9 de marzo
de 2024

Administrativo
Arbitraje y Mediación
Competencia
Derecho Digital
Energía
Inmobiliario y Urbanismo
Laboral y Seguridad Social
Marítimo, Transporte
y Logística
Medio Ambiente
Mercantil
Procesal Civil
Procesal Penal
Salud
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: *Behind the Rainbow* de Martina Rodríguez Morán, 2021

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

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

Edición, diseño, producción y distribución: CeGe Global

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

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

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

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

Sumario

5 Administrativo

19 Arbitraje y Mediación

25 Competencia

41 Derecho Digital

59 Energía

67 Inmobiliario y Urbanismo

83 Laboral y Seguridad Social

103 Marítimo, Transporte y Logística

109 Medio Ambiente

117 Mercantil

129 Procesal Civil

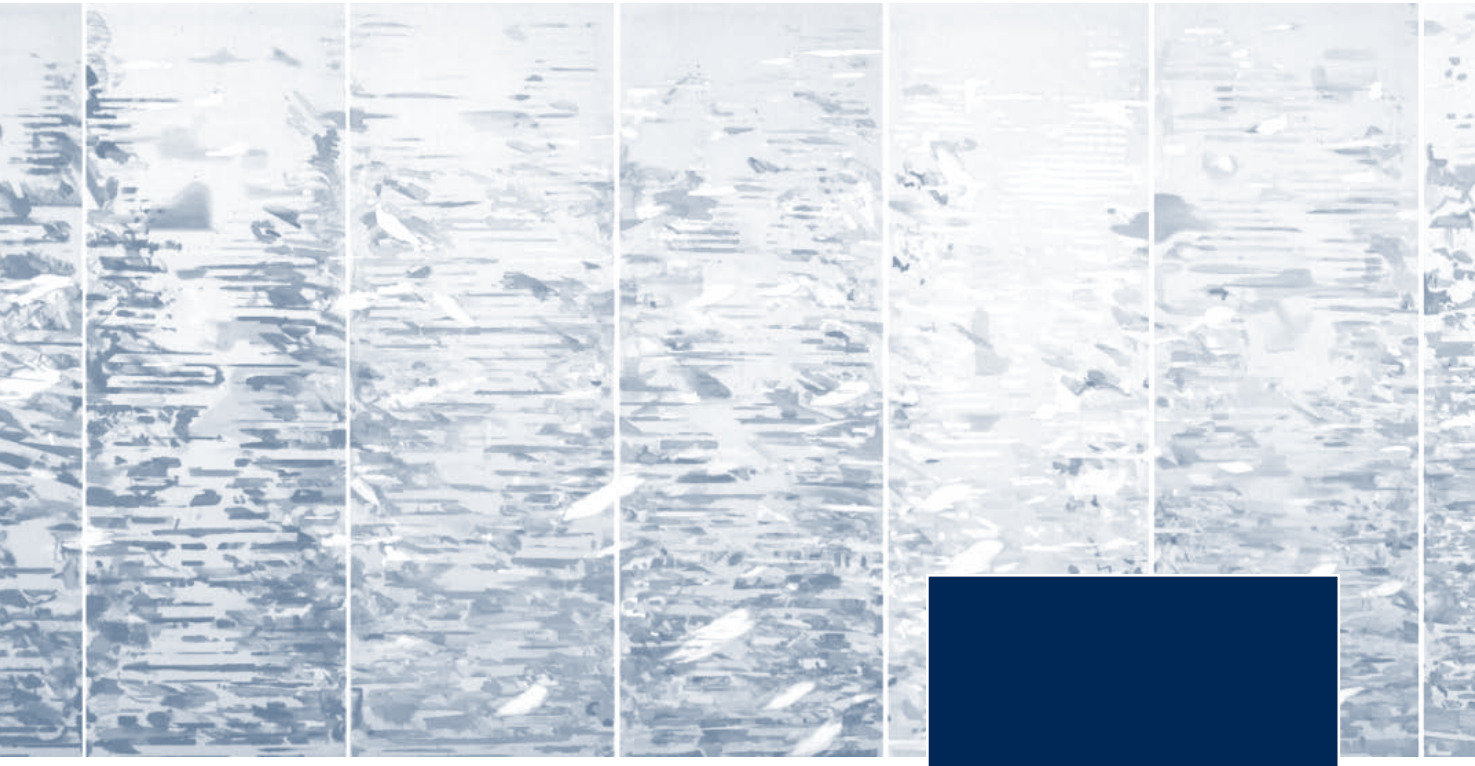
149 Procesal Penal

157 Salud

167 Tributario

189 Unión Europea

9 de marzo de 2024



Administrativo

Administrativo*

9 de marzo de 2024

1. Legislación

[España]

Modificaciones operadas por 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. Reformas en materia de derecho local

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 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 (el "RDL 6/2023") modifica diversas normas jurídico-administrativas. Destacamos las reformas operadas en la norma procesal y en la de régimen local.

Respecto a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa:

i. La Administración deberá remitir a los órganos jurisdiccionales el expediente administrativo en soporte electrónico. Además, se exige a la Administración que identifique al órgano responsable del cumplimiento de la resolución judicial en la remisión del expediente, lo que a la postre acelerará la ejecución de la sentencia.

ii. Se identifica el concepto de expediente a efectos procesales con el concepto de expediente en el ámbito del procedimiento administrativo.

* 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).

iii. Se fomenta la pronta identificación y puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional de los documentos necesarios para completar el expediente. Así, cuando la solicitud de compleción del expediente se produzca en los diez primeros días del plazo para formular la demanda o la contestación, se prevé el reinicio del plazo para la formulación desde la puesta a disposición del solicitante del expediente completo.

iv. Se amplía el abanico de sentencias susceptibles de ser recurridas en apelación, incluyendo aquellas que, por razón de su materia, pudiesen extender sus efectos a otros supuestos, independientemente de su cuantía.

v. Se sustituye la referencia al instituto de la adhesión al recurso de apelación por la posibilidad de utilizar el escrito de oposición a la apelación para, a la vez, articular motivos de impugnación de la sentencia apelada, con el consiguiente traslado a la contraparte para oponerse a la impugnación.

vi. Se aclara que existe la posibilidad de interponer recurso de revisión contra el decreto del letrado de la Administración de Justicia que resuelva un recurso de reposición.

vii. Se modifica el régimen de las costas procesales, obligando al condenado en primera o única instancia al abono de una cantidad no superior a la tercera parte de la cuantía del proceso por cada uno de los favorecidos por la condena. Para los supuestos de cuantía indeterminada, las pretensiones se estimarán en 18.000 euros, salvo decisión razonada del tribunal en sentido alternativo. Para la fase de recurso, las costas se podrán imponer por el total, una parte o hasta una cifra máxima de estas.

Todas las previsiones del libro I del RDL 6/2023 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).

Respecto a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (la "LRBRL"), se destacan las siguientes modificaciones y adiciones:

i. Modificación del artículo 13.2. Creación de nuevos municipios: Se reduce a 4.000 el número mínimo de habitantes para la creación de nuevos municipios. No obstante, se mantienen las condiciones de que sean financieramente sostenibles, que cuenten con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales y que la creación de nuevos municipios no suponga disminución en la calidad de los servicios que venían siendo prestados.

ii. Modificación del artículo 16. Padrón municipal: Se actualizan los datos obligatorios que deben constar en la inscripción conforme a la nueva normativa en materia de extranjería. Al mismo tiempo, se concreta la obligación de que los datos relativos al domicilio habitual incluyan la correspondiente referencia catastral, siempre que ello sea posible. Además, se formaliza la aportación de datos voluntarios, cohesionando de este modo la ley con lo dis-

puesto en el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio.

iii. Modificación del artículo 25.6. Atribución de competencias a municipios: Se añade un nuevo apartado que condiciona la asignación de competencias a los municipios a la realización de una ponderación específica de la capacidad de gestión de la entidad local. Además, se obliga a dejar constancia de dicha ponderación en la motivación del instrumento jurídico que realice la atribución competencial.

iv. Modificación del artículo 28. Gestión colaborativa entre municipios: Se dota nuevamente de contenido a este precepto, permitiendo el establecimiento de sistemas de gestión colaborativa en municipios con menos de 20.000 habitantes para garantizar recursos suficientes y una prestación de calidad de los servicios municipales.

v. Modificación del artículo 70 quater. Accesibilidad de servicios públicos: Se añade la obligación de las entidades locales de facilitar la accesibilidad de los servicios públicos a través de mecanismos digitales y la creación de un portal de internet.

Finalmente, cabe destacar que el RDL 6/2023 fue convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados el 10 de enero de 2024.

[Portugal]

Mercado voluntário de créditos de carbono - Criação e funcionamento

Decreto-Lei n.º 4/2024, de 5 de janeiro (DR 4, Série I, de 5 de janeiro de 2024)

O Decreto-Lei n.º 4/2024, de 5 de janeiro de 2024 ("Decreto-Lei 4/2024"), veio instituir e regular o funcionamento do mercado voluntário de carbono em Portugal. Deste modo, o mercado voluntário de carbono constitui um instrumento que contribui para o cumprimento dos objetivos nacionais em matéria de ação climática, de combate à perda de biodiversidade e de melhoria do estado de conservação do património natural.

A criação de um mercado voluntário de carbono em Portugal, através da promoção de projetos de redução de emissões de gases de efeito estufa ("GEE") ou sequestro de carbono, gera créditos de carbono e abre espaço à participação de diversos agentes, públicos e privados, tanto do lado da oferta como da procura. Os créditos de carbono podem ser adquiridos por indivíduos ou organizações para compensar emissões residuais de GEE ou para apoiar ações climáticas.

Neste mercado, cada crédito de carbono representa uma tonelada de CO_2, conforme as diretrizes da Agência Portuguesa do Ambiente ("APA"). Esses créditos de carbono podem ser futuros ("CCF") ou verificados ("CCV") e são transacionados através de uma plataforma eletrónica gerida pela Agência para a Energia ("ADENE").

A inscrição de projetos e a emissão de créditos de carbono, bem como o registo das respetivas transações e o estado dos créditos, são efetuados por meio de uma plataforma eletrónica. Esta

plataforma comportará os dados detalhados relativos aos projetos de carbono, os créditos emitidos, os participantes do mercado e as transações realizadas.

O presente diploma entrou em vigor a 6 de janeiro de 2024.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El TJUE ha declarado que el artículo 57 apartado 4 párrafo 1 letra d) de la Directiva de la Unión sobre contratación pública debe interpretarse en el sentido de que (i) una normativa nacional no puede limitar la posibilidad de excluir una oferta cuando existan indicios serios de conductas del licitador que pueden falsear la competencia solo al procedimiento de adjudicación en cuestión; (ii) una normativa nacional no puede atribuir en exclusiva a la autoridad nacional de defensa de la competencia la facultad de decidir sobre la exclusión de operadores económicos de las licitaciones públicas; y (iii) la decisión del poder adjudicador sobre la fiabilidad de un operador económico adoptada con arreglo al motivo de exclusión previsto en dicha disposición debe estar motivada

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2023 (as. C-66/22)

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2023 resuelve una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal portugués en el marco de un litigio iniciado por una licitadora contra la decisión del poder adjudicador de adjudicación del contrato a otra empresa. La adjudicataria había sido condenada por la autoridad de defensa de la competencia de Portugal a pagar una multa por conductas cometidas en el seno de otros procesos de contratación anteriores del mismo poder adjudicador (una empresa pública que se fusionó con la adjudicadora actual).

Sin embargo, en derecho portugués la exclusión de un licitador por falta de fiabilidad por infracciones de derecho de la competencia cometidas al margen del procedimiento de adjudicación en cuestión solo se admite cuando exista una condena expresa de la autoridad de defensa de la competencia que imponga como sanción accesoria la prohibición de la empresa de participar en licitaciones futuras durante un tiempo determinado.

En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se plantea si la decisión de adjudicar un contrato a un licitador que ha sido condenado por infracción de derecho de la competencia en una licitación previa organizada por el mismo poder adjudicador puede considerarse suficientemente motivada a la luz del derecho a una buena administración aunque este no formule una apreciación autónoma y motivada sobre la fiabilidad de ese licitador. En la misma línea, también se pre-

gunta si es conforme con el derecho de la Unión una normativa nacional que no exige al poder adjudicador que realice la apreciación sobre la fiabilidad del licitador que ha sido condenado por infracciones del derecho de la competencia, sino que reserva a la autoridad competente en dicha materia la apreciación de si las medidas correctoras adoptadas para subsanar esas infracciones son suficientes.

Pues bien, entrando a analizar las concretas cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano nacional, la sentencia concluye que el artículo 57 apartado 4 párrafo 1 letra d) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (la "Directiva") debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que:

i. limita la posibilidad de excluir una oferta de un licitador cuando existan indicios serios de conductas de este que puedan falsear las normas sobre competencia en el procedimiento de adjudicación de un contrato público en cuyo marco se haya producido este tipo de conductas; y

ii. atribuye únicamente a la autoridad nacional de defensa de la competencia la facultad de decidir sobre la exclusión de operadores económicos de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos por una infracción de las normas sobre competencia.

La razón es que tal regulación menoscaba la facultad de apreciación de la que debe disponer el poder adjudicador respecto a la integridad y fiabilidad de los licitadores de conformidad con lo previsto en la Directiva, la cual debe extenderse no solo a la licitación en cuestión, sino también a conductas cometidas en procedimientos de adjudicación anteriores.

Por último, el Tribunal de Justicia establece que la decisión del poder adjudicador sobre la fiabilidad de un operador económico adoptada con arreglo al motivo de exclusión previsto en dicha disposición debe estar motivada.

Ello es así toda vez que el poder adjudicador debe respetar el principio general de derecho de la Unión de buena administración, que exige, entre otras, la motivación de las decisiones. Esta exigencia es necesaria para permitir a los destinatarios la plena defensa de sus derechos. En cualquier caso, esta obligación atañe, en particular, a las decisiones en las que se excluye a un licitador con base en un motivo de exclusión facultativo.

[España]

El Tribunal Supremo señala al artículo 106 de la LPAC como mecanismo para remover los actos administrativos no recurridos y viciados de nulidad de pleno derecho. Por otro lado, confirma que lo efectos de la nulidad deben operar desde el momento en el que se dictó la resolución nula de pleno derecho

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

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Castilla-La Mancha (la "Administración") contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 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 (la "Sentencia Recurrida").

En su recurso, la Administración no niega el derecho al complemento a la carrera profesional del trabajador, sino la manera en la que le debe ser reconocido y su alcance en el tiempo. A juicio de la Administración, el trabajador debió utilizar 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, ("LPAC"). Asimismo, la Administración entiende que el reconocimiento de los derechos se debe proyectar 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 LPAC en aquellos casos en los que 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 avalada 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 de interés casacional objetivo, el Tribunal Supremo confirma la tesis sostenida por la Administración y señala que el artículo 106 de la LPAC 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, en contra de lo sostenido en la Sentencia Recurrida, que lo considera innecesario. Así, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, anula la Sentencia Recurrida y resuelve el recurso de apelación interpuesto por el trabajador frente a la sentencia de instancia que le denegó el complemento profesional mencionado.

En particular, el Tribunal Supremo estima el recurso de apelación y concluye que la Administración autonómica debió tratar la reclamación del complemento del trabajador como una solicitud de revisión de oficio, de conformidad con el artículo 106 de la LPAC, aun cuando no fuera eso lo que el trabajador solicitó formalmente.

En consecuencia, el Tribunal Supremo ordena la retroacción de actuaciones para que la Administración tramite y resuelva el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, si bien recuerda que la decisión que se adopte en ese procedimiento 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 de interés casacional objetivo, el Tribunal 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 de la normativa tributaria y las normas especiales en materia de carrera profesional de Castilla-La Mancha.

El Tribunal Supremo sostiene que, en principio, los codemandados no pueden impugnar en casación una sentencia desestimatoria; pero la regla puede excepcionarse si las peculiaridades del caso son de tal entidad que afectan a la tutela judicial efectiva

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 20 de diciembre de 2023

En esta sentencia el Tribunal Supremo otorga la posibilidad a los codemandados de acudir a la casación contra una sentencia que no resolvió todas las cuestiones planteadas en la instancia.

En el caso concreto planteado ante el Tribunal Supremo, se discuten múltiples reclamaciones económico-administrativas relativas al impuesto sobre sucesiones y donaciones de varios particulares a los que el tribunal de instancia les da la razón. La Junta de Extremadura recurre la sentencia y el recurso es estimado. Finalmente, los recurrentes impugnan en casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. En el marco del recurso de casación, 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 que la consistente en la confirmación de la resolución impugnada.

El Tribunal Supremo considera que, en principio, los codemandados no pueden impugnar en casación una sentencia desestimatoria; ahora bien, en la presente ocasión, esa regla debe excepcionarse porque las peculiaridades del caso enjuiciado son de tal entidad que afectan a la tutela judicial efectiva y a la prescripción de la indefensión contenidas en el artículo 24.1 de la Constitución española.

No obstante, el Tribunal Supremo fija la siguiente doctrina:

"*Interpretando el artículo 33 LJCA a la luz del principio pro actione, en los supuestos en los que el recurso contencioso administrativo es 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 haya dejado imprejuzgados alguno de los motivos de oposición al acto recurrido por considerar innece-*

sario su análisis, 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".

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo declara la sentencia recurrida casada y, asimismo, la retroacción de actuaciones para que dicho tribunal de instancia, tras evacuar el trámite previsto en el artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dicte nueva sentencia pronunciándose también sobre las pretensiones y motivos omitidos.

El Tribunal Supremo se pronuncia acerca del deber del instructor de comunicar al interesado, con antelación suficiente, el comienzo de la realización de las pruebas admitidas. La comunicación ha de comprender la indicación del lugar, fecha y hora en que se practicará, así como informarle de la posibilidad de nombrar técnicos que le asistan

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

La Orden de 10 de junio de 2020 de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid puso fin al expediente sancionador, seguido contra un ciudadano de nacionalidad china (el "Recurrente"), por incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 30.1 y 57.1 de la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos y le sancionó con 60.102 euros.

Los hechos que dieron lugar a la actuación administrativa son, en síntesis, los siguientes: agentes de la Policía Local de Madrid extendieron un boletín de denuncia en el que exponían que en el establecimiento del Recurrente observaron directamente la venta a menores de 18 años de una botella de 5 cl. de ron marca Negrita, de 37 % de volumen de alcohol. Incoado el procedimiento sancionador, la menor identificada como adquirente fue citada por el instructor como testigo, compareció ante él, acompañada de sus padres y confirmó que era correcto lo que decía el boletín de denuncia. La propuesta del instructor calificaba los hechos de infracción muy grave y proponía una sanción de multa de 60.102 euros. Y así resolvió la Orden de 10 de junio de 2020 impugnada en este proceso.

En la instancia, el Recurrente alegó, fundamentalmente, la infracción el artículo 10.2 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid, pues el propio Recurrente había propuesto en el procedimiento administrativo como prueba la declaración testifical de la menor y pidió asistir a su práctica. Sin embargo, a pesar de que la prueba fue admitida, el instructor la practicó sin su presencia. Por eso, el Recurrente alegó la vulneración del citado precepto, al haber impedido el instructor la preceptiva contradicción, causándole así indefensión.

Aunque la sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en establecer si:

"*del artículo 78 de la Ley 39/2015, de 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*".

Sobre este particular, el Tribunal Supremo dispone que de los apartados 1 y 2 del artículo 78 de la LPAC se desprende que al interesado se le ha debido 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 informarle de que puede nombrar técnicos que le asistan. Una comunicación de la naturaleza de la que contempla este precepto legal no es para mero conocimiento del interesado, sino, precisamente, para que pueda personarse en el acto en que se lleva a cabo la prueba. No queda, pues, al parecer del instructor hacer o no esa comunicación y tampoco hacerla incompleta. De igual modo, no queda a su decisión permitir o no la presencia de aquel, pues en tal hipótesis no tendría sentido la comunicación exigida por la LPAC.

Los términos en los que está concebido el artículo 78 de la LPAC conducen directamente a la conclusión de que contempla la presencia en la prueba del interesado y, en especial, en supuestos como el de autos. En consecuencia, el Tribunal Supremo confirma que, en el supuesto enjuiciado, se produjo la infracción de los artículos 77 y 78 de la LPAC y que las consecuencias de esa infracción fueron las de impedir la contradicción imprescindible, causando así indefensión al Recurrente. Este no pudo, en el momento en que debió permitírsele, hacer a la menor que comparecía como testigo las preguntas con las que pretendía desvirtuar los hechos consignados en la denuncia.

En definitiva, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y anula la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Una administración municipal no puede practicar y dictar por sí misma diligencia de embargo de dinero en cuentas abiertas en sucursales de entidades financieras radicadas fuera de su término municipal, incluso cuando dicho embargo no requiera la realización material de actuaciones fuera del citado territorio municipal por parte de la administración local, sino que debe instar la práctica de dicha actuación a los órganos competentes

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso 4911/2022

El Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación interpuesto por un ayuntamiento contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que estimó el recurso promovido por un particular contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Municipal del mismo término municipal. Esta resolución había desestimado la reclamación económico-administrativa frente al recurso de reposición contra la diligencia de embargo de cuenta corriente ordenado para cobrar, por vía ejecutiva, las deudas correspondientes a 22 sanciones de multa interpuestas en materia de circulación y seguridad vial.

El particular considera de aplicación el artículo 8.3 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales ("TRLHL"), que dispone que las actuaciones en materia de inspección o recaudación ejecutiva que hayan de efectuarse fuera del territorio de la respectiva entidad, en relación con los ingresos de derecho público propios de esta, tendrán que ser practicados por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma correspondiente o del Estado —según los casos—, previa solicitud del presidente de la corporación. Dicho precepto se habría visto vulnerado al haber procedido el ayuntamiento al embargo de la cuenta corriente en una entidad financiera ubicada en un municipio distinto.

El ayuntamiento, por su parte, argumenta que las diligencias de embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de crédito pueden ser convenidas con base en un procedimiento centralizado, de carácter telemático (conocido como "Cuaderno 63"), que hace innecesaria la presencia física de los agentes ejecutivos en las oficinas de dichas entidades bancarias, debiéndose tener por efectuada la actuación recaudatoria únicamente en el lugar en el que se emite la propia diligencia de embargo.

La cuestión con interés casacional es, pues, determinar si una entidad local puede o no practicar y dictar diligencia de embargo de dinero en cuentas corrientes abiertas en sucursales de una entidad financiera radicada fuera de su término municipal.

La Sala desestima el recurso del ayuntamiento. Recuerda que el artículo 12 de la LRBRL establece que el término municipal es el territorio en que un ayuntamiento ejerce sus competencias, entre las que se encuentran la recaudación de tributos e ingresos de derecho púbico propios del ayuntamiento. Por tanto, señala que cuando el ayuntamiento pretende el ejercicio extraterritorial de competencias, está llevando a cabo un acto que no es conforme a derecho.

La Sala concluye que la administración municipal no puede practicar y dictar diligencia de embargo de dinero en cuentas abiertas en sucursales de entidades financieras radicadas fuera del término municipal del ayuntamiento embargante, incluso cuando dicho embargo no requiera la realización material de actuaciones fuera del citado territorio municipal por parte de la administración local. En estos casos es necesario instar, conforme al artículo 8.3 del TRLHL, la práctica de dicha actuación ante los órganos competentes.

El Tribunal Supremo examina el margen de discrecionalidad que tiene una autoridad portuaria para optar entre el otorgamiento de autorizaciones para la ocupación del dominio público portuario o la utilización de la figura concesional

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

El Tribunal Supremo ("TS") resuelve el recurso de casación interpuesto por una mercantil contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que inadmite y desestima el recurso interpuesto por una mercantil contra dos resoluciones de una autoridad portuaria. La primera resolución tenía por objeto la aprobación de los pliegos de bases, condiciones generales y cláusulas

de explotación de determinadas instalaciones del puerto. La segunda resolución tenía por objeto la convocatoria del concurso.

La mercantil recurrente (a la sazón adjudicataria del concurso) recurre en un procedimiento distinto ante la misma Sala la resolución del presidente de la autoridad portuaria, que le otorgó el derecho a explotar las instalaciones portuarias.

La cuestión que presenta interés casacional objetivo reside en determinar si, conforme al artículo 75.1.º del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante ("Ley de Puertos"), una autoridad portuaria puede otorgar de forma concatenada sucesivas autorizaciones para la ocupación del dominio público portuario a favor de la misma persona, con el mismo objeto y condiciones a los de las autorizaciones precedentes, por una duración total superior a tres años o, por el contrario, si en esa situación procede acudir a una concesión.

Para el TS, si bien ambos títulos son aptos para la utilización del dominio público para actividades que no comportan ejecución de obras ni instalaciones no desmontables, la Ley de Puertos habilita a la autoridad portuaria a optar por el régimen que estime conveniente para la cesión (más o menos de tres años). Ahora bien, la discrecionalidad de la que goza la autoridad portuaria para determinar el plazo no puede devenir en arbitrariedad, sino que la Administración tiene que justificar las razones por las que se decanta por una u otra opción, teniendo en cuenta que la gestión del dominio público portuario debe realizarse con criterios de rentabilidad y eficacia y estar orientada al interés general. Para ello, la autoridad portuaria debe considerar si los bienes que se ceden aconsejan, por sus características particulares, un plazo inferior o superior.

En el caso concreto, el TS no acoge la postura de la autoridad portuaria, que pretendía justificar la utilización de las autorizaciones por las peculiaridades del tráfico marítimo entre España y Marruecos (y, según aquella, ampararía la cesión de uso por periodos breves), porque ni los hechos ni las cláusulas de la autorización variaron en los doce años en que se había adjudicado a la recurrente el uso de las instalaciones portuarias.

Por lo expuesto, el TS casa la sentencia de instancia y anula las resoluciones de la autoridad portuaria.

El Tribunal Supremo determina que no es procedente iniciar una acción directa en la vía civil contra la aseguradora de la Administración cuando previamente la reclamación fue desestimada por una resolución administrativa firme y no fue recurrida

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2024

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación civil interpuesto por una aseguradora contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. La sentencia del Juzgado había condenado a la compañía de seguros a pagar una indemnización por daños a la particular. Esta sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Nacional. El recurso de apelación fue desestimado y la aseguradora interpuso recurso de casación.

El motivo de interés casacional se concreta en la falta de legitimación pasiva de las aseguradoras en los supuestos en los que consta resolución administrativa firme en la que ha quedado ventilada la responsabilidad del asegurado. Por tanto, el recurso de casación se centra en el ejercicio de acción directa formulada por la demandante contra la aseguradora de la Administración (sanitaria en este caso) tras haberse desestimado por resolución administrativa firme la reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida contra la propia Administración.

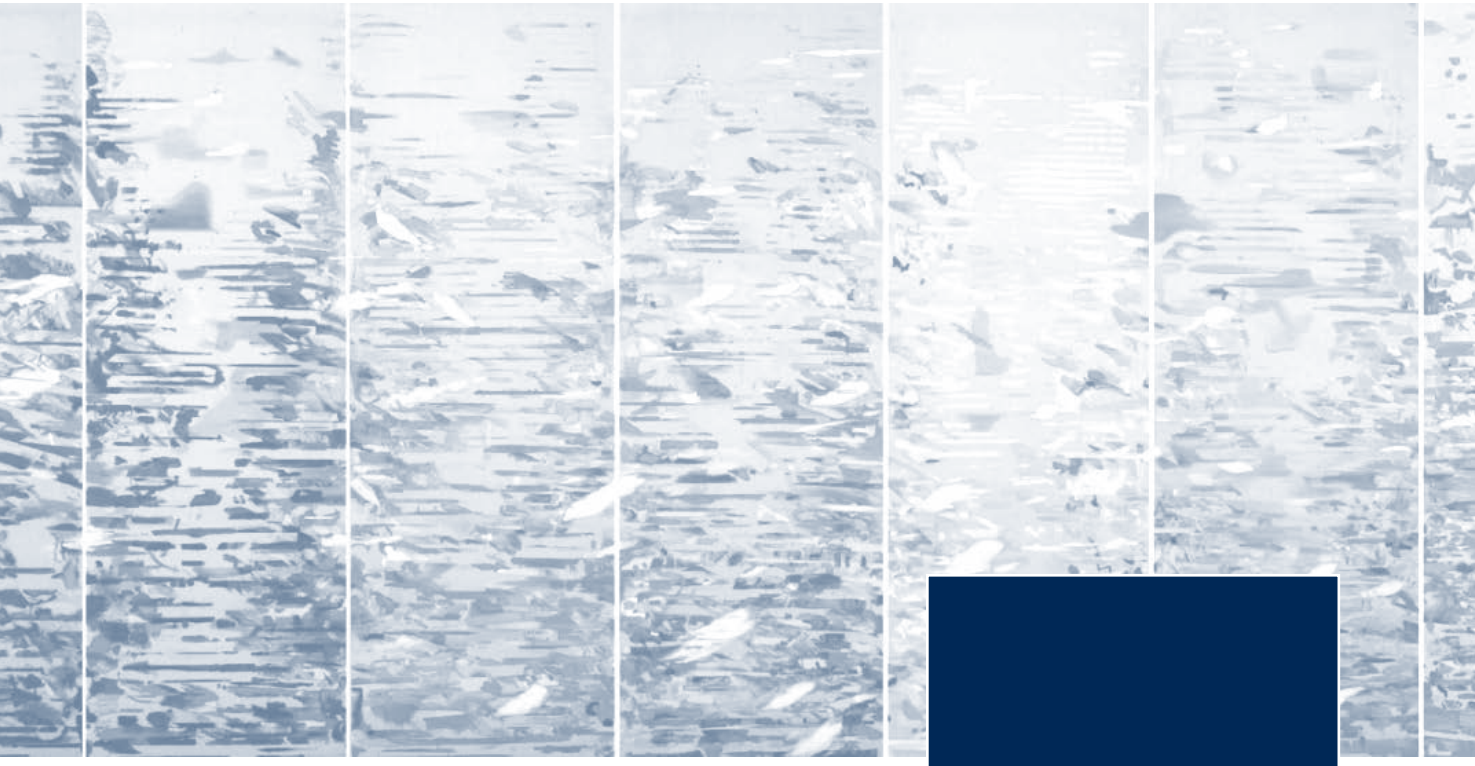
El Tribunal Supremo resuelve que la acción directa por vía civil contra la compañía aseguradora de la Administración exige no haber acudido previamente a la vía administrativa, pues si el perjudicado se somete voluntariamente a esta no puede posteriormente acudir a los tribunales civiles para obtener la revisión de actos administrativos.

Por otra parte, la constatación de la responsabilidad del asegurado es presupuesto básico para que pueda prosperar la acción directa ejercitada contra la entidad aseguradora, de tal modo que la inexistencia de responsabilidad de la Administración sanitaria (art. 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, "LCS") excluye la obligación de la aseguradora.

En el presente caso, la demandante había promovido expediente administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración. La solicitud fue desestimada y la resolución desestimatoria devino firme. Con ello, se le cerró la posibilidad del ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS ante los tribunales civiles, al ser presupuesto condicionante de su estimación la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y en la vía inicialmente elegida por la demandante dicha responsabilidad se declaró inexistente en pronunciamiento firme.

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y estima el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora.

9 de marzo de 2024



Arbitraje y Mediación

Arbitraje y Mediación*

9 de marzo de 2024

1. Jurisprudencia

[España]

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestima la demanda de nulidad de laudo arbitral presentada por una sociedad ajena al procedimiento arbitral por la falta de efectos directos del laudo sobre ella

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de septiembre de 2023

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ("TSJA") desestima una demanda interpuesta por Mecanizados y Soluciones MEKA 3, S.L. ("MEKA 3") contra Fachadas y Cubiertas Técnicas, S.L.L. ("FACUTEC") y División de Transportes JL Pantoja, S.L.U. ("JL PANTOJA" y, junto con FACUTEC, las "Demandadas") en la que solicitaba la nulidad del laudo arbitral dictado el 9 de noviembre de 2022, sobre la base de que MEKA 3 no fue parte del procedimiento arbitral cuando debió existir una suerte de litisconsorcio pasivo necesaria.

En el arbitraje, FACUTEC reclamó a JL PANTOJA una indemnización por el cumplimiento defectuoso del contrato de transporte. El laudo desestimó la reclamación de cantidad formulada por FACUTEC, exonerando a la empresa portadora de responsabilidad por considerar que los daños los ocasionó una estiba defectuosa.

MEKA 3 sostuvo su legitimación activa para solicitar la nulidad del laudo con base en un supuesto litisconsorcio pasivo necesario en el seno del arbitraje, ya que la controversia versaba sobre si la responsabilidad por los daños debía atribuirse a la empresa porteadora (JL PANTOJA) o a la estibadora (MEKA 3).

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

El TSJA admite que existen supuestos en los que un tercero puede tener legitimidad activa para solicitar la nulidad de un laudo, en concreto, aquellos en los que este no hubiese tenido posibilidad de defender sus derechos o intereses con todas las garantías y el laudo contuviese un pronunciamiento (declarativo, constitutivo o condenatorio) que le vinculase o afectase de manera directa. No obstante, el TSJA considera que este supuesto no concurría en el presente caso.

Primero, en opinión del TSJA, FACUTEC podría haberse dirigido contra MEKA 3 y contra JL PANTOJA, pero decidió únicamente reclamar frente a la segunda. Segundo, la parte dispositiva del laudo no contiene ningún pronunciamiento que afecte a MEKA 3. El hecho de que el laudo considere que el daño lo ocasionó la estibadora, "*no comporta declaración de responsabilidad oponible a quien no ha sido parte en ese procedimiento*". En consecuencia, las Demandadas no podrán basarse en el laudo para formular una reclamación contra MEKA 3. En caso de una reclamación posterior contra MEKA 3, esta podrá defenderse con las mismas garantías y oportunidades con las que hubiera podido hacerlo si FACUTEC la hubiese demandado en el arbitraje.

Por todo ello, el TSJA rechaza la argumentación de MEKA 3 y la acción de anulación interpuesta.

2. Arbitraje de inversión

[Internacional]

Un tribunal arbitral de la Corte Permanente de Arbitraje deniega la solicitud de intervención del Reino de España como parte no contendiente en el arbitraje de inversión relativo al Galeón San José por no demostrar que su intervención ayude a esclarecer o resolver los puntos en disputa

Decisión sobre la solicitud de intervención del Reino de España como parte no contendiente en el arbitraje entre Sea Search-Armada, LLC y la República de Colombia (Caso CPA No. 2023-37)

El 18 de diciembre de 2022, Sea Search-Armada, LLC, un consorcio de inversores estadounidenses (la "Demandante"), inició un arbitraje ante la Corte Permanente de Arbitraje contra la República de Colombia, en relación con los derechos sobre el tesoro del galeón San José, que navegaba bajo pabellón español cuando fue hundido en 1708 frente a la costa de Cartagena de Indias. Tras el intercambio de escritos sobre objeciones preliminares entre la Demandante y Colombia, el 15 de diciembre de 2023, el Reino de España presentó una solicitud para intervenir como parte no contendiente en el arbitraje.

En la solicitud, España justifica la relevancia de su intervención en el arbitraje y solicita acceso a la documentación pertinente, así como la oportunidad de presentar un escrito *amicus curiae* en el que manifiesta su posición como legítimo propietario del galeón, y pide participar en las audiencias como no interviniente.

España fundamenta su petición en el principio de inmunidad soberana sobre los buques estatales y en la consideración del pecio como "*tumba de guerra submarina*", lo que impide su explotación comercial. Además, señala la existencia de una disputa pendiente frente a Colombia sobre el mismo objeto.

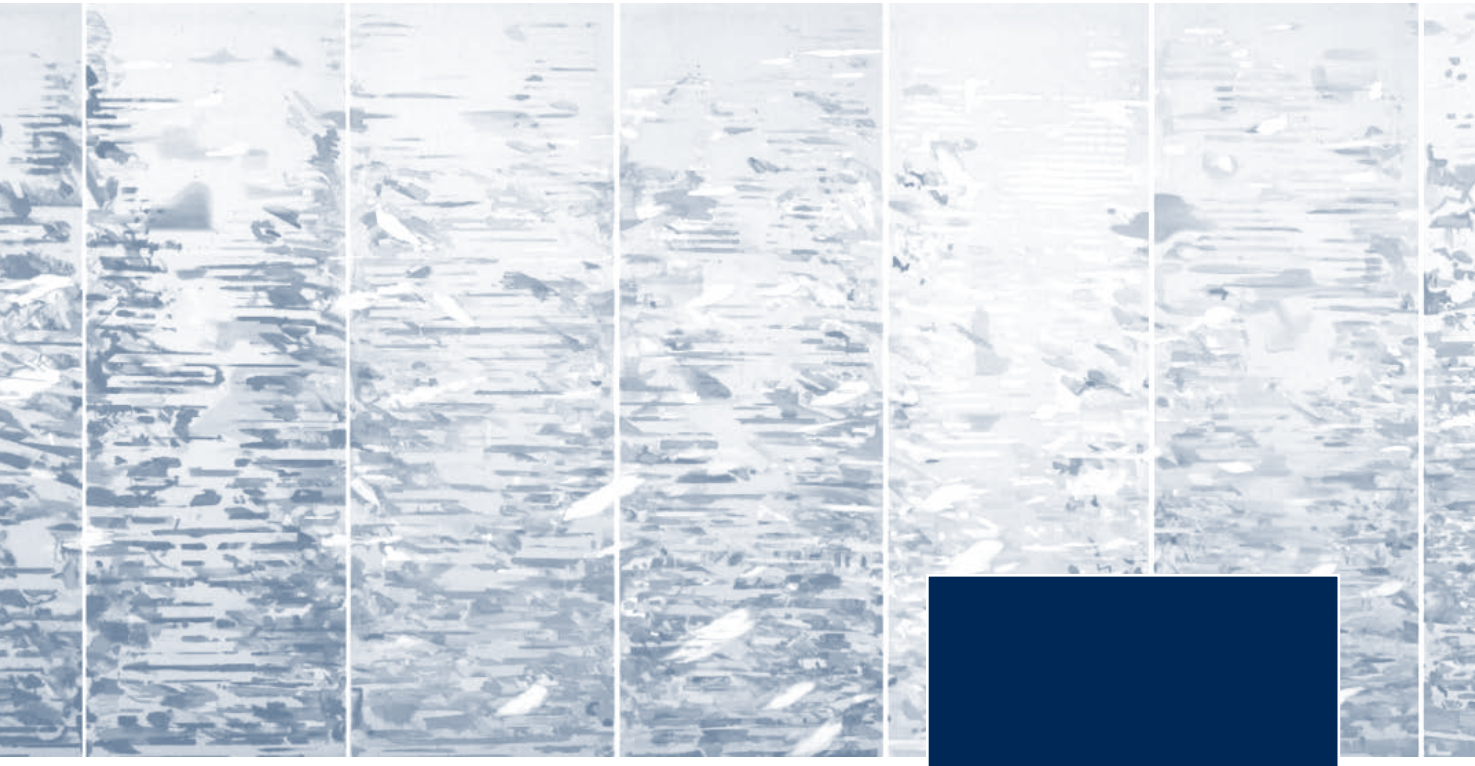
En el ámbito procesal, ampara la solicitud en el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado ("Reglas de Transparencia CNUDMI"), el Tratado de Promoción Comercial entre Colombia y los EE. UU. y la Orden Procesal 1 del caso ("OP 1").

Tanto la Demandante como Colombia se opusieron a la intervención de España por falta de relevancia material para el arbitraje (que no versa sobre la propiedad del galeón) e insuficiencia en la acreditación del cumplimiento de los requisitos procesales aplicables a este tipo de intervenciones.

Tras las presentaciones de las partes, el tribunal arbitral dictó su decisión, en la que resolvió que la solicitud de España no cumplía con los requisitos de orden procesal establecidos en las Reglas de Transparencia CNUDMI ni en la OP 1, ya que España no identificaba cuestiones específicas de hecho o derecho que se discutían en el arbitraje que pretendiera abordar en su intervención. Además, aunque el tribunal arbitral reconoce el potencial interés de España por intervenir en el arbitraje, concluye que en el estado actual del arbitraje, esta intervención no contribuiría a esclarecer o adjudicar las cuestiones en disputa. El tribunal añade que el arbitraje no es el foro adecuado para resolver sobre las pretensiones de España relativas a la propiedad del galeón.

En virtud de todo lo anterior, el tribunal arbitral deniega la solicitud de intervención de España como parte no contendiente en el arbitraje, sin perjuicio de que pueda presentar una solicitud adicional para intervenir en una etapa posterior.

9 de marzo de 2024



Competencia

Competencia*

9 de marzo de 2024

1. Legislación

[Portugal]

A ADC sanciona fornecedor de suplementos alimentares por alegada fixação e imposição de preços de venda ao público

Comunicado 17/2023 de 29 de dezembro de 2023 - AdC

A AdC adotou uma decisão sancionatória dirigida à Dietmed, uma empresa de distribuição de produtos de alimentação saudável e suplementos alimentares, determinando a aplicação de uma coima de €1.040.000, pela alegada fixação e imposição de preços de venda ao público ("PVP") dos seus produtos.

De acordo com a investigação levada a cabo pela AdC, a alegada conduta restritiva da concorrência terá tido uma duração de, aproximadamente, 6 anos e 8 meses — entre 2016 e 202 — e incidiu sobre vários produtos de alimentação saudável, barras energéticas e proteicas, proteína em pó e suplementos alimentares, como vitaminas, minerais, plantas e extratos botânicos.

Segundo a AdC, a Dietmed terá alegadamente enviado aos distribuidores retalhistas tabelas de PVP e determinado os descontos máximos aplicáveis aos seus produtos (o que configura uma prática de *Resale Price Maintenance* - RPM).

Ademais, a AdC considerou que a Dietmed terá implementado um sistema de controlo e monitorização do cumprimento dos preços de revenda e dos limites aos descontos por si fixados e perante incumprimentos por parte dos seus distribuidores, terá, alegadamente, enviado avisos para alteração dos PVP, reduzido condições comerciais e bloqueado o envio de encomendas aos distribuidores incumpridores.

A decisão sancionatória da AdC é passível de recurso, junto do Tribunal da Concorrência.

---

* Esta sección ha sido dirigida por Alfonso Gutiérrez Hernández, y en su elaboración han participado Violeta Marinas Serra, Jokin Beltrán de Lubiano, 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, David Martín Fernández, Barbara Montanari, Guilherme Neves Lima, Brenda Madonna Ackermann, Eduardo Sevilla Soto y Caroll Vilorio Muchnik, del Área de Derecho de Competencia y Derecho de la UE de Uría Menéndez (Madrid y Bruselas).

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia establece que los criterios de honorarios de abogados establecidos en la regulación búlgara son contrarios al Derecho de la Competencia

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 25 de enero de 2024, asunto C-438/22, Em akaunt BG EOOD y Zastrahovatelno aktsionerno druzhestvo Armeets AD

El Tribunal de Primera Instancia de Sofía remitió una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en la que solicitaba su interpretación sobre si —y en qué medida—, a la luz de la prohibición de las prácticas colusorias prevista en el artículo 101 TFUE, los órganos jurisdiccionales nacionales, a la hora de determinar el importe de las costas, están vinculados por la normativa emitida por los colegios de abogados que fija unos importes mínimos de honorarios.

El Tribunal de Justicia resolvió (como ya hizo también la CNMC en su momento) que los baremos por los que se fijan los importes mínimos de los honorarios de los abogados constituyen una infracción por objeto y son contrarios al artículo 101 TFUE. Además, concluyó que estos honorarios mínimos no pueden considerarse una restricción de la competencia justificada por no perseguir ningún objetivo legítimo (como podía ser el desarrollo de la profesión o la prestación de un servicio de calidad).

El Tribunal de Justicia concluye que, puesto que los acuerdos contrarios al artículo 101 del TFUE son nulos de pleno derecho, la normativa que adopta los honorarios mínimos es nula y no la pueden aplicar los tribunales nacionales.

El Tribunal de Justicia confirma que no se infringe el principio de imparcialidad objetiva cuando un mismo equipo instructor en un procedimiento híbrido escalonado se encarga de adoptar las diferentes decisiones sancionadoras

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 1 de febrero de 2024, asunto C-251/22 P, Scania AB, Scania CV AB y Scania Deutschland GmbH contra Comisión

Mediante su sentencia de 1 de febrero de 2024, el Tribunal de Justicia ha desestimado el recurso de casación de Scania contra la sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2022 y ha confirmado la decisión de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2017.

Entre otras cuestiones, el Tribunal de Justicia confirma que el Tribunal General evaluó correctamente que el procedimiento administrativo contra Scania fue conforme con el principio de imparcialidad objetiva. En concreto, indica que el mero hecho de que se encargase un mismo equipo de adoptar las decisiones de transacción con la mayoría de fabricantes y, posteriormente, la de Scania (en un procedimiento híbrido escalonado) no puede poner en tela de juicio la imparcialidad del

equipo instructor (y, por ende, de la Comisión). En este sentido, el Tribunal de Justicia recuerda que Scania debería haber aportado elementos objetivos que demostraran este extremo. Además, resalta que utilizar dos equipos diferentes en un procedimiento como este hubiera sido contrario a los principios de buena administración y de tramitación de los expedientes en un plazo razonable.

El Tribunal General anula la decisión de la Comisión Europea de autorizar una ayuda de Estado a KLM en el contexto de otras ayudas concedidas al grupo Air France-KLM con motivo de la pandemia COVID-19

Sentencia del Tribunal General, de 7 de febrero de 2024, T-146/22, Ryanair DAC / Comisión Europea, República Francesa, Reino de los Países Bajos, Société Air France y Air France - KLM.

El Tribunal General anula la decisión de la Comisión Europea que autoriza una ayuda de Estado concedida a KLM en el contexto de otras ayudas concedidas con el objetivo de proporcionar liquidez temporal a las empresas para enfrentar los impactos negativos de la pandemia de COVID-19 al grupo que componen Air France y KLM.

En la sentencia, el Tribunal General analiza principalmente la exclusión de Air France y el *holding* Air France-KLM del perímetro de los beneficiarios de la medida controvertida en la decisión de autorización de la ayuda a KLM por la Comisión Europea. El Tribunal General examina los vínculos de capital, funcionales, económicos y contractuales entre el *holding* Air France-KLM, Air France y KLM, y concluye que se cumplen los elementos tendentes a demostrar que las entidades forman una sola unidad económica a efectos de la aplicación de las normas en materia de ayudas de Estado.

Por ello, el Tribunal General considera que la Comisión no ha evaluado los efectos acumulados de las ayudas recibidas por el grupo en su conjunto y, por ello, anula la decisión de la Comisión.

[España]

La Audiencia Nacional estima el recurso planteado por varias entidades bancarias y anula la resolución de la CNMC en el expediente S/DC/0579/16 *Derivados Financieros*

Sentencias de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2023, recursos n.os 131/2018, 188/2018, 197/2018 y 201/2018

La Audiencia Nacional ha estimado el recurso interpuesto por varias entidades bancarias —Banco Santander, BBVA, CaixaBank y Banco de Sabadell— contra la resolución de la CNMC en el expediente S/DC/0579/16 Derivados Financieros, en el que la CNMC sancionó a las mencionadas entidades con una sanción global de 91 millones de euros por haber incurrido supuestamente en prácticas contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) consistentes en una fijación de precios por encima de las condiciones de mercado de los derivados utilizados como cobertura del riesgo de tipo del interés y asociados a préstamos sindicados en financiación de proyectos.

La Audiencia Nacional, en primer lugar, aclara que la sindicación de las entidades financieras para la concesión de préstamos corporativos y la posterior vinculación de tales préstamos sindicados con la contratación de derivados de cobertura del riesgo del tipo de interés no son en sí mismos conductas anticompetitivas. No obstante, si tal vinculación se realiza en condiciones fuera de mercado y sin transparencia podría resultar contraria a las normas de defensa de la competencia.

En segundo lugar, la Audiencia Nacional considera que la CNMC extendió la infracción única y continuada entre el periodo febrero 2012 y abril de 2016 sin que existieran elementos en el expediente que permitieran probar tal conducta y darle continuidad. Por tanto, considera que no ha quedado probada la conducta infractora entre el referido periodo, aclarando que las meras sospechas no pueden tener la entidad de prueba de cargo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Audiencia Nacional declara la prescripción de la infracción conforme con el artículo 68.1 LDC, al haber transcurrido un periodo superior a cuatro años desde la comisión de la conducta hasta la incoación del procedimiento sancionador, y ello a pesar de que, durante el trámite de información reservada, la CNMC había enviado requerimientos de información a las entidades bancarias, que, por tanto, no habían interrumpido el plazo de prescripción.

La Audiencia Nacional ha resuelto los recursos presentados contra la Resolución de la CNMC, de 11 de julio de 2019, en el marco del expediente S/0425/12 *Industrias Lácteas 2*

Sentencias de la Audiencia Nacional de 12, 13 y 14 de febrero de 2024, recursos n.os 2254/2019, 2268/2019, 2276/2019, 2278/2019, 2263/2019, 2269/2019, 2309/2019 y 2280/2019

La Audiencia Nacional se ha pronunciado sobre los recursos interpuestos por varias empresas contra la resolución de la CNMC en el expediente S/0425/12 Industrias Lácteas. En este caso, la CNMC sancionó a ocho empresas lácteas y dos asociaciones por una serie de prácticas anticompetitivas consistentes en el intercambio de información sobre precios de compra de leche cruda de vaca, volúmenes de compra de ganaderos y excedentes de leche, infringiendo los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

En sus sentencias, la Audiencia Nacional confirma las prácticas sancionadas por la CNMC, al resultar acreditados los intercambios de información sobre precios y otras condiciones comerciales entre empresas del sector lácteo, así como contactos sobre ganaderos con la finalidad de informar sobre estrategias y excedentes de leche.

Por otro lado, la Audiencia Nacional estima parcialmente los recursos presentados por tres de las recurrentes —Comercial Alimentaria Peñasanta, Danone e Industrias Lácteas Granada— en lo que respecta a que algunos de los periodos investigados estarían prescritos, puesto que, cuando la CNMC inició el procedimiento sancionador, habían transcurrido más de los cuatro años previstos en el artículo 68.1 de la LDC.

Por último, las recurrentes alegaron que las multas impuestas por la CNMC fueron desproporcionadas, lo que la Sala rechaza, al entender que su cuantía fue debidamente motivada, respetando

lo establecido en los artículos 63 y 64 de la LDC, así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, en el caso de las tres recurrentes antes mencionadas, la Audiencia Nacional ordena a la CNMC que vuelva a calcular el importe de las multas, dado que, como se ha indicado, las correspondientes sentencias reconocen que determinados periodos estarían prescritos al haber transcurrido un periodo superior a cuatro años hasta que se incoó el procedimiento sancionador.

[Portugal]

TJUE confirma que irregularidade da decisão da Comissão não dá lugar ao pagamento de indemnização

Acórdão de 21 de dezembro de 2023 (Processo C-297/22 P) - TJUE

Em janeiro de 2013, a Comissão adotou uma decisão de proibição da aquisição da TNT Express NV ("TNT") pela United Parcel Service, Inc. ("UPS"), duas empresas especializadas na distribuição rápida de encomendas, por considerar que esta seria suscetível de constituir um entrave significativo à concorrência efetiva em quinze Estados-Membros.

Em virtude da referida decisão a UPS desistiu da operação de concentração e interpôs recurso de anulação da decisão da Comissão junto do TG. Em março de 2017, o TG decidiu anular a decisão da Comissão, por irregularidades processuais, relacionadas com o modelo econométrico utilizado, ainda que esta anulação não tenha tido efeito prático, uma vez que as partes tinham já decidido não avançar com a concentração e a TNT tinha, entretanto, sido adquirida por outro operador.

Na verdade, em abril de 2015, enquanto decorria o processo no TG, a FedEx Corp. ("FedEx"), concorrente da UPS, anunciou uma oferta para a aquisição da TNT e, em janeiro de 2016, a Comissão adotou uma decisão de não oposição à referida transação, considerando que a aquisição pela FedEx era compatível com o mercado interno, tendo a operação sido implementada pelas partes.

Neste contexto, no final de 2017, a UPS propôs uma ação de indemnização contra a Comissão no TG, pedindo a reparação dos danos económicos alegadamente sofridos devido à ilegalidade da decisão de incompatibilidade da Comissão, em 2013. Estes prejuízos incluíam a indemnização que a UPS teve de pagar à TNT pela resolução do contrato, custos de operação evitáveis e lucros cessantes resultantes da impossibilidade de executar a operação. No total, o alegado prejuízo corresponderia a aproximadamente €1.742.000.000.

Em fevereiro de 2022, o TG julgou a ação da UPS improcedente e, nessa sequência, a UPS interpôs recurso para o TJUE, para que este anulasse o referido acórdão.

Ora, em primeiro lugar, o TJUE salientou que, num recurso que tenha por objeto uma decisão do TG, não podem ser contestados os factos apurados por este. Contudo, a recorrente ao contestar as circunstâncias que envolveram a resolução do contrato que servia de base à operação não pôs em causa a argumentação jurídica do TG, mas sim a apreciação dos factos levada a cabo por este.

Em segundo lugar, o TJUE confirmou que o pagamento da indemnização pela resolução teve origem numa obrigação contratual que foi, desde logo, incluída no contrato. Assim, as partes

assumiram mutuamente o risco de a perspetivada transação não obter a aprovação prévia da Comissão, pelo que as consequências danosas de obrigações contratuais livremente aceites não podem constituir a causa determinante do dano sofrido.

Por último, o TJUE, concordando com o TG, considerou que não existia um nexo de causalidade entre a decisão da Comissão e os três danos alegados, sendo que tal nexo de causalidade teria que ser demonstrado pela UPS.

Como resultado do exposto, o TJUE decidiu julgar o recurso totalmente improcedente, considerando, portanto, que uma decisão irregular da Comissão não constitui causa para pagamento de uma indemnização à empresa que viu a sua operação proibida.

O TJUE considerou que regras de acesso ao mercado da UEFA, FIFA e da ISU podem ser incompatíveis com o Direito da Concorrência e o Direito da UE

Acórdãos de 21 de dezembro de 2023 (Processo C-680/21, Processo C-333/21 e Processo C-124/21 P) - TJUE

Em 21 de dezembro de 2023, foram proferidos três acórdãos pelo TJUE que decidiram que as regras de três associações desportivas internacionais - a Union of European Football Associations ("UEFA"), a Fédération Internationale de Football Association ("FIFA") e a International Skating Union ("ISU") - podem ser consideradas anticoncorrenciais e violadoras do Direito da UE.

Nos referidos acórdãos o TJUE considerou que a organização de competições desportivas e a exploração de direitos de transmissão correspondem a atividades económicas, pelo que estão sujeitas às regras de concorrência e às liberdades económicas vigentes no espaço da UE.

Ademais, o Tribunal realçou que, tendo em conta que os referidos operadores terão posições dominantes e poder para condicionar a entrada de potenciais concorrentes no mercado da organização de eventos desportivos, as limitações à entrada no mercado em que estes operadores atuam deve fazer-se mediante critérios adequados, transparentes objetivos, não discriminatórios e proporcionais, sob pena de abusarem da sua posição dominante, restringirem injustificadamente a concorrência e a livre prestação de serviços.

O primeiro acórdão incidia sobre as regras da ISU, segundo as quais qualquer organização de competiçãi internacional de patinagem teria de ser previamente autorizada pela ISU e qualquer atleta que participasse numa competição não autorizada pela ISU poderia sofrer sanções impostas por esta, nomeadamente, poderia ser excluído de todas as competições da ISU. Neste contexto, o TJUE considerou tais regras da ISU anticoncorrenciais e violadoras do Direito da UE, por implicarem restrições injustificadas da livre prestação de serviços e da concorrência.

O segundo acórdão foi emitido no âmbito de um pedido de reenvio prejudicial, no contexto de uma ação da European Superleague Company demandando a FIFA e a UEFA, em representação de 12 clubes de futebol europeus. A European Superleague Company pretendia criar uma nova competição de futebol, designada a "Superliga", mas viu o projeto condicionado pela FIFA e pela UEFA, que ameaçaram sancionar os clubes e jogadores que participassem na nova competição.

O TJUE considerou que a organização de uma competição de futebol estar sujeita à autorização prévia da FIFA e da UEFA, bem como a aplicação de sanções pela falta de autorização, poderiam constituir abusos de posições dominantes e restrições injustificadas à livre prestação de serviços.

O terceiro e último acórdão foi emitido também no âmbito de um pedido de reenvio prejudicial, este na sequência de uma demanda visando a UEFA, por parte do clube belga Royal Antwerp e por um jogador de futebol profissional. O TJUE foi chamado a pronunciar-se sobre as exigências da UEFA para que os clubes de futebol tenham um número mínimo de "jogadores formados no país". O TJUE considerou que as regras relativas aos jogadores formados no país podem impedir que os clubes concorram entre si através do recrutamento de jogadores talentosos, independentemente do local da sua formação e podem dar origem a uma discriminação indireta, baseada na nacionalidade, contra jogadores provenientes de outros Estados-Membros.

Os acórdãos do TJUE em sede de reenvio prejudicial, caso das decisões emitidas em relação às regras da FIFA e da UEFA, incidem sobre a interpretação de normas e a sua compatibilidade com o Direito da UE, mas a apreciação concreta sobre a solução do litígio em concreto cabe aos tribunais nacionais, cujas decisões estão ainda pendentes.

3. Decisiones en materia de expedientes sancionadores

[Unión Europea]

La Comisión Europea ha sancionado a Apple con más de 1.800 millones de euros por abusar de su posición dominante en el mercado de distribución de aplicaciones de *streaming* de música a través de la App Store

Decisión de 4 de marzo de 2024 en el asunto AT.40437– App Store Practices (music streaming)

La Comisión Europea ha anunciado que ha sancionado a Apple con más de 1.800 millones de euros por una infracción de abuso de posición de dominio.

Esta infracción consistió en que, durante más de una década, Apple aplicó restricciones a los desarrolladores de aplicaciones de *streaming* de música por las que se impedía informar a los usuarios de opciones alternativas y más baratas fuera del ecosistema Apple (e. g., ofertas o diferencias de precio de suscripción al servicio de *streaming* disponibles fuera de la aplicación para iOS), así como proporcionar instrucciones sobre cómo suscribirse a tales ofertas. Es decir, Apple impuso lo que la Comisión Europea llama disposiciones *anti-steering* o *antiredireccionamiento*.

La Comisión Europea considera que la conducta de Apple puede haber tenido como resultado un perjuicio económico para los consumidores (ya que muchos usuarios de iOS habrían pagado precios más altos debido a la elevada comisión impuesta por Apple a los desarrolladores y que habría sido trasladada a los consumidores vía el aumento de precios de suscripción) y también un perjuicio no monetario (en forma de degradación de la experiencia del usuario, que tenían

que emprender su propia búsqueda para encontrar las ofertas pertinentes fuera de la aplicación o nunca se suscribía a ellas al no encontrarlas).

Este relevante perjuicio no económico se toma en cuenta por la Comisión para la determinación de la sanción, e impone un tanto alzado adicional a la suma resultante de aplicar la metodología habitual basada en los ingresos que utiliza la Comisión para determinar las sanciones. La sanción impuesta también se vio aumentada por el hecho de que Apple presentó información incorrecta en el marco del procedimiento.

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

La Comisión Europea ha aceptado los compromisos ofrecidos por Renfe para dar respuesta a las preocupaciones de que pudiese estar abusando de su posición dominante

Decisión de 17 de enero de 2024 en el asunto AT.40735 - Online rail ticket distribution in Spain

El 28 de abril de 2023, la Comisión Europea incoó una investigación contra Renfe por un supuesto abuso de posición de dominio en el mercado español de servicios de venta de billetes ferroviarios por el cual Renfe se habría negado a facilitar a terceras plataformas de venta de billetes el contenido completo de su gama de billetes, descuentos y características, y datos completos en tiempo real relativos a sus servicios de transporte ferroviario de pasajeros.

En ese contexto, Renfe ofreció una serie de compromisos cuyos objetivos son los de garantizar acceso a terceras plataformas a los datos actuales y futuros que se muestran en los propios canales *online* de Renfe en tiempo real y establecer criterios objetivos de acceso a esos datos y a los billetes de Renfe, así como garantizar tasas máximas de errores y de disponibilidad del sistema de venta de Renfe.

[España]

La CNMC acuerda la terminación convencional de un expediente sancionador incoado contra Ecoembes por haber abusado de su posición de dominio por la manera en que subastaba el material reciclable a las empresas recicladoras

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 13 de diciembre de 2023, Expediente Subastas de Ecoembes S/0021/21

La CNMC ha aceptado los compromisos ofrecidos por Ecoembes en el marco del expediente sancionador incoado por un supuesto abuso de su posición de dominio como gestor del único Sistema Integrado de Gestión (SIG) de residuos de envases plásticos.

De acuerdo con la CNMC, la conducta potencialmente abusiva habría tenido lugar desde 2004 y consistía en la tramitación de los procedimientos de adjudicación de material de reciclaje de for-

ma arbitraria y no transparente, y el establecimiento de barreras de acceso para participar y ser adjudicatario en dichas subastas (barreras que no estarían justificadas).

Los compromisos ofrecidos por Ecoembes y aceptados por la CNMC consisten en mejorar el procedimiento de adjudicación sometiéndolo a ciertos plazos, celebrándolo de forma electrónica por un proveedor externo e imparcial y publicando las bases de la subasta *ex ante*. En cuanto a las barreras acceso, los compromisos reducen considerablemente los requisitos técnicos y financieros previstos hasta ese momento.

La Autoridad Vasca de la Competencia archiva un expediente sancionador contra varias empresas informáticas al haberse acreditado una explicación alternativa a una presunta colusión

Resolución del Consejo Vasco de la Competencia de 18 de enero de 2024 en el expediente 557-SAN-2021 Licitaciones EJIE

EJIE, el órgano especializado del Gobierno Vasco para sus servicios informáticos, remitió a la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) información sobre el resultado de determinadas licitaciones de mantenimiento y asistencia técnica de aplicaciones informática en las que se observaba una limitada competencia (e. g., una única oferta por lote).

A la vista exclusivamente de dicha distribución de las ofertas, la dirección de investigación de la AVC decidió incoar un expediente sancionador por una posible colusión contraria al artículo 1 de la LDC contra varias empresas informáticas. Al finalizar la instrucción, sin constar ninguna prueba de contactos anticompetitivos entre las empresas incoadas, la dirección de investigación de la AVC consideró que existía una infracción "*consistente en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto del mercado en el marco de las licitaciones convocadas por EJIE*", y propuso la imposición de multas y la prohibición de contratar.

Por su parte, el Consejo de la AVC se pronuncia contra la decisión preliminar de su órgano de investigación y considera que el expediente se basaba, exclusivamente, en presunciones. Aunque la resolución confirma que los indicios relativos a la escasa competencia en las licitaciones permitían albergar sospechas iniciales sobre un posible acuerdo anticompetitivo, considera que se habían acreditado explicaciones alternativas (e. g., una fuerte ventaja competitiva para los incumbentes o dificultades para cumplir con los requisitos exigidos por la licitación) que descartaban la existencia de una práctica prohibida. En consecuencia, el Consejo de la AVC concluye que no se ha acreditado la infracción y archiva las actuaciones.

4. Decisiones en materia de control de concentraciones

[Unión Europea]

La Comisión Europea ha remitido la totalidad de la concentración por la que Carrefour adquiere a Louis Delhaize Group's Food a la autoridad de competencia francesa

Decisión de la Comisión de 25 de octubre de 2023, en asunto M. 11238 - CARREFOUR / LOUIS DELHAIZE GROUP'S FOOD RETAIL FRANCE

La Comisión Europea ha decidido remitir en su totalidad la operación de adquisición de Delparef S.A.S. y Provera France S.A.S. por parte de Carrefour al entender que la autoridad francesa es la más adecuada para analizar la operación propuesta. Dicha remisión fue solicitada por la parte notificante.

En su análisis, la Comisión consideró los requisitos legales para poder remitir un asunto a un Estado miembro, que son los dos siguientes: (i) debe haber indicios de que la concentración puede afectar significativamente a la competencia en un mercado o mercados; y (ii) el mercado o mercados en cuestión deben encontrarse en un Estado miembro y presentar todas las características de un mercado geográfico definido.

El mercado de producto al que se refiere esta decisión de remisión es la venta al por menor de bienes de consumo diario. El mercado geográfico es local y, en concreto, se ha definido por la Comisión Europea mediante isócronas de 10, 20 o 30 minutos en coche.

De acuerdo con la definición de mercado anterior, la operación propuesta daría lugar a una centena de mercados afectados, que incluyen hipermercados, supermercados y tiendas de conveniencia situados a las afueras de París. Las cuotas de mercado combinadas de las partes superan el 50 % en algunos de estos mercados.

Con base en lo anterior, se cumplen los requisitos necesarios para la remisión de la operación, y la Comisión Europea decide remitir el caso a la autoridad francesa.

[España]

La CNMC aprueba en primera fase y con compromisos la adquisición de MediaPath por parte de Ebiquity en un expediente en el que se requirió de oficio a Ebiquity para que notificara la concentración

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 29 de noviembre de 2023, e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia en el Expediente C/1406/23 - EBIQUITY / MEDIAPATH

La Dirección de Competencia de la CNMC tuvo conocimiento de una operación por la que Ebiquity habría adquirido control exclusivo de MediaPath en abril de 2022. La CNMC abrió diligencias previas en enero de 2023 con el fin de conocer si la operación debía haberse notificado. Tras su investigación, requirió de oficio a Ebiquity que notificase la operación.

Aunque esta operación ya se había cerrado, la Dirección de Competencia no abrió un expediente sancionador por *gun jumping* contra Ebiquity. La decisión no indica por qué no inició un expediente sancionador, aunque de su lectura podría extraerse que fue por falta de precedentes sobre definición de mercado y, por tanto, debido a la imposibilidad de Ebiquity de saber que superaba el umbral de cuota de mercado necesario para la obligatoriedad de la notificación.

En el ámbito de su investigación, la Dirección de Competencia llevó a cabo un test de mercado en el que envió varios requerimientos de información a terceros para poder definir el mercado y entender su funcionamiento y características, ya que no podía basarse en precedentes.

Respecto al mercado de producto analizado, Ebiquity argumentó que todos los servicios de consultoría de inversión en medios de comunicación debían englobarse en un único mercado. No obstante, la Dirección de Competencia define finalmente un mercado de producto distinto por tipo de servicio: (i) servicios de consultoría para inversión publicitaria; (ii) servicios de intermediación; (iii) compra y gestión de publicidad; (iv) servicios de auditoria o evaluación del rendimiento de la inversión publicitaria; y (v) servicios de auditoría de facturas.

Desde un punto de vista sustantivo, la CNMC termina adoptando compromisos (todos ellos de comportamiento) porque, durante la investigación, la Dirección de Competencia apuntó a que podrían darse efectos negativos en el mercado por fortaleciesen la posición de Ebiquity.

De los compromisos propuestos destacan los siguientes: (i) no imponer exclusividad a los usuarios comerciales que contraten la prestación de servicios de auditoría de la eficiencia de la inversión publicitaria realizada en España; (ii) no limitar la posibilidad de los usuarios comerciales que contraten la prestación de servicios de auditoría de compartir sus datos con terceros operadores; y (iii) limitar la duración de los contratos para la prestación de servicios de auditoría.

A juicio de la CNMC, los compromisos propuestos resuelven los potenciales problemas que la operación podría ocasionar, por lo que aprueba la concentración en primera fase.

La CNMC aprueba en primera fase y sin compromisos la adquisición de Generalife por parte de KKR en una concentración de la que tuvo conocimiento gracias a una notificación previa

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 20 de diciembre de 2023, e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia en el Expediente C/1407/23 - KKR / GENERALIFE

Durante la tramitación de una concentración en la que KKR adquirió el control exclusivo de IVI, y que fue autorizada en diciembre de 2022 (expediente C/1321/22 KKR/IVI), la Dirección de Compe-

tencia de la CNMC tuvo conocimiento de la adquisición (en enero de 2022) del control exclusivo de Generalife por parte de KKR. Tras la apertura de diligencias previas y varios requerimientos de información, la Dirección de Competencia requirió de oficio a KKR la notificación de la adquisición de Generalife.

La operación no dio lugar a ningún solapamiento horizontal ni vertical, por lo que aprueba la concentración en primera fase sin compromisos. Sin embargo, la adquisición de control de Generalife previa a su notificación está siendo analizada por una infracción de *gun jumping* bajo un expediente sancionador.

La CNMC aprueba en primera fase y sin compromisos la adquisición de Evolutio por parte de Lyntia en una concentración en la que se descartan efectos verticales entre los mercados de servicios mayoristas de fibra iluminada y los mercados de servicios de coubicación

Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 13 de diciembre de 2023, e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia en el Expediente C/1422/23 - LYNTIA/EVOLUTIO

En su definición de mercado en esta operación, la CNMC se separa de los precedentes de la Comisión Europea. Por un lado, en cuanto a la definición de mercado de producto, la CNMC define únicamente un mercado de suministro de fibra oscura y otro de suministro de fibra iluminada. Por su parte, la Comisión había dejado abierta la posibilidad de llevar a cabo una ulterior segmentación de estos mercados de producto. Por otro lado, en cuanto al mercado geográfico, la CNMC define un mercado nacional de suministro de fibra iluminada y, en lo que respecta a la fibra oscura, considera que el mercado puede dividirse en un mercado nacional de fibra oscura interurbana y varios mercados de fibra oscura metropolitana. Por su parte, la Comisión Europea define un mercado geográfico nacional tanto para fibra oscura como para fibra iluminada.

Desde un punto de vista sustantivo, la CNMC analiza en su decisión los 79 municipios donde hay un solapamiento de las redes de fibra de las partes y verifica que en todos ellos existe, al menos, un operador oferente alternativo. Por ello, aunque la concentración supone el reforzamiento de Lyntia en el mercado nacional de suministro mayorista de fibra oscura, convirtiéndolo en el segundo operador del mercado, la CNMC determina que la operación no plantea problemas a nivel horizontal.

También se descartan efectos verticales entre los mercados de servicios mayoristas de fibra iluminada y los mercados de servicios de coubicación, ya que (i) en fibra iluminada la cuota de las partes es moderada (y la adición de cuota reducida); (ii) los centros de datos suelen contar con al menos dos proveedores de capacidad diferentes; (iii) el peso de los servicios de capacidad en la estructura de costes de los centros de datos es moderado; y (iv) la existencia de la regulación MARCo obliga a Telefónica a poner a disposición de cualquier operador sus infraestructuras físicas para que terceros operadores puedan hacer nuevos despliegues de sus redes de acceso.

5. Decisiones en materia de ayudas de Estado

[Unión Europea]

La Comisión Europea ha autorizado la concesión de crédito fiscal por parte de la República Francesa para inversiones en la producción de paneles solares, baterías, turbinas eólicas y bombas de calor

Decisión de la Comisión Europea de 24 de noviembre de 2023, State Aid SA. 109334 (2023/N) – France – TCTF: Tax credit for investments in green industries

En diciembre de 2023 la Comisión Europea autorizó la concesión por la República Francesa de 2.900 millones de euros en créditos fiscales para las inversiones en el desarrollo de nuevas instalaciones de producción eléctrica (como paneles solares, turbinas eólicas marinas, bombas de calor o baterías), así como la adquisición de componentes clave o materias primas críticas para la producción de estas. La ayuda se concedió bajo el Marco temporal de crisis y transición para las medidas de ayuda estatal en apoyo de la economía tras la agresión de Rusia contra Ucrania.

La Comisión Europea consideró que la ayuda era necesaria al permitir reducir la dependencia de las importaciones de combustibles fósiles y contribuir a abordar el déficit de inversión en este sector, debilitado por la guerra en Ucrania y que se enfrenta a una fuerte competencia asiática y estadounidense. También concluyó que la ayuda era apropiada y proporcionada.

Los créditos fiscales estarán sujetos a análisis previos a su concesión y medidas posteriores destinados a evitar una deslocalización de la inversión.

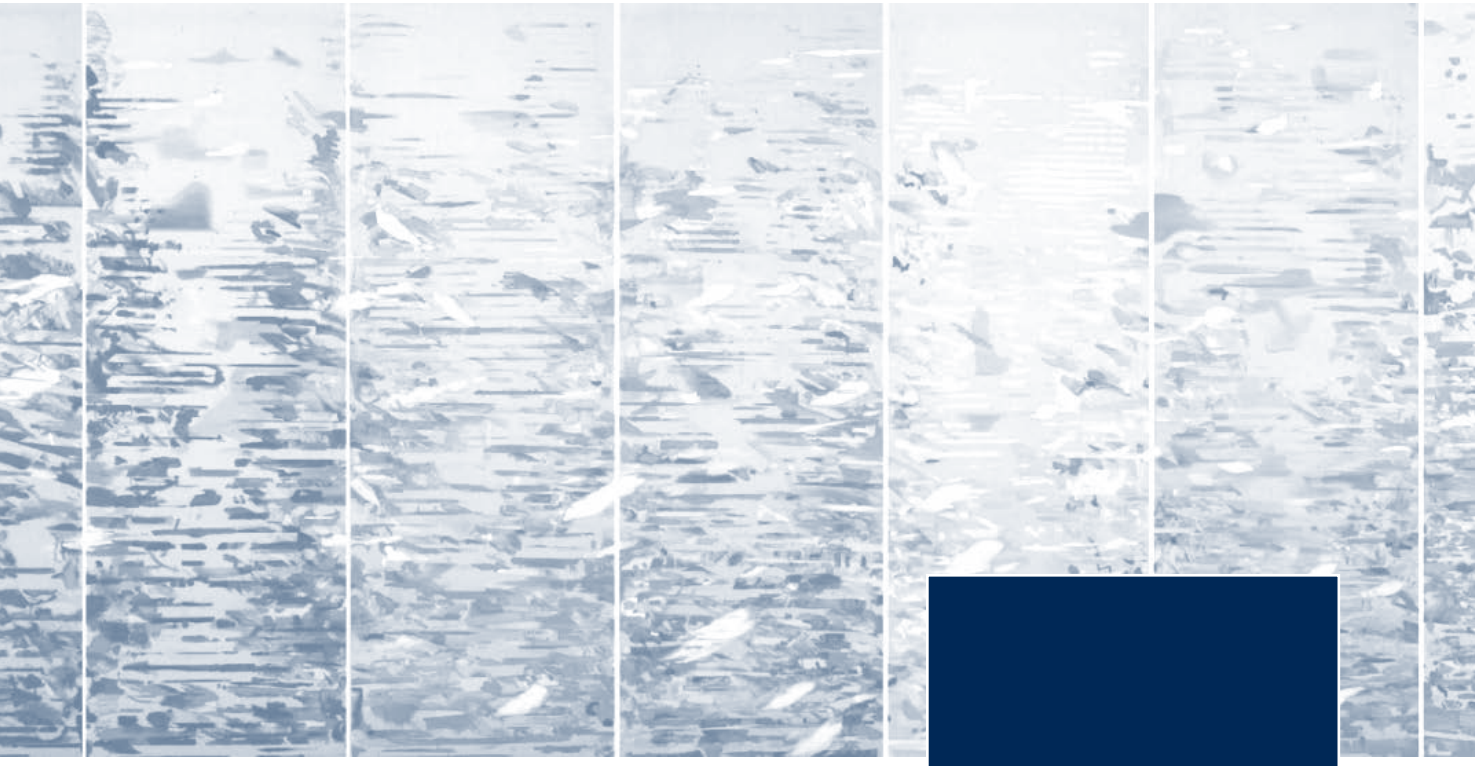
La Comisión Europea ha aprobado el nuevo sistema de ayudas aprobado por Chipre para compensar a las explotaciones agrícolas o ganaderas por los daños sufridos como resultado de eventos climáticos adversos asimilables a desastres naturales

Decisión de la Comisión Europea de 19 de diciembre de 2023, Asunto SA.110443 (2023/N) – Cyprus – National state aid framework to compensate for losses caused by adverse climatic events in the agriculture sector

El nuevo esquema de ayudas aprobado por el Estado chipriota tiene como objeto apoyar a granjeros y agricultores que han sufrido daños a su producción, activos, productos almacenados o maquinaria debido a fenómenos climáticos adversos asimilables a un desastre natural (tormentas, heladas, granizo, nevadas, precipitaciones intensas, altas temperaturas, etc.).

Este esquema de ayudas fue analizado por la Comisión Europea a la luz del artículo 107(3)(c) TFUE y de las Directrices aplicables a las ayudas estatales en los sectores agrícola y forestal y en las zonas rurales.

9 de marzo de 2024



Derecho Digital

Derecho Digital*

9 de marzo de 2024

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

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre la valoración de la adecuación de las medidas de seguridad en el tratamiento de los datos personales y acerca de la indemnización por los daños y perjuicios inmateriales

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2023, asunto C-340/21

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE") se ha pronunciado sobre la valoración de la adecuación de las medidas de seguridad en el tratamiento de los datos personales y acerca de la indemnización por los daños y perjuicios inmateriales en el contexto de un litigio entre una persona física (el "Reclamante") y una autoridad pública de Bulgaria (la "Autoridad"). En particular, el Reclamante afirmaba haber sufrido daños y perjuicios inmateriales como consecuencia de un ciberataque en el sistema informático de la Autoridad, y por los que reclamaba una indemnización por la comunicación ilícita de sus datos personales.

Las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE giran en torno a la valoración de las medidas de seguridad implementadas por la Autoridad y la valoración de los daños. Respecto de la valoración de la adecuación de las medidas de seguridad, el TJUE señaló que una comunicación de datos no autorizada no significaba, de por sí, que las medidas de seguridad no fueran adecuadas, y declaró que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar el carácter apropiado de las medidas técnicas y organizativas adoptadas por el responsable del tratamiento teniendo en cuenta los riesgos vinculados a aquel y apreciando si la naturaleza, el contenido y la adopción de esas medidas se encuentran adaptadas a los riesgos.

* 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, Noelia Jiménez Piris y Paula Sosvilla Salido, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

En lo que se refiere a la carga de la prueba relativa al carácter apropiado de las medidas y la existencia de daños y perjuicios, el TJUE consideró que recae sobre el demandante demostrar tanto la infracción del RGPD como la existencia de los daños y perjuicios y la relación de causalidad entre los daños y perjuicios sufridos con la infracción del RGPD. Asimismo, el responsable puede quedar exonerado de indemnizar si aporta prueba de que no es responsable de modo alguno de aquellos, en otras palabras, si demuestra que el daño no le es imputable.

En lo relativo a la cuantificación o valoración de los daños o perjuicios inmateriales, el TJUE estableció que las violaciones de la seguridad de los datos pueden entrañar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales para las personas físicas, como la pérdida de control sobre los datos personales o restricción de los derechos, discriminación, usurpación de identidad, pérdidas financieras o cualquier otro perjuicio económico o social significativo. A este respecto, el TJUE afirma que el temor que experimenta un interesado por un potencial uso indebido de sus datos personales por terceros a raíz de una infracción del RGPD (como puede ser una comunicación de datos por no disponer de adecuadas medidas de seguridad) puede constituir, por sí solo, un daño o perjuicio inmaterial. No obstante, subrayó que, cuando una persona invoque el temor de que en el futuro se produzca un uso indebido de sus datos personales para valorar los daños causados, el órgano jurisdiccional que conozca del asunto deberá comprobar que ese temor es fundado, habida cuenta de las circunstancias específicas del caso y del interesado.

[España]

El Tribunal Supremo considera que la LOPDGDD complementa a la Ley Orgánica de Derecho de Rectificación cuando la información que se pretende rectificar ha sido publicada en un medio digital

Sentencia núm. 32/2024 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 11 de enero de 2024

El Tribunal Supremo ("TS") ha declarado que el artículo 85.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales ("LOPDGDD") ha de servir como complemento del artículo 3 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación ("LO 2/1984") cuando la información que se pretende rectificar ha sido publicada en un medio digital.

Esta sentencia del TS trae como origen un recurso de casación presentado por un diario digital (el "Diario") tras la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (la "AP de Madrid"). El demandante solicitó al Diario la rectificación por la difusión de una noticia sobre su persona en la que se difundieron hechos inexactos y parciales, con un titular insidioso y lesivo para su honorabilidad y la de su familia. El Diario atendió la rectificación introduciendo el contenido del escrito remitido por el demandante como una nota al final de la noticia original. No obstante, el demandante, entendiendo que no se había satisfecho su derecho de rectificación correctamente, presentó una demanda en la solicitaba que se condenase al Diario a la difusión de la rectificación con la misma relevancia que la difusión de la noticia original, esto es, por medio de nueva publicación con la rectificación de manera íntegra y literal junto a la noticia original.

En relación con lo anterior, el TS expuso que la cuestión relevante a decidir es si, cuando se ejercita el derecho de rectificación respecto de una información publicada en un medio de comunicación digital, es suficiente con publicar, junto con la información original, un aviso aclaratorio que ponga de manifiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo (conforme al artículo 85.2 de la LOPDGDD); o si, además, es necesario publicar o difundir íntegramente la rectificación, mediante un nuevo vínculo con relevancia semejante a aquel en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas (de acuerdo con el artículo 3 de la LO 2/1984). El TS interpretó que las informaciones publicadas en los diarios digitales quedan relegadas a posiciones secundarias según transcurre el paso del tiempo, de manera que resultan más difíciles de encontrar. Así pues, si la rectificación consiste en añadir únicamente a la información original el aviso, la persona que acceda al Diario no hallaría la referida rectificación (a diferencia de la información original en el momento de su publicación, al resultar accesible fácilmente) y, por lo tanto, el derecho de rectificación reconocido por la LO 2/1984 no se vería plenamente satisfecho. El TS concluye que, cuando la información es publicada en un medio digital, la rectificación deberá ser publicada mediante un nuevo vínculo con una relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica y, además, el medio digital deberá insertar un aviso aclaratorio situado en lugar visible junto con la información original publicada.

El Tribunal Supremo anula una sentencia por la que se condenaba a dos personas a pagar una indemnización a la socia y administradora única de una empresa de verificación por emitir opiniones que vulneraban su derecho al honor

Sentencia núm. 165/2024 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 2024

El TS resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP de Madrid por la que se condenaba a dos personas (los "Demandados") por vulnerar el derecho al honor de la socia y administradora única (la "Demandante") de una empresa de verificación (*fact checking*) (la "Sociedad"). Los hechos por los que se había condenado a los Demandados consistían en insinuar a través de mensajes en la red social X y vídeos en YouTube la comisión de infracciones o incumplimientos de obligaciones fiscales, así como de falta de neutralidad por sus relaciones con un partido político y con determinados grupos empresariales.

En particular, los Demandados, a partir de los datos contables de la Sociedad obtenidos del Registro Mercantil y otra información pública, emitieron diversas opiniones e insinuaciones sobre la Demandante y la Sociedad. En particular, los Demandados declararon que los beneficios de la Sociedad habían aumentado de manera sospechosa de un año para otro (supuestamente debido a sus vínculos con un partido político) y que se habían realizado operaciones contables con la finalidad de evitar pagar un mayor importe del Impuesto de Sociedades, y ponían en duda la neutralidad de la Sociedad en su actividad de verificación de hechos. Por todo lo expuesto, la AP de Madrid condenó a ambos Demandados por una vulneración del derecho al honor de la Demandante.

Sin embargo, tras los Demandados presentaron recurso de casación ante el TS, que lo estimó y dejó sin efecto la sentencia de la AP de Madrid. En su sentencia, el TS establece que del relato de hechos se desprenden dos aspectos diferenciados. En primer lugar, en las publicaciones y vídeos

de los Demandados se presenta información fáctica (e. g., información de la Sociedad extraída del Registro Mercantil o relaciones familiares o empresariales de la Demandante) que es objetiva y que, por tanto, no puede vulnerar el derecho al honor de la Demandante. En segundo lugar, a raíz de esta información fáctica, los Demandados emitieron opiniones, veraces o no, amparados en su derecho a la libertad de expresión.

La cuestión, según el TS, es si el derecho a la libertad de expresión de los Demandados podía prevalecer sobre el derecho al honor de la Demandante. En este sentido, el TS reconoce que, dado el carácter de personaje público de la Demandante y la actividad de verificación de la Sociedad, estos juicios y opiniones de los Demandados, basados a su vez en cuestiones fácticas, eran cuestiones de interés general que hacen prevalecer la libertad de expresión de los Demandados. Además, el TS recuerda que no es necesario que las opiniones o juicios de valor sean veraces para estar amparados por la libertad de expresión. Finalmente, el TS considera que, dado que no se utilizan expresiones insultantes desconectadas de la opinión que se quiere transmitir, estas expresiones también estarían amparadas en esta libertad de expresión.

Por todo lo expuesto, el TS consideró que prevalecía la libertad de expresión de los Demandados y revocó la condena a pagar una indemnización de 3.000 euros a la Demandada por la vulneración de su derecho al honor.

La Audiencia Nacional declara que el derecho de acceso a los datos personales no incluye obtener información sobre qué terceros han accedido a la historia clínica del paciente

Sentencia núm. 7/2024 de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, de 10 de enero

La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional (la "AN") desestimó un recurso contenciosoadministrativo interpuesto por un particular (el "Recurrente") frente a una resolución de la AEPD en la que inadmitió una reclamación por entender que el derecho de acceso no incluye la determinación de qué personas han tenido acceso a una historia clínica.

El Recurrente presentó ante la Conselleria de Sanidad y Salud Pública de Valencia (la "Conselleria") una solicitud de acceso a los datos personales de su historia clínica, así como ante el Servicio Aragonés de Salud (el "SAS"), con el objetivo de conocer qué personas habían accedido a su historia clínica, ya que supuestamente se había producido un acceso ilícito a su historia clínica. Ante esta solicitud, tanto la Conselleria como el SAS contestaron al Recurrente indicando que su derecho de acceso no incluía la información sobre qué personas, en el tratamiento de datos, habían tenido acceso a esta información.

Tras recibir esta contestación, el Recurrente interpuso dos reclamaciones ante la AEPD frente a la Conselleria y el SAS por no haber atendido su ejercicio de derecho, ya que no le facilitaron la información que solicitaba. Sin embargo, la AEPD dictó resolución por la que inadmitía la reclamación formulada por el Recurrente, ratificando los mismos argumentos que anteriormente había expuesto el SAS en su resolución ante la solicitud de derecho de acceso. De esta forma, la AEPD

daba una única respuesta a las dos reclamaciones planteadas por el Recurrente contra la Conselleria y el SAS por los mismos hecho.

Tras esta resolución de la AEPD, el Recurrente presentó recurso contencioso-administrativo ante la AN, en el que alegaba que la resolución de la AEPD daba una respuesta generalista, inmotivada y arbitraria, cuyo planteamiento implicaba una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el Recurrente se había visto privado de la información necesaria para formular las correspondientes denuncias por intromisión ilegítima en su historia clínica.

La AN, sin embargo, pese a reconocer que la AEPD aportó un análisis y una respuesta escuetos a la reclamación presentada por el Recurrente al inadmitirla, confirmó que:

i. El artículo 65.2 de la LOPDGDD prevé una inadmisión de oficio de las reclamaciones sin necesidad de analizar el fondo de la posible controversia planteada en aquellos supuestos en los que no se aprecien indicios racionales de la existencia de una infracción.

ii. Además, la AN consideró que, si bien la respuesta de la AEPD resultó somera, sí que ofrecía una motivación suficiente para la inadmisión de las reclamaciones, toda vez que en dicha resolución se razonaba que el derecho de acceso no servía como una vía para obtener información en torno a la identidad de un tercero que pudiera haber accedido a la historia clínica del paciente. Asimismo, la AEPD también declaró que el derecho de acceso no estaba configurado como un medio para que se valore si los accesos a la historia clínica estaban debidamente justificados, ya que esa es una competencia de los órganos del servicio de salud correspondientes, no de la AEPD.

Por lo expuesto, la AN confirmó la resolución de la AEPD y desestimó el recurso contenciosoadministrativo presentado por el Recurrente.

[Portugal]

Tratamento de dados pessoais – Responsável pelo tratamento

Acórdão de 5 de dezembro de 2023 (Processo C-683/21) - TJUE

Em 12 de novembro de 2022 foi apresentado um pedido de decisão prejudicial pelo Tribunal Administrativo Regional de Vílnius (o "TARV") perante o Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE"), tendo por objeto a interpretação dos artigos 4.º, pontos 2 e 7, 26.º, n.º 1 e 83.º, n.º 1 do Regulamento Geral sobre a Proteção de dados ("RGPD").

O pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opunha o Centro Nacional de Saúde Pública do Ministério da Saúde da Lituânia (o "CNSP") à Inspeção Nacional da Proteção de Dados da Lituânia (a "INPD"), relativamente a uma decisão através da qual esta última aplicou ao CNSP uma coima ao abrigo do artigo 83.º do RGPD, a título da violação dos artigos 5.º, 13.º, 24.º, 32.º e 35.º do referido regulamento. Em concreto, esta decisão levantou questões quanto ao conceito de "responsável pelo tratamento" de dados pessoais, conforme definido pelo artigo 4.º, n.º 7, do RGPD.

O litígio em causa teve origem na aquisição de um sistema informático para registo e acompanhamento dos dados das pessoas expostas ao vírus da Covid-19, cuja tarefa o Ministro da Saúde da República da Lituânia (o "Ministro da Saúde") incumbiu ao diretor do CNSP, pare efeitos de acompanhamento epidemiológico. Através desta aplicação móvel, criada pela empresa ITSS ("ITSS"), 3802 pessoas forneceram os seus dados pessoais, que incluíram, entre outros, número de identidade, coordenadas geográficas, morada, número de imóvel e dados respeitantes ao estado de saúde da pessoa em causa e ao cumprimento, por esta, das condições de isolamento. O Ministro da Saúde confiou igualmente ao CNSP a aquisição da aplicação móvel em causa, seguindo o procedimento previsto no regime aplicável aos contratos públicos. Contudo, nenhum contrato público foi adjudicado a esta entidade.

Conforme referido acima, a INPD aplicou (i) uma coima, por violação de várias disposições do RGPD, ao CNSP e (ii) uma coima à ITSS, enquanto responsável conjunta pelo tratamento dos dados pessoais em causa. O CNSP contestou esta decisão perante o órgão jurisdicional de reenvio, o TARV, alegando que a ITSS deve ser considerada a única responsável pelo tratamento daqueles dados. Por seu turno, a ITSS alega ter agido na qualidade de subcontratante, segundo as instruções do CNSP, o verdadeiro e único responsável pelo tratamento.

Neste seguimento, o TARV decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE as seguintes questões prejudiciais:

Primeiramente, questionou, no essencial, se o artigo 4.º, n.º 7, do RGPD, deve ser interpretado no sentido de que se pode considerar responsável pelo tratamento uma entidade que encarregou uma empresa de desenvolver uma aplicação informática móvel, quando esta entidade (i) não procedeu, ela própria, a operações de tratamento de dados pessoais; (ii) não deu explicitamente o seu acordo para a realização das operações concretas desse tratamento ou para a disponibilização ao público dessa aplicação; e (iii) não adquiriu a referida aplicação móvel.

O TJUE veio responder a estas três questões simultaneamente, tendo decidido pela interpretação dos pontos 2 e 7 do artigo 4.º do RGPD no sentido de que pode ser considerada responsável pelo tratamento de dados uma entidade que encarregou uma empresa de desenvolver uma aplicação informática móvel e que, neste contexto, participou na determinação das finalidades e dos meios do tratamento dos dados pessoais realizado através desta aplicação. Ainda que a entidade não tenha procedido, ela própria, a operações de tratamento de tais dados, e ainda que não tenha também dado o seu expresso consentimento para a realização das operações concretas desse tratamento ou para a disponibilização da aplicação móvel ao público, a entidade pode, ainda assim, ser considerada responsável pelo tratamento dos dados pessoais em causa.

O TARV veio também questionar se a definição de controlo conjunto de dados, disposta no artigo 4.º, ponto 7 no artigo 26.º, n.º 1 do RGPD, implica exclusivamente atividades deliberadamente coordenadas na determinação da finalidade e dos meios de tratamento de dados, ou se abrange também situações em que não existe um "acordo" claro quanto a estes elementos. A este respeito, o TJUE sublinha que a qualificação de duas entidades como responsáveis conjuntas pelo tratamento não pressupõe nem a existência de um acordo entre essas entidades quanto à determinação das finalidades e dos meios do tratamento dos dados pessoais em causa, nem a existência de um acordo que fixe as condições relativas à responsabilidade conjunta do tratamento. Deve enten-

der-se, portanto, que (i) a existência de uma responsabilidade conjunta não se traduz necessariamente numa responsabilidade equivalente dos diferentes operadores envolvidos (que podem estar envolvidos em diferentes fases e graus do tratamento de dados); e que (ii) a participação na determinação das finalidades e dos meios de tratamento pode assumir diferentes formas, podendo resultar de uma decisão comum ou de decisões convergentes de várias entidades.

Adicionalmente, o TARV questionou se a definição de "tratamento" de dados, na aceção do artigo 4.º, ponto 2 do RGPD, é aplicável à utilização de dados pessoais para efeitos de realização de testes de sistemas informáticos de uma aplicação móvel. O TJUE veio destacar o facto de que a utilização destas cópias pessoais para testes de sistemas informáticos está enquadrada na definição atribuída a "tratamento", com exceção dos casos em que tais dados tenham sido anonimizados de modo a que a pessoa à qual tais dados respeitem não seja identificável ou que estejam em causa dados fictícios.

Por último, o TARV questionou também se a disposição do artigo 83.º, n.º 1 do RGPD, relativa à aplicação de coimas, deve ser interpretada no sentido de que deve ser interpretado de forma a permitir a aplicação de coimas ao responsável de tratamento apenas nos casos em que este, intencionalmente ou por negligência, violar as disposições dos n.ºs 4 e 6 do referido artigo e, por outro lado, se tal coima pode ser aplicada ao responsável pelo tratamento nos casos em que as operações de tratamento de dados pessoais foram realizadas por um subcontratante. O TJUE respondeu afirmativamente às duas questões, alertando, contudo, para as seguintes exceções: i) no caso em que o subcontratante atue com finalidades próprias; ii) no caso em que o subcontratante trate os dados de maneira incompatível com as orientações emitidas pelo responsável pelo tratamento; ou iii) no caso em que o subcontratante trate os dados de tal forma que não se possa razoavelmente considerar que a pessoa responsável teria dado o seu consentimento.

Minimização dos dados e direito ao apagamento

Acórdão de 30 de janeiro de 2024 (Processo C-118/22) - TJUE

Em 17 de fevereiro de 2022 foi apresentado um pedido de decisão prejudicial pelo Supremo Tribunal Administrativo da Bulgária (o "STAB") perante o Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE"), tendo por objeto a interpretação de determinados artigos da Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento 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").

O pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opunha um cidadão ("NG") ao Diretor da Direção-Geral da Polícia Nacional do Ministério da Administração Interna da Bulgária (o "DGPN"), a respeito do indeferimento, por este último, do pedido de NG para apagar os seus dados do registo nacional das autoridades policiais búlgaras onde são inscritas as pessoas acusadas de terem cometido uma infração penal dolosa. O pedido baseou-se na reabilitação de que beneficiou após ter sido objeto de uma condenação penal transitada em julgado. O DGPN, e posteriormente o Tribunal Administrativo de Sófia, indeferiu este pedido, tendo considerado que uma condenação

penal transitada em julgado (mesmo no caso em que exista reabilitação), não está incluída nos motivos de apagamento da inscrição no registo policial.

NG recorreu desta decisão para o STAB, apresentando como principal fundamento a violação do princípio segundo o qual o tratamento de dados pessoais, resultante da sua conversação, não pode ter uma duração ilimitada. A este respeito, o STAB veio salientar que a reabilitação não faz parte dos motivos de apagamento da inscrição no registo policial, enumerados exaustivamente na legislação nacional aplicável, e que nenhum dos motivos aí enunciados são suscetíveis de aplicação neste caso concreto.

Contudo, o STAB apresentou dúvidas quanto à possível contradição entre as disposições da Diretiva e a legislação nacional, tendo submetido ao TJUE a seguinte questão prejudicial, por este reformulada, no âmbito das suas competências: deve o artigo 4.º, n.º 1, alíneas c) e e) da Diretiva, lido em conjugação com os artigos 5.º e 10.º, o artigo 13.º, n.º 2, alínea b), e o artigo 16.º, n.ºs 2 e 3, da mesma, e à luz dos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que prevê a conservação, pelas autoridades policiais, para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, de dados pessoais, nomeadamente de dados biométricos e genéticos, relativos a pessoas que tenham sido objeto de uma condenação penal transitada em julgado por uma infração penal dolosa abrangida pela ação pública, e isto até à morte da pessoa em causa, incluindo em caso de reabilitação desta, sem lhe reconhecer, por outro lado, o direito ao apagamento dos referidos dados ou, sendo caso disso, à limitação do seu tratamento.

O TJUE começou por sublinhar, entre outros pontos, que os Estados-Membros devem prever que os dados pessoais sejam adequados, pertinentes e limitados ao mínimo necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados (o princípio da "minimização dos dados"). Neste contexto, o artigo 5.º da Diretiva impõe aos Estados-Membros que prevejam a fixação de prazos adequados para o apagamento dos dados pessoais ou para a avaliação periódica da necessidade de os conservar, bem como regras processuais que garantam o cumprimento desses prazos. O caráter "adequado" desses prazos exige, se for caso disso, o apagamento dos dados em causa caso a sua conservação já não seja necessária para as finalidades que justificaram o tratamento. Além disso, o artigo 10.º da Diretiva constitui uma disposição específica que rege o tratamento de categorias especiais de dados (*e.g.* os dados biométricos e genéticos), que só deve ser autorizado se for estritamente necessário.

Quanto ao artigo 16.º, n.º 2 da Diretiva, este institui um direito ao apagamentos dos dados pessoais, que pode ser exercido quando a conservação dos dados pessoais não revista ou deixe de revestir um caráter necessário à luz das finalidades do seu tratamento. Contudo, o direito nacional deve prever que o responsável pelo tratamento limite o tratamento desses dados, em vez de proceder ao seu apagamento, caso o titular dos dados conteste a exatidão dos dados pessoais e a sua exatidão ou inexatidão não possa ser apurada, ou caso os dados pessoais tenham de ser conservados para efeitos de prova.

No caso em apreço, referiu o TJUE, os dados pessoais que figuram no registo policial, nos termos da legislação nacional aplicável, são conservados unicamente para efeitos de investigação operacional e, mais especificamente, para serem comparados com outros dados recolhidos aquando de

inquéritos relativos a outras infrações. A este respeito, sublinhou que a conservação, num registo policial, de dados relativos a pessoas que tenham sido objeto de uma condenação penal transitada em julgado se pode revelar necessária para esses fins, mesmo após essa condenação ter sido apagada do registo criminal. As pessoas em causa podem estar implicadas no âmbito de infrações penais diferentes daquelas pelas quais foram condenadas ou podem, pelo contrário, ser ilibadas através da comparação dos dados conservados por essas autoridades com os dados recolhidos quando dos processos relativos a essas outras infrações.

Assim, considera o TJUE, essa conservação é suscetível de contribuir para o objetivo de interesse geral segundo o qual, é necessário que as autoridades competentes tratem os dados pessoais, recolhidos no contexto da prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais específicas para além desse contexto, a fim de obter uma melhor compreensão das atividades criminais e de estabelecer ligações entre as diferentes infrações penais detetadas.

Também em relação às categorias especiais de dados em causa (*i.e.* documentos de identidade, impressões digitais, fotografia e uma recolha para efeitos de elaboração de perfis ADN), podem revelar-se indispensáveis para verificar se a pessoa em causa está implicada em infrações penais diferentes daquelas pela qual foi definitivamente condenada. Por esse motivo, podem ser considerados, em princípio, adequados e pertinentes relativamente às finalidades para as quais são tratados. A proporcionalidade desta conservação relativamente às suas finalidades deve ser apreciada tendo igualmente em conta medidas técnicas e organizativas adequadas previstas pelo direito nacional.

Por outro lado, o TJUE levantou questões quanto ao carácter genérico do conceito "infração penal dolosa abrangida pela ação pública", tornando-se suscetível de se aplicar a um grande número de infrações penais, independentemente da sua natureza e gravidade. Afirmou, portanto, que nem todas as pessoas definitivamente condenadas por uma infração penal abrangida por este conceito apresentam o mesmo grau de risco de estarem implicadas noutras infrações penais, que justifique um prazo uniforme de conservação dos dados que lhes dizem respeito. Assim, em certos casos, tendo em conta fatores como a natureza e a gravidade da infração cometida ou a inexistência de reincidência, o risco representado pela pessoa condenada não justificará necessariamente a manutenção, até à sua morte, dos dados que lhe digam respeito no registo policial previsto para esse efeito.

Ademais, concluiu o TJUE, quando, por força das disposições aplicáveis do direito penal nacional, a reabilitação está subordinada à não prática de uma nova infração penal dolosa abrangida pela ação pública durante um certo lapso de tempo, após o cumprimento da pena, pode constituir o indício de um risco menos significativo representado pela pessoa em causa à luz dos objetivos de luta contra a criminalidade ou de manutenção da ordem pública e, portanto, um elemento suscetível de reduzir o período necessário dessa conservação.

Adicionalmente, o TJUE considerou que a recolha sistemática de dados biométricos e genéticos de qualquer pessoa constituída arguida por uma infração dolosa objeto de ação penal *ex officio* é, em princípio, contrária ao requisito da estrita necessidade.

Em suma, o TJUE entendeu que, em princípio, a conservação dos dados biométricos e genéticos de pessoas que já tenham sido objeto de uma condenação penal transitada em julgado, incluindo até à morte dessas pessoas, é suscetível de revestir um caráter estritamente necessário, nomeadamente para permitir verificar a sua eventual implicação noutras infrações penais e, assim, exercer a ação penal e condenar os autores dessas infrações. No entanto, só se pode considerar que a conservação de dados biométricos e genéticos cumpre o requisito de que só deve ser autorizada «se for estritamente necessário», se tomar em consideração a natureza e a gravidade da infração que conduziu à condenação, o contexto específico em que essa infração foi cometida, a sua eventual relação com outros processos em curso ou ainda os antecedentes ou o perfil da pessoa condenada.

Por conseguinte, na hipótese de uma legislação nacional prever, como a que estava em causa neste caso, que os dados biométricos e genéticos inscritos no registo policial são conservados até à data da morte dessas pessoas em caso de condenação penal transitada em julgado das mesmas, o âmbito de aplicação dessa conservação apresenta um caráter excessivamente alargado tendo em conta as finalidades para as quais esses dados são tratados.

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

La AEPD publica una guía sobre el uso de *cookies* para herramientas de medición de audiencia

Guía sobre el uso de cookies para herramientas de medición de audiencia de la Agencia Española de Protección de Datos

La AEPD publicó una Guía sobre el uso de *cookies* para herramientas de medición de audiencia (la "Guía"), que es complementaria a la Guía sobre el uso de *cookies* que ya publicó en el pasado y ha sido modificada varias veces.

En esta Guía, la AEPD declara que las *cookies* o tecnologías de seguimiento similares utilizadas con el fin de obtener estadísticas de tráfico o de rendimiento podrían estar exentas del consentimiento del usuario cuando se usen únicamente para determinadas finalidades, como (i) la medición de audiencia, medida página por página; (ii) la medición de las páginas de origen o referentes, ya sea interna o externa al sitio, desde la que se accedió a la página, medida por página y agregada diariamente; (iii) la determinación del tipo de dispositivo, navegador y tamaño de pantalla de los visitantes, medida por página y agregados diariamente; (iv) estadísticas de tiempo de carga de la página, medidas por página y agregadas por hora; (v) estadísticas sobre el tiempo dedicado a cada página, la tasa de rebote, la profundidad de desplazamiento, las acciones de los usuarios (clics, selecciones), medidas por página y agregadas diariamente; o (vii) estadísticas sobre la zona geográfica de origen de las solicitudes, por página y agregadas diariamente. En consecuencia, los tratamientos realizados con otros fines requerirán del consentimiento del interesado para que sea

considerado lícito. En cualquier caso, el uso de *cookies* o tecnologías similares de medición de audiencia, pese a estar exentas de consentimiento, deben ser informadas a los usuarios y tener una vida útil limitada a lo estrictamente necesario, concretamente, la AEPD indica que deberá limitarse a un periodo de tiempo que permita una comparación significativa (e. g., 13 meses sin extenderse automáticamente a nuevas visitas) y se conservará durante un período máximo de 25 meses.

Cuando el editor recurra a un proveedor de servicios de medición de audiencia, la AEPD declara que, además, deberán cumplirse ciertas garantías adicionales, entre ellas, que exista un compromiso contractual en el que se concrete (i) la obligación de no reutilizar los datos recopilados en ningún caso; (ii) la limitación del tratamiento de los datos a los propósitos de medición de audiencia; (iii) el cumplimiento con las garantías establecidas en el RGPD para las transferencias internacionales de datos; y ***(iv)*** en el caso de dar servicio a múltiples editores, las medidas establecidas para que los datos de las *cookies* de medición de audiencia se recopilen, procesen y almacenen de forma independiente para cada editor y que se utilizan completamente independientes las unas de las otras y de cualquier otra *cookie* o tecnología similar.

La AEPD sanciona con 550.000 euros a una empresa de reparto por no informar sobre la existencia de decisiones automatizadas y no haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas para prevenir accesos no autorizados a los datos de los repartidores

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00209/2022

La AEPD inició un procedimiento sancionador contra una empresa de reparto a domicilio debido al tratamiento de datos personales que llevaba a cabo de los repartidores que colaboraban con ella. En particular, la AEPD analizó el uso de una herramienta de evaluación y puntuación de los repartidores que utilizaba para asignar a cada repartidor un tramo horario en el que estos podían aceptar pedidos, dando preferencia a los repartidores que tenían una mejor puntuación en los tramos con mayor demanda.

En este sentido, la AEPD llevó a cabo una inspección en las oficinas de la empresa para recabar toda la información sobre este tratamiento y consideró que la empresa estaba llevando a cabo decisiones basadas en tratamientos automatizados sin informar adecuadamente a los repartidores. Para llegar a esta conclusión, la AEPD determinó que era la propia aplicación de la empresa, que los repartidores debían descargarse y utilizar obligatoriamente, la que otorgaba una puntuación específica a cada repartidor con base en una serie de parámetros y, en función de esta puntuación, adjudicaba los tramos horarios con mayor demanda a los repartidores con mejor puntuación. Así pues, la AEPD consideró que se estaban llevando a cabo decisiones automatizadas y que únicamente existía intervención humana en el caso de que algún repartidor presentara una reclamación por la adjudicación automatizada de los tramos hecha por la aplicación. Asimismo, la AEPD determinó que estas decisiones automatizadas tenían un impacto sobre los repartidores, ya que la asignación de franjas horarias para poder aceptar pedidos podía conllevar que un repartidor se quedara sin trabajar, lo que producía efectos jurídicos o similares en los repartidores. Por lo tanto, la empresa debía cumplir con el artículo 22 del RGPD y, además, informar a los repartidores sobre la existencia de estas decisiones automatizadas.

En este sentido, si bien es cierto que la empresa exigía a los repartidores la visualización de una serie de tutoriales sobre el uso de la aplicación (y, por tanto, se les informaba sobre estas decisiones automatizadas), la empresa no informaba en su política de privacidad ni en los contratos con los repartidores sobre la existencia de estas decisiones automatizadas, eludiendo el deber de informar contemplado en los artículos 13.2.f) y 14.2.g) del RGPD.

Adicionalmente, durante la inspección, la AEPD comprobó que la empresa había concedido accesos a determinados trabajadores para acceder a los datos de los repartidores de diversas áreas geográficas. Así pues, la AEPD comprobó que ciertos trabajadores de la empresa podían acceder a los datos de los repartidores (e. g., identificador del repartidor, ciudad, tipo de transporte e información identificativa del repartidor) de toda Europa, lo que iba más allá de su ámbito de actuación y control. Sin embargo, la empresa comunicó a la AEPD que posteriormente había modificado los permisos y había limitado el acceso por país, permitiendo ahora solo el acceso por país y por funciones.

A raíz de estos hechos, la AEPD determinó que la empresa no disponía de medidas de seguridad adecuadas conforme el artículo 32 del RGPD (al menos hasta que no se produjo el cambio anunciado por la empresa), ya que permitía un acceso excesivo a los datos personales de todos los repartidores de Europa sin que fuera necesario para la prestación de su servicio. Asimismo, dado que no se había tenido en cuenta el principio de minimización desde el diseño de la aplicación y los sistemas de la empresa, y por defecto no se limitaba el acceso de los trabajadores a los datos de los repartidores estrictamente necesarios para llevar a cabo su trabajo, la AEPD también consideró que no se había cumplido con los principios de protección de datos desde el diseño y por defecto (artículo 25 del RGPD).

Por estas infracciones de los artículos 25 y 32 del RGPD la AEPD decidió imponer una sanción a la empresa de 550.000 euros. Asimismo, la AEPD requirió a la empresa que modificara su política de privacidad con la finalidad de incluir esta información sobre las decisiones automatizadas y así cumplir con los artículos 13.2.f) y 14.2.g) del RGPD.

La AEPD impone una multa por el importe de 5.000.000 de euros a una entidad financiera en el contexto de una brecha de seguridad de datos personales

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º EXP202206311

La AEPD ha sancionado a una entidad financiera (el "Banco") por vulnerar el principio de confidencialidad e integridad de los datos personales (artículo 5.1.f del RGPD), por no respetar el principio de privacidad desde el diseño (artículo 25 del RGPD) y por la falta de implantación de medidas de seguridad adecuadas (artículo 32 del RGPD), en el contexto de una brecha de seguridad de datos personales. El procedimiento sancionador trae causa de una reclamación interpuesta por un cliente del Banco (el "Reclamante") que al llevar a cabo una actualización de sus datos de contacto recibió un documento relativo a una transferencia realizada por un tercero a otra persona desconocida (con numerosos datos personales, tanto del ordenante de la transferencia como del beneficiario de aquella).

La AEPD impuso tres sanciones al Banco por los siguientes motivos:

i. En primer lugar, la AEPD consideró que se habían producido dos brechas de datos personales: una consistente en una pérdida de confidencialidad y otra por pérdida de disponibilidad. Por un lado, en cuanto a la brecha de datos personales por pérdida de confidencialidad, consideró de especial gravedad no solo la exhibición al Reclamante de datos personales de dos personas a los que no debería haber tenido acceso, sino también todo el tiempo durante el cual el Reclamante tuvo a su disposición el justificante de la transferencia con datos personales. Por otro lado, en relación con la brecha de datos personales por pérdida de disponibilidad, el Reclamante no tuvo a su disposición el comprobante de la actualización de sus datos de contacto, lo cual afectó a la accesibilidad de sus datos personales, provocando una pérdida de control y disposición sobre aquellos. Además, según la AEPD, la actualización de datos de contacto equivale a un derecho de rectificación de los datos personales, ya que no deja de ser un medio para poder rectificarlos. En este marco, la AEPD recuerda el plazo para responder al ejercicio de derechos del RGPD por un interesado y que las organizaciones deben dar respuesta al interesado lo antes posible.

   A este respecto, la AEPD estimó una infracción del artículo 5.1.f) del RGPD e impuso una multa al Banco por un importe de 2.000.000 de euros.

ii. En segundo lugar, la AEPD consideró que existían carencias en las medidas de seguridad en el momento en el que se produjo la brecha de datos personales. En este sentido, la AEPD entiende que no se encontraban implementadas medidas de seguridad adecuadas al riesgo para proteger los derechos y libertades de los interesados.

   A este respecto, la AEPD consideró que se había infringido el artículo 32 del RGPD e impuso una multa al Banco por un importe de 1.500.000 de euros.

iii. En tercer y último lugar, la AEPD consideró que el Banco no había manejado adecuadamente su análisis de riesgos al enfocarse, no en los interesados, sino en los riesgos para su propia organización. Asimismo, la AEPD recuerda que la privacidad desde el diseño exige ser proactivo y no reactivo, es decir, proceder de forma sistémica, previsora y global y contar con un procedimiento adecuado para gestionar las reclamaciones de los interesados en materia de protección de datos.

   A este respecto, la AEPD estimó una infracción del artículo 25 del RGPD e impuso una multa al Banco por un importe de 1.500.000 de euros.

Del mismo modo, el Banco alegó que el contenido del acuerdo de inicio implicaría una supuesta vulneración del principio de *non bis in idem*. A estos efectos, la AEPD señala que los artículos 5.1.f), 32 y 25 imponen obligaciones distintas y se tipifican de manera diferenciada tanto en el RGPD como en la LOPDGDD, por lo que no eran infracciones idénticas. Así, la AEPD argumenta que, por un lado, el artículo 32 del RGPD impone la obligación de implantar medidas de seguridad técnicas y organizativas que pueden considerarse inadecuadas, independientemente de que se haya materializado una brecha de seguridad (lo cual, además, sí había ocurrido) y por otro lado, que el art. 25 RGPD impone la obligación de adoptar medidas tendentes a cumplir con el RGPD más allá de las medidas de seguridad.

La AEPD impone una multa de 100.000 euros a una desarrolladora de *software* al designarse a sí misma en su política de privacidad como encargado del tratamiento de los datos de usuarios y, por lo tanto, no cumplir con los requisitos de licitud, lealtad y transparencia del RGPD

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00328/2022

La AEPD ha impuesto a una empresa desarrolladora de *software* (la "Desarrolladora") una multa total de 100.000 euros por infracción de los artículos 5.1.a), 6, 13 y 14 del RGPD.

De acuerdo con la resolución de la AEPD, la Desarrolladora ofrecía un *software* gratuito de rastreo de correos electrónicos, de manera que el emisor del correo podía ser informado del momento en que el receptor lo había leído. Asimismo, en estos correos se incluía un enlace a una página de inicio, de manera que si el receptor del correo reenviaba el *email*, se insertaban en él otros elementos que podrían implicar la transferencia de datos personales a terceros. Tras recibir dos correos electrónicos en los que se indicaba en su pie de página que el remitente del correo electrónico había sido notificado por el *software* de la recepción, un particular (el "Reclamante") presentó una reclamación ante la AEPD.

En particular, el Reclamante consideró que el emisor del correo, a través del *software*, transfiere datos a terceros sin su consentimiento. Además, el Reclamante también denunció que ni la política de privacidad de la Desarrolladora (la "Política de Privacidad") ni el correo electrónico informaban de manera suficiente sobre los datos que se transferían ni sobre su tratamiento.

En primer lugar, la AEPD consideró que la Política de Privacidad vulneraba la normativa de protección de datos, ya que informaba de que la Desarrolladora actuaba como encargado del tratamiento en lugar de como responsable. En particular, esta Política de Privacidad indicaba que los responsables del tratamiento de los datos eran los usuarios, mientras que la Desarrolladora era un mero encargado del tratamiento.

Sin embargo, de acuerdo con la AEPD, la Desarrolladora actuaba en realidad como responsable del tratamiento de los datos de usuarios y destinatarios pese a la redacción de su Política de Privacidad. Y es que esta redacción tan solo era una declaración formal, toda vez que el usuario no podía dar instrucciones a la Desarrolladora sobre cuestiones importantes del tratamiento (como, por ejemplo, el plazo de conservación de los datos) y era la Desarrolladora quien definía los fines y medios del tratamiento. Por tanto, y de conformidad con lo dispuesto en el considerando 7 del RGPD, así como en el artículo 33.2 de la LOPDGDD, la Desarrolladora tenía la consideración de responsable del tratamiento. Debido a ello, la AEPD consideró que la Política de Privacidad no cumplía adecuadamente con los artículos 13 y 14 del RGPD al no identificar adecuadamente al responsable del tratamiento, por lo que decidió imponer una multa de 20.000 euros a la Desarrolladora por la infracción de estos artículos.

En segundo lugar, al ser la Desarrolladora el verdadero responsable del tratamiento, la AEPD también consideró que la Desarrolladora no contaba con ninguna base de legitimación para el tratamiento de los datos de los interesados, lo que suponía una infracción del artículo 6.1 del RGPD. Por ello, la AEPD impuso a la Desarrolladora una sanción de 30.000 euros.

Por último, la AEPD también concluyó que se vulneraba el artículo 5.1 a) del RGPD, puesto que la cláusula 6 de la Política de Privacidad, que aparentemente explicaba a los destinatarios la posibilidad de ser excluidos del seguimiento realizado por la Desarrolladora, resultaba engañosa. De acuerdo con la AEPD, esto era debido a que (i) la casilla para hacerlo no estaba disponible en la página web de la Desarrolladora, y (ii) las otras dos opciones implicaban la instalación de una *cookie* específica o bien desactivar las imágenes que aparecían en el correo del destinatario (esto último ni tan siquiera se explicaba en la Política de Privacidad, sino en un apartado de artículos relativos al *software*). Por lo tanto, la AEPD consideró que se vulneraba el principio de licitud, lealtad y transparencia del artículo 5.1.a) del RGPD e impuso una multa de 50.000 euros a la Desarrolladora.

La AEPD requiere a la Dirección General de Tráfico que suspenda la recolección de datos adicionales sobre vehículos a través de talleres por vulnerar la normativa de protección de datos

Resolución de la AEPD en el procedimiento sancionador N.º PS/00031/2023

La AEPD ha emitido una resolución contra la Dirección General de Tráfico (la "DGT") en la que le requiere que cese de recabar datos de reparaciones de vehículos a través de su programa "Libro Taller Electrónico" ("LTE"). En virtud del LTE, los talleres de mantenimiento y reparación de vehículos que voluntariamente se asociaban al LTE recababan, previo consentimiento de los titulares del vehículo, cierta información técnica y sobre reparaciones de un vehículo para, posteriormente, comunicar esta información a la DGT. La DGT incorporaba estos datos al Registro de Vehículos, de manera que complementaba la información que legalmente se exige disponer de un vehículo en este Registro de Vehículo con esta información adicional del LTE. Así, cuando una persona solicitase un informe sobre un vehículo a la DGT, si ese vehículo se encontraba registrado en el LTE, este informe contendría información adicional sobre reparaciones y mantenimientos. Asimismo, los talleres asociados al LTE podían consultar la información sobre cualquier vehículo que hubiera sido registrado en el LTE, independientemente del taller que lo hubiera reparado.

Partiendo de estos hechos, la AEPD inició una investigación de oficio para determinar si los tratamientos de datos personales llevados a cabo en virtud del LTE eran conformes con la normativa de protección de datos. En primer lugar, la AEPD analizó si las informaciones que los talleres comunicaban a la DGT (e. g., matrícula o tipo de operación de mantenimiento realizada) podían ser consideradas como datos personales. La AEPD terminó recalcando que tanto la matrícula como el número de bastidor son datos personales, ya que a partir de esta información se podía conocer la identidad del titular de un vehículo, simplemente consultándolo en el Registro de Vehículos a través de esta matrícula o número de bastidor. Adicionalmente, la AEPD también deja entrever que la información relativa a la reparación del vehículo y el kilometraje pueden ser datos personales, ya que es información que concierne o afecta a los titulares de los vehículos.

Una vez determinado que la actividad de la DGT constituye un tratamiento de datos personales, la AEPD analizó la legitimación de la DGT para llevar a cabo el tratamiento. En este sentido, la DGT expuso ante la AEPD que existía una doble base de legitimación. Por un lado, los talleres recaba-

ban los datos personales con el consentimiento de los titulares del vehículo. Por otro lado, la DGT recibía los datos de estos vehículos amparada en un interés público.

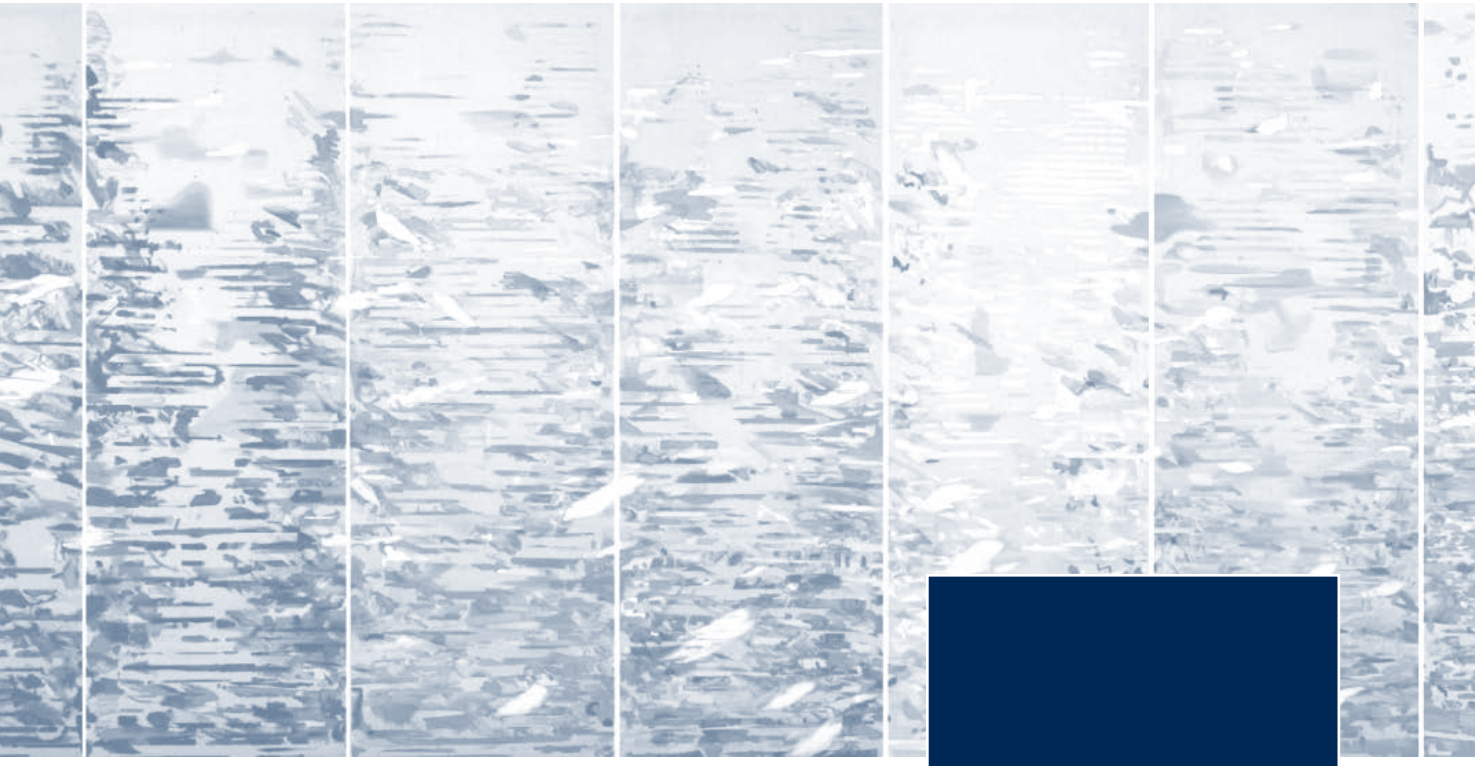
Sin embargo, en relación con el interés público invocado por la DGT, la AEPD consideró que no era una base de legitimación adecuada para este tratamiento ya que no existe ninguna norma legal que atribuya competencia a la DGT para recabar esta información adicional, por lo que la DGT se estaría extralimitando en sus funciones encomendadas legalmente.

Respecto del consentimiento como base de legitimación, la AEPD también cuestionó que fuera una base de legitimación adecuada, ya que no se cumplían todos los requisitos para que el consentimiento fuera válido conforme al artículo 7 del RGPD. En este sentido, los talleres no informaban a los interesados sobre el tratamiento de sus datos personales ni existían medidas para revocar el consentimiento para el tratamiento de los datos una vez que estos quedaran incorporados al Registro de Vehículos.

Adicionalmente a estas cuestiones principales, la AEPD también consideró que la DGT no había cumplido con el principio de protección de datos desde el diseño (artículo 25 del RGPD), ya que no había implementado medidas técnicas y organizativas adecuadas para el tratamiento. Asimismo, también entendió que la DGT no había implementado medidas de seguridad adecuadas para prevenir un acceso ilícito a los datos por parte de los talleres, ya que podían acceder a datos sobre reparaciones de vehículos sobre los que no habían realizado actuaciones de reparación (artículo 32 del RGPD) ni había modificado su registro de actividades del tratamiento para recoger esta actividad del LTE (artículo 30 del RGPD).

Por todo lo expuesto, la AEPD exigió a la DGT el cese del tratamiento de datos derivado del LTE hasta que se adopte una disposición legal que legitime el tratamiento de los datos personales en el LTE que abarque todo el sistema de recogida, registro y uso de los datos del sistema LTE.

9 de marzo de 2024



Energía

Energía*

9 de marzo de 2024

1. Legislación

[España]

Se conceden al Reino de España, con duración ilimitada, excepciones con respecto al mercado interior de la electricidad para el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias

Decisión (UE) 2024/560 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2023, por la que se concede al Reino de España una excepción con respecto a determinadas disposiciones del Reglamento (UE) 2019/943 del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con Canarias (DOUE de 15 de febrero de 2024)

La Comisión Europea (la "Comisión") ha concedido al Reino de España, con duración ilimitada y para el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, una excepción con respecto al artículo 3, párrafo primero, letras a), b), e), k), o) y p), al artículo 6, al artículo 7, apartado 1, al artículo 8, apartados 1 y 4, a los artículos 9, 10 y 11, al artículo 20, apartados 3 a 8, al artículo 21, apartado 7, al artículo 22, apartados 2 y 3, y al artículo 25, apartados 2 a 4, del Reglamento (UE) 2019/943, así como al artículo 40, apartados 4 a 7, y, en lo que respecta a las instalaciones hidráulicas de bombeo, a las disposiciones del artículo 54 de la Directiva (UE) 2019/944.

Canarias es una región ultraperiférica en la que no ha sido posible establecer un mecanismo de mercado idéntico al de la península. La electricidad generada por todos los territorios no peninsulares está excluida del sistema de ofertas del mercado peninsular, utilizando un mecanismo de precedencia económica.

Cada isla cuenta con un sistema eléctrico aislado, ya que, dada la distancia, es imposible integrarlo a un coste razonable. La integración de las islas también es complicada debido a la topografía y los fondos marinos escarpados.

* 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).

El tamaño reducido impide aprovechar las ventajas de las economías de escala e implica mayores costes de combustible. Como consecuencia de su aislamiento histórico, también necesita una mayor capacidad instalada.

Estas especificidades del mercado implican unos costes de producción de electricidad más elevados que los de la península y una falta de atractivo para la entrada de nuevas empresas en el mercado, por lo que en Canarias no se ha desarrollado una competencia efectiva.

Las excepciones a las disposiciones del Reglamento (UE) 2019/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativo al mercado interior de la electricidad incluyen:

i. Principios relativos a la operación de los mercados de la electricidad, como la formación de los precios en función de la oferta y la demanda, la libre formación de precios, la presentación agregada de las ofertas, la responsabilidad de los productores de vender la energía, la negociación de los productos de cobertura a largo plazo y de los contratos de suministro y la facilitación del comercio de productos en toda la Unión.

ii. El mercado de balance de potencia.

iii. El mercado diario e intradiario.

iv. Los mercados a plazo.

v. El plan de ejecución de la cobertura de la demanda en el mercado interior de la electricidad.

vi. Los mecanismos de capacidad: se excepcionan la disposición que obliga a la eliminación progresiva y eficiente de los mecanismos de capacidad, los requisitos del diseño de la configuración de reservas estratégicas y de otros mecanismos de capacidad distintos y el estándar de fiabilidad.

Por su parte, las excepciones a las disposiciones a la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE comprenden:

i. Funciones de los gestores de la red de transporte: principios relativos a los procedimientos y participación en los servicios de balance.

ii. Con respecto a las instalaciones de bombeo, se excepciona la prohibición de los gestores de redes de transporte de poseer, desarrollar, gestionar o explotar instalaciones de almacenamiento de energía.

La LTECC establece medidas de eficiencia energética y de energías renovables con el objetivo de establecer un marco jurídico estable para alcanzar la neutralidad climática

Ley 1/2024, de 8 de febrero, de Transición Energética y Cambio Climático del País Vasco (BOPV de 21 de febrero de 2024)

La Ley 1/2024, de 8 de febrero, de Transición Energética y Cambio Climático (la "LTECC") tiene como objeto el establecimiento de un marco jurídico estable para alcanzar la neutralidad climática en el País Vasco. En el ámbito de la energía, establece objetivos en materia de eficiencia energética y energías renovables y directrices para conseguirlos, sin perjuicio de remitirse a un posterior desarrollo reglamentario. La transición energética hacia la neutralidad climática se llevará a cabo de acuerdo con los objetivos y principios que se establecen en la Ley 4/2019, de 21 de febrero, de Sostenibilidad Energética de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y atendiendo a los objetivos y obligaciones que se deriven de la Unión Europea.

El artículo 21 LTECC establece, en materia de eficiencia energética, el objetivo de ahorro en el consumo final de energía de, al menos, un 12 % en el año 2030 y un 37 % en el año 2050 (tomando como referencia el año 2021). Las Directrices previstas en el artículo 22 LTECC incluyen la promoción de la eficiencia energética, la proposición de medidas de carácter regulatorio, fiscal, económico o de información por parte de la Administración, así como el impulso de las estrategias empresariales y modelos de negocio que incrementen la eficiencia energética.

Por su parte, en materia de energías renovables, el artículo 23 LTECC establece el objetivo de una participación de las energías renovables en el consumo final energético, de, al menos, un 32 % en el año 2030. Entre las Directrices del artículo 24 LTECC, se encuentran el fomento de la instalación de las energías renovables, la aprobación de instrumentos normativos de ordenación que propicien el uso de las energías renovables compatible con un desarrollo sostenible, el impulso del autoconsumo y el apoyo a la generación de combustibles alternativos de procedencia renovable.

Finalmente, el artículo 25 LTECC señala al Gobierno Vasco como impulsor del proceso de transición energética, quien deberá promover un modelo energético democrático, social y justo, donde se compagine la gestión integral del territorio con la diversificación de las fuentes de energías renovables encaminada a cubrir las necesidades energéticas vascas.

Entre los mandatos dirigidos a la Administración se encuentran el otorgamiento de concesiones y derechos de superficie a favor de comunidades de energías renovables, la promoción de la participación local en proyectos de energías renovables, el abandono progresivo de las energías no renovables y el fomento de la movilidad sostenible.

La LTECC se publicó en el *Boletín Oficial del País Vasco* el 21 de febrero y entró en vigor al día siguiente.

El Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico presenta un proyecto de regulación de la producción de energía eólica marina y las energías renovables del mar, así como de su régimen económico y mecanismos y procedimientos necesarios para el otorgamiento de las correspondientes autorizaciones administrativas. El plazo de audiencia pública en el que se pueden presentar observaciones al proyecto finaliza el lunes 25 de marzo de 2024

Audiencia pública del proyecto de Real Decreto por el que se regula la producción de energía eléctrica en instalaciones ubicadas en el mar

El Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico ("MITECO") ha iniciado la audiencia pública del proyecto de Real Decreto por el que se regula la producción de energía eléctrica en instalaciones ubicadas en el mar. La propuesta normativa busca regular un otorgamiento simultáneo, mediante procedimiento de concurrencia competitiva (es decir, mediante subasta), de:

i. el régimen económico de energías renovables, como una especie de subasta de contrato por diferencia;

ii. la reserva de la capacidad de acceso en un nudo concreto de a la red; y

iii. la concesión del derecho de uso del dominio público-marítimo terrestre.

La adjudicación podrá incluir criterios como la minimización del impacto ambiental, la creación de empleo e industria local y la compatibilidad de las instalaciones con otros usos del mar. Tras el proceso competitivo, los licitadores adjudicatarios tendrán que solicitar las debidas autorizaciones sectoriales para desarrollar sus proyectos, es decir: (i) permisos de acceso a la red (utilizando la capacidad reservada adjudicada); (ii) concesiones marítimas (por un plazo máximo de 30 años); (iii) autorizaciones reglamentarias necesarias para la instalación con arreglo a la legislación energética española; y (iv) una declaración de impacto ambiental favorable.

También se definen las líneas de actuación para alcanzar los objetivos de potencia instalada de eólica marina de 1 a 3 GW en 2030 y de 40 MW a 60 MW para otras fuentes renovables marinas hasta 2030 establecidos en La Hoja de Ruta de la Eólica Marina y las Energías del Mar, y en la actualización del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2023-2030.

2. Jurisprudencia

El Tribunal Constitucional admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Decreto-ley 1/2023, de 20 marzo, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes para el impulso de la transición energética y el consumo de cercanía en Aragón

Recurso de inconstitucionalidad n.º 8042-2023, contra determinados preceptos del Decreto-ley 1/2023, de 20 marzo, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes para el impulso de la transición energética y el consumo de cercanía en Aragón

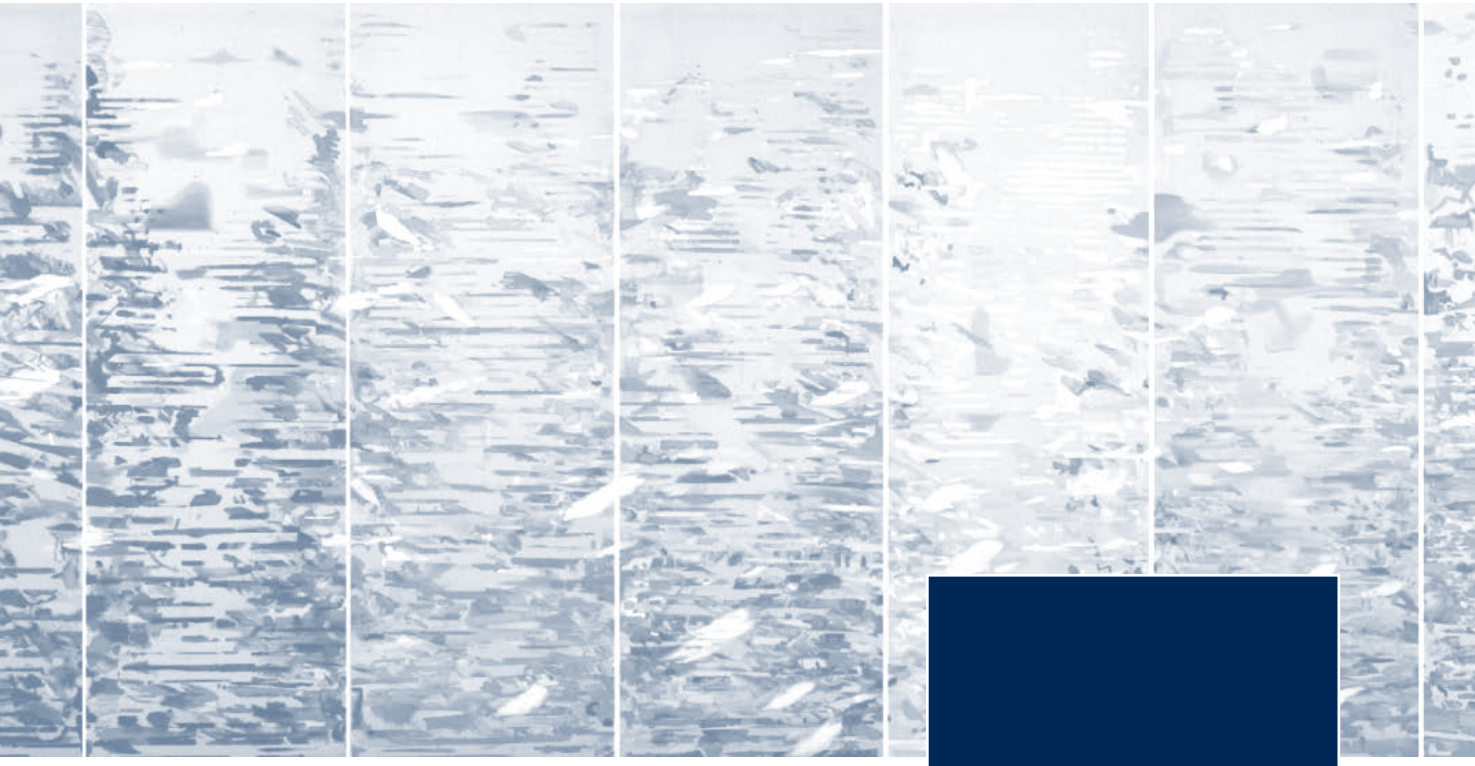
El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 30 de enero de 2024, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 8042-2023, promovido por el presidente del Gobierno contra determinados preceptos del Decreto-ley 1/2023, de 20 de marzo, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes para impulso de la transición energética y el consumo de cercanía en Aragón.

El recurso se interpuso en relación con los artículos 4; 5, apartados 1, 2 y 4; 6; 7, apartados 1, 2 y letras a), b) y c) del apartado 3; 12, apartados 2 y 3, incisos; 13, apartados 2, 3 y 4; 19; 22.2; 33; 38; 39; 40, apartados 2 y 3; y 59, así como la disposiciones adicionales cuarta y quinta y la disposición transitoria tercera.

El Gobierno de España considera que los citados preceptos podrían vulnerar el artículo 86.1 de la Constitución por la falta de presupuesto habilitante para ser aprobada la norma mediante un decreto-ley, así como los apartados 13.º y 25.º del artículo 149.1 de la Constitución, al no respetar, según la demanda, las competencias del Estado.

El Gobierno de España invocó el artículo 161.2 de la Constitución en su recurso, suspendiendo el Tribunal Constitucional la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados, desde la fecha de interposición del recurso (21 de diciembre de 2023) para las partes del proceso y desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el *Boletín Oficial del Estado* para los terceros.

9 de marzo de 2024



Inmobiliario y Urbanismo

Inmobiliario y Urbanismo*

9 de marzo de 2024

1. Legislación

[España]

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

Resolución de 10 de enero de 2024 (BOE de 12 de enero de 2024)

Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 8/2023, 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 RDL 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 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, 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.

Asimismo, contempla la posibilidad hasta el 31 de enero de 2025 de solicitar por parte del arrendador o propietario la compensación recogida en el Real Decreto-ley 37/2020 y extiende el plazo

* 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, Clara Viudez, Maria Qian Bueno, Lisa Marie Cubias, Miguel Herraiz, Javier Toro, Germán Garrido, Guillermo Bermejo, Óscar Conesa y Javier Corona, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

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.

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, se 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.

Andalucía. Vivienda protegida

Orden de 11 de enero de 2024, por la que se aprueba el Plan de Inspección de Vivienda Protegida 2024 (BOJA de 17 de enero de 2024)

El Plan de Inspección de Vivienda Protegida 2024, en el marco de las actuaciones del Plan Vive en Andalucía, va dirigido a evitar la desocupación de las viviendas protegidas y garantizar el acceso a su alquiler por personas que cumplan los requisitos legales para ello, detectando las transmisiones irregulares, en particular a personas jurídicas fuera de los supuestos legalmente permitidos, o su explotación como viviendas turísticas, así como a la averiguación de posibles situaciones en las que la vivienda protegida se cede en arrendamiento por un precio superior al permitido.

Andalucía. Viviendas turísticas, apartamentos turísticos y establecimientos hoteleros

Decreto 31/2024, de 29 de enero, por el que se modifican diversas disposiciones en materia de viviendas de uso turístico, establecimientos de apartamentos turísticos y hoteleros de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA de 2 de febrero de 2024)

Este Decreto actualiza la regulación reglamentaria autonómica de las viviendas turísticas, los establecimientos de apartamentos turísticos y los establecimientos hoteleros.

El régimen que más cambios sufre es el de las viviendas de uso turístico ("VUT"). Entre otros cambios, el Decreto prohíbe que las VUT puedan ser viviendas de protección pública y que puedan encontrarse en situación de "*asimilado a fuera de ordenación*", salvo que en este último caso exista una autorización expresa del Ayuntamiento que lo permita.

Andalucía. Impulso de la Actividad Económica

Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de la Junta de Andalucía y el impulso de la actividad económica en Andalucía (BOJA de 16 de febrero de 2024)

Se convalida por Resolución de 29 de febrero de 2021 de la Secretaría General del Parlamento de Andalucía (BOJA 46/2024, publicado el 6 de marzo).

Este Decreto-ley introduce medidas para estimular la actividad de los establecimientos industriales y para simplificar la tramitación de las autorizaciones de actuaciones de generación de energía mediante fuentes renovables en Andalucía. Asimismo, entre muchas otras medidas, fija, como regla general, el silencio positivo en todos los procedimientos que sean competencia de la Administración de la Junta de Andalucía y establece un mandato para que dicha Administración impulse la utilización de declaraciones responsables o comunicaciones en el seno de los procedimientos administrativos.

De igual modo, este Decreto-ley modifica el Decreto 91/2020, de 30 de junio, por el que se regula el Plan Vive en Andalucía, para variar los requisitos económicos que deben cumplir las personas destinatarias de viviendas y alojamientos protegidos, e incrementa el módulo básico para la determinación del precio de referencia, fijándose en 870,00 €/m² útil de vivienda.

Asturias. Inspección urbanística

Resolución de 27 de diciembre de 2023, de la Consejería de Ordenación de Territorio, Urbanismo, Vivienda y Derechos Ciudadanos, por la que se aprueba el Plan de Inspección Urbanística para los años 2024/2025 (BOPA de 10 de enero de 2024)

El Plan de Inspección Urbanística del Principado de Asturias para los años 2024 y 2025 prioriza las inspecciones encaminadas a la revisión de expedientes relacionados con suelos no urbanizables de especial protección, entre los que se encuentran los situados en suelo no urbanizable de costas, en aplicación de la política de protección de las zonas costeras. Asimismo, a través de este Plan, se controlarán las irregularidades urbanísticas detectadas tanto en el momento de la concesión de licencias y autorizaciones previas necesarias como en momentos posteriores.

Baleares. Urbanismo. Anteproyecto de Ley

Resolución de 29 de febrero de 2024 por la que se aprueba la apertura del trámite de consulta pública previa en relación con la elaboración de un Anteproyecto de Ley autonómica de urbanismo con el que se pretende abordar una revisión en profundidad de la regulación sectorial (BOIB de 2 de marzo de 2024)

El Anteproyecto de Ley pretende eliminar el régimen establecido por la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, por el que el Plan General de un municipio se desdoblaría en dos instrumentos: un plan general y uno de ordenación detallada.

Al no haberse demostrado que ese desdoblamiento constituye un proceso más eficiente, se pretende volver a la regulación integral de un único plan general en los municipios y evitar la redacción de dos instrumentos de ordenación. La consulta pública tiene el objetivo de recabar la opinión de ciudadanos, de organizaciones y de las asociaciones más representativas potencialmente afectadas por la futura norma.

Canarias. Medidas urgentes en materia de vivienda

Decreto-ley 1/2024, de 19 de febrero, de medidas urgentes en materia de vivienda (BOC de 20 de febrero de 2024)

Este Decreto-ley establece medidas para incrementar la disponibilidad de suelo y la utilización de edificaciones con destino a vivienda en las islas Canarias y para promover, impulsar y facilitar la construcción de viviendas protegidas. Entre otras medidas, permite que se puedan destinar en su totalidad a uso residencial aquellas parcelas sin edificar que estén ubicadas en suelos urbanizables ordenados en los que se admita el uso mixto turístico y residencial o en los que estos usos sean compatibles, siempre que al menos un tercio de la edificabilidad se destine a la construcción de viviendas protegidas de promoción privada.

La norma también permite la implantación de viviendas protegidas de promoción privada en suelos destinados a equipamientos, aunque el planeamiento no lo contemple.

Cantabria. Viviendas protegidas. Precio máximo de venta y renta

Resolución por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de enero de 2024, relativo a la actualización del módulo básico autonómico que determina el precio máximo de venta y renta de las viviendas protegidas, así como la procedencia de establecer una delimitación de ámbitos territoriales de precio máximo (BOC de 18 de enero de 2024)

El Acuerdo establece el módulo básico autonómico en 968,00 €/m^2 de superficie útil y fija ámbitos geográficos de precio superior en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Las modificaciones, tanto del módulo básico autonómico como de los coeficientes para los ámbitos geográficos de precio superior, afectarán únicamente a las viviendas protegidas que obtengan calificación a partir de la entrada en vigor del Acuerdo del Consejo de Gobierno, y en ningún caso será de aplicación a las viviendas protegidas calificadas con anterioridad.

Cantabria. Vivienda

Resolución por la que se acuerda realizar el trámite de consulta pública en el procedimiento de aprobación del proyecto de Decreto de modificación del Decreto 141/1991, de 22 de agos-

to, que regula las condiciones mínimas de habitabilidad que deben reunir las viviendas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, así como la concesión y control de las cédulas de habitabilidad (BOC de 26 de febrero de 2024)

El proyecto de Decreto pretende evitar cargas y duplicidades administrativas innecesarias teniendo en cuenta que existe una duplicidad de competencias por parte de distintas Administraciones públicas, al coexistir la cédula de habitabilidad y la licencia municipal de primera ocupación para la ocupación de las viviendas. La consulta pública tiene el objetivo de recabar la opinión de ciudadanos, de organizaciones y de las asociaciones más representativas potencialmente afectadas por la futura norma.

Cataluña. Vivienda. Prestaciones económicas de especial urgencia

Resolución TER/4481/2023, de 21 de diciembre, por la que se establecen las condiciones de acceso a las prestaciones económicas de especial urgencia, para afrontar situaciones de emergencia en el ámbito de la vivienda, y el procedimiento para concederlas (DOGC de 22 de enero de 2024)

Estas prestaciones están destinadas a personas físicas residentes en Cataluña que se encuentran en riesgo de exclusión social residencial y van dirigidas al pago de la deuda de cuotas de amortización hipotecaria, de rentas de alquiler y a atender situaciones de pérdida de la vivienda. Su finalidad es la de posibilitar la permanencia en la vivienda de la persona solicitante y de su unidad de convivencia y el acceso a una nueva vivienda.

Cataluña. Propietarios y arrendadores

Resolución TER/213/2024, de 25 de enero, de modificación y ampliación del importe máximo inicial de la dotación presupuestaria de la Resolución DSO/2485/2021, de 26 de julio, por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la compensación a las personas propietarias y arrendadoras afectadas por la suspensión extraordinaria de los procedimientos de desahucio y de los lanzamientos para personas económicamente vulnerables sin alternativa residencial (DOGC de 2 de febrero de 2024)

La Resolución amplía el importe previsto en la cuantía de 2.000.000 de euros del presupuesto prorrogado de la Agencia de la Vivienda de Cataluña para el ejercicio 2024. El importe máximo de la convocatoria se establece en un total de 6.500.000 euros.

Cataluña. Plan Anual Normativo 2024

Acuerdo GOV/33/2024, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Plan normativo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya para el año 2024 (DOGC de 15 de febrero de 2024)

El Plan normativo para el año 2024 incluye el inicio de la tramitación del anteproyecto de la ley de turismo de Cataluña y la aprobación del anteproyecto de la ley catalana de territorio.

La Rioja. Protección del paisaje. Instalaciones de generación de energía

Ley 1/2024, de 24 de enero, medidas temporales y urgentes para la protección del paisaje de La Rioja (BOR de 25 de enero de 2024)

La Ley declara la suspensión de los procedimientos administrativos de reconocimiento de utilidad pública, así como de los procedimientos administrativos de otorgamiento de autorizaciones de uso y actividades en suelo no urbanizable, relativos a instalaciones eléctricas de generación de energía eléctrica y sus infraestructuras de evacuación.

Madrid. Vivienda de protección pública

Orden de 15 de febrero de 2024, de la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras, por la que se establecen los precios de las viviendas con protección pública en la Comunidad de Madrid (BOCM de 22 de febrero de 2024)

Esta Orden, a través de la actualización de precios, pretende impulsar y fomentar la edificación de vivienda protegida de nueva construcción en la Comunidad de Madrid, de forma que se compagine la existencia de una vivienda asequible para los sectores de población con menos recursos con la viabilidad de las promociones.

Por esa razón, se actualizan los precios máximos de las viviendas con protección pública. Asimismo, teniendo en cuenta que existen unos ámbitos territoriales de precio máximo superior (i. e., de mayor a menor precio, las Zonas A y B), algunos municipios como Boadilla del Monte y Tres Cantos pasan de la zona B a la zona A, y San Agustín de Guadalix pasa a la Zona B, atendiendo al precio de venta de la vivienda libre y el nivel de renta media por hogar.

Navarra. Vivienda protegida

Orden Foral 153E/2023, de 21 de diciembre, de la consejera de Vivienda, Juventud y Políticas Migratorias, por la que se determinan los módulos aplicables a las actuaciones protegibles en materia de vivienda para el año 2024 (BON de 26 de enero de 2024)

Se fija el precio máximo de venta por metro cuadrado útil de las viviendas de protección oficial y sus anejos mediante la aplicación de un módulo ponderado y un módulo sin ponderar. De conformidad con la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra, el módulo ponderado será de aplicación, al menos, a las actuaciones relativas a la construcción de nuevas viviendas protegidas, a las de rehabilitación y al tanteo y retracto de viviendas protegidas en construcción, o en primera transmisión hasta un año después de la calificación definitiva; y el módulo sin ponderar se aplicará a las viviendas incluidas en programas de integración social, a las segundas y ulteriores transmisiones de viviendas protegidas, a aquellas viviendas calificadas definitivamente con más de un año de antelación y a las que sean objeto de tanteo o retracto en segunda transmisión.

[Portugal]

Reforma do Sistema Jurídico do Licenciamento Urbanístico - *Simplex* Urbanístico

Decreto-Lei n.º 10/2024, de 8 de janeiro (DR n.º 5/2024, Série I, de 8 de janeiro de 2024)

O Decreto-Lei n.º 10/2024, de 8 de janeiro, procedeu à reforma e simplificação dos licenciamentos no âmbito do urbanismo e ordenamento do território. Este pacote legislativo, denominado "*Simplex Urbanístico*", representa uma importante reforma legislativa, com a finalidade de fomentar a competitividade, a concorrência, o investimento e o crescimento do país.

O referido Decreto-Lei introduz alterações em dez diplomas legais e revoga, por completo, três decretos-leis. Neste sentido, destacamos:

i. A revogação do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de julho, que prevê a obrigatoriedade de apresentação de licença de construção ou de utilização na celebração de atos de transmissão da propriedade de prédios urbanos;

ii. As alterações introduzidas no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro);

iii. As alterações introduzidas no Regulamento Geral das Edificações Urbanas (Decreto-Lei n.º 38382/51, de 7 de agosto); notamos que este diploma será revogado na totalidade com efeitos a partir de 1 de junho de 2026;

iv. As alterações introduzidas no Código Civil (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro), por referência à mudança de uso de frações autónomas para habitação, designadamente no que concerne à necessidade de autorização da assembleia de condóminos para o efeito;

v. As alterações introduzidas no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio), designadamente no que respeita aos procedimentos de reclassificação dos solos, de reconversão de imóveis para uso habitacional e de construção de novos edifícios para habitação.

As alterações constantes do Decreto-Lei n.º 10/2024 entraram em vigor no dia 4 de março do presente ano, com exceção das seguintes (que entraram em vigor a 1 de janeiro):

i. Eliminação da obrigação de apresentação da autorização de utilização e da ficha técnica de habitação nos atos de transmissão da propriedade de prédios urbanos;

ii. Alargamento do conjunto de operações urbanísticas consideradas de escassa relevância urbanística, isentas de controlo prévio ou sujeitas a comunicação prévia;

iii. As alterações ao Regulamento Geral das Edificações Urbanas;

iv. A redução das situações sujeitas a parecer prévio vinculativo do Património Cultural, I.P. ou das Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional;

v. Eliminação da necessidade de autorização da assembleia de condóminos para a alteração do uso de frações autónomas para o uso habitacional.

2. Jurisprudencia

Sobre la obligación de reparar las filtraciones producidas en terraza de uso común

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2024

El Tribunal Supremo analiza la obligación de la junta de propietarios de un edificio de reparar las filtraciones producidas en una terraza de uso común por razón de la demanda interpuesta por uno de los comuneros, reclamando una indemnización por las cantidades que destinó a los trabajos de ejecución para sustitución y renovación del tejado-cubierta del inmueble. Su demanda se desestima en primera instancia porque se entendía que los estatutos atribuían el gasto al propietario y que este no impugnó el acuerdo de la junta que denegó hacerse cargo de él, y en segunda instancia porque se consideró que la terraza había sido desafectada y se había vuelto elemento privativo, correspondiendo los gastos de reparación al propietario.

El Tribunal Supremo reconoce que las terrazas pueden desafectarse y pasar a ser elementos privativos, pero también pueden mantener su cualidad de elemento común si tienen, como en el caso, un carácter estructural de cubierta. En ese caso, si hay daños estructurales ajenos al propietario, debe responder la comunidad, tal y como sucede en el supuesto enjuiciado. No obstante, si los daños tuviesen su origen en la falta de mantenimiento o mal uso del propietario, le corresponde a este asumir los gastos de su reparación. De esta forma, fija el sentido en que debe interpretarse la previsión estatutaria y zanja el conflicto que surge entre la obligación de conservación del propietario sobre su piso y la obligación de la comunidad de realizar las obras necesarias para conservar el inmueble en condiciones adecuadas cuando el uso y disfrute de un elemento se atribuye a un propietario que tiene aprovechamiento exclusivo sobre él, pero todavía persista su naturaleza común.

Por último, entiende que el recurrente no tenía por qué impugnar el acuerdo o solicitar la reparación de la terraza, dado que la reparación correspondía a la junta de propietarios en virtud del deber de conservación que impone el artículo 10.1 letra a) de la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que esta tuvo que haber actuado independientemente de la solicitud del recurrente.

Sobre la obligación de los propietarios de locales de contribuir a los gastos de instalación de un ascensor

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2024

El Tribunal Supremo reafirma la obligación de los propietarios de contribuir a los gastos de instalación de un ascensor, incluso cuando los estatutos les eximen de contribuir a los gastos de mantenimiento. Dos propietarios de locales comerciales del edificio impugnaron los acuerdos de la comunidad de propietarios que acordaron la instalación de un ascensor y el pago de los gastos correspondientes mediante el coeficiente de participación de cada propietario en la comunidad. Se argumentó que el acuerdo fue adoptado incurriendo en defectos formales y de fondo —esto último por la alteración de los coeficientes de participación en los gastos comunes—, siendo rechazado tanto en primera como segunda instancia.

El recurrente alega que son impugnables directamente los acuerdos que atribuyen a los propietarios de los locales la obligación de contribuir a los gastos de instalación conforme a su coeficiente de participación, sin necesidad de plantear la alteración o modulación de estos, y los acuerdos de instalación que resulten perjudiciales.

Ante ello, el Tribunal Supremo afirma que la instalación de un ascensor *ex novo* no es una simple mejora, sino que se trata de una adecuación funcional. Tanto los propietarios de locales como de garajes deben contribuir al gasto que supone, pues su exclusión por la falta de uso resultaría abusiva con respecto a los propietarios de viviendas por razón del sobrecoste que la exoneración de algunos comuneros supondría para el resto, lo que requeriría haber sido aprobado por unanimidad. También aclara que una previsión estatutaria que excluya a los dueños de los locales de los gastos de entretenimiento, conservación y reparación ordinaria del portal y del ascensor no les exime de contribuir a los gastos de instalación por no estar expresamente previsto e ir más allá de lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Partiendo de esto, indica que lo relevante es que el método de repercusión del gasto elegido no lesione gravemente los intereses de ningún propietario. En este supuesto, la comunidad de propietarios ofrecía dos sistemas racionales a los comuneros para la contribución a los gastos de instalación del ascensor: el pago por alturas o por coeficiente de participación. Por tanto, la mera disconformidad del recurrente por los métodos empleados no implica la ilegalidad del acuerdo o un efecto perjudicial para sus intereses, pues el método elegido —el de coeficientes— afectó a todos los vecinos en igual medida.

La pérdida de la caducidad ganada por edificaciones en situación asimilada a fuera de ordenación no se pierde por la realización de obras que exceden de la conservación y ornato

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 enero 2024

El Tribunal Supremo declara que la realización de obras que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad sobre edificaciones en situación asimilada a fuera de ordenación por haber caducado la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística no supone, de modo inexorable, la pérdida de la caducidad ganada.

La iniciación de la evaluación ambiental estratégica debe iniciarse en la fase preliminar de borrador del instrumento de planeamiento, y el principio de no regresión no se ve vulnerado por la única razón de la reviviscencia de un plan anterior

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 enero 2024

El Tribunal Supremo establece que la iniciación del procedimiento de evaluación inicial estratégica debe ubicarse en la fase preliminar de borrador del instrumento de planeamiento, sin que pueda diferirse tal iniciación a un momento posterior de la tramitación del plan, ya que es en esta fase preliminar y en la valoración de las posibles alternativas donde reside el mayor valor del procedimiento de evaluación ambiental de los planes.

Además, concluye que el principio de no regresión ambiental no se ve vulnerado por la sola circunstancia de la reviviscencia de planeamiento anterior como consecuencia de la declaración de nulidad de un plan por razones medioambientales. Para concluir que se ha vulnerado el principio de no regresión ambiental es necesario hacer un análisis material comparativo de las respectivas previsiones de ambos instrumentos.

La Administración autonómica no puede ordenar, para la protección de la zona de influencia del dominio marítimo terrestre, la demolición de edificaciones amparadas en licencia urbanística municipal, sin previamente impugnar esta

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 enero 2024

El Alto Tribunal establece que la Administración autonómica no tiene competencias para ordenar el restablecimiento de la legalidad para la protección del dominio marítimo terrestre y su zona de influencia, ordenando directamente la demolición de una edificación amparada en una licencia urbanística municipal, conforme al planeamiento en vigor y ajustándose las obras a dicha licencia. Para conseguir ese fin, es necesario que de forma previa se acuda a la impugnación de la referida licencia en vía contencioso-administrativa y actúe de conformidad con lo declarado en esa vía jurisdiccional.

Régimen urbanístico de los planes de ordenación urbanística del litoral

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 febrero 2024

El Tribunal Supremo declara que los planes de ordenación urbanística del litoral cuyo ámbito se localiza solamente en la zona de influencia, en la medida en que sus determinaciones tienen incidencia sobre el dominio público y sus zonas de servidumbre, están sujetos al informe preceptivo previsto en el art. 117 de la Ley de Costas, si bien su carácter vinculante se limitará a las consideraciones atinentes al dominio público y a las servidumbres de acceso y tránsito (o a las que puedan derivar de otras competencias sectoriales), no teniendo tal carácter vinculante las relativas a la servidumbre de protección o a la zona de influencia.

Además, concluye que la ordenación urbanística de terrenos formalmente clasificados como suelo urbano con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas e incluidos en la zona de influencia sobre los que, a la fecha de su entrada en vigor, no se hubiera consolidado ningún aprovechamiento urbanístico, por no haberse iniciado ni estar en curso a esa fecha ninguna actuación de transformación urbanística, ha de respetar los criterios establecidos en el art. 30 de la Ley de Costas.

Los juzgados y tribunales no pueden inaplicar una figura de planeamiento cuando aprecian que es nula

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 febrero 2024

El Tribunal Supremo resuelve que cuando la Sala de instancia aprecia que una disposición general, como es el caso de las figuras de planeamiento, es nula de pleno derecho —en el caso enjuiciado, por vulnerar la ordenación urbanística aplicable a las nuevas construcciones— y las partes no han alegado este extremo durante el proceso, no puede inaplicar directamente la referida disposición general. En este caso, si es competente para resolver sobre la nulidad de la figura de planeamiento, debe plantear a las partes su tesis para que argumenten lo que consideren oportuno, resolviendo después conforme a derecho respecto de dicha anulación.

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

Cláusulas limitativas del alquiler turístico en relación a un uso "vacacional" del inmueble

Resolución de 12 de diciembre de 2023 (BOE de 18 de enero de 2024)

Se suspende la inscripción de un acuerdo adoptado por la junta general ordinaria de una comunidad de propietarios de un inmueble constituido en propiedad horizontal en virtud del cual se pretenden modificar las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad en el sentido de añadir una norma por la que "*las viviendas de este bloque no pueden tener un uso de destino vacacional*". En particular, no se produce la inscripción debido a que dicho acuerdo se había aprobado por una mayoría de 3/5 de propietarios y cuota de participación, al amparo del apartado 12 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal ("LPH"), mientras que, a consideración del registrador, debería haberse seguido la regla del apartado sexto del mismo precepto, que exige, como norma general, la unanimidad para las modificaciones del título constitutivo de la propiedad horizontal no reguladas de forma distinta expresamente. A estos efectos, cabe señalar que el citado artículo 17.12 LPH, como excepción a la regla general establecida en el artículo 17.6 LPH, establece que, por mayoría de 3/5 de los propietarios que representen a su vez una mayoría de 3/5 de las cuotas de participación, se podrá limitar el ejercicio de la actividad a la que se refiere el apartado e) del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, esto es, la

cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública confirma la calificación impugnada y desestima el recurso presentado. Así, establece que es indudable que el artículo 17.12 LPH reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad del artículo 17.6 LPH alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de las viviendas o locales, como es, por ejemplo, el mero alquiler vacacional o, como ocurre en el presente caso, el uso vacacional.

Inscripción de representación gráfica alternativa y oposición de colindante por invasión de su finca no acreditada

Resolución de 15 de diciembre de 2023 (BOE de 18 de enero de 2024)

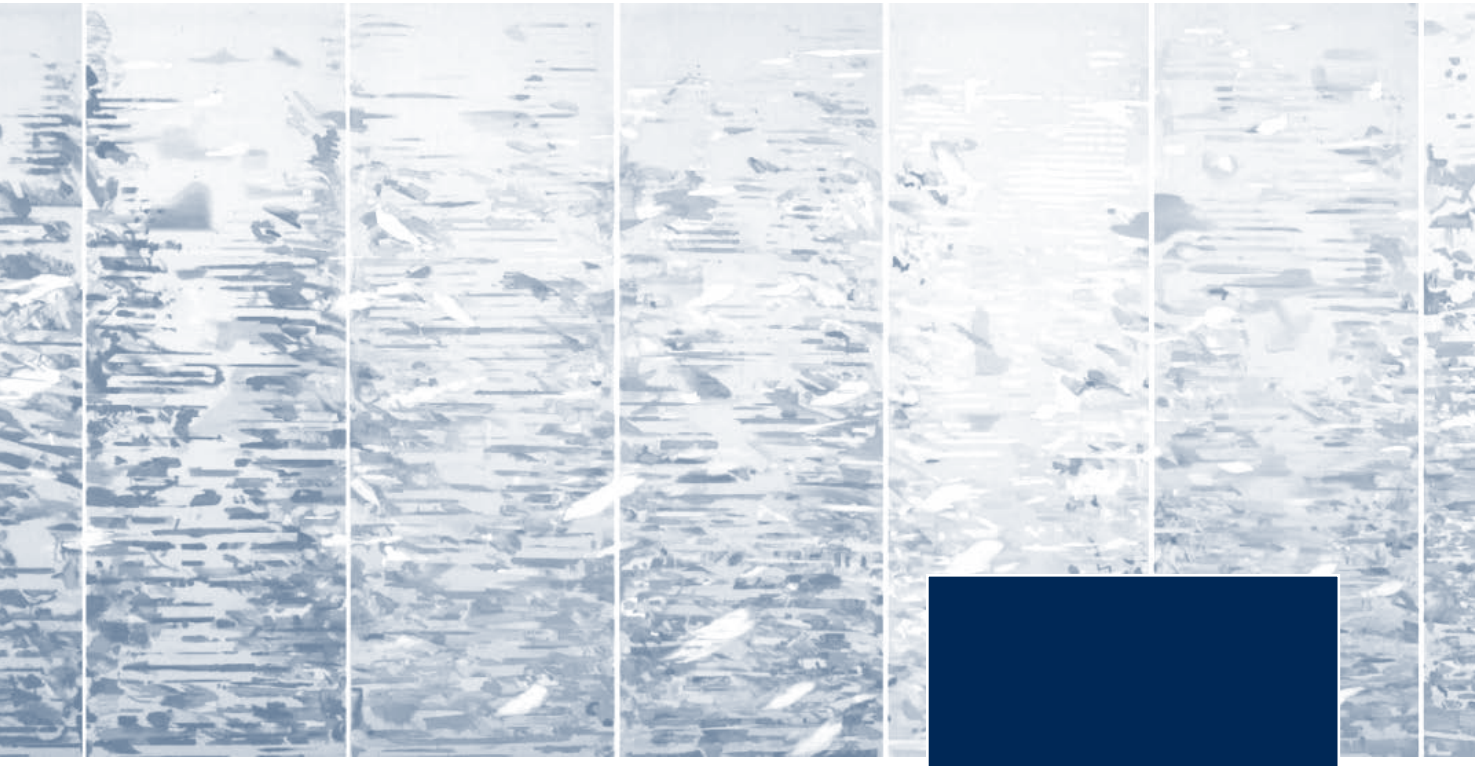
Se deniega la inscripción de la agrupación de dos fincas registrales y de la georreferenciación de la finca agrupada resultante en atención a que, tras haberse tramitado el expediente previsto en el artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, los titulares de fincas colindantes presentan su oposición, instando al interesado a dirimir la controversia en un procedimiento judicial declarativo. En particular, dichos titulares en su oposición alegan que la nueva inscripción ocasionaría una invasión de sus fincas y del acceso histórico a ellas, aportando al efecto certificaciones catastrales y plano con dicho acceso.

Al respecto, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ("DGSJFP") reitera su doctrina en relación con la inscripción de la georreferenciación de la finca, y expresa a tal efecto que resulta necesario considerar los siguientes extremos: (i) la existencia de dudas sobre la identidad de la finca por, entre otros motivos, no coincidir con otras bases gráficas existentes o delimitación de dominio público o invadir fincas colindantes inmatriculadas; (ii) la facultad del registrador de acudir a las representaciones gráficas disponibles para averiguar la topografía real de la finca y su línea poligonal de delimitación (p. ej., la aplicación informática homologada en la Resolución de la DGSJFP de 2 de agosto de 2016, la cartografía catastral, actual e histórica de la Sede Electrónica del Catastro, etc.); (iii) la consideración de las posibles imprecisiones que pudieran tener su origen en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, no resultaba preceptiva la inscripción de descripciones gráficas georreferenciadas, sino que bastaba con la mera descripción literaria de las fincas; (iv) la oposición de los titulares de fincas colindantes, que será tomada en cuenta por el registrador a la hora de decidir motivadamente según su prudente criterio, pero no justificará, por sí sola, la negativa de inscripción; y (v) los criterios objetivos y relevantes a juicio del registrador, que deberá motivar su consideración, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En consideración de lo anterior, la DGSJFP estima el recurso del solicitante, al comprender que la denegación de la inscripción se había debido, principalmente, a que la georreferenciación alternativa cuya inscripción se solicita resultaría contraria a la certificación catastral aportada por los

opositores. La DGSJFP entiende que los argumentos presentados por la oposición no bastan para convertir el expediente en contencioso, sin apreciar en la documentación aportada ningún indicio de posible controversia que impediría concluir con éxito el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, en el que no existe trámite de prueba, dada su sencillez procedimental.

9 de marzo de 2024



Laboral y
Seguridad Social

Laboral y Seguridad Social*

9 de marzo de 2024

1. Legislación

[España]

El Real Decreto-ley 8/2023 establece la revalorización provisional de las pensiones y las normas transitorias en materia de cotización hasta que se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2024

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, contiene novedades legislativas en materia laboral y de Seguridad Social significativas. Entre ellas, destacan las siguientes: (i) se revalorizan las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social y las del Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado, con carácter general, del 3,8 % respecto del importe que tuvieran fijado para 2023; (ii) se fija el límite máximo para la percepción de las pensiones públicas en 2024 en 3.175,04 euros mensuales o 44.450,56 euros anuales; (iii) se establece la cotización correspondiente al Mecanismo de Equidad Intergeneracional en 0,70 puntos porcentuales, y (iv) se introducen normas para determinar la cotización por la realización de prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

El Real Decreto-ley 7/2023 que incorporaba la Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores no ha sido convalidado por el Congreso de los Diputados

Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/

* Esta sección ha sido coordinada por Mario Barros y Raúl Boo, y en su elaboración han participado Jesús Mercader Uguina, 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).

UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo (BOE de 20 de diciembre de 2023)

Este Real Decreto-ley incluía modificaciones vinculadas (i) al permiso para el cuidado del lactante, (ii) la prioridad aplicativa de los convenios a nivel de Comunidad Autónoma sobre los convenios sectoriales de ámbito estatal, (iii) las normas especiales para la participación en las elecciones a los órganos de representación en el ámbito de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad, o (iv) la prestación por desempleo, el subsidio asistencial, el complemento de apoyo al empleo y el subsidio de mayores de 52 años.

Este Real Decreto-ley ha sido derogado por Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados.

El Real Decreto-ley 6/2023 aprueba medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia e introduce modificaciones relevantes en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

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 Real Decreto-ley 6/2023 recoge las medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia mediante la modificación de diferentes leyes procesales, para armonizar la regulación procesal civil, penal, contencioso-administrativa y social con el contexto de tramitación electrónica. En concreto, en el orden social, se acomete una reforma sustancial de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En este sentido, cabe destacar las siguientes modificaciones:

i. Se modifica el ámbito de la competencia del orden jurisdiccional social en cuanto a la impugnación de resoluciones administrativas y en materia de prestaciones de Seguridad Social para incluir los litigios relativos a expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED.

ii. Se introducen diversos cambios en los procedimientos excluidos del acto de conciliación previa. En este sentido, se añaden a la lista los procesos monitorios y los de reclamación sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia.

iii. Se establece la posibilidad de imponer una sanción pecuniaria cuando la sentencia condenatoria coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o solicitud de mediación.

iv. Se desarrolla el procedimiento testigo que permite al órgano jurisdiccional tramitar preceptivamente, y con carácter preferente, uno o varios procesos con idéntico objeto y misma parte demandada, siempre que, conforme a la ley, no fueran susceptibles de acumulación o no se hubiera podido acumular. Una vez que la sentencia sea firme, se dejará constancia de ella en los procesos suspendidos y se notificará a las partes a fin de que los demandantes puedan interesar la extensión de sus efectos, la continuación del procedimiento o desistir de la demanda.

v. Se desarrolla el proceso de extensión de efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas, a otras, a través de incidente de ejecución colectiva, cuando (i) los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo; (ii) el juez, jueza o tribunal sentenciador también tuviera competencia territorial para conocer de las pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada; y (iii) los interesados soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de esta a quienes fueron parte en el proceso.

Estas modificaciones entraron en vigor el 20 de marzo de 2024.

Se modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social y el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para reforzar la tramitación electrónica de los procedimientos

Real Decreto 1011/2023, de 5 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, y el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en materia de administración electrónica (BOE de 6 de diciembre de 2023)

Este Real Decreto modifica dos Reglamentos con el objetivo de extender algunos elementos de la normativa general dispuesta en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público al procedimiento sancionador en el orden social y a los procedimientos liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Como principales cambios en el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, (i) se establece un principio general de tramitación electrónica de los procedimientos regulados en el Reglamento; (ii) se prevé que las administraciones intervinientes podrán utilizar o desarrollar plataformas o aplicaciones informáticas para facilitar a la persona interesada la comprensión del procedimiento y la realización de los trámites correspondientes; y (iii) se ajusta el cómputo de los términos y plazos a los ya establecidos por la Ley 39/2015, así como en sus normas de desarrollo.

Por su parte, en el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, también se introducen (i) el principio general de funcionamiento por medios electrónicos y (ii) la adhesión a plataformas o aplicaciones informáticas utilizadas por parte de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social y otras órganos, organismos o entidades de la Administración estatal o autonómica dirigidas a la tramitación conjunta de procedimientos administrativos.

Las previsiones de este Real Decreto entraron en vigor el 6 de marzo de 2024.

[Portugal]

Fundo de Compensação do Trabalho e Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho – Alterações ao regime

Decreto-Lei n.º 115/2023, de 15 de dezembro (DR 241, Série I, de 15 de dezembro de 2023)

O Decreto-Lei n.º 115/2023 procedeu à terceira alteração da Lei n.º 70/2013, de 30 de agosto, que estabelece os regimes jurídicos do Fundo de Compensação do Trabalho ("FCT"), do Mecanismo Equivalente e do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho ("FGCT").

Este diploma veio extinguir o Mecanismo Equivalente como alternativa ao FCT e, na sequência do acordo de médio prazo de melhoria dos rendimentos, dos salários e da competitividade celebrado em sede de Concertação Social, reformulou os objetivos do FCT, procedendo a uma série de alterações no seu regime jurídico. Destacamos, em particular, as seguintes:

A. Conversão do FCT num fundo contabilístico fechado, constituído pelos saldos das contas globais das entidades empregadoras, e, nessa medida, extinção das obrigações de adesão e de pagamento de contribuições ao FCT.

   O valor das contas globais das entidades empregadoras corresponde ao valor dos saldos das contas individuais de cada trabalhador, líquidos dos valores em dívida ao FGCT e dos custos operacionais.

B. Alargamento das finalidades de mobilização dos saldos que constituem o FCT (que, até então, se limitavam ao pagamento de até 50% da compensação devida pela cessação do contrato de trabalho, calculada nos termos do artigo 366.º do Código do Trabalho), passando a mobilização destes saldos a ser admitida também com o objetivo de:

   i. Apoiar custos e investimentos com habitação dos trabalhadores;

   ii. Apoiar outros investimentos realizados de comum acordo entre entidades empregadoras e estruturas representativas dos trabalhadores, nomeadamente creches e refeitórios;

   iii. Financiar a qualificação e formação certificada dos trabalhadores.

Para este efeito, a consulta e mobilização do saldo da conta global de cada entidade empregadora é efetuada através do portal dos Fundos de Compensação mediante o preenchimento de determinadas condições tendo em conta a finalidade da mobilização (*e.g.,* caso a mobilização vise as finalidades (i) e (ii) *supra*, os empregadores deverão ouvir previamente as estruturas representativas dos trabalhadores ou, na sua falta, comunicá-la previamente aos trabalhadores).

O acesso e mobilização do saldo da conta global pela entidade empregadora varia em função do seu valor à data da constituição das mesmas: os saldos inferiores a € 400.000,00 poderão ser mobilizados até duas vezes e os saldos superiores a esse montante poderão ser mobilizados até quatro vezes, independentemente do valor de cada uma das mobilizações.

A efetiva utilização dos valores mobilizados deve ser efetuada pelos empregadores, impreterivelmente, até à data de extinção do FCT.

i. **Extinção dos processos** contraordenacionais em curso e das dívidas relativas a valores de entregas em atraso perante o FCT, bem como dos processos executivos instaurados e em curso.

No que respeita ao regime jurídico do FGCT, destacamos as seguintes alterações introduzidas pelo diploma:

i. **Conversão do FGCT num fundo de adesão individual e obrigatória**, cuja finalidade continua a ser a de assegurar o direito dos trabalhadores ao recebimento efetivo de 50% da compensação devida pela cessação do contrato de trabalho, calculada nos termos do artigo 366.º do Código do Trabalho.

ii. A obrigação de **comunicação da adesão do trabalhador ao FGCT** – até então operada de modo automático com a adesão ao FCT ou ao ME – passa a ser efetuada automaticamente pela Segurança Social após a comunicação da admissão do trabalhador.

Salientamos, porém, que as obrigações de aderir ao FGCT e de entregar as correspondentes contribuições permanecem suspensas durante a vigência do Acordo de Médio Prazo para a Melhoria dos Rendimentos, dos Salários e da Competitividade, ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 32.º da Lei n.º 3/2023, de 3 de abril.

Por fim, o diploma veio ainda clarificar, na sequências das dúvidas suscitadas pelas disposições transitórias da Lei n.º 3/2023, de 3 de abril, que os pagamentos relativos ao FCT e ao FGCT referentes ao mês de maio de 2023 não são devidos, atenta a suspensão das obrigações operadas por aquela lei.

O presente Decreto-Lei entrou em vigor a 1 de janeiro de 2024.

Reforma – Idade Normal de Acesso à Pensão de Velhice

Portaria n.º 414/2023, de 7 de dezembro (DR 236, Série I, de 7 de dezembro de 2023)

A presente portaria veio atualizar a idade normal de acesso à pensão de velhice do regime geral de Segurança Social em 2025 para 66 anos e 7 meses.

Atualização do Indexante dos Apoios Sociais

Portaria n.º 421/2023, de 11 de dezembro (DR 237, Série I, de 11 de dezembro de 2023)

A presente portaria procedeu à atualização do valor anual do Indexante de Apoios Sociais ("IAS") que, desde 1 de janeiro de 2024, passa a cifrar-se em € 509,26.

A atualização do IAS determina, entre outos, o aumento de outras prestações sociais (e.g. subsídio de desemprego, pensão de reforma, abono de família e rendimento social de inserção), bem como da base de incidência contributiva mínima dos membros de órgãos estatutários.

Isenção de contribuições para a Segurança Social - Retribuição em espécie - Habitação permanente

Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro (DR 250, Série I, de 29 de dezembro de 2023)

O artigo 234.º da Lei n.º 82/2023, que aprova o Orçamento do Estado para 2024, veio prever a isenção, em sede de IRS e de contribuições para a segurança social, dos rendimentos do trabalho em espécie que resultem da utilização de casa para habitação permanente localizada em território nacional fornecida pela entidade empregadora aos seus trabalhadores, até ao valor limite das rendas, calculado com base em diferentes fatores, entre os quais a localização, qualidade e certificação energética dos imóveis, no âmbito do Programa de Arrendamento Acessível, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio.

A presente lei entrou em vigor a 1 de janeiro de 2024.

Regulamentação do regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional

Decreto Regulamentar n.º 1/2024, de 17 de janeiro (DR 12, Série I, de 17 de janeiro de 2024)

O Decreto Regulamentar n.º 1/2024, de 17 de janeiro procedeu à sétima alteração ao Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de novembro, que regulamenta o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional, aprovado pela Lei n.º 23/2007, de 4 de julho.

Esta alteração surge no contexto da reestruturação do sistema português de controlo de fronteiras, no âmbito da qual se procedeu à reformulação do regime das forças e serviços que exercem

a atividade de segurança interna e à fixação de outras regras de reafectação de competências do, agora extinto, Serviços de Estrangeiros e Fronteiras ("SEF").

As alterações introduzidas ao Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de novembro, procuram, por um lado, adaptar este diploma à criação da nova Agência para a Integração, Migrações e Asilo ("AIMA"), criada para substituir o SEF e o Alto Comissariado das Migrações e, por outro lado, promover a modernização e simplificação dos procedimentos administrativos, com vista a garantir que a AIMA possa instruir e decidir os processos relativos à permanência de cidadãos estrangeiros em território nacional de forma atempada e com requisitos de segurança acrescidos.

Entre as várias alterações introduzidas, destacam-se as seguintes:

i. *A digitalização dos serviços*: o envio, receção e pagamento dos pedidos de concessão e de renovação de autorização residência passam a ser realizados preferencialmente nos serviços digitais do portal da AIMA, dispensando-se, assim, a necessidade de deslocação aos postos físicos desta entidade.

ii. *Alargamento do leque de pessoas/entidades legitimadas a apresentar pedidos de concessão e de renovação de autorização residência*: além do próprio, passa a ser possível a apresentação de pedidos, por exemplo, pelo *(a)* empregador (nos pedidos que tenham por objeto o exercício de atividade profissional subordinada); *(b)* centro de investigação, estabelecimento de ensino superior ou outras entidades públicas ou privadas, nomeadamente empresas, que acolham atividade de docência, altamente qualificada e cultural, nos pedidos que tenham por objeto o desenvolvimento dessas atividades; *(c)* estabelecimento de ensino, de formação profissional ou outras entidades públicas ou privadas, nos pedidos que tenham por objeto estudo, investigação, estágio ou voluntariado; *(d)* advogados, advogados-estagiários e solicitadores, fora do exercício do mandato forense.

iii. *Alargamento das pessoas legitimadas a apresentar pedidos de reagrupamento familiar*: além do cidadão residente em território nacional que pretenda beneficiar do direito ao reagrupamento familiar, também o membro da família que tenha entrado legalmente em território nacional e que dependa ou coabite com o titular de uma autorização de residência válida, passa a estar legitimado a apresentar o pedido de concessão ou renovação de autorização de residência.

iv. *Dispensa de apresentação de documentos* comprovativos dos requisitos previstos para os pedidos de concessão de prorrogações de permanência, de autorização de residência e respetivas renovações, de estatuto de residente de longa duração: o requerente, no momento da submissão do pedido, é dispensado da apresentação dos documentos comprovativos, sendo a respetiva informação obtida oficiosamente pela AIMA, mediante consulta às bases de dados dos serviços competentes. A informação sobre a existência de vínculo laboral, por exemplo, passa a ser comprovada através da consulta ao sistema de informação da Segurança Social ou da Autoridade Tributária.

Na presente data, podem apresentar o pedido através dos serviços digitais os nacionais de países terceiros com residência legal em Portugal que tenham, no seu agregado familiar, crianças com

mais de 5 e menos de 15 anos, e que pretendam solicitar o reagrupamento familiar em Portugal. À medida que seja alargado o leque de pedidos que possam ser apresentados em formato digital (diretamente no portal digital da AIMA), os critérios serão divulgados nas plataformas da AIMA.

O presente diploma entrou em vigor no dia 18 de janeiro de 2024.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

La obligación de iniciar el procedimiento de consulta con los representantes legales de los trabajadores en el marco de un despido colectivo nace desde el momento en que el empresario adopta una decisión estratégica que le obliga a plantearse o proyectar despidos colectivos

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Séptima, de 22 de febrero de 2024

Ante la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia ("TSJ") de las Islas Baleares, la Sala Séptima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") contesta que, en el marco de un plan de reestructuración, el procedimiento de consulta a los representantes de los trabajadores debe iniciarse en el momento en el que se haya adoptado una decisión estratégica o empresarial que obligue a la empresa a plantearse o proyectar despidos colectivos.

En el caso concreto, la empresa se dedica a la gestión y explotación de hoteles. El TJUE considera que, habida cuenta de la magnitud de la modificación de la actividad de gestión y de explotación llevada a cabo y de las consecuencias razonablemente previsibles en lo que respecta a la carga de trabajo en sus oficinas centrales, iniciar conversaciones sobre la cesión de la actividad de gestión y de explotación de siete establecimientos hoteleros se podría calificar de decisión estratégica o empresarial que obligase a la empresa a iniciar el preceptivo procedimiento de consultas.

Es decir, la obligación de información y consulta prevista en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, nace en el momento en el que el empresario, en el marco de un plan de reestructuración, se plantea o proyecta una disminución de puestos de trabajo cuyo número puede superar los umbrales de supresión de puestos establecidos en el artículo 1, apartado 1, letra a), de esa Directiva.

En el sector público, el derecho español no respeta la Directiva europea sobre el trabajo de duración determinada porque, pese a la reforma de 2021, ni tiene mecanismos eficaces para la prevención del abuso de la temporalidad ni contempla vías adecuadas para su sanción

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 22 de febrero de 2024

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de la Comunidad de Madrid sobre la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada.

El Tribunal determina, partiendo de la premisa de que un contrato indefinido no fijo es un tipo de contrato de duración determinada, que han de establecerse medidas disuasorias para evitar el abuso de la contratación temporal. Al respecto, concluye que la transformación de los contratos temporales en fijos sería una medida que serviría al fin de sancionar los abusos derivados del uso sucesivo de contratos temporales o relaciones laborales de duración determinada. Además, puntualiza que no es la medida adecuada la previsión de la convocatoria de procesos selectivos que tengan como objetivo cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas por trabajadores temporales (así como los plazos concretos a tal fin), sin tener la garantía de que esos procesos se convoquen.

Un trabajador de una empresa de trabajo temporal no puede percibir una indemnización por incapacidad permanente total inferior a la que hubiese recibido de haber estado contratado directamente por la empresa usuaria

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 22 de febrero de 2024

El TJUE, en respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco, concluye que la indemnización a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal ("ETT"), en caso de incapacidad permanente total derivada de un accidente de trabajo, no debe ser inferior a la que tendrían derecho si hubiesen sido contratados directamente por la empresa usuaria. Se matiza que la comparación, en estos casos, ha de darse entre trabajadores que ocupen el mismo puesto y durante el mismo período de tiempo.

Para alcanzar esta conclusión, el TJUE fundamenta su conclusión en que los trabajadores cedidos por las ETT, en materia de salud y seguridad en el trabajo, deben disfrutar del mismo nivel de protección que los trabajadores contratados por la empresa usuaria. Una diferencia de trato en la materia sería injustificada, teniendo en cuenta que los trabajadores cedidos por ETT, en algunos sectores, están más expuestos que los demás trabajadores a riesgos de accidentes de trabajo.

Es contraria al derecho europeo una normativa que permite al empresario no informar de la causa o causas de resolución con preaviso de un contrato temporal

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 20 de febrero de 2024

El Tribunal de Distrito de Cracovia-Nowa Huta (Polonia) planteó cuestión prejudicial a raíz de un caso en el que, al amparo de lo dispuesto en la Ley del Código del Trabajo polaca, se extinguió un contrato de duración determinada sin explicar por escrito la razón de ello, ya que de acuerdo con dicha legislación la justificación solo está requerida para la extinción de los contratos de duración indefinida y de aquellos supuestos en los que no se respete el plazo de preaviso.

El Tribunal concluye que resulta contario a la Directiva europea sobre el trabajo de duración determinada que un empresario no esté obligado a motivar por escrito la resolución con preaviso de un contrato de duración determinada. La Sala entiende que si no se informa a un trabajador con un contrato de duración determinada que se resuelve con preaviso por escrito de la causa o causas de dicho despido, a diferencia de lo que sucede con un trabajador por tiempo indefinido, se limita el acceso de aquel a la tutela judicial efectiva. El razonamiento que subyace es que se privaría a ese trabajador de una información importante para apreciar el eventual carácter improcedente de su despido y, en su caso, para preparar una acción judicial con objeto de impugnarlo.

El empleador deberá tratar de realizar ajustes razonables que permitan al trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total conservar su puesto de trabajo

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 18 de enero de 2024

El TJUE determina que es contraria a la normativa comunitaria la extinción automática del contrato de trabajo cuando un empleado es declarado en incapacidad permanente total para la profesión habitual, a pesar de que se encuentre expresamente prevista en el artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores ("ET"). En concreto, se contraviene el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, que exige al empresario adoptar las medidas adecuadas para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en él o progresar profesionalmente.

Por tanto, se niega la posibilidad de convertir la discapacidad de un trabajador en causa de despido sin que antes el empresario trate de adoptar ajustes razonables para permitirle conservar su empleo o, en su defecto, que demuestre que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

Para valorar si las medidas supondrían un gravamen desproporcionado para el empresario, han de tenerse en cuenta (i) los costes financieros que estas impliquen; (ii) el tamaño, los recursos y el volumen de negocios total de la organización o empresa; y (iii) la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

En este caso concreto, el TJUE consideró que el hecho de que se reconociera al trabajador la incapacidad permanente total de forma sobrevenida, y que esta le diera derecho a una prestación de la Seguridad Social, no facultaba al empresario a extinguir la relación laboral sin antes valorar el mantenimiento de la reubicación del trabajador como medida adoptada con carácter previo.

La causa de extinción de la relación laboral no condiciona el abono al trabajador de la compensación económica por los días de vacaciones anuales devengados y no disfrutados

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 18 de enero de 2024

El TJUE, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Lecce (Italia), rechaza que mediante normativa estatal se prohíba que, en caso de renuncia voluntaria del funcionario, se le compensen económicamente las vacaciones devengadas y no disfrutadas. Aunque esta previsión encuentra su justificación en necesidades organizativas y de control del gasto público, vulnera el derecho del trabajador reconocido en el artículo 7.2 de la Directiva 2003/88/CE a percibir, al término de la relación laboral, una compensación económica por los días de vacaciones no disfrutados.

En el supuesto de hecho que se nos presenta, el empleado público reclamaba una compensación económica por los 79 días de vacaciones anuales retribuidas devengados y no disfrutados antes de su renuncia voluntaria al trabajo para acogerse a la jubilación anticipada. Conforme a la normativa italiana, el trabajador no tendría derecho a esta compensación económica por la única razón de poner fin voluntariamente a la relación de servicio, bajo el argumento de que podría haber previsto esta circunstancia con la antelación suficiente para disfrutar de estos días.

A estos efectos, el TJUE aclara que es irrelevante el motivo o causa de la extinción de la relación laboral, puesto que el derecho a percibir esta compensación económica se encuentra reconocido expresamente en la Directiva 2003/88/CE y, en consecuencia, no puede ser sometido a condiciones distintas de las ya previstas, es decir, que la relación laboral se haya extinguido y que el trabajador no haya disfrutado de la totalidad de las vacaciones anuales a las que tenía derecho en la fecha en que se extinguió dicha relación.

La empresa no tiene obligación de aplazar las vacaciones de la persona trabajadora en caso de que coincidan con un periodo de cuarentena en el que la persona no está en situación de incapacidad temporal

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 14 de diciembre de 2023

El TJUE conoce de una cuestión prejudicial en la que se plantea si debe concurrir el aplazamiento de las vacaciones anuales retribuidas si coinciden con un periodo de cuarentena ordenado por una autoridad pública por haber estado en contacto con una persona infectada por el virus SARS-Cov-2.

La sentencia considera que la falta de aplazamiento de las vacaciones no contraviene lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y el apartado 2 del artículo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta conclusión encuentra su fundamento en el hecho de que la

persona trabajadora no estuvo en situación de incapacidad laboral justificada por un certificado médico. Es más, el TJUE razona que, si bien la cuarentena puede afectar las condiciones en las que la persona trabajadora dispone de su tiempo, no puede considerarse que esta vulnere el derecho a disfrutar efectivamente de las vacaciones anuales retribuidas.

[España]

Los criterios y normas sobre el uso de equipos informáticos y dispositivos digitales, así como del uso del correo electrónico corporativo, deben contar necesariamente con la participación de los representantes de los trabajadores en su elaboración

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de febrero de 2024

El Tribunal Supremo ("TS") se pronuncia con rotundidad: la elaboración, modificación o actualización de cualquier aspecto de una política de uso de equipos informáticos propiedad de la empresa (y del acceso a Internet y al correo corporativo) no puede ser realizada sin contar con la participación de los representantes de los trabajadores, según requiere el artículo 87, apartado 3, de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

En el caso concreto que aborda la sentencia, se declara la nulidad de la comunicación realizada por el empresario a los empleados sobre el uso de los dispositivos informáticos. No se trataba de un mero recordatorio, sino que la instrucción entregada a la plantilla implicaba una modificación y, en todo caso, una actualización de los criterios que venían rigiendo y que habían sido, en su día, establecidos unilateralmente por la empresa. En este sentido, el TS pone de relieve que, al margen de que las posibilidades de acceso que se arroga la empresa pudieran colisionar gravemente con los derechos a la intimidad y dignidad de los trabajadores, tales criterios debieron ser fijados con la participación de los representantes de los trabajadores, tanto en atención a su discutible contenido como por ser una especificación novedosa de anteriores instrucciones.

A efectos del cálculo indemnizatorio por despido, se considera que existe unidad del vínculo cuando se da una sucesión de contratos temporales en fraude de ley en la que media una interrupción de tres meses y dieciocho días

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2024

El TS aborda un caso, en sede de unificación de doctrina, en el que nuevamente sienta doctrina sobre la unidad del vínculo contractual. En el supuesto que examina, desde la fecha de antigüedad reconocida por la sentencia (1 de septiembre de 2014) hasta la fecha de finalización del último contrato (30 de septiembre de 2019), la cual se declaró constitutiva de despido improcedente, se celebraron entre las partes treinta y cuatro contratos temporales de distinta duración y con diferentes causas. Algunos no expresaban siquiera la causa. En ese marco temporal hubo una variedad de interrupciones, que van desde un único día al máximo de tres meses y dieciocho días. La mayor parte de las interrupciones, sin embargo, no alcanzaron el mes.

En virtud del caso concreto, el Tribunal concluye que la interrupción de tres meses y dieciocho días producida en mitad de esa larga cadena de contratos en fraude de ley no constituye una interrupción suficientemente significativa que pueda romper la unidad del vínculo, máxime tratándose de una actividad normal y permanente de la empresa.

Continuar abonando el plus de transporte tras la suscripción de un acuerdo de teletrabajo no da lugar a una condición más beneficiosa para los trabajadores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de enero de 2024

El TS aclara que no existe condición más beneficiosa ni derecho adquirido cuando no se puede probar la intención empresarial de atribuir a sus trabajadores una mejora de las condiciones laborales que legal o convencionalmente vengan establecidas. En este sentido, lo relevante es examinar en cada caso si la conducta de la empresa encaja en las exigencias que permiten apreciar la existencia de una condición más beneficiosa.

En el supuesto de hecho que sirve de base al litigio, a pesar de que los trabajadores continuaron percibiendo el plus de transporte después de suscribir acuerdos de teletrabajo, no se constata una inequívoca voluntad empresarial de seguir abonando este concepto retributivo en la situación de teletrabajo. Por el contrario, la Sala argumenta que su supresión a los pocos meses revela la intención de rectificar un error empresarial y, ante la inexistencia de una condición más beneficiosa incorporada al nexo contractual, no es posible apreciar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La renuncia de acciones por parte del trabajador en la conciliación previa al proceso por despido no afecta a las futuras acciones que pudiera emprender contra su antiguo empleador por el tratamiento y cesión a terceros de sus datos personales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de enero de 2024

El TS declara que la empresa demandada vulneró los derechos fundamentales del trabajador, antiguo empleado suyo, mediante la cesión no autorizada de sus datos personales en el contexto de una fusión con la empresa en la que este se encontraba prestando sus servicios. Los datos cedidos motivaron el despido del trabajador, que, no obstante, alcanzó en fase de mediación previa al proceso sobre despido un acuerdo con su empleadora, dando por finalizada la disputa y renunciando en consecuencia al posterior ejercicio de acciones.

En este sentido, se interpreta que la renuncia de acciones no es relevante, pues el objeto de la transacción alcanzada entre el trabajador y su empleadora se ciñó a la disputa existente sobre el vínculo profesional que les unía y su extinción. Por tanto, no se puede entender que la renuncia alcanzara a las acciones que pudiera emprender frente a su antigua empleadora —en ese momento un tercero— por el tratamiento y la cesión no autorizada de sus datos personales.

No procede el reintegro de las cantidades abonadas en concepto de pacto de no competencia postcontractual cuando se determina su naturaleza salarial y no indemnizatoria

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

El TS entiende que la cláusula pactada, aparte de carecer de validez por ser obscura y no contemplar una compensación adecuada, asignó de forma expresa una naturaleza retributiva a la partida compensatoria para la no competencia postcontractual. En la práctica, esta naturaleza se vio confirmada por el hecho de que las retribuciones nominalmente asignadas al pacto se detrajeran del propio salario pactado y de que el finiquito no excepcionara el pacto de no concurrencia al tiempo de la celebración del acto de conciliación.

En este sentido, el TS concluye que la cifra imputada por el empleador a este pacto no se corresponde con una verdadera indemnización por la restricción posterior a la finalización del contrato, sino que lo abonado es en realidad una parte de la retribución salarial que le correspondía al trabajador por la prestación de sus servicios. En consecuencia, y a pesar de quedar acreditado el incumplimiento por parte del trabajador del pacto de no competencia postcontractual, se determina que no procede el reintegro de los importes percibidos.

La nulidad del despido de una trabajadora embarazada no genera indemnización por daños morales si no existen indicios que acrediten la discriminación

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

El TS llega a la conclusión de que un despido nulo automático no conlleva automáticamente una indemnización por daños morales si no se acreditan indicios de discriminación. En el supuesto concreto, la empresa conoce el embarazo de la trabajadora en el momento de entrega de la carta de despido y, además, este coincide con el despido de otras cinco personas. En consecuencia, la sentencia aplica los efectos típicos de la declaración de nulidad, pero no condena por daños morales.

Se reconoce el derecho a formar parte de la mesa negociadora de un convenio colectivo al sindicato que obtuvo legitimación de forma sobrevenida, en atención a los cambios que se produjeron en el banco social por la dilación del proceso

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de noviembre de 2023

El TS ordena la recomposición de la mesa negociadora de un convenio colectivo para conceder la representación correspondiente a cada uno de los sindicatos del comité de empresa tras las últimas elecciones sindicales. A pesar de que, con carácter general, el momento para determinar la legitimación y representatividad de los miembros de la mesa negociadora es la fecha de constitución, esto no significa que esta regla deba mantenerse en todo caso con independencia de las circunstancias.

En este supuesto concreto, para alcanzar esta decisión excepcional se valora tanto la actitud proactiva del sindicato —que, aunque en un principio no se encontraba legitimado para formar parte de la negociación, adquiere representatividad tras las elecciones— como las características del proceso negociador. En concreto, se pone especial énfasis en el hecho de que las negociaciones se hubieran dilatado por un periodo superior a cuatro años, por lo que era irrazonable desatender la profunda alteración que se había producido durante ese periodo en el banco social.

Las horas de ausencia por fuerza mayor reguladas en el artículo 37.9 del Estatuto de los Trabajadores deben ser retribuidas aunque ello no venga establecido en convenio colectivo o en pacto de empresa

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2024

La regulación del nuevo apartado 9 del artículo 37 del ET prevé el derecho de los trabajadores de ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata.

La Audiencia Nacional ("AN") falla a favor de que los trabajadores tienen derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por dichas causas, de hasta cuatro días al año, efectuando una interpretación conforme a los cánones fijados en el artículo 3 del Código Civil. Con dicho fundamento, llega a la conclusión de que no es necesaria previsión convencional o pacto de empresa para que dichas ausencias se consideren retribuidas. A juicio de la Sala, la remisión que efectúa el apartado 9 del artículo 37 del ET al Convenio colectivo o al acuerdo de empresa únicamente es para determinar la forma de acreditación del motivo de la ausencia, sin perjuicio de que, por aplicación de los principios de norma mínima y norma más favorable, mediante dichos pactos colectivos puedan reconocerse derechos adicionales.

Los permisos retribuidos se han de computar en días hábiles y no naturales en aplicación de la Directiva comunitaria 2019/1188/CE

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2024

La AN declara la nulidad de las previsiones del III Convenio Colectivo para el Sector del Contact Center que computan los permisos retributivos en días naturales en lugar de en días laborables, con la excepción de aquellas previsiones en las que, independientemente de la modalidad empleada para el cálculo, se establece una mejora con respecto al ET.

Aunque el ET no especifica en su artículo 37.3.b) la naturaleza de los días del permiso, su redacción es fruto de la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2019/1158/CE y, por ello, es preceptivo atenerse a lo establecido por esta. En este sentido, en su artículo 6 se impone de forma clara y concreta que los días del permiso han de ser considerados hábiles. Por ello, para resolver la cuestión de ilegalidad se debe atender a la configuración de los días del permiso como naturales en el precepto convencional, habida cuenta de que el silencio del precepto estatutario no obsta la aplicación de la normativa comunitaria.

La instalación de cámaras encubiertas de forma excepcional y sin carácter permanente es válida debido a la existencia de sospecha razonable de hurtos continuados en las instalaciones de la empresa por parte de una persona trabajadora

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 2023

El TSJ de la Comunidad Autónoma de Madrid declara la validez de la instalación de cámaras en las dependencias de una empresa cuando existen sospechas razonables de que se haya cometido una infracción grave. En este sentido, el TSJ argumenta que, aunque se ha instalado la cámara sin aviso previo a la plantilla y sin el dispositivo necesario de identificación que establece la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos de Carácter Personal y los derechos digitales, existen determinadas situaciones en las que la ausencia de esta información no invalida la prueba en atención a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el presente caso, el alcance de una continuada perpetración de un ilícito penal que afecta al patrimonio de la empresa apunta a una medida seria y proporcional (i. e., instalación de cámaras de seguridad para un uso coyuntural, excepcional y no permanente), y hasta entonces la empresa siempre había comunicado la instalación de cámaras a la representación de los trabajadores.

[Portugal]

Reclamação de créditos salariais – Prazo de caducidade – Interrupção / suspensão

Acórdão de 5 de dezembro de 2023 (Processo n.º 621/17.2BEPNF -A) – STA

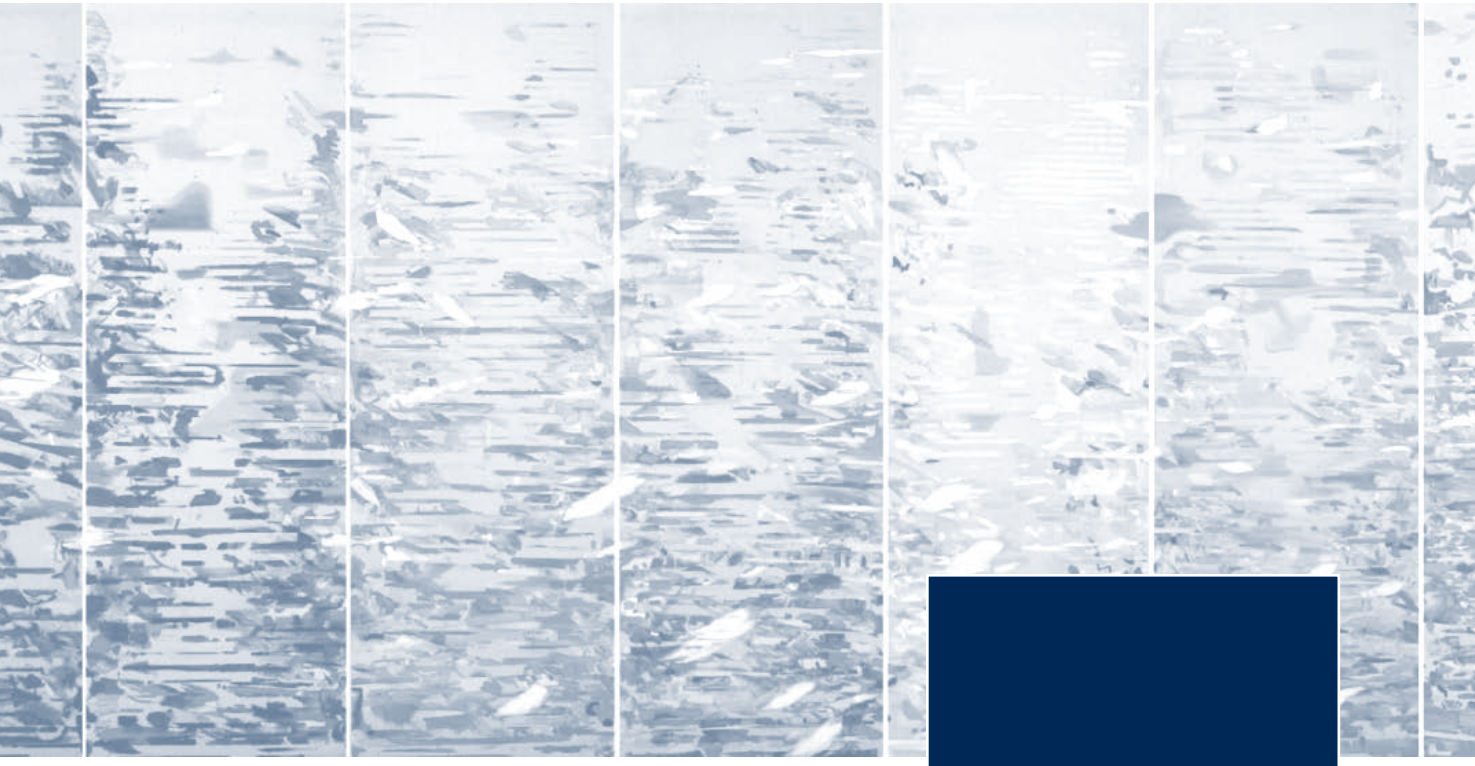
No acórdão em apreço, o STA pronunciou-se, em sede de recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência, sobre a interpretação do artigo 2.º, n.º 8 do Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril, que aprovou o Novo Regime do Fundo de Garantia Salarial ("DL 59/2015"), na redação anterior à Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro ("Lei 71/2018"), em concreto, sobre se o prazo de um ano para a reclamação de créditos salariais junto do Fundo de Garantia Salarial, estabelecido naquele preceito, sendo um prazo de caducidade, era ou não suscetível de interrupção ou suspensão.

Perante contradição jurisprudencial entre acórdãos da segunda instância administrativa, o STA fixou jurisprudência no sentido de que o prazo de um ano para requerer o pagamento de créditos laborais ao Fundo de Garantia Social, apesar de se tratar de um prazo de caducidade, admite interrupções ou suspensões, designadamente quando ocorra "*um pressuposto essencial do direito ao acionamento do FGS (o período entre o pedido de declaração de insolvência e a sua efetiva declaração pelo tribunal competente), cujos termos escapam por completo ao controlo do trabalhador-credor*".

Nas palavras do STA, atenta a inúmera jurisprudência do Tribunal Constitucional produzida sobre esta questão, qualquer interpretação em sentido contrário deverá ser tida por inconstitucional. Sustentou ainda o STA que esta solução é corroborada pela circunstância de o próprio legislador ter vindo a consagrá-la expressamente na lei, ainda que com efeitos para o futuro (por força da

jurisprudência do Tribunal Constitucional), através do aditamento do n.º 9 ao artigo 2.º do DL 59/2015 pela Lei 71/2008, que veio dispor que o prazo estabelecido no n.º 8 desse mesmo artigo "*suspende-se com a propositura da ação de insolvência, da apresentação do requerimento no processo especial de revitalização ou da apresentação de requerimento de utilização do procedimento extrajudicial de recuperação de empresas, até 30 dias após o trânsito em julgado da decisão de insolvência do empregador ou da data da decisão nas restantes situações*".

9 de marzo de 2024



Marítimo, Transporte y Logística

Marítimo, Transporte y Logística*

9 de marzo de 2024

1. Legislación

[España]

Transporte terrestre ferroviario

Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (BOE de 4 de octubre de 2013)

El Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil entró en vigor en España junto con su protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico el día 1 de marzo de 2016. Su finalidad es reducir los costes de financiación en la adquisición y uso de aeronaves y material ferroviario a través de una nueva institución: la garantía internacional.

El 8 de marzo de 2024, ha entrado en vigor en España el Protocolo adoptado en Luxemburgo el 23 de febrero de 2007 sobre cuestiones específicas de los elementos de material rodante ferroviario.

Este Protocolo habilita la aplicación al material rodante ferroviario del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil de 16 de noviembre de 2001 —siguiendo así el precedente del protocolo aeronáutico sobre cédulas de aeronave y sus motores—.

Su objetivo no es otro que mejorar la seguridad jurídica, a través de una nueva institución, la garantía internacional, y un nuevo Registro Internacional, con sede en Luxemburgo, para su inscripción. Con ello, en última instancia, se busca facilitar el acceso a financiación y reducir el coste financiero para los operadores ferroviarios.

* Esta sección ha sido coordinada por Luz Martínez Azcoitia, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

Transporte terrestre y movilidad

Decreto 5/2024, de 10 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se desarrolla la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor (BOCAM de 10 de enero de 2024)

El Decreto establece los requisitos de obtención y mantenimiento de las autorizaciones VTC que habilitan la prestación del servicio de arrendamiento de vehículos con conductor en el ámbito urbano e interurbano de la Comunidad de Madrid.

En cuanto a los requisitos para la obtención y mantenimiento de las autorizaciones, tanto los titulares de autorizaciones preexistentes como los solicitantes de nuevos títulos habilitantes, deberán cumplir y acreditar los siguientes requisitos: (i) ser de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la UE; (ii) para personas jurídicas, que el transporte público de viajeros esté dentro de su objeto social; (iii) disponer de vehículos de turismo en propiedad, arrendamiento financiero o a largo plazo; (iv) contar, al menos, con un número de conductores igual o superior al 75 % de las autorizaciones en alta; (v) tener cubierta la responsabilidad civil; (vi) disponer de dirección y firma electrónica, así como del equipo informático necesario para documentar a distancia el contrato de transporte; (vii) estar al corriente del cumplimiento de obligaciones fiscales y laborales y sanciones pecuniarias; y (viii) realizar el visado periódico bienal.

Los conductores deberán acreditar el cumplimiento de determinadas condiciones, entre las que destaca la necesidad de disponer de un permiso de conductor específico.

La transmisión de las nuevas autorizaciones VTC autonómicas estará sujeta a la previa autorización del órgano competente, que verificará el cumplimiento por el potencial adquirente de los requisitos exigidos en este Decreto. La transmisión de las autorizaciones VTC anteriores a la Ley 5/2022 deberán ser aprobadas por el órgano competente, y solo habilitarán para la realización de transporte urbano cuando se cumplan todos los requisitos exigidos.

Para prestar el servicio, (i) los vehículos solo podrán circular con personas ajenas a la empresa titular de la autorización si se encuentran prestando un servicio previamente contratado; (ii) se prohíbe circular por vías públicas en busca de clientes; (iii) los servicios deberán haber sido comunicados con carácter previo a su inicio al registro que sea competente de acuerdo con la normativa en vigor, habiendo facilitado la información requerida en el Decreto 5/2024 con carácter previo; y (iv) en circunstancias excepcionales de alta demanda, el precio del servicio no podrá superar el 75 % sobre el precio base.

El Decreto permite la contratación de servicios por plaza con pago individual. No obstante, esta modalidad deberá contar con (i) un trayecto principal (solicitado por el primer

viajero) y trayectos secundarios que transcurrirán dentro del trayecto principal; (ii) el interesado deberá indicar el itinerario de antemano y conocerá el precio previamente que deberá permanecer inalterado; y (iii) el abandono del vehículo por alguno de los viajeros sin haber llegado a destino dará lugar a la finalización del servicio y a la obligación del abono del precio acordado.

Por último, la resolución de controversias mercantiles derivadas del cumplimiento de los contratos de transportes de viajeros mediante la modalidad de arrendamiento de vehículos con conductor corresponderá a las Juntas Arbitrales de Transporte, cuando así lo acuerden las partes, y de conformidad con la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres y su reglamento de desarrollo. En el plazo de dos años desde la entrada en vigor del Decreto, se creará el Registro de Empresas y Comunicaciones de Servicios de Arrendamiento de Vehículos con Conductor de la Comunidad de Madrid.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Transporte aéreo

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, (Sala Tercera), de 29 de febrero de 2024

Esta sentencia interpreta los artículos 5, 7 y 15 del Reglamento (CE) n.º 261/2004 por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (el "Reglamento 261/2004"). En concreto, se trata la naturaleza y fundamento del derecho a compensación de los pasajeros aéreos en caso de cancelación de un vuelo en un supuesto en el cual se había prohibido, vía contractual, la cesión que los pasajeros pueden hacer a un tercero de su crédito frente al transportista aéreo.

Seis pasajeros aéreos afectados por la cancelación de un vuelo cedieron a una sociedad mercantil sus créditos frente a la aerolínea que operaba dicho vuelo por la compensación debida. Posteriormente, la sociedad cesionaria ejercitó ante un juzgado español una acción contra la aerolínea a fin de obtener una compensación de 600 euros por cada uno de esos pasajeros, sobre la base del Reglamento 261/2004.

La aerolínea cuestiona la legitimación activa de la demandante argumentando que la cesión del crédito no era válida jurídicamente al haberse infringido la prohibición incluida al respecto en una de las cláusulas del contrato de transporte en la que se establecía que los derechos que correspondan al pasajero serán de carácter personalísimo y no se permitirá su cesión.

Al ser la cesión de créditos válida en derecho español, el tribunal de instancia se pregunta si lo sería a la luz del Reglamento 261/2004. Así, el Tribunal de Justicia se pronuncia defendiendo el derecho de los pasajeros a ceder sus derechos de crédito a terceros y afirmando que tanto el derecho a una compensación del pasajero como la obligación del transportista aéreo de abonarla dimanan directamente del Reglamento 261/2004 y no del contrato de transporte. Por tanto, en vista de la inadmisibilidad de condiciones que limiten o deroguen las obligaciones del transportista para con los pasajeros —artículo 15 del Reglamento 261/2004—, una cláusula que figure en las condiciones generales del contrato de transporte y que prohíba la cesión de los derechos del pasajero aéreo contra el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo constituye una exención inadmisible bajo el Reglamento 261/2004.

[España]

Transporte marítimo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, n.º 484/2023 de 6 de octubre de 2023

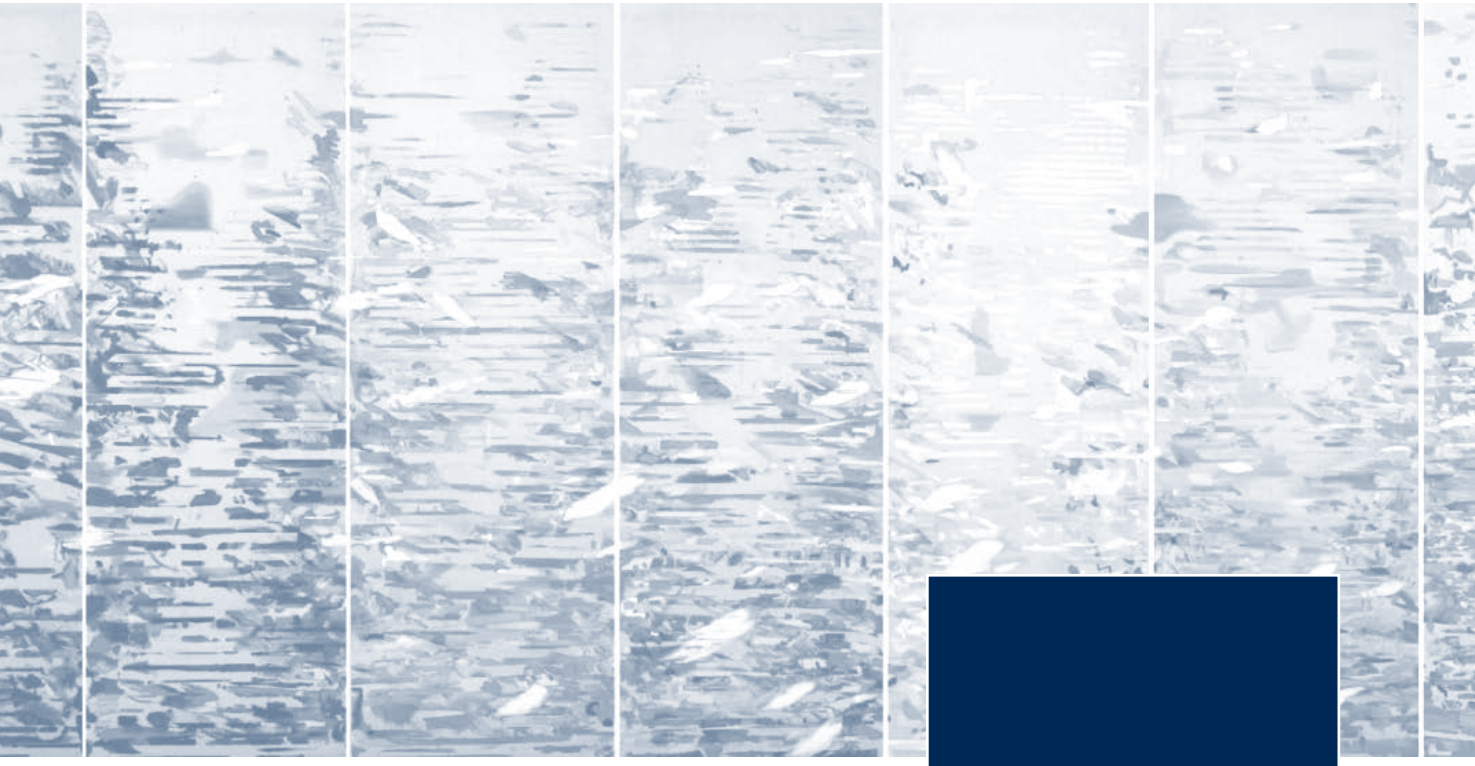
La Audiencia Provincial de Alicante trata el caso de una naviera que solicita al cargador/vendedor de una mercancía perecedera (limones) una indemnización por importe de 302.320,90 dólares por la pérdida de ingresos derivada de la retención del contenedor que transportaba dichas mercancías en el puerto de destino (Argel), así como por los gastos incurridos en la terminal y los costes de destrucción de estas.

La naviera incurrió en dichos costes por la no retirada de la mercancía por parte del comprador en la aduana de Argel debido a los defectos que esta presentaba, y el elevado importe de la indemnización se debía a que el contenedor de limones estuvo más de seis años retenido en la aduana argelina pendiente de destrucción porque, en virtud de la legislación local, se le exigía al vendedor restituir el precio abonado por el comprador en pago de la mercancía.

Las partes discutieron acerca del momento en que la mercancía se había dañado, bien en origen o en destino, así como sobre las condiciones de refrigeración durante la travesía y, tras las diferentes periciales, se concluyó que no se podía imputar al vendedor ninguna responsabilidad en el daño, ya que las mercancías habían estado dañadas desde su llegada a destino.

El Tribunal concluye que no le es exigible al vendedor la indemnización porque, habiendo acordado el Incoterm CIF en la compraventa y estando previsto el pago mediante crédito documentario, esta se había perfeccionado y consumado trasladándose los riesgos de la mercancía al comprador desde el momento de la carga en el buque; y no puede obligarse al vendedor a reembolsar el precio recibido cuando no se ha acreditado ninguna responsabilidad en los defectos de la mercancía y, por ende, no es responsable del retraso en la destrucción. Se sugiere a la naviera que reclame al receptor de las mercancías, parte también en el conocimiento de embarque y titular de las mercancías cuya destrucción tramitó.

9 de marzo de 2024



Medio Ambiente

Medio Ambiente*

9 de marzo de 2024

1. Legislación

[España]

Transición energética y cambio climático

Ley 1/2024, de 8 de febrero, de Transición Energética y Cambio Climático (BOPV de 21 de febrero de 2024)

Esta Ley establece el marco jurídico que permita alcanzar la neutralidad climática en el País Vasco a más tardar en el año 2050. Las novedades más relevantes se centran en la gobernabilidad, la planificación, el establecimiento de determinados objetivos intermedios o en materia de participación ciudadana.

En cuanto al tema de la gobernabilidad, se crean la Oficina Vasca de Transición Energética y Cambio Climático (la "Oficina") y el Comité Científico en materia de Transición Energética y Cambio Climático (el "Comité").

La Oficina es un órgano técnico encargado de la elaboración del inventario y las proyecciones de emisiones de gases de efecto invernadero del País Vasco, el seguimiento del proceso de transición energética, el establecimiento de un método de captación de información y el seguimiento de los indiciadores cuantitativos y cualitativos de mitigación y adaptación al cambio climático, gobernanza e impacto socioeconómico.

El Comité elaborará un informe anual referente a las políticas y medidas de transición energética y cambio climático, evaluando y haciendo recomendaciones sobre esta materia, incluidos temas normativos.

En materia de la planificación, el Gobierno Vasco aprobará la *Hoja de Ruta a Largo Plazo de Transición Energética y Cambio Climático*, que definirá la senda a seguir para alcanzar la neutralidad climática en el País Vasco; y la *Estrategia de Transición Energética y Cambio Climático 2030* (poste-

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

riormente, la Estrategia tendrá una periodicidad no superior a diez años). Además, las entidades locales de más de 5000 habitantes deben aprobar planes de clima y energía.

La Ley establece una serie de objetivos de eficiencia energética. Establece que el consumo final de energía debe reducirse, al menos, en un 12 % en 2030 y en un 37 % en 2050; y que en el ámbito de las energías renovables, su participación en el consumo final energético debe ser de, al menos, un 32 % en 2030.

Relacionado con las energías renovables, se establece un canon de energías renovables para la implantación en suelo no urbanizable de estas instalaciones. El canon entrará en vigor el 1 de enero de 2025.

Finalmente, la Ley dispone que el Gobierno Vasco impulsará la adopción de un Pacto Social sobre Transición Energética y Cambio Climático y la creación de una Asamblea Ciudadana de Transición Energética y Cambio Climático para impulsar la participación ciudadana.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

La sentencia resuelve la cuestión prejudicial en relación con la interpretación del Convenio de Aarhus de 1998, relativo a la información, participación y acceso a la justicia ambiental

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 11 de enero de 2024

El Tribunal de Justicia debe resolver dos cuestiones prejudiciales planteadas en un litigio entre una sociedad civil profesional de abogados rumana y diversas entidades públicas en relación con la legalidad de los actos administrativos adoptados para la construcción de un vertedero —el plan urbanístico y la licencia de obras—.

Las dos cuestiones prejudiciales tienen por objeto la interpretación de los artículos 2.4, 9.3 y 9.5 del Convenio de Aarhus de 1998, aprobado por la UE mediante la Decisión 2005/370/CE del Consejo.

Tras analizar el caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a la primera cuestión prejudicial afirmando que el artículo 9, apartado 3, del Convenio de Aarhus debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional según la cual solo se reconoce a una entidad jurídica distinta de una organización no gubernamental de defensa del medio ambiente la legitimación activa para recurrir un acto administrativo del que no sea destinataria si dicha entidad jurídica alega la vulneración de un interés legítimo privado o de un interés vinculado con una situación jurídica directamente relacionada con su objeto social.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia interpreta los apartados 4 y 5 del Convenio de Aarhus y señala que, para garantizar el cumplimiento de la exigencia de que los procedimientos judiciales no tengan un coste prohibitivo, la condena en costas de una parte cuyas pretensiones han sido desestimadas en un litigio ambiental debe tener en cuenta el conjunto de circunstancias del caso concreto, incluido el interés de esa parte y el interés general vinculado a la protección del medio ambiente.

[España]

Autorizaciones administrativas previas. Otorgación defectuosa

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

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación que fue interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Esta sentencia de instancia estimó el recurso contra la autorización administrativa previa y la autorización de construcción de un parque eólico que fueron otorgadas de manera defectuosa, dado que los informes sectoriales sobre el proyecto y el estudio de impacto ambiental se solicitaron después del trámite de información pública.

La cuestión que presenta interés casacional objetivo consiste en determinar si los informes sectoriales procedentes de las Administraciones afectadas deben recabarse antes de someter el proyecto y su correspondiente estudio de impacto ambiental al trámite de información pública.

El Tribunal Supremo pone de manifiesto que la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, no impone un ensamblaje concreto entre los trámites de consultas a las autoridades, la información al público interesado y al público en general, sino que permite a los Estados miembros definir los detalles de los procedimientos. En concreto en España, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, estipula que el órgano sustantivo consultará a las Administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas simultáneamente al trámite de información pública.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo responde a la cuestión de interés casacional objetivo manifestando que ni la Directiva 2011/92/UE ni la Ley 21/2013 imponen que la consulta a las Administraciones afectadas por el proyecto sea anterior al trámite de información pública. Sin embargo, ello no impide que, al celebrar el trámite de información pública, se proporcione al público cierta información relevante de las Administraciones para que el derecho a la participación pública pueda considerarse real y efectivo.

Costas. Nulidad del Real Decreto 668/2022

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de 2024

El Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 668/2022, de 1 de agosto, por el que se modifica el Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre (la "Reforma del RGC").

La razón es una cuestión formal vinculada con la omisión del trámite de consulta pública. La Administración interpretó erróneamente los artículos 133 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 23 de la Ley del Gobierno, según los cuales cabe omitir el trámite de consulta pública cuando nos encontremos ante normas presupuestarias u organizativas dependientes de la Administración y, además, concurran razones graves de interés público que lo justifiquen, las normas en proyecto no impongan obligaciones relevantes a los destinatarios ni regulen aspectos esenciales de una materia.

Como la Reforma del RGC no encaja en el caso anterior, tuvo que someterse al trámite de consulta pública.

PGOU. Evaluación ambiental. Nulidad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de enero de 2024

Un ayuntamiento interpuso recurso de casación contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que declaró la nulidad del Plan General de Ordenación Urbana de cierto municipio ("PGOU").

La sentencia de instancia declaró nulo el PGOU porque no existió una valoración de alternativas con ocasión del primer informe de evaluación ambiental, sino que esa valoración de alternativas se realizó más adelante en el procedimiento.

En primer lugar, el Tribunal Supremo confirma, siguiendo con su doctrina anterior, que el análisis de alternativas debe realizarse en la fase preliminar del procedimiento, junto con el borrador del instrumento de planeamiento con el que se solicita el inicio del procedimiento de evaluación ambiental estratégica.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo reflexiona sobre el principio de no regresión en materia medioambiental. En concreto, sobre los efectos de la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento urbanístico en aquellos supuestos en los cuales la estricta aplicación del instituto de la nulidad pudiera conducir a consecuencias de menor protección para el medio ambiente al recobrar vigencia la figura de planeamiento anterior.

En este sentido, el Tribunal Supremo menciona la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las declaraciones de nulidad, en las que se ha de prestar atención a "*las consecuencias que* […] *pue-*

de(n) proyectar sobre los diversos bienes constitucionales", y recuerda que se han de ponderar las consecuencias adicionales que puede contener la declaración de nulidad para evitar "*que resulten injustificadamente perjudicados otros bienes constitucionales*".

En virtud del citado principio de no regresión, el Tribunal Supremo contempla la posibilidad de que se pueda producir "*una limitación o matización del alcance de esa declaración de nulidad*" de instrumentos de planeamiento.

Sin embargo, en el caso del PGOU, el Tribunal Supremo concluye que no se ha vulnerado el principio de no regresión porque no se acreditó que el nuevo PGOU anulado estableciese un mayor nivel de protección del medio ambiente que el plan anterior, especialmente partiendo de un procedimiento de aprobación con claras insuficiencias desde el punto de vista de la normativa de evaluación ambiental. Hubiera sido necesario, en definitiva, "*el correspondiente análisis material comparativo desde la perspectiva ambiental de ambas ordenaciones".*

Medidas cautelares. Explotación minera

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativa, 29 de septiembre de 2023 (Pieza separada de medidas cautelares 0007240/2022)

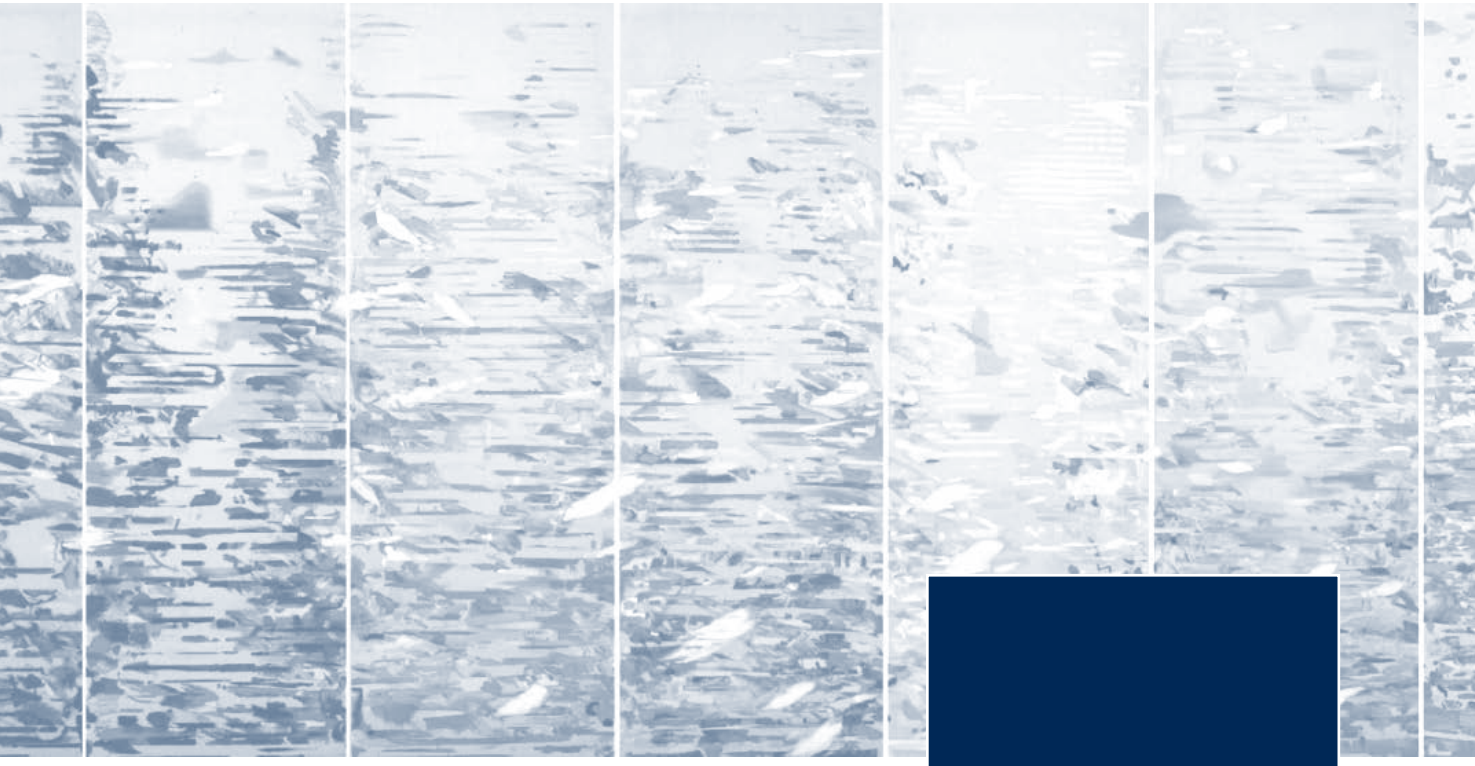
El auto resuelve una solicitud de medidas cautelares que formula una asociación ecologista (la "Asociación") para suspender la ejecución de la resolución que aprobó el proyecto de explotación y el plan de restauración de la concesión de explotación de recursos de una mina. La Asociación basa su pretensión en que la explotación minera tiene efectos directos sobre la Red Natura 2000, al estar el proyecto totalmente incluido en el espacio Red Natura 2000, y en que no se ha realizado un correcto estudio de afecciones ambientales.

Tras hacer un análisis teórico sobre el régimen de las medidas cautelares, el auto indica que en este caso resultan de especial relevancia los principios de cautela, prevención y precaución propios del derecho de la Unión Europea.

El auto impone la suspensión cautelar solicitada porque considera que ante la mera posibilidad de que se produzca un daño irreparable o de muy difícil o incierta reparación —aun adoptando las medidas correctoras sobre las zonas protegidas— debe prevalecer la suspensión de la ejecución de la actividad que puede producir ese riesgo, al ser prevalente el interés general en mantener indemnes esos espacios públicos, sobre el particular que tiene la promotora de la explotación minera, por muy legítimo que sea su derecho.

Esta conclusión del auto no cambia aun cuando en los autos obraba un informe pericial de la Administración en el que se admitía la proximidad de la explotación minera a ciertos espacios ecosistémicos sensibles, pero que terminaba concluyendo que "*no es previsible que el proyecto genere efectos significativos*".

9 de marzo de 2024



Mercantil

Mercantil*

9 de marzo de 2024

1. Legislación

[Unión Europea]

Financiación participativa para empresas. Información financiera y no financiera. Puntuación crediticia y fijación del precio de las ofertas

Reglamento Delegado (UE) 2024/358 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2023, por el que se completa el Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los requisitos sobre la puntuación crediticia de los proyectos de financiación participativa, la fijación del precio de las ofertas de financiación participativa y las políticas y procedimientos de gestión del riesgo (DOUE de 22 de enero de 2024)

[España]

Banco de España. Información sobre estructura de capital

Circular 1/2024, de 26 de enero, del Banco de España, a bancos, cooperativas de crédito y otras entidades supervisadas, relativa a la información sobre la estructura de capital y por la que se modifica la Circular 1/2009, de 18 de diciembre, a entidades de crédito y otras supervisadas, en relación con la información sobre la estructura de capital y cuotas participativas de las entidades de crédito, y sobre sus oficinas (BOE de 1 de febrero de 2024)

La circular tiene por objeto establecer la información sobre cuotas participativas (participaciones resultantes tras adquisiciones, incrementos o reducciones) y sobre su estructura de capital que los bancos, las cooperativas de crédito, los establecimientos financieros de crédito, las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico han de remitir periódicamente al Banco de España para cumplir con sus obligaciones en esta materia.

* 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 (Madrd y Lisboa).

Inversiones exteriores. Modelos

Resolución de 31 de enero de 2024, de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, por la que se aprueban los modelos destinados a la tramitación y declaración de las inversiones extranjeras en España y de las inversiones españolas en el exterior (BOE de 1 de febrero de 2024)

Las inversiones extranjeras en España y las inversiones españolas en el exterior están reguladas por el Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores, desarrollado por la Orden ECM/57/2024, de 29 de enero, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores. Estas normas establecen las disposiciones aplicables a la tramitación y declaración de dichas inversiones, disponiendo la utilización a estos efectos de determinados modelos cuya aprobación se remite a una norma de rango inferior. La Orden ECM/57/2024, en su disposición final segunda, faculta a la Dirección General de Comercio e Inversiones a dictar las resoluciones necesarias y a aprobar los modelos destinados a la tramitación y declaración de las inversiones extranjeras en España y de las inversiones españolas en el exterior.

Esta resolución tiene por objeto aprobar los modelos normalizados para la declaración de inversiones extranjeras en España e inversiones españolas en el exterior y el de sus memorias anuales, junto con las correspondientes instrucciones para su cumplimentación.

Inversiones exteriores. Procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores

Orden ECM/57/2024, de 29 de enero, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores (BOE de 31 de enero de 2024)

Tras la entrada en vigor del Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores, se hizo necesaria la aprobación de una orden ministerial que regulase, en consonancia con dicho real decreto, los procedimientos aplicables a las declaraciones de inversiones exteriores, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales.

Esta orden tiene por objeto establecer los procedimientos contemplados en el Real Decreto 571/2023, sobre inversiones exteriores, aplicables a las declaraciones de inversiones exteriores, su desinversión y las memorias anuales relativas a su evolución. Asimismo, la orden recoge la obligación genérica de relacionarse con la Administración por medios electrónicos y toma en consideración la reciente digitalización de las actuaciones notariales, registrales y societarias.

Finalmente, la orden establece la obligación de presentar declaración al Registro de Inversiones de cualquier cambio de domicilio social o traslado de residencia que implique un cambio en la condición de residente o no residente del inversor en el plazo máximo de un mes desde la formalización del cambio de domicilio social o del traslado de residencia.

[Portugal]

Regulamentação sobre os requisitos aplicáveis à classificação de crédito de projetos de financiamento colaborativo, à fixação de preços de ofertas de financiamento colaborativo e às políticas e procedimentos de gestão dos riscos

Regulamento Delegado (UE) 2024/358 da Comissão, de 29 de setembro de 2023, que complementa o Regulamento (UE) 2020/1503 do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito às normas técnicas de regulamentação que especificam os requisitos aplicáveis à classificação de crédito de projetos de financiamento colaborativo, à fixação de preços de ofertas de financiamento colaborativo, à fixação de preços de ofertas de financiamento colaborativo e às políticas e procedimentos de gestão dos riscos

O Regulamento Delegado (UE) 2024/358 da Comissão, de 29 de setembro de 2023 (o "Regulamento"), em complemento da obrigação de informação relativa à qualidade dos projetos e dos promotores de projetos de financiamento colaborativo versada no artigo 23.º do Regulamento (UE) 2020/1503 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de outubro de 2020 (o "Regulamento de Financiamento Colaborativo"), surge da necessidade de informação por parte dos investidores sobre a forma como os prestadores de serviços de financiamento colaborativo (i) calculam as classificações de crédito de projetos e promotores de projetos de financiamento colaborativo, (ii) fixam os preços de ofertas de financiamento colaborativo, e (iii) estabelecem as suas políticas e mecanismos de governação sólidos de modo a reforçar a proteção dos investidores.

O Regulamento, dividido em quatro capítulos, apresenta os três pontos supra, de seguida sumariamente desenvolvidos, especificando:

i. as informações que os prestadores de serviços de financiamento colaborativo devem divulgar aos investidores no que concerne os métodos utilizados para calcular as classificações de crédito de projetos de financiamento colaborativo e os preços de ofertas de financiamento colaborativo;

ii. os fatores que os prestadores de serviços de financiamento colaborativo deverão considerar ao avaliar o risco de crédito de um projeto de financiamento colaborativo ou do proprietário deste de modo a garantir informações suficientes e adequadas ao abrigo das disposições do Regulamento de Financiamento Colaborativo, devendo proceder à avaliação do empréstimo em diversos momentos do ciclo de vida deste, não descurando a necessidade de proporcionalidade face à dimensão, tipo e prazo de vencimento do referido empréstimo, bem como às características do proprietário do projeto de financiamento colaborativo;

iii. os fatores que os prestadores de serviços de financiamento colaborativo deverão considerar de modo a garantir uma fixação de preços justos e adequados dos empréstimos que disponibilizam nas suas plataformas; e

iv. as políticas e procedimentos de governação que os prestadores de serviços de financiamento colaborativo deverão aplicar de modo a fomentar a divulgação de informações aos investidores, a avaliação do risco de crédito e a avaliação dos empréstimos, nunca descurando a necessidade de proporcionalidade mediante a dimensão e complexidade do prestador de serviços de financiamento colaborativo.

v. O Regulamento entra em vigor no 20.º dia após a sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia (*i.e.*, a 11 de fevereiro de 2024).

Regulamentação do regime da gestão de ativos

Regulamento da CMVM n.º 7/2023 (DR 240, Série II, 2.º Suplemento, de 29 de dezembro de 2023)

No dia 29 de dezembro, de 2023, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (a "CMVM") publicou o Regulamento n.º 7/2023, que veio regulamentar o novo Regime da Gestão de Ativos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27/2023, de 28 de abril (o "RGA"), tendo o mesmo entrado em vigor no dia 1 de janeiro de 2024. O Regulamento n.º 7/2023 visa preservar as soluções preconizadas no RGA e incrementar soluções regulatórias em matéria de simplificação e de proporcionalidade, tendo em vista a promoção da competitividade e eficiência do mercado nacional, assim como a proteção do investidor.

Com a publicação do Regulamento n.º 7/2023, são revogados o Regulamento da CMVM n.º 2/2015 —relativo ao regime geral dos organismos de investimento coletivo—, e o Regulamento da CMVM n.º 3/2015- relativo ao regime aplicável ao capital de risco, empreendedorismo social e investimento alternativo especializado-, unificando-se a regulamentação destas matérias num só diploma. Apesar de ter entrado em vigor no dia 1 de janeiro de 2024, as sociedades gestoras e os organismos de investimento coletivo ("OIC") dispõem de um prazo de 180 dias- que termina no dia 28 de junho de 2024- para se adaptarem ao mesmo.

O Regulamento n.º 7/2023 reduz as normas especialmente aplicáveis ao capital de risco, que se distingue apenas em relação (i) às regras de reporte informativo (Anexo IX, do Regulamento n.º 7/2023), (ii) à adequação da denominação do OIC à política de investimento (artigo 13.º, n.º 6, al. b), do Regulamento n.º 7/2023) e (iii) ao modo de divulgação de erros imputáveis à sociedade gestora (artigo 77.º, n.º 8, do Regulamento n.º 7/2023).

Podem destacar-se, entre outras, as seguintes alterações e/ou concretizações introduzidas pelo Regulamento n.º 7/2023:

i. Em sede de procedimento para pedido de autorização para início de atividade de sociedade gestora (artigo 3.º, do Regulamento n.º 7/2023), o Regulamento n.º 7/2023 consagra um elenco único de elementos que devem instruir este pedido de autorização- que se aplica indistintamente (i) às sociedades gestoras de organismos de investimento coletivo e (ii) às sociedades de capital de risco, e independentemente da dimensão da empresa, contrariamente ao que acontecia no regime anterior. Assim, o pedido deve agora incluir, entre outros, (i) o código de acesso à certidão permanente do registo comercial ou o cer-

tificado de admissibilidade de firma ou denominação, (ii) o mapa discriminativo de fundos próprios e (iii) determinadas informações sobre o órgão de administração.

ii. Em relação às alterações subsequentes à autorização para o início de atividade, o Regulamento n.º 7/2023 concretiza o artigo 26.º do RGA e diferencia (i) as alterações substanciais e (ii) as não substanciais, esclarecendo as aplicáveis apenas a sociedades gestores de pequena dimensão.

iii. Para as sociedades gestoras de organismos de investimento coletivo (os "OIA") prevê-se uma obrigação de comunicação à CMVM caso pretendem constituir OIAs de tipo ou com estratégia de investimento diferente dos tipos ou das estratégias de investimento dos OIAs já geridos, que deve ser efetuada com uma antecedência de 30 dias face ao início da comercialização do primeiro OIA distinto.

iv. São exigidos menos elementos do que no regime anterior para instruir o pedido para fusão ou cisão que envolva uma sociedade gestora. Assim, um pedido deste tipo deve ser instruído com (i) o projeto de fusão/cisão; (ii) os pareceres dos órgãos de fiscalização ou de revisores oficiais de contas das sociedades envolvidas na fusão/cisão; (iii) *a* data expectável de produção de efeitos da fusão/cisão, e com (iv) a atualização da documentação exigida para efeitos de instrução do pedido de autorização para o início de atividade de sociedade gestora.

v. A autorização da CMVM às entidades comercializadores passa a depender da existência de meios humanos, materiais e técnicos adequados ao exercício desta atividade. Assim o pedido de autorização de comercialização deve ser instruído com (i) um memorando descritivo da estrutura, organização e meios humanos, materiais e técnicos adequados ao tipo de volume da atividade a exercer; (ii) a identificação dos membros do órgão de administração responsáveis pela atividade e documento que ateste a idoneidade e experiência profissional dos mesmos, e com (iii) o contrato de sociedade e documentos de prestação de contas relativos aos últimos três exercícios.

vi. O Regulamento n.º 7/2023 prevê um documento único para a elaboração do prospeto e do regulamento de gestão, cujo formato está definido em anexo ao Regulamento n.º 7/2023, aplicável apenas a alguns tipos de OIC, incluindo, em certos casos, organismos de investimento alternativo ("OIA") fechados de subscrição particular.

vii. Finalmente, em relação aos deveres de reporte à CMVM, o Regulamento n.º 7/2023 sistematiza os deveres de reporte por parte das sociedades gestoras, reorganizando-os em nove anexos. Esta sistematização impactou significativamente a transparência, clareza e concentração dos deveres de reporte.

Transformações, fusões e cisões transfronteiriças

Decreto-Lei n.º 114-D/2023, de 5 de dezembro (DR 234, Série I, 3.º Suplemento, de 5 de dezembro de 2023)

O Decreto-Lei n.º 114-D/2023, de 5 de dezembro ("Decreto-Lei"), que entrou em vigor no dia 4 de janeiro de 2024, procede à transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva (UE) 2019/2121, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019 ("Diretiva"), que altera a Diretiva (UE) 2017/1132, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, na parte respeitante às transformações, fusões e cisões transfronteiriças, introduzindo alterações relevantes, principalmente, ao Código das Sociedades Comerciais e ao Código do Registo Comercial.

A Diretiva consagra novas regras harmonizadas em matéria de transformações e de cisões transfronteiriças, que visam a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento e, ao mesmo tempo, proporcionar a proteção adequada às partes interessadas, designadamente trabalhadores, credores e sócios. Deste modo, a transposição para a ordem jurídica interna do quadro jurídico estabelecido pela Diretiva permite alargar o âmbito de aplicação das fusões transfronteiriças, bem como instituir o regime jurídico das transformações e das cisões transfronteiriças e ainda adaptar outros diplomas aos novos regimes jurídicos consagrados na Diretiva.

Em primeiro lugar, e no que respeita a fusões internas, o Decreto-Lei introduz algumas alterações aos elementos que têm de constar do projeto de fusão, nomeadamente ao nível dos elementos identificadores da sociedade resultante da fusão, das garantias oferecidas pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade e das informações sobre a contrapartida da aquisição das participações sociais oferecida pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade aos sócios da sociedade incorporada ou das sociedades a fundir.

Adicionalmente, o Decreto-Lei redefine os critérios segundo os quais os revisores oficiais de contas devem fiscalizar o projeto de fusão interna. Assim, a elaboração do seu parecer fundamentado sobre a adequação e a razoabilidade da relação de troca e da contrapartida da aquisição das participações sociais deve agora pautar-se por, alternativamente, o eventual preço de mercado das participações sociais das sociedades participantes na fusão antes do anúncio do projeto de fusão ou o valor das sociedades, excluindo o efeito da fusão projetada.

Ainda em matéria de fusões internas, o Decreto-Lei vem alargar o prazo de oposição dos credores das sociedades participantes de um mês para três meses após a publicação do projeto de fusão.

Em segundo lugar, e agora no que respeita a fusões transfronteiriças, o Decreto-Lei introduz algumas novidades no regime, das quais se destacam (i) a necessidade de elaboração de um relatório destinado aos sócios e aos trabalhadores de cada uma das sociedades participantes na fusão que, não obstante e consoante o caso, poderá ser dispensado; e (ii) a obrigação de disponibilização eletrónica deste relatório (quando o haja) aos sócios e aos representantes dos trabalhadores ou, quando estes não existam, aos trabalhadores da respetiva sociedade participante, seis semanas antes da data designada para a assembleia geral que aprovará, entre outras coisas, o projeto de fusão transfronteiriça.

Destaca-se, em terceiro lugar, a introdução na ordem jurídica interna dos regimes das cisões transfronteiriças e das transformações transfronteiriças, instituídos em harmonia com o regime das fusões transfronteiriças. Por transformação transfronteiriça entende-se a operação através da qual uma sociedade, sem ser dissolvida ou liquidada, converte:

i. a forma jurídica sob a qual se encontra registada em Portugal para outra prevista no Estado-Membro para o qual transfere a sua sede estatutária; ou

ii. a forma jurídica sob a qual se encontra registada noutro Estado-Membro para uma forma prevista pelo direito nacional, transferindo a sua sede estatutária para Portugal.

O regime estabelecido no presente Decreto-Lei quanto às fusões, cisões e transformações transfronteiriças não se aplicará (i) a sociedades em liquidação e que estejam a distribuir ativos aos seus sócios; (ii) a sociedades que sejam objeto de instrumentos, poderes e mecanismos de resolução previstos na Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014; e ainda (iii) a operações transfronteiriças que envolvam um organismo de investimento coletivo em valores mobiliários sob a forma societária.

Por último, o Decreto-Lei afastou a aplicação de várias disposições do Código das Sociedades Comerciais relativas, nomeadamente, aos regimes da perda de metade do capital, do aumento de capital e da redução do capital, em sociedades (i) que se encontrem na pendência de qualquer processo de reestruturação de empresas previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas; e (ii) que sejam objeto de instrumentos, poderes e mecanismos de resolução.

2. Jurisprudencia

Depósito de cuentas anuales. Convocatoria de junta

Resolución de 18 de enero de 2024 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 23 de febrero de 2024)

Presentadas a depósito las cuentas anuales de una sociedad limitada, son objeto de calificación negativa por cuanto tanto de la convocatoria de la junta como del certificado relativo a su aprobación resulta que la junta general se convocó y celebró en un término municipal distinto al del domicilio social, sin que los estatutos contuvieran previsión alguna al respecto.

La DGSJFP explica que el domicilio social sirve para determinar la nacionalidad de la sociedad y el Registro Mercantil competente para su inscripción, y también tiene una influencia decisiva para determinar la competencia de la administración fiscal y de los órganos judiciales. En definitiva, es el centro para el ejercicio de los derechos de la sociedad y para el cumplimiento de sus obligaciones, lo que proporciona seguridad jurídica tanto a los socios como a los terceros que se relacionen con ella, al permitirles localizar en el espacio a la sociedad. Por ello, no es posible que una sociedad tenga una pluralidad de domicilios sociales que pudieran funcionar como fuero alternativo.

Respecto a si el domicilio social puede ser alterado por el órgano de administración de la sociedad a los efectos de la celebración de las juntas generales, en atención a determinadas circunstancias particulares concurrentes en uno o varios socios o en la propia sociedad, la DGSJFP indica que el artículo 175 de la LSC establece, tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades limitadas, que las juntas generales se celebrarán en el término municipal en que la sociedad tenga su domicilio, salvo disposición contraria de los estatutos. Para la DGSJFP, este precepto es imperativo, sin perjuicio de la regulación estatutaria.

A la luz de lo anterior se concluye que tanto la ley como la jurisprudencia han venido estableciendo, fundamentalmente como medida tuitiva a favor de los socios, la necesidad de que la junta general de la sociedad se celebre en el término municipal en que radique su domicilio. La DGSJFP indica que únicamente existen dos excepciones a esta regla general: (i) cuando la junta sea universal, en cuyo caso y dada la asistencia de todos los socios y la necesidad de que todos ellos acepten la celebración de la junta, el artículo 178 de la LSC permite que la junta se celebre "*en cualquier lugar del territorio nacional o extranjero*"; y (ii) cuando concurra un supuesto de fuerza mayor (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1989).

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

Revocación de acuerdo social. Transformación de sociedad

Resolución de 16 de enero de 2024 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 23 de febrero de 2024)

El registrador rechaza la inscripción del acuerdo social adoptado por la junta general de una sociedad de dejar sin efecto otro previo e inscrito de transformación social.

La DGSJFP indica que no puede aceptarse la afirmación de que el acuerdo de dejar sin efecto otro anterior de transformación no debe cumplir los requisitos legalmente previstos para esta, pues ello supondría la alteración de la forma jurídica de la sociedad sin reunir los requisitos que la ley exige para que ese efecto se produzca. Además, dicha alteración se produciría sin que se tuviese que respetar la posición jurídica que para ese supuesto la ley prevé tanto para socios como para terceros.

En este sentido, no cabe hablar de que solamente se trata de reponer a la sociedad a la situación anterior, como si se tratase de un efecto menor y distinto al propio de la transformación.

La DGSJFP desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador.

Depósito de cuentas anuales de una sociedad limitada. Validación de firma electrónica

Resolución de 15 de enero de 2024 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE de 22 de febrero de 2024)

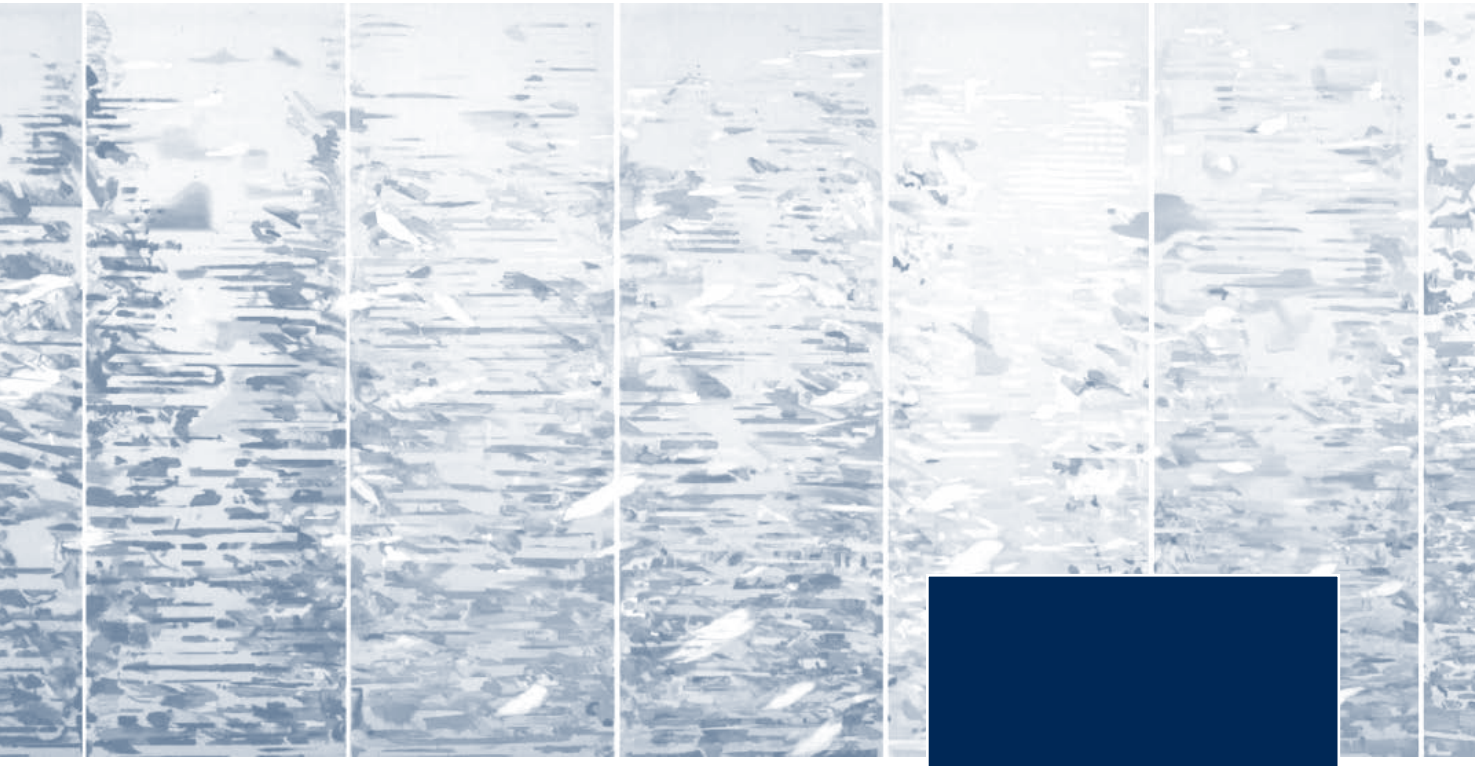
El registrador rechaza el depósito de las cuentas anuales de una sociedad limitada presentadas telemáticamente ante la imposibilidad de validar la firma del certificado del acuerdo de aprobación de la junta general, ya que este es aportado mediante archivo que contiene fotocopia del original firmado con certificado de firma electrónica.

En el supuesto de presentación a depósito de cuentas anuales de forma telemática con firma electrónica, la correspondencia entre el archivo que las contiene (en formato estándar, zip) y el archivo que contiene el certificado del acuerdo aprobatorio de la junta se verifica a través de la propia aplicación que genera automáticamente el algoritmo o huella digital al llevar a cabo la incorporación de los archivos. El registrador debe verificar que las firmas electrónicas de quien realiza el envío y de los firmantes de la certificación de aprobación de los acuerdos son debidamente validadas por la aplicación informática correspondiente, por tratarse de prestadores comprendidos en la lista de confianza a que se refiere el artículo 22 del Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio de 2014.

La DGSJFP indica que la falta de validación de la firma electrónica del firmante del certificado del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales impide tener la firma electrónica como puesta y producir los efectos previstos en los artículos 3, 24, 25, 26 y 32 del citado Reglamento (UE) 910/2014, y en los artículos 3, 4, 6, 9 y 16 de la Ley 6/2020, reguladora de determinados aspectos de servicios electrónicos de confianza, que lo desarrolla. Y ello porque, no siendo objeto de validación la firma electrónica que resulta del certificado presentado telemáticamente, no es posible establecer la correspondencia entre el firmante y la persona legitimada para hacerlo conforme al contenido del Registro Mercantil.

Sin perjuicio de la subsanación que se pueda llevar a cabo, bien generando una nueva firma electrónica que sea debidamente validable, bien aportando el certificado en formato papel y firmado de modo manuscrito por quien, según el Registro Mercantil, esté legitimado para ello, la DGSJFP acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

9 de marzo de 2024



Procesal Civil

Procesal Civil*

9 de marzo de 2024

1. Legislación

[España]

Derecho de defensa

Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa (BOCG de 2 de febrero de 2024)

El 2 de febrero de 2024, el Congreso de los Diputados adoptó el Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa. El derecho a la defensa, consagrado en el artículo 24 de la Constitución española, engloba el conjunto de facultades y garantías que permite a todas las personas —físicas y jurídicas— proteger y hacer valer sus derechos, libertades e intereses legítimos en cualquier tipo de controversia que se dirima ante los Tribunales de Justicia, ante las Administraciones públicas o en el marco de los medios alternativos de resolución de controversias.

La importancia de hacer efectivo ese derecho ha llevado al legislador a tramitar un proyecto de ley que tendrá por objeto la regulación legal de este derecho constitucional indisponible. El Proyecto de Ley Orgánica dedica gran parte de su extensión a regular aspectos clave del ejercicio profesional de la abogacía y a consagrar principios que deben guiar la relación del ciudadano con las personas a quienes encarguen la dirección técnica de su defensa jurídica.

Respecto a esa defensa jurídica, el Proyecto de Ley pivota en torno a los siguientes pilares:

i. Accesibilidad al derecho. Se establece que las personas físicas y jurídicas tendrán derecho a recibir, por parte de los profesionales de la abogacía, un servicio de asesoramiento jurídico y de defensa de sus legítimos intereses de máxima calidad y accesibilidad. Se reconoce este derecho ante los Tribunales de Justicia, en el seno de los sistemas alternativos de resolución de conflictos y en las relaciones con la Administración.

---

* 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 Cubias Avilés, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Valencia).

Además, para garantizar un acceso igualitario y no discriminatorio a este derecho, la ley no solo prevé seguir reconociendo a los justiciables el *beneficio de la asistencia jurídica gratuita* por razón de renta, sino que contempla la extensión de este derecho a personas que, sin reunir necesariamente los criterios económicos, puedan quedar integradas en grupos de especial vulnerabilidad que se definan en la normativa de desarrollo, tales como mujeres víctimas de violencia de género, menores de edad, personas con discapacidad o personas de la tercera edad.

ii. Libertad de elección. El Proyecto de Ley Orgánica consagra el derecho de justiciable a designar libremente a la persona profesional de la abogacía que ocupará la dirección letrada de sus intereses. También podrá sustituir libremente al profesional o prescindir de todo servicio de asesoramiento jurídico, salvo en los casos en que la intervención de un letrado sea preceptiva. Además, se mandata a los poderes públicos para que aseguren la no indefensión del ciudadano que opte por sustituir al profesional de la abogacía, obligando a los jueces y tribunales a adoptar todas aquellas medidas necesarias que garanticen que el nuevo director de la defensa letrada tenga acceso a toda la información necesaria para el ejercicio adecuado del derecho de defensa.

iii. Independencia del profesional. A efectos de asegurar la calidad del servicio legal prestado por el abogado, se establece expresamente que el acceso a la profesión y su ejercicio deberán llevarse a cabo bajo los parámetros de *libertad*, *igualdad* e *independencia*.

iv. Información y transparencia. El profesional de la abogacía quedará obligado a suministrar a su principal, de manera simple, comprensible y accesible, información puntual sobre extremos relativos a su defensa, tales como los mecanismos que tiene a su disposición para la defensa de sus derechos e intereses ante los poderes públicos; la gravedad del conflicto para los derechos e intereses afectos; la viabilidad de la pretensión y, en su caso, la oportunidad de acudir a medios alternativos de resolución de controversias; las estrategias procesales más adecuadas para la defensa de sus intereses; el estado del asunto, así como las incidencias que se produzcan y las resoluciones que se vayan dictando progresivamente; y los costes generales del proceso, así como las consecuencias de una eventual condena en costas.

Además, la persona usuaria del servicio de asistencia letrada podrá exigir al profesional que, de forma previa a la contratación de los servicios jurídicos, le entregue una *hoja de encargo profesional*, donde constará la información sobre los derechos que le asistan, los trámites esenciales a seguir en función de la controversia planteada, las principales consecuencias jurídicas inherentes a su decisión y los costes derivados de su actuación (incluyendo un presupuesto por los servicios profesionales contratados).

v. Claridad en la interlocución. Se prevé que el profesional de la abogacía deberá procurar que en todos los actos y comunicaciones procesales se emplee un lenguaje claro, sencillo y universalmente accesible, de modo que sus destinatarios puedan conocer su objeto y consecuencias.

vi. Confidencialidad. El Proyecto de Ley Orgánica garantiza que todas las comunicaciones mantenidas entre un profesional de la abogacía y su cliente tengan la consideración de estrictamente confidenciales, de manera que solo podrán ser intervenidas en los casos expresamente previstos en las leyes y con los requisitos que en ellas se establezcan.

Asimismo, se consagra legalmente la dispensa del letrado a prestar declaración ante cualquier autoridad, instancia o jurisdicción sobre hechos, documentos o informaciones de los que tuvieran conocimiento como consecuencia de su desempeño profesional.

vii. Legalidad, buena fe procesal y cumplimiento de los deberes deontológicos. Se establece que los profesionales de la abogacía habrán de guiar su actuación de conformidad con lo previsto en la Constitución española, en las leyes y en los principios de buena fe procesal y cumplimiento de los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo profesional, haciendo a estos efectos remisión el Proyecto de Ley Orgánica a los deberes profesionales establecidos por los Consejos y Colegios profesionales correspondientes. En particular, se positiviza la obligación de no asumir la defensa ni el asesoramiento de ningún cliente en aquellos supuestos en que exista una situación de conflicto profesional que pueda comprometer la calidad del servicio prestado.

viii. Derecho a ser escuchados. Finalmente, el Proyecto de Ley Orgánica establece que las personas usuarias de los servicios de asistencia letrada tendrán derecho a ser oídas cuando los profesionales de la abogacía infrinjan las obligaciones y los principios que guíen su actuación profesional. A estos efectos, se establece que los colegios profesionales de la abogacía operarán como instituciones que garanticen los derechos de los usuarios de los servicios profesionales, al asegurar mecanismos que persigan y sancionen las conductas profesionales que merezcan algún reproche deontológico o que pongan en riesgo el derecho de la defensa de las personas.

Para ello, los colegios profesionales deberán asegurar que existen sistemas transparentes y universalmente accesibles para la presentación de reclamaciones y quejas por la actuación de algún profesional, siendo imperativo que estos sistemas permitan el correcto seguimiento de los expedientes y su adecuada resolución, así como la ejecución y el cumplimiento de las medidas disciplinarias que eventualmente se adopten.

2. Jurisprudencia

[España]

El Tribunal Supremo aclara su doctrina en relación con el juego de presunciones para declarar la responsabilidad solidaria por deudas sociales ante una sociedad que ha incumplido el deber legal de depósito de cuentas anuales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de enero de 2024

La controversia radicaba en torno a una deuda comercial originada por una empresa que posteriormente quedó inactiva y disuelta *de facto*. Ante el impago de la deuda, la acreedora dirigió su reclamación contra la sociedad deudora, pero también contra la administradora legal de la compañía y contra su administrador de hecho (socio mayoritario con el 80 % de participaciones y apoderado general de aquella) con base en la responsabilidad solidaria del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital.

En síntesis, la acreedora alegaba que la deuda reclamada se había originado después de que la sociedad deudora se encontrase incursa en causa de disolución y sin que los administradores (de hecho y de derecho) hubieran promovido la disolución en el plazo legalmente previsto, sobre la base de la presunción del artículo 367.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La concurrencia de la causa de disolución se fundaba, a su vez, en la presunción de existencia de pérdidas que obligan a disolver la sociedad por la falta de depósito de las cuentas anuales de la sociedad deudora desde su constitución, con la consiguiente incapacidad del acreedor de probar efectivamente aquella causa de disolución.

La demanda, y la pretensión principal de la acreedora, fueron estimadas tanto en primera como en segunda instancia, y se condenó a los codemandados personas físicas a hacer frente de forma solidaria a la deuda reclamada sobre la base de la acreditación de su condición de administradores (de hecho y de derecho) de la demandada, así como de la falta de depósito (e incluso aportación) de las cuentas anuales, de lo que se extraía la presunción de concurrencia de la causa de disolución desde el ejercicio 2011, que, combinada con la presunción del artículo 367.2 de la Ley de Sociedades de Capital, daba lugar a la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, aunque, al hacerlo, matiza su doctrina relativa al juego de presunciones para apreciar responsabilidad solidaria por deudas sociales del administrador que no promueve la disolución de la sociedad deudora en tiempo legal, para señalar que la presunción del párrafo segundo del precepto "*presupone que antes se ha acreditado por el acreedor la aparición de la causa de disolución*", cuestión que, "*al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión, es el acreedor que ejercita esta acción de responsabilidad quien debe probar la concurrencia de la causa de disolución y desde cuándo concurre*".

Sin embargo, ello no implica que no pueda aplicarse una presunción de segundo orden, en este caso, de concurrencia de la causa de disolución por pérdidas (artículo 363.1.e de la Ley de Sociedades de Capital), "*cuando la sociedad no tenga depositadas las cuentas en el Registro Mercantil, y existan indicios de que se encuentra en esa situación de pérdidas, por ejemplo por el cierre de facto o por el impago generalizado de créditos, en esos casos cabe presumir la concurrencia de la causa de disolución*".

Por ello, aunque recalca su doctrina precedente (p. ej., sentencia núm. 652/2021, de 29 de septiembre), según la cual la falta de depósito de las cuentas no es causa legal de disolución ni determina *ipso iure* la responsabilidad solidaria de los administradores, considera que esa dificultad probatoria del *sí* y el *cuándo* de la causa de disolución puede verse suplida por una inversión de la carga de la prueba, que opera ante la falta de depósito de las cuentas anuales, debiendo ser "*el demandado el que soporte la necesidad de acreditar la ausencia de concurrencia de la situación de desbalance*", toda vez que la falta de depósito "*genera la apariencia de una voluntad de ocultación de la situación de insolvencia*". Es así que, aplicando el juego combinado de ambas presunciones no desvirtuadas, considera procedente la condena solidaria de los administradores al pago de la deuda social reclamada.

La iniciación de un procedimiento administrativo frente a una Administración pública no puede considerarse interruptiva de la prescripción a los efectos de la interposición de una ulterior demanda de juicio ordinario frente a una sociedad mercantil de capital público al no serle a esta de aplicación el régimen de solidaridad propia previsto en el artículo 140 de la Ley 30/1992 (actual artículo 33 de la Ley 40/2015) y no operar, por tanto, la previsión del párrafo segundo del artículo 1974 del Código Civil

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

En el supuesto que aquí se analiza, un ayuntamiento sufre un menoscabo patrimonial como consecuencia de la rotura de una tubería. Para tratar de resarcirse, inicia frente a la confederación hidrográfica titular de la tubería un procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial que termina de forma desfavorable a sus intereses y, posteriormente, un procedimiento contencioso-administrativo con idéntico resultado desestimatorio.

Concluidos los anteriores procedimientos, la corporación municipal interpone demanda de juicio ordinario frente a la sociedad mercantil de capital público encargada del mantenimiento de la tubería en ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual.

El principal punto de discusión en este procedimiento gira en torno a la consideración de la mercantil demandada como de Administración pública y su sujeción o no al ámbito de aplicación del artículo 140 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pública y del Procedimiento Administrativo Común (actual artículo 33 de la Ley 40/2015), pues, si fuera así, y se considerara que existe una situación de solidaridad propia en la responsabilidad concurrente de esa sociedad y la confederación hidrográfica, la reclamación inicialmente efectuada frente al organismo habría interrumpido el plazo de prescripción del artículo 1968 del Código Civil. Ello en la medida en que el requisito general de identidad del sujeto pasivo a los efectos de la interrup-

ción de la prescripción cede en los casos de las obligaciones solidarias *ex* artículo 1974 del Código Civil, que establece que "*la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores*".

La Sala Primera del Tribunal Supremo, tras analizar el régimen jurídico del sector público español, concluye que las sociedades mercantiles de capital público como la demandada tienen personalidad jurídica propia e independiente de la Administración pública titular de su capital y se rigen íntegramente por el ordenamiento jurídico privado. En consecuencia, al no resultar de aplicación la previsión de responsabilidad solidaria entre Administraciones públicas del artículo 140 de la Ley 30/1992, no cabe atribuir efecto interruptivo de la prescripción a las reclamaciones judiciales o extrajudiciales promovidas en un inicio contra la confederación hidrográfica, debiendo considerarse prescrita la acción ejercitada.

La concurrencia de las condiciones para poder ser clasificado como cliente profesional, aunque no exime a las entidades financieras de los deberes de información que impone la Ley del Mercado de Valores en la prestación de servicios de inversión, sí puede ser tomada en consideración en el análisis de la excusabilidad de un eventual error en la contratación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de diciembre de 2023

El Tribunal Supremo analiza un supuesto en el que se ejercitaba una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento en la contratación de unos *swaps* por una sociedad cuyo principal accionista, que intervino directamente en las negociaciones, reunía los requisitos del artículo 78 bis.3 C de la Ley del Mercado de Valores para ser considerado cliente profesional, sin que, sin embargo, fuera clasificado formalmente como tal por el banco demandado.

Recuerda la Excma. Sala que, aunque el carácter de inversor profesional no exime a las entidades financieras de los deberes de información que impone la Ley del Mercado de Valores en la prestación de servicios de inversión, sí puede tomarse en consideración para valorar la concreta información que debe suministrarse, cuestión que influirá al enjuiciar el requisito de excusabilidad del error.

Continúa apuntando, a este respecto, que la jurisprudencia sobre la excusabilidad del error en la contratación de productos financieros complejos está basada en la necesidad de compensar la asimetría informativa existente entre las partes y no puede mantenerse con la misma intensidad cuando, como en este caso, (i) el principal accionista de la sociedad contratante de los *swaps*, que intervino de forma activa en su contratación, reúne de forma objetiva las condiciones económicas para su clasificación como cliente profesional, con las presunciones que ello conlleva; y (ii) existe un asesoramiento de un importante despacho profesional al que no podía pasar inadvertida la existencia de los *swaps*, sus características y sus consecuencias económicas.

Así, el Tribunal Supremo concluye que en supuestos como este no puede estimarse excusable el error respecto del coste de cancelación anticipada de las coberturas de los *swaps*, puesto que, con el empleo de la diligencia que era exigible en esas circunstancias (asesoramiento interno y

externo, recursos disponibles y duración de las negociaciones), podría haberse conocido lo que al contratar se ignoraba (que la cancelación anticipada podría tener un coste elevado).

El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo confirma que, en caso de cesión de créditos usurarios, resulta justificada la demanda frente al cedente al mismo tiempo que frente al cesionario para garantizar un eventual derecho a la devolución de la diferencia a favor del prestatario

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 2024

La sentencia aborda un caso relacionado con un préstamo *online* y la cesión del crédito del prestamista a un tercero cesionario. La prestataria interpone demanda de nulidad del contrato por usura.

El Alto Tribunal recuerda que la nulidad del contrato afecta tanto al cesionario como al cedente y que la novación no subsana la nulidad del contrato, pero la cesión puede ser nula si deriva de un contrato nulo.

Si la cesionaria hubiera exigido el pago del crédito a la prestataria, esta última podría haberse opuesto alegando la nulidad del préstamo por usura. No obstante, de prosperar esta objeción, solo se habría reducido la cantidad reclamada al importe pendiente de pago, después de deducir la devolución del principal ya abonado.

En este caso, la controversia no se planteó así, sino que fue la prestataria quien interpuso demanda de nulidad del contrato de préstamo por usura. La nulidad implica que solo se adeuda el principal, sin obligación de pago de intereses, permitiendo que todo lo abonado se impute a la devolución del principal. En esta situación, si la diferencia entre el principal prestado y el importe total pagado favoreciera al prestamista, este tendría derecho a reclamar formalmente el pago de esa diferencia. En caso contrario, sería la prestataria la legitimada para reclamar la diferencia a su favor.

En este caso, la falta de comunicación de la cesión a la prestataria hace que los pagos realizados por esta sean válidos y produzcan efectos liberatorios. Si la cesionaria hubiera reclamado el crédito, la prestataria podría haber alegado la nulidad por usura. Sin embargo, al ser la prestataria quien busca la nulidad, se justifica la demanda contra el cedente para garantizar el derecho a la devolución de la diferencia a favor de la prestataria.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por tanto, reconoce la legitimación pasiva de la cedente para soportar la acción de nulidad del contrato de préstamo por usura. La sentencia considera que, aunque la nulidad del contrato de préstamo por su carácter usurario puede hacerse valer por la prestatario frente al cesionario sin necesidad de que sea demandado al mismo tiempo el cedente, puede estar justificada la demanda frente al cedente si con ello se pretende garantizar un eventual derecho a la devolución de la diferencia, a favor de la prestataria, entre el principal del préstamo y lo que se ha pagado por la prestataria por todos los conceptos.

El Tribunal Supremo analiza el alcance de la prórroga extraordinaria del artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020 y su aplicación a los contratos no solo en situación de prórroga obligatoria o tácita, sino también a los directamente pactados por los tres años de duración mínima legal

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

En esta sentencia, el Tribunal Supremo analiza la posibilidad de aplicación de la prórroga extraordinaria máxima de seis meses prevista en el artículo 2 del 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, a un contrato de arrendamiento que, si bien finalizaba dentro del estado de alarma, en lugar de hallarse formalmente, y como dispone este artículo, en "*el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1*", ambos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se pactó directamente por una duración coincidente con el mínimo legal de tres años.

Como es sabido, la duración de los contratos de arrendamiento para uso de vivienda es la pactada por las partes, pudiendo prorrogarse a voluntad del arrendatario, de acuerdo con el artículo 9.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, hasta los tres años. En este caso, sin embargo, se convino desde un inicio que la duración del contrato fuera la de los tres años previstos en la Ley.

En este sentido, y tras distinguir el supuesto enjuiciado del que fue objeto de la sentencia de 4 de octubre de 2022, en la que se analizaban los requisitos de aplicabilidad de la prórroga del artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, la Excma. Sala concluye que la interpretación del precepto que efectúan tanto el Juzgado de Instancia como la Audiencia Provincial, y que otorga un distinto tratamiento al arrendatario que, por prórroga legal, disfrutó de la vivienda hasta los tres años fijados en el artículo 9.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, frente al que pactó desde el principio, como duración del contrato, ese mínimo legal carece de sentido "*salvo que sea una estricta y poco consistente interpretación literal de la norma, contraria a su lógica, espíritu y finalidad*". Todo ello le lleva a asumir la instancia y desestimar la demanda de desahucio interpuesta.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la eficacia de la cosa juzgada material del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la preclusión de las alegaciones del artículo 400 del mismo texto legal, en un supuesto de litigación bancaria

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de diciembre de 2023

En este caso, se interpone recurso de infracción procesal por vulneración de la doctrina jurisprudencial sentada en materia de cosa juzgada y preclusión de alegaciones de hecho y de fundamentos jurídicos. En el procedimiento se ejercitaba, con carácter principal, una acción de nulidad absoluta de un *swap* por ilicitud de la causa, y, subsidiariamente, una acción de indemnización de daños y perjuicios.

El banco se defendió excepcionando, tanto en instancia como en apelación, el efecto de la cosa juzgada de la sentencia firme que desestimó la primera demanda interpuesta por los mismos demandantes en ejercicio de una acción de resolución contractual y de indemnización de daños y perjuicios, por el juego conjunto de los artículos 222 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Sala Primera del Tribunal Supremo entiende, contrariamente al criterio mantenido tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial que, aunque las pretensiones interesadas —por la misma parte— en los dos procedimientos son conceptualmente distintas (resolución *ex* artículo 1124 del Código Civil y responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones contractuales *ex* artículo 1101 del Código Civil), la excepción procesal de cosa juzgada planteada debe prosperar. Ello en la medida en que la pretensión de condena que se hizo valer en el segundo procedimiento era idéntica a la solicitada en el primero (una cantidad equivalente al importe de los saldos negativos de las liquidaciones de los *swaps*, más los intereses legales): se basaba en los mismos hechos que la del primer procedimiento y los fundamentos jurídicos que se alegaron pudieron haberse interesado en el primer procedimiento. Así, lo determinante es el alcance que pudo tener la pretensión de condena del primer procedimiento: cuando se interpuso la primera demanda, la pretensión de condena (que fue coincidente en ambos procedimientos) pudo haberse fundamentado no solo en el artículo 1124 del Código Civil, sino también en el 1101 del mismo texto legal.

Concluye así señalando que los efectos negativos de la institución de la cosa juzgada material deben extenderse a la preclusión de hechos y fundamentos jurídicos, de tal manera que no puedan ejercitarse posteriores acciones basadas en hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que lo que se solicitó anteriormente (*ex* artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *in fine*), y tampoco cuando tales fundamentos pudieron ser esgrimidos en la primera demanda (*ex* artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Todo ello, con el fin de preservar la finalidad de la cosa juzgada: evitar que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente.

El Tribunal Supremo resuelve que la nulidad matrimonial no caduca en el marco de una acción instada por los hijos de uno de los cónyuges que padecía alzhéimer

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 2024

Tras instar los hijos la modificación judicial de la capacidad de su padre, diagnosticado de alzhéimer dos años antes, el padre contrae matrimonio con otra mujer y otorga testamento unos días después, en el que instituye a su esposa heredera, con sustitución a favor de los descendientes de ella en caso de premoriencia, y atribuyendo a sus hijos la legítima. Unos meses más tarde, se declara la modificación de la capacidad de obrar del padre y se nombra a su nueva esposa como tutora.

Los referidos hijos interponen una demanda para instar la nulidad del matrimonio, sobre la base de los artículos 45 y 73 del Código Civil, alegando la falta de capacidad del padre para prestar consentimiento matrimonial.

El procedimiento llega al Tribunal Supremo, que se pronuncia primeramente concluyendo que las personas legitimadas para impugnar la validez de un matrimonio (entre los que se encuentran los recurrentes, por ostentar un interés directo y legítimo) lo pueden hacer sin estar sometidas a plazo de caducidad alguno, por lo que en este caso no resulta de aplicación el artículo 1301 del Código Civil, sino el específico para la nulidad matrimonial (artículo 73 del Código Civil).

Tras la estimación de este primer motivo, el Alto Tribunal asume la instancia y desestima el recurso de apelación. Para ello, parte del derecho a contraer matrimonio, reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, siendo requisito imprescindible que la persona goce de capacidad para consentir el matrimonio y comprender el sentido y efecto de su decisión.

Así pues, si bien entiende que ni el estar incapacitado conforme a la normativa entonces vigente ni el padecer una enfermedad mental excluirían por sí mismos la aptitud para celebrar matrimonio, los diversos dictámenes médicos realizados al padre (tanto con anterioridad como con posterioridad a la celebración del matrimonio) acreditan que, del mismo modo que no estaba en condiciones de otorgar testamento, este no pudo emitir consentimiento matrimonial, puesto que su falta de independencia personal y de conciencia de las relaciones afectivas reflejaban una evidente falta de capacidad natural para comprender el sentido del compromiso matrimonial y sus consecuencias, por lo que debía declararse la nulidad del matrimonio. En virtud de todo ello, se desestima el recurso de apelación interpuesto por la nueva esposa y se confirma la sentencia de primera instancia.

El Tribunal Supremo concluye que la viuda legataria carece de legitimación activa para instar la liquidación de la sociedad de gananciales de su esposo fallecido con una primera esposa sin traer al procedimiento a las hijas herederas del primer matrimonio

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

El Tribunal Supremo entiende que —dado que el testador dispuso un legado del usufructo vitalicio sobre una vivienda concreta en pago de la legítima de la viuda— la demandante, si bien ostenta la condición de legitimaria con derecho al usufructo, no forma parte de la comunidad hereditaria. Por ello, la Excma. Sala razona que el beneficiario de la disposición testamentaria de un bien ganancial no está legitimado para promover la liquidación de la sociedad de gananciales, sino que podría exigir, en su caso, que la excónyuge y las hijas herederas del causante procedieran a la liquidación, lo que, de no hacerse voluntariamente, podría llevarse a cabo en ejecución de la sentencia que las condenara a ello. Así, la viuda debió haber requerido a las hijas herederas para que cumplieran con su obligación de entrega del legado, siendo ellas las que en su caso hubieran podido objetar, entre otras circunstancias, bien el daño a su legítima, bien el carácter ganancial de la vivienda y la falta de liquidación.

En conclusión, el Tribunal Supremo concluye que la actora debió dirigirse contra las herederas y la exesposa para solicitar de las primeras la condena a la entrega del legado deferido por el causante en forma específica, interesando en su caso la práctica de las operaciones particionales que le permitieran verificar la cobertura de su derecho legitimario.

El Tribunal Supremo decide sobre la procedencia de incluir en el activo del inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales los rendimientos correspondientes a una comunidad de bienes creada contractualmente en documento privado por el esposo a partes iguales con un tercero para realizar una actividad empresarial

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2024

La Audiencia Provincial, aceptando la pretensión de la esposa, había incluido en el activo de la sociedad de gananciales la mitad del valor de la comunidad de bienes constituida por el marido con un tercero como forma de explotación de una actividad empresarial. De esta forma, la Sala había considerado aplicable el art. 1347.5.º del Código Civil, conforme al cual son gananciales "*las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes*".

Asimismo, la Audiencia Provincial, para dar respuesta a la petición de la esposa de incluir los rendimientos empresariales obtenidos —la mitad, por ser esa la participación del marido en la empresa que funciona bajo la forma de comunidad de bienes con un tercero— y a la oposición del marido en el sentido de que se descontaran las deudas y la retribución que hubiera podido corresponder, considera que lo que procede es atender a la valoración de la comunidad de bienes en el momento del divorcio, con lo que se da satisfacción a ambas partes. En cambio, rechazó la pretensión de la esposa de que se incluyeran los rendimientos del negocio obtenidos hasta la liquidación. La exesposa interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

Pues bien, nuestro Alto Tribunal concluye que, aunque para la valoración ha de estarse al momento de la liquidación, respecto de los rendimientos producidos por los bienes gananciales después de la disolución ha de estarse a los rendimientos netos. Cuestión distinta también es que, para el supuesto de que uno de los exesposos haya dedicado su trabajo personal, tenga derecho a detraer de los rendimientos obtenidos la retribución que hubiese podido corresponderle como si de un trabajador se tratara, tal y como en el caso solicitó el marido en su escrito de oposición al recurso de apelación con remisión al convenio colectivo aplicable.

El Tribunal Supremo asume la instancia, de forma que estima la apelación de la esposa y la oposición planteada de manera subsidiaria en el escrito de impugnación del esposo, y dispone que procede incluir en el activo la mitad de los rendimientos netos de la empresa constituida por el esposo con un tercero hasta la liquidación, pero no las retribuciones correspondientes al trabajo personal del esposo, privativas desde el día en que se disolvió la sociedad de gananciales y cuya valoración se ha de hacer en la liquidación.

El Tribunal Supremo concluye que no puede atribuirse carácter ganancial a la mitad indivisa de unos inmuebles que habían sido adquiridos por el padre de uno de los cónyuges mediante contrato privado de compraventa y posteriormente transmitidos exclusivamente a favor del hijo mediante escritura pública, sin que conste la voluntad de que los recibiera también la esposa ni la voluntad común de ambos cónyuges de atribuir carácter ganancial a los bienes

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2024

La Sala Primera del Tribunal Supremo considera relevante el hecho de que las cuotas de los inmuebles fueran adquiridas por el padre del cónyuge, quien posteriormente las transmitió a favor de sus hijos sin contraprestación alguna, lo que implica que tengan carácter privativo (artículo 1346.2.º del Código Civil), sin que la mención en la escritura pública de que los inmuebles se adquirían para la sociedad conyugal sea suficiente para alterar su carácter privativo.

Añade la Excma. Sala que no resulta de aplicación el artículo 1355 del Código Civil —que determinaría que el bien ingresara directamente en el patrimonio ganancial—, ya que este precepto exige el común acuerdo de los cónyuges, que debe ser probado por el cónyuge no adquirente en este caso.

En definitiva, la Excma. Sala concluye que no puede atribuirse carácter ganancial a los inmuebles litigiosos porque fueron adquiridos por el padre del cónyuge y posteriormente transmitidos exclusivamente a favor de él y sus hermanos, sin que conste la voluntad de que los recibiera también la esposa; y porque tampoco consta una voluntad común de los esposos, al amparo de la autonomía de la voluntad que rige en materia de régimen económico matrimonial, de atribuir carácter ganancial a los bienes (artículo 1355 del Código Civil), sin que la sola manifestación del marido de adquirir para la sociedad de gananciales cambie la naturaleza privativa del bien.

Concursal. La administración concursal solicita la rescisión de una compensación. El Tribunal Supremo entiende que no ha existido propiamente una compensación a tenor de la cual la concursada hubiera dispuesto de un derecho de contenido patrimonial frente a su administradora

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de enero de 2024

En el caso de autos, la administración concursal interpuso demanda de incidente concursal en ejercicio de una acción de reintegración contra la mercantil concursada y su administradora. En concreto, la sociedad concursada tenía un acuerdo con una aerolínea por el que insertaba publicidad en sus productos, y la aerolínea se comprometía, a cambio, a expedir billetes de avión a favor de la administradora de la concursada cuando esta lo solicitase. La administradora hizo uso de billetes de avión por un importe total de 56.573,46 euros. Este montante fue compensado con una deuda que la sociedad concursada tenía con su administradora.

La administración concursal solicitó la rescisión concursal de la compensación, petición que fue acogida por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid. Sin embargo, la Sección 28.ª de la

Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso que interpusieron la concursada y su administradora frente a la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, absolvió a las demandadas.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid fue recurrida por la administración concursal, quien alegó, en esencia, que se habría producido una infracción del artículo 58 de la Ley Concursal, dado que la compensación efectuada debía quedar afectada por la prohibición general de compensación en el concurso de acreedores, y del artículo 71.3.1.º de la Ley Concursal, puesto que la referida compensación era un acto de disposición a título oneroso realizado antes de la declaración del concurso y a favor de una persona especialmente relacionada con el deudor, por lo que se debía presumir el perjuicio para la masa activa del concurso.

El Tribunal Supremo, tras entrar a analizar los argumentos expuestos por la administración concursal, desestima el recurso sobre la base de los siguientes razonamientos:

i. El primer lugar, la prohibición de compensación a la que hace referencia el artículo 58 de la Ley Concursal no resulta de aplicación en este caso, dado que se refiere a compensaciones realizadas después del concurso, mientras que en este caso la compensación tuvo lugar antes del concurso.

ii. En relación con la supuesta infracción del artículo 71.3.1.º de la Ley Concursal, el Tribunal Supremo comienza señalando que una compensación realizada por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso se puede considerar un acto de disposición patrimonial susceptible de rescisión concursal cuando se cumpla el requisito de que suponga un perjuicio para la masa activa del concurso.

iii. Sin embargo, en este caso en particular la Sala entiende que no ha existido propiamente una compensación en tanto en cuanto la compensación presupone que las partes sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra por derecho propio —lo que en este caso no sucede, dado que el derecho que ostenta la concursada es frente a la aerolínea, no frente a su administradora—, y, además, las dos deudas no eran de la misma naturaleza.

iv. En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que la sociedad concursada realmente no tenía un derecho de crédito frente a la aerolínea, sino un derecho a que la aerolínea otorgara billetes a favor de su administradora, sin que fuera posible reclamar el importe de los billetes que no se hubiesen llegado a emitir en dinero una vez finalizado el acuerdo entre la aerolínea y la concursada. Por tanto, difícilmente cabe entender que en este caso ha existido un acto de disposición de contenido patrimonial que minorara la que posteriormente sería la masa activa del concurso.

Concursal. El Tribunal Supremo confirma la posibilidad de instar acciones de reintegración en caso de reapertura del concurso de acreedores, aun cuando inicialmente la administración concursal hubiese considerado que no existían actos susceptibles de impugnación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2024

La sentencia analiza la posibilidad de ejercitar acciones de reintegración tras la reapertura de concurso en el supuesto de que la administración concursal ya hubiese afirmado, con anterioridad a la conclusión del concurso, la inexistencia de acciones de reintegración viables.

En el caso enjuiciado se había acordado la conclusión del concurso por insuficiencia de masa después de que la administración concursal hubiese manifestado en la solicitud de conclusión que no existían acciones de reintegración pendientes de ejercicio.

En ese contexto, un acreedor solicitó la reapertura del concurso por la existencia de activos sobrevenidos y por la posibilidad de ejercicio de acciones de reintegración. Tras acordarse la reapertura por el Juzgado, la administración concursal interpuso una demanda ejercitando una acción rescisoria.

La demanda fue estimada en primera instancia y la sentencia fue confirmada por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Los demandados recurrieron en casación la sentencia argumentando que, tras la reapertura del concurso, la administración concursal únicamente puede promover acciones rescisorias respecto de situaciones que no se hubieran puesto de manifiesto durante el concurso —antes de su conclusión— o que se produjeron con posterioridad a la conclusión, pero no respecto de "*situaciones conocidas, analizadas y descartadas por la administración concursal durante el concurso*".

El Ato Tribunal desestima el recurso de casación, a la vista de que, si bien "*puede resultar un tanto extraño*" que la misma administración concursal que afirmó la inexistencia de acciones viables de reintegración sea quien inste la reintegración tras la reapertura del concurso, "*esa inicial extrañeza no supone una imposibilidad*". Tras la solicitud de reapertura del concurso instada por un acreedor, el administrador concursal está legitimado para instar las acciones de reintegración que en otro tiempo pudo y decidió no ejercitar.

Concursal. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo establece cuál es el *dies a quo* de la acción de responsabilidad de los administradores concursales cuando no se respeta el orden de pagos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de enero de 2024

En esta sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el *dies a quo* para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de los administradores concursales del entonces vigente artículo 36.6 de la Ley Concursal respecto de una demanda interpuesta por un acreedor no concursal —contra la masa— que alegaba que la infracción por la administración concursal de las normas sobre el

orden de pago de créditos contra la masa del artículo 176.2 de la Ley Concursal habría frustrado el cobro de su crédito.

En contra del criterio de la Audiencia Provincial, que consideró la comunicación de insuficiencia de masa activa para hacer frente a los créditos contra la masa del artículo 176.2 de la Ley Concursal como el *dies a quo* para el ejercicio de la acción, el Tribunal Supremo considera que, en este supuesto, el *dies a quo* para el ejercicio de la acción del artículo 36.6 de la Ley Concursal no se produce hasta que el acreedor contra la masa tiene certeza de que su crédito quedará impagado y en qué medida, lo que, según la Sala, aflorará con claridad cuando acaben las operaciones de liquidación de los activos y no haya expectativa de reintegración de activos a la masa que puedan servir para pagar su crédito.

Adicionalmente, el Tribunal Supremo rechaza las alegaciones de los administradores concursales demandados sobre el comienzo del cómputo del plazo de prescripción desde el momento en que se produjo su cese. Como afirma la sentencia, bajo la normativa aplicable, en atención a cuándo se produjeron los hechos, el cese en el cargo del administrador concursal no constituía un criterio legal para el comienzo del cómputo del plazo de prescripción —como sí lo constituye ahora *ex* art. 98.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal—.

Por último, la sentencia del Alto Tribunal considera *obiter dicta* que el plazo de prescripción fijado por el artículo 98.2 Texto Refundido de la Ley Concursal podría llegar a considerarse una extralimitación *ultra vires* del refundidor.

Concursal. La interrupción de la prescripción del art. 60.1 de la Ley Concursal solamente alcanza a las acciones de los acreedores contra el concursado, pero no al contrario

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de enero de 2024

La sentencia examinada resuelve un recurso de casación frente a una sentencia que, aplicando el artículo 60.1 de la Ley Concursal, había considerado que la declaración del concurso interrumpió la prescripción de una acción por la que la concursada reclamaba a un tercero las rentas de un contrato de arrendamiento formalizado con la concursada.

La sentencia estima el recurso de casación al concluir que, como se desprende de la literalidad del artículo 60.1 de la Ley Concursal, la interrupción de la prescripción solo opera respecto de las acciones que los acreedores tienen frente a la concursada para reclamar sus créditos, pero no respecto de las acciones que la concursada tiene frente terceros. Como concluye el Alto Tribunal, esa interpretación es plenamente coherente con la finalidad del precepto, que es favorecer la posición jurídica de los acreedores del concursado como contrapartida a las restricciones que conlleva su integración en la masa pasiva.

Concursal. El Tribunal resuelve sobre la responsabilidad de un administrador por no convocar la junta para la disolución de la sociedad, pese a que esta se encontraba en causa de disolución desde 2018, con independencia de que la sociedad se encontrara cumpliendo un convenio concursal. Como resultado, se revoca la decisión de instancia y se condena al administrador a pagar una deuda contraída con un acreedor

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 14 de noviembre

La sentencia resuelve un recurso de apelación presentado por un acreedor de la sociedad que había ejercitado frente a su administrador una acción de responsabilidad por deudas del artículo 367 Ley de Sociedades de Capital, por el incumplimiento del deber de convocar la junta para acordar la disolución de la sociedad tras el transcurso del plazo de dos meses desde que la sociedad incurrió en causa de disolución por pérdidas cualificadas.

La Audiencia Provincial de Barcelona estima el recurso del acreedor demandante y concluye que la responsabilidad del administrador, conforme al artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta aplicable a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, aunque esa causa de disolución se haya producido cuando la sociedad se encuentre en fase de cumplimiento de un convenio concursal.

La decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona supone una interpretación del alcance de la responsabilidad de los administradores en el contexto de las obligaciones nacidas tras la declaración de un concurso y la aprobación de un convenio, durante la fase de cumplimiento y antes de la declaración de imposibilidad de cumplimiento y conclusión por falta de masa activa. La sentencia enfatiza la responsabilidad de los administradores por deudas posteriores a la causa de disolución, subrayando la importancia de cumplir con las obligaciones legales para evitar incurrir en responsabilidad personal.

Concursal. El régimen especial de pymes de los artículos 682 a 684 del TRLC no resulta de aplicación si la sociedad que comunica la apertura de negociaciones pertenece a un grupo internacional obligado a consolidar, aunque sea de acuerdo a normativa extranjera. La extensión de los efectos de la comunicación a terceros garantes solo puede realizarse respecto de los créditos titularidad de las sociedades solicitantes de la comunicación

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 14 de Madrid, de 11 de enero de 2024

El auto resuelve el recurso de revisión interpuesto por un acreedor frente al decreto por el que se admite a trámite la comunicación de insolvencia y de inicio de negociaciones efectuada conjuntamente por dos deudoras al amparo de los artículos 583 a 595 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que consideró aplicable el régimen especial de pymes y extendió los efectos de la comunicación a determinadas garantías de terceros.

En el recurso resuelto por el Juzgado se alegó la indebida aplicación del régimen especial de pymes de los artículos 682 a 684 del Texto Refundido de la Ley Concursal, debido a que formarían

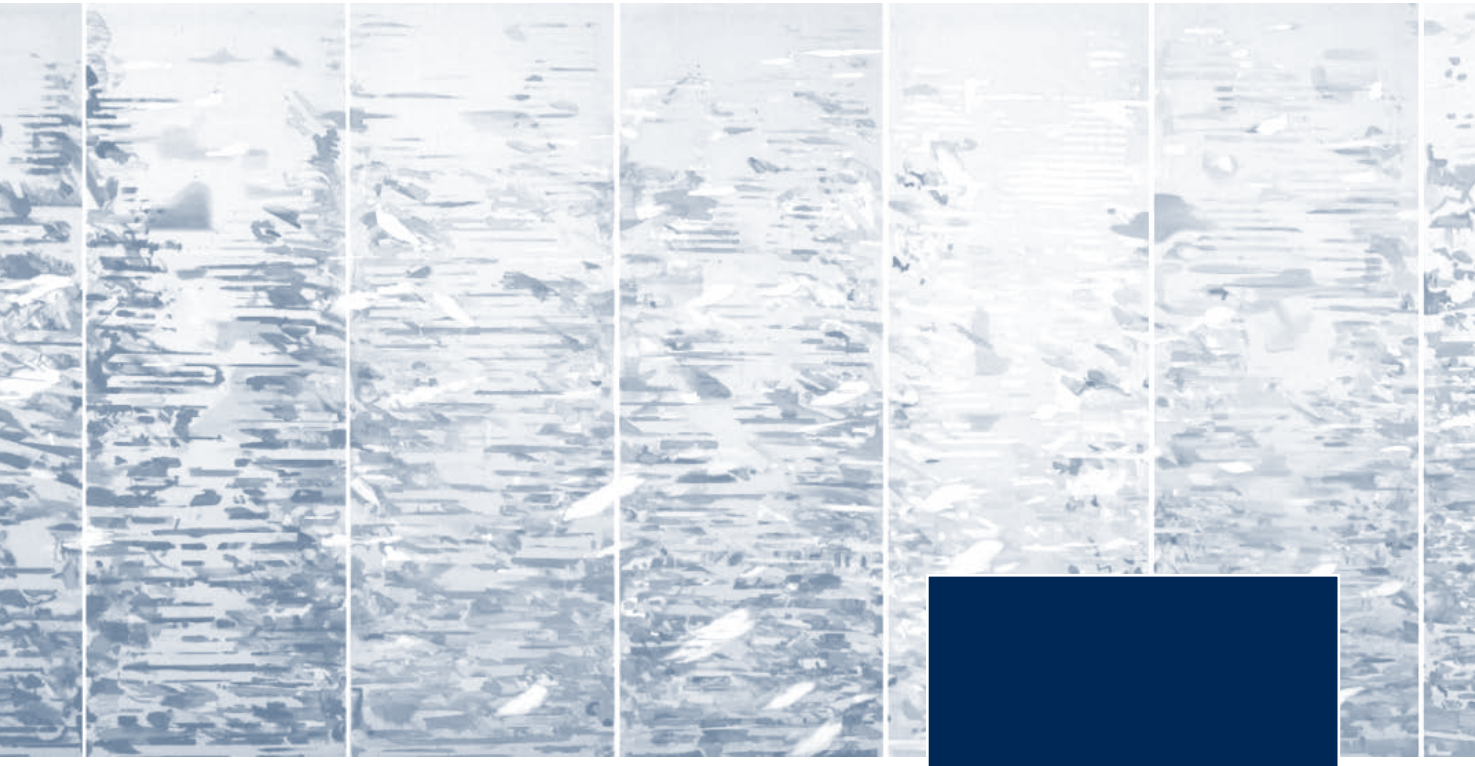
parte de un grupo de sociedades obligado a consolidar en Francia, y la indebida afectación de garantías otorgadas por terceros, por cuanto no se habría acreditado que su ejecución conllevase un riesgo de insolvencia. Y, además, se incluyen un conjunto de garantías de terceros, que no entrarían dentro del ámbito del artículo 596.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal, con el único fin de aumentar artificialmente el importe de la deuda.

Las deudoras impugnaron el recurso alegando, en relación con el régimen especial de pymes, que la normativa francesa no resulta de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, sin que exista así obligación de consolidar en España, por lo que es indiferente la pertenencia a un grupo internacional con obligación de consolidar en otro país. Respecto a la extensión de las garantías, sostienen que su ejecución conllevaría la insolvencia de los garantes, aportando dos dictámenes que acreditarían este extremo.

El Juzgado concluye que, aunque se cumplen los requisitos legales del artículo 682.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal para considerar aplicable el régimen especial de pymes, no resultaría aplicable al caso concreto por cuanto las deudoras pertenecen a un grupo de consolidación a efectos contables según la normativa francesa. Y, además, no se ha desacreditado que la sociedad con obligación de consolidar no ejerza un control sobre las deudoras o que estén efectivamente integradas en el grupo de consolidación. Resulta en todo caso indiferente y, por ende, contrario a la finalidad del precepto que la obligación de consolidar provenga de la normativa española o de la de otro Estado.

Por último, respecto de la extensión de los efectos de la comunicación a las garantías de terceros, el Juzgado concluye que parte de las garantías no quedan amparadas por el régimen extraordinario establecido en el artículo 596 del Texto Refundido de la Ley Concursal, bien por haber sido otorgadas por las propias deudoras —siendo aplicable por tanto la prohibición legal de iniciar ejecuciones—, bien porque los deudores principales no son las deudoras, sino otras sociedades del grupo que no pueden verse beneficiadas por los efectos de la comunicación. Con respecto de las garantías que sí resultan aplicables, el Juzgado constata que no se ha acreditado que su ejecución ocasionaría la insolvencia de los garantes, aportándose solo dos dictámenes de parte que no están respaldados por las cuentas anuales.

9 de marzo de 2024



Procesal Penal

Procesal Penal*

9 de marzo de 2024

1. Jurisprudencia

[España]

El Tribunal Supremo absuelve del delito de apropiación indebida a la administradora y socia única de dos sociedades que aprovechó esta posición para transferir fondos a una de las sociedades en perjuicio de la otra. Se trata de un supuesto de "auto-apropiación indebida" que no tiene cabida en el tipo penal, como tampoco la tendrían la "auto-estafa" ni el "auto-hurto", por aplicación *in bonam partem* de la doctrina del levantamiento del velo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 20 de diciembre de 2023

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. Llarena Conde) estima parcialmente el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1.ª) de 30 de junio de 2021, que condenaba a la recurrente por un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de apropiación indebida agravada por el valor de la defraudación. Los hechos probados se refieren a la actuación de la administradora y socia única de dos sociedades que aprovechó esta posición para transferir fondos a una sociedad en perjuicio de la otra, consciente de que los pagos no respondían a ningún servicio real y de que, con ello, generaba un perjuicio económico para la sociedad despatrimonializada.

La acusada impugnó la condena alegando, entre otras cuestiones, que el delito de apropiación indebida no podía ser perpetrado por un administrador societario que es a la vez socio único de la sociedad perjudicada por la transferencia de fondos. El Tribunal Supremo estima este motivo de casación y considera que, para completar el tipo objetivo del delito de apropiación indebida de dinero, deben probarse los siguientes elementos: (i) que el autor reciba el dinero en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; (ii) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo, en cuanto que excede las facultades conferidas

* Esta sección ha sido coordinada por Patricia Leandro, y en su elaboración han participado Marta Pantaleón Díaz, Cristina Rodríguez Fuentes, Alberto Schoch Aparicio y Clara Irina Torrente Belío, del Área de Derecho Penal de los Negocios e Investigaciones Internas de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado; y (iii) que, como consecuencia de este acto, se cause un perjuicio en el sujeto pasivo.

Es decir, es un delito contra el patrimonio que exige un quebranto en la confianza de quien entregó el dinero, lo que en este caso no se daba porque la persona que sustrajo el dinero es la misma de la que se sustrajo. El Tribunal entiende que, a pesar de que las sociedades mercantiles tienen distinta personalidad jurídica entre sí y en relación con sus socios, mantener a ultranza la autonomía de la personalidad jurídica frente a la de las personas físicas titulares es contrario a los principios de lesividad e *in dubio pro reo*. Se trata de un supuesto de "*auto-apropiación indebida*" que no tiene cabida en el tipo penal, como tampoco la tendrían la "*auto-estafa*" ni el "*auto-hurto*".

Esta modulación de la personalidad jurídica en el ámbito penal se ajusta a la *doctrina del levantamiento del velo*. Si la teoría del levantamiento del velo se puede aplicar en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, con más razón debe aplicarse para interpretar *in bonam partem* que los intereses de la sociedad son los mismos que los de sus socios. La Sala remite a la jurisprudencia que viene aplicando la excusa absolutoria del artículo 268 CP cuando la perjudicada por un delito patrimonial es una sociedad que pertenece a una persona unida por vínculo fraternal (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 94/2023, de 14 de febrero), así como a la jurisprudencia que ha moderado la multa que se impone a las personas jurídicas y sus administradores por el mismo delito (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia n.º 747/2022, de 27 de julio). En consecuencia, el Tribunal Supremo estima el motivo de casación y absuelve a la acusada del delito continuado de apropiación indebida por el que había sido condenada.

El Tribunal Supremo sitúa al tribunal penal como responsable y competente del cálculo de la cuota (líquida) tributaria. Igualmente, valida el método de estimación indirecta, como mecanismo subsidiario para su cálculo, que en todo caso deberá someterse a los requisitos y garantías propios de la prueba indiciaria. Por último, afirma, a efectos de la participación, que basta con la contribución consciente a un fraude cuya cuantía alcance el umbral de 120.000 euros, siendo irrelevante que la contribución causal individual del partícipe no alcance dicho umbral

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 21 de diciembre de 2023

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. Sánchez Melgar) resuelve por medio de esta resolución los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de 7 de julio de 2021, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 7.ª), por la que se condenaba a los acusados (ahora recurrentes) como autores o cooperadores necesarios de varios delitos contra la Hacienda Pública del tipo agravado, en concurso medial con un delito continuado de falsedad documental.

En síntesis, los hechos probados se refieren a la práctica concertada entre los socios y miembros del consejo de administración de una entidad y una serie de terceros para la emisión y presentación de facturas falsas, correspondientes a servicios que nunca fueron prestados. De esta forma se defraudaron el Impuesto de Sociedades y el IVA de la entidad correspondientes a los ejercicios 2006 y 2007, en cuantías siempre superiores a los 600.000 euros.

En primer lugar, el Tribunal reitera su jurisprudencia de acuerdo con la que el cálculo de la cuota tributaria defraudada corresponde únicamente al tribunal penal, que deberá tomar en cuenta la prueba practicada y las reglas legales de aplicación, sin que pueda simplemente acogerse de forma acrítica al resultado del informe presentado por el actuario correspondiente. Sobre esta base, el Alto Tribunal revoca la condena de los recurrentes por los delitos relativos al ejercicio 2007, respecto de los que la Audiencia Provincial de Madrid se había limitado a reproducir las conclusiones del informe de la Administración tributaria, sin valorarlas críticamente. En este sentido, se casa y anula parcialmente la sentencia de instancia.

Además, el Alto Tribunal valida el método de estimación indirecta de la cuota tributaria como medio idóneo a efectos de constatar la concurrencia del delito fiscal, si bien destaca la necesidad de someterlo a la observación de precauciones "*extremas*" para garantizar el derecho a la presunción de inocencia. En concreto, señala que este método de estimación tiene un carácter subsidiario y que solo resulta apropiado cuando la Administración no puede conocer los datos necesarios para calcular la base imponible. Se matiza, en todo caso, que lo que no puede ocurrir es que se utilice este método como medio para calcular "*artificialmente*" una cifra. Por ello, la determinación de cuota a través de este método debe someterse a los requisitos de validez de la prueba indiciaria.

Por último, la Excma. Sala de lo Penal considera irrelevante, a efectos de la participación, el que la contribución causal individual del partícipe no alcance, desde un punto de vista objetivo, el umbral de 120.000 euros establecido como condición objetiva de punibilidad del delito fiscal. Basta con que el partícipe sea consciente, al menos con dolo eventual, de que contribuye con sus actos a un fraude cuya cuantía acumulada alcanza dicho umbral.

El Tribunal Supremo fija el *dies a quo* del plazo de prescripción del delito de alzamiento de bienes inmuebles en el momento en que se otorga la escritura pública, acto que supone la transmisión efectiva de su propiedad. Considera, igualmente, que el traspaso de activos a una entidad parcialmente participada por el deudor constituye una dificultad seria y una dilación evidente de la ejecución, idónea para subsumirse en el tipo contenido en el artículo 257.1.2.ª del Código Penal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 18 de enero de 2024

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. Lamela Díaz) desestima los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 21.ª), de 22 de julio de 2021. El órgano *a quo* condenaba a los recurrentes, como autores de un delito de insolvencia punible previsto en el artículo 257.1.2.ª del Código Penal, conforme a la redacción otorgada por la Ley Orgánica 15/2003 ("*frustración de la ejecución*" conforme a la sistemática actual).

Sin ánimo de exhaustividad, los hechos probados recogen las aportaciones de varios inmuebles, realizadas por distintos socios de una entidad deudora de la Tesorería General de la Seguridad Social, a sociedades limitadas conformadas por ellos junto con sus esposas y parejas. Estas operaciones se realizaron con pleno conocimiento de la situación de "*descubierto total*" de la entidad deudora y siendo conscientes de la posibilidad de derivación de responsabilidad solidaria frente a

la Seguridad Social a sus socios y miembros del consejo de administración (esto es, a los propios acusados).

En este contexto, el Tribunal Supremo desestima los motivos de casación planteados por los recurrentes. Centrándonos en el plano sustantivo, el Tribunal considera, en primer lugar, que el *dies a quo* del plazo de prescripción debe situarse en el momento en que se otorgó la escritura pública por la que se transfirió la propiedad de los bienes inmueble (en contra del criterio de los recurrentes, que lo situaban en el instante en que se aprobó el acuerdo de ampliación de capital, en consecuencia del que se aportaron los inmuebles). Conforme a la legislación civil aplicable, esta *traditio* da lugar a la efectiva trasmisión del inmueble alzado y, por tanto, es el hito relevante que debe tomar en consideración el órgano judicial.

Seguidamente, se declaran concurrentes todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. De esta manera, conforme a la consolidada doctrina jurisprudencial expuesta en la resolución, se consideran probados los siguientes extremos: (i) la existencia previa de un crédito contra el sujeto activo del delito (la deuda solidaria frente a la Tesorería General de la Seguridad Social); (ii) la concurrencia de un elemento dinámico consistente en la destrucción u ocultación real o ficticia de los activos (la aportación de la titularidad indivisa de determinados inmuebles a otras sociedades constituidas con sus esposas o parejas); (iii) un resultado de insolvencia o disminución del patrimonio (real o aparente) que dilata, imposibilita o dificulta el cobro de lo debido (imposibilidad de ejecutar los inmuebles directamente); y (iv) un ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos.

En particular, el Tribunal Supremo recalca que la transmisión realizada constituye una dificultad seria y una dilación evidente de la ejecución, ya que impide la realización directa de los bienes y la somete a un arduo procedimiento previo de ejecución de las participaciones sociales. Por ello, el Alto Tribunal confirma íntegramente la resolución emitida por la Audiencia Provincial de Barcelona.

La calificación jurídica de los hechos, en relación con delitos que no son homogéneos, no puede ser modificada si las variaciones se comunican al acusado en un momento en el que ya no tiene la oportunidad de preparar su defensa eficazmente, conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 6 de febrero de 2024

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. del Moral García) desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de noviembre de 2021, que confirmaba la absolución del acusado por un delito de agresión sexual (según la redacción anterior del Código Penal). En los antecedentes de hecho se explica que, tras la absolución en primera instancia por el delito de agresión sexual, el Ministerio Fiscal solicitó en apelación que se modificara la calificación y se condenara al acusado por un delito de abuso sexual con prevalimiento. Alegaba que, al ser delitos homogéneos y el tipo de abuso menos grave que el de agresión, no se vulneraría el prin-

cipio acusatorio. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra desestimó el recurso, por lo que el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo también descarta esta argumentación al considerar que estos delitos no son homogéneos, ya que el abuso con prevalimiento exige probar el "*aprovechamiento*" de la víctima, lo cual no sucedió en este caso concreto, por lo que su apreciación vulneraría el principio acusatorio. Este principio, explica la Sala, que está íntimamente relacionado con el derecho a ser informado de la acusación y el ejercicio de la defensa, obliga al juez a pronunciarse en la sentencia dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y defensa. Por ejemplo, si se acusara por robo y se condenara por hurto, no se vulneraría este principio, en cuanto todos los elementos del hurto se contienen en la acusación por robo. En cambio, si se acusa por un delito fiscal del artículo 305 del Código Penal y se condena por un delito contable del artículo 310 del Código Penal, sí se vulnera el principio acusatorio, porque hay líneas de defensa eficaces frente al artículo 310 que carecerían de sentido frente a una acusación por el delito del artículo 305.

El Tribunal Supremo invoca la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de noviembre de 2023, que resuelve una cuestión prejudicial en relación con la Directiva 2012/13. El Tribunal de Justicia indica que, si bien la acusación admitida a trámite sí puede ser modificada con posterioridad en lo relativo a la calificación jurídica, las variaciones deben comunicarse al acusado en un momento en el que todavía tenga la oportunidad de preparar su defensa eficazmente. Asimismo, la Sala concluye que la mayor o menor gravedad de la pena impuesta no guarda relación con la cuestión de si el derecho de defensa ha podido ejercerse. En consecuencia, el Tribunal Supremo desestima el motivo de casación del Ministerio Fiscal y mantiene la absolución del acusado.

El Tribunal Supremo absuelve en casación al condenado por un delito de estafa y reconoce que, si bien los hechos podrían tener encaje en un delito de administración desleal, la falta de inclusión de una calificación subsidiaria en los escritos de conclusiones definitivas de la acusación impide la condena por ese delito en aras del respeto al principio acusatorio y al derecho de defensa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 11 de enero de 2024

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pte. Marchena Gómez) estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de Apelación) de 15 de julio de 2021, que condenaba al recurrente como autor de un delito continuado de estafa y un delito de blanqueo de capitales. El recurrente había sido previamente absuelto de tales delitos en primera instancia por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En síntesis, los hechos probados tratan sobre un acuerdo de voluntades entre el directivo de una sociedad con facultades de representación —el condenado y ahora recurrente— y el representante de otra mercantil que fue contratada por la primera para la prestación de determinados servicios de consultoría. Durante el proceso de contratación, ambos individuos pactaron que un porcentaje del precio que la sociedad contratante debía abonar sería directamente transferido a

otras cuentas bancarias abiertas en Andorra de las que era titular indirectamente el primero de ellos.

La Sala de Apelación de la Audiencia Nacional condenó al recurrente por el delito de estafa al considerar que se había incrementado engañosamente el precio del contrato con el fin de que, tras el desplazamiento patrimonial, el directivo pudiera lucrarse de ese exceso. Ante esto, el Tribunal Supremo manifiesta que tal conducta no tiene encaje dentro del delito de estafa, puesto que el haber ocultado el hecho de que una parte del precio abonado no fuera percibido por la entidad contratada, sino indirectamente por el recurrente, no constituye propiamente un engaño determinante para la celebración del contrato. La omisión de esta información no dio lugar a un consentimiento viciado ni es esencial para entender que no existió un negocio jurídico válido, pues la voluntad de contratar era real y existió en todo momento por ambas partes.

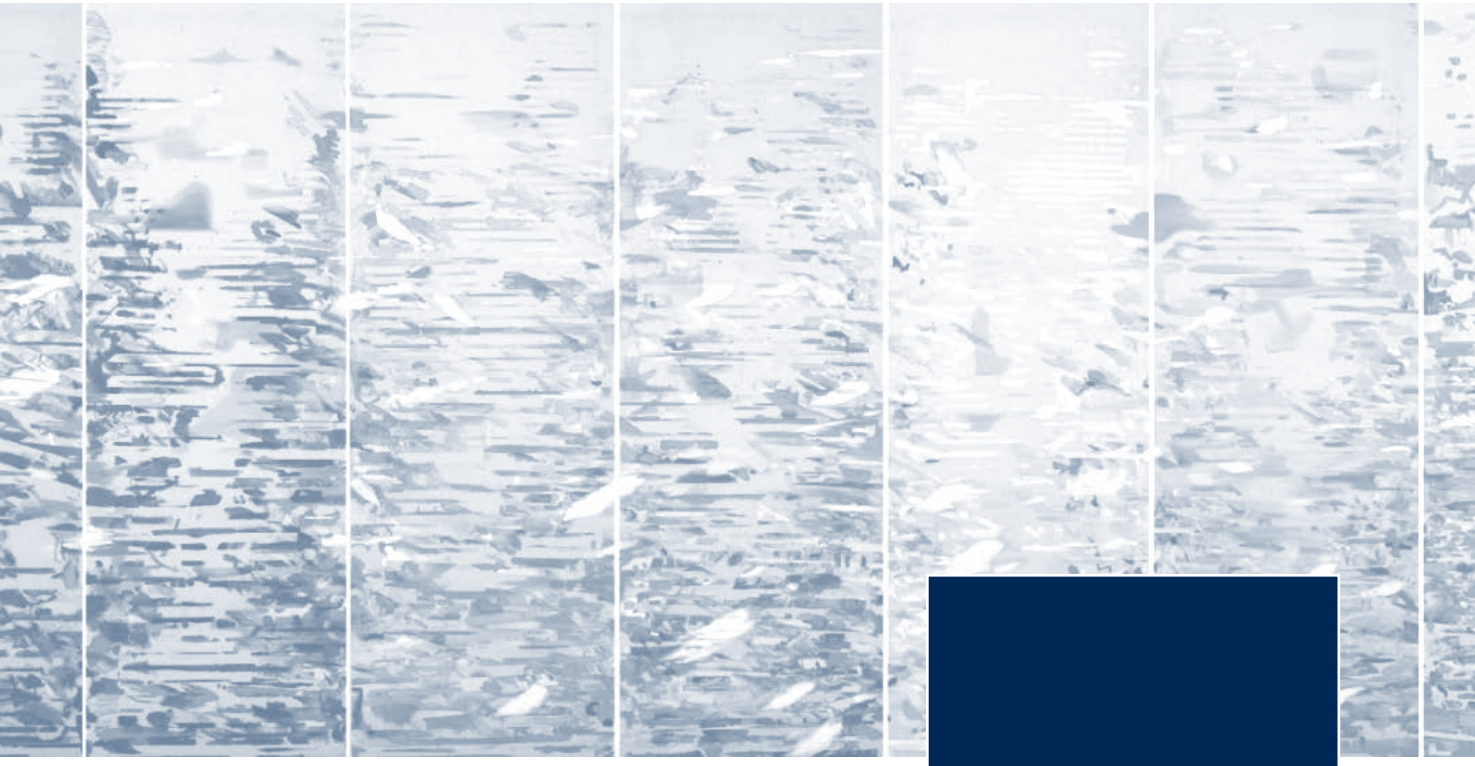
La falta del elemento del engaño como causa por la que se produjo el desplazamiento patrimonial confirma la inexistencia de un delito de estafa, pero ello no es óbice para que pueda entenderse cometido otro delito, como podría ser el de administración desleal o, incluso, el de apropiación indebida, al haber abusado el recurrente de la confianza depositada en él por su condición dentro de la empresa contratante. La acusación, sin embargo, no formuló, ni en los escritos de conclusiones provisionales ni en los de conclusiones definitivas, calificación alternativa al delito de estafa.

En consecuencia, la Sala expone que la falta de mención por las partes acusadoras de estas figuras delictivas supone la incapacidad del órgano enjuiciador para condenar por otros delitos diferentes, puesto que ello implicaría una extrapolación de los límites del principio acusatorio, pudiendo generar con ello indefensión. En estos casos, el Tribunal Supremo estima conveniente plantear una calificación alternativa, tal y como permite el artículo 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que ello pueda entenderse como una expresión de inseguridad o vacilación en el ejercicio de la acción acusatoria.

Tampoco la inclusión de una calificación alternativa supone una vulneración del derecho de defensa, siempre y cuando ello no implique una alteración sustancial de los hechos ni constituya tampoco la introducción de nuevos elementos en el debate que no estuvieran presentes y de los que no pudiera defenderse el acusado.

Al descartarse la existencia de un delito de estafa, el Alto Tribunal absuelve consecuentemente también del delito de blanqueo de capitales al que había sido condenado el recurrente, pues, a pesar de constatarse la desviación de cantidades hacia su patrimonio personal, no puede entenderse que estas procedan de la comisión de un delito antecedente.

9 de marzo de 2024



Salud

Salud*

9 de marzo de 2024

1. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Servicio de puesta en contacto de farmacéuticos y clientes para la venta *online* de medicamentos

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 29 de febrero (as. C606/21)

Este procedimiento prejudicial se suscita en el contexto de una controversia entre Doctipharma SAS ("Doctipharma"), la Union des Groupements de pharmaciens d'officine ("UDGPO") y Pictime Coreyre, relativa a la legalidad de la actividad de venta en línea de medicamentos no sujetos a receta médica a través de una plataforma gestionada y diseñada por Doctipharma. Se plantean diversas cuestiones relativas a la interpretación de, por una parte, la Directiva 98/34/CE, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información ("Directiva 98/34") y, por otra parte, del artículo 85 *quater* de la Directiva 2001/83/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (la "Directiva Código").

Doctipharma diseñó el sitio web www.doctipharma.fr, alojado por Pictime Coreyre, donde los usuarios podían comprar medicamentos sin receta médica desde los sitios web de farmacias. La UDGPO, una asociación de farmacias, demandó a Doctipharma y Pictime Coreyre ante el Tribunal de lo Mercantil de Nanterre, para que declarase la ilegalidad del sitio web, ya que consideraba que el servicio prestado por Doctipharma a través del sitio de Internet implicaba una intervención en el comercio electrónico de medicamentos, vedada a quienes no tienen la condición de farmacéutico.

El Tribunal de lo Mercantil de Nanterre falló a favor de la UDGPO en mayo de 2016, ordenando a Doctipharma cesar la venta de medicamentos en su sitio web. El Tribunal de Apelación de Versalles anuló la sentencia de instancia en diciembre de 2017, para lo que argumentó que el sitio web era una simple plataforma técnica que no interviene en la venta de medicamentos.

* 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.

En junio de 2019, el Tribunal de Casación anuló la decisión y devolvió las actuaciones al Tribunal de Apelación con el argumento de que Doctipharma actuaba como intermediario y participaba de ese modo en la venta de medicamentos, infringiendo las disposiciones legales. Doctipharma, por su parte, argumentó que su actividad era solo el mantenimiento técnico de una solución mutualizada destinada a los farmacéuticos, que les permitía explorar su propio sitio de Internet.

Ante la existencia de enfoques opuestos por parte de diferentes órganos jurisdiccionales, el Tribunal de Apelación de París planteó diversas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"). En particular, según el artículo 85 *quater* de la Directiva Código, los Estados miembros están obligados a permitir la venta a distancia de medicamentos no sujetos a receta médica a través de servicios de la sociedad de la información, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. El Tribunal remitente solicita que se determine si la actividad ejercida por Doctipharma debía calificarse de servicio de la sociedad de la información a estos efectos y si el artículo 85 *quater* de la Directiva Código debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros pueden, sobre la base de esta disposición, prohibir la prestación de un servicio consistente en poner en contacto, a través de un sitio de Internet, a farmacéuticos y clientes para la venta de medicamentos sin receta desde los sitios de Internet de las oficinas de farmacia que se han suscrito a dicho servicio.

El TJUE consideró que el servicio prestado por Doctipharma estaba efectivamente comprendido en el concepto de "servicio de la sociedad de la información" y que, sin perjuicio de ello, los Estados miembros podían prohibir la prestación del servicio por parte de Doctipharma en el caso de que se considere, por las características del servicio, que esta interviene en la venta de medicamentos sin estar autorizada o facultada para ello por la legislación del Estado miembro. El Tribunal argumenta lo siguiente:

i. Concepto de *servicio de la sociedad de la información*

   Según el artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34, se define el concepto de *servicio de la sociedad de la información* como aquel que se proporciona normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a solicitud individual del destinatario del servicio.

   El servicio ofrecido por Doctipharma se realiza a través de un sitio web y consiste en conectar a farmacéuticos y clientes para la venta de medicamentos no sujetos a receta médica desde las páginas web de las farmacias que se han registrado en dicho servicio.

   Dado que la jurisprudencia ha establecido que la remuneración no necesariamente debe ser abonada por los beneficiarios del servicio, es irrelevante si el servicio se ofrece de forma gratuita al cliente que compra el medicamento, siempre y cuando exista un contrato de prestación de servicios acompañado de un pago entre el proveedor del servicio y cada farmacéutico que utiliza este servicio.

   Además, el servicio se ofrece a solicitud individual tanto de los farmacéuticos, que deben registrarse en el sitio web de Doctipharma para acceder al servicio, como de los clientes,

que deben crear una cuenta para comprar medicamentos en las páginas web de las farmacias de su elección.

ii. Posibilidad de que los Estados miembros prohíban el servicio prestado por Doctipharma

Según el artículo 85 *quater* de la Directiva Código, los Estados miembros están obligados a permitir la venta a distancia de medicamentos no sujetos a receta médica a través de servicios de la sociedad de la información, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones.

En cuanto a las condiciones para llevar a cabo esta venta, los Estados miembros tienen la responsabilidad de establecer quiénes están autorizados para vender medicamentos de acuerdo con su legislación nacional. Además, pueden imponer condiciones para la distribución al por menor de estos medicamentos, siempre y cuando estas condiciones estén justificadas por razones de protección de la salud pública. No se cuestiona en este proceso, por tanto, la reserva de la actividad de venta de los medicamentos en favor de las farmacias autorizadas.

En cuanto a la naturaleza del servicio proporcionado por Doctipharma, el TJUE deja en manos del órgano jurisdiccional remitente determinar si constituye o no venta de medicamentos. Si el órgano jurisdiccional remitente determinara que el servicio se limita a facilitar el contacto entre vendedores y clientes, de manera que Doctipharma ofrece un servicio propio y diferente a la venta, el servicio no podría ser prohibido conforme al artículo 85 *quater*, apartado 1, letra a) de la Directiva Código. Si, por el contrario, se concluyera que Doctipharma proporciona un servicio de venta, el artículo 85 *quater*, apartado 1, letra a) de la Directiva Código no impediría la prohibición de dicho servicio por parte del Estado miembro.

[España]

Acceso a medicamentos no autorizados. Discriminación. Carga de la prueba

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 19 de febrero de 2024

La sentencia dirime el conflicto entre un particular, el Servicio Catalán de Salud ("CATSALUT"), y uno de los hospitales adscritos a él en relación con una solicitud de acceso individualizado a un medicamento no financiado en España por parte de un paciente menor de edad. El medicamento, Ataluren, se empleaba para tratar una enfermedad genética degenerativa y su uso había sido recomendado por el médico del paciente, conforme a lo establecido en el artículo 18 del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales. Tanto la dirección médica del hospital como posteriormente el CATSALUT rechazaron la solicitud, de modo que no se tramitó ante la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios el correspondiente procedimiento de autorización de uso en situaciones especiales.

En primera instancia, el paciente obtuvo un pronunciamiento favorable del Juzgado n.º 5 de Barcelona, en procedimiento para la protección de derechos fundamentales. Esa decisión judicial

entendió, en síntesis, que con la decisión adoptada por el centro médico, consistente en no tramitar la solicitud de autorización, había ocasionado una vulneración del principio de igualdad por discriminación injustificada, pues esa autorización había sido otorgada para pacientes que se encontraban en esa misma situación. El paciente había aportado junto con su solicitud una certificación, emitida por una organización de pacientes, para acreditar que en aquel momento en España había 33 pacientes recibiendo el tratamiento con Translana (Ataluren) en diferentes hospitales.

El 13 de abril de 2021, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó esta sentencia, por considerar que la información disponible sobre otros pacientes que recibían el mismo tratamiento era insuficiente para establecer una comparación significativa que demostrase una discriminación. Argumenta que la vulneración del principio de igualdad exige prueba, y ha de ser la parte actora la que ha de probar que se ha producido dicha vulneración. El Tribunal añade que se conocen las circunstancias del menor concernido, pero no las del resto de pacientes, por lo que no se ha demostrado que la situación del niño sea la misma que la de otros supuestos en los que se aplica el tratamiento.

Ante estos hechos, el particular presentó recurso de casación. que fue admitido a trámite por el Tribunal Supremo, fijándose como cuestión de interés casacional objetivo determinar "*si cuenta con una justificación objetiva, suficiente y razonable la denegación del acceso a la financiación pública de un fármaco, en condiciones de equidad e igualdad, sobre la base de que pesa sobre la parte recurrente la carga de acreditar las circunstancias individualizadas de otros pacientes beneficiados de la autorización del medicamento*".

El Tribunal Supremo concluye que la sentencia impugnada en casación infringía el principio de no discriminación en el acceso a tratamientos médicos, pues no otorga la debida relevancia a los indicios presentados por la parte recurrente sobre la existencia de discriminación en el acceso al tratamiento. No puede imponerse al solicitante una carga probatoria de indicios que incluya incluso las circunstancias individuales de otros pacientes que se beneficien de la misma autorización excepcional en el Sistema Nacional de Salud. Por otra parte, el Tribunal Supremo considera que no es admisible el planteamiento de CATSALUT cuando cuestiona el alegato de imposición de prueba diabólica, sosteniendo que esa misma situación sería predicable si fuese el propio Servicio de Salud el que tuviera que realizar la tarea de confrontar los datos clínicos y personales de los pacientes de otras comunidades autónomas distintas a la catalana y que no están a su disposición. CATSALUT únicamente debía dar trámite a la solicitud de autorización para que fuese resuelta por el órgano competente, esto es, la AEMPS, que sí tendría acceso a toda la información relevante para tomar una decisión informada. El Tribunal Supremo finaliza señalando que la situación clínica del medicamento, que al tiempo de los hechos enjuiciados únicamente contaba con una autorización de comercialización condicional, no excluye la existencia de ese trato discriminatorio e injustificado.

Productos sanitarios defectuosos. Posibilidad de exigir responsabilidad al distribuidor. Extinción de la responsabilidad y concepto de "puesta en el mercado"

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 2024

El recurso de casación resuelve la disputa originada por la demanda presentada por un paciente contra el distribuidor de prótesis de cadera Smith & Nephew S.A. ("S&N") y dos médicos por daños y perjuicios relacionados con complicaciones surgidas tras la implantación de una prótesis en 2007 para tratar una coxartrosis.

En primera instancia, el juzgado desestimó la demanda contra S&N al apreciar que la demandada, en cuanto distribuidora, solo respondería si hubiera distribuido el producto a sabiendas de su carácter defectuoso, lo que no sucedía en el caso.

La Audiencia Provincial, en cambio, consideró que, cuando el paciente se dirigió a S&N extrajudicialmente reclamando los daños sufridos, la demandada creó la apariencia de ser la fabricante, lo que generó la confianza razonable de que la demanda se dirigía contra quien produjo la prótesis. Queda, por tanto, sometida al régimen de responsabilidad por productos defectuosos, de acuerdo con el art. 138.2 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, conforme al cual "*si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto*".

No obstante, la Audiencia, aunque declaró la legitimación pasiva de S&N, desestimó la demanda por entender que la responsabilidad por producto defectuoso, de acuerdo con su régimen legal especial, estaba extinguida por haber transcurrido el plazo de diez años desde que la prótesis se puso en circulación.

Recurrida la sentencia en casación, se somete al Tribunal Supremo la interpretación del artículo 144 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, que establece que "*Los derechos reconocidos al perjudicado en este capítulo se extinguirán transcurridos 10 años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial*". La actora recurrente sostiene que debe estarse para el cómputo de los diez años al momento en el que se le implantó la prótesis, porque considera que solo entonces se produjo la puesta en circulación. El Tribunal Supremo sostiene, por el contrario, que el plazo de diez años de extinción de la responsabilidad por productos defectuosos es un plazo objetivo, que no se inicia en cada caso con la adquisición del producto por el consumidor ni, tratándose de un producto sanitario implantable, con su implantación, sino en el momento en el que el sujeto responsable se desprende voluntariamente del producto. Incumbía a la distribuidora demandada concretar y acreditar que la acción se dirigió contra ella después de diez años desde que perdió el control de los componentes de la prótesis mediante la entrega al siguiente eslabón de la cadena de distribución. Sin embargo, lo que acreditó fue el momento en que la fabricante puso en circulación la prótesis, y no el momento en que lo hizo ella misma. Por ello, la única fecha cierta que ha quedado acreditada como puesta en circulación de la prótesis por la distribuidora demandada es la que resulta del momento de su implantación a la actora.

Así, el Tribunal Supremo casa la sentencia y ordena la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en la que, con plena jurisdicción, se pronuncie sobre la responsabilidad de la distribuidora demandada, como consecuencia de no haber identificado oportunamente a la sociedad fabricante, partiendo, por tanto, de la legitimación de S&N y de que su responsabilidad no estaría extinguida por el transcurso del plazo de diez años previsto en el art. 144 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios.

Profesiones sanitarias. Competencias de médicos y farmacéuticos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 enero de 2024

El Consejo Autonómico de Colegios Médicos Valencianos (el "Consejo") impugnó ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el Decreto 188/2018, de 19 de octubre, del Consejo de la Generalidad Valenciana, por el cual se regula la concertación de los servicios profesionales farmacéuticos asistenciales y la acreditación de las oficinas de farmacia para su prestación (el "Decreto") por considerar, en esencia, que el Decreto, en su definición de *servicio profesional farmacéutico asistencial* —o SPFA, en acrónimo que emplea la propia norma—, invade competencias legalmente atribuidas en exclusiva a los médicos y colisiona con la función del médico como interlocutor principal del paciente.

La demanda fue desestimada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 225/2021, de 3 de mayo, que, recurrida en casación por el Consejo, es confirmada por el Tribunal Supremo.

La cuestión de interés casacional la ciñe el auto de admisión a determinar si, a propósito de la creación de los SPFA, es conforme a la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias la atribución de competencias a los farmacéuticos que establece el Decreto 188/2018 o, dicho en otros términos, si con tal disposición se les atribuyen competencias profesionales propias de los médicos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, entendiendo que el Decreto no establece los SPFA, sino que regula la forma en que se conciertan estos servicios. La definición de estos servicios como "*actividades sanitarias*" no implica invasión competencial, y cualquier posible extralimitación reglamentaria se evaluará una vez que se definan los servicios concretos en la cartera de SPFA. En todo caso, según la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias, tanto los farmacéuticos como los médicos ejercen profesiones sanitarias; las farmacias colaboran con el Sistema Nacional de Salud en el uso racional de medicamentos, requiriendo la colaboración coordinada entre farmacéuticos, médicos y otros profesionales sanitarios. Además, los médicos pueden participar en la concertación de los SPFA según lo establecido en el Decreto, lo que demuestra la coordinación entre ambos cuerpos profesionales.

Infracción de patentes de medicamentos. Responsabilidad por el efecto "reducción de precio" por integración del medicamento en una agrupación homogénea

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil, de 23 de junio de 2023

En esta sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid resuelve sendos recursos cruzados de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los laboratorios Eli Lilly and Company ("Lilly"), Daiichi Sankyo Europe GmbH ("Daiichi"), Laboratorios Cinfa, S.A. ("Cinfa") y Teva Pharma, S.L.U. ("Teva") en relación con una demanda de infracción de patente y certificado complementario de protección interpuesta en mayo de 2016 por las dos primeras contra las dos segundas, a propósito del lanzamiento por parte de estas últimas de sus medicamentos genéricos Raloxifeno Teva EFG y Raloxifeno Cinfa EFG.

Los antecedentes del caso se remontan al año 2009, cuando los laboratorios Cinfa y Teva interpusieron demanda de nulidad de tres patentes titularidad de Lilly, relativas al principio activo Raloxifeno, indicado en la prevención y tratamiento de la osteoporosis. La demanda se interpuso ante los Juzgados de lo Mercantil de Pamplona y la solicitud de nulidad de las patentes se basó fundamentalmente en la falta de actividad inventiva del principio activo, al amparo del artículo 56 del Convenio sobre concesión de Patentes Europeas. En ese momento, Lilly se allanaría frente a la alegación de nulidad de una de sus patentes y otra terminaría revocándose por la Cámara de Recursos de la OEP. La tercera patente sería confirmada por el Tribunal Supremo más adelante.

Según los hechos que relata la sentencia, en mayo de 2011, Lilly venía comercializando los medicamentos de Raloxifeno en España a través de una cuerdo con Daiichi (bajo la marca Evista) y también en colaboración con un tercero bajo la marca Optruma. En aquel momento, más de dos años antes de la caducidad de la patente de Lilly, Teva lanzó al mercado su genérico Raloxifeno Teva EFG. Ello provoca el efecto de la llamada *agrupación homogénea*, en virtud del cual, dado que los farmacéuticos están obligados a dispensar (o sustituir) el medicamento por el de menor precio dentro de la agrupación, Lilly y Daiichi se vieron obligados a reducir el precio del medicamento en un 40 % (hasta 13,22 euros). Este fenómeno es el que se conoce a lo largo de la sentencia como *daño por reducción de precio*.

Más adelante, en septiembre de 2011, Cinfa obtuvo la autorización y lanzó al mercado su medicamento genérico Raloxifeno Cinfa EFG, para el que también se fijó el precio de 13,22 euros. Y a partir de julio de 2012 (continuando la patente en vigor) se incorporaron al mercado del Raloxifeno las versiones genéricas de varios laboratorios. No obstante, estos últimos no son objeto del procedimiento que resuelve la sentencia, ya que la demanda no se dirige contra ellos.

En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid declaró la infracción de la patente y el certificado complementario de protección y condenó a las demandadas, Cinfa y Teva, a resarcir a las demandantes por los daños y perjuicios causados por la comercialización de sus medicamentos genéricos. En este sentido, el juez de instancia define dos bases para el cálculo del daño (y consecuentemente de la indemnización): por una parte, el daño derivado del efecto de reducción de la cuota de mercado de Lilly y Daiichi por motivo de la comercialización de otros medicamentos, desde el momento del lanzamiento de estos hasta la terminación de la vigencia de las patentes y los certificados complementarios de protección; y por otra parte, el daño derivado

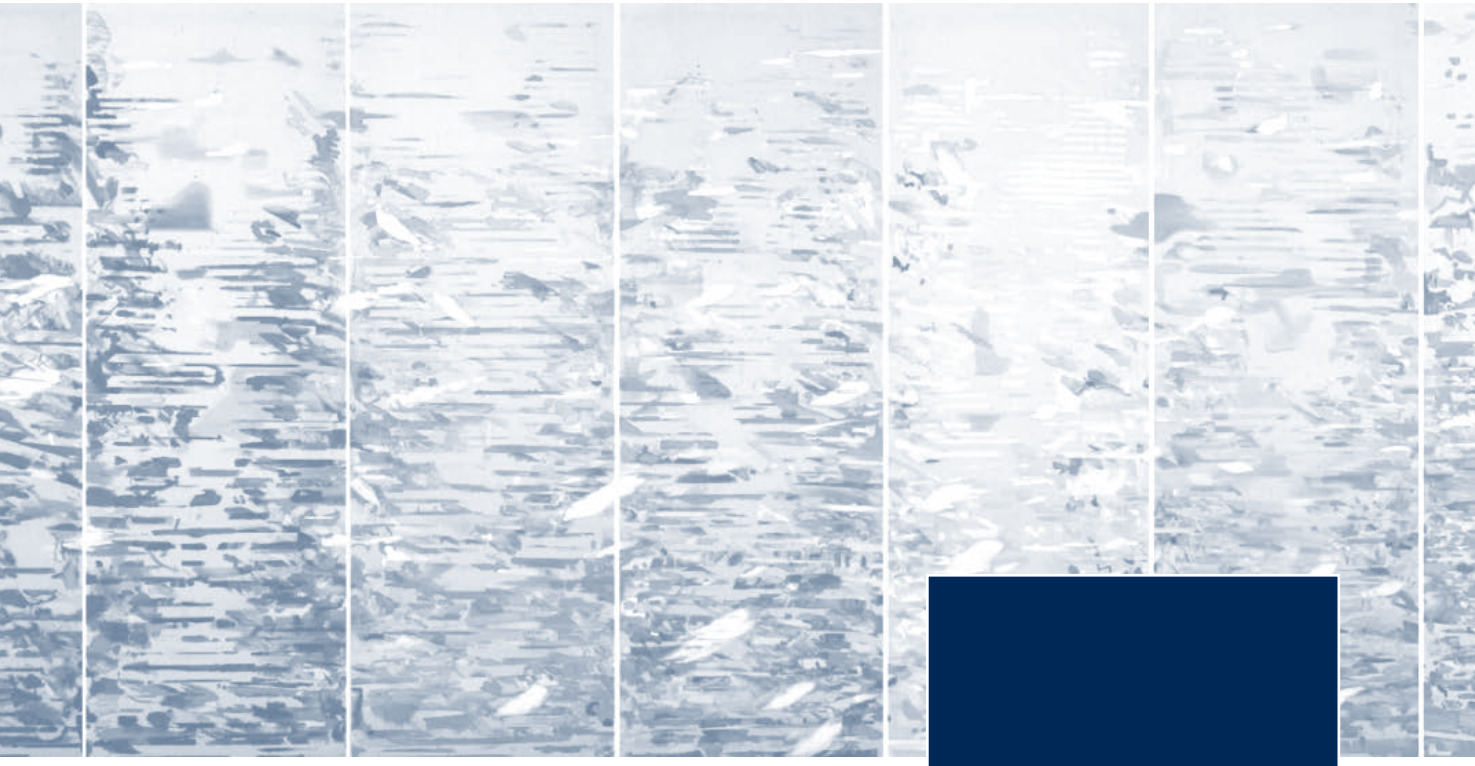
del efecto de reducción de precio de los medicamentos de Lilly y Daiichi forzado por la inclusión del medicamento genérico (e ilícitamente comercializado) de Teva en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, durante el período que comprende el lanzamiento del Raloxifeno Teva comprimidos recubiertos EFG (octubre de 2011) y el Raloxifeno Cinfa 60 mg comprimidos recubiertos con película EFG (diciembre de 2011).

Vistos los argumentos de las partes, la Sala termina desestimando íntegramente las alegaciones de las demandadas, Teva y Cinfa, y estimando los de las demandantes Lilly y Daiichi. En particular, la diferencia con respecto a la resolución del Juzgado de lo Mercantil es que la Audiencia atribuye la responsabilidad por el efecto de reducción de precio únicamente a Teva, por ser el primero de los laboratorios en lanzar ilícitamente su medicamento genérico al mercado. Y corrige las bases de la cuantificación del daño del juez de instancia por reducción de precio para extender el periodo hasta el final de la vigencia de las patentes y los certificados complementarios de protección (agosto de 2013).

Según la Audiencia Provincial, Teva es la responsable única del daño producido por la reducción del precio, no tanto por ser la primera en lanzar el medicamento (con la ventaja comercial que ello supone, que ya se factoriza en el daño por pérdida de cuota de mercado), sino por ser la única que desencadena la aplicación del régimen de agrupación homogénea, que provoca que Lilly y Daiichi tengan que comercializar los suyos a un precio un 40 % inferior. El resto de laboratorios generistas y en particular Cinfa podrán haber contribuido al daño derivado de la pérdida de cuota de mercado, cada una en su medida y hasta la pérdida de vigencia de la patente y el certificado complementario de protección; pero todas ellas se acoplaron al precio de 13,44 euros fijado a propósito de la financiación del medicamento de Teva.

En palabras de la Sala (FJ 12), "*podrán asignárseles otras responsabilidades relacionadas con su conducta infractora mientras el derecho de exclusiva ajeno permaneció vigente, pero no reprocharles que fueron los que provocaran ese efecto caída que está vinculado precisamente a la presencia del producto Teva como primer genérico introducido en el mercado. Tendría que haberse acreditado* (...) *que, durante el concreto período que resulta aquí relevante, es decir, hasta la expiración del derecho de exclusiva, se hubieran producido sucesivas revisiones y precisamente a la baja de precios, como consecuencia de la entrada de nuevos genéricos en la agrupación* (...)*, para que hubiera podido justificarse que Teva pasara a compartir la responsabilidad por ese motivo con otro y otros sujetos*".

9 de marzo de 2024



Tributario

Tributario*

9 de marzo de 2024

1. Legislación

[Portugal]

Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) - Tabelas de retenção na fonte sobre o trabalho dependente

Despacho n.º 13288-E/2023, de 29 de dezembro (DR 250, Série II, 29 de dezembro de 2023)

O despacho em referência aprovou as tabelas de retenção na fonte sobre os rendimentos do trabalho dependente e pensões auferidas por titulares residentes no continente para vigorarem durante o ano de 2024.

Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) - Declaração Modelo 22

Despacho n.º 271/2024, de 12 de janeiro (DR 9, Série II, 12 de janeiro de 2024)

O referido despacho procedeu à alteração de alguns anexos da declaração periódica de rendimentos Modelo 22 e respetivas instruções de preenchimento.

Orçamento do Estado para 2024

Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro (DR 250, Série I, de 29 de dezembro de 2023)

O Orçamento do Estado para 2024, aprovado pelo diploma em epígrafe, introduziu diversas alterações relevantes em matéria tributária, de entre as quais destacamos as seguintes:

— *Em sede de IRS*: (i) são revistos os limites de cada escalão, bem como as taxas de IRS até ao quinto escalão; (ii) no âmbito do regime do IRS jovem são aumentadas as percentagens de rendimento isento de tributação e dos limites aplicáveis; (iii) o "Programa Regressar" foi alargado para pessoas singulares que se tornem residentes fiscais em Portugal entre 2024 e 2026, desde

* Esta sección ha sido coordinada por Gloria Marín y Catarina Fernandes, y en su elaboración han participado Isabel Aparício y Catarina Fernandes, Ecaterina Ciubotaru y Luís Januário, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

que esses sujeitos passivos não tenham sido considerados residentes fiscais em território português em nenhum dos cinco anos anteriores, exigindo-se que os mesmos tenham sido residentes em território português em qualquer período antecedente aos referidos cinco anos; (iv) é estabelecido o fim do regime especial dos residentes fiscais não habituais, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2024, mantendo-se, no entanto, o regime para os sujeitos passivos que, até à data da publicação da Lei do Orçamento do Estado para 2024, se encontrem inscritos como residentes fiscais não habituais e relativamente aos quais ainda não tenha terminado o prazo de 10 anos em curso. Adicionalmente, é criado um regime transitório de acesso ao regime dos residentes fiscais não habituais, até ao final do ano de 2024, para as pessoas singulares que preencham determinados requisitos previstos na lei ou que sejam membros do agregado familiar de um residente fiscal não habitual ou de pessoa que preencha os requisitos previstos na lei para acesso ao regime transitório; (v) é criado um novo regime de "incentivo fiscal à investigação científica e inovação" para contribuintes que (a) se tornem residentes fiscais em Portugal, (b) não tenham sido residentes em território português nos cinco anos anteriores e (c) auferiam rendimentos que se enquadrem numa lista de atividades prevista em portarias especiais; (vi) é prevista uma isenção de IRS para os montantes atribuídos aos trabalhadores a título de participação nos lucros das empresas; (vii) é criada uma isenção de IRS e de contribuições para a Segurança Social para os rendimentos de trabalho em espécie que resultem da utilização de casa de habitação permanente localizada em território nacional e que seja disponibilizada pela entidade patronal entre 1 de janeiro de 2024 e 31 de dezembro de 2025 (viii) foi reintroduzida a possibilidade de reporte de menos-valias mobiliárias sujeitas a englobamento obrigatório para os cinco anos seguintes; (ix) o valor de referência do mínimo de existência é atualizado para o maior dos valores entre o salário mínimo nacional anual, ou 1,5 vezes o valor anual do indexante dos apoios sociais (IAS); (x) nas categorias A (trabalho dependente) e H (pensões) a majoração da dedução relativa aos valores suportados com quotizações sindicais foi aumentada de 50% para 100%; (xi) as despesas de formação profissional passam a ser incluídas expressamente no leque das despesas de formação e de educação dedutíveis à coleta do IRS; (xii) foi estabelecida a possibilidade de, durante o ano de 2024, de os contribuintes poderem, mediante opção a comunicar à Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), beneficiar de uma redução mensal da retenção na fonte de IRS para titulares de contratos de arrendamento ou de subarrendamento de primeira habitação ou de um contrato de financiamento para compra, obras ou construção de habitação própria e permanente.

— *Em sede de IRC*: (i) as *startups* passam a estar sujeitas a uma taxa de IRC de 12,5% aplicável aos primeiros € 50.000 de matéria coletável, se preencherem cumulativamente algumas condições previstas na lei; (ii) os juros provenientes da remuneração de dívida pública, pagos a instituições de segurança social e de previdência, passam a beneficiar de isenção de IRC; (iii) é permitida a depreciação acelerada, a uma taxa de 4%, em comparação com a taxa anterior de 2%, dos imóveis detidos, construídos, adquiridos ou reconvertidos por entidades patronais para habitação dos trabalhadores; (iv) quanto à amortização dos ativos intangíveis, é prevista a redução do período de reconhecimento como gasto fiscal do *goodwill*, quando adquirido no âmbito de uma concentração de atividades empresariais de 20 para 15 períodos de tributação após o seu reconhecimento inicial; (v) são reduzidas as taxas de tributação autónoma relativamente aos encargos com viaturas ligeiras de passageiros, determinadas viaturas ligeiras de mercadorias, motos ou motociclos para 8,5%, 25,5% e 32,5% (anteriormente de 10%, 27,5%

e 35%, respetivamente); (vi) é mantido o regime extraordinário de apoio a encargos com eletricidade e gás nos períodos de tributação de 2023 e de 2024, que prevê uma majoração de 20% dos gastos ou perdas incrementais relacionados com consumos de eletricidade e de gás natural, sendo essa majoração aplicada para a determinação do lucro tributável; (vii) os ganhos resultantes da venda onerosa de terrenos para construção ao Estado, Regiões Autónomas, entidades públicas empresariais na área da habitação ou autarquias locais passam a estar isentos de IRC (e de IRS); (viii) a data limite para o licenciamento de entidades na Zona Franca da Madeira (ZFM) foi prorrogada até 31 de dezembro de 2024 (anteriormente, 31 de dezembro de 2023). Além disso, o regime da ZFM foi estendido até 31 de dezembro de 2028 (anteriormente, 31 de dezembro de 2027).

— *Em sede de Imposto Municipal sobre Transmissões Onerosas de Imóveis (IMT)*: são atualizados em 5% os escalões de tributação em relação a prédios urbanos e a frações autónomas de prédios urbanos, destinados exclusivamente a habitação. Na prática, esta alteração implica que só será devido IMT nos casos em que o valor sobre o qual incide o imposto (*i.e.,* a base tributável) for superior a € 101.917.

— *Em sede de Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI)*: (i) ficam isentos de IMI os imóveis objeto de contrato de arrendamento para habitação, celebrado antes do regime de arrendamento urbano (RAU) no caso de arrendatários com um rendimento anual bruto corrigido (RABC) inferior a cinco retribuições mínimas nacionais anuais (*i.e.* inferior a € 53.200) ou com idade igual ou superior a 65 anos ou com deficiência com grau de incapacidade igual ou superior a 60%; e (ii) a isenção de IMI prevista para prédios urbanos construídos, ampliados, melhorados ou adquiridos a título oneroso, desde que destinados a arrendamento para habitação, passa apenas a aplicar-se quando esse arrendamento seja para habitação permanente do inquilino;

— *Em sede de Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA)*: (i) prorroga-se, até 31 de dezembro de 2024, a isenção de IVA aplicável à transmissão de adubos, fertilizantes, corretivos de solos e outros produtos para alimentação de gado, aves e outros animais, quando utilizados em atividades de produção agrícola; (ii) a aquisição, entrega e instalação, manutenção e reparação de aparelhos, máquinas e outros equipamentos destinados exclusiva ou principalmente à captação e aproveitamento de energia solar, eólica, e geotérmica, e de outras formas alternativas de energia passa a ser tributada à taxa reduzida; (iii) é prorrogada, até 31 de dezembro de 2024, a aplicação da taxa reduzida aplicável aos fornecimentos de eletricidade, com exclusão das suas componentes fixas, quando a potência contratada não ultrapasse os 6,90 kVA, e na parte que não exceda: (a) 100 kWh por período de 30 dias; ou (b) 150 kWh por período de 30 dias, no caso das famílias numerosas — agregados familiares constituídos por cinco ou mais pessoas; e, (iv) as atividades das agências de viagem passam a beneficiar do regime simplificado de restituição de IVA, quanto às despesas relativas à organização de congressos, feiras, exposições, seminários, conferências e similares;

— *Em sede de Imposto do Selo*: (i) os donativos de até € 5.000 entre cônjuges, unidos de facto, descendentes e ascendentes deixam de estar sujeitos, o que significa que deixa de ser necessária a declaração de tais donativos à AT; e (ii) prevê-se uma isenção aplicável à utilização de crédito no âmbito das operações de fixação temporária da prestação e capitalização dos montantes diferidos no valor do empréstimo para habitação própria permanente;

— *Em sede de Imposto sobre o Álcool e as Bebidas Alcoólicas (IABA)*: aumenta-se em cerca de 10% as taxas de imposto sobre (i) cerveja e outras bebidas fermentadas, tranquilas e espumantes; (ii) bebidas espirituosas; (iii) produtos intermédios; e (iv) bebidas não alcoólicas adicionadas de açúcar;

— *Em sede de Imposto sobre os Produtos Petrolíferos e Energéticos (ISP)*: prevê-se a eliminação gradual das isenções prejudiciais determinando-se uma tributação a 100% (em Portugal Continental) e a 75% (nas Regiões Autónomas) de produtos, como o gás ou o gasóleo, utilizados na produção de eletricidade, cogeração e gás de cidade quer em termos do ISP, quer em termos de adicionamento de CO_2. Excluídos ficam os biocombustíveis, o bio metano, o hidrogénio verde e outros gases renováveis.

— *Em sede de Imposto Único de Circulação (IUC)*: prevê-se um aumento generalizado de aproximadamente 3% no valor do Imposto, assim como a manutenção em vigor do adicional de IUC.

— *Em sede de Imposto sobre Veículos (ISV)*: é estabelecido um aumento generalizado de aproximadamente 5% no valor do Imposto, sendo que, e no que à isenção sobre as viaturas em locação operacional diz respeito, passa a ser necessária a exibição do contrato de locação, deixando de ser suficiente a apresentação dos documentos do veículo dos quais conste a identificação do locatário.

IRS - Comunicação anual de rendas recebidas - Declaração Modelo 44

Portaria n.º 2/2024, de 3 de janeiro (DR 2, Série I, de 3 de janeiro de 2024)

A Portaria em referência revogou a Portaria n.º 287/2022, de 2 de dezembro e aprovou a declaração modelo 44 e respetivas instruções de preenchimento, para efeitos da comunicação anual de rendas recebidas com vista ao cumprimento da obrigação declarativa prevista na alínea b) do n.º 5 do artigo 115.º do CIRS.

A presente Portaria entrou em vigor a 1 de janeiro de 2024.

IRS - Rendimentos e retenções a taxas liberatórias - Declaração Modelo 39

Portaria n.º 3/2024, de 3 de janeiro (DR 2, Série I, de 3 de janeiro de 2024)

A Portaria em análise revogou a Portaria n.º 289/2022, de 2 de dezembro, e procedeu, na sequência das alterações introduzidas às normas de justo impedimento prolongado de contabilistas certificados, ao ajustamento da declaração modelo 39 (relativa a rendimentos e retenções a taxas liberatórias) e respetivas instruções de preenchimento a vigorar nos anos de 2024 e seguintes.

A presente Portaria entrou em vigor a 1 de janeiro de 2024.

IRC - IRS - Rendimentos e retenções a residentes - Declaração Modelo 10

Portaria n.º 4/2024, de 3 de janeiro (DR 2, Série I, de 3 de janeiro de 2024)

A referida Portaria procedeu à revogação da Portaria n.º 8/2023, de 4 de janeiro, e aprovou, na sequência das alterações introduzidas às normas de justo impedimento prolongado de contabilistas certificados, um novo modelo de declaração modelo 10, rendimentos e retenções — residentes, e respetivas instruções de preenchimento a vigorar nos anos de 2024 e seguintes.

O Portaria em referência entrou em vigor a 1 de janeiro de 2024.

IRS - Comunicação de juros de habitação permanente, prémios de seguros, comparticipações em despesas de saúde, planos de poupança reforma e fundos de pensões e regimes complementares - Declaração Modelo 37

Portaria n.º 5/2024, de 3 de janeiro (DR 2, Série I, de 3 de janeiro de 2024)

A presente Portaria revogou a Portaria n.º 286/2022, de 2 de dezembro e aprovou a declaração modelo 37 destinada ao cumprimento da obrigação prevista no artigo 127.º do CIRS, para efeitos de comunicação, pelas entidades aí previstas, designadamente, dos juros de habitação permanente, prémios de seguros, comparticipações em despesas de saúde, planos de poupança reforma e fundos de pensões e regimes complementares, e as respetivas instruções de preenchimento, a vigorar nos anos de 2024 e seguintes.

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

Juros de mora - Dívidas ao Estado e a outras entidades públicas

Aviso da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública - IGCP, E.P.E n.º 678/2024, de 12 de janeiro

O Aviso em referência fixa em 8,876 % a taxa de juros de mora aplicável, desde o dia 1 de janeiro de 2024, às dívidas ao Estado e a outras entidades públicas.

IRC - Declaração Modelo 22

Despacho n.º 271/2024, de 12 de janeiro (DR 9, Série II, de 12 de janeiro de 2024)

O Despacho em referência aprovou as alterações da declaração periódica de rendimentos Modelo 22, destinada ao cumprimento da obrigação prevista no artigo 120.º do CIRC, respetivos anexos e instruções de preenchimento, a vigorar no exercício de 2024.

Vistos - Títulos de residência - Formalidades

Decreto Regulamentar n.º 1/2024, de 17 de janeiro (DR 12, Série I, de 17 de janeiro de 2024)

O diploma em referência procedeu, na sequência da extinção do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras ("SEF") e da consequente criação da Agência para a Integração, Migrações e Asilo, I. P. ("AIMA"), à alteração do Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de novembro, que regulamenta a Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional.

Para além de operar a transferência das competências anteriormente pertencentes ao SEF para a AIMA, o Decreto Regulamentar em referência densificou as formas de comprovação das seguintes informações necessárias — consoante os casos — para efeitos dos pedidos relativos à permanência em território nacional: (i) elementos de identificação e outros elementos constantes de documento de viagem válido; (ii) antecedentes criminais em países terceiros e em Portugal; (iii) entrada e permanência legal em território nacional; (iv) disposição de meios de subsistência, capacidade financeira, de recursos estáveis e regulares e de rendimentos médios mensais; (v) existência ou manutenção de vínculo laboral ou de procura de trabalho; (vi) exercício ou manutenção de atividade profissional independente ou de atividade desportiva amadora; (vii) verificação dos requisitos do exercício de profissão sujeita a qualificações ou certificações especiais; (viii) residência fiscal; (ix) inscrição e situação contributiva regularizada junto da segurança social e da AT e de seguro social voluntário; (x) alojamento; (xi) exercício ou manutenção de atividade de investimento; (xii) exercício do direito ao reagrupamento familiar; e, (xiii) titularidade de autorização de residência ou de estatuto de residente de longa duração noutro Estado-Membro da União Europeia (UE) ou de apresentação de pedido de autorização de residência.

O diploma em análise entrou em vigor no dia 18 de janeiro de 2024.

IRS - Açores - Rendimentos do trabalho dependente e pensões - Tabelas de retenção na fonte

Despacho n.º 1017-A/2024, de 25 de janeiro (DR 18, Série II, de 25 de janeiro de 2024)

O Despacho em referência aprovou as tabelas de retenção na fonte sobre rendimentos do trabalho dependente e pensões auferidas por titulares residentes na Região Autónoma dos Açores para vigorarem durante o ano de 2024.

IRS - Declaração mensal de remunerações

Portaria n.º 33/2024, de 31 de janeiro (DR 22, Série I, de 31 de janeiro de 2024)

A referida Portaria procedeu à revogação da Portaria n.º 307/2022, de 27 de dezembro e aprovou um novo modelo de declaração mensal de remunerações ("DMR") e respetivas instruções de preenchimento, a vigorar no ano de 2024 e seguintes.

O referido modelo novo de DMR foi aprovado na sequência das alterações introduzidas ao regime de tributação dos criptoativos e às normas de justo impedimento prolongado dos contabilistas certificados, aos benefícios fiscais aplicáveis aos sujeitos deslocados no estrangeiro, aos valores limite da compensação devida ao trabalhador pelas despesas adicionais com a prestação de teletrabalho e aos incentivos fiscais criados à habitação dos trabalhadores.

A presente Portaria entrou em vigor a 1 de janeiro de 2024.

2. Jurisprudencia

[Unión Europea]

Imposición indirecta. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea descarta que la remuneración que perciben los miembros del consejo de administración de una compañía deba estar sujeta al IVA, aunque siempre que se cumplan unos requisitos

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2023 (as. C-288/22)

El Tribunal de Justicia analiza la condición de sujeto pasivo del IVA de un consejero de varias sociedades anónimas luxemburguesas que había sido retribuido, bien en un porcentaje del beneficio obtenido por dichas sociedades, bien en una cantidad a tanto alzado. El Tribunal enjuicia la cuestión a la luz del artículo 9.1 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, según el cual habrán de ser considerados sujetos pasivos del impuesto "*quienes realicen* con carácter independiente*, y cualquiera que sea el lugar de realización,* alguna actividad económica*, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad*". En interpretación de esta norma, la sentencia analiza, en primer lugar, cuándo puede entenderse que un consejero realiza una actividad económica y, en segundo lugar, cuándo esa actividad económica debe entenderse realizada con carácter independiente.

En cuanto a la primera cuestión (realización de una actividad económica), se entiende que un consejero realiza una actividad económica en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva si efectúa una prestación de servicios a título oneroso a favor de la sociedad, con carácter de permanencia, y a cambio de una remuneración cuyas modalidades de fijación son previsibles. A estos efectos, una prestación de servicios se efectúa "*a título oneroso*", para el Tribunal, si existe una relación directa entre la prestación de servicios y la contrapartida realmente recibida, lo que se considera acreditado cuando existe una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la prestación recibida constituye el contravalor efectivo del servicio prestado. Esto último exige que la remuneración guarde una proporción razonable con el servicio prestado.

En cuanto a la segunda cuestión (carácter independiente), procede evaluar si existe una relación de subordinación en el ejercicio de la actividad, para lo cual es necesario analizar si la persona actúa en su nombre, por su cuenta y bajo su propia responsabilidad, y si soporta el riesgo eco-

nómico ligado a la actividad. A estos efectos, el Tribunal de Justicia considera que procede tener en cuenta las normas de derecho nacional que regulan el reparto de responsabilidades entre el administrador y la sociedad, de forma que podrá entenderse que no actúa bajo su propia responsabilidad si el reparto de responsabilidades es similar al aplicable al asalariado con su empresario o si el régimen de responsabilidad solo es accesorio del aplicable a la sociedad. Si se concluye que el administrador no actúa bajo su responsabilidad, también puede concluirse que actúa por cuenta de la sociedad, por cuanto la actuación del administrador será en interés y por cuenta de esta última. Igualmente, habrá que analizar si, según el régimen jurídico nacional, el administrador asume obligaciones respecto de las deudas de la sociedad, siendo irrelevante a estos efectos que el administrador perciba su remuneración como porcentaje de los beneficios de la sociedad.

Si se concluye que el administrador no actúa bajo su propia responsabilidad, no actúa por su cuenta y no soporta el riesgo económico, deberá interpretarse que la actividad del administrador no se realiza con carácter independiente, aunque organice libremente su actividad, perciba él mismo sus ingresos, actúe en nombre propio y no esté sometido a una relación de subordinación jerárquica.

Imposición indirecta. IVA. Derecho a deducir el IVA soportado sobre la base de operaciones ficticias. Teoría del conocimiento

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de enero de 2024 (as. C-537/2022)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta que, para denegar el derecho a la deducción del IVA, la Administración tributaria debe acreditar suficientemente que el sujeto pasivo participaba en una operación de fraude de IVA, o que sabía o debería haber sabido que lo hacía, sin imponerle la carga de realizar comprobaciones complejas y exhaustivas sobre su proveedor.

Pese a que el derecho a la deducción del IVA es un principio fundamental del sistema común del impuesto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europa admite su denegación cuando se acredite que el sujeto pasivo a quien se le entregaron los bienes o servicios cometió un fraude del IVA, o que sabía o debería haber sabido que, mediante la adquisición de esos bienes o servicios, participaba una operación fraudulenta.

Ahora bien, como excepción al principio fundamental que constituye el derecho a la deducción, la prueba de tal participación o conocimiento recae sobre las autoridades nacionales, que deben acreditarlo suficientemente con arreglo a las normas en materia de prueba del derecho nacional, sin que quepa recurrir a suposiciones o presunciones que inviertan el *onus probandi*.

En este sentido, para dar cumplimiento a su carga probatoria, la Administración no puede limitarse, según la sentencia, a señalar que la operación forma parte de una cadena de facturación circular, aunque sí pueda tenerse en cuenta este hecho como indicio de fraude a ponderar en la apreciación global de todas las circunstancias. No se le exige, en cambio, identificar a todos los actores que hayan participado en el fraude y sus respectivas actuaciones.

En cuanto al sujeto pasivo, la diligencia que puede serle exigida dependerá de las circunstancias del caso: cabe exigirle mayor diligencia cuando existan indicios de fraude, pero sin llegar

a imponerle la realización de comprobaciones complejas y exhaustivas equiparables a las de la Administración tributaria. Los Estados miembros pueden aprobar una normativa o una circular que precise el grado de diligencia exigido al sujeto pasivo, pero esta no debe cuestionar de forma sistemática el derecho a la deducción ni obviar la carga de la prueba, que recae sobre las autoridades fiscales, y debe, en cambio, respetar el principio de seguridad jurídica, en el sentido de que ha de ser precisa y previsible. Corresponderá al órgano nacional comprobar si estos requisitos se cumplen en el caso.

[España]

Procedimientos tributarios. Caducidad. Apreciación de oficio de la terminación del procedimiento sancionador en materia tributaria

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

El Tribunal Supremo aclara que, cuando existan indicios suficientes de que la caducidad del procedimiento sancionador pueda existir, el tribunal sentenciador puede y debe proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad de que haya sido alegada por alguna de las partes, previo trámite de audiencia.

El artículo 33.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispone que "*si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo*". Se planteaba en el caso si, en aplicación de este precepto, la caducidad apreciada en un recurso que está relacionado con el de autos exigía al tribunal analizar la posibilidad de que se haya producido la caducidad en este segundo, aun cuando no hubiera sido alegada previamente por ninguna de las partes, o si, por el contrario, debía omitir tal análisis para no incurrir en incongruencia *extra petita*.

Para resolver la cuestión, el Tribunal Supremo se remite a su sentencia de 23 de febrero de 2023, en la que se establecía que "*la previsión contemplada en el art. 33.2 de la LJ debe entenderse como una potestad que el órgano judicial no está obligado a utilizar en todos los casos en los que eventualmente pudieran existir motivos de nulidad distintos a los aducidos por las partes, salvo que la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva así lo exija*", como sucede, por ejemplo, "*en los casos en los que existe una estrecha conexión entre diferentes litigios, de modo que los motivos de nulidad o la declaración de hechos probados apreciados por sentencia firme en uno de ellos se encuentren inescindiblemente vinculados con la conducta enjuiciada en otro recurso*".

En atención a lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que "*en los supuestos en los que existan indicios suficientes de que se ha podido producir la caducidad del procedimiento sancionador, el tri-*

bunal sentenciador puede y debe proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad de que haya sido alegada por alguna de las partes, previo trámite de audiencia".

Procedimientos tributarios. Procedimiento sancionador. Existencia de culpabilidad y "derecho al error"

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de noviembre de 2023

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia recuerda que no cabe imponer sanciones de forma automática por el simple hecho de incumplir las normas tributarias, pues se exige algo más, la existencia de un elemento subjetivo, esto es, la culpabilidad o el ánimo de defraudar, pues no cabe sancionar incumplimientos involuntarios que en muchos casos se producen por la complejidad de las operaciones o de la normativa tributaria.

El Tribunal aclara que la culpabilidad se configura como un elemento fundamental de toda infracción tributaria, pues el sistema de responsabilidad previsto en nuestro ordenamiento jurídico no es objetivo, de modo que ha de concurrir siempre el elemento subjetivo, ya sea a título de dolo o simple negligencia en la actuación del obligado tributario. La carga de la prueba recae en la Administración tributaria.

En el caso, la complejidad de las operaciones realizadas, reconocida por la propia Administración tributaria demandada, obliga a matizar la presencia del elemento subjetivo, de la culpabilidad, y preguntarse si hubo realmente una voluntad incumplidora o negligente en la conducta del obligado tributario o si el incumplimiento era involuntario. En este sentido, el Tribunal considera que, si bien la regularización administrativa puede estar justificada —la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento—, otra cosa diferente es que un incumplimiento involuntario merezca un reproche sancionador. En este punto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia alude a la "Propuesta 3/2022, sobre la incorporación del derecho al error al ordenamiento tributario español" presentada por el Consejo para la Defensa del Contribuyente, en la que se reconoce el "derecho al error", y apunta que, "*aunque esa propuesta todavía no ha tenido reflejo en la LGT, quizá se haya iniciado un camino que conduzca a evitar sanciones por incumplimientos involuntarios de las normas fiscales*".

Lo que es incuestionable es que el contribuyente siempre ha tenido el derecho a que se aplique el principio de culpabilidad en el ejercicio administrativo de su potestad sancionadora, de forma que no se sancionen conductas cuando el elemento subjetivo no esté presente.

Procedimientos tributarios. Certificado de sucesión de actividad. Plazo de validez y alcance de la limitación de la responsabilidad

Consulta vinculante V3067-23, de 24 de noviembre de 2023

La Dirección General de Tributos interpreta que el plazo de validez del certificado de sucesión de actividad del art. 175.2 de la Ley General Tributaria es de doce meses y que la exención o limitación

de la responsabilidad solidaria del sucesor de la actividad alcanza exclusivamente a las deudas, sanciones y responsabilidades que contiene.

En su consulta V3067-23, de 24 de noviembre, la Dirección General de Tributos se pronuncia sobre el plazo de vigencia del certificado de sucesión de actividad previsto en el artículo 175.2 de la Ley General Tributaria a los efectos de limitar la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42.1.c) de la Ley General Tributaria.

En cuanto al plazo de vigencia, la Dirección General de Tributos se remite al artículo 75.2 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria, y concluye la validez del certificado es de doce meses, plazo máximo para que surta efectos la limitación de responsabilidad por la adquisición de la explotación económica correspondiente.

En cuanto al alcance de la exención o limitación de la responsabilidad solidaria del sucesor de la actividad, la Dirección General de Tributos considera que, en virtud del artículo 125 del Reglamento General de Recaudación, surte efectos únicamente respecto de las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en el certificado, sin alcanzar por tanto a las deudas que, en su caso, la AEAT liquide después de la adquisición de la explotación económica, aunque su devengo o exigibilidad sea previo a la adquisición.

Impuesto de Sociedades. El pleno del Tribunal Constitucional declara inconstitucionales determinadas modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, en el Impuesto sobre Sociedades

Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2024

El Tribunal Constitucional ha declarado que los límites más estrictos para grandes empresas en la compensación de bases imponibles negativas y en la aplicación de deducciones por doble imposición, así como la obligación de revertir deterioros de participaciones que previamente se habían deducido, son inconstitucionales.

En concreto, el Tribunal Constitucional ha declarado que la disposición adicional decimoquinta y el apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en la redacción introducida por el artículo 3. Primero, apartados Uno y Dos, del Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre son inconstitucionales y, por tanto, nulas. Estas modificaciones afectaban a (i) la fijación para las grandes empresas de límites porcentuales más estrictos (del 50 % y del 25 %) para la compensación de bases imponibles negativas; (ii) la introducción de un límite adicional a la aplicación de deducciones por doble imposición (interna e internacional) para las grandes empresas; y (iii) la obligación de integrar de forma automática en la base imponible una reversión mínima anual en los ejercicios 2016-2020 de los deterioros previamente deducidos de participaciones.

El Tribunal Constitucional entiende que estas medidas afectan al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y que, con ello, transcienden los límites del ámbito de regulación del decreto-ley. En este sentido, considera que estas medidas tienen relevancia recaudatoria, al incidir de forma significativa en la base imponible (al reducir la compensación de bases imponibles ne-

gativas y revertir los deterioros deducidos en ejercicios anteriores) y en la cuota líquida (al limitar las deducciones por doble imposición) de un impuesto que constituye un pilar básico del sistema tributario como es el Impuesto sobre Sociedades. El Tribunal recuerda, en línea con el razonamiento de su Sentencia 78/2020 sobre el alza de los pagos fraccionados, que el carácter temporal de algunas de las medidas enjuiciadas no impide que afecten al deber de contribuir.

El Tribunal ha modulado los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en términos similares a los empleados en su Sentencia 182/2021 sobre la inconstitucionalidad de las normas reguladoras de la base imponible de la plusvalía municipal al precisar que no puedan considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas aquellas liquidaciones que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse la sentencia ni las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada a dicha fecha, además de las obligaciones que, a la fecha de dictarse la sentencia, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme.

El magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla ha formulado un voto particular a la limitación de efectos. El magistrado considera que la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad, que supone la definitiva y total eliminación de esa norma del ordenamiento jurídico como si nunca hubiera existido, solo puede ceder en circunstancias excepcionales para preservar bienes y valores de relevancia constitucional que, a juicio del magistrado, no concurren en este caso.

Impuesto de Sociedades. Concepto de actividad económica en el régimen de entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Contencioso-Administrativo de 18 de octubre de 2023

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid condiciona la aplicación del régimen de entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas al cumplimiento del requisito de empleado con contrato laboral y a jornada completa.

El Tribunal entiende que, dado que el régimen está previsto para "*sociedades que tengan como actividad económica principal el arrendamiento de viviendas*", únicamente podrán aplicarlo aquellas entidades que lleven a cabo una actividad económica en el sentido del artículo 5.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. En consecuencia, quedan excluidas aquellas entidades que no cuenten con al menos un empleado con contrato laboral a jornada completa para desarrollar su actividad de arrendamiento de inmuebles.

En el caso analizado, la recurrente no cuenta con empleados, pero contrata servicios de una asesoría jurídica, fiscal y laboral. El Tribunal entiende que no puede considerarse que la entidad recurrente lleve a cabo una actividad económica, en la medida en la que no prueba el cumplimiento del requisito de tener un empleado con contrato laboral a jornada completa —ni del modelo 190 que aportó ni de sus declaraciones fiscales puede deducirse que la Administración tuviera conocimiento de que la recurrente tuviera suscrito un contrato laboral a jornada completa ni un contrato de prestación de servicios que pudiera asimilársele, puesto que la retribución pactada está muy

alejada de la que correspondería a una retribución anual de empleado a jornada completa—. Aun en el caso de que la recurrente probara la validez del contrato privado de prestación de servicios, esto no justificaría el cumplimiento de los requisitos fijados en la ley para poder considerar que lleva a cabo una actividad económica, por lo que, siendo absolutamente claros los requisitos que prescribe el artículo 5.1. LIS, se debe estar a sus propios términos, sin que pueda extenderse el concepto más allá de los supuestos que establece.

IRPF. No cabe la aplicación de la tasación pericial contradictoria en la aplicación de la norma legal de valoración de participaciones sociales no cotizadas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de enero de 2024

El Tribunal Supremo aclara que la determinación del valor de transmisión de las participaciones sociales de una entidad por aplicación de la regla de valoración contenida en el artículo 37.1.b) de la Ley del IRPF no es fruto de una comprobación de valores y no puede, por ello, revisarse en un procedimiento de tasación pericial contradictoria.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo analiza si la determinación del valor de las transmisiones de participaciones de una sociedad no cotizada en aplicación de los criterios contenidos en el artículo 37.1.b) de la Ley del IRPF puede ser objeto de revisión en tasación pericial contradictoria. Recordemos que, salvo prueba de que el importe satisfecho se corresponda con el que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado, el precepto citado obliga a tomar como valor de transmisión de valores no admitidos a negociación un valor no inferior al mayor entre el teórico resultante del patrimonio neto correspondiente al último ejercicio cerrado antes del devengo del Impuesto y el resultado de capitalizar al 20 % el promedio de los resultados de los tres ejercicios cerrados antes de la fecha de devengo.

La sentencia entiende que la tasación pericial contradictoria constituye un derecho del contribuyente frente a la comprobación de valores efectuada por la Administración tributaria y descarta que quepa en este caso, por cuanto el valor fijado surge de la directa aplicación de la regla legal, sin que haya existido procedimiento alguno de comprobación de valores.

Imposición patrimonial. Empresa familiar. No es posible el cumplimiento simultáneo del requisito de funciones directivas en una entidad *holding* y en su participada de segundo nivel, al no existir una participación directa en la segunda

Consulta vinculante V2752-23, de 10 de octubre de 2023

La Dirección General de Tributos sostiene, con base en una interpretación literal de la norma, que una misma persona no puede dar cumplimiento al requisito de funciones directivas en una entidad *holding* y en su participada de segundo nivel porque la regla que permite el cómputo separado del umbral del 50 % de rentas solo es aplicable en caso de existir una participación directa en ambas entidades.

En esta consulta, la Dirección General de Tributos analiza cómo afecta una reorganización societaria al cumplimiento de los requisitos para la aplicación del régimen de incentivos fiscales a la empresa familiar. En concreto, las dudas interpretativas más relevantes se plantean en relación con el requisito de ejercicio —por uno de los miembros del grupo en caso de superar el umbral de participación conjunta del 20 %— de funciones directivas remuneradas en más del 50 % de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal, si bien el artículo 5.2 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, permite el cumplimiento de este requisito en más de una entidad, al posibilitar el cómputo del porcentaje del 50 % de las rentas de forma separada para cada una de las entidades en las que se participa, cuando se cumplen los restantes requisitos para que la participación en esas entidades reúna las condiciones de empresa familiar.

En el caso, dos hermanos aportan sus participaciones en la empresa familiar A (que habían recibido por donación de sus padres) a dos entidades *holding* de nueva creación. Tras la reorganización, cada hermano realiza funciones directivas en su propia *holding* y en la sociedad familiar A, percibiendo retribuciones de ambas entidades.

La Dirección General de Tributos considera que, en la medida en que los dos hermanos no mantienen una participación directa en A, no resulta aplicable la regla de cómputo separado, de forma que las rentas percibidas de la sociedad A han de tenerse en cuenta, de forma negativa, en el cómputo del porcentaje de las que representan las percibidas de la entidad *holding*.

La misma interpretación se encuentra también en la reciente consulta V2347-23, de 29 de agosto, que negó la aplicación de regla especial del cómputo separado de las retribuciones en la escisión de una entidad *holding* y señaló que las retribuciones percibidas de la entidad escindida —en la que dejó de participarse tras la escisión— no podían excluirse para analizar si en las entidades resultantes de la escisión se superaba el test del 50 % de rentas.

Fiscalidad internacional. Las entidades transparentes no residentes con personalidad jurídica plena no son "transparentables" a efectos de imposición patrimonial

Consulta vinculante V2447-23, de 13 de septiembre de 2023

La Dirección General de Tributos concluye que no debe tributar por Impuesto sobre el Patrimonio, por obligación real, una persona física no residente que participa indirectamente, a través de una entidad fiscalmente transparente no residente, pero con personalidad jurídica plena distinta de la de sus miembros, en una sociedad española no cotizada cuyo activo no está constituido en más de un 50 %, de forma directa o indirecta, por bienes inmuebles situados en territorio español.

La Dirección General de Tributos analiza la sujeción al Impuesto sobre el Patrimonio, por obligación real, de una persona física residente en Estados Unidos que participa, a través de una *limited liability company* (LLC) estadounidense, en el 15,97 % del capital social de una sociedad española no cotizada cuyo activo no está constituido en más de un 50 %, de forma directa o indirecta, por bienes inmuebles situados en territorio español. La LLC estadounidense ha optado por ser tratada como entidad fiscalmente transparente bajo la normativa de Estados Unidos, pero tiene personalidad jurídica plena distinta de la de sus miembros.

Según el centro directivo, dado que el Impuesto sobre el Patrimonio no está comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio para evitar de doble imposición entre España y Estados Unidos, la cuestión debe dilucidarse atendiendo exclusivamente a la legislación interna española. Dado que la persona física es titular directa de una sociedad cuyo activo, de forma directa o indirecta, no está constituido en al menos el 50 % por bienes inmuebles en España, se entiende que no concurre el supuesto previsto en el artículo 5.Uno.b) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, sin que el régimen de tributación de la sociedad en la que se participa resulte relevante a estos efectos.

Tributos locales. Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Devolución de ingresos indebidos por liquidaciones afectadas por una alteración catastral

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

Ante la reducción del valor catastral del inmueble como consecuencia de un procedimiento de subsanación de deficiencias, el Tribunal Supremo aclara que el contribuyente puede instar la devolución del ingreso indebido aunque la liquidación del Impuesto sobre Bienes Inmuebles haya adquirido firmeza, sin necesidad de acudir a un procedimiento especial de revisión.

La sentencia analiza un supuesto en el cual el contribuyente, disconforme con el valor catastral de un inmueble de su titularidad, promueve ante la Gerencia del Catastro un procedimiento de subsanación de discrepancias. El procedimiento finaliza con una minoración del valor atribuido al inmueble, ante lo cual el contribuyente insta la devolución del exceso de cuota pagado en liquidaciones del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) de ejercicios anteriores. El contribuyente recurre para ello al procedimiento general de devolución de ingresos indebidos previsto en el artículo 221.1 de la Ley General Tributaria, aun cuando el apartado 3 de esta norma exige acudir a los procedimientos especiales de revisión cuando el acto impugnado hubiera adquirido firmeza.

La jurisprudencia previa del Tribunal Supremo, aun cuando no había analizado el supuesto específico de impugnación de liquidaciones firmes, sostenía con carácter general que la dualidad entre gestión catastral y gestión tributaria no debe llevar a imponer al contribuyente una carga desproporcionada en casos en los que se evidencia que la liquidación tributaria es incorrecta. En la misma línea que esta jurisprudencia previa, la sentencia concluye que no puede exigirse al contribuyente que impugne sus liquidaciones para evitar que adquieran firmeza, sometiéndole a un "*peregrinaje impugnatorio*" inútil en supuestos en los que, como el analizado en el caso, compete a otra Administración la modificación de uno de los elementos en los que se basa la cuantificación del tributo.

Tributos locales. El Tribunal Supremo deniega la responsabilidad patrimonial del Estado en relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía municipal) cuando el contribuyente no demostró la inexistencia de renta

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 de febrero de 2024

El Tribunal Supremo rechaza que la inconstitucionalidad del sistema de determinación de la base imponible del impuesto, declarada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2021, comporte necesariamente la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Tras la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2021, que declaró la inconstitucionalidad del método de cálculo de la plusvalía municipal, numerosos particulares iniciaron procedimientos para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, que fueron desestimados por acuerdos del Consejo de Ministros.

Al desestimar el primero de los recursos interpuestos contra uno de estos acuerdos, el Tribunal Supremo repasa los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y recuerda que existe una presunción de antijuridicidad de los daños resultantes de una declaración de inconstitucionalidad (en el caso, el impuesto pagado), pues, al haberse causado por una ley posteriormente declarada inconstitucional, cabe presumir que no existía el deber jurídico de soportar ese perjuicio (de soportar ese impuesto).

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que, al recaer la declaración de inconstitucionalidad solo sobre las normas de determinación de la base imponible, y por razón de que esas normas no permitían ajustar la situación en la que no existe plusvalía, la presunción puede ser desvirtuada si —como ocurría en el caso— el particular no acreditó una minusvalía de valor ni que no existiera incremento de valor, ni que el producido tuviera cuantía distinta a la resultante del método de estimación objetiva establecido por ley. Entiende así que, al no existir tal prueba, no hubo el daño efectivo y cuantificable derivado que constituye el presupuesto inexcusable de toda responsabilidad patrimonial.

[Portugal]

Adicional de Solidariedade sobre o Sector Bancário (ASSB) - Desconformidade com o Direito da UE - Liberdade de estabelecimento

Acórdão de 21 de dezembro de 2024 (Processo n.º C340/22) - TJUE

No presente acórdão, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) foi chamado a pronunciar-se, em sede de reenvio prejudicial, sobre duas questões suscitadas por um tribunal arbitral tributário, constituído no âmbito do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Subjacente ao processo arbitral no qual foi formulado pedido de reenvio prejudicial para o TJUE estava a contestação de uma decisão de indeferimento expresso de reclamação graciosa apresentada, junto da

AT, por uma sucursal portuguesa de uma instituição de crédito com sede em França contra uma autoliquidação do ASSB referente ao primeiro semestre de 2020.

Através do pedido de reenvio prejudicial, o Tribunal Arbitral Tributário colocou as seguintes questões ao TJUE: (i) a Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento (Diretiva 2014/59) opõe-se à tributação, num Estado-Membro da UE, das sucursais de instituições financeiras residentes noutro Estado-Membro da UE, através de uma legislação, como o regime do ASSB, cujas receitas não são afetas aos mecanismos nacionais de financiamento das medidas de resolução e para efeitos de financiamento do Fundo Único de Resolução; e, (ii) a liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49.º do Tratado de Funcionamento do Direito da União Europeia ("TFUE") opõe-se a uma legislação nacional, como a que está em causa no regime do ASSB, que permite deduzir ao passivo apurado certos elementos dos capitais próprios que apenas podem ser emitidos por entidades com personalidade jurídica (isto é, que não podem ser emitidos por sucursais de instituições de créditos não residentes).

Relativamente à primeira questão, o TJUE começou por referir que a Diretiva 2014/59 "*(...) foi adotada na sequência da crise financeira (...) fazendo suportar os riscos correspondentes aos seus acionistas e credores, e não aos contribuintes.*" e, por conseguinte, concluiu aquele tribunal que a "*Diretiva 2014/59 não pode obstar à aplicação de um imposto nacional, como o ASSB, que incide sobre o passivo das referidas instituições e cujas receitas visam financiar o sistema nacional de segurança social, sem apresentar nenhuma relação com a resolução e a recuperação dessas mesmas instituições*." O TJUE decidiu, assim, que a Diretiva 2014/59 não se opõe a uma regulamentação nacional que cria um imposto que onera o passivo das instituições de crédito, mas cujas receitas não são afetas aos mecanismos nacionais de financiamento de medidas de resolução.

Já no que diz respeito à segunda questão formulada pelo tribunal arbitral, o TJUE começou por afirmar que "*uma cobrança obrigatória que prevê um critério de diferenciação aparentemente objetivo, mas que, na maioria dos casos desfavorece, tendo em conta as suas características, as sociedades que têm a sua sede noutro Estado-Membro e que estão numa situação comparável à das sociedades com sede no Estado-Membro de tributação constitui uma discriminação indireta em razão do lugar da sede das sociedades, proibida pelos artigos 49.º e 54.º TFUE*". No caso do ASSB, considerou o TJUE que: "*contrariamente às instituições de crédito residentes e às filiais de instituições de crédito não residentes, as sucursais das instituições de crédito não residentes estão impossibilitadas, por não terem personalidade jurídica, de deduzir capitais próprios da sua base de incidência a título do ASSB, não dispondo também estas entidades, por lei, de capitais próprios. Além disso, estas sucursais não podem emitir instrumentos de dívida equiparáveis a capitais próprios como, nomeadamente, obrigações convertíveis, obrigações participantes, ações preferenciais remíveis e obrigações contingentes convertíveis, pelo que também não podem deduzir tais instrumentos da sua base de incidência*". Por outras palavras, enquanto no caso das instituições de crédito residentes e das filiais de instituições de crédito não residentes, com personalidade jurídica, o ASSB incide sobre o passivo líquido dos capitais próprios, o mesmo não sucede no caso das sucursais de instituições de crédito não residentes, sem personalidade jurídica, em que o ASSB incide sobre o passivo bruto, sem qualquer possibilidade de dedução relativa a capitais próprios.

Assim, o TJUE formulou a seguinte conclusão quanto à segunda questão suscitada pelo tribunal arbitral coletivo: *"A liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 49.o TFUE deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que permite exclusivamente às instituições de crédito residentes e às filiais de instituições de crédito não residentes, com personalidade jurídica, excluindo, assim, as sucursais de instituições de crédito não residentes, sem personalidade jurídica, deduzir os respetivos fundos próprios, bem como os instrumentos de dívida equiparáveis, da base de incidência de um imposto que incide sobre o passivo dessas entidades."* .

Taxa reduzida de IVA - Serviços de reparação e renovação em imóveis habitacionais

Acórdão de 11 de janeiro de 2024 (Processo C-433/22) - TJUE

No acórdão em referência, o TJUE foi chamado a emitir pronúncia, na sequência de pedido de reenvio prejudicial, sobre a questão, suscitada pelo STA, de saber em que condições uma prestação de serviços de renovação em imóveis habitacionais poderia beneficiar da taxa reduzida aplicável às atividades de "reparação e renovação em residências particulares", estabelecidas no ponto 2 do anexo IV da Diretiva IVA.

No entendimento do TJUE, a referida taxa reduzida de IVA só tem aplicação a serviços de reparação e de renovação que tenham por objeto imóveis que sejam efetivamente utilizados para habitação. O referido tribunal chamou a atenção para o sentido habitual dos conceitos de "residência" (bem imóvel ou até móvel, ou parte deste, destinado à habitação, que, por conseguinte, serve de residência a uma ou a várias pessoas) e de "particular", assim como para a sua própria jurisprudência segundo a qual resulta da disposição em causa que são visados imóveis que têm como destino efetivo a habitação. Assim, tanto o conceito de residência como a exigência de utilização de um imóvel remeteriam para uma exploração concreta desse imóvel.

Finalmente, o TJUE sustentou que o contexto em que o ponto 2 do anexo IV da Diretiva IVA se insere corrobora a interpretação segundo a qual a taxa reduzida de IVA só se aplica a serviços de reparação e de renovação que tenham por objeto imóveis que sejam efetivamente utilizados para habitação. O TJUE afirmou ainda que: (i) esta disposição deve ser objeto de interpretação estrita já que derroga o princípio da aplicação da taxa normal de IVA; (ii) da leitura conjunta dos artigos 106.º e 107.º da Diretiva IVA resultaria que para poder beneficiar de uma taxa reduzida de IVA os serviços enumerados no ponto 2 do anexo IV da Diretiva deveriam em grande parte ser prestados diretamente aos consumidores finais (o que não aconteceria nos casos de serviços prestados a pessoas singulares ou coletivas possuidoras de residências licenciadas para habitação, sem que essa residência seja utilizada efetivamente para habitação); (iii) a interpretação do TJUE seria a mais conforme com os objetivos prosseguidos com a adoção de uma taxa reduzida que visa beneficiar o consumidor, já que este não tem direito a deduzir o IVA a montante, beneficiando assim dos serviços a um custo inferior àquele que suportaria se esses serviços fossem tributados à taxa normal; e, bem assim, que (iv) para se considerar que um imóvel é efetivamente habitado, não é necessário que este esteja ocupado durante a realização das obras pelas pessoas que nele residem de forma permanente ou não mas antes que "*(...) no momento em que o custo é gerado, esse imóvel ser efetivamente utilizado como habitação por este consumidor*".

Concluiu, assim, o TJUE que: "*O ponto 2 do anexo IV da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional que prevê que se aplique uma taxa reduzida de imposto sobre o valor acrescentado aos serviços de reparação e de renovação em residências particulares, desde que as residências em causa sejam efetivamente utilizadas como habitação na data em que estas operações têm lugar*."

Revisão oficiosa do ato de liquidação dentro do prazo de um ano a contar do pedido - Direito a juros indemnizatórios - Uniformização de jurisprudência

Acórdão de 24 de janeiro de 2024 (Processo n.º 062/22.0BALSB) - STA

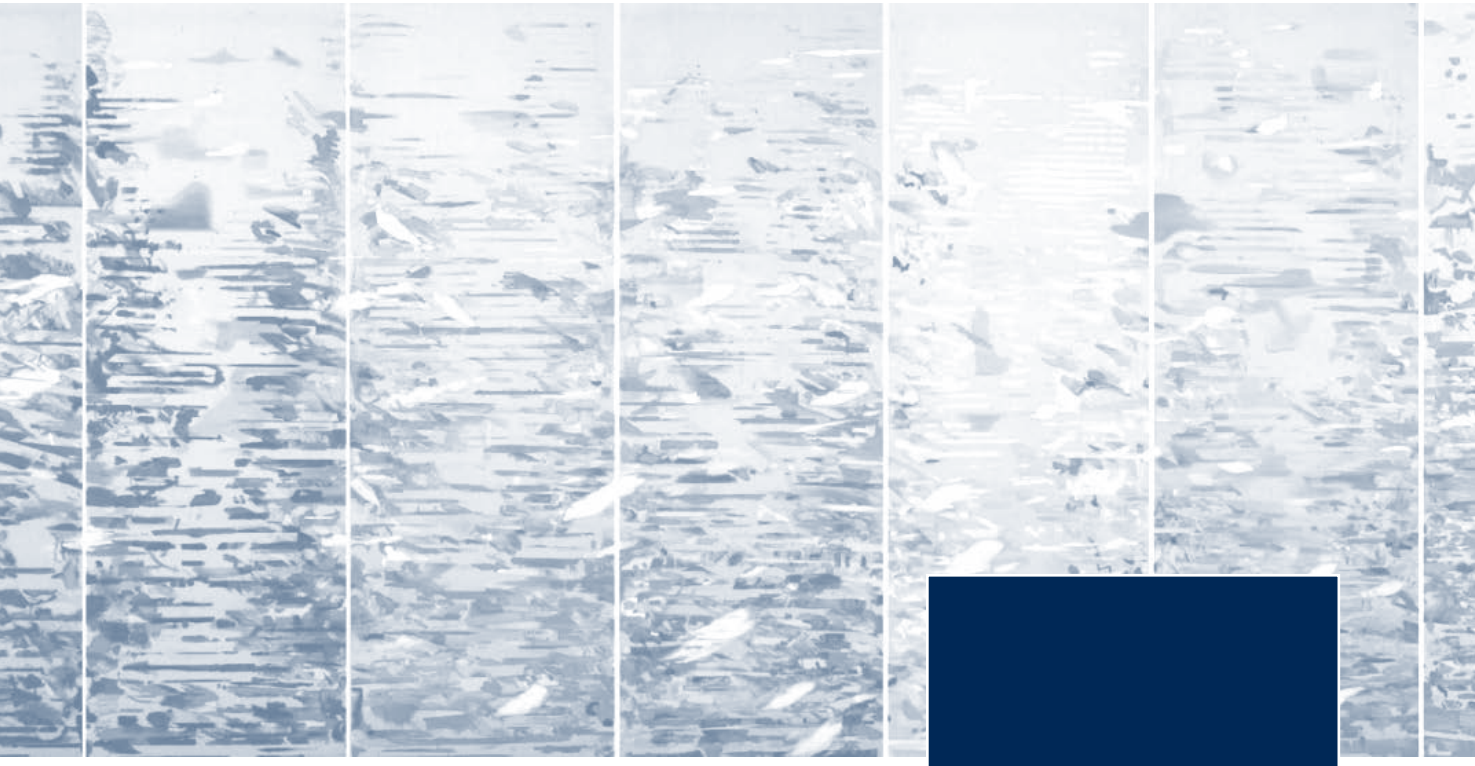
No acórdão em epígrafe, o Supremo Tribunal Administrativo (STA) foi, na sequência de recurso apresentado pela AT, chamado a pronunciar-se sobre o direito a juros indemnizatórios nos casos em que seja apresentado um pedido de revisão oficiosa de ato de liquidação pelo contribuinte e este ato de liquidação venha a ser anulado judicialmente no prazo de um ano a contar da data de apresentação do pedido de revisão oficiosa.

O STA começa por decidir que, para efeitos de aplicação da alínea c) do n.º 3 do artigo 43.º da LGT atinente ao direito a juros indemnizatórios em caso de revisão oficiosa, não devem ser distinguidas as situações em que é apresentado pedido de revisão e a AT revê o ato mais de um ano após a apresentação do pedido daquelas em que a AT não revê o ato mas este vem a ser anulado judicialmente mais de um ano a contar do pedido de revisão oficiosa.

No caso em análise no processo de recurso em referência, o pedido de revisão oficiosa das liquidações de imposto (referentes aos anos de imposto de 2017 a 2020) havia sido apresentado pelo contribuinte em 6 de maio de 2021 e a decisão arbitral que anulou tais liquidações foi proferida em 25 de fevereiro de 2022 e, por conseguinte, dentro do prazo de um ano a contar da data da apresentação do pedido de revisão oficiosa.

Foi neste contexto que o STA decidiu reafirmar e uniformizar jurisprudência no sentido de que "*Pedida pelo sujeito passivo a revisão oficiosa do acto de liquidação e vindo o acto a ser anulado por decisão arbitral, os juros indemnizatórios apenas serão devidos depois de decorrido um ano após a apresentação daquele pedido, e não desde a data do pagamento da quantia liquidada [artigo 43.º, n.º 3, alínea c), da LGT], motivo por que se a decisão anulatória for proferida dentro desse prazo de um ano, não há lugar a juros indemnizatórios*" e, em consequência, decidiu conceder provimento ao recurso apresentado pela AT.

9 de marzo de 2024



Unión Europea

Unión Europea*

9 de marzo de 2024

1. Jurisprudencia

El Abogado General Collins ha considerado que una cuestión prejudicial es inadmisible por el hecho de que solo los operadores económicos establecidos en países parte de acuerdos internacionales sobre contratos públicos que vinculan a la UE pueden invocar disposiciones de la Directiva sobre contratación pública

Opinión del Abogado General Collins en el asunto C- 652/22, Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret

Kolin, una empresa turca, impugnó la decisión de una entidad adjudicadora croata por la que se adjudicaba un contrato de infraestructura ferroviaria a otra empresa. Dicha adjudicación se había hecho tras solicitar a la empresa finalmente adjudicataria pruebas adicionales sobre su capacidad técnica y profesional una vez expirado el plazo inicial de adjudicación de las obras.

En el marco de dicho recurso, un órgano jurisdiccional croata envió una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") en la que solicitaba que aclarara las circunstancias en las que, una vez expirado el plazo para su presentación, las entidades adjudicadoras pueden solicitar a los licitadores rectificaciones o aclaraciones de las ofertas realizadas.

En el proceso de esta cuestión prejudicial, el Abogado General Collins examina de manera preliminar la cuestión de la admisibilidad de la cuestión prejudicial. Señala que, por lo que respecta a los operadores económicos de terceros países, solo los establecidos en un país parte en el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio o en otro acuerdo internacional sobre adjudicación de contratos públicos vinculante para la Unión Europea pueden invocar las disposiciones de la Directiva sobre contratación pública.

Dado que Kolin no está establecida en uno de esos países, no puede participar en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos que se rija por la Directiva sobre contratación pública y, por consiguiente, no puede invocar las disposiciones de dicha Directiva ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

* 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).

Como las cuestiones planteadas se refieren a una competencia exclusiva de la Unión Europea, en principio, los Estados miembros no pueden ampliar unilateralmente la aplicación de las normas de la Unión Europea, lo que permite a los operadores económicos de terceros países no cubiertos participar en los procedimientos de licitación, aun cuando la Unión Europea no haya ejercido su competencia exclusiva a este respecto.

Por consiguiente, el Abogado General Collins aconseja al TJUE que declare inadmisible la petición de decisión prejudicial.

Posteriormente, el Abogado General examina también las cuestiones planteadas en el supuesto de que el TJUE decida admitir a trámite la petición de decisión prejudicial. En tal caso, propone que el TJUE declare que, cuando una decisión de adjudicación inicial ha sido anulada y el asunto ha sido devuelto para una nueva evaluación por una entidad adjudicadora, el derecho de la Unión Europea se opone a que dicha entidad solicite documentos a un licitador que se refieran a su capacidad técnica y profesional en relación con obras no mencionados en la oferta inicial.

El TJUE ha indicado que una solicitud de asilo basada en una conversión religiosa que ha ocurrido en un momento posterior a la salida del país de origen no puede denegarse automáticamente

Sentencia del TJUE en el asunto C-222/22, Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl

Una persona de origen iraní cuya solicitud inicial de asilo en Austria fue desestimada por las autoridades presentó una nueva solicitud. En esta solicitud posterior declaró que, entre una solicitud y otra, se había convertido al cristianismo y, por este motivo, temía ser perseguido en su país de origen.

El solicitante obtuvo entonces el estatuto de protección temporal y un permiso de residencia de duración determinada. Las autoridades austriacas consideraron que había demostrado de forma creíble que se había convertido al cristianismo en Austria y que practicaba activamente su fe. Por este motivo, corría el riesgo de ser perseguido en su país de origen.

Sin embargo, se le negó el estatuto de refugiado, ya que el derecho austriaco supedita el reconocimiento del estatus de refugiado a raíz de una solicitud posterior al requisito de que la nueva circunstancia que el solicitante alegue sea una continuación de convicciones mantenidas en el país de origen.

Ante el recurso presentado tras esta decisión administrativa, el Tribunal austriaco elevó una cuestión prejudicial al TJUE, en la que solicitaba aclaración sobre si tal requisito era compatible con la Directiva sobre asilo. El TJUE responde negativamente. La Directiva sobre asilo no permite presumir que una solicitud posterior basada en circunstancias que el solicitante ha creado desde que abandonó el país de origen tiene necesariamente intención abusiva, por lo que no puede denegarse la solicitud automáticamente.

Así, cuando se comprueba, como en el presente caso, que el solicitante ha demostrado de forma creíble que se ha convertido al cristianismo, ello permite descartar la existencia de una intención abusiva o de un abuso del procedimiento aplicable.

El TJUE declara que la negativa de expedición de documentos de identidad a un nacional, con motivo de su residencia en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, es contrario al derecho de la Unión

Sentencia del TJUE en el asunto C-491/21, Direcţia pentru Evidenţa Persoanelor şi Administrarea Bazelor de Date

El TJUE ha examinado, a la luz del derecho de la Unión Europea, la negativa de las autoridades rumanas a la expedición de un documento de identidad a un nacional rumano residente en Francia.

En su sentencia de 22 de febrero de 2024, el TJUE ha declarado que la negativa de las autoridades a la expedición de un documento acreditativo de la identidad de un nacional, con motivo de la residencia en otro Estado miembro supone una doble infracción del derecho de la Unión. Conforme ha estimado el TJUE, esta negativa supone, por un lado, una restricción a la libre circulación y residencia entre Estados miembros y, por otro lado, una infracción del principio de no discriminación, al imponer una diferencia de trato injustificada entre los ciudadanos residentes y no residentes en el Estado miembro de su nacionalidad.

Concretamente, el TJUE estima que el derecho de la Unión no impone a los Estados miembros la obligación de facilitar documentos de identidad, como documentación válida de viaje, siempre que las autoridades hayan facilitado, alternativamente, un pasaporte o documento acreditativo similar. Sin embargo, el TJUE reprocha a las autoridades rumanas la diferencia de trato respecto a los rumanos residentes en Rumanía, los cuales sí cuentan con documentos de identificación. Al basar su decisión en la residencia de un ciudadano en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, las autoridades rumanas dispensaron un trato desigual fundado en el ejercicio de los derechos a la libre circulación y residencia.

Con ello, el TJUE considera que las autoridades rumanas lesionaron al particular en sus derechos derivados del Estatuto de ciudadanía de la Unión, sin justificaciones válidas basadas en consideraciones objetivas de interés público. Concretamente, el TJUE descarta que dicha legislación pueda justificarse en la necesidad de dar valor probatorio a la dirección del domicilio indicada en el documento de identidad, La sentencia estima que estas consideraciones de orden administrativo, no equiparables a las de orden público, no pueden restringir, conforme al principio de proporcionalidad, el ejercicio de libertades fundamentales garantizadas por los Tratados.

El Tribunal General ha desestimado la solicitud de Bytedance de suspender cautelarmente su designación bajo la DMA

Auto del presidente del Tribunal General en el asunto T-1077/23 R, Bytedance c. Comisión

En el contexto del recurso de anulación interpuesto por Bytedance contra la designación de la plataforma TikTok como "guardián de acceso", conforme al Reglamento de Mercados Digitales ("DMA"), el Tribunal General ("TG") ha desestimado la solicitud de suspensión cautelar de dicha designación.

Según considera el TG, Bytedance no acreditó que concurrieran motivos de urgencia que justificaran la suspensión cautelar de la designación con el fin de evitar un perjuicio grave e irreparable. Concretamente, la compañía alegaba un riesgo de revelación de información estratégica altamente sensible como consecuencia de la implementación inmediata de la DMA.

Por el contrario, conforme al auto del TG, pendiente de publicación, Bytedance no ha probado la existencia de un riesgo suficiente de revelación de información confidencial ni que dicho riesgo implique un perjuicio grave e irreparable.

2. Otros

Finaliza la cuenta atrás para que las grandes tecnológicas designadas como "guardianes de acceso" cumplan con las obligaciones impuestas por la Comisión Europea en virtud de la Ley de Mercados Digitales

Desde el 7 de marzo de 2024, los seis guardianes de acceso —Apple, Alphabet, Meta, Amazon, Microsoft y ByteDance— designados por la Comisión Europea al amparo de la Ley de Mercados Digitales (la "DMA", por sus siglas en inglés) deben cumplir con las obligaciones que les fueron impuestas en las decisiones de designación en septiembre de 2023.

Los planes y medidas que los guardianes de acceso han ido implementando en los meses precedentes se recogen ahora, por un lado, en los informes de cumplimiento que estos han presentado ante la Comisión Europea y, por otro, en las versiones públicas (resumidas) disponibles en la web de la Comisión Europea dedicada a la materia. Junto con el informe de cumplimiento, los guardianes de acceso están obligados a facilitar a la Comisión Europea una descripción auditada independientemente de las técnicas utilizadas para elaborar perfiles de los consumidores.

A partir de ahora comienza el análisis por parte de la Comisión Europea de tales informes de cumplimiento, a fin de valorar si las medidas implementadas por los guardianes de acceso son eficaces para alcanzar los objetivos de las obligaciones impuestas de conformidad con la DMA. Para este análisis, la Comisión Europea, además, tendrá en cuenta las contribuciones realizadas por las partes interesadas en los distintos talleres sobre cumplimiento que ha organizado a estos efectos.

En caso de sospecha sobre una posible infracción, la Comisión Europea podrá incoar un procedimiento de investigación que, de confirmar las sospechas iniciales, podrá dar lugar a la imposición de sanciones económicas de hasta el 10 % del volumen de negocios mundial de la empresa, o del 20 % en caso de reincidencia. Además, en caso de infracción sistemática, la Comisión Europea podrá imponer también medidas correctoras adicionales (por ejemplo, desinversiones y prohibiciones de adquirir servicios adicionales relacionados con el incumplimiento sistémico).

Más allá de continuar la senda de aplicación de la DMA en relación con los guardianes de acceso inicialmente designados, otras grandes plataformas (Booking, ByteDance y X) han notificado recientemente su potencial estatus de guardián de acceso en relación con servicios que podrían alcanzar los umbrales establecidos por la DMA. La Comisión Europea deberá decidir en un plazo máximo de 45 días sobre su designación.

La Comisión Europea inicia el primer procedimiento de investigación en profundidad en el marco del Reglamento sobre subvenciones extranjeras

El pasado 16 de febrero la Comisión Europea decidió abrir la primera investigación en profundidad por posibles subvenciones extranjeras distorsionadoras del mercado, en el contexto de un procedimiento de contratación pública, a raíz de la notificación por parte de una de las empresas licitadoras.

La empresa notificante es una filial del mayor fabricante mundial de trenes en términos de ingresos, que a su vez es una entidad china de propiedad estatal. La notificación se realiza en el marco de un procedimiento de contratación pública iniciado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Bulgaria, consistente en el suministro de varios trenes eléctricos de tracción y servicios conexos de mantenimiento y formación de personal, por un valor estimado de 610 millones de euros.

Finalizado el examen preliminar de la notificación, y considerando que existían indicios suficientes de la concesión a la empresa notificante de una subvención extranjera que distorsiona el mercado interior, la Comisión Europea abrió el procedimiento de investigación en profundidad. La Comisión Europea dispone de 110 días hábiles para determinar si dicha subvención confiere directa o indirectamente un beneficio selectivo a la empresa y si ello le ha permitido presentar una oferta indebidamente ventajosa.

La investigación puede acabar, bien con la aceptación por parte de la Comisión Europea de los compromisos propuestos por la empresa si esta subsana plena y efectivamente la distorsión, bien con la prohibición de la adjudicación del contrato, o bien con la emisión de una decisión de no formular objeciones.

La Comisión propone nueva iniciativas para fortalecer la seguridad económica de la Unión Europea

Como parte del paquete de promoción de la seguridad económica de la Unión Europea, la Comisión adoptó, el 24 de enero de 2024, cinco iniciativas centradas en asegurar la competitividad

de la Unión, garantizar la protección frente a riesgos económicos y promover la cooperación con terceros Estados en materia de intereses económicos comunes.

Entre otras, las cinco iniciativas se dirigen a la protección de la seguridad y el orden público en la Unión, promoviendo un mayor seguimiento de las inversiones extranjeras y un mayor control de las exportaciones. Por otro lado, la Comisión ha propuesto un mecanismo de consultas con Estados miembros e inversores para identificar riesgos potenciales derivados de la salida de inversiones en sectores tecnológicos. Por último, las iniciativas incluyen la recomendación de un paquete de medidas para potenciar la seguridad y la inversión en materia de innovación e investigación, especialmente en sectores tecnológicos de doble uso.

Respecto al mecanismo ya existente en materia de control de inversiones extranjeras, la Comisión ha propuesto un conjunto de medidas destinadas a solventar las deficiencias detectadas. Concretamente, las iniciativas han destacado la necesidad de armonizar las reglas nacionales reguladoras del mecanismo de seguimiento de las inversiones extranjeras, así como la identificación de determinados sectores que todos los Estados miembros deberán incluir en sus respectivos mecanismos de control. Por último, la Comisión prevé extender el sistema de seguimiento a aquellas inversiones procedentes de entidades que, pese a estar establecidas en un Estado miembro, se encuentren controladas en última instancia por individuos o entidades de terceros Estados.

URÍA
MENÉNDEZ

www.uria.com