

# CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

## ADMINISTRATIVO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

[España]

**Transposición de las nuevas normas comunitarias sobre firmeza de la liquidación de los sistemas de pago y sobre liquidación de valores**

*Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores, y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE de 12 de abril de 2011)*

Mediante la Ley 7/2011 se lleva a cabo la transposición de la *Directiva 2009/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, por la que se modifican la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores*. Entre otras medidas, la Ley 7/2011:

(i) Modifica la *Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores*, para dar reconocimiento a los llamados sistemas interoperables y extenderles las normas sobre la firmeza de las liquidaciones de las órdenes de transferencia que se cursen a través de dichos sistemas.

(ii) Modifica el *Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*, para incluir los derechos de crédito como parte de las garantías que pueden utilizarse en el ámbito de las operaciones financieras.

**Efectos del silencio administrativo en determinados procedimientos relacionados con los ámbitos inmobiliario y urbanístico**

*Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (BOE de 7 de julio de 2011)*

Por lo que se refiere a las principales novedades que en el ámbito del procedimiento administrativo introduce el Real Decreto-Ley 8/2011, cabe señalar las referidas a la regulación de los efectos del silencio administrativo, entre las que destacan:

---

\* Esta sección de Derecho Administrativo ha sido coordinada por Ramón Vázquez del Rey Villanueva, y en su elaboración han participado Javier Abril Martínez y César da Silveira del Área de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

(i) Se impone el silencio administrativo de carácter negativo en un conjunto de procedimientos autorizatorios relacionados con el ámbito inmobiliario y urbanístico. En concreto, se establece el sentido negativo del silencio en aquellos procedimientos relativos a actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo que se indican expresamente, tales como movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas o la primera ocupación de las edificaciones de nueva planta, entre otros.

(ii) Se impone el silencio administrativo positivo en determinados procedimientos de la Administración General del Estado que aparecen recogidos en el anexo I del Real Decreto-Ley 8/2011. De entre ellos se pueden destacar algunos casos de procedimientos de control de concentraciones en el ámbito de la legislación de defensa de la competencia.

(iii) Se prevé el silencio administrativo negativo en determinados procedimientos que se refieren de forma expresa, entre ellos, tres procedimientos en el ámbito de los productos dietéticos.

Finalmente, también es destacable la modificación operada en el artículo 38.4.b) de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, en virtud de la cual los escritos que se presenten ante las Administraciones públicas podrán presentarse también, a diferencia de la regulación anterior, ante diputaciones, cabildos, consejos insulares y determinados municipios (grandes municipios, capitales de provincia, etc.).

#### Regulación del régimen específico de la contratación pública en los ámbitos de la defensa y de la seguridad

*Ley 2/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad (BOE de 2 de agosto de 2011)*

La Ley 2/2011 transpone la *Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad*. En todo lo no regulado de forma expresa por ella, la Ley 2/2011 establece con carácter general la aplicabilidad supletoria de la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público* («LCSP»).

La Ley 2/2011, siguiendo los principios de contratación establecidos en la citada directiva, recoge un conjunto de normas que tienen entre sus principales objetivos, por un lado, garantizar tanto la seguridad de la información como la del suministro y, por otro, flexibilizar los procedimientos de contratación. Finalmente, la Ley 2/2011 también aborda una serie de cuestiones relevantes en relación con la subcontratación.

(i) Por lo que se refiere al primero de los referidos objetivos, se recogen determinadas normas sobre la seguridad de la información y sobre la forma en que deben gestionarla los diferentes órganos de contratación, así como previsiones específicas sobre la seguridad del suministro y de las prestaciones, permitiendo a los órganos de contratación establecer, a tal efecto, determinadas exigencias al respecto en la documentación contractual.

(ii) Por lo que respecta a la flexibilización de los procedimientos de adjudicación, la Ley 2/2011 institucionaliza el procedimiento negociado con publicidad del anuncio de licitación como procedimiento ordinario de adjudicación, y contempla la posibilidad de incrementar el plazo de vigencia de los acuerdos marco. Asimismo, prevé que en el referido procedimiento negociado con publicidad se pueda establecer un trámite previo de selección de contratistas, tendente a limitar el número de los licitadores con los que llevar a cabo el diálogo a aquellos que reúnan los requisitos de solvencia que garanticen la correcta ejecución del contrato.

(iii) Por último, la Ley 2/2011, transponiendo de forma prácticamente literal los principios y normas recogidos en la directiva (*i. e.*, fomento del acceso a la contratación de las empresas de mediano y pequeño tamaño sin detrimento, no obstante, de la libre competencia entre las empresas de la Unión Europea), contempla la posibilidad de que los órganos de contratación puedan exigir, o impone la exigencia en algunos casos, de que la subcontratación por

parte de los adjudicatarios se lleve a cabo observando unas normas mínimas de publicidad y garantizando que la selección de los subcontratistas se haga en la forma más objetiva posible. Adicionalmente, aborda el problema del impago a los subcontratistas, recogiendo expresamente las disposiciones de la LCSP para que no queden dudas de que también son de aplicación en este ámbito.

### [Portugal]

**Região Autónoma da Madeira: Regime excepcional de liberação das cauções**

*Decreto Legislativo Regional n.º 12/2011/M, de 29 de Julho (DR 145, SÉRIE I, de 29 de Julho de 2011)*

O presente diploma estabelece, na Região Autónoma da Madeira, o regime excepcional de liberação das cauções prestadas para garantir a execução de contratos de empreitada de obras públicas e o exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que o adjudicatário ou co-contratante assume com essa celebração.

O referido regime de excepção é aplicável aos contratos de empreitada de obras públicas celebrados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e do Decreto Legislativo Regional n.º 11/2001/M, de 10 de Maio, e aos celebrados ou a celebrar ao abrigo do CCP e do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/M, de 14 de Agosto.

Nos termos do presente diploma, o dono da obra pode autorizar a liberação integral da caução decorrido o prazo de três anos, contado da data da recepção provisória da obra, sendo condição necessária a inexistência de defeitos da obra da responsabilidade do empreiteiro.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**Conformidad con el Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública de los programas de actuación integrada urbanística previstos en la legislación valenciana**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de mayo de 2011 (as. c-306/08)*

Esta sentencia resuelve el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea sustentado en que el Reino de España incumplió las directivas comunitarias de contratación pública al adjudicar programas de actuación integrada («PAI»), con arreglo a la *Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana* («Ley 6/1994») y a la *Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de Urbanística Valenciana* («Ley 16/2005»). En este sentido, tanto la Ley 6/1994 como la Ley 16/2005 establecen dos regímenes de ejecución del desarrollo urbanístico: (i) las actuaciones aisladas, que tienen por objeto una sola parcela y suponen su edificación, y (ii) las actuaciones integradas, que tienen por objeto la urbanización conjunta de dos o más parcelas conforme a una única programación, transformando dichas parcelas en solares.

El PAI, que es el instrumento de ordenación urbanística que regula la ejecución de una actuación integrada, tiene por objeto identificar el ámbito de una actuación integrada, con expresión de las obras que se han de acometer, programar los plazos para su ejecución; establecer las bases técnicas y económicas para gestionar la actuación, regular los compromisos y obligaciones con la Administración y con los propietarios afectados y fijar las garantías de cumplimiento y las sanciones por incumplimiento de dichas obligaciones.

De acuerdo con la Ley 6/1994 y con la Ley 16/2005, la ejecución de un PAI ha de ser siempre es pública, correspondiendo a la Administración decidir su gestión directa o indirecta. La gestión es directa cuando todas las obras e inversiones son financiadas con fondos públicos y gestionadas por la Administración, sus organismos, entidades o empresas públicas, sin poder percibir el beneficio empresarial. En cambio, en el supuesto de gestión indirecta, la Administración delega la condición de urbanizador en un particular, sea o no propietario del terreno, seleccionado según un procedimiento público de competencia.

Pues bien, sobre la base de estos antecedentes, la Comisión Europea fundamentaba su recurso por incumplimiento en que la relación existente entre la Administración y el urbanizador, conforme a las directivas comunitarias de contratación pública (esto es, la anterior *Directiva 93/37/CEE* y la vigente *Directiva 2004/18/CE*), constituía un contrato público cuyo objeto principal era la ejecución de obras públicas de infraestructura y urbanización. Sobre esa base, la Comisión Europea sostenía que diversos aspectos del procedimiento de adjudicación y aprobación de los PAI en gestión indirecta establecidos en la Ley 6/1994 y en la Ley 16/2005 resultaban contrarios a las referidas directivas comunitarias de contratación pública.

El TJUE considera, sin embargo, que la Comisión Europea no ha demostrado que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la Administración urbanística y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. El TJUE entiende que la ejecución del PAI por el urbanizador comprende actividades que no pueden calificarse de «obras» en el sentido de las directivas comunitarias de contratación pública, como pueden ser la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación o la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados.

En consecuencia, el TJUE acaba concluyendo que, dado que la Comisión Europea no habría demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre la Administración y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido establecido por la *Directiva 93/37/CEE* ni por la *Directiva 2004/18/CE*, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento del Estado miembro denunciado, procede la desestimación de su recurso interpuesto.

## [España]

### Cuestiones relativas a la presentación de recursos de amparo en lugares distintos al Registro General del Tribunal Constitucional

#### *Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2011, de 14 de marzo de 2011*

En esta sentencia, el TC recuerda que la presentación de los recursos de amparo en lugar distinto al registro general de ese tribunal únicamente está prevista para aquellos supuestos en los que el recurso se presente el día posterior al del vencimiento del plazo, en cuyo caso también se puede presentar, hasta las quince horas de ese día, en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad, tal y como se recoge en el artículo 85.2 de la *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* («LOTCC»). El TC ha sostenido reiteradamente, a este respecto, que la presentación de escritos fuera del propio TC constituye una posibilidad excepcional y debe interpretarse de forma restrictiva por exigirlo así el derecho procesal general y la buena marcha de los procesos.

Sobre la base de dicha doctrina general, el TC juzga que, en el caso enjuiciado, el recurso de amparo presentado por la recurrente resultaba extemporáneo al haber sido presentado en el registro único del Decanato de los Juzgados de Valencia en momento distinto al previsto expresamente en el artículo 85.2 de la LOTC (en concreto, el recurso de amparo había sido presentado antes del día posterior al del vencimiento del plazo). En consecuencia, a juicio del tribunal, hay que estar a la fecha de entrada de la demanda en el registro general del TC y no a la fecha de entrada en el registro único del Decanato de los Juzgados de Valencia, lo que determinaba que el recurso de amparo debía tenerse por presentado fuera del plazo de interposición previsto en el artículo 42 de la LOTC.

### Conflictos normativos entre normas básicas estatales y normas autonómicas de desarrollo suscitados en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa

#### *Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2011, de 16 de mayo de 2011. Voto particular*

El TC resuelve un conflicto normativo, previamente planteado ante órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, entre (i) una norma básica estatal, y (ii) una norma autonómica que originariamente se limitaba a reproducir el contenido de una norma básica estatal pero que, con posterioridad, devino incompatible con ella una vez que la norma estatal fue modificada.

Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa resolvieron el conflicto normativo apreciando que la nueva norma básica estatal había desplazado, en virtud del principio de

prevalencia, a la norma autonómica, de manera tal que la modificación de la norma básica estatal habría privado de eficacia a la norma autonómica, sin afectar a su validez.

Sin embargo, el TC entiende que esta decisión judicial no se ajusta a la doctrina constitucional sobre las consecuencias que la modificación sobrevenida de las normas básicas estatales genera sobre la norma autonómica de desarrollo. En este sentido, el alto tribunal entiende que, al dejar inaplicado el precepto legal autonómico por razón de su posible contradicción con la Constitución sin haber promovido una cuestión de inconstitucionalidad, mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC, la sentencia de instancia habría vulnerado igualmente el derecho de la entidad recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Señala el TC que los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas legales, ya sean estatales o autonómicas, dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución. La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al TC, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes.

La sentencia recoge también el voto particular de un magistrado que considera plenamente acertada la solución de las sentencias recurridas. El magistrado discrepante argumenta, en este sentido, que la solución a la que ha llegado la sentencia del TC, en primer lugar prescinde del mandato constitucional de prevalencia de las normas básicas estatales sobre las autonómicas y, además, da lugar a consecuencias prácticas indeseables. Así, considera que la anulación de las sentencias impugnadas por no haber planteado cuestión de inconstitucionalidad determinan que los órganos jurisdiccionales *a quo*, a los que se devolvía el asunto, debieran plantear una cuestión de inconstitucionalidad que iniciaría el correspondiente proceso de inconstitucionalidad. Ese proceso debería finalizar con una nueva sentencia del TC declarando la inconstitucionalidad sobrevenida del precepto legal autonómico y, finalmente, después de ello, el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa debería volver a dictar sentencia inaplicando la norma autonómica y desestimando de nuevo el recurso.

**Competencias autonómicas sobre la organización interna de las cajas de ahorros fundadas por la Iglesia Católica**

*Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2011, de 5 de julio de 2011*

El Pleno del Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía en relación con diversos preceptos de la *Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero* (en la versión vigente con anterioridad a la modificación operada por la *Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero*), declarando la nulidad parcial de aquellos preceptos legales que regulaban las condiciones de reelección y limitación temporal de la duración del mandato de los miembros de los órganos rectores de las cajas de ahorros cuya entidad fundadora fuera la iglesia católica.

En este sentido, el Tribunal Constitucional niega que el Estado disponga de competencias la competencia estatal para establecer un régimen diferenciado respecto de las cajas de ahorros que hayan sido fundadas por la iglesia católica y que tengan su sede en una Comunidad Autónoma. A este respecto, el alto tribunal considera que dicha competencia estatal no puede entenderse justificada por la supuesta necesidad de otorgar un régimen singular para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en el artículo V del *Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979*, tal y como sostenía el Estado.

En definitiva, la sentencia del TC sienta como doctrina que las competencias sobre la organización interna de las cajas de ahorros fundadas por la iglesia católica con domicilio en Andalucía que tengan su sede en Andalucía pertenecen, al igual que respecto de las demás cajas de ahorros, a dicha Comunidad Autónoma, aunque deberá ejercerlas con sumisión a lo dispuesto en la legislación básica estatal sobre la materia.

**No sujeción al IVA de empresas municipales de servicios medioambientales**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de diciembre de 2010*

En esta sentencia, dictada en resolución de un recurso de casación para unificación de doctrina, el TS analiza la denegación de la solicitud de devolución de ingresos indebidos efectuada, en relación con el IVA, por la Empresa Municipal de Servicios de Medio Ambiente Urbano de Gijón. La sentencia dictada en la instancia había declarado improcedente la devolución al considerar que los servicios prestados por la citada empresa estaban sujetos al IVA, al actuar el ayuntamiento por medio de ella para realizar los servicios de limpieza viaria, recogida tratamiento y aprovechamiento de residuos.

Sin embargo, el TS estima el recurso de casación y señala que la sentencia impugnada no se ajusta a la doctrina jurisprudencial respecto de la sujeción al IVA de la prestación de servicios públicos mediante sociedades privadas. Según dicha doctrina, cuando, como en este caso, las actividades se desarrollan materialmente por una empresa, pero lo hace jurídicamente el ayuntamiento, la empresa pasa a comportarse como un órgano dependiente del ente público que actúa bajo un régimen de derecho público, lo que supone la no sujeción al IVA.

**Desviación de poder de los ayuntamientos en materia de modificaciones del planteamiento urbanístico**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de marzo de 2011*

El TS analiza en casación la aprobación de una modificación del planeamiento general de un municipio que había reclasificado una zona verde como zona edificable de uso lucrativo residencial. En el expediente de la modificación constaba que la finalidad de esa recalificación venía determinada por la posibilidad de poder utilizar la parcela reclasificada para permutarla por otra parcela de propiedad privada, de mayor superficie, en la que se pretendía reubicar la zona verde en cuestión.

El TS confirma la sentencia recurrida en casación, que había apreciado la nulidad de la modificación del planeamiento, por incurrir en un supuesto de desviación de poder. En este sentido, el TS destaca que la desviación de poder es aplicable no solo cuando el fin perseguido por la potestad administrativa sea «privado» o «inconfesable», sino también cuando, pudiendo ser un fin de interés general, sea diferente de los intereses generales previstos en las normas de aplicación. A este respecto, el TS considera que ciertamente nada impedía acordar una ampliación de las zonas verdes sin necesidad de haber procedido a una operación de este tipo, dando a entender con ello que la finalidad perseguida era exclusivamente la de financiar la permuta mencionada.

**Anulación de incrementos excesivos en la retribución de las plantillas de personal de los entes municipales**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de abril de 2011*

El TS resuelve el recurso de casación interpuesto por un ayuntamiento contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración General del Estado contra un acuerdo de dicho ayuntamiento que aprobaba el presupuesto ordinario de 2007 y sus expedientes anexos relativos a las plantillas de personal.

En su momento, la Administración General del Estado consideró que el acuerdo de aprobación del presupuesto del ayuntamiento vulneraba el artículo 21 de la *Ley 42/2006 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007*, el cual prohibía el incremento global, de más de un 2% con respecto al año 2006, para las retribuciones del personal al servicio del sector público. El acuerdo municipal en cuestión subía las retribuciones complementarias en un 3,41%, las retribuciones de los altos cargos en más de un 7,95% y las del personal laboral temporal en más de un 35,73%. El TSJCV, de conformidad con las alegaciones de la Administración General del Estado, anuló parcialmente dicho acuerdo al considerar contrario a derecho el incremento de retribuciones complementarias, así como las de los altos cargos y las del personal laboral.

Interpuesto recurso de casación por parte del ayuntamiento, el TS decide desestimar su recurso y confirmar el fallo del tribunal de instancia considerando, a tal efecto, que consideraba probado que no había justificado debidamente la concurrencia de las excepciones y requisitos a los que podía acogerse y que aparecían contemplados en el artículo 21.7 de la referida *Ley 42/2006 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007*.

**Apreciación del «*fumus boni iuris*» como criterio único para la adopción de una medida cautelar**

*Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2011*

El auto del TS suspende cautelarmente una sanción disciplinaria impuesta a una magistrada considerando, como criterio exclusivo y determinante de la procedencia de dicha suspensión cautelar, el *fumus boni iuris* del recurso. Lo relevante del auto está no solo en esa circunstancia, ya de por sí excepcional en el orden contencioso-administrativo, sino en que el auto determina el concepto del *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho del recurso, con un alcance ciertamente más amplio del que habitualmente se desprende de la jurisprudencia más consolidada en esta materia.

En este sentido, el alto tribunal señala que podrá apreciarse la concurrencia de *fumus boni iuris* del recurso no solo cuando se trate de un acto dictado en aplicación de una disposición general declarada nula o que sea sustancialmente idéntico a otro anulado, sino que estima que también cabrá apreciarla cuando haya elementos en el propio acto que ostensiblemente conduzcan a considerar que el recurso será estimado.

## ARBITRAJE\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

**Aspectos objetivo y subjetivo del deber de imparcialidad de los árbitros**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 14.ª) de 21 de junio de 2011*

La Audiencia Provincial de Madrid desestima una acción de anulación frente a un laudo dictado en un arbitraje promovido ante la Corte Española de Arbitraje. El laudo absolvió al demandado, un importante grupo de ingeniería y construcción español, frente una demanda por la que se le reclamaban determinadas comisiones en virtud de un acuerdo para la obtención de la adjudicación de contratos licitados por la empresa pública de aguas y electricidad de Catar.

Aunque articulada sobre varios de los motivos de anulación previstos en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje, la impugnación del laudo se funda en última instancia en la supuesta falta de imparcialidad del árbitro. La alegada falta de imparcialidad del árbitro tiene su fundamento, según la parte actora, en una serie de motivos que pueden agruparse en los dos siguientes:

- (i) Por una parte, se denuncia la vinculación del árbitro con la demandada como resultado de la participación de ésta en diferentes UTEs con otro grupo de ingeniería y construcción español al que pertenece la empresa de cuyo consejo de administración el árbitro es secretario.
- (ii) Por otra parte, se imputa al árbitro una actuación parcial en la conducción del propio procedimiento por permitir la comunicación de testigos de la demandada durante la práctica de la prueba, inadmitir injustificadamente parte de la prueba propuesta por la demandante, interrumpir de forma continuada e injustificada al letrado de la parte demandante durante la práctica de los interrogatorios, e impedir que aquel dispusiera del tiempo necesario para preparar la vista del trámite conclusiones, al denegar su aplazamiento.

La sala aprecia que los anteriores motivos versan sobre los aspectos objetivo y subjetivo del deber de imparcialidad del árbitro, respectivamente, y los aborda separadamente, según se expone a continuación:

\* Esta sección de Arbitraje ha sido coordinada por Álvaro López de Argumedo y Miguel Virgós, y en su elaboración han participado José María Fernández de la Mela, Katharine Menéndez de la Cuesta, José Ángel Rueda, Patricia Ugalde, Beatriz Hernández-Gil, Constanza Balmaseda y Cristina Montelongo, del Grupo de Práctica de Derecho Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

(i) La imparcialidad objetiva del árbitro depende de la ausencia de vínculos entre aquel y el objeto del arbitraje (en esencia, las partes y la controversia) de los que pudieran derivarse prevenciones o prejuicios que pudieran condicionar su actuación. Planteado el estándar de imparcialidad objetiva en esos términos, la sala concluye que la pretendida falta de imparcialidad objetiva del árbitro como consecuencia de su situación profesional no puede ser acogida. Al fundar su decisión, la sala advierte que la situación profesional del árbitro fue revelada por éste a las partes al comienzo del procedimiento, lo cual no fue óbice para que la demandante manifestara, en el acta de misión, que no conocía hecho alguno que pudiera afectar a la imparcialidad del árbitro. Junto a lo anterior, la sala aprecia que, en todo caso, la relación del árbitro con la demandada es tan lejana e indirecta que, por sí sola, no resulta susceptible de generar prejuicios en el árbitro.

(ii) La imparcialidad subjetiva del árbitro está íntimamente relacionada con la neutralidad de su actuación durante el procedimiento, que le exige mantener una disposición de ánimo y una actitud equidistantes respecto de las partes, sin inclinarse en favor de ninguna de ellas. La alegada inclinación por parte del árbitro en favor de la demandada no puede apreciarse, según la sala, en ninguna de las concretas infracciones denunciadas por la actora, al no constar acreditado que el árbitro actuara en perjuicio de la parte demandada en ninguno de los casos. Resulta de especial interés el examen por la sala de la posible parcialidad que pudiera llevar aparejada la denegación del aplazamiento de la vista del trámite de conclusiones, que atribuye especial relevancia, entre otros factores, a la demora del letrado de la actora en poner de manifiesto las dificultades que tendría para preparar la vista como consecuencia de un viaje a Mongolia del que regresó pocos días antes del señalamiento, la falta de indicación del carácter personal o profesional del viaje y la falta de acreditación de la imposibilidad del letrado suplente para sustituirle.

## 2 · DECISIONES

### Nueva condena a un Estado por no brindar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de un inversor extranjero

*Laudo del Tribunal Arbitral del caso CIADI n.º ARB/07/17 (Impregilo S.p.A. c. República Argentina), de 21 de junio de 2011*

Un tribunal arbitral constituido en el marco del Convenio CIADI ha determinado la existencia de responsabilidad internacional de la República Argentina («Argentina» o «el Estado») a tenor de lo establecido en el *Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones entre Italia y Argentina, de 22 de mayo de 1990* (el «APPRI»). En consecuencia, ha condenado al Estado a pagar una indemnización de 21,29 millones de dólares a la empresa italiana que presentó la reclamación. Se trata de una nueva decisión en arbitrajes contra Argentina que se une a otras muchas acaecidas en los últimos años, algunas de las cuales han sido comentadas en anteriores números de esta revista (*vid. AJUM*, n.º 25, pp. 128-131; n.º 27, pp. 139-141; n.º 28, pp. 133-137; n.º 29, pp. 176-177).

En 1999 la compañía italiana Impregilo S.p.A. («Impregilo») lideró un consorcio internacional para obtener un contrato de concesión del servicio de aguas y alcantarillado en la provincia de Buenos Aires. Conforme a lo establecido en las bases de la licitación Impregilo y sus socios constituyeron una sociedad local, AGBA, que a la postre firmaría con la Provincia el contrato de concesión por 30 años. El resultado económico de la inversión no fue el esperado: a mediados del año 2001 la tasa de impago del servicio por los consumidores rozaba el 60%. En estas circunstancias AGBA solicitó una revisión del contrato para evitar tener que ejecutar unos compromisos de inversiones a los que estaba obligada por el contrato, pero la provincia no lo aceptó. Poco tiempo después el Estado argentino hubo de tomar drásticas medidas de emergencia económica a consecuencia de la brutal crisis que se desató en el país a finales de 2001; entre otras medidas, el Gobierno impuso la pesificación de las tarifas que antes se cobraban en dólares y abolió la convertibilidad entre el peso y el dólar a un tipo de cambio de 1 a 1. AGBA y la provincia mantuvieron cinco años de desencuentros en el transcurso de los cuales la sociedad pidió en repetidas ocasiones la renegociación del contrato para lograr restablecer el equilibrio económico de la operación. En 2006 la provincia declaró la terminación del contrato y se lo



adjudicó a otra empresa. En 2007 Impregilo presentó su reclamación contra Argentina ante el CIADI.

Este laudo contiene la decisión del tribunal sobre los tres puntos esenciales del caso: la decisión sobre la competencia del tribunal para resolverlo, la determinación de la responsabilidad del Estado conforme al APPRI y la cuantificación del daño sufrido por Impregilo a consecuencia de las medidas tomadas por el Estado. Junto a él aparecen dos votos particulares emitidos por los árbitros nombrados por cada parte.

En cuanto a la competencia para resolver el caso, el tribunal observó que el artículo 8.3 del APPRI establece como condición de acceso a un arbitraje internacional que el inversor haya presentado una reclamación ante los tribunales locales de Argentina y que hayan pasado 18 meses sin que la controversia haya sido resuelta. Por mayoría de sus miembros el tribunal aceptó el argumento de Impregilo y consideró que la demandante podía invocar la cláusula de la nación más favorecida inserta en el artículo 3.1 del APPRI y beneficiarse del artículo VII del APPRI Estados Unidos de América-Argentina, que permite a los inversores elegir entre presentar una solicitud de arbitraje internacional o una demanda ante los tribunales locales. Entre otras explicaciones el tribunal estimó que si un APPRI impone acudir a los tribunales antes de poder presentar una solicitud de arbitraje (el Italia-Argentina) y otro APPRI da como alternativas los tribunales locales y un arbitraje internacional (el Estados Unidos de América-Argentina), entonces este segundo APPRI es más favorable para el inversor. En definitiva, y en línea con otros casos de la jurisprudencia internacional, para este tribunal la redacción concreta del artículo 3.1 permite su aplicación también a las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en el APPRI.

Respecto del fondo del asunto el tribunal estimó parte de las alegaciones formuladas por Impregilo.

El tribunal consideró que Argentina había vulnerado el estándar de tratamiento justo y equitativo debido a Impregilo como inversor en el país. Primero el tribunal examinó la actitud de la provincia sobre AGBA y concluyó que no había habido ningún abuso de los poderes públicos en sus decisiones regulatorias y en la posterior terminación del contrato. No obstante, el tribunal examinó la actitud del Estado hacia AGBA a partir de la imposición de las medidas de emergencia económica en 2002 y encontró un motivo para condenar al Estado. El tribunal analizó el texto del contrato, en el que se disponía el cobro de las tarifas por AGBA con el equivalente de 1 peso-1 dólar o cualquier otro tipo de cambio que se estableciera por ley, y observó que la provincia se había comprometido además a que las tarifas cubrieran los costos de operación, los gastos de mantenimiento y las amortizaciones y que proveyeran un retorno razonable a AGBA. Para el tribunal, el Estado no hizo nada por restablecer el equilibrio económico en la concesión después de la imposición de las medidas de emergencia económica en 2002, mientras que la provincia se negó a renegociar el contrato. Para el tribunal esta actitud constituía una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo.

En cambio, para el tribunal la actitud del Estado y la provincia no pueden ser considerados como una expropiación. Según el tribunal, la única medida de privación de la titularidad de la inversión adoptada por las autoridades argentinas fue la terminación del contrato por la provincia. En esas circunstancias, según el tribunal, el poder público no llevó a cabo un acto de expropiación cual soberano sino un acto como parte en el contrato de concesión. Dado que la provincia dio razones justificadas por las cuales decidía terminar el contrato (alegando supuestos incumplimientos contractuales de AGBA), el tribunal descartó la existencia de una expropiación directa o indirecta.

Finalmente, el tribunal rechazó las defensas que esgrimió Argentina para evitar la condena. Por un lado, el tribunal interpretó que el artículo 4 del APPRI («daños») otorga al inversor el derecho a recibir un tratamiento nacional y el de la nación más favorecida en caso de pérdidas por situaciones de emergencia. Para el tribunal el artículo 4 recoge un derecho del inversor y no una causa de justificación para el Estado. Por otro lado, el tribunal no consideró que se reunieran los requisitos establecidos en el art. 25 de los *Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* para exonerar a Argentina de responsabilidad internacional mediante la invocación de un estado de necesidad. Sin llegar

a discrepar de la mayoría, es llamativo que la profesora Stern indicara que una de las causas que excluirían la responsabilidad del Estado, la contribución del propio Estado a la situación de crisis económica, no había sido suficientemente probada ante el tribunal.

El tribunal condenó a Argentina a indemnizar a Impregilo con el valor nominal de la suma que desembolsó para la constitución de AGBA en 1999 más un interés calculado a partir de la fecha de terminación del contrato por la provincia en 2006.

En su voto particular la profesora Stern, nombrada por Argentina, discrepó de la mayoría del tribunal en cuanto a la declaración de competencia por la aceptación de la interpretación dada por Impregilo al artículo 3.1 del APPRI. Para la profesora Stern, en la línea de cierta jurisprudencia internacional, la cláusula de la nación más favorecida no es aplicable a las disposiciones procesales de los APPRIs salvo que el tratado en cuestión así lo disponga expresamente.

Por su parte, en su voto particular el juez Brower, nombrado por Impregilo, discrepó de la mayoría del tribunal en cuanto a la no determinación de la existencia de una expropiación, la valoración de la indemnización otorgada a la demandante y la fecha a partir de la cual se calcula el interés debido a Impregilo. En particular, el juez Brower no cree que hubiera una concurrencia de culpa entre AGBA y la provincia en el mal funcionamiento de la concesión; además, al considerar que Impregilo habría probado que el negocio era rentable, para el juez Brower el *quantum* de la indemnización debería haber sido calculado conforme a parámetros económicos habituales como el descuento de flujos de caja.

*Miembros del Tribunal:* Juez Hans Danelius, Presidente (Suecia); Juez Charles N. Brower (Estados Unidos de América) y la Profesora Brigitte Stern (Francia).

**Condena a un Estado por violación del estándar de denegación de justicia al demorarse sus tribunales más de 15 años en resolver siete demandas pendientes contra el Gobierno**

*Laudo final en el arbitraje bajo el Tratado entre la República de Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección de inversiones y las reglas de arbitraje CNUDMI (Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. La República del Ecuador), de fecha 31 de agosto de 2011*

Un tribunal arbitral constituido bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y con apoyo administrativo de la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya ha condenado a la República del Ecuador («Ecuador») a pagar a las empresas petroleras estadounidenses Chevron Corporation («Chevron») y Texaco Petroleum Company («Texaco» o la «Compañía») 96 millones de dólares por denegación de justicia al no haber otorgado a la Compañía «medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones».

Chevron y Texaco presentaron una solicitud de arbitraje el 21 de diciembre de 2006 en contra de Ecuador basada en la supuesta violación del artículo II.7 del Tratado Bilateral de Protección de Inversiones suscrito entre Ecuador y los Estados Unidos de América («APPRI») («medios eficaces»). La disputa trae causa de un supuesto incumplimiento de los contratos suscritos entre ambas partes en 1973 y 1977, en virtud de los cuales Texaco (posteriormente adquirida por Chevron) se obligó a proveer un porcentaje de su producción de petróleo crudo al Gobierno ecuatoriano para satisfacer las necesidades de consumo interno. Ecuador tenía derecho a fijar el precio interno de dichas contribuciones y Texaco podía exportar el sobrante de su producción petrolera a los precios del mercado internacional predominantes, bastante más elevados que el precio interno.

Entre 1991 y 1993, Texaco presentó siete demandas en los tribunales ecuatorianos por supuesta vulneración de dichos contratos bajo Derecho ecuatoriano. En la mayor parte de ellas Texaco alegó que Ecuador se apropió de una mayor cantidad de petróleo de la que tenía derecho adquirir al precio del mercado interno sobre la base de una información manipulada de las necesidades de consumo interno. Dichas demandas se mantuvieron ante los tribunales locales sin decisión hasta 2006, fecha en que se inició el presente arbitraje internacional.

Como consecuencia de dichos retrasos judiciales al decidir sobre los casos planteados por Texaco, el tribunal arbitral determinó, mediante un laudo parcial de 10 marzo de 2010, que Ecuador debía pagar 698,62 millones de dólares, basando su decisión en la violación del estándar de denegación de justicia recogido en el artículo II.7 del APPRI.

Para los demandantes se trata de un estándar objetivo que no requiere mala fe ni discriminación frente a los nacionales del Estado inversor. Para Ecuador, sin embargo, únicamente una interferencia extrema del Estado en los procesos judiciales habría constituido una violación del artículo II.7 del APPRI que, según el Estado, no obliga a las partes en el Tratado a asegurar que el sistema provisto sea siempre efectivo en casos particulares. El tribunal, por su parte, consideró en el laudo parcial que el artículo II.7 del APPRI («medios eficaces») constituye una norma especial (*lex specialis*) que implica un test menos estricto en comparación con la «denegación de justicia» al amparo del Derecho internacional consuetudinario. Consecuentemente, el tribunal no encontró necesario que hubiera que probar una interferencia extrema del Estado ni que los demandantes demostraran un agotamiento estricto de los recursos locales.

Por lo que respecta a la determinación del *quantum*, el tribunal parte de la necesidad de situar a la Compañía en la misma posición en que se encontraría de no haberse producido la violación del Tratado, pero teniendo en cuenta los impuestos que en ese momento hubieran sido aplicables bajo Derecho ecuatoriano. Así, a la suma de las cantidades reclamadas por Texaco en todos los juicios presentados en el Ecuador, el tribunal añadió el interés simple calculado desde la fecha de presentación de las demandas hasta la fecha de notificación del arbitraje así como los intereses compuestos desde el 22 de diciembre de 2006 hasta la fecha de pago. No obstante, el tribunal arbitral pospuso a un momento posterior la determinación de la tasa de impuesto correspondiente a dichas sumas.

A este respecto, el tribunal analiza el posible efecto de cosa juzgada del laudo parcial en lo relativo a la fijación del monto a pagar. Mientras que para las demandantes la acción de anulación del laudo parcial interpuesta por Ecuador implica que se ha otorgado efecto de cosa juzgada a dicho laudo, la demandada sostiene una interpretación restrictiva en virtud de la cual el efecto de cosa juzgada aplica únicamente a las decisiones que se encuentran expresadas en el *dictum* del laudo. Para la demandada, sobre la base del caso *Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia c Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1; Laudo de 5 de junio de 1990), entre otros, no está claro que la tendencia principal en Derecho internacional sea aceptar que el razonamiento del laudo, o las determinaciones preliminares o incidentales constituyan cosa juzgada y únicamente pueden tener efecto de cosa juzgada aquellos aspectos del laudo en que se trate la responsabilidad por violación del APPRI.

El tribunal establece que el laudo parcial no posee efecto de cosa juzgada con relación a la determinación del *quantum* ya que (i) la fijación del mismo (basada en el informe común de los expertos presentado en un momento posterior al laudo parcial) no se encuentra ni en la parte dispositiva del laudo parcial ni en su razonamiento; y (ii) el propio laudo parcial establecía que los daños se decidirían de acuerdo con un procedimiento que se prevería en una futura orden procesal.

En consecuencia, llevado a cabo el procedimiento previsto, con intervención de peritos, para determinar los impuestos ecuatorianos aplicables al caso, la demandante considera que únicamente debía aplicarse el 25% de la tasa de impuestos vigente en el momento de la solicitud de arbitraje en 2006. Por el contrario, los expertos nombrados por las partes, en un informe conjunto, acuerdan que debe aplicarse el 87% por impuesto unificado vigente en la década de los 90. El tribunal concurre con el informe de expertos, así como con la postura de Ecuador, y aplica el 87% tanto a los daños como a los intereses. Nótese que ello equivale a un 94% de reducción en relación con lo solicitado por la Compañía en este arbitraje y a un 86% respecto del monto determinado en el laudo parcial de marzo de 2010.

Finalmente, y con relación a las costas del procedimiento, el tribunal arbitral pone de manifiesto que no se considera vinculado por la práctica común en los arbitrajes de inversión de establecer que cada parte pague sus propios costes y dividir por partes iguales los honorarios del tribunal. Por el contrario, prefiere regirse por la práctica más reciente de «las costas siguen el resultado» («*costs follow the event*»), de modo que las costas se gradúan dependiendo del grado de aceptación de las pretensiones. No obstante, observa el tribunal que, en el presente caso, ninguna de las partes ha prevalecido claramente sobre la otra, pues la demandante prevaleció sobre jurisdicción y responsabilidad, mientras la otra lo hizo en cuanto a los daños.

*Miembros del Tribunal:* Profesor Karl-Heinz Böckstiegel, Presidente (Alemania); Juez Charles N. Brower (Estados Unidos de América) y el Profesor Albert Jan van den Berg (Países Bajos).

## COMPETENCIA\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [Unión Europea]

**El Tribunal de Justicia aclara que las autoridades de competencia nacionales no pueden adoptar resoluciones en las que se declare la inexistencia de conductas restrictivas**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 3 de mayo de 2011 en el asunto Prezes UrzĀdu Ochrony Konkurencji i Konsumentów / Tele2 Polska sp. z o.o., actualmente Netia SA (as. C-375/09)*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), en respuesta a una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo de Polonia, señala que las declaraciones de inexistencia de vulneración del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») están reservadas a la Comisión Europea (la «Comisión»). De acuerdo con el TJUE, lo contrario podría menoscabar la aplicación uniforme de los artículos 101 y 102 TFUE e impedir a la Comisión declarar posteriormente que dicha práctica constituye una infracción. El TJUE declara también que, en virtud del artículo 5.2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea («Reglamento 1/2003»), una autoridad de competencia nacional puede sobreeser un caso y decidir no intervenir sobre la base de los artículos 101 y 102 TFUE.

**El Tribunal General confirma que Visa llevó a cabo conductas discriminatorias en perjuicio de Morgan Stanley**

*Sentencia del Tribunal General de 14 de abril de 2011 en el asunto Visa Europe Ltd, Visa International Service / Comisión Europea (as. T-461/07)*

El Tribunal General («TG») confirma la Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2007 por la que se multaba a Visa International Service Association y Visa Europe Limited por conductas contrarias al artículo 81 del Tratado CE (actual artículo 101 TFUE) consistentes en negar a Morgan Stanley Bank International Limited la condición de miembro de Visa Europe.

Visa defendió, entre otros argumentos, que Morgan Stanley podía acceder al mercado mediante la firma de «acuerdos de fachada» con entidades adheridas al sistema Visa y que, por tanto, el efecto de exclusión era limitado. Sin embargo, el TG rechaza este argumento al considerar que este sistema era más complejo y costoso que la admisión al sistema Visa. El TG recuerda también que la inmunidad frente a posibles multas derivadas de acuerdos notificados con arreglo al antiguo Reglamento (CEE) n.º 17 del Consejo cesa con la entrada en vigor del vigente Reglamento 1/2003. Por tanto, siempre que se tome como punto de partida para fijar la multa una fecha posterior a la de aprobación de este último Reglamento, la sanción es perfectamente válida. En relación con el incumplimiento de la obligación de adoptar la Decisión impugnada en un plazo razonable, el TG afirma que cualquier consideración vinculada a esta obligación debe excluirse cuando existe una normativa que regula de manera completa y detallada los plazos dentro de los cuales la Comisión está facultada para imponer multas en el procedimiento en cuestión.

**Corresponde a las autoridades nacionales de competencia fijar las condiciones de acceso a los expedientes de clemencia con el objeto de reclamar daños**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2011 en el asunto Pfeiderer AG y Bundeskartellamt (as. C-360/09)*

El TJUE, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Bundeskartellamt, establece que las disposiciones sobre cárteles del Derecho de la UE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una persona perjudicada por una práctica anticompetitiva que pretende

\* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Borja Martínez, Joaquín Hervada y Estibaliz Peinado, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).

reclamar daños acceda a los documentos de un procedimiento de clemencia referidos al autor de la infracción. No obstante, corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, con arreglo a su Derecho nacional, determinar las condiciones en que debe autorizarse o denegarse el acceso.

**Se declaran ilegales las ayudas de Estado concedidas por las diputaciones vascas que no fueron notificadas a la Comisión**

*Sentencia del Tribunal General de 9 de junio de 2011 en el asunto Diputación Foral de Vizcaya/ Comisión (as. acum. C-465/09 P a C-470/09 P)*

El TG confirma las decisiones de la Comisión por las que se declaran incompatibles con el mercado común unos regímenes de ayudas estatales establecidos por España en 1993 en favor de empresas de reciente creación en el País Vasco.

Según el TG, la autorización de estos regímenes, que no habían sido previamente notificados, no puede inferirse del mero silencio de la Comisión. Cuando una ayuda estatal no ha sido notificada, la inactividad de la Comisión carece de significación a los efectos de invocar el principio de confianza legítima. Tampoco entiende el TG que se haya producido una violación del principio de irretroactividad por aplicar las Directrices de 1998 a los regímenes adoptados en 1993. Estos regímenes no constituyen una situación que haya adquirido carácter definitivo con anterioridad, sino que se trata de una situación en curso regida por dichas Directrices desde el momento en que estas entraron en vigor conforme al principio de que las nuevas normas se aplican de inmediato a las situaciones en curso.

## [España]

**La aplicación privada del derecho de la competencia debe proteger el interés privado**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5, de 17 de febrero de 2011*

La Audiencia Provincial de Oviedo declara un incumplimiento de contrato pese a que este contenía una cláusula de exclusividad contraria a las normas de competencia. La Audiencia señala que la aplicación de las normas de competencia por parte de los tribunales civiles se orienta principalmente a la tutela de interés privado siempre que este sea legítimo. Así, la eventual nulidad de un contrato por su naturaleza anticompetitiva no puede beneficiar a quien se aprovechó del acuerdo mientras servía a sus intereses y dejó de cumplirlo cuando ya no fue así. Destaca especialmente la afirmación de que, mientras exista equilibrio entre las prestaciones, no es relevante si se infringe la norma de competencia o no.

**La Audiencia Nacional da un paso más en su jurisprudencia sobre las comunicaciones abogado-cliente**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de junio de 2011*

La Audiencia Nacional («AN») analiza la legalidad de las actuaciones de inspección realizadas por funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia («CNC») en la sede de UNESA y, en particular, la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

La AN reitera que la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente no es un derecho fundamental sustantivo, sino un elemento integrante del derecho de defensa recogido en el artículo 24 de la Constitución. Por tanto, para que se entienda producida la violación de este precepto es necesario que haya tenido lugar alguna actuación u omisión administrativa que, a través de la información cliente-abogado incautada, haya provocado indefensión. Según la AN, para evitar que las autoridades de competencia accedan al contenido de una comunicación abogado-cliente, la empresa debe proporcionar elementos útiles para probar que el documento goza de protección, como, por ejemplo, las identidades y funciones del autor y destinatario, la finalidad del documento y el contexto en el que este se redactó.

## 2 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

### [Unión Europea]

**Se autoriza la adquisición Austrian Airlines por Lufthansa sometida a compromisos**

*Decisión de la Comisión de 28 de agosto de 2009, asunto M.5440 LUFTHANSA/AUSTRIAN AIRLINES*

La Comisión autoriza la concentración por la que Deutsche Lufthansa AG («Lufthansa») adquiere control exclusivo sobre Austrian Airlines en el contexto de la privatización de la aerolínea austriaca.

La Comisión identificó solapamientos horizontales en siete rutas aéreas desde Austria que planteaban serias dudas acerca de su compatibilidad con el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado interior. Por ello, la operación ha quedado condicionada a la observancia de compromisos que faciliten el acceso de un eventual nuevo operador a esas rutas (transferencia de *slots* y posibilidad de suscribir acuerdos de *code sharing*, *interlining* o de participar en los programas de fidelización de Lufthansa).

### [España]

**La CNC autoriza la concentración de Redsys y Redy con compromisos**

*Resolución de la CNC, de 13 de marzo de 2011, Expte. C-271/10. REDSYS/REDY*

La CNC ha autorizado, en segunda fase y sujeta a compromisos, la operación por la que se integran las actividades de procesamiento de pagos efectuados con tarjetas asociadas al sistema Servired (Redsys) y 4B (Redy). Los accionistas de los sistemas 4B y Servired son también los accionistas de Redsys y Redy.

La operación supone la reducción de tres a dos en el número de operadores activos en el mercado de procesamiento de operaciones de pago con tarjeta bancaria y, por ello, la entidad resultante de la fusión tendrá posición de dominio en este mercado. Dado que, a juicio de la CNC, este mercado está muy concentrado y tiene importantes barreras a la entrada, la autorización de la operación se ha sometido al cumplimiento de una serie de compromisos impuestos a la entidad resultante de la fusión que tienen por objeto garantizar que esta entidad no actué de forma abusiva en el mercado y evitar las filtraciones de información entre Servired y 4B.

## 3 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

### [Unión Europea]

**La Comisión sanciona la ruptura de un precinto en el marco de una inspección**

*Decisión de la Comisión de 24 de mayo de 2011, asunto COMP/39.796 – Suez Environnement ruptura del precinto*

En el marco de una serie de inspecciones en las instalaciones de las principales empresas de gestión de agua en Francia, la Comisión ha impuesto una multa de 8 millones de euros a Suez Environmental y a su filial Lyonnaise des Eaux por la ruptura de un precinto. La Comisión investigaba posibles conductas anticompetitivas consistentes en la fijación de precios y concertación en concursos públicos. Esta no es la primera ocasión en la que la Comisión impone una sanción por este tipo de infracción, puesto que en 2008 ya sancionó a E.ON Energie con 38 millones de euros.

**El Tribunal de Justicia obliga a la Comisión a derogar parcialmente una Decisión al considerar que había prescrito su facultad para imponer multas**

*Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2011, asunto COMP/38.598-Termo estabilizadores*

En cumplimiento de la sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2011, la Comisión ha revocado parcialmente su Decisión de 11 de noviembre de 2009 por la que impuso una multa de 174 millones de euros a once operadores del sector de producción de termoestabilizadores.

Al considerar acreditado que Ciba/BASF y Elementis solo participaron en el cártel durante el año 1998, el TJUE considera que la facultad de la Comisión de imponer multas había prescrito. El

TJUE desestima el argumento de la Comisión de que el plazo de prescripción se habría interrumpido para todas las participantes del cártel como consecuencia de los recursos planteados por algunas compañías —entre las que no se incluían Ciba/BASF y Elementis— contra las actuaciones de investigación del Comisión. El TJUE entiende que el plazo de prescripción solo se interrumpe para aquellas empresas que recurrieron y, consecuentemente, Ciba/BASF y Elementis no tendrán que pagar la multa acordada en la Decisión original (68 y 34 millones, respectivamente).

### [España]

**La CNC sanciona a MEDIAPRO por abuso de posición de dominio por considerar acreditado que aplicó condiciones discriminatorias a sus clientes**

*Resolución de la CNC, de 17 de marzo de 2011, Expte. S/0153/09 MEDIAPRO*

La CNC ha impuesto a MEDIAPRO y a Gol TV una multa solidaria de 500.000 euros por entender acreditado un abuso de posición de dominio prohibido por los artículos 2 LDC y 102 TFUE.

La resolución dictamina que MEDIAPRO utilizó su posición de dominio en el mercado de reventa de derechos de retransmisión de partidos de la Liga y de la Copa de S. M. el Rey para crear una ventaja competitiva para su filial Gol TV. Esta ventaja se habría creado a través de la utilización de criterios no transparentes, no objetivos y, sobre todo, discriminatorios en la reventa de los derechos, en particular a Sogecable (denunciante). A la hora de cuantificar el importe de la multa, la CNC tiene en cuenta que MEDIAPRO no tiene posición de liderazgo en los mercados descendentes y que el sistema de reventa no ha tenido efectos negativos significativos en los consumidores. Sin embargo, la CNC no considera como circunstancia atenuante la situación financiera de MEDIAPRO, que se encuentra en concurso de acreedores.

**La asistencia a reuniones en las que se traten conductas contrarias a la LDC sin distanciarse públicamente y sin denunciar los hechos a la CNC es constitutivo de infracción**

*Resolución de la CNC, de 28 de junio de 2011, Expte. S/0224/10 COLOMER*

La CNC ha impuesto a Colomer una multa de 170.300 euros por su asistencia a una única reunión para discutir la posibilidad de implementar una reducción del tamaño de los envases de gel manteniendo los precios de venta.

La CNC ya había investigado estos hechos en el marco del expediente S/0084/08 y había sancionado a varias empresas del sector por su participación en un acuerdo contrario a la LDC, aunque Colomer no fue sancionado. Esta resolución pone de manifiesto que, a juicio de la CNC, la participación en una reunión en la que se discute la posibilidad de implementar una práctica restrictiva de la competencia sin que la empresa se distancie públicamente ni denuncie los hechos a las autoridades supone una participación pasiva que da lugar a responsabilidad. La CNC no ha aceptado los argumentos de caducidad ni de prescripción alegados por Colomer basados en la existencia de un procedimiento anterior sobre los mismos hechos.

## COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA Y OCIO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Plan de impulso de la digitalización de la radio

*Resolución de 13 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 10 de junio de 2011 por el que se aprueba el plan de digitalización del servicio de radiodifusión sonora terrestre (BOE de 27 de julio de 2011)*

Por medio de esta Resolución se desarrolla la previsión legal contenida en la disposición transitoria decimoquinta de la *Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual*, que establecía la obligación por parte del Gobierno de aprobar un Plan técnico de digitalización integral del servicio de radiodifusión sonora terrestre.

El Plan de digitalización aprobado tiene como objetivos fundamentales conseguir un uso eficiente del espectro radioeléctrico, una mayor cobertura, mayor cantidad y diversidad de contenidos y una mejora de la calidad global, e implica la modificación del Plan técnico nacional de la radiodifusión sonora terrestre, aprobado mediante el Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio. Entre las medidas más destacadas del nuevo Plan cabe mencionar el estudio de la posible redistribución de los programas de los operadores en cada uno de los múltiples actuales con el fin de que aquellos que tengan objetivos comunes puedan agruparse para impulsar la radio digital.

#### Nuevos procedimientos para el cómputo de espectadores de las películas cinematográficas

*Orden del Ministerio de Cultura 1772/2011, de 21 de junio (BOE de 28 de junio de 2011)*

Esta Orden Ministerial establece los procedimientos para el cómputo de espectadores de las películas cinematográficas a los efectos del cálculo de las ayudas para la amortización de largometrajes, así como las obligaciones, requisitos y funcionalidades técnicas de los programas informáticos a efectos del control de asistencia y rendimiento de las obras cinematográficas en las salas de exhibición.

Además de conocer con la mayor exactitud, rapidez y fiabilidad los ingresos que obtienen las películas a través de su explotación en las salas de exhibición cinematográfica, esta Orden procede a la regulación *ex novo* del cómputo de espectadores de cinematografía a través de canales distintos a las salas de exhibición (cómputo oficial de espectadores de largometrajes en festivales de cine, cómputo de accesos remunerados a una película a través de internet, cómputo de ventas y arrendamientos al por menor de películas en formato DVD u otros soportes físicos, etc.), para lo que se establecen nuevos procedimientos para acreditar la recepción por los espectadores de las obras cinematográficas.

En cuanto a las salas de exhibición, el objeto de esta Orden Ministerial es la integración en una única norma de la actualización de los requisitos y funcionalidades técnicas de los programas informáticos para el control de asistencia y rendimiento de las salas de exhibición.

#### Impulso para la constitución del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales

*Orden PRE/1483/2011, que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de junio de 2011, para impulsar la constitución efectiva del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (BOE de 4 de junio de 2011)*

Este Acuerdo es un instrumento encaminado a la creación de una autoridad independiente con competencias reguladoras sobre la actividad audiovisual de cobertura estatal, homologando

\* Esta sección de Derecho de Comunicación, Tecnología y Ocio ha sido coordinada por Agustín González. Para su elaboración ha contado con la colaboración de Cecilia Álvarez, Álvaro Bourhaib y José Soria, de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje y de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).



nuestro marco regulatorio audiovisual con el resto de países de la Unión Europea. Para ello se determinan en este Acuerdo las bases para la constitución efectiva, el funcionamiento ordinario y la gestión de los servicios del futuro Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

**Autoliquidación y pago de las tasas por calificación en grupos de edad de películas cinematográficas**

*Resolución de 17 de mayo de 2011, del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, por la que se establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de la tasa por examen de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales para su calificación por grupos de edad (BOE de 24 de mayo de 2011)*

Esta resolución tiene como objetivo establecer el procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de la nueva tasa por examen de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales para su calificación por grupos de edad. El pago telemático tiene carácter voluntario.

**Creación de la sede electrónica de la CMT**

*Resolución de 21 de junio de 2011 de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la que se crea la Sede Electrónica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (BOE de 6 de julio de 2011)*

La Resolución comentada crea la Sede Electrónica de la CMT que es común a todos los órganos que integran la estructura de la CMT y está disponible para todos los ciudadanos de forma permanente.

El ámbito de aplicación de la Sede Electrónica de la CMT es la totalidad de las actuaciones, procedimientos, trámites y servicios a realizar por medios electrónicos en el marco de las funciones y competencias de la CMT y de sus relaciones con los ciudadanos y empresas y con otras Administraciones Públicas y Organismos Públicos, y que requieran la autenticación de la Administración Pública o de los ciudadanos por medios electrónicos.

La dirección electrónica de referencia de la Sede Electrónica de la CMT es la siguiente: <https://sede.cmt.gob.es>.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**Desestimada la solicitud de suspensión de la Decisión de la Comisión por la que se declara compatible con el mercado interior el nuevo sistema de financiación de RTVE**

*Auto del Tribunal General de la Comisión, de 9 de junio de 2011 (DOUE de 23 de julio de 2011)*

Este auto ha sido dictado en un procedimiento instado por una compañía dedicada a la distribución y gestión de servicios de televisión digital contra la Comisión Europea, el Reino de España y RTVE. El origen de este litigio se halla en la Decisión 2011/1/UE, de 20 de julio de 2010, por la cual se estimó que el régimen de financiación de RTVE introducido por la Ley 8/2009, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2009, se ajustaba a las normas de mercado interior de la UE.

La compañía de servicios de televisión digital consideró que el nuevo sistema de financiación suponía una grave pérdida de cuotas de mercado por beneficiar a RTVE en perjuicio de las reglas de competencia, así como un grave perjuicio económico al basarse la nueva financiación del ente público en un impuesto sobre el beneficio de las empresas privadas del sector. Por ello, solicitó la anulación de la Decisión 2011/1/UE y, como medida provisional, la suspensión de su ejecución.

Este auto desestima la medida provisional solicitada al entender el Presidente del Tribunal que la demandante no había acreditado con un grado de probabilidad suficiente que, en caso de desestimarse la demanda de medidas provisionales, sufriría un perjuicio grave e irreparable.

## [España]

### Alcance del concepto de autoprestación de servicios de acceso wifi realizado por Ayuntamientos

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala Contencioso-Administrativo, de 1 de septiembre de 2011*

La sentencia referenciada ha confirmado las Resoluciones de 18 de febrero de 2010 y de 13 de mayo de 2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones («CMT») por las que se acordó (i) imponer una sanción económica de 300.000 euros al Ayuntamiento de Málaga por haber iniciado, antes de presentar ante la CMT la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones («LGT»), la actividad consistente en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas y en la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de «Proveedor de acceso a Internet» e intimar al citado Ayuntamiento al pago de la tasa general de operadores, y (ii) la inscripción de oficio del Ayuntamiento de Málaga en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, respectivamente.

El artículo 6.2 de la LGT dispone que los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas, con anterioridad al inicio de la actividad, deberán notificarlo fehacientemente a la CMT, sometándose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. Quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y realicen servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.

Las cuestiones sustantivas nucleares formuladas en el litigio residen en la interpretación del alcance que deba darse al concepto «autoprestación» y en concluir si la prestación de servicios de acceso wifi realizada por el Ayuntamiento de Málaga puede ser reconducida a dicha «autoprestación».

El tribunal entiende que la prestación de servicios de acceso wifi realizada por el Ayuntamiento de Málaga no puede incluirse en el concepto «autoprestación» dada la posibilidad que el servicio otorga para el acceso a páginas webs ajenas a los servicios públicos municipales y dada la inexistencia de suficientes garantías en el funcionamiento práctico del servicio.

### El contrato de emisión publicitaria, clave para determinar el carácter publicitario de un espacio de promoción de eventos culturales

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de abril de 2011*

La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (con fecha de 28 de mayo de 2008), desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una cadena de televisión contra la resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información que le imponía diez multas por la comisión de diversas infracciones de carácter grave en materia de publicidad televisiva. Entre estas infracciones se atribuía a la cadena haberse extralimitado en el tiempo de emisión televisiva destinado a la publicidad dentro de determinadas franjas horarias.

En el recurso de casación el debate se centraba en determinar si ciertos programas que según la Administración sancionadora tenían carácter publicitario eran, en realidad, espacios de carácter cultural o divulgativo y debían por lo tanto quedar excluidos del cómputo temporal con arreglo al cual se había apreciado la extralimitación.

El TS reconoce el carácter informativo o divulgativo, de naturaleza meramente cultural que tiene dentro de un «microespacio televisivo» tanto la presentación de una película cinematográfica o de una obra teatral como de una exposición de pinturas organizada por una entidad privada. Si bien reconoce el tribunal que en ocasiones puede encubrirse un intento de explotación comercial bajo el pretexto de la difusión artística, declara que el factor clave para diferenciar entre unos y otros supuestos es la existencia de relaciones mercantiles entre el anunciante y el operador televisivo. Puesto que no se había aportado ningún elemento de juicio en este sentido (por ejemplo, el contrato de emisión publicitaria), el alto tribunal descartó la existencia de intencionalidad publicitaria comercial y redujo proporcionalmente la sanción impuesta a la cadena.

**Se confirma la obligación de las compañías distribuidoras de ceder sus bases de datos de puntos de suministro a empresas comercializadoras de energía y gas que lo soliciten**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de diciembre de 2010*

El TS desestima el recurso interpuesto por una compañía eléctrica contra el Real Decreto por el que se impone a las empresas distribuidoras de electricidad la obligación de ceder sus bases de datos de consumidores y puntos de suministro (que incluyen, entre otros, los datos del titular del punto de suministro, su uso, si se trata o no de la vivienda habitual e información relativa a impagos) a las empresas comercializadoras de energía y gas que lo soliciten.

Estas cesiones son acordes a la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* («LOPD») por estar amparadas en una habilitación legal (la Ley del Sector de Hidrocarburos), siempre que las comercializadoras utilicen los datos para los fines que justificaron la cesión (promover la competencia del sector) y que se excluya la cesión de datos de aquellos consumidores que hayan ejercitado su derecho a oposición a la misma ante las distribuidoras.

**La Audiencia Nacional aplica retroactivamente los nuevos criterios de graduación de sanciones de la LOPD y reduce una multa de 60.101 a 10.000 euros**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de marzo de 2011*

La Audiencia Nacional estima en parte el recurso contra la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos («AEPD») por la que se impuso a una compañía eléctrica una multa de 60.101 euros por infracción del principio de calidad de los datos, consistente en un error en la recogida telefónica de los datos personales para la contratación de un servicio por el que se dio de alta como titular a una persona distinta del contratante, incluyendo sus datos en la base de datos de clientes de la compañía y emitiendo las facturas de forma errónea.

La sentencia confirma la infracción por tratarse de un error subsanable, pero invoca el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable para el interesado y reduce la multa a 10.000 euros, en aplicación de los criterios que permiten que se aplique la escala relativa a la clase de infracciones anterior en gravedad, incorporados por la reciente reforma de LOPD introducida por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible.

**La Ley del Contrato del Seguro ampara las cesiones de datos personales entre aseguradoras bajo determinadas circunstancias**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de marzo de 2011*

El TS desestima el recurso de casación por la comunicación de datos personales entre aseguradoras, que los demandantes califican como cesión ilícita de datos sancionable bajo la LOPD.

En este caso, uno de los asegurados padecía una enfermedad grave y no lo comunicó a una de las aseguradoras, lo que fue conocido por una investigación llevada a cabo por estas que implicó la cesión de datos del asegurado, tras un error cometido por él.

La sentencia entiende que esta comunicación de datos entre las aseguradoras no es una cesión ilícita de datos, ya que la investigación de las aseguradoras para evitar la duplicidad de pagos por el mismo riesgo queda amparada en una previsión de la Ley del Contrato del Seguro que establece que «cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés y durante idéntico período de tiempo el tomador del seguro o el asegurado deberán, salvo pacto en contrario, comunicar a cada asegurador los demás seguros que estipule. (...) Una vez producido el siniestro, el tomador del seguro o el asegurado deberá comunicarlo (...) a cada asegurador, con indicación del nombre de los demás».

**Abonar facturas a un número de cuenta que el titular de un servicio había utilizado con anterioridad no infringe el principio de calidad de los datos**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de abril de 2011*

La AEPD impuso a una compañía de gas la multa de 60.101 euros por infracción del principio de calidad de los datos, por abonar la factura de suministro erróneamente a otro número de cuenta del titular del contrato, que no es la que el interesado había solicitado.

La Audiencia Nacional estima el recurso y anula la multa, ya que entiende que la cuenta era del titular y había sido utilizado por este con anterioridad con la compañía, por lo que no se puede considerar este dato como inexacto o no veraz y el error no es constitutivo de infracción de la LOPD.

**No es correcta la aplicación analógica de la regulación del derecho de acceso al de oposición**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de abril de 2011*

El TS entiende que no procede aplicar analógicamente —como hizo la AEPD— al derecho de oposición, que no contaba en la regulación entonces vigente con un plazo preciso para hacerlo efectivo, la regulación del derecho de acceso, sino la del derecho de cancelación (que preveía un plazo de 10 días para hacerlo efectivo). Este criterio fue el recogido en el reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007 de desarrollo de la LOPD.

**Es lícito el mantenimiento de los datos por una empresa durante el tiempo necesario para reclamar deudas pendientes de la relación contractual**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de abril de 2011*

La Audiencia anula la multa de 6.000 euros impuesta por la AEPD a una compañía eléctrica que, a pesar de la solicitud del interesado de cancelar sus datos y oponerse a cederlos a terceros, siguió tratándolos para reclamarle deudas pendientes nacidas con anterioridad a tal solicitud y comunicándolos a ficheros de morosos (sin perjuicio de que la entidad no lo hubiera especificado al contestar al ejercicio del derecho de cancelación).

**Se reduce de 60.101 euros a 40.001 la multa por tratar datos personales sin consentimiento del afectado por aplicación retroactiva de la nueva escala de sanciones de la LOPD**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de mayo de 2011*

El tribunal, invocando el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable para el interesado, entiende que es aplicable la reciente modificación de la LOPD que prevé multas de 40.001 a 300.000 euros para los tratamientos no consentidos, y dado que la multa fue impuesta por este motivo en su grado mínimo, se reduce a 40.001 euros.

**La inclusión en el fichero de morosos por impago de facturas de servicios no consentidos infringe el principio del consentimiento y de calidad de los datos**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de mayo de 2011*

La Audiencia Nacional confirma la infracción del principio del consentimiento por una compañía telefónica al mantener como usuaria de una línea de teléfono móvil de trabajo a una persona que se había dado de baja de ella, por haber dejado el trabajo, ya que se emitieron facturas a nombre de la interesada pese a que se conocía que había rechazado continuar con la línea. Confirma también la vulneración del principio de calidad de datos por la compañía por informar a los ficheros de solvencia de los datos de la interesada en relación con la deuda (incorrecta al derivarse de servicios no contratados) y por no haber sido requerido el pago previamente a la inclusión en estos ficheros.

Sin embargo, se reduce la multa de 60.101 a 40.001 euros por aplicación retroactiva de la norma sancionadora más beneficiosa por la reciente reforma de la LOPD.

**Se desestima el recurso por la existencia de fichero inexacto y se mantiene la multa de 60.101 euros a la empresa telefónica**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de mayo de 2011*

El TS desestima el recurso interpuesto por una compañía telefónica que alegaba la prescripción de la infracción cometida, consistente en la inclusión de los datos personales del interesado en el fichero de morosos a instancias de la compañía con posterioridad a que este hubiera realizado el pago, calificada como infracción grave por infracción del principio de la calidad de datos en la LOPD.

La sentencia entiende que no hubo prescripción ya que la conducta infractora no cesa, puesto que se mantienen los datos inexactos en el fichero de morosos, y mantiene la multa de 60.101 euros a la empresa telefónica.

**El engaño o fraude solo constituye una infracción de la LOPD cuando se aprecia respecto del momento de la recogida de datos personales, y no de su utilización posterior**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de mayo de 2011*

Se estima el recurso de casación interpuesto por una distribuidora de servicios de telecomunicaciones a la que se había impuesto una sanción de por infracción consistente en obtención de los datos personales de forma engañosa o fraudulenta.

La sentencia entiende que lo relevante en la tipificación de esta conducta es el engaño o fraude en el momento de la recogida de los datos, y no en la utilización de los datos una vez que han sido obtenidos, como hace la distribuidora al utilizarlos para rellenar contratos no autorizados

por los afectados. Se anula la resolución de la AEPD, que imponía una multa de 300.506 euros a la distribuidora, por vulneración de los principios de legalidad y tipicidad.

**Enviar por correo resultados médicos en sobre cerrado y a nombre del interesado no supone una vulneración del deber de secreto médico, aunque se haga al domicilio equivocado**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de junio de 2011*

El interesado era beneficiario de una póliza de seguro de su exmujer, y la adquirió como titular en el momento de separación, consignando el cambio de domicilio. La aseguradora fue sancionada por enviar los resultados médicos del interesado a su anterior dirección en sobre cerrado.

El tribunal entiende que no existe vulneración del deber de secreto, ya que el medio utilizado por la aseguradora para el envío de los datos fue un sobre cerrado que se dirigía a una persona concreta, aunque considera que podría haberse infringido el principio de la calidad de datos, cuestión que queda fuera del objeto de la sentencia.

**La Audiencia Nacional sustituye la multa económica impuesta por sanción de apercibimiento**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de junio de 2011*

La infracción que la AEPD consideró cometida consistía en la instalación de una cámara en una zona común de un edificio sin autorización y el almacenamiento de las imágenes captadas en las que se podía identificar a las personas. La Audiencia Nacional anula la multa impuesta por la AEPD de 2.600 euros (tras aplicar los criterios de reducción de las sanciones que la LOPD prevé al efecto) e impone una sanción de apercibimiento, debiendo la AEPD acordar las medidas correctoras que prevé la LOPD.

### 3 · DECISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

#### [Unión Europea]

**El Supervisor Europeo de Protección de Datos valora la interconexión de los registros centrales mercantiles europeos**

*Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/666/CEE, 2005/56/CE y 2009/101/CE en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades, de 6 de mayo de 2011*

El Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) ha emitido un dictamen sobre la propuesta de Directiva que introduce la interconexión de los registros mercantiles centrales del Espacio Económico Europeo. El Supervisor apoya los objetivos de la propuesta, pero hace una serie de recomendaciones para salvaguardar las garantías de protección de datos personales.

Entre ellas, el Dictamen destaca la necesidad de que la Directiva:

(i) establezca qué datos personales (además del nombre y apellidos de las personas físicas afectadas) deben publicarse y si los Estados miembros pueden incluir información adicional sobre la base de sus legislaciones nacionales;

(ii) clarifique el funcionamiento del sistema y las responsabilidades de las partes intervinientes (para su calificación como responsables o encargados de tratamiento); y

(iii) determine las medidas técnicas y organizativas que se deben adoptar para garantizar que los datos personales disponibles no se utilizan para fines no relacionados con la transparencia (en particular, recomienda que se debería establecer de manera específica que en todos los casos en que los datos personales se publiquen o se compartan de cualquier otro modo entre los registros mercantiles, deberán establecerse las garantías adecuadas contra la recolección de datos, la extracción de datos, la combinación de datos y las búsquedas de descarga, a fin de garantizar que los datos personales que se han puesto a disposición para los fines de transparencia no se utilicen de manera incorrecta para otros fines no relacionados).

**Opinión del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el Reglamento de derivados OTC**

*Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los derivados OTC, las contrapartes centrales y los registros de operaciones, de 19 de abril de 2011*

El SEPD se pronuncia sobre la propuesta del Reglamento que regula los derivados financieros OTC (aquellos que se negocian en mercados no regulados), en lo que afecta a la protección de datos personales. El Reglamento prevé cesiones de datos de comunicaciones electrónicas y tráfico de datos al organismo regulador que se crea al efecto (la Autoridad Europea de Valores y Mercados), datos personales que permiten la construcción de perfiles amplios sobre los interesados.

Parte de una postura favorable a la regulación, pero entiende que, para cumplir con los principios de protección de datos, el Reglamento debe determinar a qué categorías de datos se puede acceder, quién puede acceder y en qué circunstancias, y que la orden de acceso sea acordada por una decisión formal, en el caso del organismo regulador europeo, o por una decisión judicial en el caso de organismos supervisores de los Estados miembros, cuando así lo exija la legislación nacional.

**Opinión del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Directiva de conservación de datos**

*Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos relativo al Informe de evaluación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Directiva de conservación de datos (Directiva 2006/24/CE), el 31 de mayo de 2011*

El SEPD concluye que la Directiva de conservación de datos no cumple con los requisitos establecidos por los derechos a la intimidad y a la protección de datos, por las razones que se exponen a continuación:

- *«la necesidad de la conservación de datos prevista en la Directiva de conservación de datos no ha quedado suficientemente demostrada,*
- *la conservación de datos podría haberse regulado de un modo menos invasivo para la intimidad,*
- *a la Directiva de conservación de datos le falta previsibilidad».*

El SEPD hace un llamamiento a la Comisión Europea para que considere, entre otras opciones, la derogación de la Directiva o la propuesta de una regulación alternativa.

## ENERGÍA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

**Normativa europea** — *Decisión 2011/280/UE de la Comisión, de 16 de mayo de 2011, que deroga la Decisión 2003/796/CE por la que se establece el Grupo de Organismos Reguladores Europeos de la Electricidad y el Gas (DOUE L de 17 de mayo de 2011)*

#### [España]

**Normativa estatal** — *Real Decreto 687/2011, de 13 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 430/2004, de 12 de marzo, que establece nuevas normas sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión, y se fijan ciertas condiciones para el control de las emisiones a la atmósfera de las refinerías de petróleo (BOE de 26 de mayo de 2011)*

— *Resolución de 13 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el horizonte temporal y el número de contratos de cada tipo ofrecidos por el Sistema Eléctrico Español en las subastas de contratos financieros relativos a la interconexión entre España y Portugal, a celebrar en junio de 2011, según se definen en la Orden ITC/4112/2005, de 30 de diciembre, por la que se establece el régimen aplicable para la realización de intercambios intracomunitarios e internacionales de energía eléctrica (BOE de 27 de mayo de 2011)*

— *Resolución de 24 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establecen las características de la decimoquinta subasta CESUR (BOE de 26 de mayo de 2011)*

— *Resolución de 24 de mayo de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se modifica la de 14 de mayo de 2009, por la que se establece el procedimiento de facturación con estimación del consumo de energía eléctrica y su regularización con lecturas reales (BOE de 30 de mayo de 2011)*

— *Resolución de 3 de junio de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación 3.7 «Programación de la generación de origen renovable no gestionable» de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares (BOE de 13 de junio de 2011)*

— *Resolución de 14 de junio de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se publica los valores del coste de la materia prima y del coste base de la materia prima del gas natural para el segundo trimestre de 2011, a los efectos del cálculo del complemento de eficiencia y los valores retributivos de las instalaciones de cogeneración y otras en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE de 21 de junio de 2011)*

— *Resolución de 20 de junio de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece el importe definitivo pendiente de compensación a 31 de diciembre de 2010, del derecho de compensación por desajuste de ingresos de las actividades reguladas anterior a 2003 (BOE de 29 de junio de 2011)*

\* Esta sección de Derecho de la Energía ha sido elaborada por María José Descalzo Benito y Jorge Lara Domínguez, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

— Resolución de 22 de junio de 2011, de la Dirección General Política Energética y Minas, por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural (BOE de 30 de junio de 2011)

— Resolución de 22 de junio de 2011, de la Comisión Nacional de Energía, de delegación de competencias (BOE de 5 de julio de 2011)

— Resolución de 24 de junio de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 24 de junio de 2011, por el que se liberan existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos en el marco de una acción coordinada de la Agencia Internacional de la Energía (BOE de 29 de junio de 2011)

— Resolución de 29 de junio de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se modifica la redacción de los apartados quinto, sexto y décimo, para su aplicación en el tramo de pequeñas instalaciones, de la de 24 de noviembre de 2010, por la que se aprueba la convocatoria de un procedimiento de concurrencia competitiva para la obtención del derecho a la percepción de un régimen económico adicional a la retribución del mercado de producción de energía eléctrica, para proyectos de instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología solar termoeléctrica de carácter innovador (BOE de 6 de julio de 2011)

— Circular 1/2011, de 29 de junio, de la Comisión Nacional de Energía, por la que se establece petición de información del ejercicio 2010 a remitir por las empresas distribuidoras de energía eléctrica a la Comisión Nacional de Energía para el establecimiento de la retribución a la actividad de distribución y supervisión de la misma (BOE de 27 de julio de 2011)

— Resolución de 30 de junio de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar en el tercer trimestre de 2011 (BOE de 1 de julio de 2011)

— Resolución de 20 de julio de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se inscribe en el registro de preasignación de retribución, asociadas a la convocatoria del segundo trimestre de 2011, los proyectos incluidos en los cupos correspondientes y se publica el resultado del procedimiento de preasignación de retribución de dicha convocatoria (BOE de 26 de julio de 2011)

— Resolución de 29 de agosto de 2011, de la Dirección General Política Energética y Minas, por la que se modifica la Resolución de 25 de julio de 2006, que regula las condiciones de asignación y el procedimiento de aplicación de la interrumpibilidad en el sistema gasista para garantizar la seguridad del suministro de gas (BOE de 8 de septiembre de 2011).

— Resolución de 5 de septiembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que establecen las características de la decimosexta subasta CESUR (BOE de 7 de septiembre de 2011)

— Orden ITC/2452/2011, de 13 de septiembre, por la que se revisa y actualiza las tarifas y primas de las instalaciones de los subgrupos a.1.1 y a.1.2, del grupo c.2 y de las instalaciones acogidas a la disposición transitoria segunda del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE de 16 de septiembre de 2011).

#### Normativa autonómica

— Decreto 121/2011, de 17 de mayo, que modifica parcialmente el Decreto 32/2006, de 27 de marzo, por el que se regula la instalación y explotación de los parques eólicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOIC de 25 de mayo de 2011)

— Decreto 133/2011, de 17 de mayo, sobre el dimensionamiento de las acometidas eléctricas y las extensiones de redes de distribución en función de la previsión de carga simultánea (BOIC de 7 de junio de 2011)

— Decreto 80/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Decreto 256/2008, de 19 de diciembre, por el que se regula la presentación de avales por parte de las instalaciones de generación de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica (DOE de 26 de mayo de 2011)



— Orden de 25 de julio de 2011 por la que se regula el procedimiento para la priorización en la tramitación del acceso y conexión a la red eléctrica en Andalucía para la evacuación de la energía de las instalaciones de generación que utilicen como energía primaria la energía eólica terrestre, contempladas en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOJA de 1 de agosto de 2011)

— Resolución EMO/2166/2011, de 9 de agosto, por la que se adecuan a las nuevas tecnologías los procedimientos de comunicación a los usuarios afectados por las interrupciones del suministro de energía eléctrica calificadas como programadas (DOGC de 23 de septiembre de 2011)

— Orden Foral 81/DEP/2011, de 26 de agosto, por la que se determinan las actividades de aprovechamiento de fuentes de energía renovable subvencionables en el marco de las ayudas a la inversión empresarial (BON de 13 de septiembre de 2011)

## 2 · JURISPRUDENCIA

### Información de precios de aprovisionamiento del mercado mayorista español de gas

#### *Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2011*

La Audiencia Nacional declara la conformidad a Derecho de la petición de información de precios de aprovisionamiento del mercado mayorista español de gas realizada por la Comisión Nacional de Energía al amparo de su Circular 4/2008.

La Audiencia Nacional considera que la información requerida contribuye al análisis y seguimiento de los mercados como requisito para fomentar la transparencia y competencia y que, por tanto, la citada información es proporcionada a esos fines y ajustada a Derecho.

### Recurso contra el Real Decreto 1003/2010

#### *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011*

La sala declara que desestima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial.

El tribunal rechazó el recurso sobre la base de los siguientes fundamentos:

El Real Decreto no invade las competencias de las Comunidades Autónomas en tanto que este se inserta en el bloque de competencias normativas atribuidas al Estado sobre el régimen económico del sistema eléctrico.

El Real Decreto expresamente declara la eficacia de las autorizaciones administrativas autonómicas subsiste en sus propios términos, sin perjuicio de que aquellas sean requisito necesario, pero no suficiente, para la obtención del régimen retributivo primado del régimen especial.

El TS considera que el Real Decreto no es «contrario al principio de irretroactividad de las normas restrictivas de los derechos individuales», ya que se limita a instaurar un procedimiento de verificación a fin de comprobar que los requisitos de acceso al régimen especial (autorización, inscripción en los registros autonómicos, etc.), que ya estaban fijados con anterioridad, se están cumpliendo.

Finalmente, y por lo que se refiere a los documentos e informes a aportar para poder cumplir el proceso de verificación previsto en el Real Decreto, el TS considera que la referencia a la «documentación que en cada caso sea bastante» trata de atender precisamente a las singularidades de cada supuesto, a fin de no hacer excesivamente rígido el proceso de verificación y control y abre las posibilidades de acreditación en un sentido amplio para que puedan tenerse en cuenta las circunstancias singulares concurrentes y no solo los documentos exigidos por el Real Decreto. Por tanto, la CNE, en el proceso de verificación, deberá tener en cuenta las reglas generales sobre la prueba de los hechos y atender a las circunstancias concurrentes en cada caso.

**Peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas***Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2011*

El TS entiende que el establecimiento de un peaje aplicable a las conexiones internacionales de gas natural es contrario a lo dispuesto en el artículo 70.5 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, que excluye del régimen retributivo del sector del gas natural a las conexiones internacionales con instalaciones de países terceros que no formen parte de la Unión Europea y que estén exceptuadas de la obligación de acceso de terceros.

**Las instalaciones de conexión de la Planta de BBG no forman parte de la red de transporte***Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2011*

La Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BAHÍA DE BIZKAIA GAS, S.L. («BBG») contra la resolución del Ministro de Industria, Turismo y Comercio de 29 de marzo de 2009, por la que se desestima un recurso de alzada previo en relación con la liquidación definitiva de las actividades reguladas del sector del gas natural correspondientes al ejercicio 2006.

La Audiencia Nacional considera que las instalaciones de conexión titularidad de BBG, que conectan la planta de regasificación de BBG y la central térmica de ciclo combinado de BAHÍA DE BIZKAIA ELECTRICIDAD, S.L. no forman parte de la red de transporte que vertebra el sistema gasista y, en consecuencia, declara la indebida imputación de los peajes de transporte como ingresos liquidables de BBG.

**INMOBILIARIO Y URBANISMO\*****1 · LEGISLACIÓN****[España]****Medidas de apoyo a los deudores hipotecario***Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio (BOE 7 de julio de 2011)*

Se prevé la imposibilidad de concesión de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística por medio de la técnica del silencio positivo, impidiendo que la mera pasividad o la falta de actuación efectiva de los Ayuntamientos permita a los interesados entender que le han sido concedidas licencias urbanísticas sin contar con un pronunciamiento expreso por parte de la Administración, estableciendo que el efecto del silencio será desestimatorio en un buen número de actuaciones sujetas a previa licencia.

Por otro lado, el Real Decreto-ley hace especial hincapié en las medidas de protección registral, entre las que se encuentra la incorporación al Registro de la Propiedad de cierta información que permitirá a los adquirentes de inmuebles conocer por anticipado la posible situación litigiosa en la que estos se encuentran, como los expedientes que puedan derivar en la imposición de multas o la futura demolición; la delimitación de los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas (impidiendo que puedan ser objeto de inscripción registral aquellas que no posean la licencia de primera ocupación) e introduce la necesidad de autorización por parte de la Administración competente del lugar donde se ubique la finca para inscribir el régimen propiedad horizontal de los complejos inmobiliarios con el fin de evitar la

---

\* Esta sección de Derecho Inmobiliario y Urbanístico ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Almudena Benjumea, Aranzazu Arizcun, Blanca Vazquez de Castro, Rafael Jiménez, Juan Espinosa y Gabriel Cabello, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia), y Mercedes Bertolo, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).

entrada en el Registro de la Propiedad de los citados complejos cuando estos no se ajusten a la normativa urbanística o no cuenten con las licencias preceptivas.

Por otro lado, el umbral de inembargabilidad se eleva hasta el 150% del salario mínimo interprofesional («SMI») y un 30% adicional por cada familiar que no perciba ingresos superiores a dicho SMI, cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado.

Adicionalmente, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para garantizar que, en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble ejecutado, estableciendo un precio mínimo del 60% del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total, a fin de que tales deudores puedan anular o reducir al máximo la deuda remanente.

**Andalucía.  
Ordenación del  
territorio y urbanismo**

*Acuerdo de 3 de mayo 2011, por el que se aprueba la Estrategia Andaluza de Sostenibilidad Urbana (BOJA el 19 de mayo de 2011)*

Incorpora criterios y medidas de sostenibilidad en las políticas con mayor implicación en los procesos de desarrollo urbano. Para ello, establece una serie de objetivos y define propuestas marco y líneas de actuación con relación tanto a la configuración física de la ciudad (desarrollo urbano, movilidad, edificación, biodiversidad) como a su metabolismo (energía, agua y materiales) y a su relación con otros sistemas territoriales y sociales (ordenación del territorio y gestión urbana).

**Asturias. Ordenación  
del territorio  
y urbanismo**

*Decreto 30/2011, de 13 de abril, por el que se introduce la primera modificación del Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias, aprobado por el Decreto 278/2007, de 4 de diciembre (BOPA de 3 de mayo de 2011)*

Se restablece la doble mayoría para aprobar el proyecto de actuación (instrumento en el que se recogen las reglas básicas de funcionamiento de la entidad que asuma la gestión urbanística y, en su caso, los criterios para el desarrollo de la actuación). Además, se modifica una serie de preceptos a fin de determinar quiénes han de ser considerados urbanizadores, según el sistema de gestión de que se trate.

**Castilla-La Mancha.  
Ordenación del  
territorio y urbanismo**

*Decreto 29/2011, de 19 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (DOCM de 29 de abril de 2011)*

Desarrolla los instrumentos de la actividad de ejecución urbanística. Cabe destacar su regulación las actuaciones edificatorias y rehabilitadoras con criterios análogos a la programación de las actuaciones urbanizadoras. Además, modifica la disposición transitoria primera del Decreto 242/2004, por el que se aprueba el Reglamento de Suelo Rústico en lo relativo a la regulación del suelo rústico en municipios sin planeamiento, y deroga un precepto del citado Decreto que regula el procedimiento para el concurso sobre localización y características de ciertos actos de iniciativa particular.

**Castilla-La Mancha.  
Ordenación del  
territorio y urbanismo**

*Decreto 34/2011, de 26 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (DOCM de 29 de abril de 2011)*

Regula en detalle los instrumentos de control de la legalidad de la actividad urbanística, así como de las medidas precisas para la restauración del orden urbanístico infringido y, en su caso, de la realidad física alterada. A su vez, armoniza la normativa sobre disciplina urbanística a la Directiva de Servicios en el Mercado Interior y ajusta, por tanto, todo lo relativo a las autorizaciones.

**Cantabria.  
Ordenación  
del territorio  
y urbanismo**

*Ley 2/2011, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio de 2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística (BOC de 13 de abril de 2011)*

Introduce una serie de mecanismos con incidencia en los procedimientos de indemnización patrimonial derivados de la anulación de actos administrativos autorizatorios de edificaciones. Su objeto es tratar de minorar los importantes perjuicios que sufren los propietarios de esas edificaciones.

**Navarra. Vivienda**

*Decreto Foral 23/2011, de 28 de marzo, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición en el ámbito territorial de la Comunidad Foral de Navarra (BON de 8 de abril de 2011)*

Establece el régimen jurídico aplicable a la producción y gestión de residuos de construcción y demolición. Regula aspectos como, entre otros, (i) el régimen de las fianzas exigibles por parte de las Administraciones públicas a los productores, poseedores o gestores de dichos residuos; (ii) la determinación de la cantidad mínima de residuos a los que se les exige una gestión específica diferenciada de la que se aplica a las pequeñas cantidades de este tipo de residuos; y (iii) los requisitos técnicos mínimos de las plantas de tratamiento de residuos.

**2 · JURISPRUDENCIA****[España]****Acción de  
actualización  
de renta**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de mayo de 2011*

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la acción de actualización de la renta. La Audiencia Provincial de Las Palmas revocó la sentencia del Juzgado y estimó íntegramente la demanda. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

El arrendador puede optar por exigir la totalidad del incremento de la renta transcurrido el plazo de 10 años desde la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. La actualización íntegra de la renta transcurrido el plazo fijado por la Ley no supone la aplicación retroactiva de la norma y sí un beneficio para el arrendatario, que, durante los años anteriores, no sufrió el incremento que legalmente podía haberle aplicado el arrendador.

**Límites al ius variandi  
de la Administración  
en la modificación de  
los sistemas generales**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de junio de 2011*

Se confirma la anulación del Plan General de Sevilla en lo referente a la construcción de la nueva Biblioteca Universitaria en parte de los terrenos ocupados por el Parque del Prado de San Sebastián. La sala de instancia consideró vulnerado el artículo 3.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que incluye entre los fines de la actividad urbanística, la «determinación, reserva, afectación y protección del suelo dotacional», por lo que el parque debía ser preservado por tratarse de un sistema general, inalterable por una revisión posterior del planeamiento. El TS matiza esta última conclusión, al decir que la clasificación como sistema general no es un límite perpetuo ni infranqueable, si bien requiere de una potente presencia de un interés público predominante para modificarse, lo que no ocurre en este caso.

**Requisitos para la  
obtención por  
silencio de la  
licencia de primera  
ocupación**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de mayo de 2011*

La sentencia declara que la licencia de primera ocupación no puede obtenerse por silencio administrativo sin el acta o declaración de conformidad que garantice que la obra ejecutada se ajusta al proyecto licenciado. No basta con que se comunique al Ayuntamiento la finalización de las obras y el certificado final de obra y el transcurso de un mes. En consecuencia, el *dies a quo*

para el cómputo del plazo del silencio comienza con el levantamiento del acta de conformidad. La Sala señala que, transcurrido ese plazo sin que la Administración haya realizado la visita de inspección ni haya levantado el acta, podría impugnarse la inactividad de la Administración.

**Condena a un Ayuntamiento a abonar a una promotora casi siete millones de euros por anular las licencias de actividad y obras concedidas para construir un apartahotel**

*Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 7 de Pamplona de 25 de febrero de 2011*

El Juzgado estima que concurren los presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por los daños causados a una promotora por la anulación de las licencias de actividad y obras concedidas para la construcción y explotación de un apartahotel, y entiende que existe un daño antijurídico que la promotora no tenía el deber de soportar, ya que la normativa urbanística no permitía el uso solicitado en la parcela. El Juzgado consideró no indemnizables el lucro cesante (al basarse en las ganancias dejadas de obtener por el ejercicio de una actividad que no podía ser autorizada) y los daños morales (por no acreditarse el daño al prestigio comercial de la promotora).

### [Portugal]

**Indemnização por Expropriação de Terrenos em REN e RAN**

*Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2001, de 7 de Abril de 2011*

Decidiram os juízes do pleno das secções cíveis do STJ, através do Acórdão n.º 6/2001, uniformizar a jurisprudência no sentido de esclarecer que os terrenos integrados em RAN ou REN, ao abrigo dos Decreto-Lei n.º 196/89, de 14 de Junho e Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, não podem ser classificados como «solo apto para construção» nos termos do artigo 25.º n.º 1, alínea a) e n.º 2 do Código de Expropriações, ainda que os requisitos do n.º 2 daquele artigo estejam preenchidos.

Sustentam a decisão, por um lado, pelo facto de, salvo situações excepcionais, a lei proibir ou restringir fortemente a construção nos terrenos incluídos na RAN e REN, com vista a acautelar uma reserva de terrenos agrícolas, o equilíbrio ecológico e os interesses públicos.

Referem, assim, a importância dos instrumentos de gestão territorial e do respectivo regime jurídico, o qual se encontra previsto no Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro (RJIGT), que consagra que o uso dos solos é definido pelos planos municipais de ordenamento do território através da classificação e da qualificação do solo.

Finalmente, consideram que, atentos o artigo 62.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e o artigo 23.º n.º 1 do Código de Expropriações, através dos quais se proclama e concretizam o direito de pagamento de justa indemnização em caso de expropriação da propriedade privada, releva a classificação do solo (quer à data da expropriação quer à data de aquisição, pelos expropriados, dos solos objecto de expropriação) para efeito da determinação da justa indemnização a pagar.

Assim, a classificação dos solos para efeito do cálculo da indemnização devida deve ser feita —no caso em apreço— por via residual, considerando o solo objecto de expropriação como «solo para outros fins» por não se encontrarem preenchidos os demais elementos que permitam uma classificação distinta.

No caso em análise, acrescenta-se, não haveria por parte do proprietário do prédio qualquer expectativa de poder vir a valorizar o solo para finalidades edificativas, quer porque nele não poderia construir quer porque não poderia desafecta-lo da RAN e REN.

**Simplificação dos Regimes de Acesso e Exercício às Actividades de Construção, Mediação e Angariação Imobiliária**

*Decreto-lei n.º 69/2011(DR 114, SÉRIE I, de 2011-06-15)*

Na sequência da Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, e da respectiva transposição para o ordenamento jurídico interno através do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Junho —através dos quais se estabeleceram os princípios e as regras necessárias para simplificar o livre acesso e exercício das actividades de serviços no mercado interno da União Europeia— foram alterados, adaptados e simplificados os Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro —que estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício da acti-

vidade da construção—; Decreto-Lei n.º 211/2004, de 20 de Agosto —que estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício das actividades de mediação imobiliária e de angariação imobiliária—, e Decreto-Lei n.º 144/2007, de 27 de Abril – que aprovou a orgânica do Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.

De entre as alterações preconizadas aos referidos regimes, destacam-se, quanto aos aplicáveis ao exercício da actividade da construção e ao exercício das actividades de mediação imobiliária e de angariação imobiliária, várias medidas comuns: (i) liberdade de actuação, no mercado Português, de entidades sediadas nos estados membros da União Europeia; (ii) simplificação dos processos e procedimentos para obtenção e revalidação de alvarás para exercício das respectivas actividades; (iii) redução dos prazos de tramitação de procedimentos e recurso ao deferimento tácito; e (iv) disponibilização de documentos via Internet.

No âmbito do regime de exercício das actividades de mediação imobiliária e de angariação imobiliária destaca-se, ainda, a possibilidade de as entidades (singulares ou colectivas) mediadoras e angariadoras passarem a poder exercer outras actividades comerciais para além da mediação e angariação.

#### **Indemnização por Expropriação de Terrenos em RAN**

##### *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 196/2011, de 12 de Abril*

Decidiram os juízes do STJ, através do Acórdão n.º 196/2011, julgar inconstitucional a norma constante do artigo 26.º n.º 12 do Código de Expropriações, quando interpretado no sentido de ser indemnizável como «solo apto para construção» terreno integrado na RAN com aptidão edificativa segundo os elementos constantes do artigo 25.º n.º 2 do mencionado diploma, assumindo para calculo de indemnização o valor resultante do cálculo do valor médio das construções existentes numa área envolvente cujo perímetro exterior se situe a 300 metros do limite da parcela expropriada.

A referida decisão, para além de sustentada na violação do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, apoia-se também em entendimentos anteriores daquele tribunal que consideraram que, ainda que em teoria se possa considerar que qualquer solo é passível de ser construído, na prática a integração de um terreno na RAN ou REN determina a impossibilidade de o proprietário nele construir edifícios urbanos e de assumir qualquer expectativa de poder valorizar o solo pela sua desafectação e destinação á construção imobiliária.

Aquelas impossibilidades são, de resto, determinadas pelo interesse público subjacente ao respectivo regime jurídico, o qual tem justificação constitucional nos artigos 93.º e 66.º da Constituição da República Portuguesa.

Assim, consideram que, no caso de expropriação de terrenos integrados na RAN, não há que considerar, para efeitos de cálculo da indemnização, a pagar ao expropriado, qualquer potencialidade edificativa que não existe, nem nasce com a expropriação. Ademais, o facto de a parcela expropriada, integrante da RAN, ser dotada de infra-estruturas e de se encontrar ladeada de solos classificados como espaços urbanos não funda qualquer expectativa jurídica, no expropriado, de reclassificação do respectivo solo.

#### **Fraccionamento de Prédio Rústico. Operação de Loteamento**

##### *Parecer da Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 152/2004-C, de 12 de Maio de 2011*

Sobre a questão de saber se «a divisão de prédio rústico, para rectificação de extremas de prédio contíguo, em que a parte sobranete é pelo adquirente destinada à construção urbana, configura ou não uma operação de loteamento, disciplinada pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro» no âmbito da actividade notarial, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República concluiu que o fraccionamento de um prédio rústico, em que uma parcela se destina à rectificação de extremas com prédio contíguo e a parte sobranete é vendida e destinada a construção urbana, não constitui uma operação de loteamento, já que dele não resultou a constituição de novas unidades prediais autónomas no âmbito de uma operação urbanística.

O referido Conselho Consultivo assenta a sua conclusão, por um lado, no conceito de operação de loteamento constante do artigo 2.º, al. i), do referido diploma legal —constituição de um ou mais lotes, com destinação imediata ou subsequente à edificação urbana e divisão de um ou mais prédios ou o seu reparcelamento— e, por outro, na vontade manifestada pelo adquirente quanto ao destino que pretende dar ao lote adquirido e à da parte sobranche de um prédio rústico.

### 3 · RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

#### Requisitos de hipoteca de máximo en garantía de deuda ajena

##### *Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2011*

Se solicita del Registro la inscripción de una hipoteca de máximo en garantía de deuda ajena en cuya escritura no aparecen las circunstancias personales, representantes y domicilio de la entidad deudora.

La DGRN en esta resolución señala: (i) respecto a la no intervención del deudor en la escritura de constitución de la hipoteca en garantía de deuda ajena, defiende que basta para su inscripción que en la escritura de la hipoteca se describa o identifique debidamente la obligación que se garantiza o se precisen las circunstancias básicas de la relación jurídica de la que pueda surgir cuando sea futura. Este rasgo de flexibilidad hace que la hipoteca pueda inscribirse sin la previa determinación registral de todos los elementos de la obligación y que, asimismo, pueda constituirse hipoteca en garantía de deuda ajena sin que sea precisa la intervención del sujeto pasivo de esta; (ii) respecto a la falta de consignación en la escritura del domicilio del deudor señala que, si bien tal circunstancia impedirá la ejecución directa y extrajudicial sobre los bienes hipotecados —una de las principales ventajas de la hipoteca—, no hacer constar dicho domicilio no conlleva su ineficacia ni la pérdida del resto de facultades inherentes a la hipoteca.

#### Concreción de los medios de pago en el cuerpo de una escritura de compraventa

##### *Resolución de la DGRN de 5 de mayo de 2011*

Esta resolución parte de la suspensión de la inscripción de una escritura de compraventa de una vivienda por parte del registrador, por considerar este que no se identifican en el cuerpo de aquella todos los medios de pago empleados por las partes, en los términos exigidos por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, Ley 36/2006, de 29 de noviembre, por el artículo 24 de la Ley del Notariado y por el artículo 177 del Reglamento Notarial según su redacción por el Real Decreto 1/2010. El recurrente entiende que es suficiente con que estas circunstancias resulten del testimonio del cheque bancario —en el que consta el código de cuenta con cargo a la cual se pagó— incorporado a la escritura.

La DGRN afirma que, a los efectos de inscripción, es suficiente que los datos relativos a los medios de pago consten en escritura o en el documento de pago a ella incorporado. No todos los elementos de identificación que se le exigen al notario en los artículos 24 de la Ley del Notariado y 177 del Reglamento Notarial son objeto de calificación por el registrador, sino únicamente los expresados en el apartado 5 del artículo 177 del Reglamento Notarial para cada uno de los distintos medios de pago posibles.

#### Régimen hipoteca de naturaleza flotante

##### *Resolución de la DGRN de 8 de junio de 2011*

Esta resolución trata la suspensión de inscripción de una escritura en la que se constituye una hipoteca flotante sobre varias fincas, sin especificar la cuota o participación que corresponde a cada una de las entidades acreedoras, por entender el registrador que dicha figura de hipoteca en mano común no cabe en nuestro Derecho civil e hipotecario (artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria). Por el contrario, el recurrente entiende que sí cabe la hipoteca en mano común sin ser necesaria la distribución de cuotas, al amparo del principio de autonomía de la voluntad.

La DGRN analiza la cuestión y se pronuncia a favor del recurrente, entendiendo que nuestro ordenamiento admite, siempre que se respeten los límites legales, la creación de nuevas figuras de derechos reales y la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos. Asimismo, la titularidad de la hipoteca queda condicionada y mimetiza la titularidad activa de las obligaciones en cuya seguridad se constituye y, puesto que se permite la autorregulación de las pluralidades en el plano obligacional, debe admitirse también la posibilidad de que se extienda, en la medida exigida por su carácter accesorio, al derecho real de hipoteca.

## LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

##### Libre circulación de trabajadores

*Reglamento 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DOUE de 27 de mayo de 2011)*

El Reglamento 492/2011, que sustituye al Reglamento 1612/1968, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, persigue garantizar la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión aboliendo toda discriminación por razón de la nacionalidad con respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo. De este modo, el derecho a la libre circulación exige la garantía de igualdad de trato en todo lo relativo al ejercicio de una actividad por cuenta ajena y al acceso a la vivienda, gozando todos los trabajadores comunitarios de la misma prioridad en el empleo que la de los trabajadores nacionales.

#### [España]

##### Reforma del sistema de pensiones

*Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto de 2011)*

Conforme se expone en el preámbulo, la actual situación económica y demográfica en España ha hecho necesaria la reforma del sistema de pensiones en sus distintos ámbitos. La reforma de la Seguridad Social, de la que aquí se exponen los puntos más sobresalientes, entrará en vigor el 1 de enero de 2013 y se aplicará de forma paulatina en un período transitorio de 15 años, que culminará en 2027.

La edad de acceso a la jubilación se incrementa progresivamente hasta los 67 años en un período transitorio de 15 años, que comienza en 2013 y culmina en 2027. Se mantiene en 65 años para aquellos trabajadores que hayan cotizado 38 años y seis meses. Además, se incrementan los incentivos para la prolongación voluntaria de la vida laboral. Las personas que prolonguen su vida laboral después de la edad legal de jubilación podrán aumentar su pensión por encima del cien por cien de la base reguladora entre un 2% y un 4% por cada año adicional.

El período de cotización computable para calcular la pensión, pasará gradualmente de 15 a 25 años. Del mismo modo, se modifican los porcentajes aplicables a la base reguladora para calcular el importe de la pensión. Así, por los primeros quince años cotizados se aplicará el 50%; a partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los

\* Esta sección de Derecho Laboral y de la Seguridad Social ha sido elaborada por Lourdes Martín Flórez, Miguel Ángel Buján Brunet y Joana Brisson Lopes, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).



meses 1 y 248, se aplicará el 0,19%; y para los que superen el mes 248, el 0,18%. De este modo, para que la pensión alcance el 100% de la base reguladora serán precisos 37 años, incrementándose gradualmente desde los 35 actuales.

Asimismo, se han introducido cambios en la regulación de la jubilación anticipada y de la jubilación parcial.

También se modifica el régimen jurídico de la pensión de incapacidad permanente, adecuándose la fórmula de cálculo para determinar la base reguladora de la pensión a las nuevas reglas de cálculo de la pensión de jubilación. Se estipulan igualmente los casos en que se puede compatibilizar el percibo de la pensión con la realización de trabajos distintos a los que habitualmente se venían realizando. Por otro lado, se establece la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez con el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación.

El Ministerio de Trabajo e Inmigración, tras la publicación de esta ley: (i) determinará las modalidades de convenios especiales que habrán de suscribirse obligatoriamente antes del transcurso de un determinado plazo desde la fecha de baja en el régimen correspondiente o de extinción del derecho a las prestaciones por desempleo y, (ii) regulará dos nuevas modalidades de convenio especial, una para españoles que participen en el extranjero, de forma remunerada, en programas formativos o de investigación sin quedar vinculados por una relación laboral, y otra para personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral para la cobertura de las prestaciones por jubilación y por muerte y supervivencia.

Respecto al convenio especial por expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con 55 o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, las cotizaciones abarcarán el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo y la fecha en la que el trabajador cumpla la edad de 67 años o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización. Las cotizaciones correspondientes serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años (61 años en casos de expedientes de regulación de empleo por causas económicas), y a cargo del trabajador hasta que cumpla 67 años (o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización).

A partir de 2012, los empleados de hogar quedarán integrados en el Régimen General de la Seguridad Social mediante el establecimiento de un sistema especial.

La cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales pasa a ser obligatoria para todos los regímenes del sistema. Además, en los beneficios por el cuidado de hijos, se computará como período de cotización el período de interrupción de la actividad laboral por nacimiento de un hijo o por adopción o acogimiento de un menor de seis años, cuando dicha interrupción se produzca en el período comprendido entre el inicio del noveno mes anterior al nacimiento o al tercer mes anterior a la adopción o al acogimiento y la finalización del sexto año posterior a dicha situación.

**Personal investigador** *Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE de 2 de junio de 2011)*

Mediante la presente Ley se persigue impulsar un entorno proclive para la innovación desde la demanda pública y privada, la proyección internacional de la innovación, así como el fortalecimiento de la cooperación territorial y el capital humano.

Por otra parte, la Ley regula también las disposiciones generales aplicables a todo el personal investigador, refiriéndose, específicamente, al personal investigador que desarrolla su labor vinculado con una relación de carácter laboral. Bajo este apartado, destaca la creación de un catálogo de derechos y deberes específicos del personal investigador, estableciéndose también los criterios de selección de dicho personal. Además, se potencia la movilidad del personal investigador mediante diferentes fórmulas, como autorizaciones de estancias formativas en otros centros de prestigio, permitiéndose incluso la prestación de servicios en sociedades mercantiles creadas o participadas por los organismos en los que dicho personal viene prestando servicios.

Se crea el contrato predoctoral para investigadores que estén completando sus estudios de doctorado y realicen a la vez tareas de investigación. Para la etapa posdoctoral, se contempla

un contrato temporal de hasta cinco años y, para investigadores de reconocido prestigio, se ofrece el denominado contrato de investigador distinguido.

**Derechos de información y consulta. Trabajadores en empresas de dimensión comunitaria**

*Ley 10/2011, de 19 de mayo, por la que se modifica la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (BOE de 20 de mayo de 2011)*

La Ley 10/2011 incluye las novedades incorporadas por la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009 («Directiva 2009/38/CE»), que modificó el contenido de la originaria Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores de empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Los aspectos más relevantes que contempla la Directiva 2009/38/CE y que ahora se trasponen mediante ley son: (i) el derecho de los representantes de los trabajadores a recibir formación relativa a su función representativa, sin pérdida de salario; (ii) la posibilidad de celebrar reuniones de seguimiento y preparatorias sin la presencia de la empresa; (iii) la asistencia y asesoramiento a la comisión negociadora de expertos de su elección, que podrán tener una procedencia sindical y; (iv) la obligación de la dirección de la empresa de informar a los agentes sociales europeos de la apertura de negociaciones, con vistas a la formación de un comité de empresa europeo.

En cuanto al contenido del mandato de los representantes de los trabajadores, se establece su obligación de informar a sus representados sobre el contenido y resultados de los procesos de información y consulta. También se dispone el deber de la empresa de facilitar los medios apropiados a los representantes de los trabajadores de nivel comunitario para el desarrollo de su función representativa.

Respecto a la composición de la representación de los trabajadores, tanto la comisión negociadora como el propio comité de empresa europeo se formarán mediante un sistema de composición proporcional, que asegura que los trabajadores situados en cualquier Estado miembro dispongan siempre de un representante en los mencionados órganos de representación.

Por último, esta norma prevé la inaplicación de sus disposiciones a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria que tengan su dirección central en España, cuando hubiesen alcanzado un acuerdo en esta materia con los representantes de los trabajadores con anterioridad al 5 de junio de 2011, siempre y cuando se observasen determinados requisitos.

**Fomento del empleo estable y recualificación profesional**

*Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (BOE de 30 de agosto de 2011)*

Esta norma aprueba el nuevo contrato para el aprendizaje y la formación para empleados de hasta 30 años (25 años a partir de 2014) sin cualificación profesional.

Los requisitos de este contrato son los siguientes: el 25% de la jornada laboral se dedicará a actividades formativas; su duración mínima será de un año y la máxima de dos años, y podrá prorrogarse un año más en función del proceso formativo; el incentivo para la empresa es la reducción del 100% (75% si la empresa tiene más de 250 trabajadores) de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, durante toda la vigencia del contrato, siempre que se contrate a personas desempleadas. Si el contrato se convierte en indefinido, la empresa tendrá derecho a una reducción de la cotización social de 1.500 euros (1.800 euros en el caso de mujeres) anuales durante tres años. Asimismo, se reducirá el 100% de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga.

Otra de las medidas de esta norma es el establecimiento de una fecha máxima (31 de diciembre de 2013) en la que deberá haberse adoptado la decisión que corresponda sobre la constitución y entrada en funcionamiento del fondo de capitalización establecido en la Ley 35/2010.

Finalmente, esta norma suspende, durante el periodo de los dos años siguientes a su entrada en vigor (hasta el 31 de agosto de 2013), la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores («ET»), sobre el encadenamiento de contratos temporales a los efectos de adquirir la condición de trabajadores fijos.

#### La reforma de la negociación colectiva

*Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE de 11 de junio de 2011)*

Véase el artículo sobre esta norma de García-Perrote, Ignacio, en el número extraordinario de *Actualidad Jurídica* Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada.

#### Expedientes de regulación de empleo. Aprobación de un nuevo reglamento

*Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (BOE de 14 de junio de 2011)*

Véase el análisis que sobre esta norma se hace en la sección «Foro de Actualidad» de este mismo número de la revista.

#### Deudas por cuotas de Seguridad Social. Responsabilidad de administradores

*Criterio técnico 89/2011 del Director General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre derivación de responsabilidad a los administradores de sociedades mercantiles capitalistas en materia de deudas por cuotas de seguridad social (Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social a 6 de junio de 2011)*

Este nuevo criterio se dicta teniendo en consideración lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital («LSC») y establece que «la derivación de responsabilidad a los administradores sólo procede cuando, una vez acreditada la existencia de causa legal de disolución, éstos hayan incumplido las obligaciones establecidas con carácter alternativo en los artículos 365 y 366 de la LSC, es decir: (i) convocar la junta general para que adopte el acuerdo de disolución —o el concurso, si además existe situación de insolvencia—, o bien, (ii) solicitar la disolución judicial —o el concurso, en caso de insolvencia— cuando la junta no se haya constituido o cuando su acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso».

Asimismo, en relación con la determinación de las deudas que podrán ser objeto de la derivación de responsabilidad, se establece que «puede ser objeto de derivación la totalidad de la deuda existente en todos los casos en los que los propios interesados no demuestren otra cosa, ya que sobre ellos recae la carga de la prueba, salvo que el funcionario actuante compruebe que efectivamente se trata de obligaciones que se han generado en una fecha inequívocamente anterior, supuesto en el que no cabe acudir a la presunción».

### [Portugal]

*Decreto-Lei n.º 66/2011, de 1 de Junho (DR 106, Série I, de 1 de Junho de 2011)*

O Decreto-Lei n.º 66/2011 (doravante, o «Decreto-Lei») aprovou o regime jurídico a que deve obedecer a realização de estágios profissionais extracurriculares.

#### 1 · Estágios profissionais extracurriculares

Consideram-se estágios profissionais, nos termos do Decreto-Lei, aqueles que consistem «na formação prática em contexto de trabalho que se destina a complementar e a aperfeiçoar as competências do estagiários, visando a sua inserção ou reconversão para a vida activa de forma mais célere e fácil ou a obtenção de uma formação técnico-profissional e deontológica legalmente obrigatória para aceder ao exercício de determinada profissão».

Encontram-se expressamente excluídos do âmbito de aplicação do Decreto-Lei (i) os estágios curriculares; (ii) os estágios profissionais extracurriculares que sejam objecto de comparticipação

pública; (iii) os estágios regulados pelos Decretos-Leis n.os 18/2010, de 19 de Março (estágios profissionais da Administração Pública) e 65/2010, de 11 de Junho (estágios profissionais na administração local); (iv) os estágios cuja realização seja obrigatória para o ingresso ou acesso a determinada carreira ou categoria profissional no âmbito de uma relação jurídica de emprego público; e (v) os estágios que correspondam a trabalho independente.

Este novo regime aplica-se apenas aos estágios profissionais que se iniciem após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 66/2011, que ocorrerá a 6 de Junho de 2011.

Quanto aos estágios obrigatórios para a aquisição de uma habilitação profissional legalmente exigível para o acesso a uma determinada profissão, este diploma só se aplica àqueles que se iniciem no prazo de 90 dias após a sua entrada em vigor, ou seja, 4 de Setembro de 2011, pois durante este período as associações públicas profissionais representativas de tais profissões devem proceder à adaptação da respectiva regulamentação específica ao decreto-lei em causa.

De entre as novas regras aplicáveis aos estágios profissionais, cumpre destacar as seguintes:

*(i) Obrigatoriedade de redução a escrito do contrato de estágio*

O contrato de estágio, a celebrar entre o estagiário e a entidade promotora, passa a estar obrigatoriamente sujeito à forma escrita.

A não redução a escrito do contrato de estágio pode levar à qualificação do vínculo como contrato de trabalho por tempo indeterminado.

*(ii) Duração do estágio*

Com excepção dos estágios obrigatórios para aquisição de uma habilitação profissional legalmente exigível para o acesso ao exercício de determinada profissão (cuja duração máxima é de 18 meses), os restantes estágios profissionais não podem ultrapassar os 12 meses.

Na ausência de estipulação, no respectivo contrato, da duração máxima do estágio, considera-se que a sua duração corresponde ao limite máximo de 12 meses.

São ainda permitidos estágios de muito curta duração (i.e. de duração não superior a três meses), contanto que o contrato de estágio indique, de forma fundamentada, os motivos que justificam o seu curto período de duração. Na falta desta indicação, considera-se que o estágio terá uma duração de 12 meses. As partes não podem celebrar mais do que um contrato de estágio de muito curta duração.

*(iii) Orientação do estágio*

A entidade promotora do estágio deve designar, para cada estagiário, um orientador, que não pode acompanhar mais de três estagiários em simultâneo.

No caso dos estágios obrigatórios para aquisição de uma habilitação legalmente exigível para o acesso ao exercício de determinada profissão, a orientação do estágio será definida de acordo com as normas legais e regulamentares que o regulem.

*(iv) Subsídio de estágio e subsídio de refeição*

Durante o período de estágio, a entidade promotora será obrigada a pagar ao estagiário um subsídio de valor não inferior ao Indexante dos Apoios Sociais («IAS») – que, para o ano de 2011, é de € 419,22 – bem como subsídio de refeição por cada dia de estágio, de valor correspondente ao montante do subsídio de refeição atribuído aos trabalhadores que se encontrem ao serviço do promotor. A lei não esclarece o regime a observar quando os trabalhadores ao serviço do promotor não tenham direito a subsídio de refeição.

Este subsídio de estágio e subsídio de refeição não são devidos (i) quando o estágio se encontre suspenso, (ii) quando o estagiário falte de forma injustificada, (iii) quando as faltas justificadas decorram de acidente (desde que a responsabilidade civil do mesmo se encontre coberta pelo seguro de acidentes pessoais contratado pela entidade promotora) ou (iv) quando as faltas justificadas excedam 15 dias, seguidos ou interpolados, ao longo de todo o estágio.

O diploma prevê que os contratos de estágio de muito curta duração possa ser dispensado o pagamento do subsídio de estágio, mas não do subsídio de refeição.

*(v) Suspensão e cessação do contrato de estágio*

O Decreto-Lei prevê a suspensão do estágio (i) por facto relativo à entidade promotora, nomeadamente o encerramento temporário do estabelecimento onde o mesmo se realiza, por período não superior a um mês; (ii) por facto relativo ao estagiário, nomeadamente por doença, maternidade ou paternidade, por período não superior a seis meses.

Por outro lado, o contrato de estágio cessa:

- a) Por acordo escrito das partes em que se mencionem as datas de celebração do acordo e do início da sua produção de efeitos;
- b) Por resolução – embora o diploma não exija que seja fundamentada –, quando uma das partes comunicar a sua intenção à outra, por carta registada com antecedência não inferior a 15 dias;
- c) Por caducidade (i) decorrido o período de duração; (ii) por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o estagiário frequentar ou de a entidade promotora proporcionar o estágio; (iii) no momento em que o estagiário atingir as 30 faltas, seguidas ou interpoladas, justificadas ou não; ou (iv) logo que o estagiário atingir cinco dias de faltas injustificadas, seguidas ou interpoladas.

*(vi) Regime aplicável ao estágio*

Nos termos do disposto no art. 6.º deste diploma, é aplicável aos estágios profissionais o regime do período normal de trabalho, de descansos diários e semanal, de feriados, de faltas e de segurança e saúde no trabalho previsto para a generalidade dos trabalhadores da entidade promotora.

*(vii) Contrato de trabalho*

Uma das normas mais relevantes do Decreto-Lei consiste na previsão de que se considera exercida no âmbito de um contrato de trabalho (i) a actividade profissional desenvolvida a coberto de um estágio profissional que não integre o conceito de estágio profissional transcrito supra, ou que não seja reduzida a escrito por contrato entre as partes e (ii) a actividade desenvolvida pelo estagiário após a caducidade do contrato de estágio pelo decurso da respectiva duração.

*(viii) Segurança Social*

De acordo com o disposto no diploma legal em análise, «[a]o contrato de estágio aplicam-se as disposições relativas às contribuições para a segurança social em vigor», sendo certo que o Código Contributivo prevê que «[a] protecção social e o correspondente regime contributivo referente aos beneficiários de programas de estágio são fixados em diploma próprio.»

Ora, o diploma próprio para os estágios profissionais não participados e que se realizam no sector privado é, precisamente, o Decreto-Lei, que não é esclarecedor a este respeito.

Apesar de alguns órgãos de comunicação social terem informado que o subsídio de estágio fica sujeito ao pagamento de taxa social única, tal não resulta do diploma agora publicado. Aliás, o Decreto-Lei foi aprovado no uso da autorização legislativa concedida ao Governo pela Lei do Orçamento de Estado para 2011 (Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro) a qual deve ser respeitada. Ora, a Lei do Orçamento do Estado prevê expressamente, ao definir o sentido e a extensão dessa autorização legislativa, que o diploma a aprovar pelo Governo deveria consignar que «o estagiário não está abrangido por qualquer regime obrigatório de segurança social, podendo ser acordado um esquema contributivo facultativo para a segurança social».

Em face do exposto, deve considerar-se que o subsídio de estágio pago no âmbito dos estágios profissionais realizados ao abrigo do Decreto-Lei não está sujeito ao pagamento de taxa social única, sendo desejável que a questão seja objecto de urgente esclarecimento pelo Governo.

*Portaria n.º 256/2011, de 5 de Julho (DR 127, Série I, de 5 de Julho de 2011)*

A Portaria n.º 256/2011 aprovou a parte uniforme das condições gerais e especiais da apólice de seguro obrigatório de accidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem que deverá ser suscrita pelas entidades empregadoras.

**2 · Apólice de seguro obrigatório de accidentes de trabalho**

A Portaria em apreço aplica-se aos contratos de seguro celebrados a partir de 3 de Setembro de 2011.

**Sistema de Regulação do Acesso a Profissões (SRAP)***Decreto-Lei n.º 92/2011, de 27 de Julho (DR 143, SÉRIE I, de 27 de Julho de 2011)*

O Decreto-Lei n.º 92/2011 cria o Sistema de Regulação do Acesso a Profissões (SRAP), o qual tem como principal objectivo a simplificação e eliminação das barreiras legais ao acesso a profissões e actividades profissionais. O SRAP visa ainda a compatibilização e articulação entre o Sistema Nacional de Qualificações (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 396/2007, de 31 de Dezembro) e os sistemas de certificação das competências profissionais e de regulação do acesso às profissões, de forma a garantir que os referenciais de formação e de competências exigíveis para aquele acesso são os constantes do Catálogo Nacional de Qualificações.

Este Decreto-Lei ainda a Comissão de Regulação do Acesso a Profissões, à qual compete, entre outras funções, acompanhar e avaliar a aplicação dos regimes de acesso às profissões e emitir parecer prévio sobre projectos de regulação de acesso a profissões e de regulação de actividades económicas.

**2 · JURISPRUDENCIA****[Unión Europea]****Límites al derecho de expresión en el marco de la actividad sindical***Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, de 12 de septiembre de 2011*

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH») resuelve la cuestión planteada por seis miembros de un sindicato de una empresa catalana, por entender que el despido disciplinario del que habían sido objeto era discriminatorio: se alegaba por los despedidos que se había vulnerado su derecho a la libertad de expresión y que, en realidad, el despido tenía un móvil antisindical.

El clima laboral en la empresa era conflictivo y, anteriormente, se habían iniciado procedimientos judiciales por los mismos sindicalistas. Tras una sentencia en materia laboral en la que algunos empleados habían testificado a favor de la empresa, los sindicalistas publicaron en la revista sindical mensual (que se distribuía a los trabajadores y se mostraba en el tablón de anuncios) varias caricaturas y artículos vejatorios hacia compañeros y superiores. Al igual que todas las instancias de la jurisdicción española, el TEDH ha sentenciado en favor de la empresa, considerando los despidos disciplinarios como procedentes. Razona el TEDH que la publicación era claramente ofensiva y atentaba contra la dignidad de quienes allí aparecían, excediendo los límites de la libertad de expresión y negando cualquier motivación de represalia hacia los sindicalistas.

**Discriminación por razón de edad***Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 13 de septiembre de 2011*

La cuestión litigiosa trata sobre el alcance discriminatorio de un artículo de un convenio colectivo de una compañía de aerolíneas alemana, en el que se prohibía expresamente a los pilotos trabajar a partir de los 60 años, cesando automáticamente en la relación de trabajo a partir de entonces. El argumento principal para esta limitación del tiempo de trabajo era que, a partir de esa edad, los pilotos pierden condiciones físicas, lo que obliga a retirarles del tráfico aéreo

en defensa de la seguridad de la tripulación, pasajeros y ciudadanos en general. La legislación internacional y nacional establecían restricciones (pero no prohibiciones) a que los pilotos desarrollaran su trabajo a partir de los 60 años.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que al fijar convencionalmente en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos de esta aerolínea ya no poseen capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad profesional, se impuso a estos pilotos un requisito desproporcionado en el sentido de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Y ello, en consonancia con la normativa nacional e internacional, que autorizan el ejercicio de dicha actividad, en determinadas condiciones, hasta los 65 años.

### [España]

**Doble escala salarial. No vulnera el derecho a la igualdad y a la no discriminación**

*Sentencia n.º 36/2011 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo*

El Tribunal Constitucional («TC») recuerda que el principio de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución («CE»), no implica en todos los casos un tratamiento igual, sino que podrán existir diferencias de trato en situaciones equivalentes cuando estén objetivamente justificadas y sean proporcionales a la finalidad perseguida.

En el supuesto de autos, la empresa decidió aplicar a los trabajadores de nueva contratación un sistema retributivo inferior (para adecuarse a una situación económica muy determinada). No obstante, tanto los trabajadores que continuaban con el antiguo sistema retributivo como los de nueva incorporación recibían remuneraciones por encima de las fijadas por el convenio colectivo de aplicación. De acuerdo con la interpretación del TC, este dato evidencia que la empresa acordó de manera unilateral abonar remuneraciones por encima de convenio colectivo.

El TC se remite a jurisprudencia anterior respecto al derecho de igualdad en materia retributiva, en la que declara que «la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales». En consecuencia, como lo que se reclama es una materia de legalidad ordinaria (mejora voluntaria) y tiene su origen en una decisión empresarial adoptada en ejercicio de la autonomía de la voluntad, considera finalmente el TC que no hay causa de discriminación.

**El nombramiento como administrador extingue, no suspende, la relación laboral precedente**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de mayo de 2011*

Se unifica la doctrina en esta sentencia acerca de la cuestión de si el cese de un administrador societario implica la reanudación de la relación laboral de carácter especial previa al nombramiento como administrador. El TS confirma la vigencia de la doctrina del vínculo, en virtud de la cual, «en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del consejo de administración de la sociedad, y de alta dirección» prevalece la naturaleza del vínculo, calificando en este caso la relación como mercantil.

Lo relevante de la sentencia es que el TS decide si el nacimiento del vínculo societario tiene el efecto de suspender o extinguir la relación especial de alta dirección. La sala se remite a la doctrina de su sentencia de 9 de diciembre de 2009, que determina que el nacimiento del vínculo societario supone la extinción del contrato previo laboral y el cese del derecho al percibo de la indemnización pactada en dicho contrato, salvo que exista norma colectiva o pacto individual que establezca lo contrario, algo que no ocurre en el supuesto enjuiciado.

**Vulneración del derecho de huelga**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de junio de 2011*

Se resuelve por la sala la demanda interpuesta por la representación de los trabajadores de una empresa en la que se solicita la tutela de los derechos de libertad sindical y huelga en un

contexto en el que, ante la falta de acuerdo en la mesa de negociación colectiva, los trabajadores convocan diversos paros parciales que culminan con la convocatoria de una huelga general.

A continuación, el consejero delegado de la empresa remitió una carta a los trabajadores en la jornada anterior a la prevista para la huelga general, en la que les advertía de las funestas consecuencias que se producirían para los trabajadores en el caso de llevarse a cabo la huelga, tales como la cancelación de contrato, despidos, etc.

La sala destaca la preeminencia de que goza el derecho de huelga por su más intensa protección en ciertos supuestos respecto a otros derechos, como puede ser el de las facultades de dirección del empresario, las cuales, sin embargo, tampoco justifican la emisión de un comunicado dirigido a los trabajadores que se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga. La sentencia declara que el comunicado mencionado vulnera el derecho de huelga de los trabajadores.

**Son improcedentes los despidos por causas objetivas de los trabajadores incluidos en un ERE de suspensión**

*Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco, Sala de lo Social, de 2 de mayo de 2011*

Se confirma por el Tribunal Superior de Justicia («TSJ») del País Vasco la sentencia que declaró la improcedencia de los despidos objetivos acordados, por considerar que las extinciones respondían a una mera conveniencia empresarial. El TSJ declaró la improcedencia de los despidos de los demandantes. Afirma el TSJ que los despidos analizados se produjeron en un periodo en el ERE de suspensión continuaba vigente. Asimismo, el TSJ da mucha relevancia al pacto por el que se acordaron las condiciones del ERE entre la empresa y los trabajadores, por lo que lo razonable era esperar al vencimiento del plazo de suspensión acordado y, posteriormente, proceder a llevar a cabo medidas más drásticas si la situación no mejoraba. Como elemento añadido, el TSJ argumenta que la supuesta necesidad de la amortización no concuerda con el hecho de que, tras unos tres meses aproximadamente, se ofertara en la página web de la empresa la contratación de personal.

**Despido colectivo. Extinciones computables**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 2010*

En el presente caso, la empresa llevó a cabo numerosos despidos disciplinarios con anterioridad a la extinción por causas objetivas objeto del litigio. El actor argumentaba que, debido al elevado número de extinciones casi consecutivas, la empresa tendría que haber seguido el procedimiento de despido colectivo, por cuanto, de conformidad con el párrafo 4.º del artículo 51.1 ET, a los efectos del cómputo del número de extinciones para instar un despido colectivo, se tendrán en cuenta las extinciones producidas en virtud de otros motivos inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) ET, siempre que sean superiores a cinco.

La conclusión de la sala es que, además de los despidos objetivos, a los efectos del cómputo numérico del despido colectivo deben computarse los despidos disciplinarios improcedentes (tanto los declarados judicialmente como los reconocidos por el propio empresario). Y no se deberían computar los despidos procedentes, ni las bajas voluntarias ni tampoco evidentemente aquellas extinciones de los contratos que lo fueran al amparo del art 49.1 c) del ET.

En el caso de autos, la empresa no fue capaz de probar que los despidos disciplinarios que realizó con anterioridad al enjuiciado fueron procedentes, siendo suya la carga de la prueba.

Por ello, el TSJ considera tales extinciones improcedentes, y como quiera que se produjeron en el periodo de 90 días anteriores, las computa a efectos de los umbrales del despido colectivo, lo que conlleva, en consecuencia, la declaración de nulidad del despido del actor.

**Mobbing subjetivo, burn out y mobbing contra la persona del trabajador**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2010*

Más allá de por la resolución del caso en concreto, al que se hace referencia más adelante, el interés de esta sentencia radica en la delimitación conceptual entre los conceptos de *mobbing* o acoso laboral, *burn out* o «síndrome del quemado» o el *mobbing* subjetivo.



Según el TSJ, el *mobbing* se define como una conducta abusiva o de violencia psicológica a la que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen su dignidad o integridad psíquica y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo.

Pues bien, para la apreciación de *mobbing* se requiere la concurrencia de determinados componentes objetivos (sistematicidad en la presión, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y gravedad) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado del destinatario). Estos elementos sirven para diferenciar el *mobbing* de otras figuras afines como son el «síndrome del quemado» o *burn out* (caracterizado por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional), o el *mobbing* subjetivo o falso (en el que las percepciones del trabajador no se corresponden con los datos presentes en el desarrollo de su actividad laboral).

De esta manera, mientras que mediante el *mobbing* se agreden derechos fundamentales de la persona, estas otras situaciones se limitan a comprometer estrictos derechos laborales.

En el supuesto analizado en los autos, se plantea un posible *mobbing* sufrido por el jefe de administración de una empresa de la que era consejero delegado el hermano del trabajador. Este puesto había sido desempeñado por el actor hasta alcanzarse un acuerdo judicial en el que se establecieron sus nuevas funciones. La sala no aprecia la existencia de *mobbing* (por ausencia absoluta de los elementos que lo definen), entendiéndolo que la situación se podría encajar mejor en un *mobbing* subjetivo. El argumento del TSJ es básicamente que la modificación de las funciones del actor, el encontrarse bajo el poder de dirección de su propio hermano, así como otras circunstancias, probablemente habrían abonado la percepción deformada de la realidad por parte del actor.

### [Portugal]

*Acórdão de 11 de Abril de 2011 (processo n.º 371/09.3TTOAZ.P1) – Tribunal da Relação do Porto*

O artigo 36.º do Código do Trabalho de 2003, que regula a licença por paternidade, estatui que o pai tem direito a licença por paternidade caso tenha havido uma decisão conjunta dos pais.

#### **3 · Licença por paternidade - Inexistência de direito ao gozo de licença por paternidade nos casos em que a progenitora é trabalhadora independente**

A questão sobre a qual se debruçou o Tribunal da Relação do Porto no Acórdão em análise consistia em saber se um trabalhador com contrato de trabalho subordinado podia gozar a licença por paternidade, sendo a mãe do seu filho trabalhadora independente.

O Tribunal entendeu que, sendo a mãe trabalhadora independente, o pai não podia gozar a licença de paternidade nos termos daquele artigo do Código do Trabalho, uma vez que o regime aí previsto aplica-se exclusivamente aos trabalhadores subordinados apenas quando ambos os progenitores estão vinculados a entidade empregadora por meio de contrato de trabalho.

O Tribunal entendeu que tal interpretação do disposto no citado artigo 36.º do Código do Trabalho não contende com o princípio da igualdade, na medida em que o legislador terá querido conferir uma protecção mais intensa aos trabalhadores assalariados face aos trabalhadores independentes em matéria de licença parental.

*Acórdão de 2 de Maio de 2011 (processo n.º 475/09.2TTLMG.P1) – Tribunal da Relação do Porto*

O Tribunal da Relação do Porto decidiu que, tendo o empregador convidado o trabalhador a retomar o trabalho, em resposta a uma carta deste em que reclamava o pagamento de indemnização por despedimento ilícito, a falta de resposta do trabalhador não pode ser interpretada, sem mais, como uma recusa a prestar trabalho.

**4 · Ilícitude do despedimento - convite à reintegração - recusa de prestação de trabalho - ausência de abuso do direito**

Assim, desconhecendo-se a razão do silêncio do trabalhador, tal comportamento omissivo não equivale a abuso de direito por parte do trabalhador se este continuar a exigir do empregador o pagamento das retribuições vencidas e vincendas que lhe são devidas por ter sido ilicitamente despedido.

*Acórdão de 4 de Maio de 2011 (processo n.º 444/06.4TTSNT.L1.S1) – Supremo Tribunal de Justiça*

No âmbito de um processo de impugnação de despedimento, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que o trabalhador ilicitamente despedido não tem direito a receber a indemnização por antiguidade se, entre a data do início do processo e o momento da prolação da sentença, tal trabalhador tiver passado à situação de reforma. Tal entendimento decorre do facto de a passagem à situação de reforma acarretar a caducidade do contrato de trabalho.

**5 · Reforma - Inexistência do direito a indemnização por antiguidade no caso de o contrato ter caducado na pendência de acção de impugnação de despedimento**

No caso em análise, o trabalhador apenas tem direito às retribuições que teria auferido desde a data do despedimento até à data da reforma (deduzindo-se, nos termos gerais, os montantes que tenha comprovadamente obtido com a cessação do contrato e que não receberia se não tivesse ocorrido o despedimento e deduzindo-se ainda o valor do subsídio de desemprego auferido pelo trabalhador).

## MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

##### Marítimo. Investigación de accidentes

*Reglamento de Ejecución (UE) 651/2011 de la Comisión de 5 de julio de 2011 por el que se adopta el reglamento interno del marco de cooperación permanente establecido por los Estados miembros en colaboración con la Comisión de conformidad con el artículo 10 de la Directiva 2009/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 177 de 6 de julio de 2011)*

El objeto del presente Reglamento es el establecimiento de un marco de colaboración permanente para la investigación de accidentes en el sector del transporte marítimo que permita a los organismos de investigación de los Estados miembros así como a la Agencia Europea de Seguridad Marítima colaborar entre sí.

Cada Estado miembro dotado de un organismo de investigación designará un representante de dicho organismo como miembro del marco de colaboración permanente para la investigación de accidentes en el sector del transporte marítimo que estará autorizado para debatir, celebrar acuerdos y elegir las mejores modalidades de colaboración de conformidad con las normas de participación y organización establecidas en el anexo de este reglamento.

##### Terrestre. Seguridad ferroviaria

*Reglamento (UE) 445/2011 de la Comisión de 10 de mayo de 2011 relativo a un sistema de certificación de las entidades encargadas del mantenimiento de los vagones de mercancías y por el que se modifica el Reglamento (CE) 653/2007 (DOUE L 122 de 11 de mayo de 2011)*

El presente Reglamento establece un sistema de certificación de las entidades encargadas del mantenimiento de los vagones de mercancías, con arreglo al artículo 14 bis de la Directiva 2004/49/CE.

La comentada norma armoniza los requisitos y los métodos de evaluación de la capacidad de las entidades encargadas del mantenimiento de los vagones de mercancías en la Unión Europea a fin de garantizar que estos vagones estén en condiciones de funcionar de manera segura. Se implementa un sistema que permite a los organismos de certificación controlar a las entidades certificadas encargadas del mantenimiento en toda la Unión Europea. La Agencia Ferroviaria Europea será el organismo encargado a supervisar el desarrollo del sistema de certificación.

Para asegurar la continuidad en la prestación de servicios de transporte ferroviario de mercancías, se establece un período transitorio durante el cual las autoridades nacionales de seguridad deben prestar especial atención a la equivalencia y coherencia de las diferentes prácticas de certificación.

##### Aéreo. Control del tráfico

*Reglamento (UE) 677/2011 de la Comisión de 7 de julio de 2011 por el que se establecen disposiciones de aplicación de las funciones de la red de tránsito aéreo (ATM) y modifica el Reglamento (UE) 691/2010 (DOUE L 185 de 15 de julio de 2011)*

El presente Reglamento viene a materializar lo previsto en el Reglamento (UE) 549/2004, por el que se fija el marco para la creación del cielo único europeo y el Reglamento (UE) 551/2004, relativo a la organización y utilización del espacio aéreo en el cielo único europeo, a través de la creación de un Gestor de la Red que desempeñe las tareas de coordinación y de ejecución de las funciones de la red de gestión del tránsito aéreo (ATM), previstas en el Reglamento (CE)

\* Esta sección está coordinada por Tomás Fernández-Quirós y Julio López Quiroga, y en su elaboración han participado Michel Nielsen, Luz Martínez de Azcoitia, Candela Zarauza, Miguel Fraga, Hannah de Bustos y M<sup>a</sup> João Rodrigues Dias del Grupo de Coordinación de Marítimo, Transporte y Logística de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

551/2004, y regule la gestión de la afluencia del tránsito aéreo (ATFM). Así, se modifica el Reglamento (UE) número 691/2010 con el fin de que esté en consonancia con la creación de esta nueva entidad reguladora.

Este Reglamento es de aplicación a los Estados miembros, sin perjuicio de su soberanía sobre el espacio aéreo y de sus necesidades en lo que respecta al orden público, la seguridad pública y los asuntos de defensa.

#### **Aéreo. Control del tráfico**

*Reglamento (UE) 805/2011 de la Comisión de 10 de agosto de 2011 por el que se establecen normas detalladas para las licencias y determinados certificados de los controladores de tránsito aéreo en virtud del Reglamento (CE) 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 206 de 11 de agosto de 2011)*

Esta disposición establece las normas y requisitos comunes que deben guiar a las autoridades o entidades competentes en cada Estado miembro para la expedición y, en su caso, suspensión y revocación de las licencias de controlador de tránsito aéreo (así como de las correspondientes habilitaciones y anotaciones) y de las organizaciones de formación de estos. De esta forma, el titular de una licencia podrá prestar aquellos servicios de control de tránsito aéreo conforme a las habilitaciones (de control de aeródromo visual —ADV— o por instrumentos —ADI—, de control de aproximación por procedimientos —APP—, etc.) y anotaciones (de habilitación, de unidad, de idioma o de instructor) consignadas en aquella licencia.

Las licencias expedidas por un Estado miembro de conformidad con lo establecido en este Reglamento habrán de ser reconocidas en los demás Estados miembros.

### **[España]**

#### **Marítimo. Escala de buques**

*Orden FOM/1194/2011, de 29 de abril, por la que se regula el procedimiento integrado de escala de buques en los puertos de interés general (BOE de 13 de mayo de 2001)*

La presente Orden tiene por objeto integrar los procedimientos de solicitud de escala, asignación de atraque y de despacho de buques en los puertos españoles de interés general, así como regular la gestión del documento único de escala (DUE) y la información en él contenida.

En síntesis, se trata de integrar en un solo procedimiento la tramitación de los documentos que han de presentar los agentes consignatarios de los buques civiles ante las autoridades portuarias y las capitanías marítimas.

#### **Marítimo. Seguridad marítima**

*Real Decreto 799/2011, de 10 de junio, por el que se establecen las obligaciones que incumben al Ministerio de Fomento en materia de seguridad marítima y prevención de la contaminación marina sobre buques españoles (BOE de 11 de marzo de 2011)*

Este Real Decreto, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2009/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado de abanderamiento, concreta las obligaciones asumidas por el Ministerio de Fomento respecto de su actividad inspectora a través de la Dirección General de la Marina Mercante, capitanías y distritos marítimos, que deben velar por el cumplimiento de las normas y reglamentaciones relativas a las condiciones operativas de los buques abanderados en España.

Asimismo, se impone a la Dirección General de la Marina Mercante ciertas normas de ordenación y contenido de sus registros de buques.

#### **Marítimo. Investigación de accidentes**

*Real Decreto 800/2011, de 10 de junio, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes marítimos y la Comisión permanente de investigación de accidentes e incidentes marítimos (BOE de 11 de junio de 2011)*

El presente Real Decreto, que traspone parte de la Directiva 2009/18/CE, tiene por finalidad dotar de más agilidad a la Comisión y mayor rigor en su funcionamiento en cuanto a la

investigación de accidentes marítimos, toda vez que la entrada en vigor de la regla 6 del capítulo XI-1 del anexo del Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (SOLAS, 1974/1978) ha pasado a ser una norma de obligado cumplimiento. Como consecuencia de ello, cada administración investigará los siniestros marítimos de acuerdo con lo establecido en dicho convenio y en el código de normas internacionales y prácticas recomendadas adoptado por el Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional.

El objeto del presente Real Decreto es mejorar la seguridad marítima y la prevención de la contaminación por los buques para reducir el riesgo de accidentes marítimos futuros, así como establecer la composición y las reglas de funcionamiento de la comisión permanente de investigación de accidentes e incidentes marítimos.

Resulta de aplicación a accidentes marítimos que afecten a (i) buques civiles de pabellón español, (ii) buques civiles extranjeros que se produzcan en mar territorial o aguas interiores de España (tal y como se definen en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar), o (iii) accidentes que ocurran fuera del mar territorial español cuando España tenga intereses de consideración.

#### **Marítimo. Sociedades de clasificación**

*Real Decreto 877/2011, de 24 de junio, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima (BOE de 25 de junio de 2011)*

El presente Real Decreto transpone la Directiva 2009/15/CE y deroga el Real Decreto 90/2003 que, a su vez, incorporaba al derecho español la Directiva 2001/105/CE.

Su objeto es el de (i) establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir las sociedades de clasificación de buques para ser reconocidas por la Comisión Europea y ser autorizadas por la administración marítima para efectuar en su nombre las funciones de inspección, reconocimiento y certificación de los buques de su propio pabellón, (ii) regular el procedimiento de autorización y revocación y (iii) determinar las obligaciones, responsabilidades y limitaciones asumidas por las organizaciones autorizadas.

Entró en vigor el 26 de junio de 2011 y concede a las sociedades de clasificación autorizadas con anterioridad a esta fecha un plazo de dos años para adecuarse a las condiciones en él establecidas.

#### **Marítimo. Embargo preventivo de buques**

*Real Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico (BOE de 30 de agosto de 2011)*

El citado Real Decreto-ley (convalidado mediante Resolución de 15 de septiembre de 2011), cuya entrada en vigor está prevista para el 28 de marzo de 2012 (excepto respecto de aquellas disposiciones que afectan al dominio público hidráulico, en vigor desde el día siguiente a su publicación en el *BOE*), incluye una nueva disposición final vigésima sexta en nuestra Ley ritaria civil respecto del embargo preventivo de buques. Desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 12/2011, esta medida cautelar pasará a regularse por lo dispuesto en el Convenio internacional sobre embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, independientemente del pabellón que enarbore el buque objeto del embargo preventivo.

Asimismo, deroga la Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques, que fue dictada en desarrollo del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques, hecho en Bruselas, el 10 de mayo de 1952, denunciado por España y que dejará de ser aplicable desde el 28 de marzo de 2012. Esta es, precisamente, la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad que da lugar a la aprobación del Real Decreto-ley.

**Terrestre. Seguridad ferroviaria** *Real Decreto 641/2011, de 9 de mayo, por el que se modifica el Reglamento sobre seguridad en la circulación de la Red Ferroviaria de Interés General, aprobado por Real Decreto 810/2007, de 22 de junio (BOE de 10 de mayo de 2011)*

Mediante el presente Real Decreto se incorpora al derecho español la Directiva 2008/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2004/49/CE sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios.

Este Real Decreto modifica el Real Decreto 810/2007 por el que se aprueba el Reglamento sobre seguridad en la circulación de la Red Ferroviaria de Interés General en determinados aspectos, entre otros, los relativos a su ámbito de aplicación y a los certificados de seguridad. Asimismo, la norma comentada añade un nuevo título sobre el mantenimiento de los vehículos al citado Reglamento sobre seguridad.

**Terrestre. Carta de porte CMR electrónica** *Instrumento de Adhesión de España al Protocolo Adicional al Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), relativo a la carta de porte electrónica, hecho en Ginebra el 20 de febrero de 2008 (BOE de 14 de julio de 2011)*

El Protocolo de Ginebra de 2008 al Convenio CMR tiene por finalidad disciplinar la emisión y utilización, en el ámbito de aplicación al que se refiere dicho texto internacional, de la carta de porte electrónica. La carta de porte emitida mediante comunicación electrónica tendrá la misma fuerza probatoria y producirá iguales efectos que la carta de porte referida en el Convenio CMR, es decir, a aquélla que se expide en soporte papel. A tales efectos, la carta de porte electrónica habrá de certificarse mediante una firma electrónica o mediante cualquier otro procedimiento de certificación electrónica que prevea la legislación del Estado de elaboración de aquel documento.

Además de la carta de porte, el Protocolo de Ginebra de 2008 determina que también podrán efectuarse por comunicación electrónica cualquier solicitud, instrucción, declaración o reserva que, en ejecución del contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, hayan de realizar las partes.

**Aéreo. Aeropuertos** *Orden FOM/1525/2011, de 7 de junio, por la que se acuerda el inicio del ejercicio efectivo de funciones y obligaciones en materia de gestión aeroportuaria por «Aena Aeropuertos, SA» (BOE de 8 de junio de 2011)*

En cumplimiento de lo establecido en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 13/2010, en el que, entre otras medidas, se establece el nuevo régimen de gestión aeroportuaria y se dispone la creación de Aena Aeropuertos, S.A. (que fue autorizada por acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2011), la presente Orden tiene por finalidad declarar, con efecto desde el 8 de junio de 2011, el inicio del efectivo ejercicio de las obligaciones y funciones de gestión aeroportuaria por parte de dicha mercantil. Aena Aeropuertos, S.A., además, queda subrogada, desde el 1 de junio de 2011, en los contratos laborales del personal de AENA que, hasta entonces, venía prestando servicios en las unidades referidas en el anexo a la comentada Orden, así como en los demás contratos y negocios relacionados con la actividad aeroportuaria.

No obstante, algunas actividades quedan excluidas del ámbito de dicha gestión como, por ejemplo, la facilitación y coordinación de los *slots* aeroportuarios, que seguirá siendo asumida por la entidad pública empresarial AENA.

**Aéreo. Aeropuertos** *Orden FOM/2086/2011, de 8 de julio, por la que se actualizan las normas técnicas contenidas en el Anexo al Real Decreto 862/2009, de 14 de mayo, por el que se aprueban las normas técnicas de diseño y operación de aeródromos de uso público y se regula la certificación de los aeropuertos de competencia del Estado (BOE de 26 de julio de 2011)*

Con motivo de las enmiendas adoptadas por la Organización Internacional de la Aviación Civil (OACI) al anexo 14 («Aeródromos») al Convenio de Chicago sobre la Aviación Civil Internacional, mediante esta Orden se modifica, sustituyéndolo, el anexo al Real Decreto 862/2009. Con carácter general, y con excepción de aquellos aeródromos aún no certificados a los que se

refiere la disposición transitoria primera del Real Decreto 862/2009, se establece un plazo de hasta el 31 de diciembre de 2013 para que los aeródromos de uso público se adapten a estas nuevas previsiones.

**Aéreo. Aeropuertos** *Real Decreto 1150/2011, de 29 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 2858/1981, de 27 de noviembre, sobre calificación de aeropuertos civiles (BOE de 31 de agosto de 2011)*

En virtud del presente Real Decreto se modifican los criterios, establecidos en el Real Decreto 2858/1981, para la calificación de un aeropuerto o helipuerto como de interés general, cualquiera que fuere su titular. La finalidad de tal modificación es permitir que en aeropuertos de competencia autonómica puedan realizarse vuelos internacionales sin que, por tal motivo, hayan de calificarse estas infraestructuras como de interés general (como ocurría al amparo de la disposición modificada).

Por tanto, y conforme a este Real Decreto, tendrán la consideración de aeropuertos de interés general aquellos calificados como tal por el Ministro de Fomento, previo informe y acuerdo a los que se refiere el Real Decreto-ley 12/1987, de 27 de abril, en los que concurra alguno de los siguientes requisitos: (a) que, por la importancia de su tráfico, se integren en la red transeuropea de aeropuertos como componentes internacionales o comunitarios de la misma; (b) aquellos cuya gestión conjunta resulte necesaria para garantizar el correcto funcionamiento de la red común de transporte en todo el territorio del Estado; (c) que puedan incidir sustancialmente en la ordenación del tránsito aéreo, la estructura del espacio aéreo y su control; (d) que sean de interés para la defensa nacional; o, (e) que constituyan la parte civil de los aeródromos de utilización conjunta civil y militar.

**Aéreo. Aeropuertos** *Real Decreto 1189/2011, de 19 de agosto, por el que se regula el procedimiento de emisión de los informes previos al planeamiento de infraestructuras aeronáuticas, establecimiento, modificación y apertura al tráfico de aeródromos autonómicos, y se modifica el Real Decreto 862/2009, de 14 de mayo, por el que se aprueban las normas técnicas de diseño y operación de aeródromos de uso público y se regula la certificación de los aeropuertos de competencia del Estado, el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de servidumbres aeronáuticas y el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la ordenación de los aeropuertos de interés general y su zona de servicio, en ejecución de lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 25 de agosto de 2011)*

Con la finalidad de preservar aquellas competencias de la Administración del Estado que inciden en las asumidas, en materia aeroportuaria, por las comunidades autónomas en sus respectivos estatutos de autonomía, el artículo 9.2 de la Ley de Seguridad Aérea establece unos mecanismos de coordinación entre ambas administraciones. El procedimiento que ha de seguirse para procurar dicha coordinación es objeto de desarrollo en este Real Decreto.

Así, con carácter general, las actuaciones de las comunidades autónomas que tengan por objeto la construcción, modificación o apertura de un aeródromo deberán ser objeto de previo informe que, con carácter vinculante, ha de emitir la Secretaría de Estado de Transportes. En el caso de helipuertos de competencia autonómica, será la Dirección General de Aviación Civil quien emita el preceptivo certificado de compatibilidad.

Asimismo, este Real Decreto sustituye el Reglamento de certificación y verificación de aeropuertos y otros aeródromos de uso público, anteriormente incluido en el Real Decreto 862/2009. Conforme a este nuevo Reglamento, los gestores de aeropuertos deberán obtener de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea la correspondiente certificación del aeropuerto. A tales efectos, tienen la consideración de aeropuertos aquellos aeródromos que presten servicios al tráfico aéreo comercial, tengan establecidos procedimientos de aproximación o de salida por instrumentos, tengan una pista pavimentada de 800 o más metros o se utilicen en exclusiva para helicópteros y gestionen más de 10.000 pasajeros o más de 850 movimientos de mercancía al año. Los demás aeródromos de uso público que no cumplan los mencionados requisitos, incluso los de competencia autonómica, deberán ser objeto de una resolución favorable de verificación que ha de expedir la Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

**Aéreo. Tasas aeroportuarias**

*Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena (BOE de 30 de agosto de 2011)*

La Ley 1/2001, de 4 de marzo, incorpora el título VI a la Ley de Seguridad Aérea relativo a los ingresos de los gestores de aeropuertos. En esta regulación, y en cumplimiento de la Directiva 2009/12/CE relativa a las tasas aeroportuarias, se prevé un procedimiento de consulta y supervisión, previo a la modificación y actualización de tales ingresos, en el que adquiere un especial protagonismo la denominada Autoridad Estatal de Supervisión, designándose allí, como tal, a la Dirección General de Aviación Civil. Mediante esta disposición, se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, con la naturaleza de organismo regulador del transporte aéreo en materia de tarifas aeroportuarias. Esta Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria viene a sustituir a la Dirección General de Aviación Civil como Autoridad Estatal de Supervisión.

Además, mediante la disposición comentada se viene a establecer que el régimen de negociación, contratación y régimen jurídico del personal de la entidad pública empresarial AENA que no tenga la condición de controlador de tránsito aéreo será aquel que se estableciese para el personal de Aena Aeropuertos, S.A.

**[Portugal]****Sector do Transporte Público Rodoviário de Mercadorias: Cancelamento de Matrícula**

*Decreto-Lei n.º 82/2011 (DR 117 1.ª série de 2011-06-20)*

O Decreto-Lei n.º 82/2011, de 20 de Junho de 2011 («Decreto-Lei 82/2011») aprova o regime do cancelamento temporário de matrícula de veículos pesados de mercadorias afectos ao transporte público.

Com esta medida permite-se o cancelamento temporário da matrícula quando (i) o veículo tenha sido objecto de candidatura a incentivo ao abate, no âmbito do Programa de Investimentos e Despesas de Desenvolvimento da Administração Central (PIDDAC), enquanto o respectivo processo se encontre pendente; e quando (ii) por falta de serviço, o veículo esteja imobilizado, com a duração máxima de 24 meses.

O regime descrito pretende evitar que as empresas de transporte público rodoviário de mercadorias suportem determinados custos, como a taxa de cancelamento de matrícula e, no caso de reposição de matrícula, da respectiva taxa e inspecção extraordinária.

Para os efeitos descritos, o DL 82/2011 adita o artigo 119.º-A ao Código da Estrada, entrando em vigor a 5 de Julho de 2011.

**Sistema Portuário dos Açores**

*Decreto Legislativo Regional n.º 24/2011/A (DR 160 1.ª série de 2011-08-22)*

O Decreto Legislativo Regional n.º 24/2011/A, de 22 de Agosto de 2011 («DLR 24/2011/A»), aprova o novo sistema portuário dos Açores e disciplina a fusão, por incorporação, das três Administrações Portuárias Regionais (Administração dos Portos das Ilhas de São Miguel e Santa Maria, S. A., Administração dos Portos da Terceira e Graciosa, S. A. e Administração dos Portos do Triângulo e do Grupo Ocidental, S. A.) na Portos dos Açores, SGPS, S.A. (que altera a sua denominação para Portos dos Açores, S.A. na sequência da fusão e em função das competências operacionais e de gestão dos portos que assume nesta reestruturação).

A fusão descrita tem como propósito a promoção de uma adequada gestão dos recursos financeiros e humanos existentes e é permitida pelo nível de integração do sistema portuário regional verificado. Não obstante, as especificidades das diferentes ilhas e das suas infra-estruturas portuárias ditam que a fusão seja acompanhada pela criação de três direcções-gerais, destinadas a garantir a continuidade das áreas de jurisdição portuária já consolidadas e a sua gestão desconcentrada.

O DLR 24/2011/A entrou em vigor a 23 de Agosto de 2011.



**Reglamento da  
Mobilidade Eléctrica***Regulamento n.º 464/2011 (DR 148 2.ª série de 2011-08-03)*

O regime jurídico da mobilidade eléctrica, vertido no Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de Abril de 2010 («DL 39/2010»), prevê a aprovação —que ora se efectiva com o Regulamento n.º 464/2011— do Regulamento da Mobilidade Eléctrica pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos («ERSE»).

Assim, o Regulamento da Mobilidade Eléctrica vem fixar as regras aplicáveis ao exercício da actividade de mobilidade eléctrica abrangida pela regulação da ERSE, nomeadamente quanto ao cálculo das tarifas a aplicar pelo gestor de operações da rede de mobilidade eléctrica aos comercializadores de electricidade para a mobilidade eléctrica, assegurada através do pagamento de contrapartidas suportadas pelos utilizadores de veículos eléctricos.

Para o efeito, o Regulamento da Mobilidade Eléctrica incide sobre a determinação dos sujeitos intervenientes na rede de mobilidade eléctrica e o seu relacionamento comercial, a fixação dos proveitos, tarifas reguladas e preços, bem como sobre a gestão de informação e a qualidade de serviço.

**MEDIO AMBIENTE\*****1 · LEGISLACIÓN****[España]****Residuos y suelos  
contaminados***Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (BOE de 29 de julio de 2011)*

La Ley 22/2011 transpone la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos. Entró en vigor el 30 de julio de 2011 y ha sustituido a la hasta ahora vigente Ley 10/1998. La Ley también deroga el capítulo VII sobre régimen sancionador y la disposición adicional quinta de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases. Las novedades introducidas por esta Ley 22/2011 son numerosas; a continuación describimos algunas de ellas:

En primer lugar, incorpora una nueva jerarquía en materia de producción y gestión de residuos, priorizando, por este orden, la prevención, la preparación para la reutilización, el reciclado, otros tipos de valorización (incluida la valorización energética) y en último lugar la eliminación de residuos.

Por otro lado, la Ley 22/2011 elimina el concepto de «residuo urbano», introducido por la derogada Ley 10/1998, distinguiendo únicamente entre residuos domésticos, comerciales e industriales. Los entes locales solo tendrán la obligación de gestionar los residuos domésticos generados en hogares, comercios y servicios, sin que la gestión del resto de residuos deba considerarse como un servicio local obligatorio.

Además, siguiendo las pautas de la Directiva 2008/98/CE, y acogiendo los criterios de la jurisprudencia comunitaria, la Ley 22/2011 introduce por primera vez en nuestro ordenamiento el concepto de «subproducto» (artículo 4) y de «fin de condición de residuo» (artículo 5), con la finalidad de dar una mayor seguridad jurídica al aprovechamiento de materiales y productos que no deben ser considerados residuos, pero respecto de los que existía un vacío normativo.

\* Esta sección de Derecho de Medio Ambiente ha sido coordinada por Daniel Vázquez García, y en su elaboración han participado Jesús Andrés Sedano Lorenzo, Álvaro Díaz-Guardamino, Esther Lumbreras Sancho y Jara Evangelio Oñoro, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

Otra de las novedades destacables de la Ley 22/2011 es que simplifica las cargas administrativas sobre los operadores, al sustituir parte de las autorizaciones existentes en la anterior normativa por una comunicación previa al inicio de la actividad. Sin embargo, sí quedan sometidas al régimen de autorización tanto las instalaciones donde vayan a desarrollarse operaciones de tratamiento de residuos (valorización y eliminación de residuos, incluida el almacenamiento en el ámbito de la recogida en espera de tratamiento) como, por su parte, aquellos operadores, sean personas físicas o jurídicas, que pretendan realizar una actividad de tratamiento de residuos.

Otra novedad importante de la Ley 22/2011 es la sistematización, siguiendo las directrices de la Directiva 2008/98/CE, del régimen de «responsabilidad ampliada del productor», desarrollando en cierta medida el régimen existente hasta la fecha, aunque no de forma exhaustiva.

En lo relativo al régimen jurídico de suelos contaminados, aunque se mantiene el régimen anterior, existen ahora aspectos de destacada relevancia. Así, en primer lugar, es necesario destacar que esta Ley incluye la posibilidad de realizar una «recuperación voluntaria de suelos» sin que sea necesaria la previa declaración de un suelo como contaminado. De acuerdo con esta posibilidad, los operadores jurídicos que deseen descontaminar un suelo de manera voluntaria deberán presentar un proyecto de descontaminación ante la Administración competente, que deberá aprobarlo.

En segundo lugar, altera del orden de sujetos responsables de las labores de limpieza y descontaminación de un suelo contaminado, manteniendo al contaminador en primer lugar, pero relegando al poseedor al tercer y último lugar por detrás del propietario del suelo contaminado.

Por otro lado, la nueva Ley de residuos establece que serán responsables solidarios o subsidiarios de las obligaciones pecuniarias de descontaminación que resulten de la norma los sujetos que se recogen en el artículo 13 de la Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental, en referencia, entre otros, a los administradores de hecho o de derecho de aquellas entidades que hubieran realizado una actividad contaminadora. Asimismo, la recuperación de los suelos contaminados no podrá exigirse por encima del uso al que estuviera asociado el suelo en el momento de producirse la contaminación por el causante.

Además, se crea el inventario estatal de suelos contaminados elaborado por el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino. Dicho inventario se elaborará a partir de otros inventarios elaborados y remitidos por las Comunidades Autónomas con información acerca de los suelos declarados como contaminados.

Finalmente, por lo que respecta al régimen sancionador, se han ampliado las cuantías de las sanciones y se ha introducido la obligación de reparación de los daños causados al medio ambiente de acuerdo con lo establecido en la Ley de responsabilidad ambiental.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Delito ambiental. Vertederos. Grave peligro para la salud por la actividad contaminante derivada de la deficiente explotación de vertedero municipal sito en la cabecera del barranco de un río**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.ª, de 9 de diciembre de 2010*

La Audiencia Provincial de Castellón condena al administrador de la empresa gestora de un vertedero como autor responsable de un delito contra el medio ambiente, en la modalidad prevista en el artículo 325 del Código Penal. Por su parte, el alcalde del municipio donde se ubicaba el vertedero fue absuelto de todos los cargos que se le imputaban.

El vertedero se encontraba en la cabecera de un barranco próximo al cauce del río Belcaire. El vertedero carecía de impermeabilización en su fondo, de canalización de aguas pluviales y de sistema de recogida de lixiviados. Debido a la gran cantidad de residuos acumulados y a la gestión incontrolada de estos se produjo el proceso conocido como metanogénesis, consistente en la producción de gases fruto de la descomposición y fermentación de la materia orgánica que origina combustiones espontáneas internas, incluso con peligro de explosión. Desde el verano

de 1999 se producían prácticamente a diario emisiones, altamente peligrosas, de dioxinas y subproductos derivadas de las combustiones incompletas y susceptibles de ser transportados por el viento a grandes distancias. Tales emisiones fueron transportados por las distintas corrientes de aire hasta alcanzar una población cercana. Además de lo anterior, el contacto de los residuos con las aguas pluviales y los fluidos ocasionados por los procesos de descomposición de las sustancias orgánicas generaron lixiviados que se acumulaban en los terrenos con baja permeabilidad en forma de charcos o balsas que alcanzaban al cauce de un río, detectándose sustancias con efectos perniciosos para los seres vivos.

La Audiencia Provincial señala, en primer lugar, que los hechos enjuiciados deben ser analizados de acuerdo con el artículo 325 y no conforme al 328 del Código Penal, y ello porque el artículo 8.4 del citado Código establece que cuando un hecho sea susceptible de ser calificado conforme a dos preceptos distintos, en todo caso, debe optarse por el tipo delictual con una pena mayor.

Para corroborar tal afirmación, el tribunal entendió que los hechos probados eran, además, constitutivos de un delito tipificado en el artículo 325 CP. En efecto, al parecer del tribunal concurrían todos y cada uno de los elementos del tipo que la consolidada doctrina jurisprudencial ha definido sobre el citado artículo. Tales requisitos son los siguientes:

- (i) que exista un acto de contaminación;
- (ii) que tal acto cree una situación de peligro para el bien jurídico protegido;
- (iii) que con la conducta realizada se vulnere una norma extrapenal; y
- (iv) que exista una actuación dolosa.

En cuanto al primer requisito, los demandados cuestionaron la existencia de un vertido contrario al ordenamiento penal. Este aspecto fue solventado por la Audiencia Provincial acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, que define el concepto jurídico de vertido como todo acto imputable a una persona por el cual, directa o indirectamente, se introduce en las aguas objeto de protección por la Directiva Comunitaria 76/464 CEE una serie de sustancias peligrosas. Asimismo, la Audiencia Provincial recuerda que, aunque el cauce del río cercano estuviese seco, sigue siendo parte integrante del dominio público hidráulico de acuerdo con el artículo 2.b) de la Ley de aguas.

En segundo lugar, era necesario que el acto imputado creara una situación de riesgo de grave para el bien jurídico protegido. En este sentido, la Audiencia subraya que no basta con la infracción de una disposición administrativa para apreciar este requisito. Todo lo contrario, es necesario para ello la creación de un riesgo de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales y para la salud de las personas. Y este grave perjuicio solo aparece cuando se dé una superación de los valores límite o intolerables que produzca una grave alteración a la salud de las personas y a las condiciones del ecosistema. Asimismo, la sentencia señala que es el informe pericial técnico el que establezca los criterios de peligrosidad necesarios para apreciar este requisito del tipo y no así el criterio del juez de instancia.

A la hora de valorar el tercer elemento del tipo, relativo a la infracción de la norma extrapenal, el tribunal consideró vulneradas normas de sobre residuos y tratamiento de residuos. Tales vulneraciones fueron apreciadas de oficio por la Audiencia Provincial de acuerdo con el principio *iura novit curia*.

Finalmente, la Audiencia Provincial apreció dolo, al menos en su forma eventual, en la actuación del administrador, pues el acusado conocía el pliego de condiciones a los que se encontraba sometida la actividad contratada y era consciente del eventual riesgo generado por la gestión que realizaba de los residuos. Dicho elemento subjetivo es corroborado por el hecho de que se siguiese un expediente sancionador por la Confederación Hidrográfica del Júcar, sin que resultase de las actuaciones del acusado la adopción de medidas correctoras.

Cabe apuntar, por último, que el alcalde de la corporación local fue absuelto del delito contra el medioambiente en comisión por omisión que le imputaba el Ministerio Fiscal. A este respecto, el tribunal argumenta que la problemática del vertedero fue objeto de numerosas actuaciones

del Ayuntamiento tendentes a controlar y reducir el riesgo contaminante del vertedero por lo que considera que no se puede atribuir dicho delito al alcalde.

#### **Daños por ruidos**

##### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2011*

Esta sentencia analiza un supuesto de responsabilidad civil extracontractual por ruidos procedentes de actividades clasificadas. Nos encontramos en un supuesto de reclamación de daños y perjuicios de los titulares de viviendas adyacentes a una zona industrial que adquirieron sus viviendas en zonas urbanísticamente no residenciales y conociendo de la preexistencia de una zona industrial contigua.

Los vecinos basaron sus pretensiones indemnizatorias en el daño moral que la actividad de las demandadas les había provocado, así como en la pérdida de valor económico que dicha actividad les había producido en sus viviendas.

La Audiencia Provincial que conoció del asunto aceptó parcialmente las pretensiones indemnizatorias de los vecinos, si bien los demandados recurrieron esta decisión ante el Tribunal Supremo, quien casó parcialmente la sentencia de apelación, sobre la base de los siguientes argumentos.

En primer lugar, el TS entiende que la existencia de una industria plenamente legalizada —como las causantes de las molestias— no da vía libre a sus titulares para generar ruidos e intrusiones toda vez que en las relaciones de vecindad ha de regir el criterio del respeto entre propietarios. En este sentido, el TS sostiene que en la lucha entre dos situaciones vecinales ha de prevalecer la que se apoye en el interés social, siempre y cuando la vida íntima y familiar no se vea alterada. Este argumento podría dar la razón a las demandadas, pero el TS mantiene que en el presente caso no deben olvidarse otros principios generales del Derecho, tales como la buena fe en las relaciones vecinales y la relación de causalidad entre el daño sufrido y la actividad realizada, siendo este último criterio especialmente relevante en el caso que nos ocupa. El TS considera que la depreciación sufrida en los inmuebles de los demandantes no se da en la medida en que los vecinos adquirieron los inmuebles con posterioridad a la existencia de las industrias y, por ello, no existe el nexo de causalidad que justifique la pretensión indemnizatoria.

Por otro lado, la indemnización por daños morales solicitada es también casada por el TS al entender que fue una decisión libre y voluntaria de los vecinos el adquirir las viviendas en un suelo no residencial contiguo a una zona industrial, siendo así que el daño aquí planteado no puede considerarse antijurídico. De hecho, el TS considera que, de no aceptarse esta tesis, se estaría convirtiendo cualquier ilegalidad urbanística en una fuente de indemnizaciones, cuestión esta que no es la perseguida por la norma.

Por estos dos motivos, el TS casa la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante y desestima la demanda interpuesta por los vecinos no habiendo lugar a la indemnización solicitada por estos tanto en lo relativo a la pérdida de valor de los inmuebles como en los daños morales.

#### **Minas. Caducidad de la autorización de explotación. El plazo de caducidad de seis meses del artículo 83.3 de la Ley de Minas debe computarse desde el momento en que se tienen todas las licencias necesarias para iniciar la actividad**

##### *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011*

Esta sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por una empresa contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que a su vez resolvía un recurso contencioso-administrativo contra dos actos de la Administración autonómica.

El primero de esos actos era una Resolución del Consejero de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias que dispuso la paralización de las actividades de una cantera explotada por la recurrente por no contar con la previa declaración de impacto ecológico. El segundo se trataba de una Resolución de la Consejería de la Presidencia e Innovación Tecnológica de Canarias, por la que se declaraba la caducidad de la autorización del aprovechamiento de recursos de la Sección A) de la misma cantera.

Contra la primera decisión administrativa, la sociedad recurrente esgrimió dieciséis motivos casacionales, que consistían tanto en quebrantamientos formales como del ordenamiento jurídico. Los motivos más destacables son los referentes a la incorrecta aplicación de la normativa relativa a la evaluación de impacto ambiental. El recurrente afirma que la normativa autonómica —que

en el momento de presentación del proyecto estaba en *vacatio legis* y por tanto no requería tal evaluación para la cantera explotada por el recurrente— había sido inaplicable sin plantear cuestión de inconstitucionalidad. Ante esta argumentación, el TS responde que la normativa autonómica no era aplicable *ratione temporis* y, por tanto, no procedía en ningún caso plantear cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, sí estaba vigente la normativa básica estatal, el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, que disponía la necesidad de declaración de impacto ambiental para explotaciones como la de la sociedad actora. Era esta norma la que había sido aplicada por el Tribunal *a quo* y, por tanto, este conjunto de motivos es desestimado. La primera resolución impugnada es confirmada.

Contra la segunda resolución, la recurrente esgrime nueve motivos, entre los que destaca la infracción del artículo 83.3 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas («lm»). La recurrente argumenta que el plazo de seis meses para empezar los trabajos —que se establece en el artículo 18.1 lm y cuyo incumplimiento determina la caducidad de la autorización ex artículo 83.3— no puede empezar a contar desde el momento de la notificación de la autorización, cuando el inicio de la explotación está pendiente del otorgamiento de otras licencias o autorizaciones solicitadas ante otra Administración, en este caso la local.

El TS estima este motivo haciendo una interpretación finalista del precepto. Así, asegura que el citado plazo de seis meses para el inicio de los trabajos tiene por objeto extinguir las autorizaciones cuyos titulares tengan una voluntad deliberada de incumplir las obligaciones exigibles en materia de explotación o de actuar con fines especulativos. No procede, por tanto, aplicar dicho plazo cuando la razón de la demora es la pendencia del otorgamiento de licencias o autorizaciones necesarias. Esta demora no es imputable a la sociedad recurrente y, por tanto, no pone de manifiesto una voluntad transgresora.

En consecuencia, el TS estima parcialmente el recurso y declara conforme a Derecho la Resolución de paralización de las actividades por falta de declaración ambiental, considerando contraria a Derecho la Resolución que declara la caducidad de la autorización del aprovechamiento.

## MERCANTIL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

— *Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de sociedades anónimas (DOUE de 29 de abril de 2011)*

Véanse los comentarios de esta norma que se incluyen en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Unión Europea) de este mismo número de la *Revista*.

— *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Consumidores y posibilidades transfronterizas en el mercado interior» (DOUE de 3 de mayo de 2011)*

— *Decisión de la Comisión, de 12 de enero de 2011, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C45/07 (ex NN 51/07, ex CP 09/07) aplicada por España (DOUE de 21 de mayo de 2011)*

\* Esta sección de Actualidad Mercantil ha sido elaborada por Carlos Paredes Galego, Guillermo Bueno Casanovas, Pío García-Escudero y Ramos, Nora Oyarzábal Oyonarte, Borja Marqués Triay, Rubén Durán de los Ríos y Rebêlo Maria Goreti, Catarina Gonçalves de Oliveira, Mafalda Almeida Carvalho y Joana Torres Ereio del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

— *Comunicación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva (DOUE de 27 de mayo de 2011)*

— *Reglamento (CE) 513/2011, de 11 de mayo del 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento 1060/2009 sobre las agencias de calificación crediticia (DOUE de 31 de mayo de 2011)*

— *Reglamento de ejecución (CE) 583/2011 del Consejo, de 9 de junio de 2011, por el que se modifican las listas de procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación y síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y se codifican los anexos A, B y C de dicho Reglamento (DOUE de 18 de junio de 2011)*

— *Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) 1060/2009 y (UE) 1095/2010 (DOUE de 1 de julio de 2011)*

Véanse los comentarios de esta norma que se incluyen en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Unión Europea) de este mismo número de la *Revista*.

— *Recomendación de la Comisión de 18 de julio de 2011 sobre el acceso a una cuenta de pago básica (DOUE de 21 de julio de 2011)*

— *Acuerdo entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea relativo al establecimiento de un Registro de transparencia para las organizaciones y las personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea (DOUE de 22 de julio de 2011)*

— *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Blanco: Sistemas de garantía de seguros» (DOUE de 23 de julio de 2011)*

— *Decisión de la Comisión de 29 de agosto de 2011 por la que se crea un Grupo de Expertos en el Mercado de Sistemas de Pago (DOUE de 30 de agosto de 2011)*

— *Comunicación de la Comisión de conformidad con el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas (DOUE de 2 de septiembre de 2011)*

— *Corrección de errores de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DOUE de 10 de septiembre de 2011)*

## [España]

### Mercado de Valores

— *Circular n.º 2/2011, de 30 de marzo, de la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A. Unipersonal (IBERCLEAR) sobre Modificación de Tarifas (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 6 de mayo de 2011)*

— *Circular 2/2011, de 9 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre información de las instituciones de inversión colectiva extranjeras inscritas en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (BOE de 22 de junio de 2011)*

— Resolución de 28 de julio de 2011, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en aplicación del artículo 85.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE de 5 de agosto de 2011)

#### Bancario

— Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras y el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de las entidades de crédito (BOE de 4 de junio de 2011)

— Corrección de errores del Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras y el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de las entidades de crédito (BOE de 20 de agosto de 2011)

— Ley 15/2011, de 16 de junio, por la que se modifican determinadas normas financieras para la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre agencias de calificación crediticia (BOE de 17 de junio de 2011)

— Circular 3/2011, de 30 de junio, del Banco de España, a entidades adscritas a un fondo de garantía de depósitos, sobre aportaciones adicionales a los fondos de garantía de depósitos (BOE de 2 de julio de 2011)

— Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico (BOE de 27 de julio de 2011)

#### Otras materias

— Resolución de 5 de mayo de 2011, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 4/2011, de 8 de abril, de medidas urgentes de impulso a la internacionalización mediante la creación de la entidad pública empresarial «Instituto Español de Comercio Exterior» (ICEX) (BOE de 11 de mayo de 2011)

— Instrucción de 18 de mayo de 2011, de la DGRN, sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre (BOE de 25 de mayo de 2011)

— Instrucción de 27 de mayo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se corrige la de 18 de mayo de 2011, sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre (BOE 28 de mayo de 2011)

— Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego (BOE de 28 de mayo de 2011)

— Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales (BOE de 16 de junio de 2011)

Véanse los comentarios de esta norma que se incluyen en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Procesal Civil) de este mismo número de la Revista.

— Orden JUS/1698/2011, de 13 de junio, por la que se aprueba el modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas (BOE de 20 de junio de 2011)

— Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE de 25 de junio de 2011)

— Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas (BOE de 2 de julio de 2011)

— Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las

*entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (BOE de 7 de julio de 2011) – Convalidado mediante Resolución de 14 de julio de 2011 (BOE de 22 de julio de 2011)*

Véanse los comentarios de esta norma que se incluyen en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Inmobiliario) de este mismo número de la *Revista*.

— *Resolución de 27 de junio de 2011, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre «relación entre auditores» (BOE de 14 de julio de 2011)*

*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 (BOE de 2 de agosto de 2011)*

Esta reforma de la Ley de Sociedades de Capital entró en vigor el 2 de octubre de 2011 e introduce determinadas novedades en materia de sociedades de capital, para incorporar la Directiva 2007/36/CE, así como algunas precisiones de índole fundamentalmente técnica.

En particular, se regula la sede electrónica, reconociendo la figura de la página web corporativa y estableciendo que la prueba de sus contenidos (a los efectos de convocatoria de junta, por ejemplo) corresponde a los administradores. La reforma también modifica el régimen de separación y exclusión de socios, previendo que puedan establecerse estatutariamente nuevas causas de exclusión aparte de las legales y fijando dos nuevas causas legales de separación de los socios: la modificación sustancial del objeto social y la falta de pago de dividendos cuando una sociedad no cotizada no distribuya, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social que sean hábiles para ser distribuidos en el ejercicio, siempre y cuando hayan transcurrido al menos cinco años desde la constitución de la sociedad. Se modifican, a su vez, ciertos aspectos técnicos concernientes al funcionamiento de la junta general, y, por otra parte, se introduce la posibilidad de que los estatutos dispongan modos alternativos de administración, siendo la junta general la encargada de decantarse por uno u otro. También se llevan a cabo modificaciones técnicas relativas al régimen de disolución y liquidación.

Por último, en lo concerniente a las sociedades anónimas cotizadas, la reforma viene a reiterar el principio de igualdad de trato y a consolidar ciertos derechos del accionista en lo relativo a su actuación en junta general (publicidad de la convocatoria, contenido mínimo y posibilidad de solicitar la inclusión de puntos del orden del día, entre otros). La reforma establece requisitos adicionales para las tarjetas de delegación en casos de conflicto de interés. Dispone que no ha lugar a la prohibición de voto de las acciones representadas por el administrador que lleve más de tres delegaciones y se halle en conflicto cuando medien instrucciones precisas del representado, y establece requisitos adicionales de comunicación a la sociedad emisora cuando el representante en junta sea un intermediario financiero.

**Mercado de Valores** — *Acuerdo de 11 de agosto de 2011, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en relación con las posiciones cortas sobre acciones españolas del sector financiero (BOE de 13 de agosto de 2011)*

**Bancario** — *Orden EHA/2288/2011, de 2 de agosto, por la que se modifica la Orden de 19 de mayo de 1987, que desarrolla el Real Decreto 505/1987, de 3 de abril, por el que se dispone la creación de un sistema de anotaciones en cuenta para la Deuda del Estado (BOE de 18 de agosto de 2011)*

**Mercado de Valores** — *Instrucción Operativa 102/2011, de 30 de agosto. Prevé el establecimiento de rangos estáticos y dinámicos de cada valor que se negocie en el Sistema de Interconexión Bursátil, que serán aplicables a partir del 1 de septiembre de 2011 (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 30 de agosto de 2011)*



- Andalucía** — Decreto-ley 1/2011, de 26 de abril, por el que se modifica la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Andalucía (BOJA de 28 de abril de 2011) – Convalidado por Resolución de 1 de junio de 2011 (BOJA de 10 de junio de 2011)
- Decreto 91/2011, de 19 de abril, por el que se modifican diversos Decretos en materia de juego de la Comunidad Autónoma de Andalucía para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOJA de 5 de mayo de 2011)
- Decreto 174/2011, de 7 de junio, de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, por el que se aprueba el Reglamento de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía (BOJA de 27 de junio de 2011)
- Baleares** — Decreto-ley 5/2011, de 29 de agosto, de apoyo a los emprendedores y a la micro, pequeña y mediana empresa de las Islas Baleares (BOIB de 30 de agosto de 2011)
- Cantabria** — Decreto 49/2011, de 19 de mayo, por el que se regula la actividad de mediación turística desarrollada por agencias de viajes, centrales de reservas y organizadores profesionales de congresos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 2 de junio de 2011)
- Canarias** — Ley 10/2011, de 10 de mayo, de Cajas de Ahorros de Canarias (BOC de 17 de mayo de 2011)
- Castilla-La Mancha** — Decreto 22/2011, de 12 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de Castilla-La Mancha. Deroga el Decreto 176/2002, por el que se aprueba el reglamento del juego del bingo de Castilla-La Mancha (DOCM 74/2011, de 15 de abril de 2011)
- Corrección de errores del Decreto 23/2011, de 12 de abril, por el que se modifica el Decreto 292/2007, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas de Castilla-La Mancha (DOCM de 19 de abril de 2011)
- Castilla y León** — Decreto-ley 1/2011, de 25 de agosto, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Cajas de Ahorro de Castilla y León, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 21 de julio (BOCYL de 26 de agosto de 2011).
- Cataluña** — Decreto 321/2011, de 19 de abril, por el que se derogan varias disposiciones reglamentarias referidas a las materias de competencia del Departamento de Empresa y Empleo (DOGC de 21 de abril de 2011)
- Ley 5/2011, de 19 de julio, de modificación de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas (DOGC de 21 de julio de 2011)
- Madrid** — Resolución, de 13 de abril de 2011, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad de Madrid en relación con la Ley 1/2011, de 14 de enero, por la que se adapta la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid, al Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros (BOE de 27 de mayo de 2011)
- Navarra** — Decreto Foral 16/2011, de 21 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas de Navarra. Corrección de errores de la Ley Foral 4/2011, de 17 de marzo, por la que se modifica el título VII de la ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra (BON de 18 de abril de 2011)

— *Resolución 80/2011, de 19 de abril, de la Directora General de Presupuestos e intervención sobre obligaciones registrales, información estadístico-contable y del negocio y atención al cliente de los mediadores de seguros autorizados por el Gobierno de Navarra (BON de 18 de mayo de 2011)*

— *Decreto Foral 33/2011, de 2 de mayo, por el que se regulan las condiciones de acceso y asistencia a actividades de ocio y se instauran los criterios de habilitación y las funciones del personal de control de acceso a las mismas (BON de 27 de mayo de 2011)*

— *Corrección de errores de la Resolución 80/2011, de 19 de abril. Advertidos errores en la Resolución sobre obligaciones registrales, información estadístico-contable y del negocio y atención al cliente de los mediadores de seguros autorizados por el Gobierno de Navarra, se procede a su corrección (BON de 1 de junio de 2011)*

## Valencia

— *Decreto 54/2011, de 20 de mayo, del Consell, por el que se modifica el Decreto 81/1990, de 28 de mayo, del Consell, sobre órganos de gobierno de cajas de ahorros (DOGV de 25 de mayo de 2011)*

— *Decreto 68/2011, de 27 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunitat Valenciana (DOGV de 2 de junio de 2011)*

## [Portugal]

### Comunicações Obrigatórias das Entidades Imobiliárias

*Regulamento n.º 282 (DR 88, SÉRIE II, de 2011-05-06)*

O Regulamento n.º 28/2001 estabelece as condições e define os instrumentos, mecanismos e formalidades inerentes ao cumprimento dos deveres estabelecidos na Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, que aprovou o novo regime jurídico das operações económicas e financeiras com o exterior e das operações cambiais no território nacional, por parte das entidades que exerçam em território nacional actividades do sector imobiliário (mediação imobiliária, compra, venda, compra para revenda, permuta de imóveis e promoção imobiliária).

Com vista a assegurar a repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e o financiamento do terrorismo, as referidas entidades imobiliárias ficam obrigadas a, antes da realização de qualquer transacção imobiliária (seja de promessa ou definitiva) de montante igual ou superior a € 15.000, proceder à exaustiva identificação dos respectivos intervenientes (pessoas singulares, pessoas colectivas societárias e não societárias, incluindo com sede no estrangeiro). A referida identificação implica, para as entidades imobiliárias, a recolha e arquivo, pelo período mínimo de 7 anos, de cópias dos diversos documentos de identificação pessoal e profissional a solicitar aos intervenientes das transacções imobiliárias.

Para cumprimento das suas obrigações, as referidas entidades imobiliárias são obrigadas a comunicar o exercício da actividade ao InCI, I.P. e a registar-se no site desta entidade, com vista, nomeadamente, a garantir a realização daquelas comunicações bem como, semestralmente, das referentes às transacções imobiliárias em que tenham intervindo, sendo estas consideradas comunicações obrigatórias.

### Liquidação nos Sistemas de Pagamentos e de Valores Mobiliários e Contratos de Garantia Financeira

*Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de Junho (DR 123, Série I, de 2011-06-29)*

O Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de Junho, vem alterar e aditar o Decreto-Lei n.º 221/2000, de 9 de Setembro, alterar o Código dos Valores Mobiliários, e alterar e aditar o Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, procedendo à transposição da Directiva n.º 2009/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Maio.

Pretende-se com as referidas alterações simplificar o regime relativo ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de valores mobiliários.

Adicionalmente, este diploma vem determinar a inclusão de créditos sobre terceiros no conjunto de activos que podem ser objecto de acordos de garantia financeira.

No que respeita ao regime relativo ao carácter definitivo das ordens de transferência nos sistemas de pagamentos e liquidação de valores mobiliários, o diploma vem acolher juridicamente a interligação entre sistemas, clarificando o conceito de sistemas interoperáveis. As alterações introduzidas dão acolhimento a uma nova realidade dos mercados financeiros, pautada por um funcionamento cada vez mais integrado entre sistemas.

Relativamente aos contratos de garantia financeira, o diploma vem alargar o leque de activos susceptíveis de serem dados em garantia, passando a incluir nesses activos os créditos sobre terceiros e adaptando o regime vigente a essa alteração.

As alterações introduzidas em função da transposição da referida Directiva vêm, deste modo, reforçar a harmonização dos regimes de sistemas de pagamentos e liquidação de valores mobiliários e aumentar o conjunto de garantias financeiras disponíveis, estimulando uma maior concorrência entre instituições de crédito na União Europeia.

### **Regime Aplicável às Vendas a Descoberto e Falhas de Liquidação**

*Circular da CMVM de 12 de Julho de 2011, dirigida aos Membros dos Mercados Geridos pelo Euronext Lisbon e OPEX*

Na presente circular, a CMVM veio fazer referência ao aumento de falhas de liquidação em determinadas acções admitidas à negociação no mercado regulamentado gerido pelo Euronext Lisbon.

A este propósito, a CMVM lembrou o seu Parecer Genérico de 2008, no qual postulou que «a realização de vendas a descoberto implica a criação de condições para a boa liquidação dessas operações, o que se materializará na entrega atempada dos instrumentos alienados ao adquirente». Por isso «caso o ordenador não mostre ao intermediário financeiro aquando da recepção da ordem de venda curta, que dispõe dos instrumentos financeiros necessários para a liquidação, por empréstimo ou outro meio equivalente, carece de legitimidade para a operação, pelo que a ordem deve ser recusada pelo intermediário financeiro».

A CMVM veio também referir que no actual contexto de volatilidade dos mercados financeiros, considera particularmente importante o reforço dos procedimentos de controlo da legitimidade do ordenante pelos intermediários financeiros, nos termos acima referidos, de modo a assegurar a boa liquidação das operações e a evitar a prática proibida do short selling descoberto, cujas consequências, quer sistémicas, quer em valores mobiliários, específicos, podem ser muito nefastas para os mercados.

Por fim, a CMVM declarou ter já detectado situações que consubstanciam infracção das normas em vigor, o que constitui prática de contra-ordenação muito grave e em relação às quais instaurará os respectivos processos.

### **Divulgação de Informação Semestral por Emitentes**

*Circular da CMVM, de 1 de Agosto de 2011*

Através da presente Circular, a CMVM veio lembrar que os documentos de prestação de informação financeira semestral devem ser divulgados até 2 meses após o termo do 1.º semestre do exercício económico.

As contas do 1.º semestre, reportadas a 30 de Junho de 2011, devem ser elaboradas de acordo com as Normas Internacionais de Contabilidade aplicáveis aos relatórios financeiros intercalares, adoptados nos termos do Regulamento (CE) n.º 1606/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Julho.

A CMVM veio reforçar que, na declaração dos responsáveis do emitente, deve ser afirmado que a informação prevista no art. 246.º, n.º 1 a) do código dos valores mobiliários foi elaborada em conformidade com as normas contabilísticas aplicáveis, dando uma imagem verdadeira e apropriada do activo e do passivo, da situação financeira e dos resultados do emitente e das empresas incluídas no perímetro de consolidação, quando for o caso, e que o relatório de gestão intercalar expõe fielmente as informações exigidas nos termos do n.º 2 do mesmo artigo.

No que concerne à divulgação de resultados, a CMVM veio referir que esta, por ser uma informação idónea susceptível de influenciar de maneira sensível o preço dos valores mobiliários,

deverá sempre ser precedida de publicação de comunicado que poderá ser o das próprias contas ou, caso a sociedade decida divulgar informação antecipadamente à divulgação das contas semestrais, de informação privilegiada.

Por fim, a CMVM alertou para o facto de, no actual contexto dos mercados, os emitentes terem de providenciar divulgações mais robustas no seu anexo, nomeadamente através da disponibilização de informação relativa a:

- i. Reconhecimento de perdas de imparidade em activos financeiros, propriedades de investimento, activos fixos tangíveis, activos intangíveis ou outros activos e a reversão de tais imparidades;
- ii. Alterações nas circunstâncias económicas e de negócio que afectem o justo valor de activos financeiros da entidade e passivos financeiros, independentemente de tais activos ou passivos estarem reconhecidos ao justo valor ou ao custo amortizado;
- iii. Qualquer incumprimento de um empréstimo ou violação de uma cláusula de acordo de empréstimo (covenant) que não tenha sido remediado até ao final do período de relato (alínea i).

#### **Rácio Core Tier 1 Mínimo**

##### *Aviso n.º 3/2011, – Banco de Portugal (DR 95, Série II, de 2011-05-17)*

O Aviso do BdP n.º 3/2011, que entrou em vigor no dia 18 de Maio de 2011, estabelece novos níveis mínimos de rácio core tier 1 de 9% e de 10%, a atingir, respectivamente, até 31 de Dezembro de 2011 e até 31 de Dezembro de 2012. As novas exigências aplicam-se, em base individual, aos bancos, caixas económicas e à Caixa Central de Crédito Agrícola Mútua e às caixas de crédito agrícola mútuo e aos grupos financeiros sujeitos à supervisão em base consolidada do BdP que incluam alguma das referidas entidades.

Para além disto, o BdP poderá, em função de uma avaliação do perfil de risco das instituições financeiras e dos resultados do exercício da avaliação de solvabilidade e desalavancagem, a desenvolver no âmbito do Programa de Assistência Financeira, determinar casuisticamente níveis mais elevados para o rácio core tier 1 e/ou a antecipação das datas para o seu cumprimento.

As regras para o cálculo do rácio core tier 1 têm por referência as regras de Basileia III, de aplicação obrigatória em 2013, integrando os fundos próprios os elementos previstos nas alíneas a) a i) do n.º 1 do artigo 3.º do Aviso do BdP n.º 6/2010, deduzidos dos elementos previstos nas alíneas a) a m) do n.º 1 do artigo 5.º do mesmo diploma.

O diploma revoga o Aviso do BdP n.º 1/2011, que fixava o nível de rácio de core tier 1 a atingir até ao final do ano em 8%.

#### **Alteração Unilateral de Taxas de Juro**

##### *Carta-Circular n.º 32/2011/DSC, de 17 de Maio – Banco de Portugal*

A Carta-Circular em análise define um conjunto de boas práticas a observar pelas instituições de crédito a respeito da previsão de cláusulas contratuais que lhes permitam, nos termos do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, em contratos celebrados com consumidores, alterar unilateralmente as condições acordadas, nomeadamente a taxa de juro ou o montante de outros encargos aplicáveis.

Assim, esta Carta-Circular dispõe que, nos casos em que o contrato preveja factos que consubstanciem «razão atendível» ou que correspondam a «variações de mercado», as instituições devem concretizar com detalhe suficiente tais factos. Estes devem ser externos à instituição de crédito, situando-se fora da sua esfera de influência, actuação ou controlo, e ser relevantes, excepcionais e ter subjacente um motivo ponderoso fundado em juízo ou critério objectivo.

Da mesma forma, a cláusula que permite a alteração unilateral deve prever a reversão das alterações quando e na medida em que os factos que as tenham justificado deixem de se verificar.

Por outro lado, é definido que as instituições de crédito devem estabelecer um prazo razoável para o exercício do direito de resolução por parte do consumidor, que nunca poderá ser inferior a 90 dias, no entendimento do BdP.

Os contratos devem indicar o momento a partir do qual as alterações unilaterais produzem efeitos, o que apenas deverá acontecer, no entender do BdP, no período de contagem de juro imediatamente seguinte ao termo do prazo de exercício do direito de resolução do consumidor.

Quanto ao exercício da faculdade de alteração unilateral da taxa de juro ou de outros encargos de contratos de crédito, tal exercício deve assentar numa relação de causalidade entre o evento invocado como razão atendível e o teor da alteração contratual introduzida e obedecer ao princípio da proporcionalidade.

As instituições devem comunicar aos consumidores o exercício do direito de alteração unilateral da taxa de juro ou de outros encargos, por escrito e de forma clara e transparente, permitindo ao consumidor identificar os motivos subjacentes à decisão de alterar o contrato, a nova taxa de juro ou os novos encargos aplicáveis, o prazo e a forma de exercício do direito de resolução e a data de produção de efeitos da alteração.

Por último, a Carta-Circular dispõe que as instituições não devem exigir o pagamento de comissões previstas para o reembolso antecipado ao consumidor que pretenda resolver o contrato na sequência de alteração unilateral introduzida pela instituição.

Note-se que os contratos de crédito celebrados com outros clientes que prevejam cláusulas que permitam a alteração unilateral das condições acordadas, nomeadamente a taxa de juro ou o montante de quaisquer encargos aplicáveis, deverão seguir as orientações e os princípios referidos nesta Carta-Circular.

#### **Agências de Notação de Risco**

*Regulamento n.º 513/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2011 (JOUE L 145/30, de 31 de Maio de 2011)*

O presente Regulamento vem definir um conjunto de competências de supervisão da European Securities and Markets Authority (ESMA) sobre as agências de notação de risco, por forma a que todos os participantes no mercado financeiro possam identificar a autoridade competente no domínio de actividade das agências de notação de risco.

No âmbito das suas competências em matéria de supervisão das agências de notação de risco, a ESMA deverá apresentar à Comissão projectos de normas técnicas de regulamentação sobre as informações que uma agência de notação de risco deve fornecer no seu pedido de registo, bem como sobre as informações que a agência de notação de risco deve prestar quando solicita a certificação e a avaliação da sua importância sistémica para a estabilidade e integridade dos mercados financeiros.

Nos termos do Regulamento, a ESMA poderá, no exercício dos seus poderes de supervisão, mediante simples pedido ou mediante uma decisão, exigir que (i) as agências de notação de risco, (ii) as pessoas envolvidas em actividades de notação de risco, (iii) as entidades objecto de notação de risco e terceiros com elas relacionados, (iv) os terceiros aos quais as agências de notação de risco tenham subcontratado funções ou actividades operacionais e (v) outras pessoas que de qualquer outra forma estejam estreita e substantivamente relacionadas ou ligadas a agências ou actividades de notação de risco, lhe prestem as informações que a mesma considere necessárias para o exercício das suas atribuições.

No que concerne ao poder sancionatório da ESMA, o Regulamento vem fixar coeficientes ligados a circunstâncias agravantes e atenuantes, com o objectivo de facultar à ESMA as ferramentas necessárias para aplicar coimas que sejam proporcionais à gravidade da infracção cometida pela agência de notação de risco, atendendo às circunstâncias em que a infracção foi cometida.

#### **Empresas de Seguros – Provisões Técnicas e Limites de Diversificação e Dispersão Prudenciais**

*Norma Regulamentar n.º 3/2011-R, – Instituto de Seguros de Portugal (DR 108, SÉRIE II, de 2011-06-03)*

Através da Norma Regulamentar n.º 3/2011-R do ISP, foi alterada a redacção do artigo 6.º da Norma Regulamentar n.º 13/2003-R, de 17 de Julho, relativa à natureza dos activos que podem representar as provisões técnicas, aos limites de diversificação e dispersão prudenciais e aos

princípios gerais de congruência desses activos, e a um conjunto de princípios a seguir pelas empresas de seguros na definição, implementação e controlo das políticas de investimento.

Assim, e no que se refere aos requisitos necessários para que os limites indicados no n.º 1 do referido artigo 6.º possam ser ultrapassados relativamente a produtos em que o risco de investimento é suportado pelo tomador do seguro, dedicados a segmentos específicos de mercado, com períodos de subscrição limitados e que não admitam entregas futuras, mantém-se a exigência de assegurar uma concentração não superior a 60% numa única contraparte, quando esta apresenta uma notação de risco de crédito, atribuída por agências especializadas de notação de risco, igual ou superior a «A-», ou outra classificação comprovadamente equivalente.

Contudo, com a referida alteração, pretende-se que seja assegurada uma concentração não superior a 40% quando a única contraparte apresenta uma notação de risco de crédito, atribuída por agências especializadas de notação de risco, inferior a «A-», mas igual ou superior a «BBB-», ou outra classificação comprovadamente equivalente. Para as restantes situações, o limite de concentração numa única contraparte é reduzido para 15%.

Para além das referidas alterações, considera-se agora como «única contraparte», para efeitos do referido artigo 6.º, o conjunto das sociedades que se encontrem entre si ou com a empresa de seguros em «relação de proximidade», e já não em «relação de domínio ou de grupo».

**Determinação da Margem de Solvência e do Fundo de Garantia das Empresas de Seguros**

*Norma Regulamentar n.º 4/2011-R, – Instituto de Seguros de Portugal (DR 112, SÉRIE II, de 2011-06-09)*

Através da Norma Regulamentar n.º 4/2011-R do ISP, foi alterada a redacção do artigo 12.º da Norma Regulamentar n.º 6/2007-R, de 27 de Abril, relativa às regras aplicáveis à determinação da margem de solvência e do fundo de garantia das empresas de seguros.

Com esta alteração, a reserva por revalorização de activos intangíveis não é considerada elegível para efeitos da determinação da margem de solvência disponível e dos elementos constitutivos do fundo de garantia, e, para efeitos do disposto na alínea g) do n.º 4 do art. 96.º e da alínea g) do n.º 4 do art. 98.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, na determinação da margem de solvência disponível dos elementos constitutivos do fundo de garantia não devem ser considerados os efeitos decorrentes do tratamento do «corredor» previsto na International Accounting Standard (IAS) 19 quando adoptado nas demonstrações financeiras.

**Estruturas de governação dos Fundos de Pensões**

*Norma Regulamentar n.º 5/2011-R, – Instituto de Seguros de Portugal (DR 115, SÉRIE II, de 2011-06-16)*

Através da Norma Regulamentar n.º 5/2011-R do ISP, foi alterada a redacção do artigo 18.º da Norma Regulamentar n.º 7/2007-R, de 17 de Maio, relativa às estruturas de governação dos fundos de pensões.

Com esta alteração, os excedentes de revalorização dos activos intangíveis não são considerados elegíveis para efeitos da determinação da margem de solvência disponível e dos elementos constitutivos do fundo de garantia.

Para além disso, para efeitos do disposto no n.º 2 do art. 44 do Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de Janeiro, os valores dos activos intangíveis e os efeitos decorrentes do tratamento do «corredor» quando adoptado nas demonstrações financeiras devem ser eliminados na margem de solvência disponível e nos elementos constitutivos do fundo de garantia.

**Concessão de Crédito a Membros de Órgãos Sociais e a Detentores de Participações Qualificadas**

*Instrução n.º 17/2011, de 16 de Agosto – Banco de Portugal*

A Instrução do BdP n.º 17/2011, que entrou em vigor a 21 de Agosto, veio revogar a Instrução do BdP n.º 13/2008, com vista a simplificar o regime das obrigações de informação no domínio da concessão de crédito a membros de órgãos sociais e a detentores de participações qualificadas. É, nomeadamente, eliminada a obrigação de transmitir anualmente ao BdP a informação sobre os membros de órgãos sociais e, quando existam, as operações de crédito que os envolvam, bem como sobre a mesma informação sobre os detentores de participações qualificadas

nos termos dos artigos 85.º e 109.º, ambos do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

No entanto, as instituições de crédito continuam a estar obrigadas a manter informação actualizada e completa sobre tais entidades e as suas responsabilidades de crédito, devendo tais instituições assegurar a existência de procedimentos de controlo interno neste domínio que cumpram com o disposto no artigo 15.º do Aviso do BdP n.º 5/2008, de modo a que o BdP possa verificar se as obrigações decorrentes dos referidos artigos 85.º e 109.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras estão a ser cumpridas.

### Serviços Mínimos Bancários

#### *Aviso n.º 4/2011, – Banco de Portugal (DR 154, SÉRIE II, de 2011-08-11)*

O Aviso do BdP n.º 4/2011 regulamenta a divulgação de informação a que estão adstritas as instituições de crédito aderentes ao regime dos serviços mínimos bancários, tal como prevista no Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de Março, conforme alterado pela Lei n.º 19/2011, de 20 de Maio.

Assim, nos termos do presente Aviso, as instituições de crédito aderentes devem publicitar publicamente e em permanência a sua adesão ao referido regime e informação sobre as condições de adesão e prestação dos serviços mínimos bancários através da afixação nos seus balcões e locais de atendimento ao público de um documento cujo modelo é publicado em anexo ao referido Aviso. As instituições de crédito devem ainda informar todas as pessoas singulares de que as contas de que são titulares podem ser convertidas em contas de serviços mínimos bancários inserindo no primeiro extracto emitido em cada ano uma menção cujo modelo consta também do Aviso.

### Fundos Próprios e Política de Remuneração

#### *Decreto-Lei n.º 88/2011, (DR, SÉRIE I, de 2011-07-20)*

O Decreto-Lei n.º 88/2011 vem transpor a Directiva n.º 2010/76/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro, alterando o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, o Decreto-Lei n.º 104/2007, de 3 de Abril, e o Decreto-Lei n.º 103/2007, de 3 de Abril, em matérias relacionadas com as políticas de remuneração dos colaboradores das instituições de crédito e sociedades de investimento cuja actividade tenha um impacto significativo no perfil de risco das mesmas e com os requisitos de fundos próprios para operações de retitularização.

As alterações incidem, nomeadamente, sobre o processo de supervisão pelo BdP, passando a prever-se que esta entidade deve realizar uma avaliação global dos riscos de liquidez e respectiva gestão pelas instituições de crédito, tendo em conta o papel destas nos mercados financeiros e o impacto potencial das suas decisões na estabilidade do sistema financeiro europeu.

Do mesmo modo, do elenco de medidas correctivas que o BdP pode exigir das instituições de crédito passa a constar a limitação das remunerações variáveis em termos de percentagem dos lucros líquidos, quando não sejam consentâneas com a manutenção de uma base sólida de fundos próprios.

### Contas Bancárias de Base

#### *Recomendação da Comissão Europeia (JOUE L 190, de 21 de Julho de 2011)*

A presente recomendação estabelece princípios gerais aplicáveis à oferta de contas bancárias de base na União Europeia, tendo em conta que a existência de serviços de pagamento essenciais não é garantida pelos prestadores de serviços de pagamento nem por todos os Estados-Membros da União.

Assim, a Comissão refere que os consumidores com residência legal na União que não sejam titulares de uma conta bancária nesse Estado-Membro devem poder nele abrir uma conta bancária de base, independentemente da sua situação financeira. Em cada Estado-Membro pelo menos um prestador de serviços de pagamento deverá ficar encarregado de oferecer tais contas, atendendo à sua localização geográfica ou quota de mercado.

Uma conta bancária de base deve incluir serviços que, entre outros, permitam efectuar depósitos numa conta bancária, levantamentos em numerário da mesma, bem como executar operações de pagamento, incluindo por meio de um cartão de pagamento, débitos directos e transferências.

A Comissão convida os Estados-Membros a tomar as medidas referidas na presente recomendação até seis meses após a publicação da mesma.

### Agências de viagens e turismo – acesso e exercício da actividade

#### *Decreto-Lei n.º 61/2011 (DR 88, Série I, de 06-05-2011)*

Foi publicado em Diário da República o Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de Maio, que estabelece o regime de acesso e de exercício da actividade das agências de viagens e turismo.

Este diploma surge na sequência do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, e que estabeleceu os princípios e critérios que devem ser observados pelos regimes de acesso e de exercício de actividades de serviços na União Europeia.

Esta Directiva instituiu como objectivos a diminuição da burocracia, procedimentos mais rápidos e desmaterializados, o deferimento tácito, o acesso mais fácil ao exercício da actividade e uma maior responsabilização dos agentes económicos pela actividade que desenvolvem, visando o crescimento económico e a criação de emprego, bem como tornar o mercado de serviços mais competitivo. Complementarmente, impôs a intensificação dos instrumentos de fiscalização e a garantia aos consumidores de uma maior transparência e mais informação.

Em conformidade com os referidos objectivos, este Decreto-Lei apresenta dois objectivos principais.

Em primeiro lugar, visa, no âmbito do programa SIMPLEX, uma simplificação no acesso e exercício da actividade das agências de viagens e turismo e a diminuição dos respectivos custos, ao abolir o licenciamento como requisito de acesso, substituindo-o por uma mera comunicação prévia que, acompanhada do comprovativo da prestação das garantias exigidas, permite o início imediato da actividade, sem necessidade de autorização por parte de organismos da Administração Pública.

A mera comunicação prévia é obrigatoriamente efectuada pelo empresário ou por quem o represente, por via electrónica, através do novo registo nacional das agências de viagens e turismo («RNAVT»).

O RNAVT, agora criado, é um instrumento de comunicação por via electrónica e é organizado pelo Turismo de Portugal, I. P., contendo a relação actualizada dos agentes a operar no mercado. Este mecanismo visa uma melhor monitorização e acompanhamento da evolução do sector e uma melhor fiscalização por parte das entidades públicas competentes, bem como a disponibilização permanente ao consumidor de informação credível sobre a realidade da oferta turística neste sector de actividade.

Por outro lado, este Decreto-Lei viabiliza o acesso à actividade a pessoas singulares, elimina a exigência de um capital social mínimo para as pessoas colectivas, suprimindo ainda a exigência de um estabelecimento para o exercício da actividade em território nacional.

Em segundo lugar, o presente Decreto-Lei visa o reforço das garantias dos consumidores.

Para o efeito, por um lado, cria o fundo de garantia de viagens e turismo, que responde solidariamente pelo pagamento da totalidade dos créditos dos consumidores resultantes do incumprimento, total ou parcial, dos serviços contratados às agências de viagens e turismo.

A forma de pagamento dos créditos aos consumidores através deste fundo diferencia-se do regime estabelecido pelo regime anterior, agora revogado, em que a caução prestada pela agência de viagens e turismo respondia apenas pelo incumprimento dos serviços contratados a esta agência. Pretende-se, desta forma, reforçar as garantias de efectivo ressarcimento dos consumidores pelo incumprimento de serviços contratados a agências de viagens e turismo.



Por outro lado, impõe-se um reforço da fiscalização, atribuindo-se, nomeadamente, à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica a competência para a aplicação de medidas cautelares.

Por outro lado ainda, mantém-se a obrigação de as agências celebrarem um seguro de responsabilidade civil para cobrir os riscos decorrentes sua da actividade, sendo o montante mínimo coberto de €75.000. Este seguro garante o ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais causados a clientes ou a terceiros por acções ou omissões da agência ou dos seus representantes, bem como os riscos acessórios relativos ao repatriamento dos clientes e à sua assistência, à assistência médica e aos medicamentos necessários em caso de acidente ou doença ocorridos durante a viagem, incluindo aqueles que se revelem necessários após a conclusão da viagem.

Este diploma entrou em vigor no dia 5 de Junho de 2011.

#### **Agências de viagens e turismo – Fundo de Garantia de Viagens e Turismo**

##### *Portaria n.º 224/2011 (DR 108, Série I, de 03-06-2011)*

Foi publicada em Diário da República a Portaria n.º 224/2011, de 3 de Junho, que vem estabelecer o regulamento do fundo de garantia de viagens e turismo (o «FGVT») previsto no Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de Maio, que regula o regime de acesso e de exercício da actividade das agências de viagens e turismo.

Este Decreto-Lei criou um sistema de pagamentos baseado num princípio de solidariedade, em que os montantes disponíveis no FGVT respondem de forma anónima e autónoma pelo pagamento dos créditos dos consumidores, independentemente da agência de viagens com quem tenham contratado, visando reforçar as garantias destes, através do aumento do montante financeiro disponível para o seu ressarcimento.

Por sua vez, a Portaria em análise vem fixar alguns aspectos relevantes relativamente ao funcionamento do FGVT. Em particular, e quanto ao accionamento deste fundo, prevê-se que o Turismo de Portugal, l. P. notifique as agências de viagens e turismo responsáveis para procederem ao pagamento da quantia devida no prazo de 20 dias, antes de remeter o requerimento ao conselho geral do FGVT para o seu accionamento. Por outro lado, esta Portaria fixa o regime relativo à reposição dos montantes utilizados pelo FGVT, estabelecendo um mecanismo de sub-rogação legal em caso de incumprimento, pelas agências de viagens e turismo, da obrigação de reposição dos montantes utilizados pelo FGVT.

Este diploma entrou em vigor no dia 6 de Junho de 2011.

#### **Medicamentos – Preço de Venda ao Público**

##### *Lei n.º 25/2011 (DR 115, Série I, de 16-06-2011)*

Foi publicada em Diário da República a Lei n.º 25/2011, de 16 de Junho, que veio restabelecer a obrigatoriedade da indicação do preço de venda ao público na rotulagem de todos os medicamentos (através de impressão, etiqueta ou carimbo), procedendo ainda à quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, e à revogação do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 106-A/2010, de 1 de Outubro.

Nos termos desta Lei, as embalagens de medicamentos que não contenham a indicação do preço de venda ao público e já estejam colocadas nos distribuidores por grosso ou nas farmácias, à data de entrada em vigor da presente Lei, podem ser escoadas no prazo máximo de 30 e 60 dias, respectivamente.

Este diploma entrou em vigor no dia 17 de Junho de 2011.

#### **Competitividade e Emprego – Projectos de Potencial Interesse Nacional**

##### *Decreto-Lei n.º 76/2011 (DR 117, Série I, de 20-06-2011)*

Foi publicado em Diário da República o Decreto-Lei n.º 76/2011, de 20 de Junho, que veio criar um mecanismo tendo em vista o reconhecimento um maior número de projectos como projectos de potencial interesse nacional («Projectos PIN»), concretizando a Iniciativa para a Competitividade e Emprego, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 101 B/2010, de 27 de Dezembro.

Assim, em primeiro lugar, passam a poder ser reconhecidos como Projectos PIN os projectos que representem um investimento global superior a EUR 10.000.000 de investimento, ao invés dos EUR 25.000.000 exigidos até agora.

Em segundo lugar, passam a poder ser reconhecidos como Projectos PIN projectos que, não obstante representarem um investimento abaixo dos EUR 10.000.000, tenham uma forte componente de investigação e desenvolvimento, inovação aplicada ou interesse ambiental ou que, por outro lado, tenham uma forte vocação exportadora ou permitam a substituição de importações.

Finalmente, em terceiro lugar, introduzem-se mecanismos tendentes à simplificação e agilização dos procedimentos necessários à execução do projecto como, por exemplo, a figura do interlocutor único, que visa permitir que haja um tratamento mais rápido e eficaz dos processos.

Este diploma entrou em vigor no dia 21 de Junho de 2011.

**«Golden shares» –  
eliminação dos  
direitos especiais do  
Estado na EDP, GALP  
e Portugal Telecom**

*Decreto-Lei n.º 90/2011 (DR 141, Série I, de 25-07-2011)*

Foi publicado o Decreto-Lei n.º 90/2011, de 25 de Julho, que visa eliminar os direitos especiais que o Estado, enquanto accionista, detém na EDP – Energias de Portugal, S.A., na GALP Energia, SGPS, S.A. e na Portugal Telecom, SGPS, S.A., assim como as disposições dos diplomas relativos à respectiva privatização que estabelecem não ser aplicável ao Estado e às entidades a ele equiparadas a limitação da contagem de votos permitida pela al. b) do n.º 2 do art. 384.º do Código das Sociedades Comerciais, relativamente às acções a privatizar detidas em sociedades em processo de privatização.

Este diploma entrou em vigor no dia 26 de Julho de 2011.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Crédito  
documentario.  
Acción de reembolso**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2011*

El objeto de la controversia se enmarca en el ejercicio de la acción de reembolso, en el contexto de un crédito documentario, por parte del banco intermediario frente al banco emisor. El demandado (banco emisor) se opone al pago alegando que tiene condición de avisador, no de confirmador, y que, por lo tanto, no puede abonar el crédito al beneficiario, según lo dispuesto en las *Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional relativos a los Créditos Documentarios, versión de 1993*.

El TS resuelve a favor del demandante, considerando que efectivamente el demandado tiene condición de confirmador. La base para llegar a esta conclusión se desprende del envío de un *swift* donde el emisor se dirigía al intermediario en los términos «*les cubriremos según sus instrucciones*». De esta comunicación se infiere la voluntad de proceder al efectivo reembolso del pago efectuado por el intermediario al beneficiario del crédito, pues esta carecería de sentido si el demandado tuviera voluntad de configurarse como un mero avisador. El alto tribunal no comparte la alegación de la entidad demandada, consistente en entender que la antedicha comunicación no es más que una fórmula de cortesía en el seno de las comunicaciones interbancarias, pues la cláusula «*cubriremos*», equivalente a reembolsar o abonar, es, máxime cuando consta en un *swift*, plenamente significativa.

**Facultades del  
registrador mercantil.  
Nulidad de asientos**

*Resolución de 4 de febrero de 2011 de la DGRN (BOE de 13 de abril de 2011)*

Se dirime si el registrador mercantil está facultado para cancelar asientos posteriores al declarado nulo judicialmente, aunque no medie orden judicial expresa para dicha cancelación. La DGRN indica que los efectos de la sentencia declaratoria de nulidad deben retrotraerse al momento de la adopción del acuerdo anulado e incidir sobre todo acto que traiga causa de este, pues lo contrario significaría la consagración de aquello declarado nulo.

El mandato contenido en el artículo 121.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, por el que se dispone que si el acuerdo estuviera inscrito en el Registro Mercantil la sentencia determinará la cancelación de la inscripción y de los asientos posteriores, no debe entenderse como condicionado a que la orden de cancelación aparezca en la resolución judicial, sino que se configura como un verdadero mandato al registrador para que proceda, de oficio, a la cancelación de los asientos que traigan causa de aquel declarado nulo. No cabe, por otra parte, que se inscriban nuevamente, tras su cancelación, los acuerdos afectados por la declaración de nulidad, pues esa misma declaración les hace perder valor desde la firmeza de la sentencia y los erradica de los asientos del Registro Mercantil. Por ello, de ninguna manera pueden inscribirse de nuevo mediante la mera presentación del acta notarial.

**Modificación estatutaria. Duración del cargo de administrador**

*Resolución de 18 de marzo de 2011 de la DGRN (BOE de 28 de abril de 2011)*

En la presente resolución se estudia si una modificación estatutaria consistente en ampliar el plazo de duración del cargo de administrador de cinco a seis años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 LSA, debe incidir sobre los administradores que ya estaban en ejercicio del cargo al momento de la efectiva modificación de los estatutos sociales.

El centro directivo entiende que la modificación de las normas de la sociedad no conlleva la prórroga del anterior nombramiento, salvo que la junta general exprese lo contrario, y que, por tanto, en el caso del que trae causa la presente resolución, debe denegarse el depósito de cuentas anuales porque, habiéndose expedido la certificación por parte del secretario con el visto bueno del presidente del Consejo de Administración, sus cargos ya habían caducado.

**Nombramiento de administradores. Necesidad de previa constancia en el orden del día**

*Resolución de 10 de mayo de 2011 de la DGRN (BOE de 3 de junio de 2011)*

Se discute si puede procederse al nombramiento de un nuevo administrador aún no figurando en el orden del día de la convocatoria de la junta general. La DGRN recuerda que la validez de los acuerdos adoptados en junta general queda condicionada, más allá de su ámbito competencial y de sus reglas de mayoría exigible, por la válida constitución de la junta, que se traduce en una previa convocatoria que incluya el orden del día, salvo en casos de junta universal, donde tanto la celebración de la propia junta como el propio orden del día se pueden establecer mediante aceptación unánime.

La LSC exceptúa, sin embargo, la regla general de previa constancia en el orden del día en dos supuestos. A saber: la separación de administradores (223.1 LSC) y el ejercicio de la acción social de responsabilidad (238.1 LSC). Cuando se procede a la destitución del administrador por alguna de estas dos vías, debe posibilitarse el nombramiento de aquel que vaya a sustituir al destituido, sin necesidad de que dicho punto conste en el orden del día. Esta solución es, sin embargo, excepcional, y es por ello por lo que debe ser objeto de una interpretación restrictiva, limitando su uso a aquellos casos en que el cese del administrador pueda traducirse en una situación de acefalia que signifique un obstáculo para el normal curso de la vida social.

**Depósito de cuentas. Concurso voluntario de acreedores**

*Resolución de 1 de junio de 2011 de la DGRN (BOE de 1 de julio de 2011)*

La DGRN estima el recurso interpuesto contra la decisión de la registradora mercantil, consistente en no proceder a la práctica del depósito de cuentas de una sociedad previamente declarada en concurso voluntario, por carecer tales cuentas del informe del auditor que la registradora considera preceptivo.

El centro directivo entiende que, aun teniendo en cuenta que después de la declaración de concurso sigue vigente la obligación de someter las cuentas anuales a auditoría para los casos en que esta sea preceptiva (artículos 40 y 41 del CCom en relación con el 263 y 265.2 de la LSC, y disposición adicional primera de la Ley de Auditoría de Cuentas), el artículo 46.1 de la Ley Concursal se configura como una verdadera excepción a dicho régimen general, al estipular que no estarán sujetas a la obligación de someterse a auditoría las primeras cuentas anuales que se preparen una vez la administración concursal esté en funciones.

**Escritura de constitución societaria.  
Autocontratación.  
Conflicto de interés**

*Resolución de 7 de julio de 2011 de la DGRN (BOE de 17 de septiembre de 2011)*

Se estudia si se puede estar ante una situación de conflicto de interés o autocontratación en caso de que, en el seno de una escritura de constitución societaria, solo intervenga un otorgante en su propio nombre y derecho y como administrador único de otra sociedad.

No puede hablarse de autocontratación, pues esta se predica de aquellas situaciones en las que existen recíprocas obligaciones *inter partes*, y no de aquellas otras situaciones que informan los contratos asociativos, basados, principalmente, en declaraciones convergentes para alcanzar un fin común. En lo referente al conflicto de interés, para que se pueda denegar la inscripción a causa de este motivo debe determinarse y concretarse la colisión de intereses, pues no puede colegirse su existencia automáticamente del hecho de que los dos socios fundadores sean personas jurídicas y estén representadas por la misma persona física. Debe existir una valoración que atienda más al aspecto cualitativo, esto es, a la posición del socio, que al cuantitativo, esto es, al montante de la aportación.

## PROCESAL CIVIL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

[España]

**Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante la Ley de Medidas de Agilización Procesal**

*Aprobada la Ley de Medidas de Agilización Procesal por el Congreso de los Diputados, por la que se introducen modificaciones en la regulación procesal civil, contencioso-administrativa y penal*

En lo que se refiere al ámbito civil que nos ocupa, esta Ley, aprobada el pasado 22 de septiembre de 2011 por el Congreso de los Diputados, introduce las siguientes novedades:

- (i) En el proceso monitorio se suprime el límite máximo de 250.000 euros, equiparándolo al proceso monitorio europeo.
- (ii) Se extiende el ámbito del proceso monitorio a los juicios de desahucio por falta de pago, de modo que, en el caso de que el arrendatario no desaloje el inmueble, pague o formule oposición tras el requerimiento, se pase directamente al lanzamiento, cuya fecha se le comunica en el mismo requerimiento.
- (iii) Se excluye el recurso de apelación en los juicios verbales de reclamación de cantidad hasta 3.000 euros.
- (iv) Se elimina el trámite de anuncio y preparación de los recursos, que desde que entre en vigor la reforma se anunciarán y formalizarán en un mismo escrito.
- (v) Se modifica la cuantía mínima exigida para el acceso al recurso de casación, que pasa de 150.000 a 600.000 euros. Por su parte, se permite la posibilidad de acceder a casación cuando el asunto presente interés casacional no solo en los supuestos tramitados por razón de la materia, sino también en aquellos en los que, tramitándose por cuantía, esta no supere los 600.000 euros.

\* Esta sección de Derecho Procesal Civil ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra, y en su elaboración han participado Paloma García de Viedma Alonso, Jorge Ruiz Jiménez, Pablo Torán Umbert, Eugenio Caravia Izquierdo, Guillermo Alonso del Real, Sonia Borges Fernández, Javier González Guimaraes-Da Silva, Antonio Canales Aracil, Javier Sánchez-Lozano Velasco, David Guerra Arencibia, Margarita Morales Plaza y Luis I. Gómez-Iglesias Rosón, Lara Galdes, Miguel Rodrigues Leal, Paula Adrega Flor y Rita Castanheira Neves del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Esta reforma no se ha publicado, a fecha de cierre de esta reseña, en el *Boletín Oficial del Estado*, por lo que no es posible señalar la fecha de su entrada en vigor.

#### **Aprobación definitiva de la reforma de la Ley Concursal**

*El pasado 20 de septiembre de 2011 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó definitivamente la Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.*

Esta reforma introduce una serie de modificaciones en aras tanto de corregir errores de enfoque detectados en la práctica como de llenar las lagunas detectadas en la Ley. Entre los aspectos más relevantes introducidos con la reforma se encuentran los siguientes:

(i) Establecimiento de alternativas al concurso. Se presta especial atención a las soluciones preconcursales, buscando incentivar las propuestas anticipadas de convenio y los acuerdos extrajudiciales de refinanciación.

En este sentido, se prevé, por ejemplo, que el 50% del dinero nuevo que recibe la empresa gracias a un acuerdo de refinanciación tenga consideración de crédito contra la masa.

(ii) Desarrollo del procedimiento abreviado o simplificado. Se introduce la posibilidad de que el juez pueda decidir tramitar un determinado concurso por el procedimiento abreviado, atendiendo a una serie de datos objetivos o cuando, por ejemplo, se presente una propuesta anticipada de convenio, se trate de un supuesto de transmisión de empresa o se produzca un cese de actividad sin que existan trabajadores a cargo de la empresa.

(iii) La administración concursal. Se avanza hacia una mayor y mejor profesionalización de la administración concursal, con medidas tales como las siguientes: se permite a la administración subsanar por sí misma errores en los listados de acreedores para reducir el número de incidentes concursales, se posibilita que se utilicen auxiliares delegados en cualquier tipo de concurso y se permite que la administración concursal sea asumida por una persona jurídica. Además, se generaliza el modelo de administración concursal integrado por un solo administrador, salvo en concursos «de especial trascendencia», en que serán dos administradores.

(iv) Reformas en materia laboral. Se incorporan las modificaciones de la reciente reforma laboral, resolviendo las dudas interpretativas existentes en orden a la participación del FOGASA y de los representantes de los trabajadores, así como las relativas a los procedimientos y recursos en materia laboral.

Esta norma entrará en vigor el 1 de enero de 2012, salvo algunos apartados, que lo harán al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

#### **Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para apoyar a los deudores hipotecarios**

*Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa*

Este Real Decreto-ley, que entró en vigor el pasado 7 de julio de 2011, ha modificado algunos preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC»), el con un objetivo triple: (i) moderar el impacto negativo de la crisis económica en los ciudadanos más vulnerables, que el Real Decreto-ley identifica con los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual; (ii) garantizar que, para el caso de una ejecución hipotecaria, el deudor hipotecario recibe una contraprestación adecuada por su inmueble; y (iii) mejorar la concurrencia de pujas en las subastas.

A continuación, se exponen las principales modificaciones de este Real Decreto-ley:

(i) Se incrementa en un 50% la cantidad inembargable (el salario mínimo interprofesional «SMI») que se establece en el artículo 607.1 LEC sobre los sueldos, salarios, jornales, retribuciones o pensiones en aquellos supuestos en los que el precio obtenido por la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado.

Además, por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios superiores al SMI (entendiendo por tal al cónyuge, pareja de hecho, ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado) se incrementará en un 30% adicional.

(ii) Se establece que la parte ejecutante podrá pedir, con arreglo a lo previsto en el artículo 670 LEC, la adjudicación del inmueble por el 70% de valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esa cantidad cumpla un doble requisito: (i) sea superior a la mejor postura ofrecida en la subasta; y (ii) sea superior al 60% de su valor de tasación.

(iii) Se suprime la posibilidad de que el acreedor ejecutante pueda en el acto de la subasta adjudicarse el bien inmueble por la cantidad adeudada por el deudor por todos los conceptos. Con la nueva redacción del artículo 671 LEC, la adjudicación sólo puede llevarse a efecto por un 60% del valor de tasación.

(iv) Por último, se reduce del 30% al 20% del valor que se haya dado a los bienes de conformidad con el artículo 666 LEC la cantidad que los postores deben depositar antes de tomar parte en la subasta.

#### **Regulación del acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales**

*Real Decreto 775/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006 de acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, aprobado el pasado 3 de junio por el Consejo de Ministros*

El próximo 31 de octubre de 2011, entrará en vigor este nuevo reglamento junto con la Ley 34/2006, a la que desarrolla. Su objetivo principal es mejorar la capacitación profesional de abogados y procuradores y garantizar a los ciudadanos mayor calidad en el asesoramiento, representación técnica y defensa jurídica de sus intereses. A partir de la citada fecha, para acceder a la profesión de abogado y procurador deberán cumplirse los siguientes requisitos:

(i) El aspirante deberá estar en posesión del título de licenciado en Derecho, graduado en Derecho o cualquier otro título universitario equivalente.

(ii) Será necesario cursar un curso formativo con la consideración de «Máster Universitario» que conste de 60 créditos ECTS, de 25 horas lectivas cada uno de ellos, por lo que el máster tendrá la duración de un año académico.

Este curso se impartirá por universidades públicas y privadas, escuelas de práctica jurídica o en régimen de colaboración entre ambas instituciones. El profesorado estará compuesto por profesores universitarios y profesionales (abogados o procuradores) de al menos tres años de experiencia, con el fin de combinar los aspectos más prácticos con los teóricos.

(iii) En el seno del máster se deberá realizar un período de prácticas de 30 créditos ECTS. Estas prácticas se podrán desarrollar en diferentes ámbitos —despachos profesionales, tribunales, fiscalías, instituciones penitenciarias, etc.—, pero exigiéndose un contenido jurídico. Durante este período, el aspirante estará acompañado de un tutor, que deberá ser un profesional con, al menos, cinco años de experiencia.

(iv) Finalmente, se deberá superar una prueba de carácter nacional consistente en dos exámenes: uno de carácter teórico, eliminatorio; y la resolución de un caso práctico.

La entrada en vigor de este Real Decreto no afectará a los siguientes profesionales: (i) procuradores y abogados colegiados (tanto ejercientes como no ejercientes) a la fecha de entrada en vigor de la Ley 34/2006; (ii) profesionales que en la actualidad no estén colegiados, pero que lo estuvieron, al menos durante un año, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2006; y (iii) funcionarios del grupo A (abogados del Estado) y miembros de la carrera judicial que estén en ejercicio y funcionarios que obtengan plaza con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2006 como consecuencia de aprobar su oposición. Se establece una moratoria de dos años para aquellos que a fecha de 31 de octubre de 2011 estén en posesión del título de licenciado en Derecho y no se hayan colegiado.

**[Portugal]****Rede Nacional de Centros de Arbitragem Institucionalizada (RNCAI)*****Decreto-Lei n.º 60/2011 (DR 88 série 1 de 2011-05-06)***

O Decreto-Lei n.º 60/2011 vem, no seguimento diploma que procedeu à criação dos centros de arbitragem institucionalizada, criar a RNCAI.

Com efeito, o diploma em apreço define a composição e funcionamento da RNCAI, assim como as formas e critérios de financiamento e avaliação dos centros que a integram.

Da RNCAI fazem parte os centros de arbitragem institucionalizada autorizados nos termos da lei, que sejam financiados pelo Estado em mais de 50% do seu orçamento anual, independentemente do número e da natureza das entidades públicas financiadoras, e cujo desempenho será avaliado anualmente pelo Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios.

A RNCAI tem por objectivo assegurar a promoção, a coordenação, a uniformização de procedimentos de atendimento, planeamento, financiamento, informação estatística, avaliação do desempenho e cooperação dos centros de arbitragem institucionalizada, bem como o seu funcionamento integrado.

O presente diploma será regulamentado por portaria do membro do governo responsável pela área da justiça.

**Alargamento do Novo Mapa Judiciário*****Decreto-Lei n.º 74/2011 (DR 117 série 1 de 2011-06-20)***

Na sequência da criação do novo mapa judiciário pela Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, que determinou a aplicação dos novos modelos de gestão e de divisão territorial às comarcas piloto do Alentejo Litoral, do Baixo Vouga e da Grande Lisboa – Noroeste, vem o presente diploma alargar a aplicação desses modelos às comarcas da Cova da Beira e de Lisboa. Para o efeito são criados o Tribunal da Comarca de Lisboa e o Tribunal da Comarca da Cova da Beira, sendo reorganizada a sua actual estrutura judiciária.

Adicionalmente, este diploma (i) cria o Juízo de Família e Menores do Fundão, o qual será agregado ao Juízo de Família e Menores da Covilhã, e (ii) extingue o 4.º Juízo Criminal do Tribunal da Comarca de Braga, o 5.º Juízo de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca de Oeiras, o 4.º Juízo Cível do Tribunal da Comarca do Porto, o 4.º Juízo Cível da Comarca de São João da Madeira e a 5.ª Vara Cível do Tribunal da Comarca do Porto.

As referidas alterações produzirão efeitos a partir do dia 1 de Dezembro de 2011.

**Criação de Tribunais de Competência Especializada*****Lei n.º 46/2011 (DR 120 série 1 de 2011-06-24)***

Esta lei procede à criação de dois tribunais de competência especializada, um para a propriedade intelectual e outro para a concorrência, alterando, em consequência, os seguintes diplomas: (i) Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, que aprova a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, (ii) Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o Regime Jurídico da Concorrência, (iii) Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, que aprova a Lei das Comunicações Electrónicas, (iv) Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, que estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo, (v) Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, que aprova a Lei de Organização e Financiamento dos Tribunais Judiciais, (vi) Lei n.º 99/2009, de 4 de Setembro, que aprova o regime quadro das ordenações do sector das comunicações, (vii) Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, que aprova o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, (viii) Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, que regula as condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora no território da Comunidade Europeia, (ix) Código dos Valores Mobiliários, (x) Código de Propriedade Industrial, (xi) Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio, que estabelece o regime jurídico aplicável aos contratos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores, e (xii) Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de Julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2002/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Dezembro.

Esta lei produz efeitos a partir da data de instalação dos dois tribunais de competência especializada.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Declaración de nulidad de un auto de inadmisión de un recurso de casación por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso**

*Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 35/2011 de 28 de marzo de 2011*

En el supuesto objeto de análisis, el demandante presentó una demanda de juicio ordinario para la protección de su derecho al honor, la intimidad y la propia imagen contra una periodista y su editorial con motivo de las declaraciones vertidas en una publicación. La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación.

El actor preparó entonces un recurso de casación por la vía del interés casacional (artículo 477.2.3.º LEC), considerando infringidos los artículos 18.1 y 20.1 de la Constitución Española, así como la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. No utilizó, por tanto, el recurrente, la vía especial de acceso a la casación prevista para los procedimientos que versen sobre la protección de derechos fundamentales (artículo 477.2.1.º LEC).

El TS inadmitió el recuso con apoyo en dos argumentos:

(i) En primer lugar, debido al empleo de un cauce inadecuado para interponer el recurso, ya que debía haber acudido al apartado 1.º del artículo 477.2 LEC, y, por tanto, inadmite el recurso con apoyo en el artículo 483.2.3.º —inexistencia de interés casacional—. Como es sabido, este motivo de inadmisión no deriva de la literalidad de la norma, sino del acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000, que establece que los supuestos de casación son «*distintos y excluyentes*».

(ii) En segundo lugar, el TS inadmitió el recurso de casación por entender que la interposición del recurso incurrió en defectuosa técnica casacional al apartarse de los hechos probados y no respetar la base fáctica de la sentencia impugnada y, por tanto, inadmite el recurso con base en el artículo 483.2.2.º LEC, es decir, por no cumplir el escrito de interposición con los requisitos establecidos en la Ley.

El Tribunal Constitucional afirma que la *ratio decidendi* del TS no fue la inadecuación del cauce para la interposición del recurso, ya que, obviando los formalismos exigidos a este respecto, el recurso se tuvo por interpuesto por el cauce material correcto.

Por lo tanto, el razonamiento decisivo del auto de inadmisión radica en la supuesta falta de respeto a los hechos probados. Y, en este punto, el Tribunal Constitucional lleva a cabo una labor de comparación entre el escrito de interposición del recurso y el auto de inadmisión para concluir que aquel respetaba la narración fáctica de la sentencia recurrida y que, por tanto, el fallo del TS es erróneo y arbitrario y así declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y anula el auto de inadmisión.

El Tribunal Constitucional alcanza esta conclusión incluso tras recordar que el control constitucional sobre la admisión o inadmisión de recursos debe limitarse a un control «*meramente externo*», comprobando que la resolución está motivada, que no hay un error material patente y que no se incurre en arbitrariedad o irracionalidad. Añade la sentencia que este control ha de ser más limitado en relación con las resoluciones del TS, puesto que este tiene la función de interpretar la Ley, complementando el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 CC) y porque el recurso de casación es un recurso extraordinario con motivos tasados. Sin embargo, todo ello no impide, a juicio del Tribunal Constitucional, declarar la nulidad del auto de inadmisión.

**Legalidad del pago de deudas ajenas con ánimo especulativo, de cara a beneficiarse de una eventual ejecución de los bienes inmuebles del deudor (interpretación del artículo 1158 del Código Civil)**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2011*

En el supuesto objeto de análisis, nos encontramos con una sociedad, la demandante, que tenía por objeto exclusivo el pago de deudas ajenas a fin situarse en una posición ventajosa iniciando ejecuciones frente a los bienes inmuebles del deudor. En este caso concreto, la demandada alegó, entre otras cuestiones, que la conducta de la actora era antisocial y suponía un abuso de derecho que impedía la aplicación del artículo 1158 del Código Civil.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, entendiendo que la sociedad actora pagaba las deudas ajenas con el único fin de perseguir luego los bienes del deudor originario, sin buscar el beneficio o utilidad del pago para el deudor sino su perjuicio, utilizando la acción de repetición como una herramienta para obtener inmuebles de la demandada a bajo precio.



Por ello, declaró abusivo y antisocial el ejercicio del derecho dada la mala fe y la intención clara de perjudicar al deudor.

No obstante, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso interpuesto por la sociedad demandante, estableciendo que el abuso de derecho solamente puede apreciarse cuando el derecho se ejercita con intención bien decidida de causar daño a otro o utilizándolo de modo anormal y contradictorio de la armónica convivencia social, pero no en el supuesto de autos. Según argumentó la sala, el artículo 1158 del Código Civil permite el pago de tercero, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación y, además, la posible adjudicación de los bienes del deudor estará supeditada a su solvencia o capacidad de crédito y al carácter público de la subasta, razones por las que no cabría objetar nada al comportamiento de la demandante.

Esta resolución fue confirmada por el TS, que comparte el razonamiento de la Audiencia Provincial, afirmando que del Código Civil se desprende la posibilidad legal de que un tercero ajeno a la obligación obtenga un beneficio propio del pago al acreedor, siendo el ejemplo más característico el de la compra de un crédito por un precio inferior a su importe si el comprador consigue luego cobrarlo en su totalidad.

**La garantía por vicios ocultos que el vendedor presta en la compraventa se ha de referir a la cosa que constituyó el objeto inmediato del contrato**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 2011*

Los demandantes del supuesto objeto de análisis adquirieron la totalidad de las acciones del capital de una sociedad por medio de un contrato de opción de compra. Durante la formación del contrato, los concedentes de la opción presentaron una compañía que generaba beneficios, con apoyo en un balance de situación que se incorporó al contrato de opción. Sin embargo, antes del ejercicio de la opción, la compañía se hallaba en situación de insolvencia, y los optantes pretendieron que el precio que cada uno de ellos se había obligado a abonar se redujera en proporción al valor real de lo adquirido.

A tal fin, ejercitaron, con carácter principal, la acción *quantum minoris* contemplada en el 1484 del Código Civil, pretendiendo la aplicación de la figura del saneamiento por vicios ocultos previsto en el citado precepto, a la compraventa objeto de debate. Su argumentación se basaba en que los vendedores habrían ocultado un pasivo considerable de la sociedad, lo que constituía un defecto en la cosa comprada que, de haberlo conocido, no se habría adquirido, o bien se habría pagado un precio menor por ella.

Los fundamentos de los demandantes fueron desestimados tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial, lo que dio origen al recurso de casación con base, entre otros motivos, en la infracción del referido artículo 1484 del Código Civil, al considerar los apelantes aplicable el régimen de saneamiento por vicios ocultos que corresponde al vendedor.

El TS, por medio de la sentencia aquí comentada, desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida, estableciendo que no concurrían los presupuestos para la aplicación de la acción *quantum minoris* regulada en el artículo 1484 Código Civil.

El alto tribunal argumentó que, aun siendo cierto en un sentido económico que la enajenación de todas las acciones de una sociedad implica la del patrimonio de esta, dada la conexión evidente —objetiva y subjetiva— entre el precio de aquellas y el valor de este, y que se produce una transmisión indirecta de la compañía, no hay en realidad desplazamiento posesorio ni dominical de los bienes que la integran, que permanecen en la esfera patrimonial de la persona jurídica.

Así, no se considera válido aplicar a la venta de acciones una norma prevista para resolver anomalías surgidas en el funcionamiento de cosas específicas. Ni siquiera en el caso de que se considere que lo que se vende con las acciones es la compañía, en cuanto objeto jurídico unitario. Por ello, concluye, no es aplicable el artículo 1484 del Código Civil al contrato celebrado, pese a que el pasivo de la sociedad haya resultado superior al esperado por los optantes.

En definitiva, el TS considera que la garantía que el vendedor debe prestar en la compraventa, conforme al mencionado artículo, se ha de referir a la cosa que constituyó objeto inmediato del contrato, y que para que fuera atendible la pretensión de los recurrentes, hubiera sido necesario un pacto expreso, que no concurrió en el caso enjuiciado.

**Inadmisión de la diligencia preliminar contemplada en el artículo 256.1.6.ª de la LEC por incumplimiento de los requisitos del artículo 258 de la LEC**

*Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de febrero de 2011*

El artículo 11.1 de la LEC atribuye a las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente constituidas la legitimación para defender en juicio, además de los intereses de la propia asociación, los de sus asociados, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Cuando se trate de intereses colectivos (cuando los perjudicados por el hecho dañoso constituyen un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes están perfectamente determinados o son fácilmente determinables), en algunos supuestos, el demandante debe comunicar previamente su propósito de interponer la demanda frente a todos los interesados (artículo 15.2 de la LEC).

Para facilitar el cumplimiento de tal comunicación previa, el artículo 256.1.6.ª de la LEC prevé la posible petición de que el tribunal adopte las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

Sin embargo, la adopción de dicha diligencia preliminar está sujeta a los requisitos generales del artículo 258 de la LEC: (i) debe ser adecuada a la finalidad que persigue el solicitante; (ii) ha de concurrir justa causa; y (iii) debe apreciarse interés legítimo.

En el caso de autos se inadmite la diligencia preliminar solicitada al no justificarse suficientemente su necesidad, considerando «*innecesario desvelar la identidad y otros datos de carácter personal de un número indeterminado de personas que, en todo caso, se intuye muy elevado: todos los clientes de la entidad que hubieran suscrito alguno de los contratos denominados clip hipotecario y contrato de intercambio de tipos/cuotas, por lo que no resultaría justificada la práctica de la diligencia*».

La Audiencia Provincial de Madrid llegó a esta conclusión por cuanto la acción que se anunciaba interponer en el futuro por la asociación de consumidores solicitante se trataba de una acción de cesación, para cuyo ejercicio no resulta necesario efectuar el llamamiento a los perjudicados por el hecho dañoso, a tenor del apartado 4 del artículo 15 de la LEC.

**Ejercicio de la acción rescisoria respecto de la constitución de garantías reales realizado en fraude de ley. Análisis de la relación entre concursada y entidad financiera. Efectos en la calificación del crédito.**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 14 de abril de 2011*

La sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña confirma en esta sentencia el pronunciamiento dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña en un incidente concursal de reintegración. En concreto, se declara la pertinencia de la rescisión de una hipoteca constituida sobre una finca propiedad de la concursada, por considerarse un acto realizado en fraude de ley.

Entiende la Audiencia que, a pesar de la entrega de unos fondos que permitieron la continuación de la actividad empresarial, el hecho de que estos recursos hayan sido destinados a atender otros compromisos de pago derivados de productos contratados con la entidad prestataria es una cuestión definitiva. De esta forma, considera la sentencia que el fraude se deriva de la utilización de una forma jurídica lícita —concesión de un préstamo con garantía hipotecaria— para la obtención de un resultado no querido por el ordenamiento jurídico —perjuicio para la masa activa—.

Considera esta resolución que este acto es injustificado en atención a la deuda existente (cuyo vencimiento no se había producido) y al préstamo con garantía hipotecaria concedido. De la conjunción de ambos elementos, se desprende la existencia de una suerte de refinanciación de deuda que supone una alteración de la regla de paridad de trato en el concurso de acreedores, al obtenerse con aquellos actos un privilegio a favor de un acreedor en el concurso frente a los demás acreedores.

Una vez rescindida la garantía, el crédito derivado del contrato tendrá la consideración de crédito concursal.

**Ausencia de responsabilidad personal del administrador de una sociedad por la inexistencia de causalidad entre el retraso en la solicitud del concurso y la agravación de la insolvencia. El deterioro de la concursada se originó antes de su adquisición por el administrador en la etapa concursal**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de marzo de 2011*

Según el mencionado tribunal, las causas más frecuentes de la calificación de un procedimiento concursal como culpable son las contenidas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal —aquellos supuestos previstos en los que se considera, en todo caso, que el concurso es culpable, sin admitir prueba en contrario—. Esto supone que no sea necesario valorar en cada caso la existencia de dolo o culpa grave, ni la relación de causalidad existente entre el comportamiento del administrador y la insolvencia.

Por su parte, en atención a la casuística empresarial, el artículo 165 de la Ley Concursal, regula una serie de casos en los que se exige un esfuerzo probatorio adicional, para catalogar una insolvencia como culpable.

Pues bien, en el supuesto objeto de análisis, el tribunal, en atención a lo anterior y a que en este caso el administrador social durante el procedimiento concursal adquirió la empresa sin ni tan siquiera poder examinar los libros contables, considera que no puede imputársele la mala gestión económica que condujo a la empresa a un incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago.

Finalmente, entiende este órgano que el simple retardo en la solicitud de la declaración en concurso debe ser puesto en relación con la situación de la empresa antes del concurso, lo cual hace decaer la existencia de un agravamiento.

### [Portugal]

**Inconstitucionalidade – Fundamentos de Oposição à Execução Baseada em Injunção**

*Acórdão do Tribunal Constitucional, de 7 de Junho de 2011*

Em sede de recurso de constitucionalidade, foi questionada, pelo tribunal de comarca, a recusa da aplicação da regra do artigo 814.º do CPC, por violação das disposições conjugadas dos artigos 2.º e 20.º da CRP.

A questão suscitada incidiu sobre a redacção do artigo 814.º do CPC, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 226/2006, de 20 de Novembro, o qual veio equiparar as injunções às sentenças, no que respeita aos fundamentos admissíveis em sede de oposição à execução. Assim, sempre que o título executivo seja uma injunção, passam a ser apenas admissíveis os fundamentos de oposição à execução previstos para as sentenças, quando anteriormente eram admissíveis, para além destes, quaisquer outros que seria lícito deduzir como defesa no processo declarativo.

Neste contexto, o TC debruçou-se sobre dois problemas de constitucionalidade levantados em relação à questão em apreço: em primeiro lugar, a conformidade da aplicação imediata do Decreto-Lei n.º 226/2006, de 20 de Novembro, com o princípio da tutela da confiança, o qual emana do princípio do Estado de direito (artigo 2.º da CRP); e, em segundo lugar, a eventual violação do princípio da proibição da indefesa, ínsito no direito de acesso ao direito e aos tribunais (artigo 20.º da CRP).

Relativamente à primeira questão, o TC considerou que a aplicação da lei nova que veio restringir os fundamentos de oposição à execução quando o título executivo seja uma injunção à qual tenha sido aposta fórmula executória no âmbito da lei antiga infringiria o princípio da protecção da confiança. Argumentou o TC que a referida alteração legislativa é lesiva das legítimas expectativas dos executados, que, aquando da notificação para a oposição à injunção, tinham a convicção de se poderem defender da execução em termos amplos, e não apenas com os fundamentos de oposição previstos para os casos em que o título executivo seja uma sentença.

No que respeita à segunda questão, o TC considerou igualmente que a norma em causa viola o princípio da tutela judicial plena e efectiva, na medida em que a actividade do secretário judicial na aposição de fórmula executória a um requerimento de injunção não representa qualquer forma de composição de litígio ou de definição de direitos, demonstrando apenas a aparência do direito substancial do exequente. Assim, o TC defendeu que é necessário evitar a privação ou limitação do direito de defesa do executado que se opõe à execução perante os órgãos judiciais — a qual só poderia ocorrer dentro dos limites impostos pelo n.º 2 do artigo 18.º da CRP, atendo-se ao «necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegi-

dos» – e que a norma em causa afecta desproporcionadamente a garantía de acceso ao dereito e aos tribunais, consagrada no artigo 20.º da CRP.

Em consecuencia, o TC veio a julgar inconstitucional a norma impugnada, na parte em que equipara o requerimento de inxunción ao qual foi aposta fórmula executória à sentenza, no que respecta aos fundamentos de oposición à execución, por violación dos artigos 2.º e 20.º da CRP, confirmando, portanto, a decisión recorrida.

**Crime de dano –  
Legitimidade para  
apresentación  
de queixa**

*Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Abril de 2011*

Na sequência da interposición de recurso extraordinário para fixación de jurisprudência – em face de uma oposición entre dois acórdãos do TRC, ambos transitados em julgado –, veio o STJ pronunciar-se sobre a legitimidade do assistente para exercer o dereito de queixa relativamente à danificación de un bem móvel, no caso de este ser apenas seu mero detentor e non propietario.

O STJ confrontou as posicións defendidas nos acórdãos en contradición, salientando que a cuestión controvertida consistía en saber se o mero detentor/possuidor (non propietario) de un bem móvel, do qual tenha o uso, gozo e fruição, é ou non titular do interese juridicamente protegido polo crime de dano, previsto e punido no artigo 212.º do Código Penal, como condición de legitimidade para efectos de presentación de queixa, independentemente, portanto, de eventual queixa do titular do respectivo dereito de propiedade.

Ora, no entender deste Tribunal, o criterio a adoptar nestes casos é o de se considerar ter legitimidade para presentar queixa por crime de dano o propietario, o usufrutuário, o possuidor, o titular de qualquer dereito real de gozo sobre a coisa e, aínda, todo aquele que tenha un interese juridicamente reconhecido na fruição das utilidades de una determinada coisa, enquanto titulares de intereses directos e inmediatos na sua preservación, bem como na fruição e dispoñibilidade das respectivas utilidades funcionais.

Atento o exposto, decidiu o STJ fixar jurisprudência no sentido de no crime de dano, previsto e punido no artigo 212.º, n.º 1, do CP, poder ser considerado ofendido – tendo legitimidade para presentar queixa, nos termos do artigo 113.º, n.º 1, do mesmo diploma –, o propietario da coisa destruída no todo ou en parte, danificada, desfigurada ou inutilizada, e quem, estando por título legítimo no gozo da coisa, for afectado no seu dereito de uso e fruição.

## PROCESAL PENAL \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

**Ley de medidas  
de agilización  
procesal**

*Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*

Hace ahora poco más de un año, con ocasión de la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, comentaristas y profesionales del Derecho penal declaraban casi unánimemente echar en falta una reforma paralela y completa en el ámbito del Derecho procesal. A dicha necesidad responde la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (LMAP), publicada en el *BOE* el 11 de octubre siguiente. Como establece su preámbulo, la LMAP continúa la línea de reformas procesales iniciada con la promulgación de la LO

\* Esta sección de Derecho Procesal Penal ha sido coordinada por Esteban Astarloa, y en su elaboración han participado Thais Argenti, Almudena Peleteiro, Patricia Leandro y Julen Carreño, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).

1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley 13/2009 de la misma fecha, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Aunque la LMAP incorpora medidas de agilización procesal en los órdenes civil, contencioso-administrativo y penal, nos centraremos en las novedades operadas en este último.

El artículo primero de la LMAP practica modificaciones que afectan a once preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) con el fin de adaptarlos a las implicaciones procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Concretamente, los cambios abordan los cinco aspectos siguientes: el régimen de competencia de los tribunales, el derecho de defensa de las personas jurídicas, la intervención de estas en el juicio oral, la conformidad y la rebeldía.

Así, cuando para determinar el conocimiento y fallo de una causa haya que estar a la gravedad de la pena señalada al delito por la ley, se atenderá a la legalmente prevista para la persona física (art. 14 bis LECr). La citación a la persona jurídica se hará en su domicilio social, siendo necesario que la entidad proceda a la designación de un representante, así como abogado y procurador (art. 119.1.a. LECr), de manera que la comparecencia se practicará con el representante especialmente designado por la persona jurídica imputada acompañado del abogado de ésta (art. 119.1.b. LECr). Se tomará declaración a dicho representante, asistido de su abogado, siendo aplicable a la declaración el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable (art. 409 bis LECr). El representante designado tendrá además derecho a declarar en nombre de la persona jurídica en el juicio, si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, así como a ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio, sin que su incomparecencia impida la celebración de la vista (art. 786 bis LECr). En relación con las medidas cautelares de carácter personal, las que pueden imponérsele a la persona jurídica son las previstas en el Código Penal: clausura temporal de locales, suspensión de actividades sociales e intervención judicial (art. 544 quater LECr en relación con el 33.7, último párrafo, del CP). Se reputará domicilio de la persona jurídica el espacio físico que constituya el centro de dirección de su actividad, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, así como aquellos lugares destinados a la custodia de documentos y demás soportes de su vida diaria (art. 554.4.º LECr). En cuanto a la conformidad, esta deberá ser prestada por el representante especialmente designado por la persona jurídica, siempre que tenga poder especial (art. 787.8 LECr). Finalmente, en relación con la rebeldía, la persona jurídica solo podrá ser llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación por falta de domicilio social conocido, debiendo hacerse constar en dicha requisitoria datos identificativos de la persona jurídica, delito imputado y obligación de comparecer en el plazo fijado, con su abogado y su procurador, ante el juez (art. 839 bis LECr). Transcurrido este plazo sin haber comparecido, a la persona jurídica se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión.

En suma, nos hallamos ante una Ley de reforma que, en lo que atañe al orden penal, aborda cuestiones puntuales elementales en relación con el procesamiento de las personas jurídicas, solventando todas ellas por la previsible e inevitable vía de la representación a través de persona física especialmente designada.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

**La mera ilegalidad de una actuación urbanística no implica necesariamente la comisión de un delito urbanístico del artículo 320 del Código Penal**

*Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 23 de marzo de 2011*

En esta sentencia, la Audiencia Provincial de Guadalajara desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado n.º 3 de Guadalajara que había acordado el sobreseimiento provisional y archivo de la causa relativa a la posible comisión de un delito contra la ordenación del territorio (art. 320 del Código Penal) por parte de un alcalde en funciones y de un arquitecto municipal.

En el supuesto analizado, el arquitecto municipal había informado favorablemente la concesión de una licencia de obras y otra de primera ocupación para la construcción y ocupación de

una vivienda unifamiliar en suelo clasificado como rústico (no urbanizable). Posteriormente, tras el informe favorable del arquitecto municipal, el alcalde en funciones concedió las indicadas licencias.

La Audiencia indicó que, al igual que sucede en el delito de prevaricación «genérica» del artículo 404 del Código Penal, para que la actuación del funcionario público sea delictiva la jurisprudencia viene exigiendo su conducta sea manifiestamente contraria a Derecho. No basta una mera ilegalidad, que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible. En conclusión, la contradicción a Derecho del acto administrativo ha de ser patente y grosera o debe tratarse de un acto claramente arbitrario, producto de la mera voluntad del funcionario público. De lo contrario, los tribunales penales anularían en la práctica la intervención de control de los tribunales del orden contencioso-administrativo.

Así, en coherencia con el principio de intervención mínima del Derecho Penal, la Audiencia señala que no todo acto administrativo nulo de pleno derecho o anulable implica necesariamente la comisión de un delito, dado que el Derecho Penal solo se ocupa de los ataques más graves a la legalidad, de modo que el concepto de «ataques más graves» no se identifica con los conceptos administrativos de nulidad de pleno derecho y anulabilidad.

En el presente caso, la Audiencia consideró que no se había cometido por el arquitecto municipal y por el alcalde en funciones una conducta penalmente relevante porque, (i) aunque el terreno sobre el que construyó la vivienda estaba clasificado como rústico, ya contaba, de facto, con todos los servicios necesarios para su clasificación como suelo urbano; (ii) hubo un proyecto de modificación puntual de las normas subsidiarias del municipio que propuso la reclasificación del terreno, pero que se retiró por la tramitación del plan de ordenación municipal que ya estaba en curso, el cual incluiría la reclasificación del suelo; y (iii) dicho proyecto de modificación puntual fue aprobado por la asamblea vecinal, lo que pone de manifiesto la voluntad conforme de los vecinos.

En definitiva, la Audiencia no consideró que concurriese el «plus» de ilegalidad exigido para que la actuación de los funcionarios públicos imputados pudiera considerarse delictiva.

**Absolución por un delito de falsedad en documento público a una magistrada que alteró el acta que contenía su propia sentencia dictada in voce**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de enero de 2011*

En esta sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid absuelve del delito de falsedad en documento público por el que había sido acusada una magistrada que alteró lo dispuesto en el acta que contenía la sentencia *in voce* que ella misma había dictado en el seno de un procedimiento por los trámites del juicio rápido.

El órgano jurisdiccional llega a esta decisión tras entender que la ausencia del secretario judicial en el acto impide calificar el documento alterado como «público».

En ningún momento se plantean dudas sobre la consideración de documento del acta, en tanto el Código Penal entiende, en su artículo 26, que «A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica», por lo que el núcleo del caso se centra en si tal documento puede ser o no calificado como público.

De acuerdo con la sentencia, la condición de público de un documento viene determinada por la intervención de un funcionario público en el ejercicio de su cargo y actuando de acuerdo con las formalidades legalmente exigidas. En apoyo de esta afirmación se cita el Código Civil (art. 1216), la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 145 y 317) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 453.1).

Descendiendo al caso concreto, la sentencia analiza los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece para el acta en el que se documenta la sentencia de conformidad en los juicios rápidos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el artículo 801.2.º, relativo a los juicios rápidos remite a lo establecido en el artículo 789.2 del mismo cuerpo legal, que dispone que «el Juez de lo

*Penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio, documentándose en el acta con expresión del fallo y una sucinta motivación, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla*». Esta documentación, manifestada en la elaboración de las actas corresponde en exclusiva, de acuerdo con lo establecido por el artículo 145.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al secretario judicial. De ahí que el juzgado considere que el hecho de que sea el secretario judicial quien elabore las actas es una condición indispensable para que éstas puedan considerarse documento público.

Pues bien, en el caso enjuiciado quedó probada la inasistencia del secretario judicial al acto del juicio y que no participó en la redacción del acta (de hecho no figura en el encabezamiento como presente ni la firmó). Todo ello condujo al tribunal a considerar que, a pesar de la utilización de la fórmula «DOY FE», el documento que se alteró no era un documento público, por lo que el delito ni se cometió ni pudo cometerse.

## PROPIEDAD INTELECTUAL, INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

**Ampliación del plazo de protección de los derechos de los artistas y de los productores de fonogramas sobre las grabaciones musicales**

*Directiva del Consejo de la Unión Europea, de 12 de septiembre de 2011, que modifica la Directiva 116/2006/CE sobre el término de protección de los derechos de autor y ciertos derechos conexos*

El Consejo de la Unión Europea aprueba a través de esta Directiva la ampliación del plazo de protección de los derechos de los intérpretes y de los productores de fonogramas sobre las grabaciones musicales en el ámbito de la Unión Europea de 50 a 70 años desde la primera publicación o desde la primera comunicación pública de la grabación. Este nuevo régimen viene acompañado de una serie de medidas complementarias que garantizan la efectiva remuneración de los intérpretes durante el nuevo periodo.

Así, los artistas, intérpretes o ejecutantes gozarán de dos nuevas facultades irrenunciables. Por un lado, en caso de haber cedido sus derechos exclusivos a un productor, los artistas podrán resolver el contrato de cesión si, una vez pasados 50 años desde la primera comunicación pública o publicación de la interpretación o ejecución objeto del contrato, el productor no ofrece al público ejemplares en cantidad suficiente de un fonograma que contenga dicha interpretación o ejecución. Además, en determinados casos, los artistas tendrán derecho a una remuneración anual durante los 20 años de extensión del plazo de protección, equivalente al 20% de los ingresos percibidos por el productor que deriven de los derechos de reproducción, distribución y puesta a disposición.

Por otro lado, la Directiva armoniza el método de cálculo del plazo de protección de las composiciones musicales con letra creadas por varios autores. El plazo de protección terminará 70 años después de la muerte de la última de las siguientes personas: el autor de la letra o el compositor de la música.

\* Esta sección de Derecho de la Propiedad Intelectual, Industrial y Competencia Desleal ha sido coordinada por Agustín González. Para su elaboración ha contado con la colaboración de Ingird Pi, Núria Porxas, Miguel de la Iglesia, Javier Carreras, Xavier Domènech y Anna Grau.

## [España]

### Nueva regulación del depósito legal de publicaciones

*Ley 23/2011 reguladora del Depósito legal (BOE de 30 de julio de 2011)*

Se aprueba la Ley que regula el depósito legal y lo configura como la institución jurídica que permite a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas recoger ejemplares de las publicaciones de todo tipo reproducidas en cualquier clase de soporte y destinadas por cualquier procedimiento a su distribución o comunicación pública, sea esta gratuita u onerosa.

Esta Ley, que deroga dos Órdenes del Ministerio de Educación y Ciencia de 1971 y 1973, tiene como objetivo regular la institución que se encarga de preservar el patrimonio bibliográfico, sonoro, visual audiovisual y digital de las culturas de España en cada momento histórico, y permitir el acceso al mismo con fines culturales, de investigación o información, así como la reedición de obras de conformidad con lo que se expresa en esta Ley y en la legislación sobre propiedad intelectual.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

### Criterios para el cálculo de la remuneración de los autores por el préstamo de obras en establecimientos públicos

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 30 de junio de 2011 en el asunto Vereniging van Educatieve en Wetenschappelijke Auteurs (VEWA) y Belgische Staat (as. C271/10)*

Esta sentencia resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Raad van State (Bélgica) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la interpretación del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 92/100/CE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (actualmente artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2006/115/CE, de 12 de diciembre).

La petición se plantea después de que una entidad belga de gestión de derechos de autor, VEWA, interpusiera un recurso de anulación contra una disposición de su normativa nacional. VEWA afirma que dicha norma es contraria a las disposiciones de la Directiva 92/100, al establecer como remuneración debida a los autores por los préstamos en establecimientos públicos un importe anual a tanto alzado de 1 euro por persona, atendiendo por tanto únicamente al número de prestatarios inscritos en cada centro público.

Declara el tribunal en esta sentencia que el concepto de «remuneración» que recoge el citado artículo de la Directiva debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme. Aclara también que este concepto es distinto del concepto de «remuneración equitativa» al que se refiere el artículo 4, apartado 1. Una vez aclarados estos conceptos, el tribunal dispone que la remuneración debe ser la contrapartida al perjuicio causado a los autores debido a la utilización de sus obras sin su autorización y, por ello, en este caso el importe de la remuneración deberá tener en cuenta la amplitud de la puesta a disposición de la obra por medio del préstamos. Así, la remuneración que pague un concreto establecimiento deberá tener en cuenta el número de objetos puestos a disposición del público, así como el número de prestatarios inscritos en el establecimiento de préstamo público. Una norma como la belga, que toma en consideración este último criterio, pero no el del número de objetos, se opone a la Directiva 92/100.

### Derecho al nombre frente al registro de nombre notorio como marca comunitaria

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de julio de 2011 en el asunto Edwin Co. Ltd. c. OAMI (as. C-263/09 P)*

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por Edwin Co. Ltd. («Edwin») frente a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (actual Tribunal General de la Unión Europea), que resolvió que, conforme al artículo 52.2 a) del Reglamento



de Marca Comunitaria, la OAMI puede, a instancia de parte, declarar la nulidad de una marca comunitaria si su uso puede prohibirse en virtud de un derecho al nombre protegido por el Derecho nacional.

El caso trae causa del conflicto entre Edwin y D. Elio Fiorucci sobre la cesión del «patrimonio creativo» que el Sr. Fiorucci había efectuado a favor de Edwin en 1990 y sobre si esa cesión incluía el derecho de Edwin a obtener el registro de la marca comunitaria denominativa «Elio Fiorucci». En particular, la recurrente obtuvo el registro de la marca comunitaria «Elio Fiorucci» en 1999. El Sr. Fiorucci, con base en la normativa comunitaria e italiana, solicitó a la OAMI que se declarase la nulidad de esta marca alegando la notoriedad de su nombre en Italia, dado que, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Marcas italiana, un tercero no está autorizado a registrar como marca un nombre notorio si no cuenta con el consentimiento de su titular.

La división de anulación de la OAMI estimó la solicitud de nulidad al entender aplicable el artículo 8 de la Ley de Marcas italiana y anuló el registro de la marca controvertida.

Edwin apeló esta Resolución frente a la Cámara de Recursos de la OAMI, que estimó el recurso sobre la base de que el artículo 52.2.a) del Reglamento de Marca Comunitaria («RMC») no remitía al artículo 8 de la Ley de Marcas italiana, ya que la finalidad del artículo 8 es evitar la explotación con fines comerciales por parte de terceros del nombre de una persona célebre, razón de ser que, según la doctrina italiana, desaparece si el potencial comercial del nombre ya hubiera sido «ampliamente explotado», como sucedía en el caso.

El Sr. Fiorucci recurrió esta Resolución ante el Tribunal General, solicitando la declaración de nulidad de la marca controvertida al amparo de los artículos 50 y 52 del RMC. El motivo fundado en el artículo 50 del RMC fue desestimado por no concurrir los requisitos especiales constitutivos de inducción a error ni de uso engañoso de la marca. No obstante, el Tribunal General sí estimó el motivo fundado en el artículo 52, discrepando de la interpretación del artículo 8 de la Ley de Marcas italiana efectuada por Cámara de Recursos, por cuanto esta norma se refiere a nombres de personas notorias, sin distinguir en función del ámbito en el que se haya adquirido esta notoriedad. En consecuencia, el Tribunal General anuló la Resolución de la Cámara de Recursos por comportar un error de Derecho en la interpretación de la norma italiana, estimando la petición de declaración de nulidad de la marca por cuanto ello implicaría el ejercicio de funciones administrativas de la OAMI.

Edwin interpuso recurso de casación frente a la Resolución del Tribunal General ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, alegando que el derecho al nombre es, a efectos de regulación de la propiedad industrial, un atributo de la personalidad, y que la normativa italiana de marcas protege, en exclusiva, los intereses patrimoniales de una notoriedad adquirida fuera del ámbito comercial, por lo que no resultaba de aplicación al objeto del litigio.

La interpretación propuesta por Edwin no es acogida por el Tribunal de Justicia, que sostiene que no tiene cabida en el ámbito de los derechos de propiedad industrial una interpretación restrictiva del derecho al nombre, entendiéndose por tanto que en él se incluyen tanto los derechos de la personalidad como los de explotación comercial. Razona el Tribunal que el artículo 52.2.a) del RMC permite que se invoque la nulidad de una marca comunitaria siempre y cuando un interesado alegue un derecho previo en los supuestos, no tasados, de derecho al nombre, a la imagen, los derechos de autor y el derecho de propiedad industrial. Añade el Tribunal de Justicia que los derechos citados, sobre todo en el caso de los derechos de autor o de propiedad industrial, no tienden a proteger en exclusiva bienes meramente personales, sino también económicos, por lo que la misma consideración ha de otorgársele al derecho al nombre.

Finalmente, el tribunal confirma la jurisdicción del Tribunal General para revisar la legalidad de las conclusiones de la OAMI sobre la ley nacional aplicable y, con ello, la interpretación que del artículo 8 de la normativa italiana de marcas había efectuado la sentencia recurrida del Tribunal General, esto es, que el titular de un nombre notorio tiene derecho a oponerse al uso del nombre como marca si no prestó su consentimiento al registro y que el artículo 8 se aplica independientemente del ámbito en el que se hubiese adquirido dicha notoriedad.

**Mercado electrónico y protección de marcas** *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2011 en el asunto L'Oréal y eBay Inc (as.C-324/09)*

La sentencia resuelve la cuestión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la regulación comunitaria en materia de marcas y de comercio electrónico.

La cuestión prejudicial se plantea en el contexto del procedimiento judicial iniciado por L'Oréal SA y tres de sus filiales («L'Oréal») contra tres filiales de eBay Inc. («eBay») y siete vendedores personas físicas que utilizaron la plataforma electrónica para sus transacciones. Las demandantes alegan que las transacciones vulneraron sus derechos de marca, bien porque los productos objeto de dichas transacciones no estaban destinados a la venta en el territorio de la Unión Europea, bien porque los productos no estaban destinados a la venta por ser artículos de prueba o demostración, o bien porque los productos fueron vendidos sin su correspondiente embalaje. Además, sostienen que eBay infringió sus derechos de marca por haber incluido marcas protegidas en la presentación de su sitio web y haber insertado en motores de búsqueda como Google enlaces patrocinados de la marca. Por último, L'Oréal solicita que, incluso en el caso de que eBay no incurra en responsabilidad, se dicte un requerimiento judicial contra ella con el objeto de evitar ulteriores lesiones a sus derechos.

A la luz de estas circunstancias, el tribunal inglés suspende el procedimiento y plantea al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales que afectan a las siguientes materias: (i) la venta de productos de marca en el mercado electrónico; (ii) la publicidad de productos de marca realizada por un operador de mercado electrónico en su sitio web; (iii) el uso de marcas protegidas en las ofertas presentadas en el sitio web del operador del mercado electrónico; (iv) la responsabilidad del operador del mercado electrónico por el alojamiento de información facilitada por los vendedores, y (v) los requerimientos judiciales dirigidos a evitar ulteriores lesiones a los derechos de propiedad industrial.

Con respecto a la venta de productos de marca en un mercado electrónico, el tribunal de instancia plantea al TJUE si el titular de una marca puede oponerse a la comercialización de productos destinados a la venta en países ajenos a la UE. A este respecto, el TJUE resuelve que el titular de la marca tiene un derecho de oposición a la oferta o venta en un mercado electrónico dirigido a consumidores situados en el territorio cubierto por la marca, en el caso de productos que no hayan sido comercializados con anterioridad en el territorio de la UE y estén protegidos por una marca registrada en un Estado miembro o por una marca comunitaria. Asimismo, el TJUE interpreta que la entrega gratuita de artículos con ánimo de promoción no se considera, salvo prueba en contrario, un acto de comercialización en el sentido de la normativa comunitaria. Por último, el TJUE entiende que el titular de la marca tiene un derecho de oposición frente a la venta de sus productos sin su correspondiente embalaje, cuando en el embalaje figure información esencial o cuando el titular de la marca pruebe que la retirada del embalaje menoscaba la imagen de dicho producto y, en consecuencia, la reputación de la marca.

En relación con la publicidad presentada en el sitio web del operador de mercado electrónico, el TJUE sostiene que el titular de la marca está facultado para prohibir al operador de mercado electrónico hacer publicidad, a partir de la inclusión de una palabra clave idéntica a la marca en un motor de búsqueda, de productos de la marca cuando dicha publicidad no permita al internauta normalmente informado y atento determinar si tales productos proceden del titular de la marca o de un tercero.

Respecto al uso de marcas protegidas en el sitio web de los operadores de los mercados electrónicos, el TJUE señala que, dado que estos operadores no utilizan los signos idénticos o similares a las marcas protegidas por sí mismos y en el marco de comunicaciones comerciales propias, sino que presentan los productos por cuenta de los clientes-vendedores, son estos últimos los únicos que hacen uso de tales signos.

Por otro lado, en cuanto a la actividad de almacenamiento de datos, el TJUE aclara que, para la aplicación de la excepción en materia de responsabilidad por los datos almacenados, el prestador de servicios ha de poder ser incluido en la categoría de «prestador intermediario». Esto último implica que el prestador de servicios debe desempeñar la tarea de almacenamiento de una

manera neutral, sin adoptar un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de tales datos.

Igualmente, el TJUE aclara que los requisitos para determinar la responsabilidad serán los establecidos por el Derecho nacional aplicable en la materia.

En cualquier caso, no podrán acogerse a la citada excepción los prestadores de servicios que hubieran tenido conocimiento de circunstancias a partir de las cuales un prestador de servicios diligente habría constatado el carácter ilícito de determinadas ventas, y, en su caso, no hubiera reaccionado debidamente y con prontitud.

Finalmente, el TJUE admite la posibilidad de solicitar de los tribunales competentes el dictar requerimientos a fin de que los operadores de los sitios webs utilizados por terceros para causar perjuicios a marcas registradas adopten medidas tendentes a evitar que se lesionen derechos en el futuro, precisando que dichos requerimientos deben ser efectivos, proporcionados y disuasorios, sin crear en ningún caso obstáculos al comercio legítimo.

**Alcance de la prohibición de la publicidad encubierta: presunción de intencionalidad cuando existe remuneración**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 9 de junio de 2011 en el asunto Eleftheri tileorasi AE «Alter Channel», Konstantinos Giannikos e Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis, Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (as. C-52/10)*

Esta resolución tiene por objeto la interpretación del artículo 1.d) de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (la «Directiva»). El supuesto de hecho enjuiciado, bajo la óptica de la prohibición de la publicidad encubierta que establece la Directiva, trae cuenta de una emisión difundida en un canal de televisión griego, en la que se dedicaron tres secuencias a presentar un tratamiento dental estético. A este respecto, la cuestión prejudicial formulada al TJUE planteaba si debe interpretarse el referido artículo 1.d) de la Directiva en el sentido de que, en la determinación de la existencia de publicidad encubierta, el abono de una remuneración, un pago o una contraprestación de otra naturaleza constituye «un elemento conceptual indispensable del propósito publicitario».

Tras recordar que la Directiva tiene como finalidad asegurar la más completa y adecuada protección de los intereses de los consumidores como telespectadores, el TJUE señala que el citado artículo establece una presunción en virtud de la cual se considera intencionada una presentación de bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en un programa si dicha presentación se hace a cambio de una remuneración o un pago similar. Ahora bien —añade el TJUE—, ello no debe interpretarse de forma estricta en el sentido de que tal presentación únicamente pueda considerarse intencionada si se hace a cambio de una remuneración o de un pago similar, ya que no se puede excluir tal propósito a falta de tal remuneración o pago.

## [España]

**El artículo 64 de la Ley de Patentes no presupone la existencia de los daños derivados de la infracción de patente, que deben ser probados incluso en los supuestos «ex re ipsa»**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2011*

La sociedad Roig Farma, S.A. («Roig») se dedicó, entre 1999 y 2001, a la importación de China a España de ciertas cantidades de monohidrato de hidrocloreuro de sibutramina para su posterior comercialización en España. La sociedad Abbot GmbH & Co. («Abbot»), titular de la patente europea EP 0230742 (la «Patente EP 742»), interpuso demanda civil contra Roig alegando que la importación y comercialización descritas infringían los derechos de exclusiva conferidos por la Patente EP 742.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Barcelona desestimó la demanda. La Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso de apelación deducido por Abbot y, declarando que la conducta de Roig constituía una vulneración la Patente EP 742, ordenó la cesación de los actos infractores y el embargo y destrucción del producto importado. Sin embargo, la Audiencia desestimó la pretensión de indemnización de daños y perjuicios sobre la base de que, habiendo optado Abbot por el criterio del artículo 66.2 a) de la Ley de

Patentes (la «LP»), no cabía inferir la existencia del perjuicio previsto en dicho artículo, puesto que Abbott no explotaba la Patente EP 742. Frente a ello, Abbot formuló recurso de casación alegando como motivo único la infracción del artículo 66 en relación con el artículo 64 de la LP.

El TS resuelve la cuestión precisando, en primer lugar, que la función del artículo 64 de la LP no es cuantificar ni determinar la existencia misma del daño, sino, partiendo de la previa existencia de daños, distinguir entre supuestos en los que la responsabilidad del infractor se configura objetivamente (fabricación, importación y utilización del procedimiento patentado) o subjetivamente (otros actos de explotación). Así, debe entenderse que la expresión «*en todo caso*» del referido precepto no puede servir de fundamento para presumir la existencia de daño, que debe ser probado, sino para determinar la existencia de responsabilidad aun cuando no haya media-do culpa o negligencia.

Añade el tribunal que la regla «*ex re ipsa*» permite presumir la existencia de daños cuando, en determinados supuestos singulares, la realidad fáctica hace ociosa la prueba. Se trata de una excepción a la exigencia de prueba del daño que, como tal, no debe aplicarse de modo generalizado. En el caso debatido, dado que Abbot no explotaba la Patente EP 742 en España, declara el TS que ni siquiera «*ex re ipsa*» cabe inferir la existencia del daño, puesto que aun de no haberse producido el comportamiento infractor de Roig, la actora seguiría sin haber obtenido beneficio alguno derivado de la (inexistente) explotación, que es la regla del artículo 66.2 a) de la LP.

Por último, el TS recuerda que la apreciación de la existencia real del daño (o, en su caso, la aplicación de la doctrina «*ex re ipsa*») así como la cuantificación del daño causado corresponde a los tribunales de instancia. En este sentido, y dado que el artículo 219 de la LEC exige que las bases para la cuantificación de la indemnización se consignen en la demanda, la invocación de un criterio de cálculo del artículo 66.2 de la LP que resulte inaplicable (en este caso, debido a que la propia actora no explotaba en España la patente) impide tanto aplicar criterios distintos de los invocados como diferir a un proceso ulterior la determinación de bases distintas.

Por los argumentos expuestos, la sala desestima el recurso de casación concluyendo que, no habiendo quedado acreditada la existencia de daños (y no siendo aplicable la regla «*ex re ipsa*» al no explotarse la Patente EP 742 en España), el criterio del artículo 66.2 a) de la LP invocado por Abbot deviene inaplicable.

#### **El mero enlace no infringe derechos de propiedad intelectual**

##### *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2011*

El objeto de este procedimiento consistía en determinar si la actividad de enlazar puede suponer una infracción de derechos de propiedad intelectual.

En este caso, la Audiencia Provincial de Barcelona confirma la desestimación de una demanda de SGAE contra el titular de una página web que contiene enlaces a redes de archivos compartidos P2P y enlaces a descargas directas, es decir, a contenidos almacenados en sitios de la red de gran capacidad tipo [www.megaupload.com](http://www.megaupload.com).

Puesto que el sitio web ofrece exclusivamente enlaces pero no almacena contenidos audiovisuales ni interviene en las transmisiones realizadas en las redes P2P, sostiene la Audiencia que dicha labor no entra dentro del concepto de reproducción y no supone infracción de derecho de propiedad intelectual alguno.

#### **Deterioro de una escultura por cambio de ubicación que vulnera el derecho moral**

##### *Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de marzo de 2011*

Esta sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante estima parcialmente el recurso de apelación promovido por el autor de una obra escultórica que había sido desplazada de su ubicación original (había sido creada para su colocación en el mar) y que había sufrido un evidente deterioro después de haber sido trasladada del interior del mar a tierra firme por orden del Ayuntamiento. Consideraba el autor que ambas circunstancias suponían una infracción de sus derechos morales de autor.

Aunque el Ayuntamiento desplazó la obra siguiendo un plan de regeneración de la playa ejecutado por el Ministerio de Medio Ambiente, la Audiencia entendió en este caso que la actitud pasiva del Ayuntamiento al no informar al Ministerio de los efectos que aquel proyecto iba a

provocar sobre la obra, ni tampoco comunicar al autor de la obra la repercusión que la ejecución de dicho proyecto iba a tener en su obra, le hacía responsable de la vulneración del derecho moral del autor.

**Una nueva sentencia desestima una demanda en materia de compensación equitativa por copia privada**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 8 de julio de 2011*

En la línea de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2011 (comentada en el número 29 de esta publicación) esta sentencia desestima en fase de apelación la demanda presentada por varias entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual frente a una mercantil dedicada a la comercialización de CDs y DVDs en reclamación de la compensación equitativa por copia privada.

Citando expresamente tanto la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señala el tribunal que debe existir una vinculación efectiva entre los equipos, aparatos y soportes sujetos a la compensación y el presumible uso de estos elementos para realizar copias privadas. La prueba de la existencia de tal vinculación efectiva corresponde a las actoras, que en este caso no habían hecho esfuerzo probatorio alguno en este sentido.

**Diferencias entre «obras fotográficas» y «meras fotografías»**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2011*

El TS analiza en esta sentencia la distinción entre las «obras fotográficas» y las «meras fotografías».

En concreto, el tribunal entiende que las fotografías litigiosas (creadas por el demandante para su inclusión en ciertos productos comercializados por el demandado) no son obras fotográficas (cuyo titular goza de derechos de autor que comprenden, entre otros, los derechos de explotación y los derechos morales), sino meras fotografías (que gozan de una protección más reducida, y no son, en el sentido legal, objeto de protección de los «derechos de autor»). A esta conclusión se llega tras analizar la creatividad de las fotografías y su originalidad, requisitos esenciales para que las obras gocen de la calificación de «obras fotográficas».

**Inexistencia de apariencia de buen derecho en pretensión cautelar de cesación de la comercialización de un juego de mesa, que reproduce la imagen y nombre de futbolistas profesionales, fundada en la Ley de Competencia Desleal**

*Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de marzo de 2011*

La Audiencia Provincial de Madrid confirma la desestimación de la solicitud de medidas cautelares formulada por una conocida editorial frente a dos sociedades responsables de la comercialización de un juego de naipes con un tablero con forma de campo de fútbol, en cada una de cuyas cartas se reproducía la imagen individual de 130 futbolistas, todo ellos participantes del Campeonato Mundial de Fútbol de Sudáfrica de 2010.

La actora era titular de los derechos de exclusiva sobre la comercialización de una colección de cromos sobre esa competición y fundaba la apariencia de buen derecho de su pretensión cautelar en la calificación de la conducta de las demandadas como actos de competencia desleal por confusión (art. 6), imitación (art. 11), explotación de la reputación ajena (art. 12) y violación de normas (art. 15).

La Audiencia niega la existencia de apariencia de buen derecho en la solicitud cautelar por entender que las prestaciones ofrecidas por la parte demandada no son homogéneas a las de la actora y por no presentarse la demandada como patrocinadora oficial del Campeonato de Mundial de Fútbol de Sudáfrica de 2010, ni hacer uso de los signos de su organizadora o de los clubes nacionales.

**La licencia de marca no se extiende a las formas de presentación de los productos del licenciante o de su grupo empresarial**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2011*

La parte demandante y demandada reconvencionalmente en primera instancia interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 30 de enero de 2008. Esta sentencia había declarado que la referida parte actora, licenciataria de una determinada marca mixta, había cometido un acto de competencia desleal por confusión al identificar el calzado por ella comercializado no sólo con la parte denominativa del signo

registrado (signo gráfico-denominativo), sino también con idéntica grafía y el mismo fondo (elementos gráficos también presentes en el registro), así como con otros elementos similares a los empleados en la presentación comercial de los productos de la parte contraria, sociedad afiliada de la licenciante de la marca. La misma sentencia había rechazado calificar como actos de competencia desleal por denigración las declaraciones realizadas por la demandada y reconviniente en relación con el carácter «no original» de los productos de la recurrente en casación.

El recurso de casación se basaba en dos motivos: por un lado, la infracción del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal (actos de confusión) y, por otro, la infracción del artículo 9 de la misma norma (actos de denigración). La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto, estimando el primero de los motivos planteados y rechazando el segundo.

En relación con el primero de los motivos de casación, reconoce el TS que la demandante y reconvenida, en su calidad de licenciataria, tenía el derecho de utilización de la marca en su integridad, «*en su plena identidad registral*», esto es, no solo del simple signo denominativo, tal y como había establecido la Audiencia, sino también de los elementos gráficos que forman parte integrante del registro. Sin embargo, ello no implica en absoluto que las formas de presentación de los productos deban ser idénticas o similares. Por el contrario, las respectivas formas de presentación deben permitir a los consumidores distinguir el origen empresarial diverso de los productos considerados.

En relación con el segundo motivo de casación, el TS considera que el intento de la demanda y actora reconvenional de informar a los consumidores sobre el distinto origen empresarial de los productos considerados con la finalidad de evitar el riesgo de confusión es una actuación razonable, sin que el cierto tono denigratorio inherente a la práctica pueda considerarse desproporcionado.

**La vulneración de un pacto de no competencia no constituye per se un ilícito concurrencial de la Ley de Competencia Desleal**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de julio de 2011*

La Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid. Esta sentencia, estimando parcialmente la demanda, había declarado la validez de un contrato suscrito entre las partes, así como el incumplimiento por la demandada de un pacto de no competencia, calificando este incumplimiento como un ilícito concurrencial del (anterior) artículo 5 (hoy 4) de la Ley de Competencia Desleal.

La Audiencia, por el contrario, establece que la vulneración de un pacto de no competencia no constituye *per se* ilícito concurrencial alguno, ni tampoco una conducta capaz de contribuir de modo significativo a configurar un acto contrario a la cláusula general de la buena fe.

## SALUD Y ALIMENTACIÓN\*

### 1 · LEGISLACIÓN

[España]

**Seguridad alimentaria y nutrición**

*Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición (BOE de 6 de julio de 2011)*

Esta Ley tiene por objeto el reconocimiento y la protección efectiva del derecho a la seguridad alimentaria, entendiéndose como tal el derecho a conocer los riesgos potenciales que pudieran estar asociados a un alimento y a alguno de sus componentes, el derecho a conocer la incidencia de los riesgos emergentes en la seguridad alimentaria y a que las administraciones competentes garanticen la mayor protección posible frente a dichos riesgos.

Del reconocimiento de este derecho se deriva la revisión y sistematización de normas en materia de seguridad alimentaria, como aspecto fundamental de la salud pública, para asegurar un nivel elevado de protección de la salud de las personas en relación con los alimentos. Como aspecto más novedoso, se establecen las bases para fomentar hábitos saludables que permitan luchar contra la obesidad.

**Bebidas refrescantes** *Real Decreto 650/2011, de 9 de mayo, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria en materia de bebidas refrescantes (BOE de 19 de mayo de 2011)*

Este Real Decreto, que deroga el Real Decreto 15/1992, de 17 de enero, por el que se aprobaba la anterior reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, circulación y venta de bebidas refrescantes, tiene por objeto definir, a efectos legales, lo que se entiende por bebidas refrescantes y fijar, con carácter obligatorio, la ordenación jurídica de tales productos.

En este sentido, el Real Decreto define las bebidas refrescantes como «*bebidas analcohólicas, carbonatadas o no, preparadas con agua de consumo humano, aguas preparadas, agua mineral natural o de manantial, que contengan uno o más de los siguientes ingredientes: anhídrido carbónico, azúcares, zumos, purés, disgregados de frutas y/o vegetales, extractos vegetales, vitaminas y minerales, aromas, aditivos autorizados u otros ingredientes alimenticios*».

El Real Decreto establece también los ingredientes que podrán contener las bebidas refrescantes, así como su régimen de envasado, etiquetado, presentación y publicidad.

**Nuevo Real Decreto-ley de medidas para la sostenibilidad del sistema sanitario** *Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011 (BOE de 20 de agosto de 2011)*

En el título primero del Real Decreto-ley se recogen las medidas para la mejora de la calidad, la equidad, la cohesión y la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, entre las que destacan las medidas relativas a la prestación farmacéutica.

*Prescripción por principio activo*

Se modifica el artículo 85 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios («*Ley de Garantías*»), estableciéndose como régimen general la prescripción de los medicamentos y de los productos sanitarios por su principio activo o su denominación genérica respectivamente, dispensándose el medicamento o producto sanitario de menor precio dentro de su agrupación homogénea. Sin embargo, cuando, como excepción al régimen general anterior, el facultativo prescriptor identifique el producto por su nombre comercial, el farmacéutico dispensará el medicamento o producto sanitario prescrito si es el de menor precio de su agrupación homogénea. Se exceptúan de esta obligación los casos en que la prescripción por marca esté justificada por razones de necesidad terapéutica o cuando se trate de medicamentos que pertenezcan a agrupaciones integradas por un medicamento y sus licencias al mismo precio.

Puesto que en aplicación del nuevo artículo 85, como norma general, se dispensará el medicamento de menor precio de la correspondiente agrupación homogénea, se elimina la obligación de dispensar el medicamento genérico a igualdad de precio. Asimismo, se incrementa del cinco al diez por ciento el límite máximo de los descuentos que los distribuidores realicen a las farmacias por la compra de medicamentos de marca, igualándose con el límite máximo de dichos descuentos por la compra de medicamentos genéricos.

\* Esta sección de Actualidad Salud y Alimentación ha sido elaborada por José Solís García y Antonio Montoro Moreno, y coordinada por Beatriz Cocina Arrieta, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

*Sistema de precios de referencia*

Se modifica el artículo 93 de la Ley de Garantías, en el que se regula el sistema de precios de referencia, introduciéndose varias novedades:

- (i) Las innovaciones galénicas no solo se integrarán en el conjunto de referencia cuando transcurran cinco años desde su exclusión, sino también desde que se resuelva la inclusión en la prestación farmacéutica de un medicamento genérico o biosimilar, con la misma composición cuantitativa y cualitativa en principio activo e idéntica forma farmacéutica. Las innovaciones galénicas declaradas conforme a la normativa anterior seguirán produciendo sus efectos.
- (ii) Se elimina la opción de asumir de forma gradual las rebajas del precio del medicamento.
- (iii) Se eliminan las reducciones del 30% del precio de los medicamentos, recogidas en los antiguos apartados sexto y séptimo. En paralelo, se modifica el sistema de deducciones introducido por el Real Decreto-ley 8/2010, estableciéndose una deducción del 15% para los medicamentos de marca transcurridos 10 años desde la resolución de financiación del medicamento —u 11 en el caso de haber sido autorizada una nueva indicación— cuando el medicamento no esté protegido por patente en todos los Estados miembros de la Unión Europea.
- (iv) Se prevé la introducción de un «sistema de precio seleccionado», que será desarrollado mediante Real Decreto para el grupo de medicamentos que determine el Gobierno. En virtud de este sistema, se seleccionarán mediante procedimientos concursionales las presentaciones que, garantizando el abastecimiento del mercado, seguirán estando incluidas en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, quedando el resto temporalmente excluidas mientras se mantenga vigente el sistema.

*Régimen de infracciones*

Se introduce una nueva infracción grave: ocultar información a las administraciones sanitarias o aportar información falsa, de modo que dé lugar a conclusiones inexactas, con la finalidad de obtener algún beneficio.

Asimismo, se introducen tres infracciones muy graves:

- (i) Cesar el suministro de un medicamento por parte del titular de autorización de comercialización, en el caso de que se origine laguna terapéutica, ya sea en el mercado en general o en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.
- (ii) Distribuir fuera del territorio nacional medicamentos para los que existan problemas de desabastecimiento con repercusión asistencial.
- (iii) La realización de actividades de distribución o exportación por las oficinas de farmacia.

*Otras medidas*

- (i) Se incluye la relación coste-efectividad como uno de los criterios a valorar por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad a la hora de decidir sobre la financiación de un determinado medicamento o producto sanitario.
- (ii) En el mismo sentido, se crea el Comité de Coste-Efectividad de los Medicamentos y Productos Sanitarios, que emitirá dictámenes preceptivos, aunque no vinculantes, de cara a la fijación del precio de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.
- (iii) Por último, se modifica el Real Decreto 823/2008, estableciéndose un sistema de compensación para las farmacias ubicadas en núcleos pequeños de población, aislados o socialmente deprimidos.

Véase el artículo de Borja López Pol y otros comentarios adicionales (sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» de Tributario) a esta norma que se incluyen en este mismo número de la *Revista*.



**Sustancias estupefacientes**

*Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional (BOE de 23 de agosto de 2011)*

Este Real Decreto tiene como objeto establecer el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional, en desarrollo de lo previsto en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizó la legislación española de estupefacientes, adaptándola a lo establecido en el Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas. Así, el Real Decreto establece, entre otras cuestiones, los criterios de evaluación de aquellas sustancias susceptibles de ser consideradas como estupefacientes, el proceso de evaluación y las medidas de fiscalización para la adecuada gestión del riesgo derivado del uso indebido, abuso y desvío al tráfico ilícito de estas sustancias.

**Deducciones a la facturación mensual de la oficina de farmacia**

*Real Decreto 1193/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento de aplicación de la escala conjunta de deducciones a la facturación mensual de cada oficina de farmacia (BOE de 26 de agosto de 2011)*

Mediante este Real Decreto se establece el procedimiento para la aplicación de la escala conjunta de deducciones sobre la factura mensual de cada oficina de farmacia, recogida en el artículo 2.5 del Real Decreto 823/2008, de 16 de mayo, por el que se establecen los márgenes, deducciones y descuentos correspondientes a la distribución y dispensación de medicamentos de uso humano.

**Presentación telemática de escritos ante la AEMPS**

*Orden SPI/1864/2011, de 20 de junio, por la que se autoriza la presentación a través del registro electrónico del departamento de determinados escritos, comunicaciones y solicitudes en materia de productos sanitarios, cosméticos y productos de higiene personal de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (BOE 5 de julio de 2011)*

**2 · JURISPRUDENCIA****[España]****Primera sentencia de la Audiencia Nacional sobre las políticas de precio libre**

*Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2011*

La sentencia de la Audiencia Nacional («AN») de 13 de junio de 2011 resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto por un almacén mayorista contra la resolución de la Comisión Nacional de Competencia («CNC») de 21 de mayo de 2009. Mediante esta resolución, la CNC había acordado el archivo de una denuncia formulada por el almacén mayorista recurrente contra diversos aspectos de la política comercial y de precios de cierto laboratorio farmacéutico.

La CNC acordó el archivo por considerar que en los hechos denunciados y, en particular, en el contrato de suministro suscrito por el laboratorio denunciado con sus mayoristas, no se apreciaban indicios de infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, vigente al tiempo de la denuncia (actualmente, artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia – «LDC») y del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea («TCE») (actualmente, artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

La política de precios del laboratorio, resumidamente, consistía en la aplicación a sus medicamentos de un precio libremente establecido. Únicamente en los casos en que concurren los requisitos de intervención (medicamentos financiados por la seguridad social y dispensados en España) previstos en el artículo 90 de la Ley de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios («artículo 90»), dicho precio libre debe reemplazarse por imperativo legal por el precio intervenido coactivamente fijado por la administración. Los contratos del laboratorio con los mayoristas recogen, de modo instrumental, los mecanismos contractuales precisos para que pueda aplicarse el sistema de precio libre unilateralmente decidido por el laboratorio.

La sentencia de la AN, ignorando pronunciamientos previos de la CNC y de los tribunales, estima

parcialmente el recurso y, en particular, anula la resolución en la parte que acuerda archivar las actuaciones en relación con el contrato de suministro suscrito por el laboratorio con sus mayoristas. La AN, sin embargo, inadmite la pretensión del recurrente relativa a la declaración de nulidad de dichos contratos.

Según la AN, los razonamientos que llevaron a la CNC a archivar las actuaciones en 2009 no eran acertados y, por ello, anula la decisión de la CNC. Debemos destacar que la AN no se pronuncia sobre si los citados contratos vulneran los artículos 81 TCE y 1 LDC, sino que simplemente se limita a revisar la actuación de la CNC y los motivos por los que ha archivado la denuncia. La sentencia tampoco ordena a la CNC la incoación de expediente sancionador.

La sentencia no es firme, sino que está sujeta a revisión por el TS en casación. A nuestro juicio, el alto tribunal tendría motivos sólidos para revocar la sentencia de la AN. En aras de la brevedad, a continuación enunciaremos algunos argumentos principales que el TS podría tomar en consideración a estos efectos:

(i) La AN aplica el artículo 81 TCE y el artículo 1 LDC sin justificar de modo alguno que se dan los presupuestos necesarios para su aplicación, esto es, que exista un acuerdo anticompetitivo.

— Acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 81 TCE y el artículo 1 LDC. Es preciso tener en cuenta que la aplicación de dichos preceptos exige la previa concordancia de voluntades (para adoptar una conducta anticompetitiva). La AN no demuestra que exista tal acuerdo. Sin mayor motivación, pasa por alto que la CNC había concluido que la adopción de la política comercial en cuestión había sido una decisión unilateral (por tanto, no fruto de un acuerdo).

— Conducta anticompetitiva. En este caso, la AN, sin mayor fundamentación de nuevo, parte de la base de que el (supuesto) acuerdo está dirigido a limitar el comercio paralelo. La AN ignora por completo que la política del laboratorio no tiene dicho objeto. Se trata de una política comercial amparada en la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución, con las modulaciones impuestas por la regulación de los productos farmacéuticos y, en especial, por el régimen especial de intervención de precios de los medicamentos *ex* artículo 90.

(ii) La AN asimila, indebidamente, la conducta del laboratorio con un sistema anticompetitivo de doble precio. Sobre la base de dicha calificación, la AN indica que podría resultar contraria a los artículos 81 TCE y 1 LDC (si bien, como hemos visto, no se pronuncia con carácter definitivo sobre esta cuestión).

Sin embargo, no estamos ante dos precios libremente decididos por acuerdo entre el laboratorio y los mayoristas, sino que el laboratorio establece un único precio. Ahora bien, el laboratorio se ve obligado por imperativo legal a sustituir su único precio por otro determinado por la Administración, si se dan los requisitos legales de intervención. La coexistencia de dos precios no es una actuación voluntaria del laboratorio.

No es, pues, el contrato, sino el ordenamiento, el que determina que los laboratorios pueden fijar libremente los precios de sus medicamentos, pero en determinados casos deben aplicarse los precios intervenidos (por mandato legal, únicamente aquellos que sean financiados y dispensados en España). Tampoco es el contrato, sino la administración quien fija el nivel de los precios intervenidos. Así, resulta que no hay doble precio en el sentido de los artículos 81 TCE y 1 LDC.

(iii) La AN, para determinar la aplicabilidad de los artículos 81 TCE y 1 LDC, se centra en el hecho de si existe o no norma que exija al laboratorio adoptar una política de precio libre. En particular, analiza si existe alguna norma que imponga al laboratorio practicar, en los contratos que celebra con los mayoristas españoles, precios que varían en función de si los medicamentos vendidos son financiados a cargo de la seguridad social.

El planteamiento de la AN, muy influenciado por el caso *Glaxo* (que, como veremos en el apartado (iv) siguiente, presenta diferencias sustanciales con la política objeto de denuncia), parte de una premisa errónea:

— La AN se centra en que la Administración no fija el precio de los medicamentos no financiados por la Seguridad Social. Por tanto, según el razonamiento de la AN, el laboratorio no estaría «obligado» a aplicarles un precio libre, sino que podría continuar aplicándoles el precio intervenido. Así, llega a la conclusión de que la aplicación de una política de precio libre no viene impuesta por la Ley.

— Pero la cuestión no es si la Administración fija el precio de los medicamentos no financiados por la Seguridad Social, que es claro que no. Es más, tampoco fija el precio de los no dispensados en España (cuestión que ignora la AN).

Lo determinante es que los laboratorios, en ejercicio de la libertad de empresa, son absolutamente libres para fijar los precios de sus productos. La Administración únicamente impone coactivamente a los laboratorios la obligación de aplicar precios intervenidos cuando se cumplen los requisitos de intervención (financiación y dispensación en España). Adicionalmente, esos precios intervenidos son fijados unilateralmente por la Administración.

(iv) La AN señala (con poca fortuna) que si bien no existe una identidad de supuestos entre el caso *Glaxo* y la política de precio libre, las cuestiones planteadas son las mismas y vienen referidas al comercio paralelo de medicamentos.

Existen entre ambos casos diferencias trascendentales. Entre otras, es preciso hacer referencia a la liberalización de los precios aprobada por el legislador español, y no vigente en 1998, cuando se lanzó la política *Glaxo*. La interpretación que realiza la AN priva de contenido a esta liberalización y resulta contraria a la expresa y reiterada voluntad del legislador.

**Competencia exclusiva del Ministerio de Sanidad y Política Social para establecer reservas singulares a la prescripción y dispensación de los medicamentos**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 4 de mayo de 2011*

Esta sentencia estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de La Rioja contra la Resolución n.º 379, de 8 de septiembre de 2010, del Consejero de Salud. Esta Resolución imponía una reserva singular a la prescripción y dispensación de determinados medicamentos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja, estableciendo que no serían dispensados en las oficinas de farmacia, sino en los servicios de farmacia de los hospitales.

Basándose en el régimen de competencias establecido en la Constitución (artículo 149.1.16.<sup>ª</sup>), en diversos preceptos de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, y en el Real Decreto 618/2007, de 11 de mayo, por el que se regula el procedimiento para el establecimiento, mediante visado, de reservas singulares a las condiciones de prescripción y dispensación de los medicamentos (y, en particular, su apartado 4, incorporado por la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo) la sala entiende que la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja carece de competencia para establecer reservas singulares a la prescripción y dispensación de medicamentos.

Concluye la sala que «es al Ministerio de Sanidad y Política Social a quien compete establecer reservas singulares de prescripción y dispensación de los medicamentos, y no a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Lo cual implica que, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la resolución recurrida es nula de pleno derecho, al haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente para ello, debiendo estimarse, por tanto, el recurso contencioso-administrativo interpuesto».

**Se levanta la suspensión cautelar del catálogo priorizado de productos farmacéuticos de Galicia**

*Auto del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 21 de junio de 2011, por el que se acuerda levantar la suspensión de los artículos 1 a 4 y de las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley 12/2010, de 22 de diciembre, de racionalización del gasto en la prestación farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Galicia*

*Auto del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 21 de junio de 2011, por el que se acuerda levantar la suspensión del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Xunta de Galicia por el que se aprueba el Catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia*

El 1 de marzo de 2011 el Tribunal Constitucional («TC») admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra determinadas disposiciones de la Ley 12/2010, de 22 de diciembre, de racionalización del gasto en la prestación farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Galicia, así como el conflicto positivo de competencia, promovido por el Gobierno de la nación frente a la Resolución, de 30 de diciembre de 2010, por la que se hacía público el Acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia por el que se aprueba el Catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia (el «Catálogo»). En ambos casos se invocó expresamente la aplicación del artículo 161.2 de la Constitución, por lo que la admisión a trámite del recurso y el conflicto supuso la inmediata suspensión cautelar de la Ley 12/2010 y del Catálogo.

En este contexto, los dos autos del TC, analizan la procedencia de mantener la suspensión cautelar y acuerdan levantar ambas suspensiones. El levantamiento de la suspensión no implica que el TC haya resuelto sobre el fondo del asunto ni que entienda que la medida es conforme a derecho. Los autos resuelven únicamente sobre el mantenimiento o no de la medida cautelar que se había adoptado de manera automática por aplicación de las previsiones del artículo 161.2 de la Constitución. En este incidente el TC se limita a valorar si el Catálogo es susceptible de producir «perjuicios irreparables» que justifiquen la excepción a la regla general de presunción de validez de las normas.

De manera resumida, los argumentos del TC para acordar el levantamiento de la suspensión del Catálogo son los siguientes:

- (i) Que no se han aportado datos que permitan inferir que la aplicación del Catálogo produzca, desde el punto de vista cautelar, una reducción de la calidad y eficacia de la prestación farmacéutica, tal como es definida por el legislador estatal, que haya de prevalecer sobre la presunción de constitucionalidad de la que gozan las actuaciones discutidas.
- (ii) Que la contención y reducción del gasto farmacéutico es un objetivo de la totalidad de las estructuras del SNS, y que las Administraciones Públicas con competencia en la materia tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles a fin de garantizar la sostenibilidad del sistema público de salud, favoreciendo el uso racional de los medicamentos e instaurando políticas de contención del gasto en la línea señalada por la propia exposición de motivos de la Ley 29/2006 de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.
- (iii) En cuanto al perjuicio que, de levantarse la suspensión del Catálogo, sufriría la libertad de prescripción de los médicos, el TC lo descarta haciendo referencia al informe elaborado por la Comisión Central de Deontología del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, en el que se pone de manifiesto que dicho colectivo no pone objeciones a la medida.
- (iv) Añade el TC que el ahorro estimado de la medida se ha cifrado por la representación de la Xunta, tomando en consideración el período de tiempo en el que el Catálogo permaneció vigente, en unos nueve millones de euros mensuales. Esta cifra es, a juicio del TC, suficientemente ilustrativa de los efectos que, sobre la reducción de la factura farmacéutica y la correlativa sostenibilidad del sistema público sanitario, puede producir la aplicación del Catálogo, efecto tanto más relevante si se toma en consideración el contexto de crisis económica y financiera que está actualmente afectando a nuestro país y que ha motivado la adopción de un variado elenco de medidas de contención y racionalización del gasto público.

**TRIBUTARIO\*****1 · LEGISLACIÓN****[España]****Normativa estatal**

*Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011 (BOE 200/2011, publicado el 20 de agosto)*

Convalidado por el Congreso el 23 de agosto, este Real Decreto-ley, entre otras medidas, reduce el tipo del IVA aplicable a la adquisición de vivienda nueva al 4% y, en determinadas condiciones, establece ciertas limitaciones temporales al aprovechamiento de bases imponibles negativas en el Impuesto sobre Sociedades, así como a la deducción del fondo de comercio financiero, incrementando asimismo el porcentaje para el cálculo de los pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades.

Véase el artículo de Borja López Pol y otros comentarios adicionales (sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» de Salud y Alimentación) a esta norma que se incluyen en este mismo número de la Revista.

— *Real Decreto-ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal (BOE 224/2011, publicado el 17 de septiembre)*

— *Real Decreto 1145/2011, de 29 de julio, por el que se modifica el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (BOE 182/2011, publicado el 30 de julio)*

Véase el artículo de Víctor Manuel Martín Samaniego a esta norma que se incluye en este mismo número de la Revista.

**Convenios internacionales**

— *Convenio entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y su Protocolo, hecho en Madrid el 9 de octubre de 2009 (BOE 087/2011, publicado el 12 de abril)*

— *Convenio entre el Reino de España y la República Islámica de Pakistán para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta, hecho en Madrid el 2 de junio de 2010 (BOE 116/2011, publicado el 16 de mayo)*

— *Convenio entre el Reino de España y la República de Georgia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, hecho en Madrid el 7 de junio de 2010 (BOE 130/2011, publicado el 1 de junio)*

— *Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Kazajstán para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, hecho en Astana el 2 de julio de 2009 (BOE 132/2011, publicado el 3 de junio)*

\* Esta sección de Derecho Tributario ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Víctor Manuel Martín Samaniego, y en su elaboración ha participado Mafalda Alves, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

— *Convenio entre el Reino de España y la República de Panamá para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y prevenir la evasión fiscal, hecho en Madrid el 7 de octubre de 2010 (BOE 158/2011, publicado el 4 de julio)*

— *Convenio entre el Reino de España y Barbados para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta, hecho en Bridgetown el 1 de diciembre de 2010 (BOE 221/2011, publicado el 14 de septiembre)*

## [Portugal]

### Efeitos nos capitais próprios do Sistema de Normalização Contabilística em sede de tributação

*Circular n.º 7/2011, de Maio de 2011, da Direcção Geral dos Impostos*

A Circular n.º 7/2011 interpreta o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, que determina que os efeitos nos capitais próprios decorrentes da adopção pela primeira vez das normas internacionais de contabilidade, que sejam relevantes fiscalmente, concorrem em partes iguais, para a formação do lucro tributável do primeiro período de tributação em que tais normas se apliquem e dos quatro períodos de tributação seguintes.

Neste domínio, a DGCI entende que será dedutível o gasto associado ao ajustamento de transição decorrente do desconhecimento de alguns activos intangíveis anteriormente classificados como imobilizado incorpóreo que deixem de reunir as características para serem considerados como activos. Para tal, será necessário que o gasto associado aos activos seja aceite fiscalmente, dando como exemplos de tais gastos as despesas de instalação e as despesas de investigação.

A DGCI refere-se ainda a despesas e encargos com projecção económica plurianual.

De acordo com a presente Circular, caso o sujeito passivo tenha classificado, no âmbito do POC, como activo, despesas ou encargos com projecção económica plurianual abrangidos pelo disposto no n.º 4 do artigo 17.º do Decreto-Regulamentar n.º 2/90, de 12 de Janeiro, (despesas com a emissão de obrigações, encargos financeiros com a aquisição ou produção de imobilizado, correspondentes ao período anterior ao da sua entrada em funcionamento, diferenças de câmbio desfavoráveis relacionadas com o imobilizado e correspondentes ao período anterior à sua entrada em funcionamento e encargos com campanhas publicitárias), é aplicável, no seu desconhecimento, o regime transitório previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 159/2009, ou seja, os efeitos nos capitais próprios resultantes de tal desconhecimento concorrem, em partes iguais, para a formação do lucro tributável do primeiro período de tributação em que se apliquem as novas normas internacionais de contabilidade e dos quatro períodos de tributação seguintes.

Caso, pelo contrário, tais despesas e encargos com projecção económica plurianual tenham sido reconhecidos pelo sujeito passivo, na íntegra, como gastos, sem terem ainda sido aceites para efeitos fiscais, os mesmos concorrerão para a formação do lucro tributável de acordo com o regime que vinha sendo adoptado nos termos do referido artigo 17.º, n.º 4 do Decreto Regulamentar n.º 2/90, ao abrigo do qual deverão ser repartidos, em partes iguais, durante um período mínimo de três anos.

### Efeitos fiscais da classificação como activo não corrente detido para venda

*Circular n.º 8/2011, de Maio de 2011, da Direcção Geral dos Impostos*

A Circular n.º 8/2011 refere-se às diferenças de tratamento entre um activo já detido que seja reclassificado como activo não corrente detido para venda e um activo ab initio reconhecido como tal.

No primeiro caso, entende-se que, para efeitos fiscais, após a sua reclassificação, o activo deixa de ser depreciado, não se aplicando a regra da quota mínima. Aquando da sua transmissão onerosa, aplicam-se-lhes os mesmos regimes fiscais das mais e menos-valias, incluindo o regime do reinvestimento, que lhes seriam aplicáveis antes da sua reclassificação. As perdas por imparidade não serão aceites fiscalmente, podendo contudo ser recuperadas aquando da transmissão do activo, por via do regime das mais-valias e menos-valias. No entanto, caso ocorra

uma desvalorização excepcional, que implique o abate físico, o desmantelamento, o abandono ou a inutilização do activo, a perda poderá ser reconhecida nesta sede, uma vez que o activo deixa de ser considerado como detido para venda.

Explica-se ainda que caso o activo sofra nova reclassificação, deixando de estar detido para venda, deverão ser reconhecidas as depreciações que teriam ocorrido caso não tivesse havido a reclassificação. Estas podem ser deduzidas durante o período de vida útil remanescente, ou, caso seja necessário, após esse período, até integral realização das depreciações que, pelo facto de o activo ter estado classificado como activo não corrente detido para venda, não se tenham verificado antes do termo do período de vida útil do bem.

Em relação ao segundo tipo de activos, a DGCI considera que, havendo uma transmissão, será apurado um resultado operacional (ganho ou perda) e não uma menos-valia ou mais-valia fiscal, não sendo aplicável o regime do reinvestimento.

**Gastos com remunerações atribuídas a empregados e período de tributação**

*Circular n.º 9/2011, de Maio de 2011, da Direcção Geral dos Impostos*

De acordo com o disposto na NCRF 18 relativa aos Benefícios dos Empregados, « o custo esperado dos pagamentos de participação nos lucros e bónus» deverá, regra geral, ser reconhecido no período de tributação em que os empregados prestam o serviço à entidade patronal.

Existem, contudo, situações em que não se verificam as condições necessárias para que a entidade empregadora possa reconhecer o custo supra referido no período em que os empregados prestam os seus serviços.

Tendo presente tais situações, a DGCI vem esclarecer, através da presente circular que, não existindo antes da deliberação da assembleia geral qualquer obrigação legal ou contratual de pagamento de participações nos lucros ou bónus ou não sendo possível fazer uma estimativa fiável do montante de tal obrigação, a variação patrimonial negativa decorrente desse pagamento (que só então será contabilizada) será fiscalmente considerada para efeitos da determinação do lucro tributável apenas no período de tributação em que ocorre a deliberação, e não no período de tributação em que os trabalhadores tenham prestado os seus serviços.

A presente Circular interpreta ainda a expressão «fim do período de tributação seguinte» contida na alínea m) do n.º 1 do artigo 45.º do CIRC – na qual se estabelece que os gastos relacionados com pagamentos a trabalhadores e membros de órgãos sociais não são dedutíveis para efeitos da determinação do lucro tributável, quando não sejam pagos ou colocados à disposição dos mesmos até ao fim do período de tributação seguinte –, considerando que tal expressão deve ser entendida, no presente caso, como respeitando ao período de tributação seguinte àquele a que respeita o lucro e não àquele em que ocorreu a variação patrimonial negativa (ou seja, a deliberação de pagamento de participações nos lucros ou bónus).

**Transmissão onerosa de partes de capital a entidades com relações especiais**

*Ofício-circulado n.º 20151, de 24-05-2011, da Direcção de Serviços do IRC*

O ofício-circulado n.º 20151 refere-se ao regime do reinvestimento dos valores de realização relativos a partes de capital transmitidos a entidades com relações especiais, vindo esclarecer a interpretação a adoptar face à redacção do artigo 48.º, n.º 4, alínea c), subalínea 2) do CIRC.

De acordo com o n.º 1 do referido preceito legal, para efeitos de determinação do lucro tributável, a diferença positiva entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de parte de capital detidas por período não inferior a um ano é considerada em metade do seu valor sempre que no período de tributação anterior ao da realização, no próprio período de tributação ou até ao fim do segundo período de tributação seguinte, o valor de realização correspondente à totalidade dos referidos activos seja reinvestido na aquisição de activos.

Por sua vez, a subalínea 2) da alínea c) do n.º 4 do mesmo artigo excepção da aplicação deste regime as transmissões onerosas e aquisições de partes de capital efectuadas com entidades com as quais existam relações especiais, excepto quando tais transmissões se destinem à realização de capital social, caso em que o reinvestimento se considera totalmente concretizado

quando o valor da participação de capital daí decorrente não seja inferior ao valor de mercado da transmissão em causa.

A este respeito entende a Direcção de Serviços do IRC que são as partes de capital e não o valor realizado que devem ter como destino a realização de capital social, ou seja, entende a DGCI que a excepção supra referida apenas se aplica nos casos de aumento de capital realizados em espécie, mediante a entrega de partes de capital, em que a realização de mais-valias e o seu reinvestimento ocorre simultaneamente.

**Limite para efeitos fiscais das depreciações de viaturas ligeiras**

*Informação Vinculativa, Processo n.º 816/2011, com despacho concordante do Director Geral dos Impostos*

A presente informação vinculativa, referente ao limite até ao qual as depreciações de viaturas ligeiras ou mistas adquiridas antes de 1 de Janeiro de 2010 são admitidas como gastos para efeitos fiscais nos termos do artigo 34.º, n.º 1, alínea e) e artigo 88.º, n.º 4 do CIRC, refere que este é de € 29.927,87, por ser esse o valor que vigorou até 31 de Dezembro de 2009.

**Arbitragem em Matéria Tributária**

*Regulamento de Selecção de Árbitros em Matéria Tributária*

O regulamento em referência, aplicável aos processos arbitrais em matéria tributária organizados no âmbito do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, vem estabelecer as regras de elaboração da lista de árbitros a publicar anualmente.

O referido regulamente estabelece ainda as regras respeitantes à designação dos árbitros.

Note-se, na sequência da aprovação do regulamento em análise, foi já aprovada pelo CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa a primeira lista de árbitros em matéria tributária.

**IVA – Reimportação de Bens**

*Circular n.º 48/2011, Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, 8 de Junho de 2011*

A presente circular vem esclarecer que «As operações de reparação, transformação ou complemento de fabrico, realizadas fora da Comunidade, dos bens que foram exportados temporariamente da UE, devem ser tratadas como prestações de serviços e consequentemente tributadas de acordo com a regras de localização estabelecidas no artigo 6.º do Código do IVA».

Esclarece ainda a referida circular que não estão sujeitas a IVA «as operações de reparação realizadas, fora da Comunidade, a título gratuito, no âmbito de um contrato legal de garantia», não sendo, nesses casos, a reimportação dos bens considerada uma operação tributável.

Por fim, a circular em análise vem clarificar que a importação do «produto substituição» [substituição de um produto compensador por um idêntico] deve ser considerada uma operação tributável quando realizada a título oneroso, devendo ser considerada uma operação não tributável sempre que seja realizada a título gratuito, durante o prazo de garantia.

**IMI – Determinação do Sujeito Passivo de IMI em Relação a Prédios da Titularidade do Insolvente que Passaram a Integrar a Massa Insolvente**

*Informação Vinculativa (Processo n.º 2011 000263 – IVE 1871)*

A presente informação vinculativa vem esclarecer que «A sentença de declaração de insolvência e a consequente apreensão dos prédios a favor da massa insolvente não determinam uma mudança de sujeito passivo de IMI. As dívidas de IMI vencidas em data anterior à declaração de insolvência devem ser reclamadas ao administrador de insolvência, nos termos do art.º 128.º CIRE, que, após a sua verificação, assegurará o respectivo pagamento – alínea a) do nº1 do artigo 55º do CIRE».

Esclarece ainda a informação vinculativa em análise que «As colectas de IMI devidas e que se vençam em data posterior à declaração de insolvência são, por sua vez, da responsabilidade do insolvente».



## 2 · JURISPRUDENCIA

**Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de operaciones de reestructuración. Motivos económicos válidos**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de marzo de 2011*

La Inspección niega la aplicación del régimen especial de reorganizaciones empresariales a la escisión total de una entidad dedicada a la explotación de supermercados en dos sociedades distintas, atribuyéndoles, respectivamente, la actividad comercial y los inmuebles, al entender que la escisión respondía a la intención de transmitir inmediatamente después a otra entidad la sociedad beneficiaria de la actividad comercial.

La Audiencia, por el contrario, entiende que debe aplicarse el régimen especial a la escisión, considerando que «*la parte recurrente ha razonado en su demanda acerca de los motivos económicos determinantes de la operación de escisión total efectuada, y que la Sala acepta en su integridad, siendo así que, en nuestra opinión, basta con la alegación fundada de la existencia de tales motivos, sin que sea precisa una prueba plena, para que quede desactivado el concepto de fraude o evasión fiscal que abre la puerta a la utilización de la cláusula antifraude. Esto es, no cabe presumir tal fraude o evasión fiscal, sino que el interesado podrá enervar tal calificación y, por ende, oponerse válidamente a una regularización basada en tal concepto excepcional del art. 110 LIS, alegando de forma razonable la existencia de motivos válidos que, por principio, debe presumirse que concurren en todo negocio jurídico celebrado bajo el amparo del principio de libertad de pactos*».

Resulta curiosa la llamada de atención que dirige la sala al Departamento de Inspección de la Administración Tributaria al manifestar en la sentencia que la conducta de dicho órgano resulta «*tendente al abuso de las cláusulas antifraude de la legislación comunitaria*» y reacciona a admitir las explicaciones ofrecidas por la sociedad recurrente, una opinión que ya había manifestado anteriormente esta misma Sala en su pronunciamiento de 16 de febrero de 2011 (Recurso n.º 320/2007).

**Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Adquisición de la mayoría accionarial de una entidad cuyo activo está compuesto mayoritariamente por inmuebles**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de mayo de 2011*

Entre otros extremos, el recurrente alegaba que no debe resultar de aplicación el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) cuando no existe ánimo defraudatorio en el comprador. Ante esto, el TS considera que el hecho de que con el artículo 108 se intente evitar el fraude no significa que siempre que se aplique lo sea partiendo de la premisa de que el fraude concurre, por lo que no es preciso que exista o se acredite tal elemento, siendo suficiente con que, como sucede en el caso resuelto por la sentencia, se cumplan los requisitos taxativamente previstos en la norma.

### [Portugal]

**Obrigaçãõ de designaçãõ de representante fiscal**

*Acórdão do Tribunal de Justiça da UE, Processo C-267/09, de 5 de Maio de 2011*

No âmbito de uma acção por incumprimento contra a República Portuguesa, o TJUE entendeu que o artigo 130.º do CIRS, que exige que os contribuintes não residentes indiquem um representante fiscal em Portugal caso aqui auferam rendimentos sujeitos a IRS, viola as obrigações que decorrem do artigo 56.º do Tratado da União Europeia, que proíbe restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros. A decisão entendeu que tal violação decorre, nomeadamente, do facto de as diligências a realizar para a nomeação do representante fiscal e os custos associados à remuneração do mesmo representante poderem ter um efeito dissuasor para o investimento em Portugal, nomeadamente para o investimento imobiliário, o que consubstancia uma restrição à livre circulação de capitais, proibida pelo Acordo EEE. O TJUE considerou ainda que esta obrigação ultrapassa as diligências necessárias ao combate à fraude fiscal, pelo que também por esse motivo viola o referido princípio da livre circulação de capitais.

**IVA sobre compensação por rescisão de contrato de arrendamento comercial**

*Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 01024/10, de 18 de Maio de 2011*

No presente acórdão, o STA entendeu que o valor recebido por um titular de um estabelecimento comercial como compensação por ter rescindido um contrato de arrendamento comercial, para que o senhorio efectue outro arrendamento, estava sujeito a IVA, por estar incluído no âmbito da previsão do n.º 1 do artigo 4.º do CIVA.

**IVA – Matéria Colectável Uniforme**

*Acórdão do Tribunal de Justiça da UE, Processo C-285/10, 9 de Junho de 2011*

No Acórdão em referência o Tribunal de Justiça da UE vem entender que a Sexta Directiva do IVA se opõe a que um Estado-Membro, que não tenha respeitado o procedimento previsto naquela Directiva para adoptar uma medida derrogatória, aplique uma regra de determinação da matéria colectável diferente da prevista no art.º 11.º A, n.º 1, al. a) da Sexta Directiva (na qual se estabelece que, em regra, a matéria colectável para efeitos de IVA nas entregas de bens e prestações de serviços corresponde ao valor da contraprestação recebida ou a receber), nas operações entre partes relacionadas em que tenha sido acordado um valor inferior ao valor de mercado.

Esclarece-se assim que «as regras de determinação da matéria colectável relativas à afectação ou utilização de bens e de prestações de serviços ao uso privado do sujeito passivo, nas acepções dos artigos 5.º, n.º 6, e 6.º, n.º 2, da dita directiva», apenas podem ser aplicadas nas operações entre entidades relacionadas onde os preços praticados sejam inferiores aos valores de mercado, quando o Estado Membro respectivo obtenha a correspondente autorização para aplicar tal medida derrogatória.

**IRC – Retroactividade da Lei Fiscal**

*Acórdão Supremo Tribunal Administrativo Processo n.º 281/11, de 6 de Julho de 2011 –*

A Lei n.º 64/2008, de 5 de Dezembro, aprovou o aumento de 5% para 10% da taxa de tributação autónoma a que estariam sujeitas despesas de representação e encargos com viaturas ligeiras (cfr. art.º 81.º, n.º 3, alínea a) do CIRC), determinando o seu art.º 5.º que tal alteração produziria efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2008.

No Acórdão em causa, onde se colocava-se a questão da retroactividade na aplicação da referida taxa de tributação autónoma, o STA veio considerar que cada acto de despesa de representação ou relativo a encargos com viaturas ligeiras constitui um facto tributário autónomo, ficando o contribuinte sujeito a imposto no momento em que incorre na despesa.

O STA veio, assim, concluir pela inconstitucionalidade do art.º 5.º da Lei n.º 64/2008, de 5 de Dezembro, por violação do art.º 103.º da CRP que proíbe a retroactividade autêntica (i.e., a aplicação de lei fiscal desfavorável a factos tributários ocorridos aquando da vigência da lei fiscal mais favorável), uma vez que aquela norma determina a aplicação da taxa de tributação autónoma de 10% a despesas de representação e encargos com viaturas ligeiras ocorridas antes da entrada em vigor da referida lei.

Entende, assim, o STA que às despesas de representação e encargos com viaturas ligeiras ocorridas antes da entrada em vigor da Lei n.º 64/2008, de 5 de Dezembro, deverá ser aplicada a taxa de tributação autónoma de 5%.

Cumprе, no entanto, referir que o TC (no Acórdão n.º 18/2011, de 12 de Janeiro de 2011) já se pronunciou sobre esta questão, tendo, ao contrário do STA, concluído que a norma constante do art. 5.º da Lei n.º 64/2008, de 5 de Dezembro, não deve ser considerada inconstitucional por estar em causa uma «retroactividade inautêntica, não coberta pela regra do artigo 103.º, n.º 3».

**Competência para a Gradação de Créditos e Aplicação no Tempo das Alterações Introduzidas no CPPT**

*Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo n.º 362/11 e n.º 384/11, de 6 de Julho de 2011 e Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 376/11, de 13 de Julho de 2011*

A alteração ao art.º 245.º, n.º 2, do CPPT operada pela Lei n.º 55.º-A/2010, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011), veio suscitar questões relativas à competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais relativamente à verificação e gradação de créditos, bem como questões respeitantes à aplicação no tempo da alteração em causa.

A este respeito, o STA tem vindo a decidir que não existe qualquer perda de competência por parte dos TAF, mas antes uma alteração quanto à forma de processo adequada, que deixou de ser o processo judicial de verificação e graduação de créditos para passar a ser o processo de reclamação judicial da decisão órgão de execução fiscal.

No que respeita à aplicação da lei no tempo, é entendimento do STA que quer o art.º 12.º, n.º 3, da LGT, que determina que as «normas sobre procedimento e processo são de aplicação imediata, sem prejuízo das garantias, direitos e interesses legítimos anteriormente constituídos pelo contribuinte», quer o art.º 142.º, n.º 2, do CPC (aplicável ex vi art.º 2.º, al. e) do CPPT), que determina que «a forma de processo aplicável se determina pela lei vigente à data em que acção é proposta», impõem que a nova lei não possa ser aplicada aos processos de verificação e graduação de créditos já pendentes, não possuindo a nova lei qualquer eficácia retroactiva.

#### IVA – Inclusão do ISV na Base Tributável do IVA

*Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo C-106/10, de 28 de Julho de 2011*

No Acórdão em análise (proferido na sequência de uma questão prejudicial colocada pelo STA), o TJUE vem entender que um imposto como o ISV se integra no conceito de «impostos, direitos aduaneiros, taxas e demais encargos» para efeitos do disposto no artigo 78.º, n.º 1, al. a) da Directiva do Conselho 2006/112/CE, de 28 de Novembro de 2006, dado que o seu facto tributável se encontra directamente ligado à oferta de um veículo incluído no âmbito desse imposto e que este é pago por quem oferece o veículo.

Assim, conclui aquele Tribunal que o montante de ISV devido deve ser incluído no valor tributável do IVA em transmissões, aquisições intracomunitárias ou importações de veículos automóveis localizadas em território nacional.

### 3 · DOCTRINA ADMINISTRATIVA (RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL)

#### Impuesto sobre el Valor Añadido. Derecho a la deducción. Cuotas soportadas por una entidad financiera por gastos relacionados con una OPA sobre sus acciones

*Resolución de 5 de abril de 2011 (00/317/2009)*

Para la deducibilidad de las cuotas soportadas por una entidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige que exista una relación directa e inmediata entre los servicios por los que se soporta el IVA y una o varias operaciones realizadas por la entidad y por las que haya repercutido el IVA. A efectos de evaluar esta relación directa e inmediata, la actividad del sujeto pasivo debe ser considerada en su integridad, admitiéndose la deducibilidad del IVA soportado por los servicios relacionados con gastos generales de la empresa, puesto que son elementos integrantes del precio de los productos de la empresa.

Basándose en esta jurisprudencia, considera el TEAC que no es deducible el IVA soportado por un banco con ocasión de ciertos servicios recibidos (asesoramiento jurídico y financiero) en relación con una OPA presentada por otra entidad sobre las acciones de este banco, puesto que «no existe la relación directa e inmediata que es exigible, en el sentido de que el coste de tales servicios fuera elemento constitutivo del precio de las operaciones del banco por las que éste repercute el IVA». Asimismo, entiende el TEAC, tampoco cabe atribuir a tales servicios el carácter de gastos generales, pues ello exige la existencia de una relación directa e inmediata de los gastos con la actividad económica del sujeto pasivo en su conjunto, matizando que «sí se podría apreciar esta relación si se consideraran los gastos desde la posición de la sociedad que formula la oferta de adquisición, en cuanto que esta adquisición puede redundar en un beneficio de la actividad económica del sujeto pasivo en su conjunto. Pero desde la perspectiva de la empresa afectada o destinataria de la OPA, no se comprendería en qué medida el simple cambio de accionistas puede representar un beneficio para la actividad económica del banco».

**Impuesto sobre Sociedades. Amortización del fondo de comercio financiero asociado a la participación en sociedades holding**

*Resolución de 2 de junio de 2011 (00/5337/2009)*

Afirma el tribunal que la adquisición de acciones de una sociedad *holding*, que no desarrolla actividad alguna fuera de la mera tenencia de las acciones de otras entidades, no genera por sí misma ningún fondo de comercio financiero. La diferencia entre el precio de adquisición y el valor teórico contable que se satisfaga por las acciones de esa *holding* no se deberá a la existencia de un fondo de comercio en la sociedad, sino que obedecerá precisamente al mayor valor que, en su caso, tendrán las acciones de la sociedad o sociedades operativas de la que aquella es propietaria.

Así, en atención a la definición de fondo de comercio contenida en el Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1643/1993, de 20 de diciembre, solo en las sociedades operativas puede, en su caso, aflorar un fondo de comercio por importe equivalente a la diferencia entre su precio de adquisición y su valor contable, siempre que tal diferencia no sea imputable a plusvalías tácitas de bienes y derechos.

En consecuencia, si al adquirir las acciones de la sociedad *holding* no puede generarse fondo de comercio alguno con arreglo a Derecho, tampoco hay amortización alguna de él que sea fiscalmente deducible con arreglo al artículo 12.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS).

**Intereses sobre el capital propio. Juros o capital propio. Instrumentos brasileños**

*Resolución de 13 de abril de 2011 (R.G. 1201/10, R.G. 1202/10 y R.G. 1884/10)*

El TEAC, tras analizar la legislación fiscal interna brasileña y el Convenio para evitar la doble imposición suscrito entre España y Brasil, llega a la conclusión de que los juros o intereses sobre el capital propio satisfechos por filiales brasileñas a matrices españolas y no como dividendos, por lo que no resulta de aplicación la exención contenida en el artículo 21 del TRLIS.

En particular, el TEAC considera que (i) la renta debe calificarse conforme a la legislación fiscal interna del Estado de la fuente, por aplicación del artículo 3 del Convenio para evitar la doble imposición suscrito entre España y Brasil, y, con arreglo a la normativa brasileña, los juros o capital propio se califican como intereses y no como dividendos; y (ii) no procede, por tanto, aplicar la exención del artículo 21 dado que dicha exención pretende evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos, escenario que solo tiene lugar cuando los dividendos han sido distribuidos con cargo a beneficios que ya han tributado en origen.

#### **4 · CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS**

**Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS**

*Consulta de 4 de enero de 2011 (V0005-11)*

Se consulta sobre la posibilidad de aplicar el régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS a una operación en la que varias entidades (algunas de ellas inactivas) van a ser absorbidas por su matriz.

Considera la DGT que la absorción de sociedades inactivas sin un patrimonio que acreciente o redunde en beneficio de la actividad de la entidad absorbente, y que tengan bases imponibles negativas pendientes de compensar o créditos fiscales pendientes de aplicar, puede determinar que la operación se realiza con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal, lo cual impediría la aplicación del régimen fiscal especial.

Por su parte, las sociedades que han estado realizando una actividad económica pero han transmitido su patrimonio empresarial, de manera que su patrimonio actual está reducido a tesorería o créditos pendientes de cobro, carecen igualmente de actividad económica y no tienen un patrimonio que, en principio, redunde en beneficio de la actividad de la absorbente. No obstante, si no se derivan ventajas fiscales de la operación, y en la medida en que el patrimonio de las entidades absorbidas sea invertido por la entidad absorbente en el desarrollo de su actividad, de manera que se pueda considerar que aquel redonda en beneficio de esta, la operación de fusión de estas sociedades podrá aplicar el régimen fiscal especial.

**Impuesto sobre Sociedades. Escisión total proporcional. Régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS**

*Consulta de 12 de enero de 2011 (V0023-11)*

Se prevé llevar a cabo una operación de escisión total proporcional mediante la cual se segregará y transmitirá todo el activo (excepto terrenos y naves industriales) y pasivo de una entidad afecto a su actividad industrial y comercial a una nueva sociedad (X). Por su parte, todas las naves industriales, terrenos e instalaciones fijas afectos a la actividad industrial, así como los terrenos y parcelas no afectos a dicha actividad, se segregarán y transmitirán a otra nueva sociedad (Y), la cual desarrollará la actividad de arrendamiento u otra de índole inmobiliaria.

Puesto que, tal y como se desprende del escrito de consulta, la operación descrita es una operación de escisión total proporcional, no será necesario que los patrimonios segregados constituyan ramas de actividad para la aplicación del régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS.

No obstante, en el supuesto de que una posterior transmisión de participaciones entre los socios rompiera la regla de proporcionalidad establecida en el artículo 83.2.2.º del TRLIS, ambas operaciones concatenadas producirían el mismo efecto práctico que hubiera resultado de realizar una escisión total sin atribución proporcional a sus socios de las participaciones en las entidades beneficiarias de la escisión. En tal caso, a la escisión no le resultaría de aplicación el régimen fiscal especial.

**Impuesto sobre Sociedades. Fusión entre dos sociedades luxemburguesas**

*Consulta de 1 de febrero de 2011 (V0168-11)*

En la consulta se indica que las entidades X e Y son dos sociedades residentes en Luxemburgo, sin establecimiento permanente en España e íntegramente participadas por la entidad I, residente fiscal en Italia. La entidad Y participa en el 100% del capital de la entidad A, residente fiscal en España, cuyo patrimonio está constituido principalmente por bienes inmuebles.

En el marco de la reestructuración internacional del grupo, para simplificar y racionalizar su estructura empresarial, se pretende realizar una operación de fusión por la que X absorba a Y, para lo que se plantea a la DGT si la renta generada en España con ocasión de la operación de reestructuración se puede considerar diferida en aplicación del régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS.

Siguiendo el criterio de su consulta de 28 de julio de 2010 (número V1737-10), la DGT reitera que si bien una operación de fusión de dos sociedades residentes en Luxemburgo no está amparada por la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre, por cuanto ambas sociedades residen en el mismo país, de acuerdo con reiterada jurisprudencia comunitaria, cuando la normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión con objeto de evitar discriminaciones en contra de las propias nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme.

Así, la DGT considera que, en la medida que el artículo 4 de la citada Directiva 2009/133/CE del Consejo determina que una operación de fusión no implica gravamen alguno sobre las plusvalías de los elementos transmitidos en la operación, debe entenderse que dicha renta no deberá integrarse en la base imponible de la entidad transmitente a efectos del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, sino que quedará diferida su tributación en territorio español hasta el momento en que la entidad X transmita las participaciones que posee en A, siempre que proceda la aplicación del régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS.

**Impuesto sobre Sociedades. Fusión entre dos entidades con idénticos socios**

*Consulta de 17 de febrero de 2011 (V0379-11)*

Dos sociedades, C y E, están participadas por dos personas jurídicas, P y G, cada una de ellas con una participación de un 50%. Se ha acordado llevar a cabo una fusión por absorción, mediante la cual la entidad C absorberá a la entidad E, que se pretende acoger al régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS.

Dicha fusión por absorción, debido a la idéntica composición y participación del accionariado en el capital social de ambas compañías intervinientes, se pretende llevar a cabo al amparo de lo establecido en el artículo 49.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales

de las sociedades mercantiles (LME), por remisión del artículo 52.1 de dicha Ley, por lo que no existirá ni relación de canje ni compensación en dinero ni aumento de capital en la sociedad absorbente.

La DGT considera que el mencionado artículo 52.1 LME se refiere a la fusión, entre otras posibles operaciones, de varias sociedades íntegramente participadas de forma directa por el mismo socio. En el caso planteado no existe uno, sino varios socios, absteniéndose la DGT de valorar si ello impide o no la aplicación de este precepto.

En todo caso, desde el punto de vista fiscal se exige como regla general la existencia de una contraprestación a los socios de las sociedades absorbidas, mediante la atribución de títulos representativos del capital de la entidad absorbente con la finalidad de cumplir la equivalencia económica que estas operaciones requieren, con una única excepción, que se produce cuando la sociedad absorbente posee la totalidad de títulos representativos del capital social de la absorbida.

En consecuencia, la operación planteada, en la que se pretende no realizar ampliación de capital por la sociedad absorbente, no podrá acogerse al régimen fiscal especial.

**Impuesto sobre Sociedades. Exención para evitar la doble imposición internacional**

*Consulta de 25 de mayo de 2011 (V1327-11)*

Una filial extranjera utiliza de forma transitoria el importe obtenido por la venta de una participada para prestárselo a su matriz española. Los intereses percibidos por la filial extranjera prestamista superan el 15% de sus ingresos del ejercicio y dan lugar a que el resultado contable de la entidad sea positivo. No obstante, este beneficio es sustancialmente inferior a las pérdidas existentes de ejercicios anteriores, por lo que de acuerdo a la normativa americana debe destinarse a compensar parcialmente estas, no siendo posible su distribución como dividendo.

Ante este supuesto, la DGT manifiesta que la ausencia de beneficios susceptibles de distribución en un período impositivo por impedimento legal da lugar a que dicho período no sea tenido en consideración en relación con la aplicación de la exención contenida en el artículo 21 del TRLIS.

**Impuesto sobre Sociedades. Operaciones vinculadas. Límite de la obligación de documentación**

*Consulta de 24 de marzo de 2011 (V0767-11)*

En el supuesto de la consulta, una persona física con participación significativa en una sociedad le concede un préstamo remunerado a esta última, ascendiendo el principal del préstamo a 250.000 euros y el valor de mercado de los intereses pactados a 100.000 euros.

Entiende la DGT que esta operación estará exenta de la obligación de documentarse, dado que el valor de mercado de la contraprestación pactada, es decir, el valor de mercado de los intereses correspondientes al préstamo, no supera el importe de 250.000 euros establecido reglamentariamente. A estos efectos, no debe tomarse en consideración el principal del préstamo, ni las cantidades reembolsadas, sino únicamente el valor de mercado de la contraprestación de la operación vinculada, esto es, los intereses.

Se modifica así el criterio mantenido en consultas anteriores en cuanto a la obligación de documentar las operaciones de préstamo entre partes vinculadas, en las que se consideraba que debía tenerse en cuenta a efectos del límite cuantitativo tanto el principal como los intereses devengados, así como las cantidades amortizadas.

**Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Aumento de capital mediante compensación de créditos o mediante aportación de inmuebles, con asunción de deudas por parte de la sociedad**

*Consulta de 1 de marzo de 2011 (V0490-11)*

Se plantea la tributación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados («ITPAJD») de diversas operaciones de ampliación de capital mediante compensación de créditos o mediante aportación de inmuebles, con asunción de deudas por parte de la sociedad. Al respecto indica la DGT lo siguiente:

- (i) Las operaciones de aumento de capital de una sociedad anónima están sujetas a la modalidad de Operaciones Societarias del ITPAJD, pero exentas, con independencia de la naturaleza de la aportación realizada. La sujeción a esta modalidad impide la sujeción de tales operaciones a las otras modalidades de este impuesto.
- (ii) Para determinar la tributación de las operaciones de aumento de capital en el ITPAJD ha de tenerse en cuenta si toda la aportación no dineraria que efectúen los suscriptores de la

ampliación corresponde al capital suscrito o si, por el contrario, parte de dicha aportación tiene alguna otra contraprestación, pues en tal caso, cada parte deberá tributar conforme a la verdadera naturaleza jurídica de la operación que se realiza.

(iii) En las operaciones de aumento de capital en que se aporten bienes y derechos junto con deudas, solo la diferencia entre aquellos y estas quedará cubierta por la ampliación de capital. Sin embargo, el resto de la aportación, esto es, la parte que coincide con la deuda que se aporta, constituirá una adjudicación expresa en pago de asunción de deudas, sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPAJD, sin perjuicio de que concurra el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.º 5 del Texto Refundido de la Ley del impuesto.

**Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores**

*Consulta de 5 de mayo de 2011 (V1130-11)*

El consultante, persona física residente fiscal en España, es socio único de una entidad no residente en España, que a su vez es propietaria, respectivamente, del 70% y del 80% de las participaciones sociales de dos entidades establecidas en España, cuyos respectivos activos están constituidos en más de un 50% por inmuebles situados en territorio español. Se pretende disminuir el capital social de la entidad no residente mediante la entrega a su socio único, como contraprestación, de las participaciones que la entidad posee en las dos sociedades establecidas en España.

Al respecto, la DGT indica que la obtención del control de dos sociedades cuyos respectivos activos están constituidos en más de un 50% por inmuebles situados en territorio español, como resultado de la adjudicación de participaciones sociales de dichas entidades propiedad de una sociedad que va a reducir de su capital social, por el concepto de entrega al socio de una sociedad que efectúa una disminución del capital social, no está sujeta al gravamen de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPAJD al que se refiere el artículo 108.2 de la LMV, ya que no concurren todos los requisitos exigidos por el referido precepto. Y ello por cuanto la operación de disminución de capital está sujeta a la modalidad de Operaciones Societarias —y no a la de Transmisiones Patrimoniales Onerosas— y el control se obtendrá mediante la adquisición de valores en el mercado secundario.

## UNIÓN EUROPEA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

**Fusiones de sociedades anónimas**

*Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de sociedades anónimas (DOUE L 110, de 29 de abril de 2011)*

Con el fin de proteger los intereses de los socios y de terceros, se requiere que se lleve a cabo la coordinación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fusiones de sociedades anónimas incluyendo la institución de la fusión en aquellas legislaciones en las que no exista. Se busca proporcionar a los accionistas y acreedores de las sociedades que se fusionan una información objetiva y adecuada garantizando una protección apropiada de sus derechos. Asimismo la Directiva extiende los deberes de publicidad a las operaciones relativas a la fusión a fin de garantizar que los terceros estén suficientemente informados.

\* Esta sección de Derecho de la Unión Europea ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración han participado Elena García y Luis Moscoso del Prado, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Bruselas).

**Gestores de fondos de inversión alternativos** *Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican la Directiva 2003/41/CE y los Reglamentos 1060/2009 y 1095/2010 (DOUE L 174, de 1 de julio de 2011)*

Esta Directiva pretende establecer requisitos comunes aplicables a la autorización y supervisión de los gestores de fondos de inversión («GFIA»). El objetivo es, por tanto, establecer un mercado interior para los GFIA y un marco armonizado y riguroso de regulación y supervisión de las actividades en el interior de la Unión de todos los GFIA. Se busca así establecer un mecanismo capaz de abordar los riesgos potenciales que puedan derivarse de las actividades de los GFIA y de garantizar un control eficaz de tales riesgos por parte de las autoridades competentes dentro de la UE.

**Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información** *Reglamento 580/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, que modifica el Reglamento 460/2004, por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (DOUE L 165, de 24 de junio de 2011)*

Este Reglamento responde a la necesidad de prorrogar el mandato de la Agencia a fin de que pueda mantenerse una discusión suficiente en el Parlamento y el Consejo para la adopción de un nuevo Reglamento que incluiría los resultados de la consulta pública efectuada sobre los objetivos de la política de seguridad de las redes y de la información. Por tanto, la duración de la Agencia se prorroga hasta el 13 de septiembre de 2013.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Acceso a la profesión de notario** *Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 24 de mayo de 2011 en los asuntos Comisión Europea / Bélgica-Francia-Luxemburgo-Austria-Alemania-Grecia y Portugal (as.ac. C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-52/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08)*

El tribunal falla en contra de los respectivos Estados miembros al considerar una restricción injustificada a la libertad de establecimiento el restringir el acceso a la profesión de notario a los nacionales de dichos Estados. El tribunal entiende que la actividad de notario no está directamente relacionada con el ejercicio de un poder público. A su vez reconoce que los notarios ejercen su profesión en competencia, siendo directa y personalmente responsables por los daños que puedan derivar del ejercicio de su actividad, hecho que los diferencia claramente de los demás poderes públicos del Estado.

**Acceso a información de las instituciones. Recurso de casación** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2011 en el asunto Suecia c. Comisión Europea (as. C-506/08)*

El procedimiento se desarrolla tras la negativa de la Comisión a permitir a una empresa el acceso a determinados documentos preparados por ella y relativos a un expediente de control de concentraciones. Según el tribunal, si bien los documentos solicitados se encuadraban en el marco de las funciones administrativas de la Comisión, no por ello estarían excluidos de la obligación de publicidad. La Comisión aludió a dos excepciones para justificar la denegación: que la divulgación podría perjudicar el proceso de toma de decisiones y que podría afectar a la protección del asesoramiento jurídico. Respecto de la primera excepción, el tribunal indica que el Tribunal de Primera Instancia debía haber exigido a la Comisión que indicara las razones por las cuales consideraba que la divulgación de los documentos podría haber causado un grave perjuicio a la toma de decisiones. Finalmente, respecto de la segunda, sostiene el tribunal que la transparencia aporta una mayor legitimidad a las instituciones de la Unión. En conclusión, el tribunal reafirma la necesidad de que la Institución justifique debida y motivadamente la denegación del acceso a un documento por ella elaborado si desea acogerse a las excepciones previstas.



**Restricción de la libre prestación de servicios en el sector de los juegos de azar**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 15 de septiembre de 2011 en el asunto Austria c. Jochen Dicker y Franz Omer (as. C-347/09)*

Según el tribunal la concesión de un monopolio por un periodo de 15 años a un único concesionario sobre los juegos de azar constituye una restricción a la libre prestación de servicios, si bien puede estar justificado por razones imperiosas de carácter general (protección de los consumidores). El tribunal indica al órgano nacional que debe constatar si la normativa nacional es adecuada para garantizar el objetivo alegado de forma congruente y sistemática. No obstante, sostiene que el objetivo de proteger a los consumidores frente a la adicción al juego es difícilmente compatible con una política de expansión de los juegos de azar y que tal política solo puede considerarse coherente si las actividades ilegales tienen una dimensión considerable y las medidas adoptadas están encaminadas a encauzar la propensión al juego de los consumidores en circuitos legales.

**Tasas en los aeropuertos**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 12 de mayo de 2011 en el asunto Luxemburgo/ Parlamento Europeo y Consejo de la UE (as. C-176/09)*

La Directiva 2009/12/EC fija unos principios comunes para la imposición de tasas en los aeropuertos de más de cinco millones de movimientos al año y en aquellos que, siendo de menor tamaño, tienen el mayor número de movimientos en un Estado. Se entiende que estos aeropuertos gozan de una situación privilegiada por ser los aeropuertos de entrada en el Estado en que se encuentren. Luxemburgo solicitó la anulación de este último supuesto o de toda la directiva por entender que su aeropuerto iba a encontrarse en una situación de desventaja frente a otros aeropuertos de la zona y a su vez argumentaba que su aeropuerto de 1.7 millones de movimientos estaba siendo tratado igual que uno de más de cinco millones. El tribunal desestimó los argumentos de Luxemburgo debido, entre otros motivos, a la existencia de un riesgo de abuso en relación con la fijación de tarifas en aquellos aeropuertos con mayor número de movimientos por ser el punto de entrada al país. Debido a ese riesgo, el tribunal entiende que las medidas adoptadas son las menos gravosas para poder evitarlo cumpliendo con el principio de proporcionalidad. Por otro lado, el tribunal expone que esta intervención debe realizarse a nivel comunitario debido al componente internacional de la aviación.

**Libre circulación y residencia**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de mayo de 2011 en el asunto Comisión Europea/ Shirley McCarthy (as. C-434/09)*

Este caso versa sobre una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido relativa a la solicitud de una ciudadana, con doble nacionalidad británica e irlandesa, de un permiso de residencia en el Reino Unido invocando el derecho de la Unión. El objetivo último de tal solicitud era permitir que su marido, nacional de Jamaica, pudiera también obtener dicho permiso de residencia como cónyuge de la beneficiaria.

El Tribunal de Justicia ha declarado que el derecho a la libre circulación y residencia establecido en el artículo 21 TFUE y en el artículo 3.1 de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros no son de aplicación en supuestos en que la residencia se solicita en un Estado miembro del que es nacional el solicitante, que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación y que además posee la nacionalidad de otro Estado miembro, puesto que falta el necesario vínculo con el Derecho comunitario.

**Marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 21 de julio de 2011 en el asunto Telefónica de España S.A. y Administración del Estado (as. C-284/10)*

La Directiva 97/13/CE, por la que se establece un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, permite que los Estados miembros impongan cargas y gravámenes en el marco de los procesos de autorización. El artículo 71 de la Ley 11/1998 Ley General de Telecomunicaciones prevé la imposición de una tasa anual, que no podrá exceder del 2 por 1000 de los ingresos brutos de explotación, a todos los titulares de autorizaciones generales y licencias individuales que se destinará

a cubrir los gastos de gestión. Se solicita al tribunal que se pronuncie sobre la compatibilidad de dicha previsión con el artículo 6 de la Directiva que prevé, en relación tanto con las autorizaciones generales como con las licencias individuales, que los Estados miembros podrán imponer cánones con el único objetivo de cubrir los gastos administrativos generados por la expedición, gestión, control y ejecución del régimen de autorizaciones. El tribunal dispone que el artículo 71 es compatible con la Directiva, ya que el importe de la tasa se calcula sobre un criterio objetivo, transparente y no discriminatorio, como son los ingresos brutos.

**Importación paralela y reenvasado de productos farmacéuticos**

*Sentencia del Tribunal General de 28 de julio de 2011 en los asuntos acumulados Orifarm y Paranova c. Merck (as. C-400/09 y C-207/10)*

Se plantea si el titular de la marca puede oponerse a la comercialización del producto reenvasado cuando la empresa encargada de él hace constar en el envase exclusivamente el nombre de la empresa titular de la autorización de comercialización y no el suyo propio. El tribunal afirma que el interés del titular de la marca se ve protegido, ya que figura el nombre de la empresa titular de la autorización de comercialización que, en última instancia, se responsabilizará del reenvasado y asumirá la responsabilidad frente al consumidor.

**Libre circulación de capitales. Trato fiscal de los dividendos**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 15 de septiembre de 2011 en el asunto Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique y Accor (as.C-310/09)*

La cuestión prejudicial que se plantea se refiere a si debe entenderse que los artículos 49 y 63 TFUE se oponen a un régimen fiscal que permite a una sociedad matriz imputar la retención del crédito fiscal vinculado a la distribución de estos dividendos si proceden de una filial establecida en Francia, pero no se confiere esta facultad si estos dividendos tiene su origen en una filial establecida en otro Estado miembro. El tribunal sostiene que el mencionado régimen fiscal es contrario tanto a la libertad de establecimiento como a la libre circulación de capitales al no existir razones imperiosas de interés general que justifiquen tal restricción.

# BIBLIOGRAFÍA

*Martí, Jorge; Torrecillas, Elizabeth; Ferrada, Eva; Arias, Cristina: «Las cuotas participativas», editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2011*

Las cuotas participativas de las cajas de ahorro están concebidas como un instrumento financiero destinado a captar fondos que aumentan los recursos propios, convirtiéndolas por tanto en un recurso de utilidad en la actual coyuntura económica.

Esta monografía aborda de forma exhaustiva y clara el estudio del régimen jurídico aplicable a la emisión de cuotas participativas. Se encuentra dividida en dieciséis capítulos que examinan los antecedentes y la experiencia reciente en la emisión de cuotas, su régimen jurídico, su concepto y naturaleza jurídica, las entidades legitimadas para la emisión de cuotas participativas, los derechos que confieren a sus titulares, la adquisición de cuotas por el emisor, el procedimiento de emisión, la oferta de suscripción de cuotas participativas, la intervención del Banco de España y otros organismos autonómicos, la contabilidad como recursos propios, los contratos de liquidez sobre cuotas participativas, su tratamiento fiscal y, finalmente, la emisión de valores convertibles en cuotas participativas.

*García-Perrote, Ignacio: «Manual de Derecho del Trabajo», editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011*

Hay que destacar la publicación de este nuevo Manual de Derecho del trabajo, fruto de la experiencia docente y profesional del autor, que ha podido incorporar las últimas reformas de la legislación laboral incluidas en el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto.

Se trata de una obra que resulta útil tanto para los alumnos universitarios como para los profesionales que trabajan en el ámbito laboral, ya que ofrece un tratamiento completo de las diferentes instituciones laborales y presta especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cada una de las materias analizadas.

*VV.AA.: «Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida», Volumes I, II, III e IV, Almedina, 2011*

Trata-se de uma obra colectiva, em quatro volumes, que contou com a participação de um vasto número de autores, e que cobre áreas como o Direito Comparado, o Direito Económico, o Direito do Consumo e o Direito dos Valores Mobiliários (Vol. I), o Direito dos Contratos e das Obri-

---

\* Sección realizada por Cristina Rodríguez-Morcón y Cláudia Lopes Gonçalves del Departamento de Gestión del Conocimiento

gações (Vol. II), os Direitos Fundamentais e Direito Constitucional, o Direito das Pessoas e da Família, o Direito do Trabalho, o Direito Processual Civil, (Vol. III) e o Direito das Sociedades e Outras Áreas do Direito (Vol. IV).

Sem querer deixar de chamar a atenção para o interesse de todas as colaborações, permitimo-nos destacar aqui o artigo de Maria Helena Brito, «A utilização do método comparativo em direito internacional privado. Em especial o problema da qualificação», o artigo de Luis Vasconcelos Abreu, «Sobre o poder unilateral de modificação do spread pelas instituições de crédito nos financiamentos MLP contratados com empresas», o artigo de José João Abrantes, «Liberdade contratual e lei. O caso das cláusulas de mobilidade geográfica dos trabalhadores» e o artigo de Manuel Carneiro da Frada, «Acordos parassociais «omnilaterias» - Um novo caso de «desconsideração» da personalidade jurídica».

Torna-se difícil folhear os diversos volumes desta obra sem encontrar motivos de interesse em quase todos os artigos.

*García Alcorta, José: «El Banco Central Europeo» editorial Civitas, Madrid, 2011*

Esta obra aborda el estudio de los aspectos fundamentales del régimen jurídico del Banco Central Europeo, tema de indudable interés para los profesionales cuyo ámbito de actividad se relaciona con las funciones que este desarrolla.

El libro consta de cuatro capítulos en los que se estudian los fundamentos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, su organización y funcionamiento internos, los instrumentos jurídicos que tiene a su disposición, las actividades que despliega como banco central, en particular en los ámbitos de la política monetaria, los sistemas de pago y liquidación de valores, la garantía de estabilidad del sistema financiero y la actividad estadística.

*VV. AA.: «Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia», Volumes I, II, III e IV, Coimbra Editora, 2011*

Mais uma obra colectiva, também em quatro volumes, que congrega a colaboração de autores de nomeada, e que abarca variados temas nas áreas da Filosofia do Direito e do Estado e Teoria do Direito, História do Direito e Direito Constitucional (Vol. I), Direito Administrativo (Vol. II), Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Comercial, Direito da Economia e do Consumo, Direito Internacional Privado, Direito Processual Civil (Vol. III), Direito Penal e Contra-Ordenacional, Direito Tributário, Direito da Segurança Social, Direito do Ambiente, Direito da União Europeia e outros (Vol. IV).

São muitas, e todas elas de inegável interesse, as contribuições que se encontram nos diversos volumes desta obra, mas salientamos, apenas a título meramente exemplificativo, o artigo de Carlos Blanco de Moraes, «A sindicabilidade do direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional português», o artigo de Bernardo Diniz de Ayala, «Actividade contratual e negociações informais da Administração; dois modos comuns de actuação administrativa com oscilações na tutela jurisdicional do particular», o artigo de Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, «A responsabilidade civil das entidades reguladoras» e o artigo de Paulo de Sousa Mendes, «O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência».

*VV. AA.: «La reforma de la negociación colectiva» (I. García-Perrote, J. Mercader, dirs.), editorial Lex Nova, Valladolid, 2011*

Este libro ofrece, desde una perspectiva eminentemente práctica, un completo análisis de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que ha modificado en gran parte el título III del Estatuto de los Trabajadores.

Las modificaciones introducidas han sido estudiadas detenidamente por un destacado grupo de especialistas, cuyas colaboraciones se encuentran divididas en diez capítulos, dedicados al análisis del contexto de la reforma de la negociación colectiva, las claves generales de las reformas

de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011, la estructura de la negociación colectiva y la concurrencia de convenios en el Real Decreto-Ley 7/2011, el contenido y la vigencia de los convenios colectivos, la reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva, la tramitación e información de los convenios. las potencialidades procesales y las realidades sustantivas de la interpretación y aplicación del convenio colectivo estatutario, el «favor» por la flexibilidad interna negociada en el Real Decreto-Ley 7/2011, el tempo de la reforma entre urgencia, certeza jurídica y adecuación y, finalmente, el consejo de relaciones laborales y de la negociación colectiva Sánchez Gimeno, Sergio: «El contrato de obra inmobiliaria en el concurso de acreedores», editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2011.

Esta obra está dedicada al estudio de los efectos del concurso sobre la relación entre el promotor y el contratista derivada del contrato de obra inmobiliaria, tema de gran interés práctico en la situación económica actual, que ha ocasionado que se tramiten numerosos concursos de empresas del sector inmobiliario.

El análisis se realiza a través de ocho capítulos. Tras un primer capítulo introductorio, en los dos siguientes se caracteriza el contrato de obra inmobiliaria como un contrato de tracto único y se analizan las reglas concursales aplicables a los contratos bilaterales. A continuación, se analizan la liquidación del contrato de obra antes de la declaración del concurso, el tratamiento concursal del contrato de obra vigente en el momento de declaración del concurso, la resolución voluntaria del contrato de obra en interés del concurso, el desistimiento del promotor tras la declaración del concurso, la resolución del contrato por incumplimiento tras la declaración del concurso y, finalmente, a la acción directa del artículo 1597 del Código Civil frente al concurso del contratista y del promotor.