

nov. 22

---

**b-today**

*derecho y economía*

impuesto de solidaridad

patrimonio

ley crea y crece

cotización: coste empresarial

calificación discapacidad

ley y libertad sexual

arbitrato



Fiscal	Impuesto sobre el patrimonio o impuesto de solidaridad de las grandes fortunas 3 <b>Patricia Martínez de Lagos Valiño</b>
Fiscal	Hacienda clarifica que los no residentes no tributan en Patrimonio por la tenencia indirecta de inmuebles 4 <b>Ander Carrasco Baranda</b>
Mercantil	Novedades legislativas introducidas por la ley de creación y crecimiento de empresas 5 <b>Álvaro Jiménez Escobar</b>
Laboral y Seguridad Social	El incremento del coste empresarial en cotizaciones prevista por el proyecto de presupuestos generales del estado para 2023 6 <b>Lara Pérez-Viana Martínez</b>
Administrativo	Real Decreto 888/2022: nuevo procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad 7 <b>Raquel Zuera Belsué</b>
Penal	Efectos colaterales en la empresa por la entrada en vigor de la ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual 8 <b>Martín Bilbao Lorente</b>
Internacional	Arbitrato estero: le Sezioni Unite affermano che la mancata costituzione del convenuto implica accettazione della giurisdizione e volontà di non avvalersi della clausola arbitrale 9 <b>Avv. Silvia Lazzeretti</b> <b>Avv. Steffannia Mavelli</b>

# Impuesto sobre el patrimonio o impuesto de solidaridad de las grandes fortunas

El 29 de septiembre la Ministra de Hacienda presentó un paquete de medidas fiscales, que buscan avanzar hacia un sistema fiscal más justo, bajo la premisa de quienes más tienen han de aportar más, contemplándose una mayor contribución por parte de los grandes patrimonios y grandes empresas, a la par que bajadas fiscales en favor de las rentas bajas, autónomos y pymes.

Entre las medidas propuestas, destaca la creación del Impuesto de Solidaridad de las grandes fortunas, cuya introducción se vio impulsada a raíz de la aprobación, por parte de la Junta de Andalucía, de la nueva Ley 5/2021, de 20 de octubre, de Tributos Cedidos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que establece una bonificación autonómica sobre de la cuota íntegra del Impuesto sobre el Patrimonio del 100%.

Tal y como anunció la ministra María Jesús Montero, se trata de un impuesto de carácter estatal y temporal, cuya entrada en vigor está prevista para el ejercicio en curso 2022, con el fin de que la recaudación tenga efectos en los ejercicios 2023 y 2024. No obstante, se prevé la inclusión de una cláusula de revisión, mediante la cual se podría revisar al término de la vigencia de los dos años, si es necesario mantenerlo o suprimirlo.

El impuesto en cuestión afectará a los contribuyentes con patrimonios netos superiores a 3 millones de euros y contará con tres tipos de gravamen en función de los siguientes tramos:

- El primero será del 1,7 % para los patrimonios netos de entre tres y cinco millones de euros.
- El segundo de 2,1% para los patrimonios netos, superiores a cinco millones de euros, pero inferiores a los diez millones.
- El tercero de 3,5 % para aquellos patrimonios netos que sean superiores a los diez millones de euros.

La comparación entre el Impuesto sobre el Patrimonio y el nuevo

Impuesto de Solidaridad, es inevitable ya que parecen tener el mismo objetivo, lo cual podría dar lugar a una doble imposición. Sin embargo, para evitar dicha situación, se anunció que los contribuyentes únicamente tributarán por la parte de su patrimonio que no haya sido gravado por su comunidad autónoma. Es decir, el importe a pagar que resulte del Impuesto sobre el Patrimonio será deducible en el nuevo Impuesto de Solidaridad de las grandes fortunas.

Esto conlleva, que el nuevo Impuesto se aplicará fundamentalmente en aquellas Comunidades Autónomas, en las que se haya acordado bonificar al 100% la cuota íntegra del Impuesto sobre el Patrimonio, como son Andalucía y Madrid, cuyos residentes no tendrán que tributar por el Impuesto sobre el Patrimonio, pero sí tendrán que abonar el Impuesto de Solidaridad.

Ahora bien, la gran diferencia a señalar entre ambos tributos, es el hecho de que con carácter general el Impuesto de Patrimonio entra en funcionamiento a partir de los setecientos mil euros de riqueza, mientras que el nuevo tributo parece ser que lo hará a partir de los tres millones de euros.

Con todo ello, el Ministerio de Hacienda, prevé que el nuevo impuesto afectará a aproximadamente 23.000 contribuyentes que representan el 0,1 % del total y tendrá un impacto recaudatorio que alcanzará los 1.500 millones de euros. Sin embargo, se plantean varias incógnitas en cuanto al contenido concreto del tributo, criterio de valoración de los bienes, posibles exenciones, deducciones, etc.

En conclusión, habrá que esperar a conocer el texto definitivo, habida cuenta que las medidas fiscales descritas previamente, son por ahora, meras propuestas que han de ser desarrolladas y seguir los trámites parlamentarios pertinentes para su aprobación y entrada en vigor, que en todo caso y teniendo en cuenta los plazos de recaudación previstos, deberá realizarse de manera previa al 31 de diciembre de 2022.

**Patricia Martínez de Lagos Valiño**

Graduada en Derecho Económico por la Universidad de Deusto, Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad del País Vasco, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

p.martinez@barrilero.es  
LinkedIn

# Hacienda clarifica que los no residentes no tributan en Patrimonio por la tenencia indirecta de inmuebles

Determinados Convenios de Doble Imposición celebrados por el Reino de España, los suscritos con Alemania y Francia como ejemplos paradigmáticos, habilitan a España para gravar en el Impuesto sobre el Patrimonio la titularidad, por parte de un no residente, de acciones de sociedades cuyo activo esté constituido, al menos en un 50%, directa o indirectamente, por bienes inmuebles situados en España.

Sin embargo, el legislador español no ha hecho uso de tal habilitación, no previendo la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio la posibilidad de gravar tales participaciones.

A pesar de la falta de previsión normativa, sustituyendo al legislador, Hacienda venía manifestando en distintas Consultas Vinculantes, la última de ellas fechada en junio de 2020, que los no residentes titulares a través de sociedades de inmuebles en España debían tributar en nuestro país por el Impuesto de Patrimonio, en los casos en que el Convenio de Doble Imposición aplicable recogiera tal posibilidad.

Practicando un giro de 180 grados, mediante reciente consulta vinculante V1947-22, de 13 de septiembre de 2022, Hacienda ha concluido exactamente lo contrario que venía manifestando anteriormente.

Acertadamente, a nuestro juicio, rectificando su criterio anterior, en la referida consulta la Administración Tributaria manifiesta las siguientes conclusiones:

- La tributación en el Impuesto sobre el Patrimonio de un no residente por ser titular de acciones con inmuebles en España requiere de la existencia de una norma interna que lo prevea.
- La ley del Impuesto sobre el Patrimonio, en su redacción actual, no recoge tal posibilidad, por lo que no cabe la aplicación directa del convenio de doble imposición que la Administración Tributaria efectuaba hasta la fecha.

Nos maliciamos que el copernicano cambio de criterio de Hacienda respecto de la tributación de la titularidad, por parte de no residentes, de inmuebles en España a través de sociedades no ha sido espontáneo, sino que ha venido motivado por una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Islas Baleares, de 3 de diciembre de 2020, que adelantaba las conclusiones a las que ahora ha llegado la Administración Tributaria.

En cualquier caso, el nuevo criterio de la Administración Tributaria reviste gran trascendencia dado que algunos de los Convenios de Doble Imposición que habilitan a España para someter a gravamen la titularidad indirecta de inmuebles son los suscritos con Reino Unido, Alemania, Francia o México, cuyos residentes ocupan los primeros lugares del ranking de inversores en edificaciones en España.

El nuevo estado de cosas en la materia, en primer lugar, abre posibilidades para que, en los casos en los que se haya venido liquidando el Impuesto de Patrimonio por situaciones similares, el contribuyente solicite a Hacienda la devolución de los importes indebidamente ingresados por este concepto.

En este sentido, desde nuestro despacho ya hemos recibido el encargo de estudiar la rectificación de autoliquidaciones de no residentes que se encuentran en dicha situación.

En segundo lugar, la seguridad jurídica aportada por el nuevo criterio de la Administración, permite planificar la canalización de la inversión extranjera en inmuebles sitios en España a través de sociedades, con la certidumbre de los efectos de dicha actuación en el ámbito tributario.

**Ander Carrasco Bareda**

Licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto, es miembro de la división de derecho fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

a.carrasco@barrilero.es  
LinkedIn

# Novedades legislativas introducidas por la ley de creación y crecimiento de empresas

El pasado 19 de octubre entró en vigor la mayor parte de la Ley 28/2022 de Creación y Crecimiento de Empresas, conocida como la Ley "Crea y Crece". Esta ley, que se engloba dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que el Gobierno remitió a Bruselas en abril con el objetivo de acceder a los fondos europeos *Next Generation EU*, busca la promoción y desarrollo empresarial español -con especial hincapié en las PYMES- a través de cuatro pilares distintos pero complementarios: (i) la simplificación del proceso de creación de empresas, (ii) la eliminación de trabas burocráticas y regulatorias, (iii) la lucha contra la morosidad mediante la digitalización empresarial y (iv) el impulso a la financiación colectiva y de capital riesgo.

## (i) Simplificación del proceso de creación de empresas

Una de las novedades más sonadas que ha introducido esta ley es la reducción del capital social necesario para constituir una sociedad limitada, que pasa de los 3.000€ a 1€. No obstante, hasta que el capital social no alcance los 3.000€, se deberá destinar un 20% del beneficio a la constitución de una reserva hasta que se alcance dicha cantidad y, en caso de liquidación, si el capital social es inferior a 3.000€, los socios deberán responder de forma solidaria de las deudas sociales con el límite del importe que resulte de la diferencia entre el capital suscrito y los 3.000€.

Asimismo, se ha modificado el proceso de constitución de sociedades creando un sistema de ventanilla única electrónica que permite la creación íntegra de una sociedad por medios telemáticos y mediante modelos estandarizados (a través del Centro de Información y Red de Creación de Empresas).

## (ii) Eliminación de trabas burocrática y regulatorias

La ley también ha previsto la reducción de obstáculos para la expansión empresarial. En este sentido, se ha ampliado el número de actividades que no precisan de licencia para operar, incluyendo licencias previas de instalaciones, de funcionamiento, de actividad o similares, afectando a sectores como los servicios de estudios de mercado, servicios de colocación y suministro de personal, servicios integrales de correos o telecomunicaciones o multiservicios intensivos en personal.

## (iii) Lucha contra la morosidad mediante la digitalización empresarial

Otro objetivo fundamental que persigue la Ley Crea y Crece es combatir la morosidad empresarial, para lo que (i) ha establecido la obligatoriedad de la factura electrónica entre empresarios y profesionales, (ii) ha previsto la creación del Observatorio Estatal de la Morosidad Privada, organismo que tendrá la función de elaborar de forma anual un listado de empresas morosas (aquellas que no paguen el 5% de sus facturas anuales y el importe impagado ascienda a los 600.000€) y (iii) limitando el acceso a subvenciones públicas a las empresas morosas.

## (iv) Medidas para facilitar el acceso a financiación

La ley también trae cambios regulatorios significativos sobre las distintas formas de financiación colectiva reguladas en nuestro ordenamiento que pretenden impulsarlas como mecanismos de financiación.

En cuanto a las plataformas de financiación participativas (PFP), (i) se ha establecido un mecanismo para que puedan prestar sus servicios a lo largo de la Unión Europea, y (ii) se han incrementado los umbrales de

inversión que los promotores pueden captar por proyecto (pasando de dos a cinco millones de euros) y se cambian los límites de inversión por proyecto para minoristas, estableciéndose en el más alto entre 1.000€ o el 5% de la riqueza.

En relación con los vehículos de inversión colectiva (IIC) y los de capital riesgo (ECR), una de las principales novedades consiste en que sus gestoras (SGEICC o SGIIC) tendrán la posibilidad de constituirse como sociedades de responsabilidad limitada o como sociedades anónimas. Asimismo, se reduce la carga de obligaciones en materia de información, incrementando el plazo para la publicación de los informes trimestrales de gestoras a un plazo semestral (facultativamente, se podrán realizar trimestralmente). También se establecen los medios telemáticos como la forma de comunicación por defecto con partícipes y accionistas.

Respecto al capital riesgo, (i) se han introducido nuevas figuras como los Fondos de Deuda o los Fondos de Inversión a Largo Plazo Europeos, (ii) se ha ampliado el abanico de activos aptos para la inversión por parte de las ECR (permitiendo la inversión en fintechs, y por último, (iii) se ha flexibilizado el régimen para inversores no profesionales en ECR españolas permitiendo comercializar sus acciones o participaciones a minoristas (siempre que la inversión se haga por recomendación personalizada de un intermediario que les preste asesoramiento, siempre que, si su patrimonio financiero no supera los 500.000 €, la inversión sea superior a los 10.000 € y no represente a su vez más del 10 % de dicho patrimonio).

### Álvaro Jiménez Escobar

Graduado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Máster de Acceso a la Abogacía y Máster de especialización en Asesoría Jurídica de Sociedades por la Universidad Complutense de Madrid, es miembro de la división de derecho mercantil de Bufete Barrilero y Asociados.

a.jimenez@barrilero.es  
LinkedIn

# El incremento del coste empresarial en cotizaciones prevista por el proyecto de presupuestos generales del estado para 2023

El pasado 06 de octubre de 2022 fue presentado ante las Cortes Generales el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2023. En el Título VIII, bajo la rúbrica «Cotizaciones Sociales», se procede a la actualización relativa a las bases y tipos de cotización de los distintos regímenes de la Seguridad Social.

Cada año los Presupuestos Generales del Estado incluyen una subida de las bases de las cotizaciones de la Seguridad Social, cotizaciones que suponen ser la principal vía de financiación de los organismos públicos para gestionar el abono las pensiones y bajas médicas, y que tienen su fuente natural en el empleo. A partir del 1 de enero de 2023, las empresas y los trabajadores verán actualizadas sus bases de cotización, un incremento de cotización que las empresas asumen el 80% y el trabajador el 20% restante.

Con estas medidas se espera abrir una importante vía de recaudación para la Seguridad Social, con un incremento de recaudación de unos 16.000 millones de euros con respecto al año previo, recayendo en su mayor parte sobre el empresario.

En este sentido, la nueva regulación abarca un incremento de los topes máximos y mínimos de las bases de cotización a la Seguridad Social, así como las bases y tipos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social.

## Base máxima. -

Concretamente, el tope máximo de las bases de cotización pasa de 4.139,40 euros a 4.495,50 euros mensuales. Asimismo, las bases de cotización tendrán como tope mínimo las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo que exista una disposición exprese lo contrario.

Ello supone que la base máxima de cotización de la Seguridad Social, es decir, la máxima retribución salarial a la que se aplican los tipos de cotización para determinar la cuantía que empresas y trabajadores aportan mensualmente a la Seguridad Social para el pago de pensiones y bajas médicas, subirá un 8,6% el próximo año con respecto al año que le precede.

Consecuentemente, a modo de ejemplo, para aquellos trabajadores que ganen más de 54.000 euros brutos anuales, la empresa deberá aportar un 31,50% de cotizaciones sociales, lo que supone 1.346,06 euros al año. Por su parte, el trabajador tendrá que pagar 299,12 euros anuales, es decir, el 7%.

Dicha subida ha sido justificada por el Ejecutivo en el sentido de que las bases máximas tienen que subir lo mismo que se incrementan las pensiones.

## Base mínima. -

Por su parte, en relación con las bases mínimas, su incremento está aparejado a la subida del salario mínimo interprofesional (SMI), cuyo dato se desconoce en la actualidad ya que se fijará por el Gobierno a finales de año.

Ello genera una gran incertidumbre para el empresario y trabajador, aunque sin generar dudas de que ello va a suponer un mayor gasto al que el empresario tendrá que hacer frente, ya que tendrá que repercutir una mayor cotización por las cuantías salariales más bajas sujetas a cotización.

Esto va a suponer un gran esfuerzo económico a cargo de PYMES,

empresarios, empleadores de empleadas de hogar, entre muchos otros, que van a tener que afrontar, además de una subida del SMI, el incremento de su cotización en un 16%, que va unido a la inflación y mayor coste de vida que experimentamos en la actualidad.

## Mecanismo de Equidad Intergeneracional. -

Asimismo, otra novedad introducida por el Ejecutivo es el uso de estos incrementos para la entrada en vigor del Mecanismo de Equidad Intergeneracional. Este supone un sistema para garantizar la financiación de las pensiones y su aplicación se alargará desde el 2023 hasta el 2032. Su principal objetivo es recaudar y reforzar el sistema de pensiones para garantizar el pago de estas ante la llegada de las jubilaciones de aquellos nacidos durante los años 1950 a 1970, en el conocido “baby boom”. Para ello, durante los próximos 10 años, las cotizaciones sociales se incrementarán en un 0,60% anual (del cual 0,50% será a cargo de la empresa y el 0,10% del trabajador).

En conclusión, el incremento de la cotización de la Seguridad Social sumado a la subida del Mecanismo de Equidad Intergeneracional supondrá un ingreso para dicha institución que alcanzará la cantidad de 1.615,79 euros/anuales a cargo de la empresa por cada trabajador.

Encontrándonos en el último trimestre del año cuando la mayoría de las empresas deben hacer un presupuesto para el próximo año 2023, estos incrementos en los costes de la masa salarial resultan de una especial relevancia al suponer un aumento porcentual de importante repercusión económica, según cada caso. Importes que se suman a las posibles subidas salariales que deban afrontar en virtud de los convenios colectivos aplicables.

Es por ello que todos estos datos deben ser tenidos en cuenta y en su caso se deberán valorar tanto desde el punto de vista de elaboración de presupuestos, como desde un enfoque de adopción de alguna de las medidas que nuestro ordenamiento jurídico tiene para afrontar este tipo de situaciones.

**Lara Pérez-Viana Martínez**

Licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto, Máster de Práctica Jurídica por la UPV-EHU. Miembro de la división de Derecho Laboral de Bufete Barrilero y Asociados.

[l.perez-viana@barrilero.es](mailto:l.perez-viana@barrilero.es)  
LinkedIn

# Real Decreto 888/2022: Nuevo procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad

El Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, regulará desde el próximo 20 de abril de 2023 el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad para tener derecho a la cuantía específica de la asignación económica por hijo a cargo y al incremento de la cuantía de la pensión de invalidez de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, de conformidad con lo previsto en los arts. 354 y 367 de la Ley General de la Seguridad Social.

Este texto establece unos criterios objetivos para la valoración y calificación del grado de discapacidad en todo el territorio del Estado, garantizando con ello el acceso en igualdad de condiciones para toda la ciudadanía. Además, proporciona una base científica para la comprensión y el estudio de la salud y de los componentes sociales y económicos que impactan en la persona, garantizando una descripción más precisa y completa del grado de discapacidad que redundará en una mayor eficiencia y transparencia.

Se establece un trámite de urgencia (art. 10 RD 888/2022) cuando fuese necesario por causas humanitarias o de especial necesidad social, como son las víctimas de zonas en guerra, o de salud y de esperanza de vida, como es el caso de las personas con enfermedades degenerativas, como la ELA, entre otras. También se incluyen en esta reducción de plazos a las mujeres víctimas de violencia de género, ya que, según la última Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, el 17,5% tienen una discapacidad ocasionada por esta violencia.

Los menores con discapacidad ejercerán sus derechos en igualdad de condiciones, sin discriminación por motivos de edad o discapacidad, recibirán asistencia y apoyos adaptados a sus circunstancias y tendrán el mismo derecho que los adultos a ser informados y escuchados (art. 8.5 RD 888/2022).

Como novedad, su tramitación pone en el centro a la persona flexibilizando el proceso a través de medios telemáticos y asegurando en todo momento la accesibilidad universal. Asimismo, permite que la persona pueda ir acompañada de una persona de confianza, lo que redundará favorablemente en la autonomía y seguridad de las personas con discapacidades severas o grandes necesidades de apoyo.

También debemos destacar que representantes de la sociedad civil de la discapacidad participarán en primera persona como integrantes de la Comisión de Valoración de la Discapacidad (art. 4.4 RD 888/2022).

A partir de ahora, este nuevo baremo permitirá realizar una valoración y calificación más certera de realidades que causan discapacidad como las discapacidades psicosociales, el autismo o las enfermedades raras. También dispone de una valiosa fuente de información para el estudio y observación de las realidades derivadas de la discapacidad, situación real y evolución, permitiendo la comparación entre países, disciplinas y servicios en diferentes momentos a lo largo del tiempo, y facilitando la explotación de información en otros campos de la salud. Los dictámenes para el reconocimiento de la discapacidad serán emitidos por equipos multidisciplinares (art. 7 RD 888/2022), quienes previamente habrán realizado una evaluación y calificación del grado de discapacidad (art. 8 RD 888/2022).

La Administración tiene el plazo de seis meses desde que se presenta la solicitud para dictar la resolución expresa en la que constará el reconocimiento de la discapacidad, la puntuación obtenida según los baremos establecidos y la fecha en la que realizará la revisión del grado.

## Tarjeta acreditativa:

Una vez reconocida la discapacidad, la Administración emitirá la tarjeta

acreditativa del grado de discapacidad en el que deberán constar los siguientes datos (art. 11 RD 888/2022):

- Datos identificativos.
- Grado de discapacidad.
- Periodo de vigencia.
- Dificultades de movilidad, en su caso.
- Necesidad de tercera persona, en su caso.
- Medidas de seguridad y confidencialidad.

La revisión del grado se realizará en la fecha que se establece en la resolución emitida o también cuando haya habido una modificación de las circunstancias que llevaron a su reconocimiento (art. 12 RD 888/2022).

Tanto la resolución de reconocimiento del grado de discapacidad como de revisión del grado pueden ser objeto de reclamación de acuerdo con el art. 71 LRJS (art. 13 RD 888/2022).

Además, ya se está programando desde la Administración una formación especializada a todo el personal valorador en las nuevas herramientas, como garantía de equidad en su aplicación (disp. adic. 4ª RD 888/2022).

Con la aprobación y entrada en vigor de este Real Decreto -20 de abril de 2023-, quedan derogados el RD 1971/1999, 23 dic., de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y la Orden de 2 de noviembre de 2000, por la que se determina la composición, organización y funciones de los Equipos de Valoración y Orientación dependientes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales y se desarrolla el procedimiento de actuación para la valoración del grado de discapacidad dentro del ámbito de la Administración General del Estado.

Con este nuevo procedimiento se da cumplimiento a los compromisos adoptados en la esfera nacional e internacional, adaptándose al modelo social de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, y se da respuesta a una demanda de las personas con discapacidad que llevaba bloqueada más de diez años.

## Raquel Zuera Belsué

Licenciada en Derecho con especialización en Derecho Privado por la Universidad de Deusto, Máster de la Escuela de Práctica Jurídica de "Pedro Ibarreche" dependiente del ICAB, especializada en Derecho Civil y Derecho Administrativo y miembro de la División de Derecho Administrativo y Civil Inmobiliario de Bufete Barrilero y Asociados.

r.zuera@barrilero.es  
LinkedIn



# Efectos colaterales en la empresa por la entrada en vigor de la ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual

El pasado 7 de octubre entró en vigor la reciente Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, conocida coloquialmente como ley del “sólo el sí es sí”, que tiene más repercusiones de las que aparenta, también para la empresa.

En efecto, esta ley modifica el Código Penal introduciendo los delitos de acoso laboral y acoso sexual dentro del elenco de delitos que pueden generar responsabilidad penal de la persona jurídica. Pero, lo sustancial es que, además, amplía el colectivo de sujetos que pueden cometer estos ilícitos: ya no se limita a conductas basadas en el prevalimiento o en la superioridad jerárquica, ahora es susceptible que se cometa por cualquier sujeto, siendo el bien jurídico a proteger la libertad sexual y moral en el ámbito de trabajo, de los cuales la empresa ha de ser garante.

Por otra parte, la propia LO 10/2022, al modificar la Ley de Igualdad establece la obligación de que las empresas promuevan las condiciones de trabajo respetuosas con estas libertades, entre ellas, cita expresamente la implantación de códigos de buenas prácticas.

Y esta modificación en la Ley de Igualdad tiene también un efecto colateral de índole penal que pasaba inadvertido: conlleva que las personas físicas con mando en la organización y, especialmente aquéllas con responsabilidad en la implantación de estas políticas serán las primeras interesadas en su correcto desarrollo, puesto que, ahora sí, ostentan legalmente una posición de garante de conformidad al artículo 11 del Código Penal para configurar su autoría en la modalidad de “comisión por omisión”, en el caso de que no se articulen las medidas que la Ley de Igualdad obliga.

Es decir, que, ante un caso de acoso sexual o laboral, aquéllas personas pueden tener una responsabilidad penal y civil compartida junto con el autor material de los hechos y la cuestión se torna preocu-

pante cuando observamos el elenco de penas que pueden imponerse a ambos; a la consabida pena de prisión (suspendible en su ejecución en determinados supuestos) se ha añadido en la reforma la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de hasta 24 meses, que no se puede soslayar de ninguna manera. Es decir, puede suponer una inhabilitación para dirigir una empresa o departamento concreto de la misma, por no haber sido diligente en la dotación de las medidas necesarias para afrontar la problemática del acoso, siendo esta cualidad otra más de las que debe dotarse la persona que se considera capaz o competente para dicha profesión.

Reflexionando, la reforma ha tenido un efecto dominó que aconsejaría que las personas jurídicas adaptaran medidas tendentes a afrontar esta problemática, y sugeriríamos que desde el ámbito de la propia Ley de Igualdad, insistimos, aun no siendo estrictamente sujeto obligado por esta Ley. De esta forma, aunque no se elabore un Plan de Igualdad en todos sus aspectos, algunos muy controvertidos, al menos sí deberían incorporarse aquellas herramientas que sus protocolos proponen (códigos de conducta, canales de denuncia etc.) y que a la vez son aprovechados por el Compliance penal.

Con este avance vertiginoso de la normativa ya no es un argumento válido escudarse en una falta de obligatoriedad “estricta” de implantación de protocolos, códigos etc., cuando hay que dar contenido al estándar mercantil de diligencia del ordenado empresario, este concepto, puramente valorativo, quedaría vacío si no se incorporan las herramientas que el mercado jurídico ofrece a la empresa, creando un riesgo innecesario para administradores, directivos o mandos por responder de delitos “comunes” que pueden cometerse por una gran amplitud de sujetos de la organización.

**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

# Arbitrato estero: le Sezioni Unite affermano che la mancata costituzione del convenuto implica accettazione della giurisdizione e volontà di non avvalersi della clausola arbitrale

In una controversia insorta tra una società italiana (“Venditore”) e una società algerina (“Acquirente”), relativa ad un contratto avente ad oggetto la vendita di un impianto che comprendeva una clausola compromissoria per arbitrato estero e la garanzia di buona esecuzione dello stesso rilasciata da una banca (“Banca”), la Corte di Cassazione italiana, con l’ordinanza n. 17244/2022 ha statuito che il giudice non può dichiarare d’ufficio il proprio difetto di giurisdizione per la presenza della clausola compromissoria per arbitrato estero, se la controparte contrattuale convenuta in giudizio è rimasta contumace e, quindi, in difetto di una sua eccezione di arbitrato, e deve necessariamente decidere la controversia.

In particolare, nel caso in esame era accaduto che dopo la consegna e messa in opera dell’impianto, l’Acquirente aveva segnalato al Venditore l’esistenza di guasti e, non avendo le parti trovato un accordo in merito all’eventuale eliminazione di questi ultimi, l’Acquirente aveva escusso la garanzia bancaria.

Nonostante il contratto di vendita contenesse una clausola compromissoria per arbitrato estero, il Venditore, anziché promuovere un arbitrato, aveva convenuto dinanzi al giudice ordinario l’Acquirente e la Banca, al fine di ottenere l’accertamento del corretto funzionamento dell’impianto e la restituzione dell’importo garantito pagato dalla Banca e rimborsato a quest’ultima dal Venditore.

L’Acquirente rimaneva contumace, mentre la Banca, costituendosi in giudizio, eccettuava il difetto di giurisdizione del Tribunale adito in virtù della sopracitata clausola compromissoria.

Il Tribunale non prendeva in considerazione l’eccezione di arbitrato sollevata dalla banca in quanto quest’ultima era estranea alla convenzione arbitrale e pertanto priva di legittimazione a sollevarla. Tuttavia, dichiarava d’ufficio il proprio difetto di giurisdizione con riferimento al rapporto di vendita tra la il Venditore e l’Acquirente, stante la contumacia dell’Acquirente, ai sensi dell’art. 11 della L. 31.05.1995, n. 218, secondo cui il difetto di giurisdizione “[...] È rilevato dal giudice d’ufficio, sempre in qualunque stato e grado del processo, se il convenuto è contumace [...]”.

Il Venditore, soccombente anche in sede di appello, proponeva ricorso per cassazione facendo valere, inter alia, l’illegittimità del rilievo officioso del difetto di giurisdizione. La Corte di Cassazione, discostandosi dalle pronunce dei giudici di prime cure, ha confermato la giurisdizione del giudice italiano chiarendo che “il difetto di giurisdizione del giudice italiano, in conseguenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero, non è rilevabile d’ufficio, stante l’imprescindibile carattere volontario dell’arbitrato in forza del quale le parti, pur in presenza di una clausola compromissoria, possono sempre concordemente optare per una decisione da parte del giudice ordinario, anche tacitamente, mediante l’introduzione del giudizio in via ordinaria alla quale faccia riscontro la mancata proposizione dell’eccezione di compromesso, né, in caso di contumacia del convenuto, risulta applicabile l’art. 11 della l. n. 218 del 1995, che non contempla espressamente l’ipotesi in cui alla base del difetto di giurisdizione vi sia una convenzione di arbitrato estero”.

La pronuncia di cui sopra si basa su due precedenti giurisprudenziali: (i) la sentenza della Corte Costituzionale n. 127/1977, secondo cui il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle

parti e non può ricercarsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa e (ii) l’ordinanza della Corte di Cassazione n. 22748/2015, relativa ad un caso di arbitrato nazionale, che ha escluso la possibilità per il giudice ordinario di rilevare d’ufficio la propria incompetenza in favore dell’arbitrato, subordinando la dichiarazione di incompetenza alla necessaria formulazione della relativa eccezione da parte del convenuto nella comparsa di risposta tempestivamente depositata (si trattava tuttavia di un caso, diverso da quello in esame, in cui il convenuto si era costituito ma aveva sollevato tardivamente l’eccezione).

Pertanto, la Corte di Cassazione, enfatizzando la natura volontaria dell’arbitrato, ha equiparato la contumacia del convenuto ad una rinuncia da parte di quest’ultimo alla clausola compromissoria e ad una accettazione implicita della giurisdizione del giudice ordinario.

Rileviamo, tuttavia, che l’attore vittorioso nel giudizio dinanzi al giudice italiano potrebbe riscontrare problemi in sede di riconoscimento ed esecuzione all’estero della sentenza emessa da quest’ultimo, posto che il convenuto contumace contro cui viene richiesto il riconoscimento o l’esecuzione potrebbe opporsi ad essi sostenendo che il giudice d’origine non aveva giurisdizione e che la controversia avrebbe dovuto essere devoluta all’arbitrato in virtù della clausola compromissoria pattuita dalle parti nel contratto.

Ad ogni modo, la possibilità per il convenuto di far valere la clausola compromissoria in una fase successiva non sempre sussiste. Essa deve infatti essere valutata caso per caso, sulla base della normativa applicabile alla controversia, che potrebbe includere o meno il difetto di giurisdizione del giudice ordinario per esistenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero tra i motivi di diniego del riconoscimento ed esecuzione della sentenza straniera nello stato richiesto.

Così, ad esempio, mentre le norme di diritto internazionale privato italiane, ove applicabili, consentirebbero al convenuto di opporsi al riconoscimento ed esecuzione di una decisione emessa in una giurisdizione straniera (non europea) per difetto di giurisdizione, tale possibilità sembra invece essere esclusa sia dal Regolamento (UE) n. 1215/2012, sia dalla Convenzione dell’Aja sul riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni straniere in materia civile o commerciale del 2 luglio 2019 recentemente ratificata da alcuni stati, che non includono l’incompetenza del giudice d’origine per esistenza di una clausola compromissoria tra i motivi di diniego del riconoscimento e dell’esecuzione di una decisione emessa da un altro Stato.

Per evitare qualunque rischio, è pertanto consigliabile per il convenuto, citato dinanzi ad un giudice ordinario in violazione di una clausola compromissoria per arbitrato estero, costituirsi tempestivamente ed eccepire nella propria comparsa di risposta il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore dell’arbitrato.

 **MACCHI di CELLERE  
GANGEMI**

Avv. Silvia Lazzeretti  
s.lazzeretti@macchi-gangemi.com

Avv. Steffania Mavelli  
s.mavelli@macchi-gangemi.com



