

Your World First

C/M/S/

Law . Tax

# Referencias Jurídicas

Septiembre 2018



# Referencias Jurídicas

Septiembre 2018

---

## Artículos de fondo

---

### Corporate / M&A

**Modificación ¿sustancial? del régimen de transmisión de participaciones sociales y derecho de separación ..** .....5  
José María Rojí

---

## Posts jurídicos

---

### Corporate / M&A

**¿Se extingue de manera automática el poder de representación en caso de incapacidad sobrevenida del mandante?** .....10  
Iñigo Hernández y María Artilles

**Grupos de sociedades controlados por personas físicas: ser o no ser** .....12  
Alina Martiniva

**Derecho del accionista de la sociedad dominante a información de la filial** .....14  
Celso Méndez

### Laboral

**La falta de llamamiento injustificada de un número de trabajadores fijos-discontinuos superando los umbrales numéricos legales constituye despido colectivo nulo por no seguir el procedimiento de despido colectivo** .....16  
Cristina Ridruejo y Elena Esparza

**Aplicación de la figura de la sucesión de empresa prevista en la Directiva 2001/23/CE en casos de subrogación convencional** .....18  
Cristina Ridruejo y Elena Esparza



## Derecho Público y Sectores Regulados

**La potestad reglamentaria ante el Tribunal Constitucional** .....20  
Rocio Gros

**Las comercializadoras energéticas, obligadas a contribuir al Fondo Nacional de Eficiencia Energética** ..  
.....22  
Maitane Puente

## Procesal

**¿Puede una empresa extinguir la relación laboral con el trabajador que ingresa en prisión?** .....24  
Manuel Sánchez-Puelles

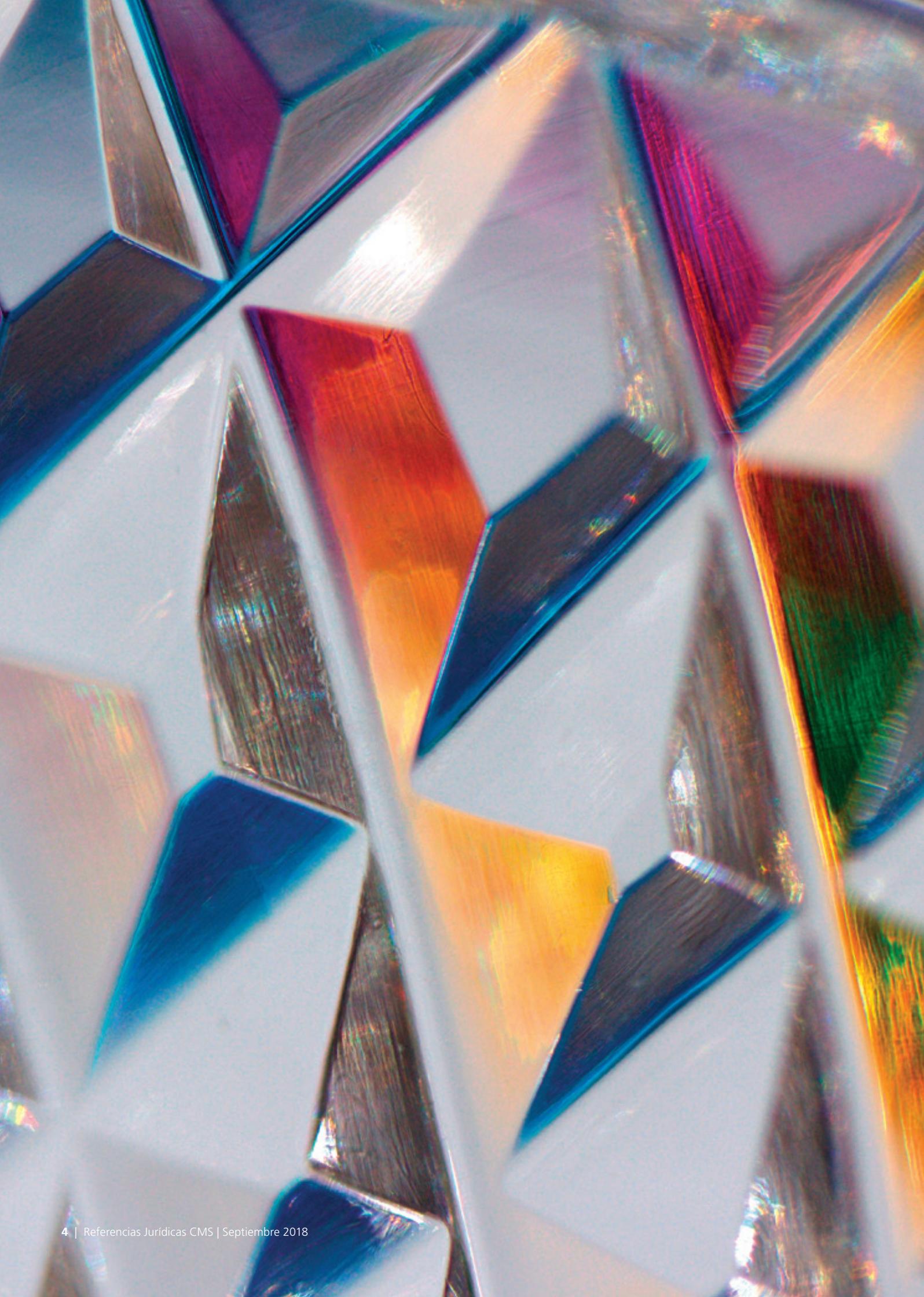
## Propiedad Industrial e Intelectual

**La publicación en Internet de una fotografía previamente publicada en otro sitio web requiere de la autorización de su autor** .....26  
Blanca Cortés y Alberto Colomina

## TMC

**Sobre el Real Decreto-Ley 5/2018** .....28  
Bartolomé Martín, Blanca Cortés, Alberto Colomina y Claire Murphy

**Nuevas medidas normativas para mejorar la seguridad de las redes y sistemas de información** ..30  
Claire Murphy y Bartolomé Martín



# Modificación ¿sustancial? del régimen de transmisión de participaciones sociales y derecho de separación

José María Rojí

La junta de socios de una sociedad de responsabilidad limitada aprueba por mayoría la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales, acordando que sea libre la transmisión a ascendientes cuando hasta la modificación solo lo era la que se realizaba en favor de descendientes. Uno de los socios disidentes ejercita el derecho de separación al amparo del 346.2 LSC, siendo el objeto del debate si la modificación acordada era lo suficientemente sustancial para activar dicho derecho. La DGRN ha resuelto la cuestión, lo que permite juzgar cuál debe ser la trascendencia que se debe conceder a la modificación para considerarla o no sustancial.

## 1. Introducción

El derecho de separación y sus vicisitudes plantean problemas prácticos de elevado interés jurídico. Un buen ejemplo de estas situaciones es aquel del que se ocupa la resolución de la DGRN de 4 de julio de 2018, que se pronuncia sobre la calificación negativa de la solicitud de inscripción de un acuerdo de modificación del régimen estatutario de transmisión de participaciones sociales, no constando la manifestación del administrador de que ningún socio había ejercitado su derecho de separación.

El debate suscitado trae causa de la modificación estatutaria acordada por la junta general de socios de una sociedad de responsabilidad limitada que afecta al régimen de transmisión de participaciones sociales. Con anterioridad a la modificación, las transmisiones en favor de descendientes eran libres; la reforma estatutaria extiende los supuestos de libre transmisión a las transmisiones realizadas a favor de ascendientes de los socios.

A la hora de valorar el alcance de la modificación estatutaria se debe tener en cuenta que tanto conforme a la Ley de



Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 –en vigor cuando se aprobaron los estatutos originales– como a Ley de Sociedades de Capital, y salvo el establecimiento de un régimen distinto en los estatutos, son libres tanto las transmisiones realizadas entre socios, como la que se efectúe en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo (107 LSC). Por lo tanto, cuando los socios incorporaron la previsión estatutaria que se modifica, restringieron voluntariamente el ámbito subjetivo de la libertad de transmisión, discriminando entre ascendientes y descendientes en perjuicio de la que se realice en favor de los primeros.

El acuerdo fue adoptado con el voto favorable del 66,687%, mientras el restante 33,13 % votó en contra. De los socios que votaron en contra, uno de ellos, titular de un 15% de las participaciones sociales, ejerció en tiempo y forma su derecho de separación al amparo del artículo 346 LSC.

Dado que no todos los socios habían votado a favor de la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales, debía acreditarse el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el ejercicio del derecho de separación por parte de los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo. En concreto, debía constar en escritura pública la declaración del administrador de que ningún socio había ejercitado el derecho de separación en el plazo de un mes contado desde la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, o desde la recepción de la comunicación a cada uno de los socios que no votaron a favor del acuerdo (indicando la fecha de publicación o de recepción según el caso), o de que la sociedad, previa autorización de la junta general, adquirió las participaciones sociales de los socios separados, o acordado la reducción del capital (346.1.a, 348 y 349 LSC y 196, 205, 206 y 208 RRM).

El registrador, ante la ausencia de dicha declaración, deniega la inscripción de la modificación estatutaria, siendo su calificación objeto de recurso. Aunque la sociedad que pretendía la inscripción utiliza distintos argumentos, los mismos quedan reducidos a dos: la modificación acordada no era sustancial y pretendía preservar el carácter familiar de la sociedad, ya que habilitaba la libre transmisión de participaciones de descendientes a ascendientes. Ambos argumentos van a ser rechazados.

## 2. ¿Activa el derecho de separación una modificación no sustancial del régimen de transmisión?

Respecto a la sustancialidad o no de la modificación, conviene hacer una reflexión previa sobre si debe tener o no trascendencia que la misma sea o no sustancial. La Resolución de la DGRN afirma que sí. Pero dicho aserto, que es crítico para la resolución del supuesto y para la exégesis y aplicación general del precepto, no resulta indubitadamente del tenor de la norma y conviene por lo tanto reflexionar sobre el mismo.

La norma en su literal no exige tal sustancialidad, cuando sí lo hace para otra causa de separación como es la modificación del objeto, obsérvese la diferente redacción de ambas causas incluidas dentro del artículo 346 LSC, en sus apartados primero y segundo:

### *“Artículo 346. Causas legales de separación*

1. Los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital en los casos siguientes:

a) Sustitución o modificación sustancial del objeto social.

(...)

2. *En las sociedades de responsabilidad limitada tendrán, además, derecho a separarse de la sociedad los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.*"

Consideramos de interés señalar que ni la redacción original del precepto en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni la redacción del precepto en que se integró tras la Ley de Sociedades de Capital tampoco cualificaban la modificación del objeto. En este caso, la adjetivación de "sustancial", se introdujo con posterioridad a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Dicha modificación podría haberse extendido en cuanto a dicha adjetivación a la modificación del régimen de transmisión de participaciones, y no se hizo.

Esta diferencia podría constituir el fundamento –donde la Ley no distingue no debemos distinguir–, sobre el que construir la tesis de que el legislador ha evitado conscientemente cualificar la modificación del régimen de transmisión de participaciones y, en consecuencia, cualquier modificación, sea o no sustancial, activa el derecho de separación del socio disidente.

Sin embargo, de seguirse una conclusión de esta naturaleza en un sentido absoluto, cualquier modificación activa el derecho de separación aun cuando careciera de toda sustancia. Ello sería contrario al espíritu y la finalidad del precepto, que es evitar que una modificación acordada por la mayoría con el voto en contra del minoritario pueda alterar el carácter cerrado de la sociedad y las expectativas que respecto a eventuales transmisiones tiene el socio. No está justificado, el reconocer un derecho de separación, que como es conocido comporta riesgo para la sociedad, en supuestos que no hay que proteger por no alterarse el carácter cerrado ni perjudicar expectativas legítimas.

Cuando el acuerdo restringe la transmisibilidad se intensifica ese carácter cerrado pudiendo quedar el minoritario prisionero de sus títulos, según afortunada expresión de la doctrina. Cuando el acuerdo modificativo redunde en una mayor libertad a la transmisibilidad, el minoritario verá incrementado el riesgo de que se puedan incorporar a la sociedad con mayor facilidad socios distintos, lo que se compadece mal con el carácter cerrado de la sociedad. En ambos casos puede justificarse la existencia de un derecho de oposición del socio disidente.

Ahora bien, cuando la modificación referida al régimen de transmisión no implica ni una restricción mayor ni más libertad de manera directa, por ejemplo cuando modifica de modo poco relevante un plazo, no atenta a los legítimos derechos o expectativas del socio; ni se justifica que el socio pueda ejercitar un derecho de separación. Téngase presente que, como se ha apuntado, el derecho de separación no es inocuo para la sociedad y sus socios, sino que,

muy al contrario, puede poner en riesgo a la misma en la medida en que supone destinar sus recursos a la adquisición de participaciones de sus socios, lo que con carácter general está muy restringido conforme al régimen de autocartera.

Por ello, en nuestra opinión, debe considerarse que no todas las modificaciones del régimen de transmisibilidad activan un derecho de separación, pudiendo ser su sustancialidad un criterio para distinguir unas de otras. Este es el criterio que, como veremos, adopta la DGRN en la resolución comentada. La interpretación de qué es sustancial deberá ser restrictiva más cuando se trate del objeto que cuando se trate de la transmisión de participaciones sociales.

En todo caso, en nuestra opinión, mientras que cuando se trate de una modificación del objeto la sustancialidad de la modificación corresponderá probarla a quien ejercite el derecho de separación, en la modificación del régimen de transmisión, deberá ser quien se oponga a la separación quien acredite la ausencia de sustancialidad.

### **3. ¿Es sustancial la modificación consistente en extender el régimen de libre transmisión a las transmisiones a los ascendientes?**

La DGRN considera que la modificación del régimen de transmisión que extiende el régimen de libertad de transmisión a los ascendientes, ampliando así a los sujetos respecto a los que una transmisión es libre, constituye una modificación sustancial y, conforme a los criterios expuestos en el apartado anterior, reconoce que, de no ser sustancial la modificación del régimen estatutario, no se activaría el derecho de separación.

Sin embargo, el cambio acordado sí que era sustancial y, e sí asiste el derecho de separación al socio disidente:

*"Ciertamente, se ha afirmado que de admitir la operatividad del derecho de separación del socio en supuestos de ligeras modificaciones de aspectos no sustanciales del régimen de transmisión de las participaciones sería contrario al principio corporativo, al de autonomía de la voluntad y al fundamento mismo del derecho de separación como mecanismo protector de los socios, en detrimento del patrimonio social como consecuencia del reembolso al socio saliente del valor de sus participaciones. Pero en el presente caso, sin necesidad de prejuzgar sobre dicha cuestión, lo cierto es que la modificación estatutaria cuestionada comporta un aumento de los supuestos de libre transmisibilidad de las participaciones y, por ello, debe concluirse que tiene entidad suficiente para que entre en juego el derecho de separación de los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales."* (énfasis nuestro)

Coincidimos con la solución dada por el centro directivo y con los argumentos que aduce. Como se ha puesto de ma-

nifiesto, con la modificación se pretende que los ascendientes puedan adquirir libremente. Con ello se altera un elemento del régimen de transmisión que fue relevante en el momento constitutivo y respecto del que el socio minoritario podía tener una expectativa legítima, bien sea adquirir participaciones en estos supuestos de transmisión ejercitando el derecho de adquisición preferente, que no se activaría de ser la transmisión libre, bien el evitar o entorpecer que los ascendientes puedan adquirir las participaciones de sus socios en contra de su voluntad. Todos podemos pensar sin esfuerzo en supuestos en los que estando satisfechos de compartir un proyecto o negocio con quien es o no familiar, nos opondríamos frontalmente a hacerlo con sus ascendientes. Por ello, no cabía atender el argumento de quien pretendía la inscripción en el sentido de que la modificación permitía mantener las participaciones dentro del ámbito familiar y, en consecuencia, no debía activarse el derecho de separación.

#### **4. Aproximación tentativa a una categorización de las modificaciones del régimen de transmisión de participaciones atendiendo al criterio de su sustancialidad**

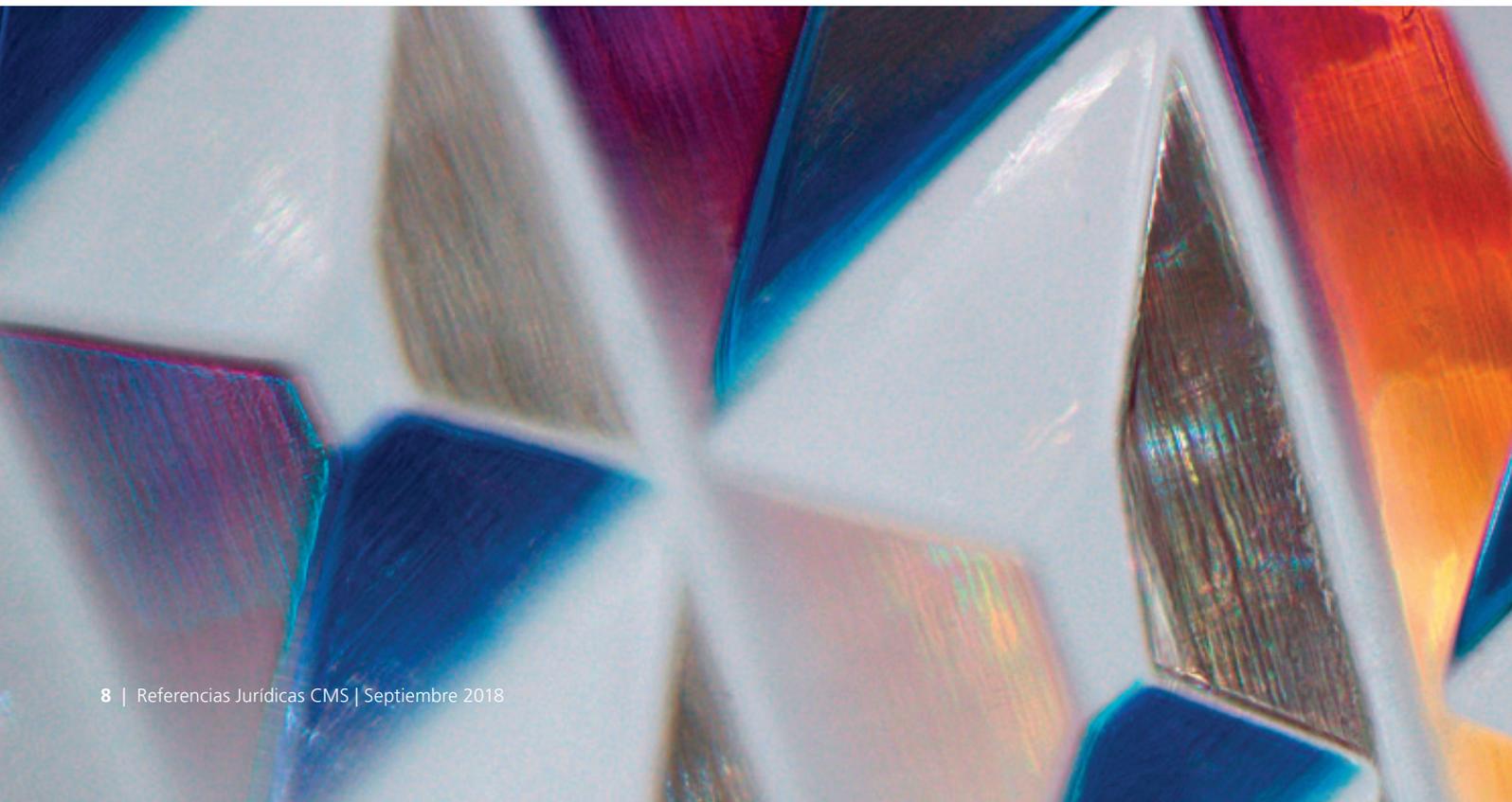
Intentando entonces esbozar categorías sobre qué es sustancial y qué no, parece razonable formular una aproximación tentativa a la cuestión sobre la base de algunos criterios que apuntaremos a continuación.

En nuestra opinión es irrelevante a estos efectos que la modificación tienda a aumentar la restricción o contribuya a facilitar la transmisión de las participaciones, en este último caso siempre que no se incurra en la prohibición legal del artículo 108.1 LSC, en cuanto a que en la práctica no suponga la libre transmisibilidad inter vivos de las participaciones. El régimen de las sociedades anónimas sí dis-

tingue entre una situación y otra estableciendo consecuencias sólo en los supuestos que se restrinja la transmisibilidad (123.1 LSC), atendiendo a su carácter de sociedad abierta. Por lo tanto, lo relevante será la sustancialidad con independencia del sentido de la modificación, hacia una mayor restricción o hacia una mayor libertad.

Partiendo de lo anterior, apuntamos los siguientes criterios orientadores:

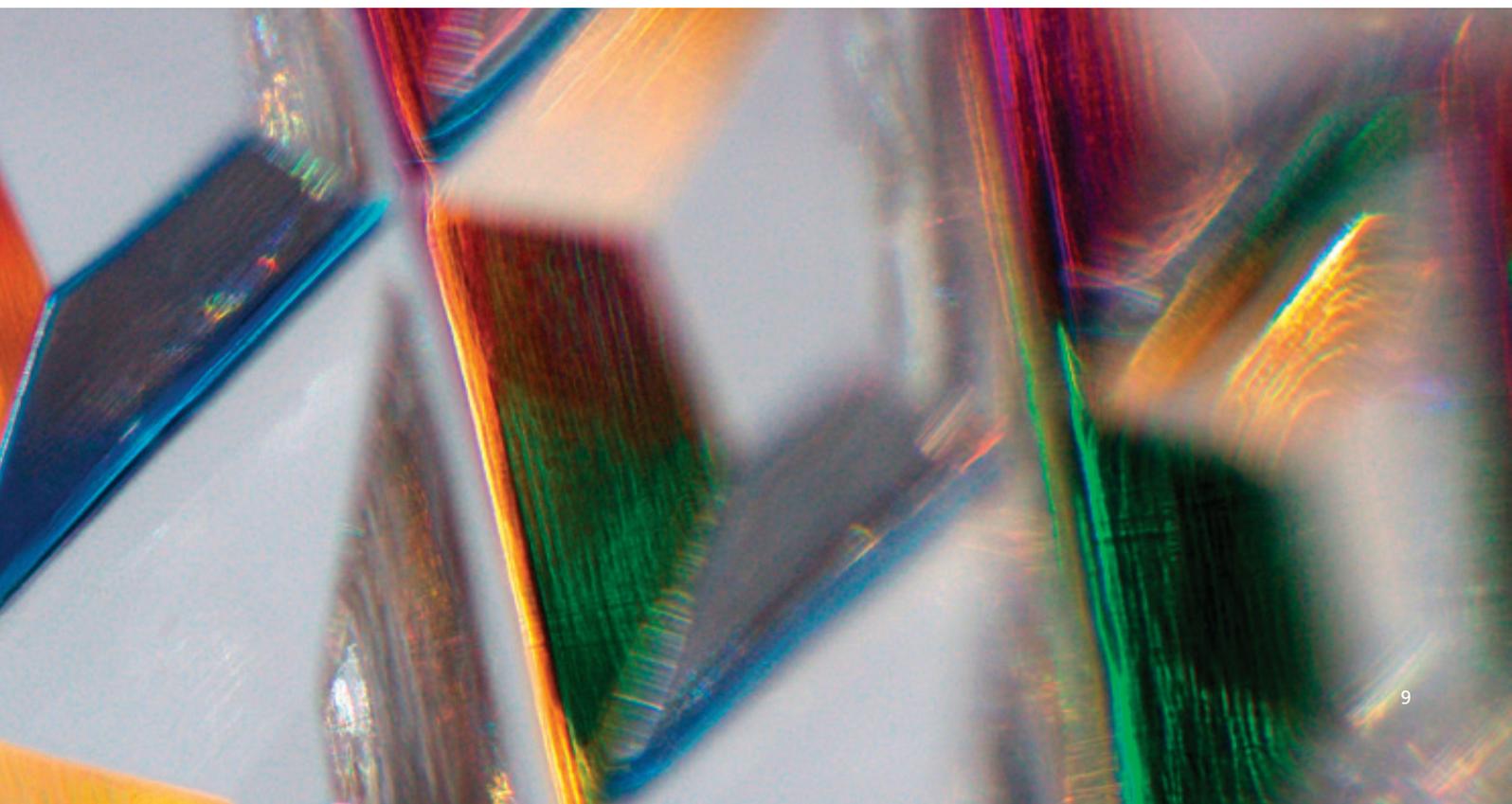
- Siempre que se aumente o restrinja el ámbito subjetivo de quienes pueden adquirir libremente estaremos ante una modificación sustancial.
- La introducción, eliminación o modificación sustancial de cualesquiera derechos como los de adquisición, el *drag along*, el *tag along*, la venta grapada, etc., constituye siempre una modificación sustancial. También las modificaciones importantes de los mismos que afecten por ejemplo a los sujetos titulares, a los sistemas de valoración, etc. Téngase en cuenta al respecto que la DGRN en resolución de 4 de diciembre de 2017 ha señalado que la introducción de un derecho de arrastre exige unanimidad por lo que no entra en juego el derecho de separación por imponerse una protección más severa. Por el contrario, es reiterada la jurisprudencia en el sentido de que el derecho de adquisición preferente, aunque se predique de cada socio, no es un derecho individual y, por lo tanto, su supresión no requiere su consentimiento individual pero sí constituirá una modificación sustancial.
- El incremento o la disminución de las causas que permiten a la sociedad a través de la junta denegar la autorización a la transmisión también constituirán modificaciones sustanciales.



- La mera modificación de un plazo para la comunicación de la transmisión o el ejercicio del derecho de adquisición, sin extenderlo o reducirlo de modo intenso, no debiera considerarse substancial.
- La modificación del sujeto competente para hacer una valoración de las participaciones, cuando los estatutos contuvieran una previsión de esta naturaleza no es por sí mismo substancial. Tampoco consideramos que sea substancial la determinación de quién debe designar al valorador, aunque claramente entra dentro de los supuestos más dudosos. Sí lo sería la modificación del sistema o criterios de valoración.
- También la alteración del plazo de indisponibilidad por debajo de los cinco años (108.4 LSC).
- Supuestos más dudosos serían por ejemplo la modificación al alza o a la baja de las mayorías requeridas para adoptar el acuerdo de autorización de la transmisión modificando lo previsto en el artículo 107 LSC, modificación que tiene un impacto directo en la transmisibilidad de las participaciones.
- También un supuesto dudoso sería la modificación del procedimiento de resolución de conflictos respecto, por ejemplo, a la valoración de participaciones en la transmisión, sin perjuicio de las mayorías reforzadas requeridas para incorporar convenios arbitrales en los estatutos (artículo 11.bis.2 de la Ley de Arbitraje). En nuestra opinión, siendo esta una modificación sin duda substancial del régimen legal, no lo es del régimen de transmisión de las participaciones, ya que no altera la posibilidad de transmitir, sino que afecta a cómo se resuelve *a posteriori* la controversia sobre la transmisión.

Téngase en cuenta, en todo caso, que, en la duda sobre la substancialidad de la modificación, como medida tuitiva de protección del minoritario, el criterio que se debe seguir es el de afirmar, en principio, su carácter de substancial, como destaca la resolución objeto de estos comentarios con cita de otra anterior:

*“Cuando el régimen de transmisión de participaciones sociales se modifica en los estatutos mediante acuerdo de la junta general de socios, debe tenerse en cuenta que, como expresó este Centro Directivo en su Resolución de 21 de mayo de 1999, «entre las ideas rectoras de la Ley de Responsabilidad Limitada destaca la de una intensa tutela del socio y de la minoría, que se traduce, entre otras manifestaciones, en el establecimiento de algunas normas legales que introducen límites al poder mayoritario de la Junta general en caso de modificaciones estatutarias (véase el apartado III de la exposición de motivos de la Ley)». Cita a continuación una serie de medidas tuitivas, establecidas en preceptos de la Ley 2/1995, y trasladadas a la Ley de Sociedades de Capital, que se centran, en unos casos, en la exigencia del acuerdo de todos los socios, en otros, en la necesidad del consentimiento individual del socio afectado, y finalmente, en otros, en la posibilidad de separación del socio disconforme. Esta idea tuitiva respecto del socio que subyace en toda la Ley de Sociedades de Capital, debe servir para, en caso de duda, llegar a una interpretación correcta de los preceptos legales.”.*



# ¿Se extingue de manera automática el poder de representación en caso de incapacidad sobrevenida del mandante?

Iñigo Hernáez y María Artilles  
Departamento de Corporate / M&A

El Tribunal Supremo reitera que la incapacidad sobrevenida no es causa de extinción automática del negocio jurídico de representación, aun cuando no se haya otorgado "poder preventivo". Así, el hecho de que el mandante tenga anuladas las facultades intelectivas y volitivas no impide la pervivencia de poder otorgado, en determinadas circunstancias.

La Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, modificó el artículo 1.732 del Código Civil, permitiendo que la incapacitación sobrevenida del mandante no fuera causa de extinción del mandato. A raíz de dicha reforma, aquel precepto establece en su último párrafo que: *"El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor."*

Esta modificación pretende ser un complemento de la regulación de la autotutela. Esta institución permite a una persona capaz, en previsión de su futura incapacidad, adoptar en documento público cualquier disposición relativa a su persona y/o bienes. Incluso permite otorgar mandatos que desplegarán sus efectos en caso de que el po-

derdante sea incapacitado por el juez. También permite prever que sigan vigentes los mandatos otorgados, a pesar de la incapacitación del mandante, sin perjuicio de que un juez pueda acordar su extinción en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor.

La sentencia del Tribunal Supremo 2103/2018, de 7 de junio se ocupa del conflicto generado en la donación de una finca otorgada por Dña. Eburne en nombre propio y en representación de D. Abel, su esposo. Éste, iniciados los trámites para llevar a cabo la segregación y donación de la finca, deviene incapaz y fallece. Dña. Eburne, siguiendo la voluntad del mandante, seriamente manifestada pocos días antes de su fallecimiento, culmina los actos que D. Abel, estando en pleno uso de sus facultades mentales, le encargó.

Con esta sentencia el órgano jurisdiccional contradice parcialmente la tesis sostenida por un sector relevante de la doctrina, que consideraba que el poder se extingue en cualquier circunstancia en que el poderdante tenga anuladas sus facultades mentales, haya o no un proceso judicial sobre su capacidad, a no ser que el mandante hubiese previsto expresamente en el poder otorgado su subsistencia en el supuesto de incapacidad (los conocidos como "poderes preventivos").

El Alto Tribunal establece que el poder subsistirá, aun teniendo el poderdante anuladas sus facultades mentales, apoyándose para ello en las normas generales de interpretación de los contratos, singularmente en el art. 1.282 CC, que establece que para determinar la intención de los contratantes se estará, entre otros datos, a los actos posteriores de las partes. Éstos se interpretarán como concluyentes si el



El Tribunal fundamenta su decisión en la voluntad probada del mandante, manifestada cuando conservaba aun plenamente sus facultades intelectivas y volitivas.

poder otorgado en favor del mandatario le permitiera realizar los actos encargados, aunque el mandante no conservase las facultades intelectivas y volitivas, debiéndose llevar a cabo una interpretación sociológica del art. 1.732 conforme al art. 3.1 CC. En definitiva, no nos encontramos con una interpretación del Tribunal Supremo frontalmente contraria a la mencionada doctrina, sino que la matiza y autoriza, a la vista de los artículos 1.282 y 3.1 del CC. Así, se defiende la pervivencia de un contrato de mandato tras la incapacidad del mandante, si éste tiene como objeto culminar determinados actos que merecen ser ejecutados basándose en la voluntad acreditada del poderdante.

El Tribunal fundamenta su decisión en la voluntad probada del mandante, manifestada cuando conservaba aun plenamente sus facultades intelectivas y volitivas, y dirigida precisamente a ordenar las consecuencias económicas tras su fallecimiento, que veía como inminente. Más que una incapacidad sobrevenida, considera el Supremo, lo que existió fue el desenlace final previo al fallecimiento, pero con una exposición previa y clara de cuál era la voluntad del mandante fallecido, que la mandataria simple y llanamente cumple rigurosamente en interés del mandante.

Y es precisamente el interés del mandante el núcleo fundamental en torno al cual gira la argumentación del Tribunal Supremo, hilando de este modo con la doctrina más clásica en materia de representación para la que existe un “concepto originario de representación”, que sería el que se conecta con la actuación en nombre de otro en defensa de sus intereses (Sartori). A partir de aquí entiende que las dos características definitorias de este concepto serían, por tanto: (i) una sustitución en la que una persona habla y actúa en nombre de otra, (ii) bajo la condición de hacerlo en interés del representado.

Y es esta segunda característica la que prepondera también en la doctrina sostenida por el Profesor Díez-Picazo, quien establece que, a pesar de que la regla de nuestro Código Civil es la de la extinción automática es posible admitir una continuación del mandato cuando lo consientan los representantes legales del mandante incapacitado o, por lo menos, no den lugar a revocación. Esta tesis se sustenta en que el elemento central y definitorio de la representación en el ámbito del Derecho privado sería el actuar en interés de otro.



# Grupos de sociedades controlados por personas físicas: ser o no ser

Alina Martiniva  
Departamento de Corporate / M&A

La Sentencia del 11 de julio de 2018 consolida la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce la existencia de un grupo de sociedades cuando el control es ejercido por una persona física.

En el ordenamiento jurídico español el concepto de grupo societario está definido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, cuya redacción actual establece que un grupo existe cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Así, tras la reforma introducida por la Ley 16/2007, de 4 de julio, el criterio de unidad de decisión, por el que venía caracterizado el grupo de sociedades con anterioridad, se sustituye por el de control, insuficiente para abarcar los llamados grupos paritarios, horizontales y por coordinación.

Debe hacerse notar que la definición de grupo de sociedades se hace por el legislador en la Sección Tercera del Título III del Código de Comercio que regula las obligaciones contables de los empresarios. A pesar de que el concepto se explica por una finalidad contable (determinar la obligación de formular cuentas consolidadas), el concepto de control introducido por este artículo es el que se usa con carácter general para definir el grupo societario. A modo de ejemplo, la Disposición Adicional Sexta de la Ley Concursal establece expresamente que a los efectos de la citada ley es de aplicación la definición de grupo de sociedades prevista en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

Precisamente sobre el grupo societario a los efectos concursales se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo

1479/2017 y 2677/2018 objeto de este breve comentario. En los dos casos se trata de dos sociedades, una acreedora y otra deudora, que están controladas, directa o indirectamente, por la misma persona física y, además, administradas por las mismas personas físicas o jurídicas. A raíz de ello, se discute por las partes si la estructura organizacional descrita puede definirse como grupo societario en los términos del artículo 42.1 del Código de Comercio. La cuestión tiene relevancia concursal, como es sabido, pues determina la condición de personas jurídicas especialmente relacionadas, con importantes consecuencias. Entre ellas, sin duda la más importante es que el crédito de la sociedad acreedora será calificado como subordinado.

El temor a dicha consecuencia explica la posición adoptada por la sociedad acreedora en cada caso. La estrategia consistía en demostrar que, al tratarse de una persona física quien, en última instancia, tenía la participación mayoritaria en las dos sociedades, no podría hablarse de un grupo de sociedades de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.1 del Código de Comercio. En esa situación, se sostenía, las dos sociedades simplemente comparten una dirección única. Se trataría, por tanto, de un grupo societario paritario o horizontal que debía entenderse excluido del concepto de grupo de sociedades, tal y como está consagrado desde 2017.

Una vez analizados los hechos, el Tribunal Supremo concluye que no puede haber ninguna duda de que, al poseer, directa o indirectamente, una persona física la mayoría de los derechos de voto en las dos sociedades (acreedora y deudora), dicha persona ejerce el control sobre las mismas. La controversia, por tanto, solo podría versar en torno a si en tal caso podría hablarse de un grupo societario en los términos del artículo 42.1 del Código de Comercio y, por



La principal conclusión a la que llega el Tribunal Supremo es que para que exista grupo de sociedades no es necesario que quien ejerce o puede ejercer el control sea una sociedad mercantil que tenga la obligación legal de consolidar las cuentas anuales y el informe de gestión.

tanto, si las sociedades podrían considerarse especialmente relacionadas a los efectos de lo establecido en la Ley Concursal.

La principal conclusión a la que llega el Tribunal Supremo es que para que exista grupo de sociedades no es necesario que quien ejerce o puede ejercer el control sea una sociedad mercantil que tenga la obligación legal de consolidar las cuentas anuales y el informe de gestión. Sostiene que debería distinguirse entre los elementos de la norma que tengan relevancia únicamente a los efectos contables de los que se utilizan con el objeto de definir el concepto de grupo de sociedades. Así, el hecho de que no haya obligación para una persona física de consolidar las cuentas anuales no significa que cuando ésta ejerce el control sobre varias sociedades no pueda hablarse de un grupo de sociedades. De hecho, alega que el apartado 6 del artículo 42.2 del Código de Comercio prevé, para las personas físicas y personas jurídicas distintas de sociedades mercantiles, la posibilidad de formular las cuentas anuales consolidadas de forma voluntaria. Este hecho vendría a demostrar la existencia de grupos societarios controlados por personas físicas y personas jurídicas distintas de sociedades mercantiles.

Como consecuencia de lo anterior, destaca que, a los efectos de la remisión contenida en la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, tiene relevancia solo el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 42.1 del Código de Comercio relativo al concepto de control. Al cumplirse uno de los supuestos previstos en dicho artículo, no cabe ninguna duda de que en los dos casos se trata de un grupo societario y, por tanto, de dos sociedades especialmente relacionadas. Que el control esté en manos de personas físicas resulta, por tanto, indiferente a los efectos de la calificación como grupo, a juicio del Tribunal Supremo.

# Derecho del accionista de la sociedad dominante a información de la filial



Celso Méndez  
Departamento de Corporate / M&A

La Audiencia Provincial de Madrid niega, por cuestiones formales, que se hubiese vulnerado el derecho de información de un accionista al que los administradores negaron la entrega de información relativa a una filial. Pero, aunque cita la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2012, no entra a la discusión de fondo sobre el reconocimiento en los grupos de sociedades del derecho de información del accionista de la matriz.

El 25 de mayo de 2018 la Audiencia Provincial Civil de Madrid se pronunciaba sobre el conflicto entre un accionista y la sociedad de responsabilidad anónima, de la que el demandante era accionista, al no habersele satisfecho la información que el accionista decía haber requerido en ejercicio de su derecho de información.

Según consta en los antecedentes de hecho de la citada sentencia de apelación, las actuaciones procesales se habían iniciado mediante la demanda presentada por el accionista frente a la sociedad, alegando que se había vulnerado su derecho de información referido a las cuentas consolidadas del grupo y a los estados financieros de las filiales. Por ello solicitaba la declaración de nulidad de la junta general ordinaria y extraordinaria celebrada por la sociedad y de los acuerdos que se adoptaron en ella.

El tribunal de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por el accionista el 15 de diciembre de 2015, imponiéndole, asimismo, las costas. El accionista, tras conocer la sentencia del tribunal de primera instancia, resolvió recurrirla en apelación ante la Audiencia Provincial Civil de Madrid, alegando nuevamente que se había vulnerado su derecho de información como accionista.

La Audiencia Provincial Civil de Madrid expone en los fundamentos de derecho de su sentencia, que, de conformidad con la excepción prevista en el artículo 43.2 del Código de Comercio, la sociedad estaba dispensada de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados del grupo y que, por tanto, no tenía la obligación de formular cuentas consolidadas, ni de hecho lo venía haciendo. Con base en lo anterior, resultaba evidente que cualquier requerimiento de información referido a las cuentas consolidadas del grupo carecería de sentido, debiendo encontrar igual resultado un eventual requerimiento de información documental referido a las cuentas anuales de las sociedades integradas en el grupo del que dicha sociedad era la matriz.

Es en esta última afirmación donde la Audiencia Provincial Civil de Madrid trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2012 –asimismo citada en la resolución del tribunal de primera instancia–, aunque no entra en más detalle que la breve citación de la misma. Dicha sentencia establece que cuestiona el derecho de un socio de la sociedad matriz a requerir información sobre las cuentas de las sociedades filiales del grupo y, por tanto, también de los libros y soportes documentales de las mismas.



El Tribunal fundamenta su decisión en la voluntad probada del mandante, manifestada cuando conservaba aun plenamente sus facultades intelectivas y volitivas.

Nos encontramos, por tanto, ante un posible guiño de la Audiencia Provincial Civil de Madrid a la tesis defendida por el Tribunal Supremo en esta sentencia, lo que es importante, porque esa posición se contrapone a la tesis esgrimida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de julio de 2015, que, en este caso, permitió a una minoría cualificada de una sociedad matriz obtener información relativa a una sociedad íntegramente participada por aquella.

No obstante, la resolución de la Audiencia Provincial Civil de Madrid no entra a tratar de esa contraposición entre las dos tesis anteriormente referidas. Se limita a citar la sentencia de mayo de 2012 y a manifestar el escaso éxito que tendría que el accionista realizase un eventual requerimiento de información documental referido a las cuentas anuales de las sociedades del grupo. Pero en su parte dispositiva se niega la vulneración del derecho de información del accionista respecto a la información de la sociedad por meros defectos formales en el ejercicio del requerimiento de la misma.

La Audiencia Provincial Civil de Madrid no ha aprovechado la oportunidad para arrojar algo de luz, en forma de argumentarios, sobre el conflicto existente relativo al derecho de información o no de un accionista respecto a la información de las sociedades del grupo. Pero sí parece situarse en línea con la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo en 2012, cuestionando que los accionistas puedan conocer la información de las sociedades del grupo, y se aleja de la tesis del Tribunal Supremo de 2015.

# La falta de llamamiento injustificada de un número de trabajadores fijos-discontinuos superando los umbrales numéricos legales constituye despido colectivo nulo por no seguir el procedimiento de despido colectivo

Cristina Ridruejo y Elena Esparza  
Departamento de Laboral

La cuestión a resolver por el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de junio de 2018 estribaba en determinar si la extinción de la relación fija discontinua del trabajador por falta injustificada de llamamiento al comienzo de la nueva campaña agrícola, debe calificarse como despido nulo por no haberse seguido el procedimiento de despido colectivo, siendo así que en las mismas fechas la empresa había resuelto un número de contratos de trabajo fijos discontinuos que superaba los umbrales del mismo, previsto en el 51.1 ET (despido colectivo).

La empresa fundamenta la falta de llamamiento en los términos acordados con el fin de la huelga, firmado el 1 de noviembre de 2013, que se venía a resolver la petición principal de los convocantes (incrementar el número de días de llamamiento de los trabajadores fijos-discontinuos, y pactar una indemnización por la extinción de sus contratos como consecuencia del no llamamiento), entendiendo que al existir un acuerdo la petición de nulidad es contraria a las exigencias de la buena fe.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida vino a confirmar la dictada por el Juzgado de lo Social, que calificó la extinción del contrato de trabajo como despido improcedente, razonando, en esencia, que el hecho de

que la falta de llamamiento afectase a un importante número de trabajadores fijos discontinuos no permitía deducir la existencia de un despido colectivo: (i) de un lado, porque el litigio se inició en virtud de demanda individual del trabajador en la que alegaba que su falta de llamamiento era constitutiva de despido, sin que la empresa hubiese invocado ninguna de las causas objetivas de la normativa; y (ii) de otro, porque dado que los afectados eran trabajadores fijos discontinuos, la empresa no hubiera podido promover con éxito un despido colectivo.

Sin embargo, para el Tribunal Supremo, en los supuestos de concurrencia de causas que pudieran justificar el despido colectivo, el empresario no puede legitimamente optar por otros cauces de extinción de contratos de trabajo distintos al procedimiento de despido colectivo.

Las razones que llevan a esta solución pueden resumirse de la siguiente manera:

- a. Cuando el empresario procede a efectuar despidos en número superior a los umbrales previstos en la normativa, estamos en presencia de un despido colectivo y hay que seguir los trámites y procedimiento que la ley ha previsto para la tramitación de tales extinciones colectivas.
- b. La noción de despido colectivo se diseña normativamente a través de la referencia a dos elementos distintos: por un lado, los requisitos numérico-temporales y por otro, las exigencias causales, es decir, que el despido esté motivado por la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A tales efectos, constituyen claramente normas absolutamente imperativas o de derecho ne-



El Tribunal Supremo entiende que la empresa debe acudir a la figura del despido colectivo cuando existe un número de extinciones superior a los umbrales definidos legalmente y que respondan a un panorama de concurrencia de causas económicas y productivas, encontrándonos ante un supuesto de nulidad en caso contrario.

cesario absoluto, inmodificables por convenio colectivo.

- c. Nuestra jurisprudencia es clara al reseñar que en nuestro ordenamiento jurídico, desde siempre, el Estatuto de los Trabajadores ha sancionado con la nulidad los despidos o extinciones del contrato que, vulnerando la letra y el espíritu de la ley, han eludido la tramitación del despido colectivo.
- d. Cuando la ley sanciona con la nulidad las extinciones contractuales computables que, superando los umbrales exigidos no se tramitaron como despido colectivo, tal nulidad es predicable no sólo cuando las impugnaciones de esas nuevas extinciones se realicen colectivamente o individualmente en el seno de un despido colectivo incorrecto llevado a cabo por el empresario; también es nulo de pleno derecho cuando, omitiéndose los trámites exigibles, la impugnación se lleva a cabo individualmente por el trabajador despedido, al margen de cualquier impugnación colectiva.

En conclusión, el Tribunal Supremo entiende que la empresa debe acudir a la figura del despido colectivo cuando existe un número de extinciones superior a los umbrales definidos legalmente y que respondan a un panorama de concurrencia de causas económicas y productivas, encontrándonos ante un supuesto de nulidad en caso contrario. En línea con el supuesto debatido, el hecho de que tal forma de proceder por la empresa estuviera amparada por lo pactado en un acuerdo de fin de huelga no resulta óbice para la conclusión que aquí se mantiene, esto es, la obligatoriedad de recurrir al procedimiento de despido colectivo.

# Aplicación de la figura de la sucesión de empresa prevista en la Directiva 2001/23/CE en casos de subrogación convencional

Cristina Ridruejo y Elena Esparza  
Departamento de Laboral

El 11 de julio de 2018 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó sentencia en el asunto C-60/17, resolviendo la petición de cuestión prejudicial sobre los supuestos de sucesión de contratistas en el sector de vigilancia, planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en diciembre de 2016 en relación con la aplicación de la Directiva 2001/23/CE en materia de mantenimiento de derechos de trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

En el presente caso, el empleado trabajaba como vigilante de seguridad para una empresa adjudicataria del servicio de vigilancia de un museo. Posteriormente, dicho servicio se adjudicó a otra empresa, que se subrogó en los contratos de trabajo de los empleados de la anterior adjudicataria en virtud de lo previsto en el convenio colectivo.

Al respecto, la primera de las empresas advirtió al trabajador que, según el convenio colectivo de las empresas de seguridad, las diferencias salariales y de prestaciones sociales complementarias correspondientes a los años 2010 a 2012 y pendientes de cobro debían ser abonadas por la última empresa adjudicataria. Al negarse las empresas al abono de las cantidades reclamadas, el trabajador presentó una demanda reclamando dichas cantidades.

El Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda condenando a ambas empresas al pago solidario de las deudas que no estaban prescritas. Frente a tal resolución se interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia, que planteó dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE, de cara a confirmar si el anterior escenario se incluiría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, al haberse subrogado la empresa adjudicataria del servicio en una parte esencial de la plantilla que la empresa inicial dedicaba a la ejecución de los servicios; así como si resultaría contrario a la Directiva 2001/23/CE que el convenio de aplicación excluyera la obligación de las contratistas a responder solidariamente por las deudas salariales referidas.

Sobre la primera cuestión prejudicial: la última empresa adjudicataria se ha de hacer cargo de los trabajadores que esta última destinaba a las actividades de vigilancia. De ello se deduce que la identidad de una entidad económica, que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puede mantenerse si el supuesto cesionario se ha hecho cargo de una parte esencial del personal de esa entidad. Por consiguiente, esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de la prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.



El TJUE concluye que, siempre que exista una transmisión de una entidad económica, será de aplicación la Directiva 2001/23/CE, aun cuando la subrogación en los contratos de trabajo opere por mandato del convenio colectivo.

Sobre la segunda cuestión: el artículo 44.3 ET dispone que el cedente y el cesionario responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. El convenio colectivo de las empresas de seguridad no establece esta solidaridad. En este sentido, según reiterada jurisprudencia, la competencia del TJUE se limita exclusivamente al examen de las disposiciones del Derecho de la Unión. Dicho examen, que implica valorar cuestiones de jerarquía de las normas en el Derecho interno, no es competencia del TJUE. En suma, el TJUE no es competente para responder a la segunda cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia.

En resumen, el TJUE concluye que, siempre que exista una transmisión de una entidad económica, será de aplicación la Directiva 2001/23/CE, aun cuando la subrogación en los contratos de trabajo opere por mandato del convenio colectivo.

No obstante, no se entra a valorar, por no ser competencia del TJUE, si la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión (artículo 44 del ET) se extiende a una subrogación convencional cuando el convenio colectivo lo excluye expresamente.

Como resultado de lo anterior, corresponderá a nuestros tribunales estimar si, para los supuestos de subrogación convencional hay que aplicar el artículo 44 del ET en su totalidad, o bien seguirá siendo posible limitar la responsabilidad solidaria de las obligaciones de las empresas cedente y cesionaria en los supuestos de subrogación convencional cuando el convenio colectivo aplicable la excluya expresamente.



# La potestad reglamentaria ante el Tribunal Constitucional

Rocío Gros

Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El Tribunal Constitucional en la Sentencia nº 55/2018, de 24 de mayo, establece que sólo los Estatutos de Autonomía pueden modificar la potestad reglamentaria en las Comunidades Autónomas.

De esta manera, el Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Generalidad de Cataluña contra varios preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas por vulnerar el artículo 68 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, "EAC") y desbordar las competencias estatales con invasión de las autonómicas relativas a la organización, el régimen jurídico y el procedimiento de las administraciones públicas catalanas (artículos 150 y 159 EAC).

El Tribunal considera que algunas previsiones de la Ley no respetan, en efecto, el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido en la CE y los Estatutos de Autonomía.

La Sentencia entiende que, dado que sólo los Estatutos pueden quitar, limitar o repartir la potestad reglamentaria a las Comunidades Autónomas, la previsión de la Ley en cuya virtud sólo excepcionalmente las Consejerías quedan habilitadas para adoptar normas reglamentarias, no se adecúa al bloque de constitucionalidad. En este sentido, el TC declara inconstitucionales y nulos los incisos "o Consejo de Gobierno respectivo" y "o de las consejerías de Gobierno" previstos en el artículo 129.4 para referirse a las

habilitaciones al Gobierno o a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas para el desarrollo reglamentario de una ley.

Asimismo, el Tribunal argumenta que, aunque el procedimiento administrativo común es uno de los pilares sobre los que se asienta el Derecho administrativo español, no cabe regular a través de normas del Estado el ejercicio de la iniciativa legislativa de las Comunidades Autónomas, por lo que declara contrarias al orden constitucional de distribución de competencias las previsiones de la Ley que se refieren a la elaboración de anteproyectos de ley autonómicos. En particular, el Tribunal Constitucional declara que los artículos 129 (salvo el apartado 4, párrafos segundo y tercero), 130, 132 y 133 no son aplicables a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas, pero no los anula en cuanto siguen resultando de aplicación a las iniciativas legislativas del Estado. Y declara también que los artículos 132 y 133 (salvo el inciso de su apartado 1 y el primer párrafo de su apartado 4) son contrarios al orden constitucional de distribución de competencias, por lo que no resultan de aplicación a la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas, salvo el artículo 133 que sí se aplica a esta potestad autonómica en el inciso del apartado 1 (*"Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública"*) y el primer párrafo de su apartado 4 (sobre los supuestos en que se pueda prescindirse de la consulta previa).

Además, y en otro orden de cosas, es interesante añadir que la Sentencia considera que la confección y aprobación de escritos administrativos estandarizados implica el ejercicio de competencias de ejecución o gestión, que son propias de las Comunidades Autónomas, por lo que rechaza



El TC entiende que la disposición no es inconstitucional si se interpreta que la obligación de justificar los motivos de no adhesión a plataformas y registros electrónicos de la Administración General del Estado es una obligación de carácter puramente formal.

za la atribución al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas del diseño de los modelos de apoderamiento destinados a ser recogidos en los correspondientes registros electrónicos. Es por ello que el TC declara inconstitucional y nulo el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 6 relativo a los Registros Electrónicos de Apoderamientos, en el que se prevé que por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se *“aprobarán, con carácter básico, los modelos de poderes inscribibles en el registro distinguiendo si permiten la actuación ante todas las Administraciones de acuerdo con lo previsto en la letra a) anterior, ante la Administración General del Estado o a las Entidades Locales”*. La Sentencia estima que si el intercambio fluido o automatizado de información llegara a aconsejar técnicas de normalización, el Estado no puede actuar unilateralmente, sino que deberá recurrir a mecanismos de cooperación con las Comunidades Autónomas.

El Tribunal razona que la exigencia de justificar la no adhesión a las plataformas electrónicas estatales en términos de eficiencia no vulnera la autonomía organizativa de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, por lo que estas Administraciones pueden organizar las plataformas electrónicas sin necesidad de que el Ministerio dé el visto bueno a la justificación aportada en términos de eficiencia. A tenor de este razonamiento, el TC entiende que la disposición adicional segunda no es inconstitucional si se interpreta que la obligación de justificar los motivos de no adhesión a plataformas y registros electrónicos de la Administración General del Estado es una obligación de carácter puramente formal que no permite su control por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

La Sentencia establece también que las referencias que contienen los artículos 129 y 130.2 de la Ley a la elaboración de normas jurídicas no resultan aplicables al ejercicio de la iniciativa legislativa por los gobiernos autonómicos y, en consecuencia, no invaden las competencias estatales de las Comunidades Autónomas.

# Las comercializadoras energéticas, obligadas a contribuir al Fondo Nacional de Eficiencia Energética

Maitane Puente  
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en sentencia de 7 de agosto de 2018 que la obligación de las comercializadoras de energía de contribuir al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, introducida en España por la Orden IET/289/2015 del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, se ajusta al Derecho comunitario. La razón principal de la resolución estriba en que esta aportación constituye tan solo una de las medidas implementadas por la normativa española, cumpliendo así la disposición nacional con el carácter alternativo y no exclusivo de la contribución exigido por la Directiva 2012/27/UE.

El Fondo Nacional de Eficiencia Energética (el "Fondo") fue creado por la Ley 8/2014 de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (la "Ley"), en aplicación de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (la "Directiva").

El Fondo se define en el artículo 72 de la Ley como un ente sin personalidad jurídica, cuya finalidad es financiar las iniciativas nacionales de eficiencia energética, en cumplimiento del artículo 20 de la Directiva.

En virtud del artículo 71 de la Ley, para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones anuales de ahorro energético, los sujetos obligados deben realizar una contribución financiera anual al Fondo, por el importe resultante de multiplicar su obligación de ahorro anual por la equivalencia financiera que se establezca.

La Directiva no indica quiénes son los sujetos obligados a las aportaciones al Fondo, dejando a los Estados miembros la posibilidad de asignar dicha obligación bien a los comercializadores, bien a los distribuidores de energía, en función de la labor que cada uno de estos operadores desempeñe en el mercado energético de cada Estado. En España, puesto que los ahorros de energía previstos en la Directiva únicamente son susceptibles de producirse en la fase de comercialización, la Ley estableció que sujetos obligados serían los comercializadores.

La Orden IET/289/2015 del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de 20 de febrero (la "Orden"), vino a concretar las obligaciones de aportación al Fondo previstas en la Ley para el año 2015, señalando la cuantía a abonar para cada sujeto obligado. Esta Orden fue recurrida ante el Tribunal Supremo, alegando su contradicción con la Directiva y solicitando la elevación de cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE") con base en dos motivos: De una parte, la recurrente denunciaba que la Orden le impusiera cumplir sus obligaciones de ahorro energético mediante una contribución anual al Fondo, en lugar de permitirle implantar medidas efectivas de ahorro energético. De otra, manifestaba su disconformidad con que la Orden exigiera esta aportación sólo a las empresas comercializadoras, excluyendo a los distribuidores.



El TJUE sentenció que los Estados miembros son libres de designar como obligados únicamente a ciertos operadores, excluyendo a los demás, y ello con independencia del fundamento de la medida de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética efectivamente establecida por la normativa nacional.

El Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial al TJUE, consultando en primer lugar, si la Directiva debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece como modo principal de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética un sistema de contribución anual a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética, sin contemplar la posibilidad de que las partes obligadas cumplan los objetivos de ahorro energético de una manera efectiva y directa, en vez de mediante el abono de esa contribución.

El TJUE respondió a esta primera cuestión en línea con el razonamiento de la Abogada General Kokott, y aseguró que, en principio, la normativa nacional no era conforme con la Directiva, por cuanto el artículo 20, apartado 6 de la Directiva otorga a los sujetos obligados libertad para contribuir al Fondo, mientras que la Ley y la Orden constituían verdaderas normas imperativas<sup>1</sup>. Así, tanto el TJUE como la Abogada General consideraron que la Ley únicamente podría ser compatible con la Directiva si la aportación al Fondo pudiera entenderse como “una de las otras medidas de actuación”, en el sentido del artículo 7, apartado 9 de la Directiva. En efecto, puesto que el artículo 72 de la Ley prevé, además de la contribución al Fondo, medidas de formación, asistencia técnica, información, financieras, etc., el TJUE apreció que la Ley española quedaba amparada por la Directiva.

Con todo, advirtió que correspondía al Tribunal Supremo verificar si, tal como dispone la Directiva, la Ley respeta el objetivo de ahorro de energía a nivel de usuario final, en una medida equivalente a los sistemas de obligaciones de eficiencia energética que pueden crearse con arreglo al ar-

tículo 7, apartado 1, de la Directiva y cumple los requisitos establecidos en su artículo 7, apartados 10 y 11.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo preguntó si la Directiva debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, por una parte, sólo impone obligaciones de eficiencia energética a determinadas empresas del sector de la energía, a saber, las comercializadoras, y, por otra parte, no indica expresamente las razones por las que esas empresas han sido designadas como partes obligadas.

En este sentido, el TJUE sentenció que los Estados miembros son libres de designar como obligados únicamente a ciertos operadores, excluyendo a los demás, y ello con independencia del fundamento de la medida de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética efectivamente establecida por la normativa nacional. Ahora bien, determinó que dicha designación ha de realizarse con base en criterios objetivos y no discriminatorios, cuestión que ha de verificar el tribunal nacional.

A la luz de lo anterior, las sucesivas Órdenes ministeriales designan a las empresas comercializadoras como sujetos obligados a contribuir al Fondo, refiriendo junto a estas la cuota de obligaciones de ahorro para cada año y su equivalencia económica, resultante de aplicar los criterios establecidos en la Ley.

1. Los Estados miembros pueden establecer que los obligados puedan cumplir las obligaciones previstas en el artículo 7, apartado 1, contribuyendo anualmente a un Fondo nacional de eficiencia energética en una cuantía equivalente a las inversiones que exija el cumplimiento de dichas obligaciones.

# ¿Puede una empresa extinguir la relación laboral con el trabajador que ingresa en prisión?

Manuel Sánchez-Puelles  
Departamento de Procesal

El Tribunal Supremo, con ocasión de la Sentencia dictada el pasado 24 de abril de 2018, ha significado nuevamente la diferencia que existe entre aquellos supuestos en donde el trabajador es privado de su libertad por sentencia firme o de forma preventiva, hecho que determinará la suspensión o la extinción de la relación laboral.

Aunque es cierto que la relación contractual entre el empleado y el empleador varía en función del contrato de trabajo suscrito entre las partes, el Estatuto de los Trabajadores responde de modo común a todos ellos ante la situación de que el trabajador ingrese en prisión.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta si la medida de privación de libertad se ha aplicado de forma preventiva o en virtud de sentencia firme.

En la mayoría de los casos, las empresas no tienen conocimiento directo, a través del trabajador, del ingreso en prisión de éste. Suelen tener conocimiento por medio de familiares u otros trabajadores, debiendo adoptar las medidas necesarias, respetando sus derechos, pero teniendo en cuenta las obligaciones de éste.

En caso de que el trabajador –o sus familiares– no notifique de modo fehaciente su condena de privación de libertad y, por tanto, la fecha de su ingreso en prisión, la falta de asistencia al trabajo se considerará como injustificada, pudiendo extinguir la relación laboral.

No obstante, si la empresa tiene conocimiento de la situación de privación de libertad, pero no de las concretas circunstancias por las cuales el trabajador ha ingresado en prisión, es necesario que aquélla requiera al trabajador para que indique las mismas pues:

- i. no se podrá dar por extinguida la relación laboral con el empleado sin conocer si dicha medida ha sido adoptada por un Juzgado o Tribunal de forma preventiva o firme;
- ii. si el delito cometido por el trabajador tiene una relación directa en su ámbito laboral –incluso en caso de que la medida de prisión haya sido adoptada de forma preventiva– la empresa podrá optar por el despido del trabajador, justificado por el incumplimiento del deber de buena fe por parte de éste.

Como hemos referido anteriormente, la Ley del Estatuto de los Trabajadores ampara de manera distinta los casos de ingreso en prisión de manera preventiva o por medio de sentencia firme, y por ende, las medidas a tomar por parte de la empresa.

## i. Privación de libertad por prisión preventiva

El artículo 45.1.g del Estatuto de los Trabajadores aborda este supuesto por el que el trabajador es privado de su libertad –impidiendo así el desarrollo de sus funciones en el centro de trabajo– de modo preventivo.

Conforme a lo prevenido en el mismo, la imposibilidad de concurrencia del empleado al trabajo queda justificada por la medida adoptada por el Juzgado o Tri-



Es importante que la empresa, antes de tomar ninguna decisión, conozca las circunstancias y la concreción de la condena para poder aplicar las medidas oportunas, variando las mismas en función del caso concreto.

bunal pertinente, prevaleciendo el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

En este caso, el contrato de trabajo queda suspendido, sin posibilidad de extinción por este motivo, lo que conlleva que la compañía (i) no está sujeta a seguir cotizando por el trabajador, (ii) no percibiendo salario alguno (iii) ni acumulando vacaciones ni antigüedad en la empresa, pero quedando obligada a:

- liquidar las cantidades pendientes de cobro hasta el momento en que se produzca la suspensión del contrato.
- acumular las vacaciones, quedando pendientes de cobro, hasta que el trabajador se reincorpore a la compañía una vez salga de prisión.

En este sentido, sí hemos de reseñar que, en caso de terminar el año correspondiente, si el trabajador no ha salido de prisión, dichas vacaciones se perderían, no existiendo además para el empresario obligación de proceder a su abono.

Además, en este supuesto la empresa debe garantizar su reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo una vez finalizada la medida de privación de libertad (art. 48.1 del Estatuto de los Trabajadores), pudiendo únicamente cubrir el puesto mientras este se encuentra en prisión preventiva, contratando un sustituto mediante un contrato de interinidad.

## ii. Privación de libertad por sentencia firme

El artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, que trata en su apartado 2.a. sobre los “Despidos Disciplinarios”, refiere al caso en el que el trabajador ingresa en prisión en virtud de sentencia firme, disponiendo que dichas faltas de asistencia no son justificadas y, por ello, se incumpliría la relación contractual entre las partes.

En este supuesto, la empresa está obligada a liquidar el finiquito correspondiente a la finalización del contrato laboral, incluyendo las cantidades pendientes de cobro, y las vacaciones acumuladas, dándole de baja en la Seguridad Social.

En relación con lo expuesto, la Sentencia de 24 de abril de 2018, del Tribunal Supremo, desestimó el recurso de casación interpuesto por un trabajador que había sido despedido disciplinariamente después de haber sido condenado a 6 meses de prisión, acordándose su ingreso en la cárcel.

En dicha resolución el Alto Tribunal declara que la inasistencia al trabajo –siendo el supuesto analizado un caso con una condena por sentencia firme– constituye un abandono del trabajo, recogido en el art. 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, dado que, en dicho supuesto, el actor no se puso en contacto con la empresa. Además, la falta de comunicación del ingreso en prisión, entiende el Tribunal, puede ser considerada como dimisión del trabajador, extinguiéndose así la relación laboral.

En suma, es importante que la empresa, antes de tomar ninguna decisión, conozca las circunstancias y la concreción de la condena para poder aplicar las medidas oportunas, variando las mismas en función del caso concreto.

# La publicación en Internet de una fotografía previamente publicada en otro sitio web requiere de la autorización de su autor

Blanca Cortés y Alberto Colomina  
Departamento de Propiedad Industrial e Intelectual

Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su reciente sentencia de 7 de agosto de 2018, la nueva publicación constituye un acto de comunicación pública que exige la autorización del autor de la fotografía, al dirigirse a un público nuevo.

En esta sentencia, el TJUE da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania en el marco de una demanda presentada por el Sr. Renckhoff, de profesión fotógrafo, por la infracción de sus derechos de propiedad intelectual.

El conflicto nace en el marco de un taller lingüístico organizado por un centro docente, una de cuyas alumnas descargó de un sitio web una fotografía autoría del demandante que fue publicada posteriormente en la web del centro como parte del trabajo realizado por aquélla.

Ante esta situación, el Tribunal cuestionó si la jurisprudencia del TJUE –según la cual existe un acto de comunicación pública que debe ser autorizado por el titular de los derechos si éste debe dirigirse a un “público nuevo”– era de aplicación al caso y planteó, al respecto, la siguiente cuestión prejudicial:

*“¿Constituye una puesta a disposición del público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE la inserción en un sitio de Internet propio de libre acceso de una obra que ya podía ser consultada libremente por todos los internautas y con la autorización del titular de los*

*derechos de autor en un sitio de Internet ajeno, cuando dicha obra haya sido copiada primero a un servidor y desde ahí haya sido cargada en un sitio de Internet propio?”*

## **El concepto de “público nuevo” a la luz de la jurisprudencia comunitaria**

Para comprender la relevancia de este concepto, es preciso analizar su desarrollo jurisprudencial a lo largo de los últimos años. Así, en la pionera sentencia de 7 de diciembre de 2006 (caso “Rafael Hoteles”), el TJUE delimitó el alcance del derecho de comunicación pública en el ámbito de la difusión de obras protegidas a través de los televisores instalados en los hoteles, limitándolos a aquellos supuestos en los que la comunicación se dirigía a un “público nuevo”, refiriéndose el término “público” a un número indeterminado y considerable de telespectadores potenciales y “nuevo” a aquel que no fue tenido en cuenta por el titular de los derechos cuando autorizó la comunicación original de la obra.

En los últimos años, esta tesis ha sido mantenida con algunos matices en numerosas resoluciones del tribunal comunitario, particularmente en relación con la actividad consistente en incluir enlaces o hipervínculos (links) que dirigen a otro sitio web donde se encuentran las obras protegidas [entre otras, las sentencias del TJUE de 13 de febrero de 2014 (caso “Svensson”), de 8 de septiembre de 2016 (caso “GS Media”), y el auto de fecha 21 de octubre de 2014 (caso “Bestwater”)]. Así, en el marco de los enlaces que dirigen a obras protegidas localizadas en otra página web, el TJUE ha precisado que no existe un público nuevo cuando la comunicación inicial de la obra en dicha página, autorizada por el titular de los derechos, se hizo sin ninguna restricción de acceso. De este modo, el enlace que dirige a una web es accesible por el mismo público, la generalidad de



El TJUE afirma que la publicación en un sitio web de una obra comunicada inicialmente en la web de origen con la autorización del titular de los derechos y libremente accesible constituye un acto de comunicación dirigido a un “público nuevo”.

los internautas, que podrían haber accedido a la obra sin la intervención del que la enlaza.

#### Respuesta del TJUE

En respuesta al proceso en cuestión, el TJUE afirma que la publicación en un sitio web de una obra comunicada inicialmente en la web de origen con la autorización del titular de los derechos y libremente accesible—sin medidas restrictivas—constituye un acto de comunicación dirigido a un “público nuevo”.

Para justificar la anterior afirmación, el TJUE argumenta que *“el público que fue tenido en cuenta por el titular de los derechos de autor cuando autorizó la comunicación de su obra en el sitio de Internet en el que se publicó inicialmente está integrado únicamente por los usuarios de dicho sitio, y no por los usuarios del sitio de Internet en el que la obra fue posteriormente puesta en línea sin autorización del titular, o por otros internautas”*.

A pesar de apoyarse en jurisprudencia anterior en la materia para alcanzar tal conclusión, ésta choca y limita de forma drástica el concepto de “público nuevo” que el propio TJUE ha venido manteniendo hasta la fecha, si bien es cierto que la sentencia afirma que la jurisprudencia anterior en materia de enlaces no es de aplicación a las circunstancias concretas del proceso.

De este modo, la sentencia apoya la importancia de mantener el buen funcionamiento de Internet como herramienta que contribuye a garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información y permitir la actividad de enlazar en la medida en que el titular de los derechos de propiedad intelectual pueda mantener una cierta capacidad de control sobre la obra, lo que ocurre

en tanto el titular pueda en cualquier momento retirarla del sitio web en el que inicialmente se comunicó, haciendo inútil cualquier enlace que redirija a la obra, o, incluso, incorporar medidas restrictivas que limiten su acceso.

En cambio, en relación con el supuesto objeto del proceso, la actividad consistente en descargar una obra de un sitio web para, posteriormente, ponerla a disposición de los usuarios en otro distinto, supone una nueva comunicación independiente de la inicialmente autorizada que escapa del control del titular de los derechos.

En efecto, mientras los enlaces son dependientes de la comunicación inicial, pues sin ésta resultarían vacíos, no ocurre lo mismo con la inclusión en una web propia de una obra publicada en una web tercera, por cuanto que, incluso si el titular de los derechos decidiese retirar la obra del sitio web en el que se autorizó la comunicación inicial, tal obra podría permanecer disponible en el sitio web de destino, quebrando, de este modo, el justo equilibrio perseguido por la Directiva 2001/29, mediante la cual se armonizó a nivel comunitario la regulación de los Estados miembros en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la sociedad de la información (en esencia, en Internet).

En resumidas cuentas, aunque la sentencia no lo afirme expresamente —o con la claridad que cabría desear—, la cuestión no es tanto que la comunicación de la obra se realice a un “público nuevo”, sino que lo que se lleva a cabo por la demandada es una nueva comunicación pública per se. Así, al obtener una obra de un sitio web para su posterior inclusión en otro se genera una reproducción y posterior comunicación pública adicional y distinta de aquella autorizada por el titular de los derechos, lo que no ocurre en materia de enlaces.

# Sobre el Real Decreto-Ley 5/2018

Bartolomé Martín, Blanca Cortés, Alberto Colomina y Claire Murphy  
Departamento de TMC

El pasado lunes, 30 de julio de 2018, se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos (“RDL 5/2018”). El Gobierno ha decidido valerse de este instrumento legislativo extraordinario con el propósito de dotar a la Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) de un procedimiento sancionador adaptado a lo establecido en el Reglamento General de Protección de Datos (“RGPD”) previo a la aprobación de una nueva Ley Orgánica, prevista para final de año.

El RDL 5/2018 se estructura en tres capítulos:

El Capítulo I regula el personal competente para el ejercicio de los poderes de investigación. Cabe destacar al respecto que, de conformidad con el artículo 1, no sólo los funcionarios de la AEPD podrán desarrollar esta actividad, sino también otros funcionarios cuando hayan sido habilitados expresamente para ello. Aunque este tipo de mecanismos de cooperación son frecuentes en el marco de la actividad supervisora de la Administración, la complejidad del RGPD –de manifiesto, por ejemplo, a la hora de establecer el perfil necesario para desempeñar la función de Delegado de Protección de Datos (“DPD”)– podría suponer un gran de-

safío para funcionarios menos especializados a la hora de llevar a cabo la instrucción de procedimientos en esta materia, de por sí complicada.

El Capítulo II se ocupa de otras cuestiones procedimentales relevantes. Por ejemplo, delimita el perímetro de los sujetos sancionables, excluyendo expresamente al DPD e incluyendo a las entidades de certificación y entidades acreditadas para la supervisión de los códigos de conducta, junto con responsables y encargados de tratamiento y sus representantes. Se confirma en este punto que el DPD no ostenta posición de garante y que, por tanto, no podrá ser considerado responsable de las infracciones que se imputen a responsables o encargados de tratamiento frente a las autoridades, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda ser exigible contractualmente. Por otra parte, se determina el régimen de prescripción de infracciones y sanciones, que se mantiene en línea con el régimen que regulaba la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (“LOPD”): (i) dos años para las infracciones graves y tres para las muy graves; (ii) un año, para sanciones de hasta 40.000 Euros, dos años, para las que superen esa cifra pero estén por debajo de 300.000 Euros, y tres años, para las que se fijan por encima de esa cantidad.

El Capítulo III habilita a la AEPD, tanto para tutelar el ejercicio de los derechos de los interesados, como para investigar posibles infracciones del RGPD. En ambos casos, se mantiene la aplicación supletoria de las normas generales que regulan los procedimientos administrativos y se fijan el plazo de resolución de los procedimientos: seis y nueve meses, respectivamente. Mientras que la finalización del plazo de nueve meses establecido para resolver los procedimientos de infracción producirá su caducidad, la del plazo de seis meses para resolver los procedimientos de



El RDL 5/2018 da el “pistoletazo” de salida a la actividad supervisora de la AEPD.

tutela de derechos desemboca, según el artículo 8.1, en que *“el interesado podrá considerar estimada su reclamación”*. Es decir, la Administración puede resolver estas reclamaciones mediante silencio positivo, sin que queden del todo claras las consecuencias de la estimación de la reclamación, ni para el interesado ni para el responsable del tratamiento. Cabe presumir que, finalizado de este modo el procedimiento de tutela, se iniciará por parte de la AEPD el correspondiente procedimiento sancionador y se procederá a la aplicación de medidas provisionales, según se regulan en el artículo 13 de la propia norma, cuando ello sea pertinente.

Merece la pena destacar (artículo 9) la posible inadmisión de las reclamaciones en los supuestos en que, requerido al efecto por la AEPD, el responsable/ encargado del tratamiento adopte medidas correctivas adecuadas, siempre que no exista perjuicio para el interesado (aunque el RDL 5/2018 se refiere, quizá con nostalgia, al afectado) y siempre que su derecho quede plenamente garantizado. Asimismo, se permite la posibilidad de habilitar al DPD o persona designada al efecto para que resuelva la reclamación en el plazo de un mes, sin que se dibujen las consecuencias derivadas de una resolución no satisfactoria de la reclamación por parte del responsable o encargado del tratamiento tampoco en este caso.

Por lo demás, el Capítulo III recoge el contenido mínimo de la resolución de inicio del procedimiento sancionador, que se concreta en su artículo 12.1: *“los hechos, la identificación de la persona o entidad contra la que se dirija el procedimiento, la infracción que hubiera podido cometerse y su posible sanción.”* Aunque el precepto omite toda mención a la necesaria fundamentación jurídica de la resolución, la aplicación supletoria de las normas generales que regulan el procedimiento administrativo determina que dicha reso-

lución deba ir acompañada de una fundamentación jurídica adecuada y suficiente.

Adicionalmente, en el marco de las medidas provisionales que se regulan en el artículo 13, se establece la potestad de la AEPD de proceder por sí misma a la “inmovilización” de los datos personales de los interesados, si se produjera el incumplimiento del mandato dirigido al responsable/ encargado a tal efecto. Se trata de una facultad ejecutiva que tiene difícil encaje en el marco del procedimiento administrativo sin la necesaria asistencia por parte de terceros o intermediarios (e. g. un proveedor de servicios cloud que pueda bloquear el acceso a los datos).

Finalmente, es necesario destacar la Disposición transitoria segunda, en la que se establece la posibilidad, salvo oposición del responsable o encargado de tratamiento, de no renovar los convenios de encargo de tratamiento hasta su vencimiento o, en caso de haberse pactado por tiempo indefinido, hasta el 25 de mayo de 2022. Esta disposición debiera ser objeto de revisión salvo que se interprete como una norma meramente formal, a saber, que no obliga a novar los convenios pero sí a cumplir el contenido mínimo que para éstos se establece en el artículo 28 del RGPD y, ello, porque su contenido podría considerarse incompatible con sus postulados y, por tanto, sujeto a reserva de Ley Orgánica, amén de ser incoherente con la postura adoptada por nuestras autoridades respecto de la validez de otros actos y documentos previos a la fecha de aplicación del RGPD (e. g. consentimientos válidamente obtenidos de los interesados). Por otro lado, su redacción actual prevé un régimen más restrictivo para los convenios firmados por tiempo indefinido que para aquellos de larga duración que se hayan previsto por plazo determinado.

El RDL 5/2018 da el “pistoletazo” de salida a la actividad supervisora de la AEPD. Ya no hay vuelta atrás...

# Nuevas medidas normativas para mejorar la seguridad de las redes y sistemas de información

Claire Murphy y Bartolomé Martín  
Departamento de TMC

El Gobierno aprobó el pasado 7 de septiembre, mediante Real Decreto-ley, un conjunto de normas de amplio espectro (dirigidas a los operadores de servicios esenciales e infraestructuras críticas, pero también a cualesquiera prestadores de servicios de la sociedad de la información, denominados proveedores de servicios digitales) para la mejora de la seguridad en las redes y de los sistemas de información de la Unión. Entre otras obligaciones, la ley impone a dichos operadores/prestadores, las de comunicación de actividad y de incidentes de seguridad.

El pasado 8 de septiembre se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información. La norma transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión.

El objeto de este RDL es regular la seguridad de las redes y sistemas de información utilizados para la prestación de servicios esenciales y de servicios digitales, estableciendo los criterios para identificar los principales operadores que los prestan, así como un sistema de notificación de los inci-

dentos que puedan afectarles. Por otro lado, regula el marco institucional de cooperación entre las autoridades españolas y los órganos de cooperación en la materia, de ámbito comunitario.

Los sujetos obligados por este RDL son, por un lado, los operadores de servicios esenciales (servicios necesarios para el mantenimiento de las funciones sociales básicas, en el marco de alguno de los sectores estratégicos definidos en el anexo de la Ley 8/2011 por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas) y, por otro, los proveedores de servicios digitales, según se definen en la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

Se exceptúan de la aplicación de esta norma los proveedores de servicios digitales constituidos como microempresas o pequeñas empresas. Tienen esa condición los operadores o prestadores que empleen a menos de 50 trabajadores y cuyo volumen de negocio anual o balance general no supere los 10 millones de euros. Tampoco se ven afectados por el RDL los operadores de red y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios electrónicos de confianza siempre que no sean designados como operadores críticos, en virtud de la Ley 8/2011, de 28 de abril.

Dentro de las obligaciones básicas que se imponen en el RDL a los sujetos obligados, destaca la de adoptar medidas de seguridad adecuadas para gestionar los riesgos a los que se pueden enfrentar las redes y sistemas de información utilizados para la prestación de servicios, así como para reducir al mínimo el impacto de los incidentes que puedan surgir. En el caso de los operadores de servicios esenciales se establece la obligación de comunicar a la autoridad



Resulta relevante lo dispuesto en el artículo 7 del RDL, que impone una obligación de comunicación de actividad a los proveedores de servicios digitales, en un plazo de 3 meses desde que se produzca el inicio de su actividad.

competente correspondiente (en el caso de operadores críticos, por ejemplo, la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, a través del Centro Nacional de Protección de Infraestructuras y Ciberseguridad (CNPIC)) un responsable de seguridad de la información, como punto de contacto entre ambas.

Resulta relevante lo dispuesto en el artículo 7 del RDL, que impone una obligación de comunicación de actividad a los proveedores de servicios digitales, en un plazo de 3 meses desde que se produzca el inicio de su actividad. La autoridad competente es la **Secretaría de Estado para el Avance Digital, del Ministerio de Economía y Empresa**.

En lo relativo a las obligaciones de notificación de incidentes de seguridad, los operadores esenciales únicamente deberán notificar a la autoridad competente a través de un CSIRT (Equipo de Respuesta a Incidentes, por sus siglas en inglés) los incidentes que puedan tener efectos perturbadores significativos en los servicios. Respecto a los proveedores de servicios digitales, únicamente tendrán la obligación de notificar en el caso en que tengan acceso a la información necesaria para valorar el impacto del incidente. También es posible en determinados casos, que la autoridad competente exija a los operadores o proveedores que comuniquen al público o a terceros los incidentes ocurridos.

Se incorpora, asimismo, un procedimiento sancionador con sanciones que pueden ir desde los 100.000 hasta 1.000.000 de euros, dependiendo de la gravedad de la infracción.

Finalmente, se articula un sistema de encaje con las obligaciones en materia de seguridad y comunicación que pu-

dieran afectar a estos sujetos en función de la normativa sectorial que les pudiera resultar de aplicación, de forma que, incluso en relación con la aplicación del régimen sancionador regulado en el RDL, prevalezca lo dispuesto en la normativa sectorial.

En distinta situación queda el anclaje del RDL con normas de carácter general como el Reglamento General de Protección de Datos, que regula e incorpora en su régimen sancionador infracciones derivadas de brechas de seguridad en los sistemas con los que se realicen tratamientos de datos personales. Si bien las obligaciones de comunicación de actividad y de incidentes de seguridad tienen como destinatarios autoridades supervisoras diferentes, los bienes jurídicos protegidos pueden llegar a coincidir, por ejemplo, en materia de comunicación de incidentes/brechas de seguridad, en cuyo caso, la concurrencia de ambas normas podría suscitar problemas de aplicación, en la medida en que se podría llegar a sancionar una misma conducta dos veces. Si bien la aplicación del principio *ne bis in idem* no impide que se sigan dos procedimientos sancionadores (uno por cada infracción), será necesario acudir a mecanismos legales que permitan atemperar la sanción final al ciudadano (sujeto pasivo de ambas normas), descontando el importe de la correspondiente sanción o atenuando la misma, según proceda.

# CMS en el mundo

## The Americas

Bogotá  
Lima  
Mexico City  
Rio de Janeiro  
Santiago de Chile



Algiers  
Casablanca  
Luanda

## Africa

## Europe

Aberdeen  
Amsterdam  
Antwerp  
Barcelona  
Belgrade

Berlin  
Bratislava  
Bristol  
Brussels  
Bucharest

Budapest  
Cologne  
Duesseldorf  
Edinburgh  
Frankfurt

Funchal  
Geneva  
Glasgow  
Hamburg  
Kyiv  
Leipzig  
Lisbon  
Ljubljana  
London

Luxembourg  
Lyon  
Madrid  
Manchester  
Milan  
Monaco  
Moscow  
Munich  
Paris

Podgorica  
Poznan  
Prague  
Reading  
Rome  
Sarajevo  
Seville  
Sheffield  
Skopje

Sofia  
Strasbourg  
Stuttgart  
Tirana  
Utrecht  
Vienna  
Warsaw  
Zagreb  
Zurich

Dubai  
Istanbul  
Muscat  
Riyadh  
Tehran

## Middle East

Beijing  
Hong Kong  
Shanghai  
Singapore

## Asia-Pacific



---

## Hechos y datos

---

- **74 oficinas**
- **68 ciudades**
- **> 1.000 socios**
- **> 4.500 abogados**
- **> 7.500 empleados**
- **Facturación:** 1.300 millones de euros (2017)
- **42 países:**
  - Países europeos:** Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Rusia, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania y Reino Unido.
  - Fuera de Europa:** Angola, Arabia Saudí, Argelia, Brasil, Chile, China, Colombia, Hong Kong, Irán, Emiratos Árabes Unidos, México, Marruecos, Omán, Perú y Singapur.
- **Firmas que componen CMS:**
  - CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia)
  - CMS Albiñana & Suárez de Lezo (España)
  - CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia)
  - CMS Cameron McKenna (Reino Unido)
  - CMS Carey & Allende (Chile)
  - CMS DeBacker (Bélgica)
  - CMS Derks Star Busmann (Países Bajos)
  - CMS von Erlach Poncet (Suiza)
  - CMS Grau (Perú)
  - CMS Hasche Sigle (Alemania)
  - CMS Pasquier Ciulla & Marquet (Mónaco)
  - CMS Reich-Rohrwig Hainz (Austria)
  - CMS Rodríguez Azuero Contexto Legal Abogados (Colombia)
  - CMS Rui Pena & Arnaut (Portugal)

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para cualquier duda, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo (madrid@cms-asl.com | cms-asl@cms-asl.com)



Law . Tax

**Your free online legal information service.**

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.  
[www.cms-lawnow.com](http://www.cms-lawnow.com)



Law . Tax

**Your expert legal publications online.**

In-depth international legal research and insights that can be personalised.  
[eguides.cmslegal.com](http://eguides.cmslegal.com)

-----

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

**CMS locations:**

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

-----

[cms.law](http://cms.law)