

# abr. 22

---

**b-today**  
*derecho y economía*

ertes  
administración  
ley concursal  
alquiler vacacional  
fondos next generation  
antitrust



Laboral y de la seguridad social	Los nuevos ertes. El Mecanismo Red	4
	<b>Cristina Bastante Rodríguez</b>	
Fiscal	El alcance temporal de las facultades de comprobación e investigación de la administración	5
	<b>Elena Muniozguren Echaniz</b>	
Mercantil	La nueva ley concursal: Adaptación de la directiva (UE) 2019/1023 en España	6
	<b>Natalia Peralta Dolz</b>	
Inmobiliario	El alquiler vacacional: la jurisprudencia aclara la normativa vigente	7
	<b>Regina Bareño Asúa</b>	
Penal	La declaración responsable del preceptor de fondos Next Generation y el fraude de subvenciones	9
	<b>Martín Bilbao Lorente</b>	
Internacional	Italian court of cassation grants direct protection to the party of an agreement executed downstream of an anti-competitive agreement declared null and void by the antitrust authority	10
	<b>Silvia Lazzeretti y Stefania Mavelli</b>	

# Los nuevos ertes

## El Mecanismo Red

Los últimos tiempos en la legislación social han sido un caos: ERTES de pandemia, más de 30 Reales Decretos, cambios de plazos, cambios de las exoneraciones en la cotización a la seguridad social, cambios en el contador a cero, la prohibición de despedir, el mantenimiento del empleo y el culmen con la reforma laboral.

La tendencia hacia la eliminación de contratos temporales y las trabas al despido objetivo son dos cuestiones evidentes en todos estos cambios, pero el empresario necesita alternativas para sobrevivir a las circunstancias sociales tan insólitas que se vienen repitiendo una detrás de otra y que lo asfixian a la hora de mantener su actividad.

Así con el RD Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, se añade el artículo 47 bis al Estatuto de los Trabajadores que lleva por rúbrica **“Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo”**.

Muchos negocios arrastran graves crisis y este nuevo mecanismo les permite tener de manera permanente ERTES similares a los de pandemia con más beneficios que los contemplados en el RD 1483/2012.

Una de las principales particularidades de esta herramienta es que debe ser activada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y previa solicitud de la Comisión Tripartita y cada organización sectorial. El primero en aprobarse ha sido el sector agrario vía RDL 4/2022 pero se espera que todos aquellos sectores que necesitan protección (transporte, pesca, hostelería...) hagan lo mismo en los próximos meses.

Este mecanismo tendrá dos modalidades:

· **Cíclica:** Cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización con una duración máxima de un año.

· **Sectorial:** Cuando en un determinado sector/es de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de transición profesional, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una. En esta modalidad se prevé la participación de los interlocutores sociales más representativos a nivel estatal a través de la llamada Comisión tripartita del Mecanismo RED.

Una vez activada la herramienta, las empresas deberán solicitarlo a la Autoridad Laboral y comunicárselo a la RLT y en la modalidad sectorial aportar, en ese momento, el plan de recualificación.

A continuación se le da traslado a la Inspección de Trabajo que tiene un plazo de 7 días naturales para emitir informe preceptivo, siendo el silencio positivo.

Como cuestiones importantes y que diferencian a esta herramienta del ERTE clásico son fundamentalmente dos:

1. Que goza de exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social en sus dos modalidades
2. Que no permite aplicar en un mismo ERTE reducción y suspensión.

Respecto a las exoneraciones son diferentes según la modalidad del mecanismo:

### Modalidad cíclica

- 60% desde la fecha en que se produzca la activación, por acuerdo del Consejo de Ministros, hasta el último día del cuarto mes posterior a dicha fecha de activación.
- 30% durante los cuatro meses siguientes a la finalización del plazo anterior.
- 20% durante los cuatro meses siguientes a la finalización del plazo anterior.

### Modalidad sectorial

- El 40%, vinculadas a la puesta a disposición de los trabajadores de acciones formativas a través de cualquiera de los tipos de formación previstos en la Ley Orgánica 5/2002 o a través de cualquier otro sistema de formación acreditada. En caso de incumplir esta disposición se devolverán solamente las exoneraciones de la persona afectada por dicho incumplimiento.

Por último, también debemos mencionar la constitución del Fondo Red y el mecanismo para su financiación, dicho fondo tiene como objeto afrontar las necesidades de personas trabajadoras y empresas que precisen acogerse al Mecanismo RED.

En conclusión, pese a que tantos cambios y nuevas regulaciones puedan agotar al empresario es fundamental su análisis y estudio porque dejando al margen la opinión política que esto nos merezca no hay nada más inteligente que la adaptación al medio y el Mecanismo Red puede ser el vehículo de flexibilidad y ahorro de costes que necesitan muchas empresas para evitar el cierre.

### Cristina Bastante Rodríguez

Graduada en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, máster en la Universidad de Vigo en colaboración con el Colegio de Abogados de Vigo, es miembro de la división laboral de Bufete Barrilero y Asociados.

c.bastante@barrilero.es  
LinkedIn

# El alcance temporal de las facultades de comprobación e investigación de la administración

El Tribunal Supremo ha vuelto a abordar el asunto del alcance de la potestad comprobadora de la Administración respecto de actos, hechos, negocios u operaciones realizadas en periodos prescritos cuando se proyectan fiscalmente sobre ejercicios no prescritos en sentencia dictada el pasado 1 de marzo de 2022.

El Tribunal, de cara a resolver la controversia sobre si la Administración tiene o no potestad para comprobar ejercicios prescritos distingue la existencia de tres periodos:

- A) el artículo 109 de la Ley 230/1963
- B) el artículo 115 de la Ley 58/2003
- C) el artículo 115 de la Ley 58/2003 tras la entrada en vigor de la Ley 34/2015, que modifica el mencionado artículo.

Es esta última ley la que introduce por primera vez la imprescriptibilidad de las facultades de comprobación e investigación de la Administración pero, ¿qué ocurre con el periodo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 58/2003 y hasta la reforma producida por la Ley 34/2015? La recurrente considera que, por razones temporales, la Administración no tiene facultad para comprobar operaciones realizadas desde la entrada en vigor de la Ley 58/2003 y hasta la entrada en vigor de la ley 34/2015.

En la sentencia podemos encontrar un análisis de la jurisprudencia más reciente para llegar a la conclusión del Tribunal. Existe un primer periodo jurisprudencial en el que el Tribunal se decantaba por determinar que, una vez prescrito el derecho a liquidar la deuda del periodo en que se produce la pérdida (refiriéndose a mecanismos de compensación o deducción de bases o cuotas procedentes de ejercicios anteriores), no es posible llevar a cabo una comprobación. Por otro lado, tras una reforma introducida por la LIS del año 1995, la dirección del Tribunal es la siguiente: será posible llevar a cabo revisiones de bases imponibles negativas siempre y cuando no prescriba el derecho a comprobar la obligación tributaria correspondiente al periodo en el que se aplica la compensación. Por último, tras la entrada en vigor de la Ley 58/2003 se inclina el Tribunal por entender que las facultades de comprobación e investigación son imprescriptibles. De este modo, la Administración puede comprobar ejercicios prescritos que continúen teniendo efectos en los no prescritos.

Así las cosas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido cambiante a lo largo de los últimos años, inclinándose en diferentes sentencias por una imprescriptibilidad de las facultades de comprobación e investigación de la Administración y, en otras, por limitar esas facultades de la Administración.

El Tribunal Supremo se decanta esta vez por la imprescriptibilidad de las actuaciones, apoyándose para emitir su fallo en la Sentencia de 5 de febrero de 2015, que significó un cambio de rumbo para la jurisprudencia aplicable al caso y, a pesar de que en sentencias más recientes el Tribunal Supremo ha venido acuñando el alcance temporal de esas facultades de comprobación e investigación que parecen imprescriptibles, resuelve que se trata de una facultad plena e imprescriptible.

El fallo emitido por el Tribunal ha sido objeto de voto particular del Magistrado Excmo Sr. Don Francisco José Navarro Sanchís. De acuerdo con su análisis, la fecha a tomar como referencia debería ser aquella en la que tuvieron lugar los actos u operaciones objeto de comprobación, de modo que las facultades de la Administración tienen un límite

temporal, pues no podrían entrar a investigar operaciones llevadas a cabo antes de la entrada en vigor de la Ley 58/2003 - en contra de lo que plantea el Tribunal en la Sentencia objeto de análisis-.

El Magistrado va más allá, planteando que la aplicación de la Ley 34/2015 a las actuaciones acontecidas entre 2004 y 2015 supondría actuar en contra de lo establecido en el artículo 2.3 del Código civil, que recoge la irretroactividad de las normas.

Finalmente y, el Magstrado hace referencia a la reciente sentencia del TJUE, la cual ha acabado con la imprescriptibilidad de las sanciones relativas al modelo 720 de declaración de bienes en el extranjero, no pudiendo la Administración prolongar sine die el periodo en el cual pueda imponer sanciones.

Con todos estos ingredientes, parece sencillo pensar que los pronunciamientos en diferentes sentidos continuarán en esta materia, por no existir un criterio igualado dentro del propio Tribunal y por la incertidumbre que genera otorgar a la Administración unas facultades imprescriptibles en cualquier cuestión, pero muy especialmente, en un acto tan básico como es la comprobación e investigación

**Elena Muniozgueren Echaniz**

Graduada en Derecho y Relaciones Internacionales por la Universidad de Deusto, máster en Acceso a la Abogacía y Asesoría Fiscal en la Universidad de Deusto, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados

e.muniozgueren@barrilero.es  
LinkedIn

# La nueva ley concursal: Adaptación de la directiva (UE) 2019/1023 en España

Tras el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, sobre medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal se creó la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para elaborar una reforma más profunda de la Ley Concursal. Las propuestas de este grupo de expertos constituyen la base de lo que se presentó el pasado día 4 de agosto de 2021 como Anteproyecto de Ley.

Este texto pretendía adaptar el ordenamiento jurídico español a la Directiva (UE) 2019/1023 (sobre reestructuración e insolvencia). Así, el Anteproyecto de Ley proponía simplificar, agilizar y reducir los costes de los concursos, manteniendo los principios básicos de la ley vigente.

Una vez aprobado por el Consejo de Ministros y publicado el 14 de enero, puede afirmarse que el Proyecto de Ley, aunque va a introducir numerosas mejoras para asemejar nuestro ordenamiento al de los países más avanzados en reestructuración empresarial -pues el 95% de nuestros concursos acaban en liquidación-, España aun no va a cumplir todos los objetivos establecidos en el acto legislativo europeo.

En primer lugar, la Directiva exige a los Estados miembros que ofrezcan a las personas físicas insolventes de buena fe la oportunidad de una plena exoneración de sus deudas en un plazo no superior a tres años, otorgándoles así una segunda oportunidad. Pese a ello, la propuesta del Gobierno sigue privando el acceso de los empresarios a esta ventaja, pues el Proyecto de Ley únicamente incluye un límite de exoneración de mil euros para las deudas con Hacienda y otro tanto para las de la Seguridad Social.

Por otro lado, una cuestión controvertida es el procedimiento especial para las microempresas, ya que el Libro Tercero (“régimen especial de microempresas”) no contiene innovaciones significativas. No obstante, aparte de otros pequeños cambios, se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita para las personas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar y se reduce el plazo, de diez a cinco días, para que el deudor y la administración concursal presenten alegaciones sobre solicitud de modificación de crédito, del inventario o sobre la sugerencia de nuevo crédito.

El Proyecto de Ley también trata de definir la condición de probabilidad de insolvencia fijando un espacio temporal: en ausencia de un plan de reestructuración, la insolvencia es probable si es objetivamente previsible que el deudor no va a cumplir con sus obligaciones de forma regular en los próximos dos años. De ahí que deba crearse un sistema de alerta temprana para que las empresas que muestren los primeros indicios de dificultades financieras puedan beneficiarse de los mecanismos preventivos de reestructuración previstos por la ley.

Sin duda, este ha sido el asunto de mayor relevancia: la introducción de la figura del plan de reestructuración, que sustituye al actual acuerdo de refinanciación, pues la Directiva (UE) 2019/1023 tiene como objetivo garantizar que las empresas viables con dificultades financieras tengan acceso a un marco de reestructuración nacional eficaz que les permita seguir operando.

En este sentido, el plan de reestructuración es una herramienta previa al concurso diseñada para evitar o superar la insolvencia y fomentar la actuación temprana para acrecentar las posibilidades de supervivencia de la empresa. La introducción de este fenómeno favorecerá la descongestión de los tribunales mercantiles y llevará a una mayor eficiencia de los procedimientos concursales.

Si bien es cierto que esta nueva ley va a permitir una simplificación y una mayor eficiencia de los concursos de acreedores, así como una mayor posibilidad de que las empresas sigan con su actividad tras el proceso, aún nos queda mucho recorrido para ajustarnos a la Directiva (UE) 2019/1023 y equipararnos al resto de países europeos avanzados.

Además de otras iniciativas, los empresarios insolventes de buena fe deberían tener la oportunidad de eximir la totalidad de sus deudas y se deberían otorgar mayores garantías a las microempresas declaradas en concurso.

**Natalia Peralta dolz**

Doble grado en derecho y relaciones internacionales en la Universidad Francisco de Vitoria, es miembro de la división mercantil de Bufete Barrilero y Asociados.

n.peralta@barrilero.es  
LinkedIn

# El alquiler vacacional: la jurisprudencia aclara la normativa vigente

Como todos conocemos, actualmente, resulta cada vez más difícil encontrar comunidades de propietarios con voluntad o, al menos, disposición de albergar viviendas turísticas, es decir, para dedicarlas al alquiler vacacional. En este sentido, son constantes las noticias publicadas respecto del masivo y descontrolado uso de este tipo de viviendas, principalmente por las molestias que las idas y venidas y la actitud de los turistas causan a los residentes habituales de las comunidades de propietarios.

Hasta la reforma de Ley de Propiedad Horizontal (LPH) por el Real Decreto- ley 7/2019, resultaba en la práctica casi imposible la aprobación de normas limitativas o prohibitivas del ejercicio de determinadas actividades en el inmueble.

Así pues, para dar mayor flexibilidad a las comunidades de propietarios, el Real Decreto-ley 7/2019, de 6 de marzo, añadió un nuevo punto 12 al artículo 17 de la LPH, eliminando el rígido quorum legal de la unanimidad para la adopción de acuerdos de prohibición o regulación de uso turístico a una mayoría de 3/5 de propietarios y cuotas de participación.

El citado artículo 17.12 dice así:

**“12. El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.**

*Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos.”*

Por tanto, esta reforma permite la modificación estatutaria para limitar concretamente la actividad de viviendas para uso turístico, continuando, siendo necesario la aprobación por unanimidad para adoptar acuerdos de modificación de estatutos sobre limitaciones de otro tipo de actividades.

Ahora bien, el carácter irretroactivo del acuerdo aprobado en Junta ha dado lugar a muchas interpretaciones de las comunidades de propietarios, no resultando conciso a qué propietarios vincularía el acuerdo ¿se puede aplicar a todas aquellas viviendas que ejerzan la actividad? ¿o bien solo vincularía a aquellas viviendas que comiencen a realizar la actividad con posterioridad al acuerdo?

En este sentido, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa recientemente ha dictado Sentencia nº 1280/2021, señalando el criterio interpretativo que debemos realizar de la irretroactividad de dicho punto 12 del artículo 17 de la LPH.

El supuesto de hecho de la citada sentencia es una comunidad de propietarios que, mediante acuerdo adoptado en la Junta de 25 de marzo de 2019, aprobó el incremento en un 20% en la participación en los gastos comunes para aquellas viviendas que se destinen a aprovechamiento turístico, de acuerdo con el artículo 17.2 de LPH y, en consecuencia, requirieron el pago de dicha cuota a partir del 1 de abril de 2019 a todas las viviendas de uso turístico que ya ejercían la actividad en la comunidad.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en su sentencia señala que no debería de aplicarse dicho acuerdo a aquellas viviendas que hubieran obtenido la licencia para realizar la actividad con anterioridad a que la Comunidad de Propietarios aprobase el acuerdo de incremento de cuotas:

***“Efectivamente, igualmente que la limitación de la actividad no puede afectar a las viviendas que ya venía ejerciendo la actividad turística, dado que comenzaron su actividad con anterioridad al acuerdo de la comunidad, entiende este Juzgador que, por el mismo razonamiento, tampoco pueden***

**verse afectadas por el incremento de la cuota para gastos generales, por mucho que se establezca ese pago a partir del acuerdo, ya que supone aplicar la previsión legal que permite la aprobación a una situación de derecho existente con anterioridad, por la que se podía ejercer esa actividad turística sin que ello supusiera un recargo en la contribución a los gastos, considerando este Juzgador que dicho recargo podrá aplicarse en relación a aquellos pisos que comiencen a ejercer la actividad turística con posterioridad al acuerdo, pero no a aquellos que ya la realizasen con anterioridad."**

Por tanto, la Audiencia Provincial confirma la sentencia dictada en primera instancia, condenando a la comunidad de propietarios a restituir a los propietarios las cantidades cobradas por dicho incremento en los gastos comunes desde el 1 de abril de 2019, al considerar que se estaría vulnerando el derecho de propiedad de los comuneros:

*"En definitiva la excepción a la regla general de la unanimidad para establecer limitaciones de derechos en cuanto al uso y destino de los predios privativos integrados en una CP, que establece el art. 17.12 de la LPH, (norma restrictiva de derechos), **no puede tener efectos retroactivos ni afectar por ello a propietarios disidentes que con anterioridad a su adopción ya venían desarrollando en su vivienda tal actividad de acuerdo con la normativa legal aplicable.** Y no puede estimarse que esta decisión suponga dejar sin contenido la citada autorización legal del art. 17.12, que tendrá su eficacia vinculante con posterioridad a su adopción, pero no puede afectar a un propietario que con anterioridad a su adopción, **estaba desarrollando en su vivienda tal actividad, pues ha de tenerse en cuenta que en el momento en que los actores adquirieron la vivienda, lo hicieron libre de limitaciones dominicales, esto es, confiando legítimamente en que tenía incólume la facultad de goce y disfrute sobre la finca.** De lo contrario, se estaría legitimando que la Comunidad pudiera menoscabar el contenido esencial del derecho de propiedad del comunero sobre su finca en contra de su voluntad y al*

*margen de la regulación legal de tal posibilidad de establecer limitaciones al citado uso y disfrute."*

En conclusión, los acuerdos de Junta para limitar o condicionar la actividad de uso turístico o incremento la cuota de participación de dicha vivienda turística de acuerdo con el artículo 17.2 del LPH sólo puede afectar a las nuevas viviendas de uso turístico que comiencen a ejercer la actividad con posterioridad a la aprobación del acuerdo, no teniendo efectos retroactivos, sobre viviendas turísticas que ya ejercían la actividad con anterioridad.

**Regina Bareño Asúa**  
Licenciada en derecho por la Universidad de Deusto es miembro de la división de derecho administrativo de Bufete Barrilero y Asociados.

r.bareno@barrilero.es  
LinkedIn



# La declaración responsable del preceptor de fondos Next Generation y el fraude de subvenciones

El Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia, que conocemos como fondos Next Generation, se configura como un *instrumento promovido a nivel de la Unión Europea orientado a mitigar los impactos de la Pandemia COVID-19, así como a transformar la sociedad, con los objetivos de modernizar el tejido productivo, impulsar la «descarbonización» y el respeto al medio ambiente, fomentar la digitalización, y la mejora de las estructuras y recursos destinados a la investigación y formación, consiguiendo en última instancia una mayor capacidad de la sociedad para superar problemas como la Pandemia, conforme al marco establecido en el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.*

Esta es la finalidad de este plan de financiación, tal y como lo expone en su introducción la Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública nº 1030/2021 de 29 de septiembre (en lo sucesivo Orden HFP/1030/2021), estando previsto que este instrumento suponga la inyección al tejido empresarial español de al menos 140.000.000 de euros.

Por otra parte, la Orden HFP 1030/2021 tiene por objeto establecer el procedimiento de gestión y el modelo de control, que facilite la tramitación eficaz de las solicitudes para el acceso a estas ayudas, evidenciando una gran preocupación por el riesgo de la fraudulenta gestión de los fondos, los conflictos de interés y la corrupción en general, estableciendo normas para el autocontrol y autoevaluación de todos los organismos públicos y personas intervinientes adscritas a los mismos en los procesos de adjudicación de los fondos.

Precisamente, en estas breves notas queremos resaltar un aspecto que posiblemente haya podido pasar desapercibido al sopesar la aplicación de esta figura y que tiene que ver con una de las cuestiones a acreditar por el interesado en la solicitud de acceso a dichos fondos.

Así, mientras para las administraciones públicas la Orden HFP/1030/2021 tiene establecidos unos mecanismos de prevención de la corrupción muy concretos y específicos, para las entidades solicitantes, establece de manera estandarizada una declaración responsable cuyo modelo figura en el Anexo IV C de dicha norma bajo la denominación *“Compromiso de cumplimiento de principios transversales”* en la que destaca la obligación de realizar una manifestación expresa referente al *(...) compromiso de la persona/entidad que representa con los estándares más exigentes en relación con el cumplimiento de las normas jurídicas, éticas y morales, adoptando las medidas necesarias para prevenir y detectar el fraude, la corrupción y los conflictos de interés.*

Esta previsión merece dos comentarios:

Por un lado, que ese estándar de exigencia respecto del cumplimiento normativo y las medidas preventivas de detección del fraude es de máximos, por lo que podemos afirmar que no puede ser otro que la implantación de los instrumentos legales que el mercado jurídico ya tiene asimilados como los idóneos para este cometido, como son los planes de prevención de delitos, conforme a las exigencias del artículo 31 bis del Código Penal, e incluso la implantación de otros modelos de gestión conforme a normas sectoriales de aplicación, como podría ser un Compliance Tributario conforme a la norma Une 19602 y otras de distintos ámbitos.

Pretender sostener que la entidad solicitante cumple ese compromiso sin contar con instrumentos de este tipo se nos antoja imposible e incluso falsario, puesto que, son precisamente esos los medios exclusivos para acreditar esos estándares éticos, siendo de manera simultánea “forma y sustancia” en materia de cumplimiento normativo.

Por otra parte, esa declaración responsable que no se ajustase a la realidad, por no contar la entidad con un instrumento de Compliance que diera contenido a dicha manifestación, no sería incluso extravagante afirmar que pudiera dar cabida a un delito de fraude de subvenciones como el contenido en el artículo 308 del Código Penal dentro del conjunto de delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social:

*“El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas en una cantidad o por un valor superior a ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo (...)”, delito que sería imputable tanto a la entidad solicitante como al representante que lleva a cabo la manifestación no ajustada a la verdad.*

Es decir, si bien la Orden HFP 1030/2021 ha limitado la exigencia a esa “declaración responsable” sin exigir acreditación documental que respalde el compromiso, podríamos decir que dicha manifestación es una “condición requerida para su concesión”, por lo que integraría ese requisito objetivo del tipo penal que castigaría la declaración falsaria.

Como conclusión, recomendaríamos que los beneficiarios en la percepción de estas ayudas sopesaran seriamente dar los primeros pasos para la adopción de programas de cumplimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal.

**Martín Bilbao Lorente**

Licenciado en derecho, es miembro del equipo directivo y responsable de la división penal de Bufete Barrilero y Asociados.

m.bilbaolorente@barrilero.es  
LinkedIn

# Italian court of cassation grants direct protection to the party of an agreement declared null and void by the antitrust authority

In 2005 the Italian Competition Authority ascertained that the model form of bank surety drawn up in 2002 by the Italian Banking Association (ABI), namely certain clauses contained therein, constitute an agreement that restricts competition, where applied uniformly. A contrast of case law arose on the effects of non-compliance with antitrust law on the sureties issued by guarantors in favour of banks on the basis of the ABI model form, in particular whether such sureties were as well invalid.

By judgment no. 41994 of December 30th, 2021 the Joint Sections of the Italian Court of Cassation have resolved the case law contrast. The judgment is of particular interest because the principles it establishes are applicable not only to sureties complying with the ABI model form but, more in general, to all agreements entered into downstream of agreements between undertakings which have been declared null and void by the Italian Competition Authority (“AGCM”) for being contrary to antitrust law.

Article 2 of the Italian Competition and Fair Trading Act (Law 287/1990, the “Act”) prohibits agreements between undertakings that have as their object or effect the prevention, restriction or significant distortion of competition within the national market or in a substantial part of it and specifies that “Prohibited agreements are null and void to all intents and purposes”. It is up to AGCM to ascertain and sanction the anti-competitive behaviours.

A similar provision is also present in the Treaty on the Functioning of the European Union (article 101) for the European market.

The Act also provides for a civil law protection consisting of an action for the nullity of the anti-competitive agreement and an action for damages to be brought before the competent civil Court. AGCM’s decision has binding effect in the civil proceedings.

For years Italian case law has provided for ambiguous solutions regarding the effects that the nullity of anti-competitive agreements produces on the agreements executed downstream and the remedies available to individuals who signed them.

Originally, the Court of Cassation denied the legitimation of the

consumer to bring the action for nullity and the action for damages provided for by the Act.

Differently, in 2005 the Court of Cassation, in an action brought by a consumer for restitution of the higher premium of a car insurance policy drafted in accordance with the conditions established by the so called “cartel of the insurance companies”, recognised his right to bring an action for nullity of the cartel and for compensation under the Act. However, the Court did not clarify whether the consumer could also bring an action for the nullity of the downstream agreement executed between him and the insurance company.

In the case at stake the Joint Sections were called upon to clarify whether the total or partial coincidence of the surety with the anti-competitive model justified the declaration of nullity of the surety or only entitled to compensation of damages and, in the first case, whether it was an issue of total or partial nullity of the surety.

The Joint Sections, with judgment no. 41994/2021, have definitively clarified that “The surety contracts entered into downstream of agreements declared in part null and void by the Antitrust Authority for violation of the Italian and European antitrust regulations are partially null and void. This nullity is limited to the individual clauses that reproduce the unilateral model form that constitutes the prohibited agreement, unless it is possible to infer from the agreement, or is otherwise proven, a different will of the parties”.

This decision, in addition to the material impact on the many sureties compliant with the ABI model form, sets forth principles applicable in all cases of agreements entered into downstream of anti-competitive agreements, thus offering direct protection, such as an action for nullity and compensation of damages, to all those subjects who, although not operators in the reference market, suffer the negative consequences of the unlawful agreement.

On the basis of these principles, it can be expected that litigations brought by downstream contractors in the event of a finding of cartels restricting competition will increase.

