

Referencias Jurídicas CMS

Septiembre 2022

Referencias Jurídicas CMS

Septiembre 2022

Post jurídicos

Corporate / M&A

Irene Miró y Ying Chen Chen

El administrador dimisionario mantiene transitoriamente el cargo hasta la celebración de la junta para el nombramiento de uno nuevo 4

Concursal y Reestructuraciones

Juan Ignacio Fernández Aguado

La nueva Legislación Concursal 6

Procesal y Arbitraje | Penal

Carlos Aguilar, Enrique Remón y Jorge Martínez

Se aprueba una modificación del código penal ampliando el catálogo de delitos por los que podría responder penalmente la persona jurídica 8

Laboral

Helena Monzón

Análisis de la guía sobre algoritmos en el ámbito laboral elaborada por el Ministerio de Trabajo..... 10

Derecho Público y Sectores Regulados

María Torres

El TJUE declara el incumplimiento de España al regular la responsabilidad patrimonial derivada de infracciones del Derecho de la Unión 12

Post jurídicos

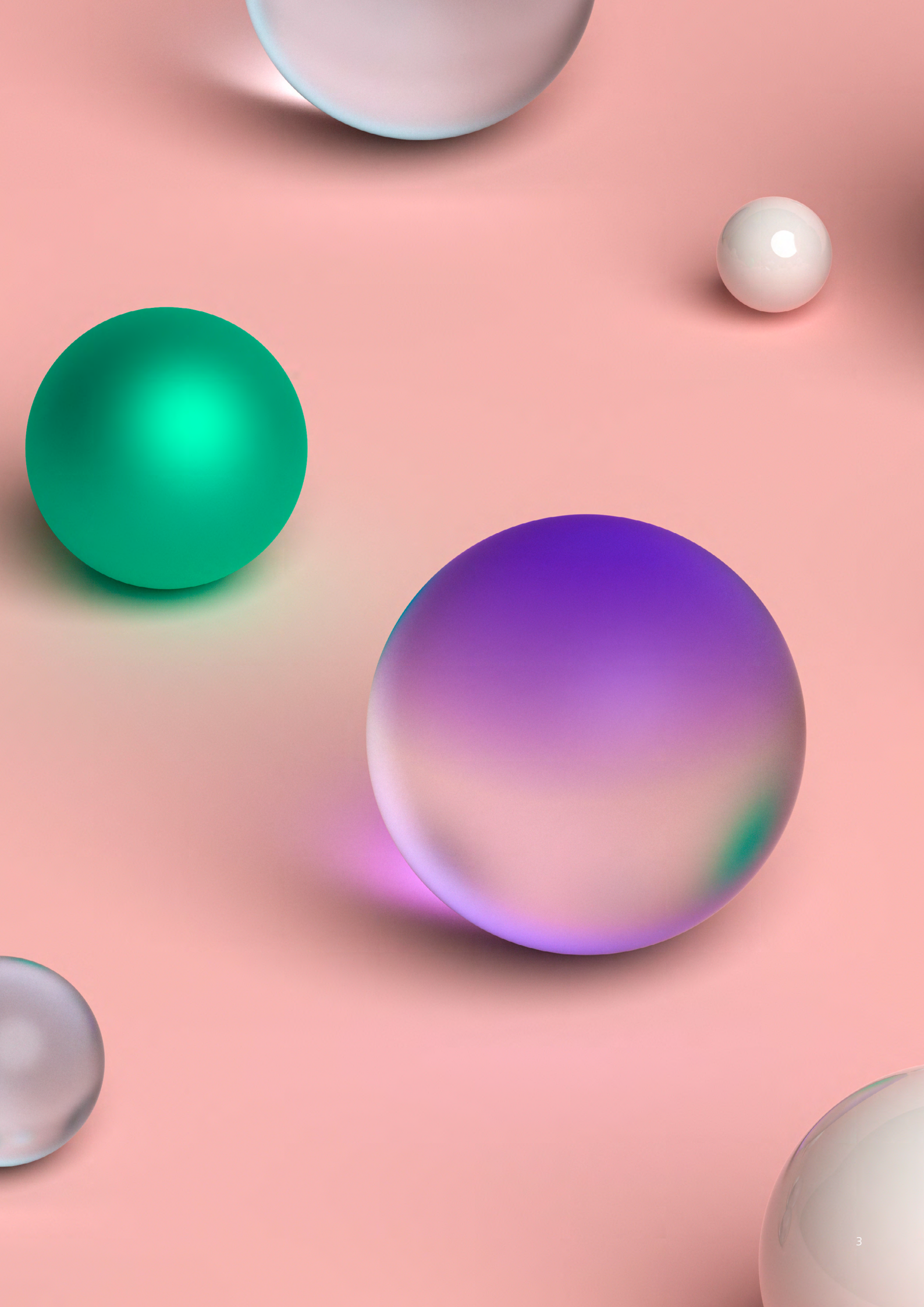
TMC

Miguel Recio

¿Puede reutilizar el encargado del tratamiento para sus propios fines los datos personales que trata por cuenta del responsable? 14

Miguel Recio

¿Puede una administración pública notificar a una persona jurídica en formato papel y no por medios electrónicos? 16



El administrador dimisionario mantiene transitoriamente el cargo hasta la celebración de la junta para el nombramiento de uno nuevo

Irene Miró y Ying Chen Chen
Corporate / M&A | Post jurídico

El Tribunal Supremo confirma la negativa del Registrador Mercantil a inscribir la renuncia del administrador único por no atender la solicitud de presencia de un notario en la junta general en la que se nombra al nuevo administrador, realizada por un socio con posterioridad a la renuncia del administrador, pero antes de la celebración de la junta.

En el caso que resuelve la STS de 12 de julio de 2022, el administrador único, en cumplimiento de su deber y de forma previa a su dimisión, convocó una junta general para el nombramiento de un nuevo administrador y, acto seguido, presentó su renuncia mediante escritura pública. Días después de la renuncia y antes de la junta convocada, uno de los socios solicitó la presencia de un notario en la junta. El administrador contestó a la solicitud aduciendo el cese en su cargo y, por tanto, la imposibilidad de requerir la presencia de un notario. Llegado el día previsto para la celebración de la junta, ésta no tuvo lugar dado que no se personó un notario.

Presentada la escritura de renuncia en el Registro Mercantil, el registrador, quien conoció lo sucedido a través de un escrito remitido por el socio mayoritario de la sociedad, emitió una calificación negativa por la que suspendía la inscripción. El registrador apoyaba su decisión en la reiterada doctrina de la DGRN, según la cual la inscripción de renuncia del administrador único de una sociedad de capital requiere acreditar la válida convocatoria de la junta en la que los socios puedan proceder al nombramiento de un nuevo órgano de administración.

En este sentido, la LSC preceptúa la obligación de los administradores de requerir la presencia de notario en la junta general cuando, tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, algún socio que represente como mínimo un 5% del capital social lo solicite con una antelación mínima de 5 días a la celebración de la junta. En dicho caso, *"los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial"* (último inciso del artículo 203.1 LSC).

El recurso interpuesto por el administrador, solicitando que se anulara la calificación negativa y se procediera a inscribir su renuncia, fue estimado por la DGRN, entendiendo que el administrador había cumplido con su deber al convocar la junta y que el registrador no podía tener en cuenta el escrito de alegaciones del socio mayoritario, en este último caso, por no haberse cumplido los requisitos necesarios. En la misma línea que la DGRN, las sentencias dictadas en primera y segunda instancia en el recurso interpuesto contra la resolución de la DGRN consideraron que la responsabilidad del administrador saliente acaba con la convocatoria de la junta general.

Por el contrario, el TS, siguiendo la misma línea argumental que el registrador, desestima el recurso planteado ante la DGRN y recuerda la jurisprudencia de la sala (STSS 667/2009, de 23 de octubre y 37/2012, de 23 de febrero, entre otras), que enmarca dentro del deber de diligencia del administrador saliente la convocatoria de la Junta para el nombramiento de nuevo administrador.

Según el TS, si no hay otro administrador titular, o uno que lo sustituya, el administrador saliente tendrá la obligación de convocar la junta general para el nombramiento de un nuevo administrador que cubra la vacante



El deber de diligencia de los administradores impera incluso después de su renuncia o cese, durante el periodo transitorio hasta que se nombre a un nuevo administrador

y, además, deberá atender a las necesidades de la gestión y representación en el interregno. De esta forma, mantiene transitoriamente su cargo y, en consecuencia, también su responsabilidad, todo ello para que la paralización del órgano de administración no genere daño a la sociedad. En palabras textuales del TS, *"así resulta del deber de diligencia, y en dicho sentido de continuar en el ejercicio del cargo hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a tal situación se manifiesta la doctrina de la DGRN con base en que es contrario a dicho deber dejar a la sociedad sin órgano de administración"*.

Así, el deber de diligencia de los administradores impera incluso después de su renuncia o cese, durante el periodo transitorio hasta que se nombre a un nuevo administrador. Por consiguiente, resulta válido supeditar la inscripción de la escritura de renuncia del administrador a (i) la convocatoria de la junta para el nombramiento de nuevo administrador y (ii) que la junta se celebre cumpliendo con aquellas exigencias cuyo incumplimiento impediría la validez de los acuerdos que pudieran adoptarse, incluyendo, en su caso, la presencia de notario.

Finalmente, el TS recuerda que el registrador, al calificar un documento, *"puede tener en cuenta circunstancias o hechos ciertos, de los que tenga constancia registral [...], de cuya autenticidad no quepa duda y que estén relacionados con el documento cuya inscripción se solicita, a fin de evitar la práctica de asientos ineficaces y en aplicación del principio de legalidad [...]"*. En este caso, no se cuestionaba la autenticidad del escrito presentado por el socio mayoritario al Registro ni el hecho de que el administrador único saliente había dejado de requerir la presencia de un notario en la junta general solicitada por un socio con una participación suficiente y conforme a lo previsto en la LSC.

La nueva Legislación Concursal

Juan Ignacio Fernández Aguado
Concursal y Reestructuraciones | Post jurídico

La publicación en el BOE de hoy, 6 de septiembre, de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), pone punto final por el momento a la profunda revisión a la que se ha sometido la normativa concursal en España.

No puede obviarse que la labor no ha resultado sencilla. Para muestra las nada menos que 607 enmiendas que fueron formuladas frente al Proyecto de Ley en sede de tramitación en el Congreso de los Diputados, o las más de 250 en el Senado.

De entre las numerosísimas novedades que se introducen (170 páginas de BOE) y que afectan a la totalidad de

la regulación hasta ahora vigente destacamos, en primer lugar, el nuevo preconcursus presidido por los planes de reestructuración, así como en determinados supuestos por el experto en reestructuraciones,

El recurso a estos planes de reestructuración anticipa notablemente la posibilidad de negociación y de reacción ante la previsión de una probabilidad de insolvencia en los dos próximos años, alejándose temporalmente, y mucho, de las insolvencias actuales o inminentes.

Es precisamente esta anticipación una de las novedades más relevantes de la reforma, que si finalmente resulta bien aplicada en el tiempo permitirá de forma real y eficaz evitar situaciones que en otro tiempo resultaban abocadas a un procedimiento concursal en toda su extensión.

En segundo lugar, debe destacarse también la regulación de la venta de unidades productivas, tanto en momentos tempranos dándose carta de naturaleza al pre-pack concursal, como parte integrante de los planes de reestructuración, como durante la tramitación del procedimiento concursal, que durante momentos pasados tuvo una gran aplicación y permitió dar soluciones conservativas a no pocas situaciones.

En este punto, se consolida la regulación sobre la sucesión de empresas por este tipo de ventas en sede concursal siendo deseable que se evite así cualquier discusión relativa a la delimitación de su perímetro que compete al juez del concurso de forma exclusiva y excluyente, evitando el temor del adquirente de convertirse en heredero de deudas inicialmente no asumidas, en particular las que traen su causa en derechos de crédito públicos.



Queda pendiente de desarrollo diversa normativa como son los Reglamentos de la administración concursal, el del Registro público concursal o el relativo a la estadística concursal, todo lo cual hará que la aplicación completa de la reforma será necesariamente escalonada.

En tercer lugar, se añade un nuevo Libro Tercero dedicado al procedimiento concursal especial para microempresas, caracterizado y presidido por un principio de simplificación procesal máxima. Para acogerse a este procedimiento será necesario que se empleen a menos de 10 trabajadores y que el volumen de negocio anual sea inferior a 700.000 euros o un pasivo inferior a 350.000 euros.

En cuarto lugar, tampoco puede pasarse por alto la nueva regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho, necesitado de una revisión que solventara las dudas prácticas que conllevaba su aplicación, convirtiéndose de verdad en un expediente exonerativo en situaciones críticas de insolvencia de personas naturales.

En quinto lugar, y no por ello menos importante, la nueva normativa introduce numerosas novedades de tramitación en el procedimiento concursal, para hacerlo más eficaz y eficiente, pero sin dejar de tener presente que algunas de ellas podrían tener efectos muy relevantes en materia de la responsabilidad de administradores, por lo que tendrán que merecer una muy especial atención.

De entre este elenco de reformas señalamos las que afectan al convenio, que se elimina la posibilidad de la propuesta anticipada, la junta de acreedores y su tramitación escrita, la supresión de los planes de liquidación tal y como hasta ahora eran concebidos, nueva regulación de los créditos contra la masa, los concursos sin masa y la insuficiencia de masa, así como las novedades que afectan al estatuto de la administración concursal.

Finalmente, resulta relevante destacar la *vacatio legis* que contempla la reforma.

De una parte, toda la novedosa regulación del procedimiento especial para microempresas queda relegado al 1 de enero de 2023, a excepción de la norma de nombramiento de administrador concursal para estos casos, que se fía a un desarrollo reglamentario que debía de haberse aprobado en abril de 2015, y sigue pendiente. Por consiguiente, las microempresas que ya no tienen el amparo de la moratoria concursal tampoco dispondrán del sistema excepcional previsto en la nueva regulación durante los próximos 4 meses.

El resto de la reforma entrará en vigor a los veinte días de su publicación, esto es, el próximo 26 de septiembre, sin perjuicio de que quedará pendiente de desarrollo diversa normativa como son los Reglamentos de la administración concursal, el del Registro público concursal o el relativo a la estadística concursal, todo lo cual hará que la aplicación completa de la reforma será necesariamente escalonada.

Se aprueba una modificación del Código Penal ampliando el catálogo de delitos por los que podría responder penalmente la persona jurídica

Carlos Aguilar, Enrique Remón y Jorge Martínez de la Fuente
Procesal y Arbitraje | Penal | Post jurídico

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, introduce una reforma del Código Penal que amplía el catálogo de delitos por los que podrían responder penalmente las personas jurídicas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que incluyó dicha responsabilidad en su ya conocido artículo 31 bis. Este relevante cambio normativo implicó que las empresas podrían responder penalmente, bajo determinadas circunstancias, de los delitos cometidos en su seno, suponiendo asimismo un claro impulso a la cultura corporativa de cumplimiento normativo en España.

Posteriormente, el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue perfeccionado mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo que, entre otros aspectos, incorporó la posibilidad de eximente completa de la responsabilidad para las personas jurídicas siempre y cuando la empresa recogiera en sus modelos de cumplimiento los criterios establecidos en el Código Penal.

Con este marco normativo, la eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas solo podrá atribuirse por la comisión de un "catálogo cerrado" de delitos, que ha sido recientemente ampliado mediante la promulgación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que modifica en su disposición final cuarta la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El primero de los delitos que se incorporan al ámbito de la persona jurídica, de gran relevancia para las mismas, es el delito contra la integridad moral regulado en el artículo 173.1 del Código Penal, que sanciona penalmente a la empresa cuando se infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. Este precepto también castiga los comportamientos en el ámbito de la relación laboral de aquellos que, prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otros de forma reiterada actos hostiles u humillantes, sin llegar a ser considerados como degradantes, bastando con que supongan un acoso grave. Asimismo, el tipo penal descrito contempla como comportamiento punible la ejecución reiterada de actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda, conducta que potencialmente podría afectar a aquellas personas jurídicas cuyo objeto social esté vinculado con el sector inmobiliario.

Por su parte, la reforma analizada también refuerza la redacción del delito de acoso sexual del artículo 184 del Código Penal, estableciéndose ex novo la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando, en su ámbito, tuviera lugar la solicitud de "*favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocar a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante*", en su redacción literal.

Por último, la reforma examinada modifica la redacción del artículo 197 del Código Penal, relativo a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Este tipo delictivo, que si bien ya se encontraba en el catálogo de aquellos que podrían generar la responsabilidad penal de la



Las modificaciones descritas en el presente documento entrarán en vigor el próximo 7 de octubre

persona jurídica, se reforma ampliando las conductas punibles a quien *"habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior [i.e. las obtenidas con anuencia de la persona afectada en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros] las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada"*, ilícito que podría ser especialmente problemático si la conducta punible fuera llevada a cabo haciendo uso de los dispositivos informáticos proporcionados por la compañía.

Las modificaciones descritas en el presente documento entrarán en vigor el próximo 7 de octubre, siendo muy conveniente la revisión de los programas de cumplimiento normativo de las empresas, especialmente la actualización de sus mapas de riesgos penales y el refuerzo de las medidas de prevención y sensibilización afectadas, para dar una respuesta eficaz a las exigencias impuestas por la política legislativa en materia de prevención de delitos en el ámbito empresarial.

Análisis de la guía sobre algoritmos en el ámbito laboral elaborada por el Ministerio de Trabajo

Helena Monzón
Laboral | Post jurídico

En el presente resumen realizamos una exposición didáctica de los elementos más destacables que aporta la Guía presentada por el Ministerio de Trabajo en el mes de mayo de 2022, con la de aportar claridad a las obligaciones de los empleadores en lo que respecta al uso laboral de algoritmos e inteligencia artificial.

La llamada “Guía Práctica y Herramienta sobre la Obligación de Información sobre el Uso de Algoritmos en el Ámbito Laboral”, publicada en mayo de 2022 por el Ministerio de Trabajo y Economía Social (en adelante, la “Guía”), se encuentra directamente relacionada con la adición incorporada, en el año 2021, al art. 64.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, “ET”).

En concreto, el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, incluyó la siguiente obligación de información a la representación legal de las personas trabajadoras (en adelante, la “RLPT”) en el art. 64.4: “«d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.»”.

En un primer momento, el análisis específicamente laboral había permitido concluir que únicamente se encontraban sujetas a esa obligación **las empresas que utilicen sistemas basados en algoritmos o inteli-**

gencia artificial para la toma de decisiones (automatizadas o semiautomatizadas) que incidieran en condiciones de trabajo (reparto de tareas, horarios, turnos, etc.), contratación y extinción de contratos y, también, la elaboración de perfiles. Si bien este análisis se confirma con la Guía, lo cierto es que la misma contiene extensas precisiones respecto al contenido de la información a proporcionar, aspecto que había sido objeto de un continuo debate tanto por parte de las organizaciones sindicales como de las asesorías jurídicas de empresa.

Así, en lo que respecta al contenido de la información a proporcionar a la RLPT, los aspectos clave de la Guía son:

- En primer lugar, **que no se exige que las empresas entreguen del “código fuente” del algoritmo utilizado por sus sistemas.**
- Siguiendo los parámetros sentados por la Agencia Española de Protección de Datos, se debe dar **información suficiente que permita conocer el tipo de tratamiento de datos personales**, de forma que la RLPT tenga certeza y confianza en el resultado de las decisiones generadas por los sistemas en cuestión.
- En lo que respecta a los “parámetros, reglas e instrucciones” a los que hace referencia el art. 64.4 ET, la información que se debe proporcionar se centra en **explicar la lógica, las características de funcionamiento de los sistemas utilizados y sus consecuencias.**
- De la misma forma, es necesario proporcionar detalles concretos sobre **el tipo de tecnología utilizada y sobre las decisiones laborales que se ven afectadas por esta** (ej. selección de personas, contratación, reparto de tareas, etc.), tanto si im-



La Guía contribuye a precisar el tipo de información a proporcionar a la representación legal de las personas trabajadoras

pacta en personal activo de la empresa como en personas candidatas.

- La Guía precisa el tipo de tecnología utilizado, **advirtiéndole que la Empresa tiene la obligación de explicar si los algoritmos son de una tecnología que genera una “caja negra”** (en términos generales, no es posible ver el funcionamiento interno del algoritmo), o si se trata de un algoritmo de aprendizaje continuo.
- Además, **es necesario identificar el software o producto utilizado**, sus certificaciones (de existir) y también si la empresa en cuestión ha realizado o solicitado hacer alteraciones sobre el mismo.
- Por otro lado, se debe indicar de forma expresa **el tipo de intervención humana cualificada que se realiza en relación con las decisiones proporcionadas por los sistemas utilizados**, y también si las personas que intervienen tienen capacidad para desviarse de las decisiones proporcionadas por los sistemas.
- La información a proporcionar sobre **las variables consideradas por los sistemas**, debe ser clara y suficiente (incluyendo datos personales y/o factores considerados).
- **Los parámetros de los sistemas también deben ponerse en conocimiento de la RLPT**, esto es, se debe informar de la ponderación relativa a cada variable utilizada, así como las reglas e instrucciones que conducen a la decisión del sistema, hayan sido programadas expresamente o deriven del aprendizaje automático del sistema.
- También **deben facilitarse los datos de entrenamiento, y en su caso, de validación** utilizados por los sistemas, así con las métricas de precisión o error en las tareas automatizadas (ej. clasificación, puntuación, etc.). Asimismo debe compartirse con la RLPT la evaluación de impacto o las auditorías realizadas en relación con los sistemas.

- Por otro lado, se debe dar información a la RLPT respecto al impacto que las decisiones ofrecidas por los sistemas tienen en los aspectos laborales en los que influyen, **así como su impacto en materia de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres**.

Un aspecto destacable de la Guía es que con ella **no se pretende impulsar la negociación de los sistemas utilizados por la Empresa con la RLPT, sino solo de dar información sobre dichos sistemas**, antes de su implementación (derecho de consulta de la RLPT, art. 64.5 del ET) y, posteriormente, sobre su actualización proceda (normalmente respecto de las alteraciones que se implementen).

No obstante, conviene tener presente que la Guía **contiene una importante advertencia, respecto a la utilización de estos sistemas para la selección de personas trabajadoras afectadas por despidos colectivos**, en la medida en que, en dicho escenario, sí considera que el sistema debe ser objeto de negociación con la Comisión Negociadora que corresponda.

Como puede observarse, la Guía contribuye a precisar el tipo de información a proporcionar a la RLPT. De hecho, concluye con un “Anexo. Herramienta de información algorítmica”, con la que, a través de una serie de preguntas que se deben completar, se pretende facilitar la gestión empresarial del cumplimiento de obligaciones de información.

Por último, cabe mencionar que la Guía contiene un análisis de la normativa de protección de datos y, particularmente, del derecho de información individual que asiste a las personas trabajadoras de conformidad con la normativa de protección de datos personales, que no es objeto de la presente exposición.

El TJUE declara el incumplimiento de España al regular la responsabilidad patrimonial derivada de infracciones del Derecho de la Unión

María Torres
Derecho Público y Sectores Regulados | Post jurídico

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad, al establecer ciertos requisitos en la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados a los particulares por infracciones del Derecho de la Unión.

En su reciente Sentencia de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/2020), el TJUE analiza determinados requisitos contenidos en el régimen español de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados a particulares como consecuencia de incumplimientos del Derecho de la UE que le sean imputables (concretamente, los contemplados en el artículo 32, apartados 3 a 6, y artículo 34.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y artículo 67.1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Los citados preceptos someten la indemnización de los daños ocasionados a particulares por el legislador español como consecuencia de infracciones del Derecho de la Unión a los siguientes requisitos:

(i) Que exista una sentencia del TJUE que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la UE de la norma con rango de ley aplicada;

(ii) Que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño (sin prever ninguna excepción para los supuestos en que el daño deriva directamente de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la UE, cuando no exista una actuación administrativa impugnada);

(iii) Plazo de prescripción de un año desde la publicación en el DOUE de la sentencia del TJUE que declare el carácter contrario al Derecho de la UE de la norma con rango de ley aplicada (plazo que se corresponde con la exigencia del primer requisito, sin que el legislador español se haya planteado que la sentencia no sea necesaria); y

(iv) Que sólo son indemnizables los daños producidos en los cinco años anteriores a la fecha de dicha publicación, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

La Sentencia parte de la consideración de que la responsabilidad del Estado por daños ocasionados a particulares por infracciones del Derecho de la UE se sujeta únicamente al cumplimiento de tres requisitos, a saber, (i) que la norma del Derecho de la Unión tenga por objeto conferir derechos a los particulares; (ii) que sea una infracción suficientemente caracterizada; y (iii) que exista una relación de causalidad directa entre tal infracción y el perjuicio sufrido.

Añade que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales no pueden en ningún caso ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones seme-



A la vista del incumplimiento declarado, deberían impulsarse las modificaciones normativas necesarias en el régimen español de responsabilidad del Estado legislador, ello sin perjuicio de que los órganos jurisdiccionales apliquen el pronunciamiento del TJUE.

jantes de naturaleza interna (principio de equivalencia), ni pueden articularse de manera que en la práctica hagan imposible o excesivamente difícil la obtención de la indemnización (principio de efectividad).

La Gran Sala entiende que los requisitos establecidos en la regulación española mencionados resultan contrarios al principio de efectividad, si bien rechaza que exista una vulneración del principio de equivalencia.

Afirma la Sentencia que la reparación del daño causado por un Estado miembro, como consecuencia de un incumplimiento del Derecho de la UE, no puede estar subordinada a la existencia de una previa sentencia del TJUE que declare tal incumplimiento, por ser ello contrario al principio de efectividad.

En relación con la exigencia de que el particular haya obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, la Sala reprocha que, cuando el daño derive de un acto u omisión del legislador contrarios al Derecho de la UE, sin que exista una actuación administrativa que el particular pueda impugnar, resulta imposible obtener una indemnización.

Indica la Sentencia además que el hecho de exigir que el particular perjudicado haya invocado, desde la fase previa del recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, la infracción del Derecho de la UE posteriormente declarada, bajo el riesgo de no poder obtener la indemnización correspondiente, puede implicar una complicación procesal excesiva, contraria, como las anteriores, al principio de efectividad, toda vez que en dicha fase puede resultar incluso imposible prever

qué infracción declarará finalmente el TJUE.

Al no poder estar subordinada la reparación del daño a la existencia de sentencia del TJUE, la Sala afirma que tampoco la publicación de ésta en el DOUE puede ser el único punto de partida posible del plazo de prescripción de la acción, decayendo por la misma razón el requisito relativo a la limitación en el tiempo de los daños indemnizables.

A la vista del incumplimiento declarado, deberían impulsarse las modificaciones normativas necesarias en el régimen español de responsabilidad del Estado legislador, ello sin perjuicio de que los órganos jurisdiccionales apliquen el pronunciamiento del TJUE.

¿Puede reutilizar el encargado del tratamiento para sus propios fines los datos personales que trata por cuenta del responsable?

Miguel Recio
TMC | Post jurídico

Se trata de una cuestión relevante dadas las implicaciones prácticas que tiene y sobre la que se pronunció la CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) en Francia en enero de 2022. Y lo hizo a través de una breve, pero exhaustiva, guía que contiene todos los requisitos aplicables a la reutilización por el encargado del tratamiento de los datos personales que trate por cuenta del responsable del tratamiento.

De acuerdo con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y con las Directrices 7/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) sobre los conceptos de "responsable del tratamiento" y "encargado del tratamiento" en el RGPD, el encargado del tratamiento "a pesar de participar en el tratamiento, no trata los datos para sus propios fines, sino que lleva a cabo el tratamiento por cuenta del responsable" (aptdo. 55 de las directrices mencionadas). Queda claro que el encargado del tratamiento "tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable" (art. 28.3.a) del RGPD y art. 33.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales -LOPDGDD-) y que "será considerado responsable del tratamiento" si infringe el RGPD al determinar los fines y medios del tratamiento, lo que podría dar lugar a que se le imponga una multa administrativa de hasta diez (10) millones de euros como máximo o una cuantía equivalente al 2% como máximo del volumen de negocio total anual global del

ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía, por la infracción del artículo 83.4.a) del RGPD.

La reutilización de los datos personales según la guía de la CNIL únicamente será posible si el encargado del tratamiento obtiene una autorización previa del responsable del tratamiento para la reutilización de los datos personales. Esta autorización está sujeta a que se cumplan requisitos estrictos, que son: (i) llevar a cabo una evaluación o prueba de compatibilidad (en francés, *test de compatibilité*) previa a que se otorgue la autorización y que satisfaga los criterios que se explican a continuación, (ii) tiene que ser una autorización para un tratamiento específico, compatible con el original o inicial, de manera que no cabe una autorización general y (iii) la autorización se debe dar por escrito, inclusive por medios electrónicos. Además, el responsable del tratamiento inicial y el nuevo responsable del tratamiento (que trataba los datos personales como encargado del tratamiento) tienen que cumplir con sus respectivas obligaciones en virtud del RGPD.

Cuando el tratamiento ulterior de los datos personales no se base en el consentimiento del interesado o en una ley europea o de un Estado miembro, la evaluación o prueba de compatibilidad requiere considerar los siguientes factores:

- la posible existencia de un vínculo entre los fines para los que se recogieron los datos personales y los fines del tratamiento posterior previsto;
- el contexto en el que se recogieron los datos personales, en particular en lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento



Desde un punto de vista práctico, será esencial considerar todos los factores indicados para realizar la evaluación o prueba de compatibilidad y que esta se refleje en la autorización que el responsable del tratamiento otorgue al nuevo responsable del tratamiento

- la naturaleza de los datos personales, en particular si el tratamiento se refiere a categorías especiales de datos personales o a datos personales relativos a condenas e infracciones penales;
- las posibles consecuencias del tratamiento posterior previsto para los interesados;
- la existencia de garantías adecuadas, que pueden incluir el cifrado o la seudonimización.

Si el resultado de la evaluación o prueba de compatibilidad es satisfactorio, será el responsable del tratamiento quien decida dar o no la autorización para el tratamiento ulterior al encargado del tratamiento. Por ejemplo, cabría esperar que el responsable del tratamiento autorice la reutilización de datos por el encargado para poder mejorar sus servicios ya que sería compatible con el tratamiento inicial, mientras que probablemente no lo será el tratamiento ulterior con fines de publicidad u otros incompatibles con el inicial.

En cualquier caso, surgen obligaciones para ambas partes. Entre estas cabe destacar que el responsable del tratamiento inicial tendría que informar de la transferencia de datos al encargado, si bien podrían acordar que lo haga este último al obtener los datos personales de un tercero. Y el nuevo responsable del tratamiento (en francés referido como *ex-sous-traitant*) tendrá que adoptar las medidas adecuadas para asegurar que el tratamiento de los datos personales cumpla con los requisitos del RGPD y que no exceda en ningún caso de la autorización dada por el responsable del tratamiento inicial. Entre estas medidas, que materializan la responsabilidad proactiva, están las de información al interesado, minimización

de los datos personales tratados, el establecimiento de un plazo de retención adecuado o la atención a las solicitudes de ejercicio de derechos.

Desde un punto de vista práctico, será esencial considerar todos los factores indicados para realizar la evaluación o prueba de compatibilidad y que esta se refleje en la autorización que el responsable del tratamiento otorgue al nuevo responsable del tratamiento. Además, dicha autorización debería establecer limitaciones de responsabilidad para cada una de las partes, así como previsiones sobre qué ocurrirá en caso de un incumplimiento por el nuevo responsable del tratamiento.

El tratamiento de datos personales para llamadas sobre comunicaciones comerciales en la nueva ley 11/2022, general de telecomunicaciones

Miguel Recio
TMC | Post jurídico

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en su sentencia nº 1065/2022, de 20 de julio de 2022 (ROJ STS 3139/2022). Y lo ha hecho interpretando los artículos 14.2 y 41.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015 o LPAC).

Según se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo, en el auto de admisión del recurso de casación se indicaba que la cuestión planteada que “presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 14.2 y 41.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a los efectos de determinar cuáles son las consecuencias que se derivan de una notificación efectuada a una persona jurídica en formato papel, y no a través de medios electrónicos” (Antecedente de Hecho Tercero).

Lo que alegaba la representación procesal de la empresa en su recurso de casación era, en esencia, que se habían infringido “los arts. 14.2 y 41.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en la medida en que la sentencia dispensa a la Administración de su obligación legal de notificar por medios electrónicos sus actos y resoluciones a determinados sujetos obligados, y, en particular, a las personas jurídicas.

La carga de practicar notificaciones por medios electrónicos a las personas jurídicas sólo queda dispensada, excepcionalmente, en determinados supuestos previstos legalmente (artículos 41.1 y 41.2 LPAC), que no concurren en este caso ni en la sentencia se insinúa que puedan concurrir, por lo que quedan al margen de su fundamentación” (Antecedente de Hecho Cuarto).

En su sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia sobre las consecuencias de que una notificación a una persona jurídica no se haga por vía electrónica partiendo de que “la notificación es un requisito de eficacia y no de validez del acto administrativo (artículo 39, apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015)” (Fundamento de Derecho Cuarto). Como antecedentes relevantes, el Tribunal Supremo destaca también que la recurrente había recibido previamente otras notificaciones en papel sobre actuaciones anteriores del mismo procedimiento administrativo sin que se formulase objeción ni protesta alguna.

El Tribunal Supremo concluye que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1 de la Ley 39/2015 (“(...) Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente”), por lo que “no cabe afirmar se haya causado indefensión a la recurrente” (Fundamento de Derecho Cuarto). Y pese a que la notificación en papel a una persona jurídica constituye una irregularidad, esta “carece de relevancia invalidante (artículo 48.2 de la Ley 39/2015). A partir de estas consideraciones hechas por el Tribunal Supremo, la notificación en papel a una persona jurídica sería un de-



Una notificación efectuada a una persona jurídica en formato papel, y no a través de medios electrónicos, es una irregularidad que carece de relevancia invalidante y no le causa indefensión

fecto de forma que no carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin (ya que “la notificación es un requisito de eficacia y no de validez del acto administrativo”) ni causa indefensión a la recurrente.

La sentencia del Tribunal Supremo no formula una doctrina de alcance general, ya que su respuesta “queda vinculada a las circunstancias del caso que se examina” (Fundamento de Derecho Quinto) y desestima el recurso de casación.

Cabe señalar que la deliberación de este recurso de casación por el Tribunal Supremo se llevó a cabo de forma concordada con la del recurso de casación 1662/2021 que dio lugar a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo nº 1069/2022, de 20 de julio de 2022 (ROJ STS 3140/2022). En esta sentencia, interpuesta contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de diciembre de 2020, el Tribunal Supremo se refiere a la previa e indica también que no considera “necesario fijar doctrina sobre el alcance interpretativo de los artículos 14.2 y 41.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en razón del carácter casuístico de la controversia jurídica planteada”.

El Tribunal Supremo también desestima en esta última sentencia el recurso de casación interpuesto por la empresa, de manera que una notificación efectuada a una persona jurídica en formato papel, y no a través de medios electrónicos, es una irregularidad que carece de relevancia invalidante y no le causa indefensión (art. 48.2 de la Ley 39/2015).

La presente publicación no constituye asesoramiento jurídico de sus autores. Para más información:

cms-asl@cms-asl.com | cms.law



Twitter



LinkedIn



cms.law

CMS Law-Now™

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

cms-lawnow.com

La información contenida en esta publicación es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico o profesional.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es miembro de la organización internacional de despachos independientes CMS. Cada una de sus firmas miembro son entidades separadas y legalmente distintas, y ninguna de ellas tiene autoridad para obligar a otra. CMS y cada una de las firmas miembro son responsables únicamente de sus propios actos u omisiones y no de los de los demás. La marca "CMS" y el término "firma" se utilizan para referirse a algunas o todas las firmas miembro o a sus oficinas.

Oficinas CMS:

Aberdeen, Abu Dabi, Amberes, Ámsterdam, Argel, Barcelona, Beirut, Belgrado, Bergen, Berlín, Bogotá, Bratislava, Bristol, Bruselas, Bucarest, Budapest, Casablanca, Ciudad de México, Colonia, Cúcuta, Dubái, Düsseldorf, Edimburgo, Estambul, Estrasburgo, Frankfurt, Funchal, Ginebra, Glasgow, Hamburgo, Hong Kong, Johannesburgo, Kiev, Leipzig, Lima, Lisboa, Liubliana, Liverpool, Londres, Luanda, Luxemburgo, Lyon, Madrid, Manchester, Mascate, Milán, Mónaco, Mombasa, Múnich, Nairobi, Oslo, París, Pekín, Podgorica, Poznań, Praga, Reading, Río de Janeiro, Roma, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghái, Sheffield, Singapur, Skopie, Sofía, Stavanger, Stuttgart, Tel Aviv, Tirana, Varsovia, Viena, Zagreb y Zúrich.

cms.law

CMS Albiñana & Suárez de Lezo

