muestren la correlación entre los números de los lotes iniciales y los números de identificación personal del importador paralelo.

En virtud de lo anterior, el TJUE concluye que un importador que introduce un producto fitosanitario en un Estado miembro mediante un permiso de comercio paralelo debe incluir en el envase de dicho producto el número de lote asignado inicialmente por el productor.

[España]

Autorización de comercialización de medicamento. Denegación

Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de octubre de 2023

En esta sentencia, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo se pronuncia acerca de la resolución de 13 de diciembre de 2022, de la directora de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios ("AEMPS"), desestimando el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la AEMPS de 17 de febrero de 2022, que denegó la autorización de comercialización del medicamento homeopático Dr. Reckeweg R42 Inject 2g solución inyectable, n.º 2019/000547, solicitada por Pharmazeutische Fabrik Dr. Reckeweg & Co. GMBH ("Pharmazeutische").

Pharmazeutische argumentó que la denegación de la autorización de su medicamento homeopático era incorrecta por los siguientes motivos.

i. La resolución incurre en arbitrariedad por falta de motivación. Pharmazeutische considera que el dosier presentado era suficiente para obtener la autorización de comercialización.

ii. La solicitud de autorización de comercialización de Pharmazeutische no era una solicitud de autorización *ex novo*, sino una renovación correspondiente a un producto ya comercializado legalmente en España desde 1994, conforme a lo establecido en la Orden SSI/425/2018, de 27 de abril. Pharmazeutische sostiene que la AEMPS trató la solicitud como una solicitud inicial y prescindió totalmente del procedimiento legalmente establecido, generando indefensión a la empresa.

iii. La AEMPS infringe el principio de reconocimiento mutuo, puesto que el medicamento homeopático ya estaba autorizado en Alemania con el mismo dosier presentado en España. Según la empresa, esto debería conllevar la autorización automática de su comercialización en España.

iv. El balance riesgo-beneficio que realiza la resolución es erróneo, ya que, en realidad, se refiere exclusivamente a cuestiones de farmacovigilancia.

El Juzgado desestima la demanda y fundamenta su decisión en los siguientes argumentos.

i. Sobre la suficiencia del dossier de solicitud y la supuesta falta de motivación

El Juzgado sostiene que el dosier no era suficiente, con base en lo argumentado en el informe de evaluación de eficacia del Departamento de Medicamentos de Uso Humano con fecha 17 de marzo de 2021. El medicamento se presentó sin indicación terapéutica para administración inyectable, lo que impide respaldar su seguridad y eficacia.

Además, un segundo informe de evaluación de calidad consideró que el medicamento homeopático representa un riesgo para la seguridad. Se destaca el riesgo de transmisión de virus patógenos a partir de los materiales de origen animal presentes en el producto en evaluación, y se argumenta que deberían implementarse medidas suficientes para minimizar este riesgo, como la presentación de estudios de validación viral.

ii. Sobre la inadecuación de la tramitación de un procedimiento de autorización *ex novo* por tratarse de un producto ya comercializado

El Juzgado destaca que el medicamento homeopático no contaba con una autorización previa, ya que, según el Real Decreto 2208/1994, de 16 de noviembre, estos requieren una autorización previa del Ministerio de Sanidad para su comercialización. No obstante, el mencionado real decreto permitía que los medicamentos homeopáticos disponibles en el mercado en su entrada en vigor pudieran mantener su situación de manera provisional, siempre y cuando presentaran la documentación de solicitud de autorización y registro correspondiente en los seis meses siguientes a la entrada en vigor. En caso de presentar la solicitud en plazo, la situación provisional se mantendría hasta que el Ministerio emitiera una respuesta, considerándose el silencio como una respuesta negativa. En resumen, la situación del medicamento homeopático era transitoria y no confería titularidad de una autorización.

Por otra parte, el Juzgado argumenta que no ha habido indefensión ni incongruencia, ya que Pharmazeutische utilizó el término *autorización de venta* en el expediente administrativo y en la subsanación de este. Al solicitar iniciar un procedimiento de autorización de comercialización del medicamento, la denegación de dicha autorización es coherente con lo solicitado.

iii. Sobre la alegada infracción del principio de reconocimiento mutuo

El Juzgado determina que se desconoce si se presentó el mismo dosier en España que el ya aprobado en Alemania. Además, destaca que, por regla general, un medicamento no puede ser comercializado sin la autorización emitida por la autoridad competente del Estado miembro en cuestión. El sistema de reconocimiento mutuo, regulado por la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, requiere estrictos requisitos. En particular, el reconocimiento mutuo de un medicamento por un Estado miembro no se produce automáticamente solo porque haya sido autorizado en otro Estado miembro, incluso con la misma documentación de respaldo que presenta el solicitante. Se ha de seguir un pro-

cedimiento específico, que implica la designación por parte del solicitante de un Estado de referencia, la elaboración de un informe de evaluación por parte de este último que se envía a los demás Estados miembros, y un procedimiento que concluye con el acuerdo general entre los diferentes Estados.

iv. Sobre la inadecuada valoración del balance riesgo-beneficio en un medicamento sin indicación terapéutica

El Juzgado señala que la definición del balance riesgo-beneficio se encuentra en el artículo 10.2 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio. Según esta norma, el riesgo-beneficio no se limita únicamente a las señales de farmacovigilancia, sino que abarca una pluralidad de factores. La falta de justificación suficiente de la eficacia terapéutica, según los informes oficiales y no desvirtuada por prueba en contrario, constituye una de las razones de denegación. En consecuencia, no se observa una inadecuada valoración del balance beneficio-riesgo en este caso específico.

Régimen sancionador aplicable a las infracciones en materia de medicamentos. Aplicación de la normativa estatal o la normativa autonómica

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

Esta sentencia dirime un recurso de casación presentado por una particular contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 9 de julio de 2021, que confirmó una sanción de 65.000 € impuesta a la recurrente como autora de una infracción del artículo 111.2.b) 8.ª del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento ("Ley de Garantías").

La infracción consistía en el incumplimiento por parte del director técnico y demás personal de ciertas obligaciones que incumben a sus cargos, y en particular las reguladas en el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación ("Real Decreto 1718/2010"). En concreto, se hallaron 121 tarjetas sanitarias originales en la oficina de farmacia, cuando la obligación del farmacéutico es devolver la tarjeta inmediatamente después de su uso para acceder al sistema de receta electrónica e identificar al paciente. Además, no se pudo justificar esta conducta alegando el olvido de los pacientes o la necesidad de realizar un seguimiento, ni tampoco la voluntariedad otorgada por los pacientes de manera verbal o escrita, dada la cantidad elevada de tarjetas sanitarias que presentaban esta irregularidad.

Asimismo, se encontraron en la oficina 54 cupones-precinto de medicamentos que, después de la dispensación, no se adhirieron a la receta en papel correspondiente ni a las hojas de recogida correspondientes en el caso de recetas electrónicas. Tras la revisión de las hojas de cupón-precinto, se constató que faltaban nueve de ellos como justificantes de las dispensaciones. Finalmente, el expediente demostró que el día 12 de julio de 2018, la titular de la oficina de farmacia poseía 97 fotocopias de tarjetas sanitarias de pacientes, así como otra información personal relacionada con estos, como nombres, direcciones y números de teléfono.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideró que la actividad de la oficina de farmacia, que incluye la dispensación y el control y gestión de los documentos sanitarios que permiten el acceso a la medicación, constituye un acto de dispensación sujeto al régimen sancionador previsto en la Ley de Garantías. Esto se debe a que afecta a las condiciones de dispensación de medicamentos, su trazabilidad, obligaciones de comunicación y actuaciones posteriores a la dispensación para su facturación, y estas condiciones forman parte de la legislación sobre productos farmacéuticos, sobre la cual el Estado tiene competencia exclusiva, según el artículo 149.1.16 de la Constitución española.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia rechazó el argumento de la demandante respecto a la caducidad del expediente sancionador. La alegación se basaba en que el procedimiento caducó debido a que su tramitación superó los tres meses establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin considerar la normativa gallega, específicamente el artículo 38 de la Ley 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación de Galicia, que fijaba un plazo de seis meses (actualmente, rige la Ley 3/2019, de 2 de julio, de ordenación farmacéutica de Galicia, cuyo plazo es de nueve meses). La sentencia también rechazó lo que la demandante consideraba un contrasentido: aplicar la norma estatal en lo sustantivo y la normativa autonómica en lo procedimental, argumentando que son aspectos distintos (uno referente a los hechos sancionados y el otro a cuestiones procedimentales o formales reguladas por la normativa autonómica).

Ante esta sentencia, la recurrente mantuvo que el acto de dispensación está sujeto al régimen sancionador de la normativa autonómica sobre ordenación farmacéutica (es decir, la Ley 3/2019, de 2 de julio, de ordenación farmacéutica de Galicia). Además, argumentó que si se aplica la Ley de Garantías no puede aplicarse la legislación autonómica en cuanto al plazo de caducidad del procedimiento sancionador, que prevé un plazo de seis meses frente a los tres meses que se derivan de la legislación estatal. La recurrente sostiene que si se aplica la Ley de Garantías rige la remisión a la Ley 39/2015, que establece un plazo de tres meses en su artículo 21.3.

En su sentencia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso presentado por la recurrente basándose en los argumentos que se indican a continuación.

i. Sobre el régimen sancionador aplicable:

   En situaciones en las que una oficina de farmacia dispensa un fármaco sin aportar recetas, o lo hace de manera inadecuada, o no registra debidamente la dispensación, surge la cuestión de si ello constituye una infracción del artículo 86 de la Ley de Garantías, o si dicha infracción se rige por el régimen sancionador sobre ordenación farmacéutica establecido en la ley autonómica correspondiente.

   El Tribunal señala que el artículo 86 de la Ley de Garantías regula la relación entre el farmacéutico que dispensa y el médico que prescribe, incluyendo aspectos de uso racional de medicamentos mediante la dispensación informada y dosificación. Se centra en la dispensación como acto del farmacéutico vinculado a la tutela de la salud. Por su parte, las comunidades autónomas tienen competencia para la ordenación farmacéutica, al atender

aspectos relacionados con el régimen organizativo de la farmacia y la dispensación de medicamentos, como su autorización y funcionamiento.

La cuestión de interés casacional plantea la interpretación de infracciones cometidas durante la dispensación farmacéutica y si deben calificarse bajo el régimen estatal o autonómico. La decisión dependerá de si la infracción afecta a la salud de las personas en términos de atención farmacéutica o si se trata de actos que afectan a la administración o gestión de las oficinas de farmacia.

En el caso específico, la sentencia de instancia determina que las infracciones cometidas por la recurrente no se limitaron a la gestión de recetas, sino que afectaron a las garantías asociadas a la dispensación de medicamentos según el artículo 86 de la Ley de Garantías. Como resultado, se desestima el recurso de casación y se aplica el régimen sancionador de la Ley de Garantías.

ii. Sobre la caducidad del expediente sancionador:

En caso de aplicarse la Ley de Garantías, la propia ley, en su artículo 110.4, dispone que al régimen sancionador y en lo no previsto, será de aplicación lo establecido por el título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (actualmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Dado que ni la Ley 30/1992 ni las leyes 39 y 40/2015 establecen un plazo de duración para los procedimientos sancionadores, se debe atender a la regla general del artículo 21.3 de la Ley 39/2015, que es una norma básica. Este artículo establece que "*cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses*".

En resumen, el artículo 21.3 de la Ley 39/2015 es aplicable a menos que la normativa autonómica establezca un plazo distinto para los procedimientos sancionadores. Dado que la Ley 3/2019, de 2 de julio, de ordenación farmacéutica de Galicia salva expresamente la aplicación del régimen sancionador de la Ley de Garantías, especialmente en referencia a las exigencias y procedimientos para la dispensación y/o facturación de las recetas oficiales (artículo 75.2 y 77.4.h), y fija un plazo de nueve meses para la resolución del procedimiento sancionador (párrafo segundo del artículo 75.2, en relación con el artículo 83), este es el plazo aplicable.

Sistema de venta directa a profesionales sanitarios. Régimen sancionador. Principio de tipicidad. Aplicabilidad del término *director técnico* al titular de una oficina de farmacia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de diciembre

En esta sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (la "Sala" o "TS") resuelve el recurso de casación interpuesto por la titular de una oficina de farmacia de Vigo contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que confirma la resolución dictada por la Consejería de Sanidad que le impone una sanción de 60.001 euros, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 111.2.b) 8.ª y 114 de la Ley de Garantías.

El motivo de la sanción es suministrar el medicamento a un profesional sanitario (médico) que regentaba una clínica de tratamiento de la obesidad, empleando para ello, no el sistema de venta directa que fija la disposición adicional tercera del Real Decreto 782/2013, de 11 de octubre, sobre distribución de medicamentos de uso humano, sino el de receta médica de venta a particulares que contiene el Real Decreto 1718/2010, de 17 de octubre, sobre recetas médicas y órdenes de dispensación.

La Consejería de Sanidad aplicó el tipo infractor regulado en el artículo 111.2.b) 8.ª de la Ley de Garantías ("*Incumplir, el director técnico y demás personal, las obligaciones que competen a sus cargos*") e impuso a la titular de la farmacia una sanción económica de las previstas en el artículo 114.1.b, en su grado medio (60.001 euros), considerando que el término *director técnico* es aplicable no solo a los directores técnicos titulares de los establecimientos de distribución, como estipula el artículo 70 de la Ley de Garantías, sino también a los farmacéuticos titulares de las oficinas de farmacias.

La recurrente alega ante el Tribunal Supremo que la resolución sancionadora incurre en un error de tipificación, ya que las figuras del *farmacéutico titular* de la oficina de farmacia y de *director técnico* de entidades de distribución son conceptos diferenciados en la legislación, cada uno con sus funciones separadas e incompatibles. Por ello, el incumplimiento por el director técnico y demás personal de las obligaciones que competen a sus cargos, definido como infracción en el artículo 111.2.b) 8.ª, solo puede estar referido al director técnico encargado de los establecimientos de distribución.

Según la recurrente, incluir en ese tipo legal al farmacéutico titular de la oficina de farmacia por el incumplimiento de las obligaciones que competen a su cargo, contraviene, por una parte, la normativa sectorial, donde ambos profesionales están claramente diferenciados y en muchos casos referidos específicamente a los centros en donde desarrollan su trabajo, de manera que solo deben ser aplicables a ambas categorías los tipos infractores que así lo establezcan con prohibiciones comunes; y, por otra parte, los principios de legalidad, taxatividad y prohibición general de la analogía del derecho administrativo sancionador, al estar extendiéndose los tipos sancionadores a supuestos que no quedan comprendidos en su sentido literal.

La Consejería de Sanidad argumenta que el concepto de *director técnico* no es exclusivo del ámbito de la distribución farmacéutica. Desde un punto de vista literal, cita dos ejemplos de normas sectoriales que respaldan esta idea: la Ley 3/2019, de 2 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Galicia, que establece "(...) *la condición de copropietario/a conlleva necesariamente la adquisición de la condición de cotitular y viceversa, así como la de director/a técnico/a de la oficina de farmacia*"; y la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, que dispone que "*se entiende por director técnico de la oficina de farmacia al farmacéutico titular propietario de ella, sin el cual no podrá ser autorizada ni procederse a su apertura*".

La equiparación de los términos se refleja también en la terminología empleada por la propia Ley de Garantías al definir las infracciones. En efecto, el artículo 111, regulador de las infracciones que afectan a medicamentos, utiliza la expresión *director técnico*, siendo evidente que no pretende excluir a los titulares de las oficinas de farmacia, cuya intervención —en materia de medicamentos— es, defiende la Consejería, "*más relevante incluso que la de las entidades de distribución*".

En cambio, cuando se trata de los artículos 112 y 113, reguladores de las infracciones aplicables a productos sanitarios, cosméticos y de cuidado personal, la Ley de Garantías emplea los términos *responsable técnico* y *persona responsable*.

Una vez vistos los escritos de ambas partes, la Sala acoge los argumentos de la Consejería de Sanidad y desestima el recurso de casación.

En primer lugar, explica que la venta directa a profesionales es una actividad equiparable a la de distribución de medicamentos y, por tanto, la actuación del farmacéutico titular lo es también a la de un director técnico de establecimiento de suministro o distribución.

Es cierto que la expresión *director técnico* solo se emplea por la Ley de Garantías al regular las entidades de distribución, mientras que cuando regula la oficina de farmacia alude a *farmacéutico*. No obstante, el artículo 86.1 de la Ley de Garantías se refiere al farmacéutico como el responsable de dispensar medicamentos a los ciudadanos y velar por las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción.

Por tanto, cuando lo que el farmacéutico hace no es estrictamente dispensar medicamentos (a personas individualmente), sino otra actividad legalmente impuesta (como la de venta directa), no puede considerarse que las decisiones de la Consejería de Sanidad y del Tribunal Superior de Justicia recurridas resulten contrarias a una lógica interpretativa que pretende salvaguardar los principios de uso racional de los medicamentos. En ambos casos, la distribución típica y la distribución por venta directa a profesionales, están en juego las mismas garantías del uso del medicamento —protección de la salud de las personas— y por ello la igualdad de responsabilidad en la actuación debe estar sujeta a la misma responsabilidad en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

En definitiva, la Sala resuelve que el farmacéutico titular de la oficina de farmacia tiene la consideración de director técnico de ella a los efectos del régimen sancionador previsto en la Ley de Garantías.

9 de enero de 2024

Tributario

Tributario*

9 de enero de 2024

1. Legislación

[Portugal]

Programa "Mais Habitação"

Lei n.º 56/2023, de 6 de outubro (DR 194, Série I, de 6 de outubro de 2023)

A lei em referência veio introduzir diversas alterações com relevância fiscal, entre as quais se destacam as seguintes:

i. Foi criada uma nova contribuição extraordinária sobre os estabelecimentos locais ("CEAL") que incide sobre os apartamentos e estabelecimentos de hospedagem integrados numa fração autónoma de edifício em alojamento local e que deve ser paga pelos titulares da exploração do imóvel afeto a alojamento local e, subsidiariamente, pelo proprietário do imóvel. A CEAL corresponderá a uma taxa de 15%, aplicável sobre um valor resultante da aplicação de dois coeficientes — o coeficiente económico e o coeficiente de pressão urbanística à área bruta privativa dos imóveis habitacionais sobre os quais incide o CEAL. A lei em referência prevê uma isenção da CEAL aplicável aos imóveis habitacionais que não constituam frações autónomas, nem partes ou divisões suscetíveis de utilização independente, e ainda às unidades de alojamento local em habitação própria e permanente ("HPP") desde que a exploração não ultrapasse um período de 120 dias por ano;

ii. Em sede de impostos sobre o rendimento, imposto sobre o rendimento das pessoas singulares ("IRS") e imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas ("IRC"), a lei em análise aditou novos requisitos para efeitos de aplicação da exclusão de tributação de mais-valias imobiliárias provenientes de HPP e que sejam reinvestidas em HPP e, em particular, passa a exigir-se: a) que o imóvel tenha sido destinado à HPP do sujeito passivo ou do seu agregado familiar pelo menos nos vinte e quatro meses anteriores à transmissão; b) que o sujeito passivo tenha fixado o seu domicílio fiscal no imóvel alienado; e, c) que o sujeito passivo não tenha beneficiado do regime de reinvestimento no ano do apuramento da

* 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).

mais-valia, nem nos três anos anteriores. Com a entrada em vigor da lei em referência passa a prever-se que estão isentas de tributação, ainda que sujeitas a englobamento para determinação da taxa aplicável em IRS e em IRC, as mais-valias decorrentes da alienação de imóveis habitacionais ao Estado, com exceção: a) das mais-valias resultantes da alienação de imóveis habitacionais através do exercício de direito de preferência pelo Estado; e, b) das mais-valias auferidas por sujeito passivo com domicilio fiscal em território sujeito a regime fiscal mais favorável. Ademais, a lei em análise prevê a suspensão por dois anos, com efeitos a 1 de janeiro de 2020, da contagem do prazo para reinvestimento. Por fim, passa a prever-se uma exclusão de tributação aplicável às mais-valias provenientes da alienação de terrenos para construção e de imóveis habitacionais que não sejam HPP, desde que a mesma ocorra entre 1 de janeiro de 2022 e 31 de dezembro de 2024, nos casos em que: a) o imóvel não seja HPP do sujeito passivo ou do seu agregado familiar; e, b) o valor de realização, deduzido da amortização de eventual empréstimo contraído para aquisição do imóvel seja aplicado na amortização de capital em dívida em crédito à habitação destinado a HPP do sujeito passivo ou dos seus descendentes, devendo essa amortização ocorrer nos três meses posteriores à venda ou nos três meses posteriores à entrada em vigor da lei nos casos em que a mesma ocorra entre 1 de janeiro de 2022 e a data da entrada em vigor da lei. No que aos rendimentos prediais diz respeito, a lei em referência prevê a redução da taxa fixa de IRS aplicável ao arrendamento habitacional, de 28% para 25%; e a redução da referida taxa em função da duração do contrato de arrendamento para HPP (no caso de contratos com duração entre cinco e dez anos a taxa de IRS aplicável passa a ser de 15%, podendo chegar aos 5% caso existam cinco renovações pelo mesmo período, sendo que nos contratos com duração compreendida entre os dez e os vinte anos a taxa de IRS aplicável será de 10% e nos contratos com duração superior a vinte anos, assim como nos contratos de direito real de habitação duradoura, a referida taxa será de 5%) e, bem assim, passa a estabelecer uma isenção de IRS e de IRC aplicável aos rendimentos prediais obtidos até 31 de dezembro de 2029 aos rendimentos prediais resultantes de contratos de arrendamento para HPP desde que os imóveis estejam previamente afetos à exploração de estabelecimentos de alojamento local, estejam registados como tal até 31 de dezembro de 2022 e que o contrato de arrendamento para habitação permanente seja celebrado e registado junto da AT até 31 de dezembro de 2024;

iii. Em sede de imposto municipal sobre a transmissão onerosa de imóveis ("IMT") a lei encurtou, de três anos para um ano, o prazo de revenda para efeitos da manutenção da isenção de IMT de compra para revenda, passando a estabelecer que em caso de caducidade da referida isenção o imposto são devidos juros compensatórios desde a data da aquisição. A lei em referência estabelece ainda que para efeitos de caducidade da isenção de compra para revenda considera-se que foi dado destino diferente ao da revenda nos casos de conclusão de obras, de edificação ou de melhoramento, ou outras alterações que possam determinar variação do valor patrimonial tributário dos imóveis adquiridos com intenção de revenda. Passa a prever-se uma isenção de IMT aplicável às aquisições de prédios urbanos ou frações autónomas adquiridos, reabilitados ou construídos para afetação ao programa de apoio ao arrendamento e às aquisições de terrenos para construção destinados à construção de imóveis habitacionais, desde que 70% do prédio em propriedade horizontal, ou a totalidade do prédio em propriedade total ou frações autónomas seja afeto ao referido

programa e que essa afetação seja certificada pela entidade competente, iniciando-se no prazo de dois anos após a aquisição o procedimento de controlo prévio para obras de construção de imóveis habitacionais.

iv. Relativamente ao imposto municipal sobre imóveis ("IMI"), a lei em análise estabelece uma isenção de IMI aplicável aos prédios urbanos ou frações autónomas adquiridos, reabilitados ou construídos para afetação ao programa de apoio ao arrendamento por um período de três anos, podendo ser renovado, por mais cinco anos, a pedido do proprietário. A lei estabelece, igualmente, as seguintes medidas com relevância fiscal: a) o aumento da majoração, do dobro para o triplo, da taxa aplicável aos prédios rústicos com áreas florestais que se encontrem em situação de abandono, mediante deliberação da assembleia municipal; b) a aplicação aos estabelecimentos de alojamento local de um coeficiente de vetustez de 1 ao invés do coeficiente de vetustez aplicável em função da idade do imóvel; c) o agravamento para o décuplo da taxa de IMI prevista para os prédios urbanos ou frações autónomas que se encontrem devolutos há mais de um ano, prédios em ruínas e terrenos para construção inseridos no solo urbano e aptos para o uso habitacional, sempre que se localizem em zonas de pressão urbanística; e, d) a eliminação do regime de suspensão da tributação anteriormente aplicável aos terrenos para construção que figurassem no inventário de empresa cujo objeto fosse a construção de edifícios para venda ou a venda de imóveis; e, e) estabelece uma isenção de IMI aplicável aos terrenos para construção destinados a habitação e aos prédios habitacionais nos casos em que o procedimento de controlo prévio para obras de construção e o procedimento de controlo prévio para utilização habitacional tenha sido iniciado mas não exista ainda decisão final;

v. Em sede de imposto sobre o valor acrescentado ("IVA"), a lei em análise promove alterações às verbas 2.18 e 2.23 do Código do IVA e, em particular: a) procede ao alargamento do âmbito de aplicação da verba 2.18 às empreitadas de construção ou reabilitação de imóveis de habitação para arrendamento acessível nos termos definidos em portaria do membro do Governo responsável pela área da habitação; e, b) altera o âmbito de aplicação da verba 2.23 que passa a abranger as empreitadas de reabilitação de edifícios, de construção ou de reabilitação de equipamentos de utilização coletiva de natureza pública quando, em qualquer dos casos, digam respeito a imóveis localizados em área de reabilitação urbana, delimitada nos termos legais, ou integrem operações de requalificação e reabilitação de reconhecido interesse público nacional.

IRS - IRC - Coeficientes de desvalorização da moeda

Portaria n.º 340/2023, de 8 de novembro (DR 216, Série I, de 8 de novembro de 2023)

A Portaria em referência procede à atualização anual dos coeficientes de desvalorização da moeda a aplicar aos bens e direitos alienados durante o ano de 2023, para efeitos da correção monetária dos valores de aquisição de determinados bens e direitos, nos termos dos artigos 47.º do Código do IRC e 50.º do Código do IRS.

2. Jurisprudencia

[España]

Procedimientos tributarios

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2023 (Rec. 5112/2021). Diferencia entre una actuación fraudulenta conducente a la ocultación y una simple discrepancia jurídica a efectos del tipo previsto en el artículo 305 del Código Penal

El Tribunal Supremo confirma la absolución del contribuyente del IRPF (y de sus asesores fiscales) que cedió la explotación de sus derechos de imagen a una sociedad no residente, al no apreciar en dicha actuación ninguna conducta defraudatoria merecedora de reproche penal.

El contribuyente, conocido futbolista, cedió la explotación de sus derechos de imagen a una sociedad residente en la isla portuguesa de Madeira. A juicio de la Administración y del Ministerio Fiscal, se trató de un negocio jurídico simulado, concebido como estrategia para defraudar a la Hacienda Pública española, mediante la creación de un entramado societario artificioso, ocultando de esta forma la correcta tributación por el IRPF de los rendimientos asociados a los derechos de imagen del futbolista.

La sentencia no entra a revisar y valorar de nuevo los hechos y, en particular, la existencia de simulación o dolo en la cesión de los derechos de imagen, pues se trata de una cuestión de prueba sobre la que ya se pronunciaron los tribunales de instancia en el sentido de que dicha cesión era real, no simulada, y se hizo a favor de una sociedad con actividad, no ficticia y cuya constitución no estuvo torticeramente amparada en defraudar a la Hacienda Pública.

Centrado el debate jurídico acerca de la correcta interpretación del artículo 305 del Código Penal, la sentencia subraya la importancia de deslindar aquellos supuestos en los que la prueba evidencia una actuación del contribuyente fraudulenta, conducente a la ocultación de los rendimientos económicos, que es algo que exige el artículo 305 del Código Penal, y aquellos otros en los que esos rendimientos han sido declarados.

La sentencia concluye que en el caso se está ante una controversia jurídica entre la inspección de Hacienda y el contribuyente, que entiende que el marco normativo vigente le permite una liquidación tributaria más beneficiosa, de modo que, al no apreciar ninguna conducta dolosa en su actuación, ya sea por acción u omisión, el Tribunal Supremo absuelve definitivamente al futbolista, confirmando las sentencias de instancia.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2023 (Rec. 2453/2022). La base de las sanciones por solicitar indebidamente devoluciones y por determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes no se ve afectada por el reconocimiento concurrente del derecho a la devolución de ingresos indebidos

La base de las sanciones previstas en los artículos 194.1 y 195.1 de la Ley General Tributaria en aquellos supuestos en los que concurre en favor del infractor el derecho a obtener una devolución de ingresos indebidos debe cuantificarse, respectivamente, por el importe de la cantidad indebidamente solicitada o improcedentemente determinada o acreditada, al margen de dicha devolución.

El Tribunal Supremo analiza cómo debe calcularse la base de las sanciones tipificadas en los artículos 194.1, para la infracción consistente en solicitar indebidamente devoluciones derivadas de la normativa de un tributo, y 195.1, para la consistente en determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes, de la Ley General Tributaria. En concreto, se plantaba si la base de las sanciones debe cuantificarse por el importe cuya devolución, determinación o acreditación se produce de forma indebida, con independencia de cualquier otra circunstancia, o si dicha cantidad debe minorarse en el importe de la devolución de ingresos indebidos concurrente.

El Tribunal Supremo recuerda que estas infracciones, calificadas por la doctrina como "de peligro", se perfeccionan aunque no se llegue a producir una falta de ingreso o una salida de caja del Tesoro Público en el futuro como consecuencia de la solicitud indebida de la devolución o de la aplicación de las cantidades improcedentemente determinadas o acreditadas, y concluye que la base de las sanciones debe cuantificarse, respectivamente, por el importe de la cantidad indebidamente solicitada o por el de la cantidad improcedentemente determinada o acreditada, independientemente de que el contribuyente tenga derecho a obtener una devolución de ingresos indebidos, sin que esta conclusión sea contraria al principio de proporcionalidad, confirmando así la sanción impuesta por la Administración.

El caso enjuiciado responde a una regularización por simulación, en el que la Administración consideró que la sociedad comprobada en realidad no desarrollaba operaciones económicas y que, por tanto, no tenía la condición de sujeto pasivo del IVA. Este entendimiento llevó a negar el derecho a la deducción de las cuotas de IVA soportadas y a reconocer la improcedencia de la repercusión de las cuotas de IVA soportadas, y por ende, su devolución como ingresos indebidos. Sin embargo, a pesar de reconocer la devolución solicitada por la sociedad, la Administración le impuso a la sociedad las correspondientes sanciones por concurrir las infracciones de los artículos 194.1 y 195.1 de la Ley General Tributaria, sanciones que fueron calculadas sobre la base de las cantidades indebidamente solicitadas e improcedentemente acreditadas, respectivamente, sin descontar los importes efectivamente devueltos a la sociedad.

Impuesto sobre Sociedades

Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2023 (Rec. 6519/2021). Aplicación de la deducción por I+D+i generada en ejercicios anteriores

El Tribunal Supremo permite aplicar la deducción por I+D+i generada en ejercicios anteriores, sin necesidad de instar la rectificación de la autoliquidación del ejercicio en la que se generó, aunque tales ejercicios estuvieran prescritos o la deducción no se hubiera incluido en la autoliquidación del ejercicio en la que se generó.

La doctrina tradicional de la Dirección General de Tributos admitía la aplicación de la deducción por I+D+i, generada por la realización de actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica en ejercicios anteriores, sin necesidad de acudir al procedimiento de rectificación de autoliquidaciones. Como ya comentamos en su momento, el criterio administrativo de la Dirección General de Tributos cambió tras las resoluciones números 00-514-2020 RG y 00-4379-2018 RG, de 23 de marzo de 2022, del Tribunal Económico-Administrativo Central.[1]

Las cuestiones de interés casacional que habían justificado la admisión a trámite del recurso de casación en el caso eran dos: si es posible aplicar la deducción por I+D+i generada en ejercicios anteriores (incluyendo ejercicios prescritos), sin que se hubiera consignado la deducción en las autoliquidaciones correspondientes, y si es necesario rectificar las autoliquidaciones anteriores o basta con incluir la deducción en la autoliquidación del ejercicio.

En su pronunciamiento, el Tribunal Supremo no se pronuncia expresamente por las cuestiones que presentaban interés casacional y centra los términos del debate en si la entidad podía ampararse en la doctrina administrativa de la Dirección General de Tributos, por desplegar sus efectos vinculantes frente a la Administración tributaria —como había concluido en la instancia la Audiencia Nacional—, o si ese efecto vinculante quedaba enervado por la ausente identidad de hechos y circunstancias entre el caso y las consultas —como afirmaba la Abogacía del Estado en el recurso de casación—. En este sentido, la Abogacía del Estado entendía que las consultas se refieren a un caso en el que hubo una razón (la pendencia del informe ministerial vinculante sobre el cumplimiento de los requisitos tecnológicos o científicos de la deducción) que justificaba la falta de inclusión en la base de la deducción por I+D+i de los gastos devengados en ejercicios anteriores, mientras que esa justificación estaba ausente en el caso enjuiciado.

La sentencia afirma que existe una identidad total entre la consulta y lo que se examina porque "*lo sustancial y relevante es que debiéndose exigir la consignación en la autoliquidación* (...) *dada la singularidad de la regulación, si es posible la deducción en ejercicios posteriores aún* [sic] *no instando la rectificación*", sin que la existencia de una razón que impidiera la inclusión en el ejercicio en que se realizaron las inversiones resulte relevante. Y una vez afirmada esa identidad, concluye que el apartamiento inspector del criterio de las consultas resulta contrario a "*la regla de los actos propios, y los principios de buena fe y de buena administración*".

Finalmente, el Tribunal Supremo entiende que el hecho de que los gastos se hubieran realizado en un ejercicio prescrito anterior a la introducción del artículo 66 bis por la Ley 34/2015 no es óbice para la comprobación administrativa de actos, operaciones y circunstancias que tuvieron lugar en ejercicios tributarios prescritos con la finalidad de extender sus efectos a los no prescritos.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 30 de octubre de 2023 (Rec. 9295/2021). Reducción por cesión de intangibles (patent box) en grupos de consolidación

Reiterando su criterio, el Tribunal Económico-Administrativo Central deniega la aplicación de la reducción por cesión de intangibles (*patent box*) en aquellas cesiones realizadas entre sociedades

1 Véase *Novedades legislativas y jurisprudenciales en derecho fiscal | Uría Menéndez* publicadas el 20 de julio de 2022, accesible en el siguiente enlace: https://www.uria.com/es/publicaciones/newsletter/1559-tributario.

pertenecientes a un mismo grupo de consolidación fiscal que son calificadas como "esquemas circulares", dado que dan lugar a pagos que, en último término, acaba realizando la propia entidad que creó el intangible.

La resolución citada analiza la posibilidad de aplicar la reducción por cesión de intangibles (*patent box*) entre sociedades de un mismo grupo de consolidación del Impuesto sobre Sociedades en un caso en el que la creadora del intangible, sociedad dominante de un grupo de consolidación, lo aportó a una entidad filial al amparo del régimen fiscal de diferimiento aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, de forma que esa sociedad acabó realizando pagos por la cesión del intangible que ella misma había creado.

La Inspección, calificando la operación como "esquema circular", denegó dicha posibilidad, y parece ser esta aparente artificiosidad la que lleva al Tribunal Económico-Administrativo Central, confirmando pronunciamientos anteriores (resoluciones de fecha 23 de marzo de 2022 y de fecha de 24 de noviembre de 2022), a denegar la aplicación de la deducción. Se afirma así que "*no es posible aplicar el beneficio fiscal de la reducción por cesión de intangibles entre sociedades pertenecientes a un grupo de consolidación fiscal a rentas que surgen de pagos que, en último término, acaba realizando la propia entidad (del grupo) que creó el intangible cuya cesión se retribuye a otra (u otras) entidad del grupo, que fue la que acabó siendo la titular del intangible tras una operación de reestructuración, sin perjuicio de que esta se acoja o no al régimen de diferimiento*" por ser contrario al objetivo que persigue este beneficio fiscal. La resolución deja claro, no obstante, que el hecho de que la cesión se haga dentro del grupo de consolidación fiscal no es óbice para la aplicación de la deducción.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2023 (Rec. 3940/2022). Deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de las retribuciones a los altos directivos de sociedades mercantiles que al mismo tiempo forman parte del Consejo de Administración

El Tribunal Supremo, en línea con su reciente doctrina, confirma la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de las retribuciones a los altos directivos de sociedades mercantiles que, al mismo tiempo, forman parte del Consejo de Administración, siempre y cuando remuneren una prestación de servicios real y efectiva. Asimismo, entiende que la falta de cumplimiento estricto de las formalidades mercantiles no conlleva automáticamente la no deducibilidad del gasto para la sociedad pagadora.

En su anterior sentencia de 27 de junio de 2023 (Rec. 6442/2021), el Tribunal Supremo concluyó que, siempre que consten contabilizadas y sean acordes con los estatutos, las retribuciones percibidas por los administradores no constituyen una liberalidad no deducible y que tampoco era óbice para su deducibilidad el hecho de que no hubieran sido aprobadas por la junta general, siempre que de los estatutos pudiera deducirse la forma de determinar el importe de la retribución. Se consideró que el requisito de aprobación de la junta general no era siquiera exigible al tratarse de una sociedad con un único socio y que, de haberlo sido, su inobservancia no hubiera conllevado automáticamente la calificación del gasto como liberalidad no deducible.

Esa línea jurisprudencial favorable a la deducibilidad del gasto se confirma en esta reciente sentencia de 2 de noviembre de 2023, en la que la sociedad pagadora del gasto no es unipersonal. El Tribunal confirma la deducibilidad de las retribuciones, siempre que estén debidamente contabilizadas y correspondan a servicios reales y efectivos. A juicio del tribunal, no es correcto entender que los pagos realizados por la sociedad a sus administradores se corresponden con el *animus donandi* propio de una liberalidad ni considerarlo como un gasto contrario al ordenamiento jurídico no deducible.

En el caso concreto, se había admitido también como cuestión de interés casacional determinar si el error contable producido (gasto registrado contablemente en un ejercicio posterior al del devengo) podía comprometer la deducibilidad de los gastos correspondientes a estas retribuciones. Se responde a esa cuestión que el error deberá ser subsanado conforme a lo que dispone la contabilidad (NRV 22.ª), lo que supone que el gasto se impute "*directamente en el patrimonio neto, en concreto, en una partida de reservas*", sin que resulte obligado registrar un activo por impuesto diferido del gasto contabilizado.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2023 (Rec. 248/2022). No son deducibles de la cuota del IRPF las retenciones no efectuadas por los pagadores de rendimientos que surgen en un procedimiento tributario en el que se declara la existencia de simulación

El Tribunal Supremo declara que un contribuyente no puede deducirse de la cuota del IRPF las retenciones que no fueron practicadas por los pagadores de unos rendimientos del trabajo que se ponen de manifiesto en una regularización basada en la existencia de simulación en la que se le imputan los ingresos de una entidad interpuesta de la que es socio mayoritario y administrador solidario.

En su sentencia de 27 de octubre de 2023 el Tribunal Supremo analiza si, en una regularización basada en la existencia de simulación y en la que se imputan los ingresos de una sociedad a su socio mayoritario y administrador solidario, puede admitirse, *ex* artículo 99.5 de la Ley del IRPF, la deducibilidad por parte del contribuyente del IRPF de unas retenciones que no fueron practicadas por las sociedades pagadoras de los rendimientos.

Para resolver la cuestión, el Tribunal Supremo se remite a la doctrina jurisprudencial fijada en sus sentencias 1158/2023, de 20 de septiembre de 2023 (rec. cas. 1321/2022), y 1188/2023, de 27 de septiembre de 2023 (rec. cas. 7336/2021), según la cual el artículo 99.5 de la Ley del IRPF se aplica cuando el contribuyente declara en su autoliquidación del IRPF ingresos que no han sido objeto de retención o que lo han sido por importe inferior al debido. Entiende así que no es aplicable cuando la inclusión de las rentas es consecuencia de una regularización administrativa en la que se le exige, íntegramente, la obligación principal, y que el incumplimiento por el retenedor de su obligación de retener resulta jurídicamente irrelevante para modificar la obligación principal que corresponde en exclusiva al contribuyente.

Por tanto, en un caso como el analizado, en el que la causa principal de la regularización es la simulación de la prestación de unos servicios por una entidad interpuesta que conllevó la imputación por la Administración a la persona física como rendimientos del trabajo de los importes facturas por la entidad, no puede admitirse la deducibilidad por parte del obligado al pago del IRPF de unas retenciones que no fueron practicadas por las sociedades pagadoras de los rendimientos y que surgen de una renta descubierta por la actuación inspectora.

[Portugal]

IRC - Eliminação da dupla tributação entre Portugal e Moçambique - Dedução integral do imposto pago na fonte

Acórdão n.º 653/2023, de 10 de outubro de 2023 (Processo n.º 106/2023) - TC

No Acórdão em referência, o Tribunal Constitucional ("TC") foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da norma constante do artigo 91.º, n.º 1, alínea b), do Código do IRC, cuja aplicação foi recusada por um tribunal arbitral com fundamento na sua desconformidade com o disposto no artigo 23.º, n.º 1, alínea a), da Convenção para Evitar a Dupla Tributação celebrada a República Portuguesa e a República de Moçambique ("CDT Portugal-Moçambique").

O TC decidiu que:"[a] *regra de dedução de imposto prevista no artigo 23.º, n.º 1, alínea a), da CDT* não coincide *com a regra prevista no artigo 91.º, n.º 1, alínea b), do Código do IRC, na redação introduzida pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, conduzindo a resultados diferentes. Neste caso, permite-se a dedução de importância equivalente ao imposto pago no estrangeiro, impondo, porém, um limite a esse valor. Todavia, nos termos da CDT há lugar a dedução integral do imposto pago em Moçambique, determinado a partir dos rendimentos brutos ali obtidos, desde que a importância desse modo deduzida não ultrapasse os limites previstos naquela norma convencional*."

Nesta senda, concluiu o TC que "*(...) a aplicação da regra prevista no Código do IRC, conduzindo a menor dedução (...) frustraria parcialmente o objetivo de total eliminação da dupla tributação em situações envolvendo Portugal e Moçambique, objetivo principal prosseguido pela convenção subscrita pelos dois países*". Assim, considerando a prevalência do direito convencional sobre a lei ordinária, a aplicação da norma do Código do IRC deveria ser afastada, aplicando-se a norma constante da CDT Portugal-Moçambique.

O TC julgou, assim, o recurso interposto pelo Ministério Público totalmente improcedente e confirmou a decisão proferida pelo tribunal arbitral que recusou a aplicação do artigo 91.º, n.º 1, alínea b), do Código do IRC por desconformidade com o artigo 23.º, n.º 1, alínea a), da CDT Portugal-Moçambique.

IRC - Preços de transferência - Requalificação de operações ao abrigo do princípio da plena concorrência

Acórdão de 8 de novembro de 2023 (Processo n.º 0134/10.3BEPRT) - STA

No presente acórdão, o Supremo Tribunal Administrativo ("STA") foi chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da (re)qualificação, pela AT, de duas operações realizadas entre entidades de um mesmo grupo, com recurso às normas de preços de transferência.

A Autoridade Tributária e Aduaneira ("AT") interpôs recurso para o STA de uma sentença proferida pelo tribunal administrativo e fiscal do Porto que havia julgado totalmente procedente uma impugnação judicial apresentada por um contribuinte contra as liquidações adicionais de IRC emitidas pela AT com base na referida requalificação.

Estava em causa a análise das seguintes operações realizadas no decurso dos anos de 2006 e 2007: (i) a realização pela sociedade "B" e a favor da sociedade "C" de prestações acessórias de capital, que não venciam juros; e, (ii) a alienação onerosa, pela sociedade "B", dos créditos associados àquelas prestações acessórias à sociedade "D", com diferimento do preço.

A AT, invocando o princípio da plena concorrência, constante do artigo 58.º do Código do IRC em vigor à data dos factos (correspondente ao atual artigo 63.º do Código do IRC), sustentou que (i) a realização de prestações acessórias de capital sem juros deveria ser reconfigurada como um contrato de mútuo oneroso; e, que (ii) o diferimento de pagamento do preço devido pela cessão onerosa dos créditos associados às prestações acessórias devia ser enquadrado como uma concessão de crédito onerosa, tendo, em resultado da referida requalificação, emitido liquidações adicionais de IRC, através das quais repercutiu e tributou os juros que, no entendimento da AT, deviam ter sido cobrados no âmbito das referidas operações.

O STA discordou do entendimento da AT, e decidiu que o regime de preços de transferência constante do artigo 58.º do Código do IRC (correspondente ao atual artigo 63.º do Código do IRC) aplicado pela mesma para requalificar as operações realizadas entre entidades de um mesmo grupo: "(...) *é inadequado e juridicamente incapaz de sustentar*" as correções promovidas pela AT e as liquidações adicionais de IRC emitidas.

O STA rejeitou, assim, o recurso interposto pela AT e, em consequência, confirmou a sentença proferida pelo tribunal de primeira instância.

Uniformização de jurisprudência - Pedido de revisão oficiosa - Termo inicial da contagem dos juros indemnizatórios

Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2023 de 16 de novembro de 2023 (Processo n.º 40/19.6BALSB) - STA

No acórdão em referência, o STA foi, na sequência de recurso com fundamento em oposição de julgados apresentado pela AT, chamado a pronunciar-se sobre a questão do termo inicial da contagem de juros indemnizatórios nos casos em que seja iniciado procedimento de revisão oficiosa.

Na decisão arbitral proferida no processo 445/2018-T que foi objeto de recurso, o tribunal arbitral ordenou a anulação de uma decisão de indeferimento de pedido de revisão oficiosa relativo a liquidações adicionais em sede de Imposto do Selo e, em consequência, condenou a AT a restituir o imposto indevidamente pago pelo sujeito passivo, acrescido de juros indemnizatórios contados desde a data dos pagamentos efetuados até ao processamento do reembolso pela AT.

O STA admitiu o recurso apresentado pela AT e confirmou a posição expressa no acórdão que foi utilizado pela AT como acórdão fundamento, tendo uniformizado jurisprudência no sentido de que os juros indemnizatórios são contados a partir de um ano após a apresentação, pelo contribuinte, de pedido de revisão oficiosa.

Em face do exposto, decidiu o STA julgar procedente o recurso apresentado pela AT e, em consequência, (i) ordenou a anulação da decisão arbitral na parte relativa ao termo inicial relevante para contagem dos juros indemnizatórios; e, (ii) uniformizou a jurisprudência nos seguintes termos: "*só são devidos juros indemnizatórios decorrido um ano após o pedido de promoção da revisão oficiosa e até à data da emissão das respetivas notas de crédito a favor* [do sujeito passivo]".

3. Imposición patrimonial

¿Cambio de criterio sobre los requisitos de acceso a la exención en las participaciones individuales de empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio?

Consulta de la Dirección General de Tributos V2390-23, de 5 de septiembre de 2023

La Dirección General de Tributos establece que el ejercicio de funciones de dirección no se puede cumplir por uno de los miembros del grupo de parentesco, sino por cada titular de acciones individualmente, cuando no se alcanza el umbral del 20 % de participación.

La consulta número V2390-23, de 5 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Tributos parece haber sido interpretada en el sentido de que introduce un cambio de criterio en el régimen de incentivos a la empresa familiar que afectaría, supuestamente, al requisito de ejercicio efectivo de funciones de dirección que resulten remuneradas con una retribución que represente más del 50 % de la totalidad de los rendimientos del trabajo o actividades económicas. Concretamente, sobre la posibilidad de que este requisito lo cumpla cualquier miembro del grupo de parentesco sin que sea necesario que el requisito lo cumpla el titular de las participaciones personalmente.

En relación con el cumplimiento de este requisito, aunque en el pasado algún pronunciamiento judicial abogó por su cumplimiento personal cuando la participación individual era superior al 5 % (STSJ de Madrid de 15.10.2013, rec. 533/2011), esta interpretación restrictiva quedó superada cuando el Tribunal Supremo afirmó que no se exigía que el sujeto que ejerza las funciones de dirección fuera titular de participaciones, pudiendo pertenecer estas al grupo familiar, y que la norma admite que las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de ella puedan cumplirse por al menos una de las personas del grupo (SSTS de 26.5.2016, rec. 4027/2014, y

4098/2014; y de 14.6.2016, rec. 2330/2015). Desde entonces, esta interpretación ha sido asumida de forma constante por la doctrina administrativa, que admite que el requisito de remuneración lo cumpla un miembro del grupo familiar distinto del sujeto pasivo, aunque el sujeto pasivo tenga por sí solo una participación superior al 20 % y el familiar no participe en el capital de la entidad, siempre que este último se encuentre dentro del grupo de parentesco delimitado por la ley: cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado del sujeto pasivo (DGT, consultas números V3278-19, V3393-19, V2587-19, V0036-18 y V2317-17).

Pues bien, en nuestra opinión esta nueva consulta no supone un cambio de criterio que vuelva a restringir el cumplimiento del requisito cuando la participación es individual.

En el supuesto de hecho, se consulta si puede cumplir el requisito el cónyuge, titular del 3,5 % de las acciones en la entidad, de un socio que mantiene solo el 11,50 % de las acciones; es decir, entre los dos, no llegan al 20 % de la participación conjunta. Y siendo así, el centro directivo afirma que "*debe tenerse en cuenta que el precepto de referencia (letra b) del artículo 4.Ocho.Dos de la LIP) distingue dos tipos de participación del sujeto pasivo: la individual del propio sujeto pasivo, que debe alcanzar al menos el 5 por ciento, y la conjunta de dicho sujeto pasivo con lo que se denomina grupo de parentesco, constituido por su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, participación que en este caso debe alcanzar al menos el 20 por ciento, sin que sea necesario que la del sujeto pasivo alcance el 5 por ciento como en la participación individual*" y que, en este caso, "*no podría aplicarse el requisito de la participación conjunta, porque no alcanza el 20 por ciento, pues es solo del 15 por ciento (11,5 por ciento de la consultante más 3,5 por ciento de su cónyuge). En consecuencia, no resulta aplicable lo dispuesto en el párrafo tercero de la letra c) del artículo 4.Ocho.Dos de la LIP, que determina que cuando la participación en la entidad es conjunta con alguna de las personas que integran el grupo de parentesco, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deben cumplirse al menos en una de las personas del citado grupo, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención, precisamente porque no resulta aplicable el requisito de la participación conjunta, sino el de la participación individual del sujeto pasivo*".

Por tanto, esta consulta se limita a recordar que el requisito de ejercicio de funciones directivas lo ha de cumplir individualmente cada sujeto pasivo cuando la participación del grupo familiar es inferior al 20 %. No excluye, sin embargo, que una vez alcanzado ese umbral del 20 %, aunque sea por uno solo de los miembros del grupo, el requisito de participación pueda ser cumplido por cualquier miembro del grupo familiar.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 149/2023, de 7 de noviembre (BOE núm. 301, de 18 de diciembre de 2023). El Pleno del Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el Impuesto sobre Grandes Fortunas

El Pleno del Tribunal Constitucional desestimó el pasado 7 de noviembre el recurso de inconstitucionalidad del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el Impuesto Temporal de Solidaridad sobre Grandes Fortunas ("ITSGF"). Aunque la sentencia todavía no se ha publicado, la nota informativa emitida por el Tribunal Constitucional resume las razones del rechazo de los motivos de inconstitucionalidad que se habían planteado en el recurso:

i. En relación con la vulneración de las garantías procedimentales de tramitación parlamentaria, se considera que la enmienda que introduce el impuesto cumple con el requisito de homogeneidad, puesto que la proposición de ley "*tenía por objeto la creación de dos gravámenes (energético y bancario) cuyo propósito era proveer —al igual que el tributo impugnado— de ingresos públicos con los que afrontar las consecuencias de la crisis energética y de precios causada por la guerra de Ucrania*".

ii. En relación con la vulneración de la autonomía financiera, se considera que el ITSGF es complementario al IP —y, por tanto, no afecta ni interfiere en las competencias autonómicas— por cuanto este último se descuenta para determinar la cuota del ITSGF.

iii. En relación con la infracción de los principios de no confiscatoriedad y capacidad económica, se desestima "*con base en la consolidada doctrina constitucional*" y porque, en este caso, el ITSGF "*solo tendría efecto confiscatorio en caso de agotar el valor del patrimonio* (...) *no la renta generada por los bienes gravados, que es una manifestación distinta de la capacidad económica*".

iv. En relación con la infracción del principio de seguridad jurídica por retroactividad de la norma, se desestima por tratarse —a juicio del Tribunal Constitucional— de un impuesto instantáneo que "*no se aplica en relación con un periodo impositivo, sino solo por referencia a una fecha concreta (31 de diciembre de 2022 y 2023)*".

La sentencia cuenta con el voto particular de cuatro magistrados que entienden que el recurso debió ser estimado por tres de los cuatro motivos anteriores, esto es, porque la enmienda que introduce el impuesto no guarda la conexión mínima de homogeneidad exigible con la proposición de ley, porque es evidente que se neutralizan las bonificaciones en el IP establecidas por algunas comunidades autónomas sin seguir el procedimiento legalmente previsto y porque la aplicación al ejercicio 2022, cuando la tramitación parlamentaria de la norma se inició poco más de un mes antes del devengo, impidió a los sujetos pasivos ordenar sus relaciones económicas con tiempo suficiente, lo que vulnera el principio de seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima.

Quienes impugnaron sus autoliquidaciones del ITSGF deberán reevaluar su posición a la luz de esta sentencia.

4. Imposición indirecta

Impuesto sobre el Valor Añadido. Posibilidad de rectificar las cuotas deducidas o compensadas fuera del plazo de declaración

Resoluciones del TEAC de 24 de octubre de 2023 (RG 6065/2021) y (RG 272/2021)

El Tribunal Económico-Administrativo Central concluye, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el ejercicio del derecho a la deducción de cuotas soportadas del IVA, así como la

compensación del exceso de cuotas soportadas sobre las repercutidas no deducido en períodos anteriores, no son opciones tributarias, sino que constituyen derechos autónomos del contribuyente, de manera que este puede modificar las cuotas deducidas o compensadas en una autoliquidación, siempre que se encuentre dentro del plazo de cuatro años previsto en el artículo 99, apartados tres y cinco, de la Ley del IVA.

En las resoluciones de 24 de octubre de 2023 (RG 6065/2021 y RG 272/2021), el Tribunal Económico-Administrativo Central asume el criterio interpretativo sentado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de febrero de 2023 (rec. cas. n.º 6007/2021 y n.º 6058/2021) en el sentido de que la delimitación conceptual de las opciones tributarias deber realizarse en atención a un doble requisito: uno objetivo —la existencia en la normativa tributaria de una alternativa entre regímenes tributarios distintos y excluyentes— y otro volitivo —la necesidad de que el ejercicio de la opción sea objeto de consignación expresa en la correspondiente declaración o autoliquidación—. De este modo, se excluye la existencia de una opción tributaria cuando el contribuyente ejerza un derecho autónomo, contemplado en la norma jurídica tributaria sin alternativas regulatorias diferentes y excluyentes.

En aplicación de esta jurisprudencia, el TEAC concluye que el ejercicio del derecho a la deducción de cuotas soportadas del IVA, así como la compensación del exceso de cuotas soportadas sobre las repercutidas no deducido en períodos anteriores, constituyen derechos autónomos del contribuyente y no opciones tributarias, pues no se concede por la norma tributaria una alternativa de elección entre regímenes jurídicos tributarios diferentes y excluyentes. Entiende, en consecuencia, que no se pueda impedir al contribuyente modificar o rectificar las cuotas deducidas o compensadas en una autoliquidación, siempre que se haga dentro del plazo de cuatro años previsto en el artículo 99, apartados tres y cinco de la Ley del IVA.

Con estas resoluciones el TEAC modifica su criterio sentado en las resoluciones de 21 de enero de 2016 (RG 09637/2015) y de 20 de enero de 2022 (RG 01035/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023 (Rec. 1588/2022). Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La reducción de capital por condonación de dividendos pasivos que no eran exigibles a esa fecha no da lugar a tributación efectiva por la modalidad Operaciones Societarias

El Tribunal Supremo, en confirmación de su jurisprudencia tradicional sobre la base imponible de Operaciones Societarias, concluye que en una reducción de capital con condonación de dividendos pasivos, cuando todavía no eran exigibles, la base imponible es cero.

El Tribunal Supremo recuerda que las reducciones de capital que no implican devolución de aportaciones a los socios no tienen base imponible no determinan tributación efectiva por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad Operaciones Societarias.

La duda se había planteado respecto del importe de los dividendos pasivos, no exigibles a la fecha de adopción del acuerdo, que la sociedad condona en el marco de una reducción de capital. Revisada la jurisprudencia previa en la materia, el Tribunal Supremo concluye que la condonación

de dividendos pasivos, si no constituyen deuda exigible a la fecha de adopción del acuerdo de reducción de capital, no implica ningún desplazamiento patrimonial efectivo a los socios, de modo que el valor económico para determinar la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Operaciones Societarias, es cero, lo que significa que no entraña tributación efectiva por este impuesto y modalidad.

5. Fiscalidad internacional

Una normativa nacional no puede supeditar la aplicación del régimen especial de diferimiento de las reestructuraciones empresariales al cumplimiento de requisitos no previstos en la Directiva

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena) de 16 de noviembre de 2023 (C318/22)

Una norma nacional que condicione la aplicación del régimen especial de diferimiento a que la escisión parcial conlleve una disminución de la participación del socio de la sociedad transmitente en dicha sociedad o la reducción del capital social de esta es contraria al derecho de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve la cuestión prejudicial planteada por un tribunal húngaro sobre la conformidad de su norma nacional con la Directiva 2009/133/CE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia reitera la doctrina que afirma su competencia para interpretar el derecho de la Unión, incluso cuando este no regula directamente la situación en cuestión, si el legislador nacional, al transponer las disposiciones de una directiva al derecho nacional, ha optado por aplicar el mismo trato a situaciones puramente internas que a las que regula la Directiva.

En segundo lugar, al interpretar los requisitos exigidos en la Directiva para aplicar el régimen común a escisiones parciales, el Tribunal de Justicia analiza si la normativa nacional puede exigir requisitos relativos a la disminución de la participación del socio de la sociedad transmitente en dicha sociedad o a la reducción del capital social de esta. Las autoridades fiscales del Estado miembro en cuestión —en este caso Hungría— habían rechazado que la operación pudiese aplicar el régimen de neutralidad, porque la escisión parcial no había dado lugar a una reducción del capital social de la sociedad transmitente y el socio seguía siendo el único socio de esta última sociedad.

Sobre esta cuestión, la sentencia señala que lo dispuesto en la Directiva únicamente obliga al socio de la sociedad transmitente a no atribuir a la suma de los títulos recibidos y de los títulos poseídos en la sociedad transmitente un valor fiscal superior al valor que los títulos poseídos en el capital de la sociedad transmitente tenían inmediatamente antes de la escisión parcial. En cambio, las disposiciones de la Directiva no supeditan la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la

disminución del valor nominal o del porcentaje de participación del socio de la sociedad transmitente en esta última sociedad, ni al requisito de que la operación de escisión parcial dé lugar a una reducción del capital social de esta y no a una reducción de sus reservas.

Este pronunciamiento puede resultar trascendente en la evaluación de la normativa española reguladora de las escisiones. Conviene recordar que, en el procedimiento de infracción aún en curso —INF(2018)4084—, la Comisión Europea emitió un dictamen motivado en el que entendía que la legislación española condiciona la aplicación del diferimiento a un requisito (que los accionistas de la sociedad escindida reciban la misma proporción de acciones en todas las sociedades resultantes de la escisión, a menos que los activos adquiridos sean ramas de actividad) no previsto en la Directiva que debía ser eliminado.

6. Doutrina Administrativa

[Portugal]

Taxa deduzida de IVA - Alterações às verbas 2.18 e 2.23 introduzidas pelo programa "Mais Habitação"

Ofício-Circulado n.º 25003, de 30 de outubro de 2023 - AT

O Ofício em referência vem, na sequência das alterações às verbas 2.18 e 2.23 do CIVA promovidas pelo programa "Mais Habitação", esclarecer o seguinte:

i. Relativamente à nova redação da verba 2.18 e, em particular, no que diz respeito às empreitadas de construção ou de reabilitação de imóveis habitacionais para arrendamento acessível, a AT esclarece que as mesmas passam a estar sujeitas à taxa reduzida de IVA de 6% desde que estejam certificadas pelo Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana ou pela entidade regional competente se promovido nas Regiões Autónomas dos Açores ou da Madeira, de que estão afetas a arrendamento acessível e representam pelo menos 700/1000 do prédio em propriedade horizontal ou a totalidade do prédio em propriedade total ou em fração autónoma; e,

ii. No que diz respeito à nova redação da verba 2.23, no Ofício em referência a AT afirma que o novo conceito de "reabilitação de edifícios" deixa de abranger as empreitadas que consistam em operações de construção de edifícios novos e, bem assim, que deixam de estar contempladas pela verba as empreitadas de reabilitação urbana em espaços públicos, com exceção das empreitadas de construção ou reabilitação de equipamentos de utilização coletiva de natureza pública.

9 de enero de 2024

Unión Europea

Unión Europea*

9 de enero de 2024

1. Jurisprudencia

El Tribunal de Justicia valida las restricciones a la libre circulación de personas entre Estados miembros con motivo de la pandemia de COVID-19

Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-128/22, BV NORDIC INFO c. Belgische Staat

En su sentencia de 5 de diciembre de 2023, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") respondió a una cuestión prejudicial sobre la interpretación y alcance de la Directiva 2004/38/CE, relativa a los derechos de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la Unión (en adelante, la "Directiva"), así como al Reglamento (UE) 2016/399, que otorga virtualidad al acervo Schengen (en adelante, el "Código de Fronteras"). En esencia, el Tribunal estimó que la Directiva y el Código de Fronteras admiten la restricción de las libertades de circulación y residencia, por motivos de salud pública, en el contexto de la lucha contra la pandemia de COVID-19.

Frente a la prohibición impuesta por el Reino de Bélgica de realizar viajes no esenciales a o desde Estados clasificados como zonas de alto riesgo durante la pandemia, el Tribunal remitente solicitó el pronunciamiento del TJUE sobre la compatibilidad de la legislación controvertida con el derecho de la Unión. El TJUE estimó que las restricciones a la libre circulación y el establecimiento de controles de entrada resultan compatibles con la Directiva y el Código de Fronteras siempre que, de manera clara y precisa, tales limitaciones se establezcan motivadamente mediante normas de rango legal, de manera que su aplicación pueda ser anticipada por los ciudadanos.

El TJUE establece que la normativa en cuestión deberá implementarse de manera no discriminatoria y respetando los principios de efectividad y equivalencia respecto a las disposiciones de derecho de la Unión afectadas. Así, las limitaciones deberán ser recurribles, en vía administrativa o judicial, por los ciudadanos afectados, y deberán ser proporcionales y limitarse a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo perseguido, a saber, la protección de la salud pública.

* 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).

En particular, el TJUE aprecia que el Reino de Bélgica limitó estas restricciones a los viajes no esenciales e impuso controles sanitarios que, sin llegar a ser una inspección fronteriza, contribuyeron a alcanzar el objetivo de protección frente a amenazas acreditadas para la salud pública.

El Tribunal General aclara el estándar probatorio del Consejo, en la aplicación de medidas restrictivas, frente a la invasión rusa de Ucrania

Sentencia del Tribunal General en el asunto T-313/22, Roman Arkadyevich Abramovich c. Consejo de la Unión Europea

En su sentencia de 20 de diciembre de 2023, el Tribunal General ("TG") desestimó el recurso interpuesto por Roman Arkadyevich Abramovich, empresario de nacionalidad rusa, portuguesa e israelí, contra su inclusión en la lista de personas físicas, entidades y organismos sujetos a medidas restrictivas en respuesta a la invasión rusa de Ucrania. En esencia, el TG desestimó las alegaciones del demandante basadas en la falta de motivación y de proporcionalidad de su inclusión en la lista del Consejo, así como en la vulneración de sus derechos fundamentales.

El recurrente estima que su vínculo con el Gobierno de la Federación Rusa no ha quedado acreditado por el Consejo, y que tampoco se le ha informado de los motivos de su inclusión como persona sujeta a medidas restrictivas. En su opinión, el Consejo no aporta pruebas suficientes que fundamenten su inclusión en la lista controvertida. En concreto, el demandante considera que el hecho de ser accionista principal de Evraz, sociedad siderúrgica rusa, no acredita su vinculación con el Gobierno ruso o con los ingresos fiscales de la Federación Rusa en relación con la agresión a Ucrania.

Conforme al TG, del texto de la Decisión (PESC) 2022/429 se deduce que las medidas restrictivas impuestas contra particulares no se basan en el vínculo con el Gobierno de la Federación Rusa, sino únicamente en que sus actividades proporcionan a este una fuente sustancial de ingresos. Ello casa —en opinión del TG— con el objetivo de las medidas restrictivas, a saber, no penalizar a determinadas personas, sino aumentar la presión sobre las autoridades rusas para que cesen las acciones militares emprendidas contra Ucrania.

Por tanto, el Consejo alcanza el estándar probatorio necesario para la aplicación de las medidas restrictivas que recaen sobre el demandante, basándose en su "*carácter influyente*" en razón del control que ejerce sobre la dirección estratégica de Evraz, empresa clave para la economía rusa. Según ha estimado el TG, lo determinante no es la particular contribución o vínculo del demandante con el Gobierno ruso, sino si el sector económico en el que el demandante participa, a través de Evraz, proporciona una fuente sustancial de ingresos al Gobierno ruso. Por tanto, es el sector económico siderúrgico, en el que participa el recurrente, el que se identifica como fuente sustancial de ingresos para la economía rusa.

El Tribunal de Justicia delimita el alcance de la revisión judicial, por los Tribunales nacionales, frente a las investigaciones transfronterizas iniciadas por la Fiscalía Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-281/22, G.K. y otros

En su sentencia de 21 de diciembre de 2023, el TJUE resolvió una cuestión prejudicial relativa al alcance de la revisión, por órganos jurisdiccionales nacionales, de las decisiones adoptadas por la Fiscalía Europea en el marco de una investigación transfronteriza. En esencia, el órgano remitente solicita un pronunciamiento relativo a la revisión judicial de medidas lesivas de derechos fundamentales que, de sustanciarse bajo los procedimientos previstos por el derecho nacional, estarían sometidas a una revisión judicial de pleno alcance.

La petición se sustancia en el contexto de un procedimiento de incautación ordenado por el fiscal europeo delegado ("FED") alemán, pero cuya ejecución corresponde al FED austríaco, designado como asistente por el FED responsable del procedimiento, en tanto que los bienes objeto del procedimiento se encuentran situados en territorio austríaco. El TJUE estima que la revisión del FED asistente deberá limitarse a aquellos aspectos estrictamente relacionados con la implementación de las medidas de investigación transfronterizas. En consecuencia, el derecho nacional aplicable a la adopción y justificación de la medida será el correspondiente al Estado miembro del FED responsable, mientras que su ejecución estará sujeta a las leyes del Estado miembro del FED asistente.

Por otro lado, el Tribunal resuelve que la legalidad de una medida de investigación de carácter transfronteriza, en tanto que lesiva para los derechos fundamentales de los individuos afectados, deberá ser susceptible de revisión judicial conforme a la legislación del Estado miembro del FED responsable. Dicha revisión, en tanto que garantía necesaria de los derechos individuales, tendrá por objeto el examen de la legalidad y proporcionalidad de dichas medidas.

El Tribunal de Justicia rechaza la consideración como "tribunal o corte de justicia" de ciertos órganos de la Administración de Justicia polaca

Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-718/23, Krajowa Rada Sądownictwa

En su sentencia de 21 de diciembre de 2023, el TJUE declaró la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial emitida por el panel adjudicador de la Sala de Control Extraordinario y Asuntos Públicos del Tribunal Supremo polaco (en adelante, el "panel adjudicador" y la "Sala de Control"). En esencia, el TJUE consideró que el mencionado panel no reúne los criterios necesarios para ser considerado como un órgano judicial, independiente e imparcial, establecido por ley.

Concretamente, el TJUE basa su apreciación en el vínculo de los miembros de este panel con el Consejo Nacional de la Magistratura (por sus siglas en polaco, "KRS"), órgano que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") y del propio TJUE, no presenta garantías de independencia frente a los poderes legislativo y ejecutivo. En consecuencia, su capacidad para nombrar a candidatos independientes e imparciales a los órganos del Tribunal Supremo polaco —incluyendo al panel de adjudicación, como parte de la Sala de Control— queda menoscabada.

La sentencia del TJUE supone un nuevo revés a la consideración de determinados jueces en Polonia como independientes e imparciales, en este caso, los miembros del panel adjudicador. Conforme estima el TJUE, el sistema de designación de los jueces del panel adjudicador, dependiente en última instancia del KRS, impide a este órgano ofrecer garantías de independencia e imparcialidad de sus miembros. El TJUE recalca que, como ya fue establecido por la jurisprudencia del TEDH, las condiciones de este proceso de nombramiento suscitan serias dudas respecto del cumplimiento de los estándares exigibles a la justicia en un Estado democrático de Derecho.

2. Otros

El Consejo y el Parlamento Europeo alcanzan un acuerdo provisional sobre la propuesta relativa a normas armonizadas en materia de inteligencia artificial

El 9 de diciembre de 2023, el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzaron un acuerdo provisional sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial (el "Reglamento"). La nueva propuesta adapta las medidas *ex ante* al nivel de riesgo presentado por cada sistema de inteligencia artificial ("IA"), con el objetivo de garantizar la seguridad de estos sistemas y su respeto a los derechos fundamentales. El acuerdo, que deberá ser formalizado por ambas instituciones, fija un período de dos años para la entrada en vigor del futuro Reglamento.

Concretamente, el acuerdo introduce nuevas normas sobre modelos de IA calificados como de alto riesgo, refuerza el sistema de gobernanza que otorga competencias de ejecución a la Unión, amplía la lista de prohibiciones e impone a los prestadores de servicios de IA la obligación *ex ante* de realizar evaluaciones de impacto en los derechos fundamentales. En todo caso, el acuerdo ha matizado que el futuro Reglamento no afectará a las competencias de los Estados miembros en materia de seguridad nacional. También excluye de su ámbito de aplicación a los sistemas de IA utilizados exclusivamente con fines militares o de defensa, con fines de investigación e innovación, y a aquellas personas que utilicen la IA por motivos no profesionales.

Como gran novedad, el acuerdo legislativo profundiza en la clasificación de los sistemas de IA en función del riesgo presentado, distinguiendo entre (i) sistemas con riesgo limitado que, al no acarrear violaciones graves de los derechos fundamentales ni otros riesgos considerables, estarían sujetos únicamente a obligaciones leves de transparencia; (ii) sistemas con alto riesgo, cuyo acceso al mercado queda supeditado a una serie de requisitos y obligaciones, cuya prueba de cumplimiento ha sido rebajada por el acuerdo; y (iii) sistemas con riesgo muy alto, cuyo uso quedará prohibido, tales como la manipulación cognitiva conductual, el rastreo de imágenes faciales, el reconocimiento de emociones, la puntuación ciudadana o la categorización biométrica para deducir datos sensibles.

El acuerdo prevé excepciones a esta clasificación, permitiendo a las autoridades policiales el empleo de sistemas de alto riesgo, con carácter previo a su evaluación, siempre que concurran motivos de urgencia, o el uso de sistemas de identificación biométrica en espacios públicos, sujeto a salvaguardias adicionales y siempre que resulte estrictamente necesario.

En relación con la infracción de las futuras medidas, el acuerdo prevé un doble sistema de sanción, imponiendo la cuantía superior entre (i) un importe de 35 millones de euros o el 7 % del volumen de negocios anual global, para infracciones de aplicaciones de IA prohibidas; (ii) un importe de 15 millones de euros o el 3 % del volumen de negocios anual global, por el incumplimiento de las obligaciones del Reglamento de IA; y (iii) un importe de 7,5 millones de euros o el 1,5 % del volumen de negocios anual global, por la presentación de información inexacta.

Por último, se prevé la creación de una oficina de IA en la Comisión, encargada de supervisar los modelos de IA más avanzados y de garantizar el cumplimiento de las normas comunes en todos los Estados miembros, para lo que la Comisión contará con el asesoramiento de un panel de expertos independientes. Por otro lado, el acuerdo introduce un foro consultivo, formado por representantes de los distintos agentes económicos y de la sociedad civil, que asistirá al Comité de IA en el desempeño de sus funciones de coordinación entre Estados miembros.

El Consejo adopta el duodécimo paquete de medidas restrictivas en respuesta a la invasión de Ucrania

Decisión (PESC) 2023/2874 del Consejo ,de 18 de diciembre de 2023, por la que se modifica la Decisión 2014/512/PESC, relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania

El Consejo aprueba el duodécimo paquete de medidas restrictivas contra la Federación Rusa en el seno de la Política Exterior y de Seguridad Común ("PESC"). En vigor desde el 19 de diciembre de 2023, las nuevas medidas están dirigidas a aumentar el impacto de las sanciones en sectores de alto valor de la economía rusa y a evitar su elusión.

Así, la nueva Decisión incluye una cláusula de exclusión de Rusia en relación con las exportaciones procedentes de la Unión Europea, impone a los exportadores de los Estados miembros la obligación de prohibir contractualmente la reexportación a Rusia, cuando vendan, suministren o transfieran productos y tecnologías especialmente sensibles a terceros Estados. Concretamente, la cláusula cubre productos empleados o críticos para el funcionamiento y desarrollo de los sistemas militares rusos, así como tecnología aeronáutica.

Por otro lado, se implementan mecanismos para evitar la elusión de las sanciones, especialmente por entidades y buques. Para ello, el Consejo implementa un mecanismo reforzado de intercambio de información respecto al origen de los buques y de su carga, así como un nuevo sistema de notificación para la venta de buques cisterna a terceros Estados. Se prohíbe también cualquier transferencia de fondos realizada por una entidad que sea propiedad de nacionales rusos o de personas físicas o entidades establecidas en Rusia, o que esté controlada por ellos. Asimismo, la Decisión incluye una prohibición de que los nacionales rusos posean, controlen u ocupen puestos en los órganos de gobierno de personas jurídicas o entidades que presten servicios de cartera, cuentas o custodia de criptoactivos a nacionales y residentes rusos.

Por último, se amplían medidas restrictivas ya existentes, incluyendo la prohibición del suministro de programas informáticos para la gestión de empresas y para el diseño y fabricación industriales,

e incorporando nuevas personas físicas y otras 29 entidades vinculadas al complejo militar e industrial ruso. Además, la Decisión dirige nuevas prohibiciones de importación a sectores como los diamantes, la joyería, el gas propano licuado (en este último, con un período transitorio de doce meses) y otros sectores que generan ingresos significativos para la economía rusa, e implementa el mecanismo de limitación de precios al petróleo ruso respecto a todos los operadores de la cadena de suministro.

El Consejo prorroga las medidas de emergencia relativas a la seguridad de suministro y al control de precios de la energía

El 22 de diciembre de 2023, el Consejo formalizó la prórroga de las medidas de emergencia aprobadas en el contexto de la invasión rusa de Ucrania. Concretamente, se establecen prórrogas de distinto alcance para las medidas de solidaridad entre Estados miembros, de promoción de la energía renovable y de prevención de las subidas excesivas de precios.

En relación con la solidaridad entre Estados miembros, las medidas del Reglamento 2022/2576, sujetas a una prórroga hasta el 31 de diciembre de 2024, están encaminadas a mejorar la coordinación de la compra y los intercambios de gas, garantizando el control de los precios de la energía y la seguridad del suministro del gas. Para ello, el Consejo prolonga la vigencia del mecanismo temporal de gestión de la volatilidad para las fluctuaciones diarias de los precios, así como de los mecanismos de emergencia para, en su caso, distribuir el gas equitativamente entre los Estados miembros.

Respecto al despliegue de energías renovables, se prorrogan hasta el 30 de junio de 2025 ciertas disposiciones del Reglamento 2022/2577, consistentes en acelerar el proceso de concesión de autorizaciones de proyectos relacionados con el desarrollo de las energías renovables. Concretamente, las medidas ponen atención en tecnologías o proyectos de energía renovable capaces de acelerar a corto plazo el despliegue de estas energías en la Unión.

Por último, la prórroga del Reglamento 2022/2578, hasta el 31 de enero de 2025, incluye el establecimiento de un mecanismo corrector frente a subidas excesivas de precios del gas, en el territorio de la Unión, que no reflejen los precios del mercado mundial. Para ello, se prevé un seguimiento diario de los precios de referencia y de los precios de liquidación del gas, activando el mecanismo corrector en el supuesto de que el precio de liquidación supere los 180 euros/MWh durante tres días hábiles o se sitúe 35 euros por encima del precio de referencia durante el mismo período de tiempo.

El Consejo aprueba por unanimidad el levantamiento del control de fronteras internas, marítimas y aéreas, del área Schengen con Rumanía y Bulgaria

Decisión del Consejo en relación con la aplicación íntegra de las disposiciones el acervo de Schengen en Bulgaria y en Rumanía

El 30 de diciembre de 2023, el Consejo aprobó por unanimidad la aplicación íntegra del acervo de Schengen a Rumanía y Bulgaria. Con la entrada en vigor prevista para el 31 de marzo de 2024,

ello supondrá el levantamiento de los controles internos, marítimos y aéreos a la circulación de personas físicas en relación con el área de Schengen y estos dos Estados miembros.

El Consejo adopta esta decisión de conformidad con los resultados de las evaluaciones realizadas por la Comisión en las fronteras exteriores de Rumanía y Bulgaria entre 2022 y 2023. Al mismo tiempo, la apertura definitiva de fronteras internas va acompañada por el proyecto piloto implementado por la Comisión desde marzo de 2023 en ambos Estados, con el fin de coordinar la gestión de las fronteras exteriores, reforzar la cooperación con Estados vecinos y garantizar la agilidad de los procedimientos de asilo y retorno.

Siguiendo estos avances, el Consejo deberá aprobar próximamente una fecha para el levantamiento de los controles terrestres internos.

El recurso de apelación de Bytedance contra la DMA se publica en el DOUE

Recurso interpuesto en el asunto T-1077/23, Bytedance c. Comisión Europea

El 3 de enero de 2024, se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* ("DOUE") el recurso de Bytedance contra su designación como guardián de acceso conforme al Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital ("DMA"). Concretamente, Bytedance solicita la anulación de la Decisión de la Comisión de 5 de septiembre de 2023 (la "Decisión"), por la que se designó al recurrente como guardián de acceso en relación a su servicio de red social TikTok.

Conforme al recurrente, la Decisión valoró incorrectamente las pruebas de refutación de Bytedance, al excluir las pruebas cualitativas aportadas por el recurrente y exigir "*pruebas convincentes*", sin apreciar los hechos conforme a los criterios de la DMA. En concreto, la Comisión habría incurrido en un error de derecho al excluir las pruebas del recurrente relativas a (i) su influencia en el mercado interior, (ii) su condición de puerta de acceso importante entre los usuarios profesionales y los usuarios finales, y (iii) su posición arraigada y duradera.

El recurrente reprocha a la Comisión la vulneración de los principios de buena administración y los derechos de defensa de Bytedance, ante la negativa de la Comisión a explicar o debatir, en el procedimiento administrativo, las cuestiones de hecho o de derecho en los que se basaría la Decisión. Igualmente, el recurrente señala que no tuvo oportunidad de formular observaciones durante el procedimiento administrativo.

Por otro lado, el recurso refiere a la vulneración del principio de igualdad por parte de la Comisión, al aplicar criterios jurídicos dispares a las pruebas necesarias para satisfacer la refutación aportada por Bytedance, frente a los criterios empleados en otras decisiones de designación. En este sentido, el recurrente considera que la Decisión incurre también en una falta de motivación, al no explicar la razón por la que desestima las alegaciones de refutación de Bytedance.

URÍA
MENÉNDEZ

www.uria.com