

CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

ADMINISTRATIVO

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Ley de Emprendedores

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE de 28 de septiembre de 2013)

Esta Ley tiene por finalidad apoyar al emprendedor y la actividad empresarial, favorecer su desarrollo, crecimiento e internacionalización, y fomentar la cultura emprendedora y un entorno favorable a la actividad económica, tanto en los momentos iniciales de comienzo de la actividad como en su posterior desarrollo, crecimiento e internacionalización.

En el ámbito del Derecho administrativo, la Ley introduce una serie de modificaciones en la legislación de contratación pública. En particular:

- (i) Se prevé que los empresarios interesados en formar uniones temporales puedan darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.
- (ii) Se elevan los umbrales para la exigencia de la clasificación en los contratos de obras (hasta los 500.000 euros) y de servicios (hasta los 200.000 euros).
- (iii) Se prevé que la garantía en los contratos de obras pueda constituirse mediante retención en el precio. Además, la acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse por medios electrónicos, salvo que el pliego disponga lo contrario.
- (iv) Se prevé que el pliego pueda establecer que la aportación inicial de la documentación del artículo 146.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre ("TRLCSF"), referida a la personalidad jurídica del empresario, representación, clasificación y solvencia, etc., se sustituya por una declaración responsable en la que se indique que se cumplen las condiciones legalmente establecidas para contratar. Será obligatorio en los contratos de valor estimado inferior a 1.000.000 de euros en obras y de 90.000 euros en servicios y suministros. Solo el licitador en el que recaiga la propuesta de adjudicación deberá acreditar, antes de la adjudicación, la posesión y validez de los documentos exigidos.
- (v) Se incluye la prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública y se declaran nulos de pleno derecho los actos y disposiciones (con o sin fuerza de ley) que otorguen esas ventajas.
- (vi) El plazo para la devolución de garantías, en caso de que la empresa adjudicataria sea una pyme, se reduce a seis meses.
- (vii) Se reduce a seis meses el plazo de demora en los pagos de la Administración, para que el contratista pueda solicitar la resolución del contrato.

* Esta sección ha sido elaborada y coordinada por José García Alcorta y César da Silveira, abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

(viii) Se añade, finalmente, un artículo 228 *bis* al TRLCSP con determinados mecanismos que pretenden lograr un mayor control de los pagos que los contratistas deben hacer a los subcontratistas o suministradores que participen en el contrato.

Véanse también, en lo relativo a sus aspectos relacionados con el Derecho procesal, laboral, y tributario, los comentarios que se incluyen en esta misma sección de "Crónica de Legislación y Jurisprudencia" (Procesal Penal, Laboral y Seguridad Social y Tributario) de este mismo número de la *Revista*.

Transparencia y acceso a información pública

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE de 10 de diciembre de 2013)

De acuerdo con su preámbulo, esta Ley tiene un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública —que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas—, reconoce y garantiza el acceso a la información —regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo— y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

Las obligaciones de transparencia de la actividad pública tienen por sujeto a las Administraciones públicas, así como también a órganos constitucionales (Congreso, Senado, Tribunal Constitucional, etc.) y a la Casa de su Majestad el Rey, en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo. Esas obligaciones de transparencia vienen referidas a la publicidad de información institucional, organizativa y de planificación, a la publicidad de información de relevancia jurídica (normativa, memorias, informes, etc.) y a la publicidad de información económica, presupuestaria y estadística (contratos, convenios, cuentas anuales, etc.).

La Ley regula también el derecho de acceso a la información pública de todas las personas. Ese derecho puede ser limitado, no obstante, cuando acceder a la información suponga un perjuicio para la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente. El derecho de acceso también se trata de compatibilizar en la Ley con la protección de datos personales. La Ley articula un régimen de impugnación de resoluciones en materia de acceso a la información pública (alternativo a los instrumentos tradicionales de impugnación previstos en nuestro ordenamiento jurídico), mediante una reclamación ante el denominado Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

La Ley contiene, además, una regulación sobre el "buen gobierno" que establece una serie de principios generales (transparencia, imparcialidad, igualdad, conducta digna, etc.) y de actuación aplicables a los miembros del Gobierno y otros altos cargos. Asimismo, introduce un régimen de infracciones en materia de conflicto de intereses, infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria e infracciones disciplinarias.

Finalmente, la Ley regula el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, como organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Su finalidad es promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

Garantía de unidad de mercado

Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (BOE de 10 de diciembre de 2013)

De acuerdo con su preámbulo, esta Ley busca establecer los principios y normas básicas que garanticen la unidad de mercado para crear un entorno mucho más favorable a la competencia

y a la inversión. Su objeto es, por tanto, "garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la Constitución" (artículo 1).

A tal efecto, la Ley establece y desarrolla una serie de principios destinados a garantizar esa libertad de establecimiento y libertad de circulación de todos los operadores económicos en el territorio nacional. Se trata, en particular, del principio de no discriminación de esos operadores, de cooperación y confianza mutua entre las autoridades competentes, de necesidad, proporcionalidad y eficacia de las actuaciones de esas autoridades, de simplificación de cargas, de transparencia y de garantía de las libertades de los operadores económicos.

Se crea el Consejo para la Unidad de Mercado, como órgano de cooperación administrativa para el seguimiento de la aplicación del contenido de la Ley y se articula un procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes, de carácter alternativo a los instrumentos de impugnación (recursos administrativos y contencioso-administrativos) previstos en el ordenamiento jurídico. Este procedimiento es, en síntesis, el siguiente:

(i) El operador que entienda que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación puede dirigir una reclamación a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado en un mes (en el caso de la vía de hecho, ese plazo se reduce a veinte días).

(ii) La Secretaría revisa la reclamación para comprobar que se trata de una actuación que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o circulación, y puede inadmitirla cuando no concurren tales requisitos.

(iii) Una vez admitida, se remite a la autoridad competente que ha adoptado aquella actuación o que deba conocer de un recurso contra ella.

(iv) Transcurridos quince días desde la presentación de la reclamación, la autoridad competente afectada informa de la resolución que adopte a la Secretaría del Consejo, indicando las medidas tomadas. De no adoptarse resolución en el citado plazo, se entiende desestimada por silencio administrativo negativo.

(v) El operador económico, a la vista de la decisión adoptada y en el caso de entender que no se han satisfecho sus derechos o intereses legítimos, puede dirigir su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), para que esta última interponga un recurso contencioso-administrativo. En este sentido, la Ley prevé la legitimación de la CNMC para interponer recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente. A tal efecto, la Ley modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ("LJCA"), introduciendo un nuevo procedimiento para la garantía de la unidad de mercado (artículos 127 *bis*, *ter* y *quáter*).

Finalmente, la Ley modifica el artículo 110.1 de la LJCA, ampliando la regulación sobre la extensión de efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas a otras personas, cuando la materia verse sobre la unidad de mercado y cuando concurren los requisitos previstos en el citado artículo 110.1.

Control de la deuda comercial

Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público (BOE de 21 de diciembre de 2013)

Esta Ley introduce una serie de modificaciones en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con el fin de introducir las previsiones necesarias para el control de la deuda comercial del sector público, considerada como el volumen de deuda pendiente de pago a los proveedores de las Administraciones públicas. Ello

responde, en última instancia, al principio de sostenibilidad financiera, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 135 de la Constitución.

La Ley también modifica la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, estableciendo un nuevo límite, más flexible, a las retenciones o deducciones mensuales que puede realizar el Estado de los recursos del sistema de financiación en el caso de incumplimiento del período medio de pago a proveedores establecido.

Véase también, en lo relativo a sus aspectos relacionados con el Derecho de transporte, el comentario que se incluye en esta misma sección de "Crónica de Legislación y Jurisprudencia" (Marítimo, Transporte y Logística) de este mismo número de la Revista.

Factura electrónica *Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público (BOE de 28 de diciembre de 2013)*

Esta Ley tiene por objeto impulsar el uso de la factura electrónica, crear el registro contable de facturas, regular el procedimiento para su tramitación en las Administraciones públicas y las actuaciones para realizar el seguimiento. A tal efecto, la Ley se aplica a las facturas emitidas en el marco de las relaciones entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones públicas.

La Ley introduce, asimismo, modificaciones en el TRLCSP. No obstante, en aquellas cuestiones referidas a la determinación de los casos en que es exigible la clasificación y los requisitos mínimos de solvencia, su entrada en vigor se pospone el momento de su desarrollo reglamentario. En concreto:

(i) Se modifica el artículo 65.1 del TRLCSP, de forma que, para los contratos de obras, seguirá siendo imprescindible estar previamente clasificado, siempre que sean de valor estimado igual o superior a 500.000 euros. Para los de valor inferior se podrá acreditar la solvencia indistintamente mediante su clasificación o acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en los pliegos.

Para los contratos de servicios, no será exigible la clasificación del empresario. No obstante, el sistema de clasificación de servicios seguirá vigente, y el empresario podrá acreditar su solvencia mediante su clasificación o acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el pliego.

(ii) Se modifican los artículos 75 a 78 del TRLCSP. En relación con la solvencia económica y financiera, no será un medio para su acreditación las declaraciones de entidades financieras. Los tres medios previstos son el volumen de negocios, el seguro de indemnización de riesgos profesionales y el patrimonio neto o ratio entre activos y pasivos del último ejercicio, cuyo importe deberá ser igual o superior al que se establezca en los pliegos.

Respecto de la solvencia técnica o profesional, se amplía el plazo sobre el que puede acreditarse la experiencia. Para los contratos de obras se amplía de cinco a diez años, y para el resto de contratos se amplía de tres a cinco años.

(iii) Se introduce un nuevo artículo 79 *bis*, que regula en detalle la concreción de los requisitos mínimos de solvencia exigidos para un contrato.

Racionalización y sostenibilidad de la Administración local *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (BOE de 30 de diciembre de 2013)*

Esta Ley introduce modificaciones en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, para adaptar esta normativa al principio de estabilidad presupuestaria. En sustancia, en relación con las competencias de las Administraciones locales, cabe destacar lo siguiente:

(i) Se clarifican las competencias de los municipios, de manera que, fuera de las competencias propias o de las delegadas por el Estado y las Comunidades Autónomas, solo podrán

ejercer aquellas otras competencias que no pongan en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal y no impliquen duplicidad administrativa.

(ii) Se refuerza el papel de las Diputaciones provinciales con la coordinación de la prestación de determinados servicios, la prestación de servicios de recaudación tributaria, etc.

(iii) Se prevé la asunción por las Comunidades Autónomas de la titularidad de determinadas competencias propias de los municipios, en materia de educación, salud y servicios sociales.

La Ley introduce también previsiones referidas al equilibrio y control financiero y presupuestario de las Administraciones locales (inclusión de cláusulas de garantía del cumplimiento por las Entidades locales de sus obligaciones financieras, regulación del plan económico-financiero que deben formular las Corporaciones locales, etc.).

Se prohíbe, además, la creación de entidades instrumentales de segundo nivel (unidades controladas por otras que, a su vez, lo estén por las Entidades locales). Se introduce una disposición adicional vigésima en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativa al régimen jurídico de los consorcios, estableciendo los criterios de adscripción a una u otra Administración pública. Y, por último, se introduce un nuevo apartado 5 al artículo 39 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 29 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, en virtud del cual se permite que, en casos excepcionales y debidamente justificados, los municipios puedan disponer del patrimonio público del suelo para reducir su deuda comercial y financiera, siempre que las cantidades utilizadas sean respuestas al patrimonio municipal del suelo en un plazo máximo de diez años.

[Portugal]

Regime jurídico das autarquias locais, das entidades intermunicipais e do associativismo autárquico

Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro (DR 176, SÉRIE I, de 12 de setembro de 2013)

A presente lei estabelece o regime jurídico das autarquias locais, o estatuto das entidades intermunicipais, mais estabelecendo o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais, bem como o regime jurídico do associativismo autárquico.

As comunidades intermunicipais existentes à data da entrada em vigor da presente lei mantêm-se com as áreas geográficas e as denominações constantes do Anexo II à presente lei.

Quando todos os municípios que integrem uma comunidade intermunicipal existente à data da entrada em vigor da presente lei passem a ficar abrangidos pelas áreas geográficas de outras comunidades intermunicipais, a primeira é extinta, ficando os municípios em questão automaticamente integrados nas últimas, sem prejuízo do direito de abandoná-las.

Quando as áreas geográficas de várias comunidades intermunicipais existentes à data da entrada em vigor da presente lei passem a ficar abrangidas por uma única área geográfica, aquelas comunidades intermunicipais fundem-se, ficando os municípios nela abrangidos automaticamente integrados na nova comunidade intermunicipal, sem prejuízo do direito de abandoná-las.

Verificada a divisão da área geográfica de uma comunidade intermunicipal existente à data da entrada em vigor da presente lei, esta cinde-se em tantas comunidades intermunicipais quantas as áreas geográficas resultantes da divisão, que sucedem nas partes correspondentes dos direitos e deveres das anteriores, ficando os municípios automaticamente integrados na comunidade intermunicipal por cuja área geográfica tenham passado a estar abrangidos, sem prejuízo do direito de abandoná-las.

Os municípios que deixem de estar abrangidos pela área territorial de uma comunidade intermunicipal existente à data da entrada em vigor da presente lei deixam automaticamente de fazer parte daquela e ficam automaticamente integrados na área metropolitana ou na comunidade intermunicipal por cuja área geográfica tenham passado a estar abrangidos, sem prejuízo de abandonar a comunidade intermunicipal.

No prazo de 90 días, as novas comunidades intermunicipais aprovam os seus estatutos e as comunidades intermunicipais existentes à data da entrada em vigor da presente lei que sofram alterações nas respetivas áreas geográficas reveem os seus estatutos e regulam as consequências jurídicas da alteração.

A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da realização das eleições gerais para os órgãos das autarquias locais imediatamente subseqüentes à sua publicação.

Novo Regime do Sector Empresarial do Estado

Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro (DR 191, SÉRIE I, de 3 de outubro de 2013)

O presente decreto-lei estabelece o novo regime de princípios e regras aplicáveis ao sector público empresarial, procedendo à revogação do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro.

Neste sentido, a primeira alteração a assinalar na nova disciplina jurídica aprovada respeita a um efetivo alargamento do âmbito subjetivo de aplicação do regime das empresas públicas, passando a abranger todas as organizações empresariais em que o Estado ou outras entidades públicas, possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante.

Outra alteração relevante respeita ao alargamento do âmbito sectorial de aplicação deste regime jurídico, que introduz o conceito de sector público empresarial, o qual integra o sector empresarial do Estado, assim como o sector empresarial local. Desta forma, e sem prejudicar a autonomia constitucional reconhecida às autarquias locais e aos municípios, que continuam a ser os únicos responsáveis pelo exercício e condução da atividade empresarial local, introduz-se uma visão integrada do exercício da atividade empresarial pública, permitindo assim estabelecer um acompanhamento efetivo e eficaz sobre a atividade empresarial desenvolvida quer ao nível estadual, quer ao nível local.

Noutro prisma, é criada a Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Sector Público Empresarial, visando a criação de uma estrutura especializada no acompanhamento do exercício da atividade empresarial pública, conferindo aos titulares da função acionista um mais eficaz apoio técnico, designadamente de cariz económico-financeiro e jurídico, com vista a promover a boa gestão dos recursos públicos alocados ao exercício da atividade empresarial.

Por fim, estabelecem-se regras claras referentes à limitação do endividamento das empresas públicas não financeiras de forma a impedir o avolumar de situações que contribuam para o aumento da dívida e do desequilíbrio das contas do sector público.

O presente decreto-lei entrou em vigo no dia 2 de dezembro de 2013.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Abono de tasa por recurso de casación contra autos

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de junio de 2013

Entiende el Tribunal Supremo ("TS") en este auto que deben abonarse las tasas a que se refiere la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, cuando se interpone un recurso de casación contra un auto. De acuerdo con el artículo 2.e) de la citada Ley, se excluyen del pago de tasas los recursos de apelación contra autos.

Interpretación de los créditos de derecho público de la Ley Concursal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de julio de 2013

El TS entiende que la referencia a los «demás créditos de derecho público» a que se refiere el artículo 91.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, debe entenderse de igual forma a la contenida en el artículo 5.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. En consecuencia, los créditos mencionados en el citado artículo 91.4 («créditos tributarios y demás

de Derecho público") son, aparte de los tributos, los otros derechos de contenido económico que sean titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos y que deriven de potestades administrativas.

Días a quo para la reclamación. Daños continuados y permanentes

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de julio de 2013

Al hilo de la Ley andaluza 2/1987, de 2 de abril, por la que se declararon unas lagunas como reservas integrales de interés zoológico en Cádiz y se establecieron una serie de restricciones a las actividades que podían desarrollarse en ellas, el Tribunal recuerda su doctrina en torno a la distinción entre el daño continuado y el daño permanente, a fin de establecer el inicio del cómputo del plazo para ejercer una acción de responsabilidad. En este sentido, son permanentes los daños en los que el acto que los genera se agota en un momento concreto y el resultado lesivo permanece en el tiempo. Son continuados los daños que, partiendo de un único acto, se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad. Para encajar el daño en una categoría u otra, el Tribunal ha de atender al momento a partir del cual pudieron valorarse la totalidad de los perjuicios causados por un determinado evento lesivo. En este caso, los perjuicios derivados de la privación legal podían haberse calculado ya desde un primer momento.

Posibilidad de completar acreditación de solvencia después de finalizar el plazo de presentación de ofertas

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de octubre de 2013 (as. C-336/12)

El Tribunal de Justicia resuelve la petición de decisión prejudicial acerca de si el principio de igualdad de trato resultaría vulnerado cuando la entidad adjudicadora, una vez transcurrido el plazo para formular ofertas, solicita a un licitador una determinada información acerca de su solvencia, en concreto, el "último balance", para así cumplir con la solvencia exigida. Entiende el Tribunal de Justicia que el principio de igualdad no es vulnerado en este caso, ya que la información solicitada existía y era objetivamente verificable antes de que transcurrieran los plazos para la presentación de las ofertas, siempre que los pliegos no exigieran expresamente su presentación bajo pena de exclusión de la oferta presentada.

Constitucionalidad de ley que tipifica como infracción muy grave la comisión de más de dos faltas graves en un año

Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2013 (cuestión de inconstitucionalidad n.º 7686-2009)

Esta sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad suscitado respecto del apartado j) del artículo 32 de la Ley 4/1995, de 10 de noviembre, del Parlamento Vasco, en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, por posible vulneración del principio *non bis in idem* recogido en el artículo 25.1 de la Constitución, en su vertiente sustantiva. Dicho precepto tipifica como infracción muy grave la "comisión de más de dos faltas graves en un año".

El TC sostiene que, para incurrir en la infracción tipificada por la norma en cuestión, es preciso llevar a cabo nuevos y distintos hechos constitutivos de infracción grave, que constituirán el objeto propio de la tercera infracción. El precepto impugnado admite, por tanto, una interpretación conforme con la Constitución, si se entiende que centra la sanción muy grave en la efectiva comisión de una tercera infracción grave, adicional, nueva y distinta a las dos igualmente graves previamente cometidas, no siendo estas últimas nuevamente sancionadas mediante este artículo, sino que son meramente incluidas en el tipo sancionador para ser tenidas en cuenta a los efectos de cualificar la nueva infracción que se erige en el objeto estricto del precepto cuestionado. Consecuentemente, el TC señala que la anterior interpretación es la que debe darse al precepto para hacerlo compatible con el artículo 25.1 de la Constitución y descarta cualquier otra que podría vulnerar dicho precepto.

Extensión del artículo 72.2 de la LJCA a la inaplicabilidad de normas legales y reglamentarias

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de noviembre de 2013

El TS interpreta el artículo 72.2 de la LJCA, según el cual "La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada". El TS entiende que esta previsión es igualmente aplicable a las personas directa y expresamente afectadas.

tadas por disposiciones (normas legales y reglamentarias) sobre cuya inaplicabilidad el TS se ha pronunciado previamente. De esta forma, no es preciso adoptar una decisión sobre extensión de efectos de la sentencia que declara esa inaplicabilidad a aquellas otras personas, sino que esa sentencia les afecta directamente a estas últimas, pues tras la declaración de inaplicabilidad no es posible que las disposiciones sean aplicadas en absoluto.

La utilización de un modelo estereotipado de motivación vulnera el derecho a no padecer indefensión

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de noviembre de 2013

En esta sentencia se resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de instancia que, a modo de motivación de su fallo, reprodujo con literalidad un fundamento de Derecho dictado en otras dos sentencias anteriores por la misma Sala *a quo*. El TS reitera la doctrina contenida en su reciente sentencia de 26 de octubre de 2013: *"La utilización de un modelo estereotipado de motivación [...] ha llevado a una valoración arbitraria de la prueba o, por decirlo con absoluta precisión, a una no valoración de la misma; lo que implica, como es obvio, una vulneración del derecho a no padecer indefensión"*.

Ejecución de sentencia que anula asignación de múltiplex digital. Cese de canales afectados

Auto del Tribunal Constitucional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de diciembre de 2013 (recurso ordinario n.º 442/2010)

Este auto se dicta en el incidente de ejecución planteado en relación con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012. En virtud de esta sentencia, el TS había anulado el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010, por el que se asignaba un múltiplex digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias del servicio de televisión digital terrestre. Según el TS, esta asignación había supuesto la adjudicación sin previo concurso de nueve canales adicionales.

En ejecución de esa sentencia, el Consejo de Ministros adoptó un acuerdo el pasado 22 de marzo de 2013, por el que ejecutaba la sentencia y ordenaba el cese de las emisiones de los canales digitales de televisión afectados por la anulación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010. El citado Acuerdo de 22 de marzo de 2013 añadía, además, que los canales afectados por esa sentencia podrían continuar con sus emisiones hasta que culminase el proceso de liberación del dividendo digital.

El auto de 18 de diciembre de 2013 confirma la legalidad del acuerdo de 22 de marzo de 2013 en lo que se refiere a la orden de cese de las emisiones de los canales afectados (nueve canales, en total). Sin embargo, anula la previsión de que esos canales afectados puedan continuar transitoriamente con sus emisiones.

Clarificación de la doctrina del carácter subsidiario del amparo y necesidad del incidente de nulidad de actuaciones

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 2013 (recurso de amparo n.º 10846/2009)

Esta sentencia clarifica la doctrina del Tribunal Constitucional en torno al carácter subsidiario del recurso de amparo y a la necesidad de promover un incidente de nulidad de actuaciones como trámite previo al amparo. En el caso de autos, el derecho fundamental (libertad de expresión) invocado en amparo por los recurrentes se había lesionado, en primer lugar, por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, al estimar la demanda deducida en su contra y considerar de prevalente protección el derecho al honor del actor, aunque no le otorgue a este toda la indemnización económica que pedía. Tras un pronunciamiento en sentido inverso de la Audiencia Provincial en el recurso de apelación promovido entonces por los recurrentes, restableciendo el mismo derecho sustantivo alegado como infringido, la Sala de lo Civil del TS casa la sentencia de segunda instancia y, al revocarla y entrar a enjuiciar el fondo, acuerda estimar la demanda *"en la forma que lo ha hecho la sentencia de primera instancia"*, confirmando esta y haciéndola suya *"en todos sus pronunciamientos"* (Fallo). En tales condiciones no es posible afirmar, por tanto, que se trata de una lesión atribuible *ex novo* a la sentencia que cierra la vía judicial previa al amparo, ni que tal lesión *"no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso"*, en los términos del artículo 241.1, *in fine*, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la exigencia del incidente de nulidad de actuaciones previsto en ese artículo.

[Portugal]**Contencioso
Administrativo -
Notificação de atos
administrativos**

Acórdão n.º 636/2013 – Tribunal Constitucional (DR 203, Série I, de 21 de outubro de 2013)

O TC declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade, por violação do disposto nos artigos 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 3, da CRP, da norma constante do artigo 70.º, n.º 1, alínea a), do CPA, interpretada no sentido de que existindo distribuição domiciliária na localidade de residência do notificado, é suficiente o envio de carta, por via postal simples, para notificação da decisão de cancelamento do apoio judiciário, proferida com fundamento no artigo 10.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho.

Entendeu o TC que, perante uma situação em que se pressupõe o efetivo conhecimento de um ato administrativo, quando o envio de carta simples para notificação deste não representa um índice seguro da sua receção e dificilmente pode ser ilidido, forçoso é concluir que a interpretação normativa sindicada afeta a garantia de uma proteção jurisdiccional eficaz do respetivo destinatário, em violação das exigências decorrentes do n.º 3 do artigo 268.º da CRP e do princípio constitucional da “proibição da indefesa”, ínsito no artigo 20.º da CRP.

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN***1 · LEGISLACIÓN****[España]****Mediación en asuntos
civiles y mercantiles**

Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

El pasado 27 de diciembre se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre (el “*Real Decreto*”), por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (la “*Ley de Mediación*”). El Real Decreto entrará en vigor el próximo 27 de marzo de 2014.

El Real Decreto regula, por un lado, la figura del mediador como responsable de dirigir los procedimientos orientados a facilitar el consenso en situaciones de conflicto, en particular, su formación, su publicidad y su régimen de responsabilidad civil. Y, por otro lado, regula las líneas básicas del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, previsto en el artículo 24 de la Ley de Mediación.

A continuación se exponen las principales aportaciones del Real Decreto.

**La formación de los
mediadores**

En primer lugar, en su capítulo II, el Real Decreto regula la formación —tanto *específica* como *continua*— que han de recibir los mediadores para ejercer la actividad de mediación.

De acuerdo con los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores, el Real Decreto parte de una concepción abierta de la formación que los mediadores han de realizar, limitándose a establecer los requisitos mínimos de esa formación.

* Esta sección ha sido coordinada por Virginia Allan, y en su elaboración han participado José María Fernández de la Mela, Heidi López Castro, Luis Capiel, Pablo Martínez Llorente, Albert Azagra Malo, Juliana de Ureña, Patricia Ugalde Revilla, Beatriz Hernández-Gil Quiroga, Mónica Zarzalejos Herrero, Constanza Balmaseda Serrat-Valera, Patricia Rodríguez Martín, José García-Barroso Recio, Rafael del Rosal y Sofía Rodríguez Torres, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

En concreto, en cuanto a la *formación específica* (arts. 3 y 4), el Real Decreto establece que deberá (i) proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades *suficientes* para el ejercicio profesional de la mediación, (ii) tener una duración mínima de 100 horas de docencia efectiva y (iii) desarrollarse tanto a nivel teórico como práctico.

Adicionalmente, el Real Decreto exige a los mediadores procurarse una *formación continua de carácter eminentemente práctico*. Los mediadores deberán realizar estas actividades de formación continua al menos cada cinco años y tendrán una duración mínima de 20 horas (art. 6).

Asimismo, el Real Decreto prevé que tanto la formación específica como la continua de los mediadores se impartirán en centros de formación, públicos o privados, que cuenten con la habilitación legal para llevar a cabo estas actividades o con la debida autorización de la Administración pública competente en esta materia.

El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación

En segundo lugar, una de las principales aportaciones del Real Decreto es la creación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación (el "*Registro*"), dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene como finalidad facilitar a los ciudadanos el acceso a este método de resolución de disputas "*a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación*" (art. 8).

Asimismo, como indica el preámbulo del Real Decreto, el Registro refuerza la seguridad jurídica en el ámbito de la mediación, pues la acreditación de la condición de mediador será objeto de comprobación tanto por el notario que eleve a escritura pública el acuerdo de mediación como por el juez que proceda a su homologación judicial.

El Registro se divide en tres secciones: en la primera de ellas, se inscribirán los mediadores; en la segunda, los mediadores concursales (regulados en el título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal —la "*Ley Concursal*"—); y, en la sección tercera, las instituciones de mediación (art. 13).

La inscripción de los mediadores, así como la de las instituciones de mediación, es voluntaria (art. 11). Sin embargo, la inscripción será requisito previo para el nombramiento de mediadores concursales conforme lo establecido en el artículo 233 de la Ley Concursal.

La inscripción en el Registro acredita la condición de mediador y el carácter de institución de mediación. Ahora bien, la inscripción no excluye la responsabilidad del mediador ni de la institución de mediación respecto del cumplimiento de los requisitos que les son exigibles ni la que les corresponda en el ejercicio de su actividad (art. 12).

El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente de los mediadores e instituciones de mediación

En tercer lugar, el Real Decreto desarrolla en su capítulo IV el artículo 11.3 de la Ley de Mediación, que impone a los mediadores la obligación de contar con un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil que, en su caso, pudiera derivarse de su actuación.

Así pues, el Real Decreto establece que todo mediador deberá contar con un seguro de responsabilidad civil (o garantía equivalente) que cubra los daños y perjuicios que causen sus propios actos u omisiones, distintos a los resultados esperados de la mediación (*e. g.* los daños y perjuicios derivados de (i) la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, (ii) un error profesional o (iii) la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes (art. 27)).

En el caso de que los mediadores actúen dentro del ámbito de una institución de mediación, la institución podrá asumir directamente la cobertura de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la actuación del mediador (art. 26.3).

Por su parte, las instituciones de mediación deberán contar con un seguro o una garantía equivalente que cubra la responsabilidad que les corresponda de acuerdo con la Ley de Mediación y, en especial, la que pudiera derivarse de la designación del mediador (art. 29).

El procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos

Por último, el Real Decreto regula en su capítulo V el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos (previsto en el art. 24 de la Ley de Mediación), que se aplicará —salvo acuerdo en contrario de las partes o la imposibilidad del empleo de los medios electrónicos necesarios por parte de una de ellas— a aquellas reclamaciones que no excedan de 600 euros, siempre que las pretensiones de las partes no se refieran a argumentos de confrontación de derecho (art. 30).

La tramitación del procedimiento electrónico simplificado tendrá una duración máxima de un mes —prorrogable por acuerdo de las partes— y comenzará con la presentación de un formulario de solicitud de mediación, que deberá estar disponible en la página web del mediador o institución de mediación. Una vez recibida la solicitud de mediación, el mediador concederá a la parte solicitada un plazo razonable para contestar a la solicitud, que se entenderá rechazada si no se respondiese en plazo. Contestada la solicitud, el mediador informará al solicitante y remitirá a ambas partes un certificado que tendrá la consideración de acta de la sesión constitutiva de la mediación. En cualquier momento de su tramitación, las partes de mutuo acuerdo podrán transformar este procedimiento simplificado por medios electrónicos en cualquier otro tipo de mediación (art. 36.3).

Los mediadores o instituciones de mediación que hayan contratado con un proveedor de servicios electrónicos deberán habilitar los mecanismos para garantizar a las partes, entre otros, el buen funcionamiento de la plataforma y de los sistemas electrónicos utilizados y la confidencialidad en todas las fases del procedimiento.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

La Audiencia Provincial de Madrid confirma la validez de las cláusulas "híbridas"

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 18 de octubre de 2013

El pasado 18 de octubre de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid dictó un auto por el que admitía la validez en Derecho español de las cláusulas "híbridas" por las que las partes pactan someter sus disputas a arbitraje o a unos tribunales concretos, a elección del demandante y al momento que surja la disputa.

La Sala, que resolvía la apelación formulada frente a un auto del Juzgado que había estimado una declinatoria sobre la base de una cláusula que sometía las eventuales controversias a arbitraje o a los Tribunales de s'Hertogenbosch (Países Bajos), afirmó que este tipo de cláusulas no es desconocido en la práctica internacional y advirtió que la cláusula en cuestión (la cual no se reproduce en el Auto) no presentaba "graves deficiencias que apuntaran a la posible nulidad de la misma". La Sala también advirtió que no pretendía hacer un control de validez "ex ante" del convenio arbitral (ya que, se entiende, dicho control correspondería, si no al Tribunal arbitral constituido en virtud de lo pactado, en todo caso a los tribunales holandeses). La resolución es, sin embargo, relevante porque, hasta la fecha, existía una línea jurisprudencial que exigía que la sumisión a arbitraje fuera inequívoca y, como consecuencia, declaraba nulas este tipo de cláusulas al considerar que la voluntad de "sustraer" la competencia del juez predeterminado por la Ley no era lo suficientemente firme. Esta línea jurisprudencial fue acuñada sobre la base del derogado artículo 5 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, sin que —hasta la fecha— existiese una resolución que declarase expresamente la validez de las cláusulas "híbridas".

De esta forma, la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid sirve para arrojar luz sobre la cuestión y reconocer que este tipo de cláusulas de sumisión puede ser perfectamente admisible en la práctica.

Las cláusulas que designan a una persona concreta como árbitro devienen ineficaces en el caso de que esta renuncie al cargo

Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, de 25 de septiembre de 2013

La sentencia declara la ineficacia de una cláusula arbitral que designaba a dos personas concretas como árbitros —facultándoles expresamente para el nombramiento de un tercer árbitro— después de que estos presentaran su renuncia al cargo.

El procedimiento fue iniciado por la parte demandante, que solicitaba a la Sala el nombramiento de un árbitro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, a lo que la parte demandada se negó alegando que no existía cláusula de sometimiento a arbitraje.

Lo cierto es que esta cláusula existía y recogía literalmente lo siguiente: *"Cualquier diferencia en la interpretación o ejecución de lo convenido se somete a arbitraje de equidad por los letrados D. José Ignacio Pascual y D. Jesús Lozano a los que igualmente autorizan a nombrar un tercer árbitro si fuera preciso"*.

Los dos árbitros designados en el convenio arbitral, sin embargo, renunciaron al cargo, *"tras rubricar la amistad que les un[ía]"* con los litigantes.

El Tribunal entiende que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, el sometimiento a arbitraje había devenido ineficaz, pues *"la cláusula examinada revela el deseo de quienes la suscribieron de que las diferencias que pudieran surgir entre ellos fueran resueltas, en caso de existir, por dos personas concretas con quienes a buen seguro existían lazos de indudable confianza y amistad"*.

Así pues, la Sala considera que no existe un sometimiento a arbitraje "general", sino que este se encontraba siempre sujeto a la confianza en las personas concretas que los litigantes habían designado como árbitros.

Por este motivo, el Tribunal Superior de Justicia declaró que el convenio arbitral había quedado *"vacio de contenido"* tras la renuncia de los árbitros designados en la cláusula compromisoria y desestimó la solicitud de la demandante.

Validez de cláusulas genéricas por las que se someten a mediación y arbitraje controversias entre administradores sociales

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de junio de 2013

La resolución resulta de interés por declarar la validez de cláusulas genéricas de sometimiento a mediación y arbitraje de controversias entre administradores de sociedades.

El 19 de abril de 2013, un notario de Gandía otorgó escritura pública de constitución de sociedad de responsabilidad limitada. La escritura incluía los estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS/318/2010, de 9 de diciembre, es decir, los exigidos por el artículo 5.dos del Real Decreto-ley 1/2010, de 3 de diciembre ("RDL 1/2010") para acceder a los beneficios allí previstos. Esos beneficios, en la redacción vigente en el momento de constitución de la sociedad, no solo incluían aranceles reducidos, sino también plazos reducidos para el otorgamiento de escritura pública y para la calificación e inscripción registrales.

Con todo, a los doce artículos del estatuto-tipo se añadió otro ("art. 13"), según el cual: *"Salvo en los casos excluidos por la Ley, toda controversia o conflicto de naturaleza societaria entre la sociedad y los socios, entre los socios, entre los órganos de administración de la sociedad cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, entre los administradores, o entre cualquiera de los anteriores se someterá para su resolución en primer lugar a mediación... Si la mediación resultare infructuosa, la controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje de derecho..."*.

El registrador del Registro Mercantil y de Bienes Muebles III de Valencia inscribió la sociedad, pero (i) excluyó la aplicación del régimen del RDL 1/2010 como consecuencia de no haberse respetado el estatuto-tipo y (ii) no inscribió las palabras *"entre los administradores"* del art. 13. En relación con esto último, el registrador consideró que el sometimiento a arbitraje de las controversias entre administradores era, entre otros extremos, contrario a una resolución anterior de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado ("DGRN") y a determinados preceptos de la Ley de Sociedades de Capital.

La DGRN confirmó la nota de calificación en relación con la exclusión del régimen del RDL 1/2010, pero la revocó en relación con la no inscripción de las palabras *"entre los administradores"* del art. 13. En relación con esto último señaló que únicamente podrá conocerse si una controversia entre administradores se puede someter a mediación o arbitraje cuando aquella se plantee, por lo que a priori no cabe considerar contraria a derecho una cláusula genérica de sumisión a mediación y arbitraje: *"La cláusula no contiene elemento alguno que permita, a priori, entender que el posible objeto de controversia sea contrario a Derecho (como sí, por ejemplo, incluyera supuestos de responsabilidad penal...).* Será en consecuencia en cada supuesto... cuando bien el mediador designado bien el árbitro... habrán de pronunciarse al respecto..." (Fundamento de Derecho, 6).

El TSJ de Cataluña designa una institución arbitral ante la omisión de su designación en el convenio arbitral

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, de 28 de noviembre de 2013

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nombró el pasado 28 de noviembre de 2013 al Tribunal Arbitral de Gerona como institución encargada de administrar un arbitraje derivado de una cláusula arbitral que omitía designar a la institución arbitral competente.

El convenio arbitral, contenido en los estatutos de una sociedad limitada, establecía que cualquier conflicto entre los socios "se someterá al laudo arbitral de la forma que se expresa en la legislación vigente, salvo en los casos en que por ley se establezcan procedimientos especiales de carácter imperativo".

Cuando uno de los socios quiso impugnar determinados acuerdos sociales adoptados en Junta General, presentó demanda en solicitud de designación judicial de institución arbitral. El demandante proponía la designación del Tribunal Arbitral de Barcelona por su especialización en Derecho societario.

La sociedad demandada aceptó que la controversia se sometiese a arbitraje institucional, pero propuso el nombramiento del Tribunal Arbitral de Gerona en lugar del de Barcelona, alegando razones de cercanía territorial con la demandada y de reducción de costes.

La sentencia afirma que el artículo 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje ("LA") no contempla como elemento esencial del convenio arbitral la forma de designación de los árbitros o la institución arbitral, y que el tribunal únicamente puede rechazar la solicitud de designación judicial si aprecia la inexistencia de convenio arbitral o el sometimiento a arbitraje de materias no arbitrables.

Seguidamente, el TSJ de Cataluña decide designar al Tribunal Arbitral de Gerona como institución arbitral, debido a que tanto el domicilio social de la sociedad como el de todos sus socios están esa ciudad. Explica la sentencia que esta mayor cercanía facilita la práctica de la prueba y la posible solicitud de medidas cautelares, pues los Juzgados competentes para conocer de esta solicitud serían los de Gerona. El TSJ de Cataluña rechaza el argumento de la mayor especialización del Tribunal Arbitral de Barcelona y declara que la exposición de motivos de la LA da prioridad al criterio territorial, mientras que encomienda a las instituciones arbitrales el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros.

La sentencia consagra por tanto la proximidad física como criterio para la designación judicial de instituciones arbitrales, sin importar su grado de especialización en la materia objeto del procedimiento.

COMPETENCIA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Aprobado el paquete de medidas para la simplificación de los procedimientos de control de concentraciones (Merger Simplification Package)

Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo

Reglamento (UE) n.º 1269/2013 de la Comisión por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas y sus Anexos

Explanatory Note – Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation

Con fecha de 5 de diciembre de 2013, la Comisión Europea presentó un paquete de medidas para la simplificación de los procedimientos de control de concentraciones. Dicho paquete integra múltiples medidas que derogan o modifican el procedimiento establecido en 2004. Estas nuevas normas procesales han entrado en vigor el 1 de enero de 2014.

Este paquete normativo persigue principalmente aumentar el número de supuestos en que puede emplearse el procedimiento simplificado, disminuyendo la cantidad de información que deben aportar las empresas a la Comisión Europea en el marco de una concentración económica.

En primer lugar, para aumentar el número de supuestos en que puede recurrirse al procedimiento simplificado, la Comisión Europea ha elevado los umbrales relativos a la cuota de mercado combinada de las partes en una concentración por debajo de los cuales aquella podrá ser examinada a través de dicho procedimiento.

En segundo lugar, para disminuir la cantidad de información que deben aportar las empresas, la Comisión Europea ha establecido una regulación más clara de la dispensa de proporcionar información, ha reducido la información que hay que entregar en los casos de concentraciones conglomeradas y ha elevado los umbrales para considerar que un mercado de referencia queda afectado por una concentración.

Con estos cambios, la Comisión Europea prevé que el número de asuntos que puedan examinarse bajo un procedimiento simplificado aumente un 10%, por lo que cerca del 60-70% de concentraciones con dimensión europea podrán ahora examinarse bajo dicho procedimiento.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

El Tribunal Supremo establece que en un procedimiento de recuperación de ayudas de Estado es preciso analizar la situación individual de cada compañía, lo que obliga a las autoridades tributarias a abrir un trámite específico a tal fin

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, en el recurso n.º 6165/2011

En este caso, el TS analizó si en el marco de un proceso de recuperación de ayudas de Estado declaradas incompatibles con el mercado interior debe seguirse un procedimiento específico y, en particular, si en dicho procedimiento es necesario dar audiencia al beneficiario de la ayuda (obligado al reintegro) antes de adoptar la decisión pertinente.

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Borja Martínez Corral, Tomás Arranz y Paloma Sanjuán, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje (Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y Derecho de la Unión Europea) de Uría Menéndez (Madrid).

En este sentido, el TS considera que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia que 28 de julio de 2011, *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión* (asuntos acumulados C-471/09 P a C-473/09 P, apartados 99 y 102), que resume otras sentencias anteriores, reconoce que en la fase de recuperación es preciso efectuar el análisis de cada empresa afectada, afirmación que hace imprescindible que sea oída.

También se considera que la Dirección General de Tributos, en la contestación de 2 de junio de 2009 a la consulta vinculante 1304-09, afirmó que el trámite de recuperación se dirige a regularizar la situación fiscal del destinatario de la ayuda por lo que respecta al beneficio, eliminándolo, pero admite que pueda tener una mayor extensión, pudiendo discutirse, por tanto, la procedencia de otras ventajas relacionadas con la ayuda declarada ilegal e incompatible. En suma, la obligación de recuperación de las ayudas no es absoluta y pueden existir circunstancias en las que resulte improcedente. Es más, en la fase de recuperación las autoridades españolas pueden pedir a la Comisión que, basándose en un régimen de ayudas de finalidad regional, excluya en su caso la obligación de recuperación de alguna ayuda individualmente considerada.

La Audiencia Nacional aclara el concepto de "secreto" en relación con la definición de cártel

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de septiembre de 2013

En esta sentencia, la Audiencia Nacional ha establecido que, aunque la existencia de una Asociación sea conocida y las reuniones en su seno sean recogidas en actas públicas, podrá considerarse que existe un cártel por cuanto los mecanismos que las empresas pretendan utilizar y utilicen, bien para asegurar la ejecución de sus recomendaciones, bien para garantizar la continuidad de los intercambios de información, si sean secretos.

[Unión Europea]

Responsabilidad matriz filial en el caso de empresas en participación

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 26 de septiembre de 2013 en el asunto The Dow Chemical Company contra Comisión (as. C-179/12 P)

The Dow Chemical Company y DuPont, como matrices de la empresa en participación DDE, fueron sancionadas por la Comisión Europea como consecuencia de las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por esta última empresa.

La empresa recurrente (The Dow Chemical Company) había indicado que cuando dos empresas ejercen conjuntamente influencia decisiva sobre una empresa en participación o "joint venture", la afirmación de que la empresa en participación y sus matrices forman parte de la misma unidad económica (y que justificaría, en su caso, la responsabilidad de las matrices) implica una paradoja, ya que supone que la empresa en participación forma parte al mismo tiempo de varias unidades económicas o empresas distintas (o que las dos matrices forman parte de la misma unidad económica).

Sin embargo, el TJUE ha determinado que, cuando dos empresas tienen una participación del 50% cada una en una empresa en participación que ha cometido una infracción de las normas de Derecho de la competencia, puede considerarse que las tres empresas forman parte de una misma unidad económica y, por tanto, una única empresa en el sentido del actual artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea solo a los efectos de establecer la responsabilidad por haber participado en una infracción del Derecho de la competencia, siempre que la Comisión demuestre que ambas matrices ejercieron de hecho una influencia decisiva sobre dicha empresa en participación.

El TGUE define los poderes de inspección de la Comisión Europea

Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2013 en el asunto Deutsche Bahn AG y otros contra Comisión (as. T-289/11, T-290/11 y T-521/11)

En esta sentencia, el TGUE ha resumido las líneas que la Comisión debe seguir en materia de inspección domiciliaria, sobre todo a la vista de que las demandantes cuestionaron el uso por la Comisión Europea de ciertos documentos obtenidos en una inspección.

El TGUE señala que la información obtenida durante las inspecciones no debe utilizarse para fines distintos de los indicados en la orden de inspección. Este derecho resultaría gravemente dañado si la Comisión pudiese invocar contra las empresas pruebas que, obtenidas durante una verificación, fuesen ajenas al objeto y a la finalidad de esa verificación. No obstante, el TGUE aclara que no puede llegarse a la conclusión de que esté prohibido que la Comisión incoe un procedimiento de investigación con objeto de verificar la exactitud o de completar las informaciones de las que hubiese tenido conocimiento incidentalmente con ocasión de una inspección anterior, en el supuesto de que dichas informaciones indicasen la existencia de conductas contrarias a las normas sobre competencia del Tratado. En efecto, semejante prohibición iría más allá de lo que es necesario para preservar el secreto profesional y el derecho de defensa, por lo que constituiría un obstáculo injustificado al cumplimiento por la Comisión de su misión de velar por la observancia de las normas sobre competencia en el mercado común y de descubrir las infracciones del TFUE.

El TGUE se pronuncia sobre el cártel de porcelana sanitaria *Sentencias del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 en los asuntos T-364/10 Duravit AG y otros / Comisión, T-408/10 Roca Sanitario SA / Comisión, T-411/10 Laufen Austria AG / Comisión, T-412/10 Roca / Comisión; y otros*

Por Decisión de 23 de junio de 2010, la Comisión impuso multas por un importe total de más de 622 millones de euros a 17 fabricantes por su participación en una infracción única y continua en el sector de productos y accesorios para cuartos de baño. Según la Comisión, esas empresas participaron en reuniones anticompetitivas de manera regular durante más de 12 años en 6 países europeos (Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Italia y Países Bajos). En lo referente a las recurrentes en este caso, la Comisión impuso una multa a título solidario a la matriz y a dos de sus filiales.

El TGUE ha anulado parcialmente la Decisión de la Comisión en lo que afecta a la filial francesa, por cuanto el importe de la multa se estableció sin tener en cuenta su cooperación con la Comisión durante el procedimiento administrativo.

El TGUE también ha reducido el importe de la multa impuesta a la matriz, únicamente en atención a tal condición, dado que en este caso la responsabilidad de esa sociedad matriz solo puede ser derivada, accesoria y dependiente de la de su filial y por ello no puede superarla.

Duración del examen previo de la notificación de una ayuda de Estado *Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 en el asunto Orange contra Comisión Europea, (T-258/10)*

Las autoridades francesas desplegaron una red de fibra óptica en el departamento de Hauts-de-Seine. El proyecto preveía conceder una compensación de las cargas de servicio público para el establecimiento y la explotación de dicha red a un grupo de empresas, Sequalum SAS, elegido tras una licitación. La Comisión declaró que el proyecto notificado no era constitutivo de una ayuda de Estado. No obstante, cinco competidores de Sequalum interpusieron un recurso ante el Tribunal General a fin de obtener la anulación de dicha Decisión.

Uno de estos competidores, Orange, alegó que los plazos por los que se caracteriza el desarrollo del procedimiento previo de examen revelan la existencia de serias dificultades, pues la Comisión adoptó la Decisión impugnada tras una instrucción formal de quince meses, lo que, según Orange, es un plazo extremadamente largo.

A este respecto, el TGUE recuerda que la duración del examen previo debe calcularse desde la fecha de recepción, por parte de la Comisión, de la notificación completa efectuada por el Estado miembro, siendo el plazo máximo del que dispone la Comisión para proceder al examen previo de dos meses. Además, en caso de solicitud de información complementaria, la notificación debe considerarse completa en la fecha de recepción de la última información solicitada, sin que comience a correr el plazo de dos meses hasta esa fecha. En el presente asunto, la Comisión había solicitado a las autoridades francesas que aportasen tal información complementaria. Al haberse enviado la última información complementaria el 10 de agosto de 2009 y al haber adoptado la Comisión la Decisión el 30 de septiembre de 2009, el TGUE declara que la Comisión no ha incurrido en error de Derecho, pues adoptó la Decisión impugnada dentro de los dos meses previstos en la normativa europea.

El TGUE anuló una decisión sobre ayudas de Estado por considerar que la medida era objetiva y estaba al alcance de cualquier operador

Sentencia del Tribunal General de 12 de noviembre de 2013 en el asunto MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt. contra Comisión (as. T-499/10)

En virtud de la Ley de Minas de Hungría, las compañías mineras que tienen una autorización deben abonar al Estado un canon minero por la extracción de hidrocarburos, de crudo y de gas natural. Hasta 2008, el canon minero se fijaba, en principio, en el 12% del valor de la cantidad de minerales extraída. En 2007 se modificó la Ley de Minas y se aumentó el tipo del canon minero, en principio, al 30% con efectos a partir del 8 de enero de 2008. Sin embargo, este aumento no se aplicaba a los yacimientos de la empresa MOL, que seguían sujetos a los tipos fijados en el convenio de 2005. En junio de 2010 la Comisión adoptó una Decisión en la que declaró que la fijación en el convenio de 2005 del canon minero de MOL, junto con el aumento del canon minero aplicable a sus competidores, constituía una ayuda estatal incompatible con el mercado común.

El TGUE consideró que dado que los criterios fijados por la Ley de Minas para la celebración de un convenio de ampliación son objetivos y aplicables a cualquier operador potencialmente interesado que los cumpla, la celebración del convenio de 2005 sobre la base de dicha Ley no favoreció a MOL en relación con sus competidores. Además, el hecho de que las autoridades húngaras dispongan de un margen de apreciación para determinar el tipo del canon de prórroga no significa que determinadas empresas puedan obtener una ventaja competitiva de ello, pues considera que este margen puede justificarse por diferentes factores (por ejemplo, número de yacimientos prorrogados y su importancia).

Por ello, el TGUE declaró que el convenio de 2005 no había conferido a MOL ventajas económicas en perjuicio de sus competidores y anuló la Decisión de la Comisión.

3 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

[Unión Europea]

La Comisión Europea autoriza la concentración entre US Airways y American Airlines

Decisión de la Comisión de 5 de agosto de 2013, asunto M.6607, US Airways/ American Airlines

Tras examinar la fusión por absorción del US Airways Group por parte de AMR Corporation, matriz de American Airlines, la Comisión Europea ha autorizado la operación, condicionándola al cumplimiento de los compromisos ofrecidos por las partes.

Para llevar a cabo su examen, la Comisión Europea ha seguido su tradicional análisis de mercados en función del punto de origen y destino de cada ruta, de forma que cada combinación de punto de origen y punto de destino es tomado como un mercado separado. Además, en su evaluación, la Comisión ha tomado en consideración todas las rutas ofrecidas por los integrantes de la *joint venture* de la que American Airlines forma parte y a la que US Airways se incorporaría tras la operación.

Pues bien, tras examinar todas las rutas posibles, la Comisión Europea ha llegado a la conclusión de que la concentración solamente suscitaba serias dudas respecto de la ruta Londres Heathrow-Filadelfia, en cuanto la operación daría lugar a una posición dominante.

Para despejar la concentración, la Comisión Europea ha aceptado los compromisos ofrecidos por las partes respecto de esta ruta y que consisten básicamente en la cesión de un *slot* en los aeropuertos de Londres Heathrow y Filadelfia, inicialmente para la línea que une ambas ciudades y más tarde para otras (*grandfathering rights*); y en la conclusión de acuerdos especiales de alimentación de tráfico aéreo (*special feed traffic agreements*) con otras compañías.

La Comisión Europea autoriza la concentración entre Shell y Nynas

Decisión de la Comisión de 2 de septiembre de 2013, asunto M.6360 Nynas / Shell / Hamburg Refinery

La Comisión ha autorizado la concentración entre Shell y Nynas a pesar de sus preocupaciones originales derivadas de que, de aprobarse la operación, esta permitiría a Nynas convertirse en la única productora de aceites de base nafténica, así como en el mayor productor de aceites

aislantes en el Espacio Económico Europeo. No obstante, el análisis realizado por la Comisión le permitió comprobar que, de no realizarse la transacción, la refinería de Shell objeto de adquisición saldría del mercado, dado que no había ningún otro competidor interesado en adquirir dichos activos.

En este sentido, la Comisión estableció que, si efectivamente dicha refinería saliera del mercado, no habría productores dentro del Espacio Económico Europeo capaces de procesar dichos aceites, situación que resultaría necesariamente en importar la totalidad de esos productos.

Además, la Comisión corroboró que la inversión para continuar con la producción de la refinería que Nynas adquiriría de Shell era una inversión considerable que ni Shell ni ningún otro competidor estaban dispuestos a realizar.

La Comisión Europea autoriza la concentración entre Outokumpu / Inoxum

Decisión de la Comisión de 7 de noviembre de 2012, asunto M.6471, Outokumpu Oyj / Inoxum GmbH

La Comisión ha autorizado la compra de Inoxum, la división de aceros inoxidables de ThyssenKrupp, por parte de Outokumpu. La transacción fue condicionada a la desinversión por parte de Outokumpu de una fábrica de acero inoxidable de Inoxum en Italia, así como la venta de algunos centros de distribución.

La exigencia de estas desinversiones surge de la preocupación de la Comisión por la unión de los dos principales productores europeos de acero inoxidable laminados en frío, por lo que la entidad resultante tendría suficiente poder de mercado para realizar incrementos en el precio de dichos productos.

En su decisión, la Comisión analizó una diversidad de factores. Aun cuando se verificó la existencia de otros competidores con capacidad ociosa que podría ser utilizada para contrarrestar hipotéticas subidas de precios de la entidad resultante, la Comisión consideró que dichos competidores no tendrían incentivos para utilizar dicha capacidad en este sentido, siendo más probable una coordinación para una subida generalizada de precios. Además, algunos productos manufacturados por Outokumpu e Inoxum no fueron considerados como plenamente sustituibles con los productos de sus competidores.

Por lo anterior, la Comisión consideró que era necesaria la venta de una de las fábricas de producción, así como centros de distribución a un nuevo competidor a efecto de salvaguardar la competencia en dicho mercado.

4 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[Unión Europea]

La Comisión Europea impone multas por un total de 1.710 millones de euros por la manipulación del sistema de cálculo de índices de tipos de interés

Decisiones de la Comisión en los asuntos AT.39914-Euro Interest Rate Derivatives y AT.39807-Yen Interest Rate Derivatives

La Comisión Europea ha multado a varias entidades financieras por su participación en dos cárteles que tenían por objeto distorsionar el funcionamiento del mercado de derivados financieros y la manipulación del sistema de cálculo de los índices de tipos de interés que servían como subyacentes de estos derivados. Dos entidades obtuvieron inmunidad total de acuerdo con el programa de clemencia, evitando, en uno de los casos, el pago de una multa individual de 2.500 millones de euros.

Las entidades sancionadas formaban parte de los paneles responsables de fijar índices de referencia como el LIBOR o el EURIBOR, cuyo valor es el resultado de la agregación de las estimaciones proporcionadas por los miembros de los paneles. Al mismo tiempo, estas entidades comercializaban y negociaban derivados financieros referidos a dichos tipos de referencia. La Comisión considera probado que las entidades sancionadas discutían tanto sus contribuciones

al sistema de determinación de los índices como sus estrategias de negociación y precios sobre derivados de estos índices. Esto les permitió incidir tanto en los flujos de pagos que recibían estos bancos de sus clientes y contrapartes como en los pagos que tenían que realizar en virtud de contratos de derivados referidos a estos subyacentes.

La Comisión ha concluido su investigación en relación con ocho entidades financieras que han accedido a seguir un procedimiento transaccional. Es decir, estas ocho entidades no discutieron los hechos probados por la Comisión y, a cambio, recibieron reducciones del 10% de la multa. En cambio, el procedimiento aún continúa en relación con cuatro entidades que no han accedido a este procedimiento.

[España]

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") multa a cuatro clubs de fútbol y a Mediapro por incumplimiento de una Resolución sancionadora en materia de contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey

Resolución de la CNMC de 28 de noviembre de 2013 en el asunto SNC/0029/13, Mediapro y Clubs de Fútbol II

La CNMC ha impuesto multas por valor de 15 millones de euros al Fútbol Club Barcelona, Real Madrid Club de Fútbol, Real Racing Club de Santander, S.A.D, Sevilla Club de Fútbol, S.A.D. y a Mediaproducción, S.L. ("Mediapro") por incumplir la Resolución de 14 de abril de 2010 por la que la extinta Comisión Nacional de la Competencia ("CNC") estableció que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) concluidos entre determinados clubs de fútbol y Mediapro por más de tres temporadas constituían acuerdos entre empresas que, por sus efectos, caían bajo la prohibición de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, y 101 del TFUE.

En la Resolución de fecha de 28 de noviembre de 2013, la CNMC multa a los cuatro clubs de fútbol y a Mediapro por la firma de contratos de adquisición de derechos audiovisuales de duración superior a tres temporadas.

Desde el punto de vista procedimental, resulta relevante destacar que la CNMC considera que la imputación de una empresa en un expediente de vigilancia y la constatación de la existencia de una infracción no constituye una *conditio sine qua non* al objeto de la determinación de su responsabilidad y la imposición de una sanción mediante el subsiguiente expediente sancionador.

En lo que a los aspectos sustantivos se refiere, el contrato firmado por el Sevilla con Mediapro preveía la adquisición de derechos por cuatro temporadas. No obstante, el contrato incluía una cláusula por la cual su duración se limitaba a tres temporadas en caso de estimación por la Audiencia Nacional del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la CNC de abril de 2010. La CNMC considera que la firma de dicho contrato por cuatro temporadas constituye una infracción en sí misma, a pesar de que la aplicación de dicho acuerdo no hubiera superado las tres temporadas.

COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA Y OCIO*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Modificaciones y propuestas legislativas

Propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) (COM (2012) 11 final, 2012/0011 (COD), de 25 de enero de 2012)

La Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo ("LIBE") emitió el pasado octubre un informe con importantes modificaciones sobre la propuesta de reglamento general de protección de datos para su posterior negociación por parte del Parlamento Europeo con el Consejo y la Comisión Europea. Con respecto a la propuesta de la LIBE, cabe destacar los siguientes puntos:

- (i) que las sanciones puedan alcanzar el límite máximo de cien millones de euros o de hasta el 5% del volumen de negocios global, según cuál de estas cantidades sea mayor;
- (ii) que el "derecho de olvido" pase a denominarse "derecho de supresión";
- (iii) que la figura del delegado de protección de datos (*Data Protection Officer*) sea obligatoria en empresas que procesen datos de carácter personal a partir de 5.000 sujetos durante un periodo consecutivo de 12 meses;
- (iv) que las empresas que cumplan con los requisitos mencionados en el punto anterior, al igual que el resto de empresas que por el tipo de tratamiento conlleven un riesgo, estén obligadas a realizar evaluaciones de impacto sobre privacidad; y
- (v) que las sanciones puedan incluir la obligación de realizar auditorías periódicas.

[España]

Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones

Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones (BOCG, Congreso de los Diputados, de 27 de septiembre de 2013)

El pasado 27 de septiembre de 2013 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, en el que se pretende una mayor unidad de mercado y una configuración que favorezca la competencia y la inversión.

Entre las diversas modificaciones de la norma, se propone modificaciones de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico, siendo las más destacables las siguientes:

- (i) Con respecto a las comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos:
 - Se elimina la obligación de incluir al comienzo del mensaje la palabra "publicidad" o la abreviatura "publi" en comunicaciones comerciales a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente.

* Esta sección ha sido elaborada por Cecilia Álvarez, Reyes Bermejo y José Soria, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

- Para las comunicaciones comerciales por correo electrónico, se debe incorporar una dirección de correo electrónico así como “otra dirección electrónica válida” para poder manifestar la oposición a recibirlas.
 - Se considera como infracción grave el envío insistente o sistemático de comunicaciones comerciales no deseadas a un mismo destinatario (eliminandose la referencia al envío de más de tres comunicaciones en el plazo de un año).
- (ii) Con respecto a los dispositivos de almacenamiento y recuperación de la información (p.ej., cookies):
- En relación con el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones, se elimina la referencia a que “deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto”.
 - Se tipifica como infracción de carácter leve la instalación de estos dispositivos sin el consentimiento del usuario y sin haberle informado previamente y como infracción grave su mantenimiento ignorando deliberada y continuadamente la voluntad de los usuarios de que no se instalen o de que no se sigan tratando los datos una vez retirado el consentimiento.
 - Con respecto a los responsables de infracciones, se incluye como responsable a la red publicitaria o agentes en los casos en los que no adopten medidas para exigir al editor o servicio de la sociedad de la información el cumplimiento de los deberes de información y la obtención del consentimiento del usuario, cuando se infrinja el deber de información o de prever un proceso de rechazo de tratamiento de datos a través de la instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de la información.

**Ley General para la
Defensa de los
Consumidores
y Usuarios**

Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre(BOCG, Congreso de los Diputados, de 25 de octubre de 2013)

El pasado 25 de octubre de 2013 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con el objetivo de adaptar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores. Entre otras modificaciones destacan las relativas a los contratos a distancia, que pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- Se amplía la información que se debe facilitar a los consumidores y usuarios, regulando los requisitos formales que el empresario debe cumplir, en especial en la contratación a distancia.
- Se amplía el plazo para ejercer el derecho de desistimiento de 7 días a un mínimo de 14 días naturales y, en el caso de que no se informe al consumidor de la posibilidad de ejercer este derecho, el plazo se amplía automáticamente a doce meses.
- Se regulan nuevos derechos en la forma y plazo de entrega de bienes y en relación con el riesgo de pérdida o deterioro.
- Se prevén medidas para evitar cargas encubiertas a través de una mayor información precontractual. A su vez, el usuario tendrá derecho al reembolso del pago cuando no haya otorgado de forma expresa el consentimiento sobre pagos adicionales o si su aceptación ha sido deducida por el empresario utilizando opciones por defecto que el consumidor o usuario debe rechazar para evitar su pago.
- Con respecto a los contratos telefónicos, el consumidor o usuario quedará vinculado solo cuando haya aceptado la oferta mediante su firma o a través del envío de su acuerdo por escrito, ya sea en papel, correo electrónico, fax o SMS. El empresario deberá confir-

mar la oferta al consumidor o usuario por escrito o por cualquier soporte de naturaleza duradera, salvo oposición del consumidor o usuario.

- Se pone un límite al cobro por el uso de determinados medios de pago en relación al coste soportado.

Proyecto de Ley de Seguridad Privada

Proyecto de Ley de Seguridad Privada (BOCG, Senado, de 23 de diciembre de 2013)

Entre las diversas modificaciones de Proyecto de Ley de Seguridad Privada publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 23 de diciembre de 2013, cabe destacar lo siguiente a efectos de datos personales:

- (i) Se autorizan expresamente las cesiones de datos personales *"que se consideren necesarias para contribuir a la salvaguarda de la seguridad ciudadana, así como el acceso por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los sistemas instalados por las empresas de seguridad privada que permitan la comprobación de las informaciones en tiempo real cuando ello sea necesario para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales"*.
 - (ii) Con respecto a los servicios de video-vigilancia:
 - Solo las empresas de seguridad privada podrán instalar y mantener aparatos, equipos, dispositivos y sistemas de seguridad conectados a centrales receptoras de alarmas o a centros de control o de video vigilancia.
 - Los servicios de video vigilancia sujetos que se realicen únicamente para prevenir infracciones y evitar daños a personas y bienes objeto de protección, deben ser prestados por vigilantes de seguridad o, en su caso, guardas rurales. Sin embargo si la finalidad consiste en *"la comprobación del estado de bienes, el control de acceso a aparcamientos y garajes, o las previstas en áreas de autopistas de peaje"*, podrán realizarse por personal distinto del de seguridad privada.
 - No se podrán utilizar cámaras o videocámaras con fines de seguridad privada para tomar imágenes y sonidos de vías y espacios públicos o de acceso público salvo autorización administrativa previa.
 - Las cámaras de video-vigilancia que formen parte de medidas de seguridad obligatorias o de sistemas de recepción, verificación y, en su caso, respuesta y transmisión de alarmas, no requerirán autorización administrativa para su instalación, empleo o utilización.
 - Las grabaciones realizadas por los sistemas de video-vigilancia no podrán destinarse a un uso distinto del de su finalidad. Cuando las mismas se encuentren relacionadas con hechos delictivos o que afecten a la seguridad ciudadana, se aportarán, de propia iniciativa o a su requerimiento, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes.
 - La monitorización, grabación, tratamiento y registro de imágenes y sonidos por parte de los sistemas de video-vigilancia estará sometida a lo previsto en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, y especialmente a los principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima.
 - (iii) Con respecto a los servicios de investigación privada:
 - La aceptación del encargo de servicios de investigación privada por despachos de detectives privados requerirá la acreditación por el solicitante de los mismos, del interés legítimo alegado.
 - En ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, ni podrán utilizarse en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos.

- Los servicios de investigación privada se ejecutarán con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad.
- En los informes de investigación únicamente se hará constar información directamente relacionada con el objeto y finalidad de la investigación contratada, sin incluir en él referencias, informaciones o datos que hayan podido averiguarse relativos al cliente o al sujeto investigado, en particular los de carácter personal especialmente protegidos, que no resulten necesarios o que no guarden directa relación con dicho objeto y finalidad ni con el interés legítimo alegado para la contratación.
- Sin perjuicio del deber de bloqueo de la normativa de datos personales, los informes de investigación deberán conservarse archivados, al menos, durante tres años. Asimismo, las imágenes y los sonidos grabados durante las investigaciones se destruirán tres años después de su finalización, salvo que estén relacionadas con un procedimiento judicial, una investigación policial o un procedimiento sancionador.
- Las investigaciones privadas tendrán carácter reservado y los datos obtenidos a través de las mismas solo se podrán poner a disposición del cliente o, en su caso, de los órganos judiciales y policiales, en este último supuesto únicamente para una investigación policial o para un procedimiento sancionador.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Interpretación de qué son gastos excesivos para el ejercicio del derecho de acceso

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Octava, de 12 diciembre de 2013

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal de los Países Bajos en relación con la interpretación del artículo 12.a) de la Directiva 95/46/CE de protección de datos personales que establece la obligación de garantizar el derecho de acceso a los datos personales “sin gastos excesivos”.

Estas cuestiones prejudiciales se enmarcan dentro de un procedimiento en el que en el que el denunciante impugna una decisión sancionadora por infracción del código de circulación. El denunciante, con el fin de acreditar que no había recibido las liquidaciones pertinentes, solicitó al municipio donde reside información sobre la comunicación de sus datos personales, expidiendo el municipio un extracto certificado sujeto al pago de una tasa de 12,80 euros.

El Tribunal entiende que el mencionado artículo 12.a) no se opone a la percepción de gastos; no obstante, entiende el Tribunal que para garantizar que dichos gastos no puedan ser considerados “excesivos”, su importe no debe exceder el coste de la comunicación de los datos.

[España]

Legitimidad en el acceso por el empleador a los correos electrónicos de sus trabajadores sin haberles informado expresamente

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 7 de octubre de 2013

El Tribunal Constitucional desestima un recurso de amparo -interpuesto por un trabajador de una empresa del sector químico- basado en la lesión de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En el caso de autos, la empresa, ante la sospecha de que el trabajador había remitido información confidencial a sus competidores, accedió y revisó los mensajes electrónicos enviados por el trabajador a través de su cuenta de e-mail profesional así como los sms de su móvil profesional.

Según el Tribunal Constitucional, no puede entenderse que los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador hayan sido vulnerados por la empresa en este caso, donde concurrían las siguientes circunstancias:

- (i) la existencia de una **prohibición clara** en el **convenio colectivo** de aplicación en relación con el uso de las herramientas informáticas de la empresa (entre las que se citaban expresamente Internet y el correo electrónico) para fines que no estuviesen relacionados con la propia prestación laboral, aun cuando el convenio no establecía expresamente que el uso de las dichas herramientas podía ser auditado o controlado por la empresa;
- (ii) el **carácter profesional** de la información a la que la empresa había tenido acceso (esto es, no vinculada a la vida privada del trabajador); y
- (iii) la **proporcionalidad** del control llevado a cabo por la empresa (esto es, dicho control había sido idóneo, necesario y proporcionado en sentido estricto y había sido, además, realizado en presencia de un **perito informático** y de un **notario público**).

Cabe señalar que las pruebas obtenidas por la empresa a través de los *sms* del teléfono móvil del trabajador (herramienta que no se mencionaba expresamente en la prohibición del convenio colectivo) no fueron consideradas legítimas.

Acceso del colegio al teléfono de un menor sin consentimiento de sus padres

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 26 septiembre de 2013

La Audiencia Nacional desestima el recurso interpuesto contra una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos ("**AEPD**") por la que se decide no incoar actuaciones inspectoras contra el colegio en el que estudia el hijo del ahora recurrente. Los hechos que el recurrente considera como constitutivos de una infracción en materia de protección de datos personales son el acceso por personal del colegio a un terminal telefónico de uso particular de su hijo de 12 años, sin el previo consentimiento de sus padres. Es relevante señalar que el acceso al terminal se realizó en el marco de una investigación relacionada con videos de contenido pornográfico que supuestamente habían sido mostrados por el menor investigado a otros compañeros también menores.

La Audiencia Nacional entiende que el tratamiento de los datos sin consentimiento estaría legitimado por la existencia de un interés legítimo, si bien la educación es un servicio público en sí mismo y el interés del colegio, responsable del tratamiento, plenamente legítimo: llevar a cabo una adecuada prestación del servicio educativo y proteger los derechos de otros menores cuya guarda se le confía.

Aplicación retroactiva de la sanción más favorable

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de noviembre de 2013

El Tribunal Supremo decide aplicar de forma retroactiva el régimen sancionador establecido por la Ley 2/2011, más favorable para el recurrente al tipificar los hechos como falta grave. De este modo, el Tribunal Supremo reduce la sanción inicialmente impuesta por la AEPD en 300.506,05 euros a 40.001 euros.

3 · DECISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS)

[España]

Sanción a Google por la nueva política de privacidad que unificó en 2012

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 18 de diciembre de 2013

Google modificó la política de privacidad y las condiciones de uso de la mayoría de sus servicios en marzo de 2012. Según la AEPD, este cambio supuso la creación de un "*modelo de tratamiento de datos basado en la transversalidad, posibilitando que la información que una persona facilita para un servicio pueda combinarse con la de otros y utilizarse con cualquier finalidad, y gene-*

rando un uso de los datos personales que excede ampliamente las expectativas que un usuario podría esperar de la utilización de un servicio".

A raíz de este cambio de política de privacidad, se inicia una serie de actuaciones de la AEPD coordinadas con las autoridades de protección de datos de Alemania, Francia, Holanda, Italia y Reino Unido. La AEPD sanciona a Google Inc. con 900.000 euros por las siguientes infracciones de la normativa española de protección de datos personales respecto de los datos de sus usuarios (registrados o meros "visitantes"):

- Falta de información clara y precisa sobre las finalidades del tratamiento que impide fundar un consentimiento válido.
- Almacenamiento y conservación de los datos de carácter personal por períodos de tiempo indeterminados o no justificados, sin la debida cancelación cuando estos dejan de ser necesarios para el fin para el que se recogieron.
- Obstaculización o imposibilidad de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Sanción en el marco de una campaña de publicidad tanto a la entidad beneficiaria como a las entidades titulares de las bases de datos utilizadas

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 8 de mayo de 2013

La AEPD ha sancionado a 4 empresas por el envío de invitaciones a un evento sin consentimiento de los afectados:

- A la empresa que organiza el evento, se le impone una multa de 20.000 euros por determinar los "parámetros objetivos de la campaña" (en este caso, define el perfil de las personas a ser invitadas).
- A las empresas que son contratadas por la primera (directa o indirectamente) y que remiten las invitaciones al evento a las personas que obran en sus respectivas bases de datos y que responden al perfil buscado, se le imponen multas de 40.000, 50.000 y 70.000 euros respectivamente (algunas de ellas habían reincidido en la conducta infractora).

Sanción por ceder datos de abonados a la CMT

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 10 de julio de 2013

La AEPD sanciona con una multa de 20.000 euros a una compañía telefónica por comunicar los datos personales de un abonado (en relación con dos líneas telefónicas distintas) al Sistema de Gestión de Datos de Abonados de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la prestación de los servicios de elaboración de guías de abonados y de consulta telefónica sobre números de abonado sin su consentimiento expreso y previo. En efecto, según dispone el Real-Decreto 424/2005, para que los datos correspondientes a un abonado sean incluidos por primera vez en algún tipo de guía o facilitados a otra entidad para su inclusión en ella o para la prestación de servicios de información o de consulta sobre ella, será preciso el consentimiento expreso de dicho abonado.

Las alegaciones de la compañía telefónica, basadas fundamentalmente en la existencia de un error involuntario, son desestimadas por la AEPD entendiendo esta que *"en dos ocasiones y respecto a dos números de abonado diferentes, cedió los datos de la denunciante sin su consentimiento"*. Asimismo, según la AEPD, la compañía telefónica *"(...) incurrió en una gravísima falta de diligencia, por cuanto procedió a incluir los datos de su cliente en los ficheros destinados a ser volcados en el SGDA de la CMT sin haberse cerciorado previamente de que se cumplían las condiciones a las que la normativa específica supedita la legalidad de tal comunicación. Y esta conducta se efectuó respecto a dos números de teléfono que se sucedieron en el tiempo (...)"*.

Sanción por publicar un vídeo en Internet sin consentimiento de las personas grabadas

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 23 de julio de 2013

La AEPD sanciona a la Asociación Pro-Justicia para Damnificados por decisiones judiciales con una multa de 1.000 euros y otra de 2.000 euros por la publicación de un vídeo en Internet que incluía la imagen de la denunciante y sus hijos menores de edad además de información sobre el nombre y apellidos de esta y circunstancias de su separación matrimonial determinadas por

sentencia judicial (tales como la pensión o régimen de visitas de los hijos). La grabación de la imagen tiene lugar en la vía pública y la asociación manifiesta que la sentencia de separación es un documento público y que la publicación en Internet de los videos donde salen los menores de edad cuentan con el consentimiento de su padre.

La AEPD considera que el tratamiento de los datos en cuestión es ilegítimo por no contar con el consentimiento de la denunciante ya que las sentencias no son fuentes accesibles al público y la grabación no cuenta con interés periodístico. Además, recuerda que la Ley Orgánica 1/1982 exige que en caso de menores de edad (salvo si sus condiciones de madurez permiten que otorguen por sí mismos el consentimiento), el *"consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado"*.

El marketing viral es un tratamiento ilegítimo

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 30 de septiembre de 2013

La AEPD apercibe a una entidad por remitir un correo electrónico al denunciante en el que se le invitaba a que aportara datos personales de terceros a cambio de una participación de lotería. Estos datos aportados pretendían tratarse con fines de marketing, sin embargo, la entidad denunciada no llegó a ejecutar esta finalidad (solo procedió a su recogida y almacenamiento).

Según la AEPD, la entidad debe ser apercibida por la realización de dos tratamientos de datos sin legitimación alguna: (i) respecto del denunciante, pues el tratamiento de datos cuya legitimación ostentaba la entidad denunciada, tenía su razón de ser en la prestación del servicio contratado, y no para utilizarlo con el fin de enviar un correo electrónico como medio de captación de potenciales clientes a cambio de un beneficio (en este caso, un décimo de lotería); y (ii) respecto de los potenciales clientes, puesto que el fin último de la entidad denunciada era la creación de una base de datos para el envío de publicidad.

ENERGÍA *

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Normativa estatal

— Orden IET/1302/2013, de 5 de julio, por la que se declara el cese definitivo de la explotación de la central nuclear de Santa María de Garoña (BOE de 10 de julio de 2013)

— Resolución de 8 de julio 2013, de la de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se actualiza para el año 2013 valores de las fórmulas de cálculo de los pagos compensatorios, relacionados con el cumplimiento de la obligación de biocarburantes, contenidos en la Orden ITC/2877/2008, de 9 de octubre de 2008 (BOE de 18 de julio de 2013)

— Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE de 13 julio 2013)

— Resolución de 15 de julio 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se modifica la Resolución de 25 de julio de 2006 que regula las condiciones de asigna-

* Esta sección ha sido coordinada por María José Descalzo Benito, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

ción y el procedimiento de aplicación de la interrumpibilidad en el sistema gasista (BOE de 18 de julio de 2013)

— *Ley 11/2013, de 26 de julio de 2013, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 27 de julio de 2013)*

Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de "Crónica de Legislación y Jurisprudencia" (Laboral y de Seguridad Social) de este mismo número de la Revista.

— *Circular 2/2013, de 31 de julio, de la Comisión Nacional de Energía, de petición de información del ejercicio 2012 a remitir por las empresas distribuidoras de energía eléctrica a la Comisión Nacional de Energía para el cálculo del incremento de actividad de distribución y supervisión de la misma (BOE de 14 de agosto de 2013)*

— *Orden IET/1491/2013, de 1 de agosto, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para su aplicación de agosto de 2013 y por la que se revisan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial para el segundo trimestre de 2013 (BOE de 14 de agosto de 2013)*

— *Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento del mercado diario e intradiario de producción de energía eléctrica y el cambio de hora de cierre del mercado diario (BOE de 9 de agosto de 2013)*

— *Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba la modificación de los procedimientos de operación del Sistema Eléctrico Peninsular (SEP), P.O.-3.1, P.O.-3.2, P.O. 3.8 y P.O. 3.9, para su adaptación al cambio de la hora de cierre del mercado diario MIBEL a las 12h00 CET (BOE de 9 de agosto de 2013)*

— *Resolución de 24 de septiembre 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se revisa el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir de 1 de octubre de 2013 (BOE de 1 de agosto de 2013)*

— *Orden IET/1789/2013, de 30 de septiembre, por la que se modifican las cuotas de la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos correspondientes al ejercicio 2013 (BOE de 4 de agosto de 2013)*

— *Resolución de 8 de octubre 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba el plan de actuación invernal para la operación del sistema gasista (BOE de 9 de octubre de 2013)*

Esta Ley ha sido derogado por la Ley 24/2013, con efectos desde el 19 de octubre de 2013.

— *Ley 15/2013, de 17 de octubre, por la se establece la financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado de determinados costes del sistema eléctrico, ocasionados por los incentivos económicos para el fomento a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables y se concede un crédito extraordinario por importe de 2.200.000.000 de euros en el presupuesto del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (BOE de 18 de octubre de 2013)*

— *Resolución de 18 de octubre 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se determina el listado anual de operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota superior al porcentaje establecido en la disposición transitoria quinta de la Ley 11/2013, de 26 de julio de 2013, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 25 de octubre de 2013)*

— *Ley 17/2013, de 29 de octubre, de garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares (BOE de 30 de octubre 2013)*

— *Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (BOE de 1 de noviembre 2013)*

— *Resolución de 8 de noviembre 2013, de la Presidencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se crea la sede electrónica del organismo (BOE de 16 de noviembre de 2013)*

— Orden HAP/2223/2013, de 28 de noviembre, por la que se modifica la Orden HAP/538/2013, de 5 de abril, por la que se aprueban los modelos 584 «Impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica» (BOE de 30 de noviembre de 2013)

— Circular 1/2013, de 18 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen los mecanismos de gestión de congestiones a aplicar en las conexiones internacionales por gasoducto con Europa (BOE de 17 de enero de 2014)

Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (BOE de 27 de diciembre de 2013)

El pasado 27 de diciembre se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (la "LSE"). La nueva LSE entró en vigor el 28 de diciembre (excepto algunas disposiciones en materia de acceso y conexión, cuya entrada en vigor queda pendiente del desarrollo reglamentario).

La LSE se enmarca dentro de la reforma energética iniciada en julio de 2013 con el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. Aunque la LSE mantiene los principios básicos en los que se asentaba la anterior Ley 54/1997, introduce nuevas medidas encaminadas sobre todo a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema eléctrico.

Entre estas medidas cabe destacar, entre otras, el establecimiento de un nuevo régimen retributivo para la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración de alta eficiencia y residuos, y de la distribución y el transporte o el nuevo mecanismo para la financiación del déficit de tarifa.

— Resolución de 26 de diciembre 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba el perfil de consumo y el método de cálculo a efectos de liquidación de energía, aplicables para aquellos consumidores tipo 4 y tipo 5 que no dispongan de registro horario de consumo, según el Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto de 2007, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico, para el año 2014 (BOE de 31 de diciembre de 2013)

— Resolución de 26 de diciembre 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural (BOE de 31 de diciembre de 2013)

— Orden IET/2442/2013, de 26 de diciembre, por la que se establecen las retribuciones del segundo periodo de 2013 para las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica y se establecen otras medidas en relación con la retribución de las actividades de transporte y distribución de años anteriores (BOE de 28 de diciembre de 2013)

— Orden IET/2458/2013, de 26 de diciembre, por la que se amplía el plazo previsto en el apartado 1 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1088/2010, de 3 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 61/2006, de 31 de enero, en lo relativo a las especificaciones técnicas de gasolinas, gasóleos, utilización de biocarburantes y contenido de azufre de los combustibles para uso marítimo, en relación con la obligación relativa a la disponibilidad de gasolina de protección (BOE de 31 de diciembre 2013)

— Orden IET/2459/2013, de 26 de diciembre, por la que se aprueban las cuotas de la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos correspondientes al ejercicio 2014 (BOE de 31 de diciembre de 2013)

— Real Decreto 1047/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica (BOE de 30 de diciembre de 2013)

— Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica (BOE de 30 de diciembre de 2013)

— Resolución de 27 de diciembre de 2013, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se actualiza el anexo de la Orden ITC/2877/2008, de 9 de octubre, por la que se establece un mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte (BOE de 31 de diciembre de 2013)

— Real Decreto-ley 17/2013, de 27 de diciembre, por el que se determina el precio de la energía eléctrica en los contratos sujetos al precio voluntario para el pequeño consumidor en el primer trimestre de 2014 (BOE de 28 de diciembre de 2013)

— Resolución de 30 de diciembre 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se fijan las cantidades de carbón, el volumen máximo de producción y los precios de retribución de la energía, para el año 2014, a aplicar en el proceso de resolución de restricciones por garantía de suministro (BOE de 31 de diciembre de 2013)

— Resolución de 30 de diciembre 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se revisa el coste de producción de energía eléctrica y los precios voluntarios para el pequeño consumidor a aplicar a partir de 1 de enero de 2014 (BOE de 31 de diciembre de 2013)

Normativa autonómica

— Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, por la que se prohíbe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional (BOE de 8 de noviembre de 2013)

— Resolución de 21 de noviembre 2013 de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura en relación con el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE de 6 de noviembre de 2013)

— Ley 7/2013, de 25 de noviembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE de 5 de diciembre de 2013)

INMOBILIARIO Y URBANISMO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Andalucía. Vivienda. Función Social

Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda (BOJA de 8 de octubre de 2013)

Esta ley proviene del Decreto Ley 6/2013, de 9 de abril, que crea el Registro de Viviendas Deshabitadas. Principalmente fija las condiciones que debe cumplir una vivienda para ser incluida en él y crea nuevos instrumentos para evitar la existencia de viviendas deshabitadas (e.g. un procedimiento contradictorio en que se ofrezcan alternativas al propietario para facilitar el arrendamiento). Véanse otras modificaciones en el comentario al Decreto Ley 6/2013, que se incluyó en esta misma sección en el número 35 de la revista.

* 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 Paula Ordoñez, Cristina Arévalo, Miriam Galdós y Luis Suarez de Lezo del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia, Bilbao).

- Aragón. Apartamentos Turísticos** *Decreto 167/2013, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los apartamentos turísticos en Aragón (BOA de 25 de octubre de 2013)*
- Regula las cuatro tipologías de apartamentos turísticos (de cuatro, tres, dos y una llave) y sustituye el sistema de autorización por el de declaración responsable previa a cualquier apertura, modificación o reforma sustancial, clasificación o reclasificación del apartamento.
- Baleares. Turismo. Comercialización de estancias turísticas en viviendas** *Decreto Ley 6/2013, de 22 de noviembre, por el que se modifica el artículo 52 de la Ley 8/2012, de 19 de Julio de Turismo de Baleares (BOIB de 30 de noviembre de 2013)*
- Con carácter exclusivo para la isla de Menorca, este Decreto permite que mediante reglamento se pueda ampliar la tipología de viviendas en que se encuentra permitida la comercialización de estancias turísticas.
- Baleares. Núcleos Residenciales sin Red de Saneamiento. Nuevas edificaciones. Convalidación** *Resolución de 16 de julio de 2013, por la cual se convalida el Decreto ley 4/2013, de 21 de junio, de regulación provisional de las nuevas edificaciones en núcleos residenciales sin red de saneamiento (BOIB 20 de julio de 2013)*
- Convalida el Decreto Ley 4/2013, de 21 de junio, de regulación provisional de las nuevas edificaciones en núcleos residenciales sin red de saneamiento. Véanse otras modificaciones en el comentario al Decreto Ley 4/2013, que se incluyó en esta misma sección en el número 35.
- Baleares. Instalación, Acceso y Ejercicio de Actividades** *Ley 7/2013, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades en las Illes Balears (BOIB de 30 de noviembre de 2013)*
- Entre otras cuestiones, regula las obras y la instalación, apertura y ejercicio de actividades y clasifica las actividades en permanentes, no permanentes e itinerantes. Determina qué actividades requieren permiso de instalación y obras y cuáles están exentas. También recoge el régimen sancionador asociado.
- Galicia. Ordenación y Sostenibilidad Territorial** *Decreto 176/2013, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Plan de seguimiento de las Directrices de Ordenación del Territorio de Galicia y de la Sostenibilidad Territorial (DOG de 5 de noviembre de 2013)*
- Regula principalmente los instrumentos destinados a comprobar el cumplimiento de los objetivos fijados en las Directrices de Ordenación del Territorio y en los procesos de evaluación ambiental estratégica. Estos instrumentos son los siguientes: (i) indicadores de desarrollo e implantación; (ii) indicadores de sostenibilidad territorial; y (iii) encuesta de percepción territorial y urbanística).
- La Rioja. Certificación energética de edificios** *Decreto 22/2013, de 26 de julio, por el que se regula el Registro de Certificados de Eficiencia Energética de Edificios en La Rioja (BOR de 31 de julio de 2013)*
- Regula el Registro público de Certificaciones Energéticas de los Edificios en La Rioja, que mediante procesos telemáticos, atenderá las solicitudes de inscripción de las certificaciones de eficiencia energética presentadas por el promotor o el propietario del edificio.
- Castilla y León. Programa de Fomento de Alquiler** *Decreto 41/2013, de 31 de julio, por el que se regula el Programa de Fomento del Alquiler de la Comunidad de Castilla y León (BOCyL de 5 de agosto de 2013)*
- Desarrolla el programa de fomento del alquiler previsto en la Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de Castilla y León. Entre otros aspectos, establece el procedimiento a seguir y los requisitos a cumplir por las viviendas, sus propietarios y arrendatarios.
- La Rioja. Habitabilidad de las Viviendas** *Decreto 28/2013, de 13 de septiembre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas en La Rioja (BOR de 18 de septiembre de 2013)*
- Recoge las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas nuevas y existentes, libres o protegidas. Cabe destacar que simplifica el procedimiento para otorgar la cédula de habitabilidad y prorroga su validez hasta los 30 años desde la construcción de la vivienda.

Madrid. Viviendas con Protección Pública *Decreto 59/2013, de 18 de julio de 2013, por el que se modifica el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid y otras normas en materia de vivienda (BOCM de 22 de julio de 2013)*

Entre otras normas, modifica el Reglamento de Viviendas con Protección Pública, aprobado por Decreto 74/2009, de 30 de julio, para permitir que las viviendas en régimen de arrendamiento con opción de compra para jóvenes sean ofrecidas a personas mayores de 35 años. También modifica el régimen de adjudicación de las plazas de aparcamiento no vinculadas a viviendas, de las que es titular el IVIMA.

Melilla. Edificaciones. Conservación, Rehabilitación, Inspección Técnica y Estado Ruinoso *Decreto 2795, de 12 de agosto de 2013 relativo a aprobación definitiva del Reglamento de Conservación, Rehabilitación, Inspección Técnica y Estado Ruinoso de las edificaciones en la Ciudad de Melilla (BOME de 16 de agosto de 2013)*

Regula los deberes de conservación, rehabilitación y mejora de terrenos, urbanizaciones, construcciones, edificios y carteles con el fin de mantener las condiciones necesarias para su uso efectivo. Cabe destacar que regula las inspecciones técnicas de edificios y construcciones, así como los procedimientos para declarar la situación legal de ruina y ruina física inminente.

Valencia. Edificios de Vivienda y Alojamiento. Diseño y Calidad *Decreto 184/2013, de 5 de diciembre por el que se aprueban las exigencias básicas de diseño y calidad en edificios de vivienda y alojamiento (DOGV de 9 de diciembre de 2013)*

Entre otras modificaciones, añade el capítulo IV que regula los organismos de certificación administrativa en materia de calidad de la edificación (OCACEs) al Decreto 151/2009, de 2 de octubre, por el que se aprueban las exigencias básicas de diseño y calidad en edificios destinados a vivienda y alojamiento (a excepción del turístico).

Valencia. Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias *Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias de la Generalitat (DOGV de 31 de julio de 2013)*

Deroga la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos y establece nuevos requisitos para aquellos arrendamientos históricos que se constituyan en un futuro (e.g. la forma escrita), entre otras muchas modificaciones.

2 · JURISPRUDENCIA

El sentido del silencio en la aprobación de instrumentos de planeamiento promovidos por la Administración *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2013 (recurso de casación núm. 3161/2010)*

Si se trata de un instrumento de planeamiento promovido por la Administración, transcurrido el plazo para resolver expresamente sin haberlo hecho debe entenderse aprobado, con independencia de si las determinaciones urbanísticas aprobadas por silencio son, o no conformes a derecho. En cambio, cuando se trata de instrumentos de planeamiento promovidos por particulares el silencio tiene carácter negativo.

Inexistencia de vulneración del principio de igualdad ante la clasificación de suelo rústico *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2013 (recurso de casación núm. 1659/2010)*

El Tribunal rechaza la infracción del principio de igualdad porque considera que sólo puede entenderse vulnerado el principio de igualdad cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los objetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en virtud de una conducta arbitraria no justificada de los poderes públicos. La Sentencia considera que la situación de los terrenos litigiosos no es exactamente la misma que la de los terrenos para los que la recurrente demanda una misma ordenación, al estar situados los terrenos litigiosos en ladera.

La existencia de este hecho diferencial —la situación de los terrenos litigiosos en ladera— pone en evidencia que la situación de partida de los terrenos a comparar es claramente distinta, lo que descarta la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, especialmente si se tiene en cuenta que la protección paisajística prevista para las laderas está estrechamente vinculada con la calidad visual del paisaje, circunstancia expresamente contemplada en la memoria justificativa del plan especial para otorgarles la caracterización de protección paisajística, apareciendo por ello la protección de las laderas en armonía con la finalidad de los planes protectores de los espacios naturales. Por ello, la protección no puede calificarse de arbitraria, ilógica o apartada de la realidad de los hechos.

La potestad de restauración de la legalidad urbanística es exigible al propietario de las edificaciones

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2013 (recurso de casación núm. 2674/2011)

La sentencia hace una distinción en cuanto al diferente régimen de la potestad urbanística sancionadora y la potestad de restauración urbanística.

En el ejercicio de la potestad urbanística sancionadora rige el principio de personalidad-culpabilidad de forma que no puede ser sancionado quien no ha cometido la infracción urbanística y no es transmisible la sanción.

Sin embargo, en el ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística no rige el principio de personalidad-culpabilidad ya que la demolición de lo construido ilegalmente y no legalizable, al tratarse de una obligación *propter rem* va únicamente ligada a la propiedad de la finca.

El ejercicio de la potestad urbanística de restauración de la realidad material alterada por obras no legalizables, en la medida en que finaliza con la orden de demolición de edificaciones, se traduce en una orden de ejecución; una obligación de hacer que recae sobre el propietario de las edificaciones o persona que tenga título jurídico suficiente al efecto sobre las edificaciones a demoler.

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

Resolución de la DGRN de 15 de julio de 2013

Sobre inscripción de una escritura de novación de un préstamo hipotecario vencida anticipadamente y en ejecución

La DGRN admite la novación de un préstamo hipotecario vencido anticipadamente indicando que *"si bien la fijación de la fecha de vencimiento del préstamo hipotecario constituye un requisito esencial para la delimitación específica del contenido del derecho real de hipoteca de acuerdo con el principio registral de determinación (artículo 12 de la LH), la llegada de esta fecha no supone la extinción del derecho constituido sino que, muy al contrario, fija el momento de su exigibilidad (artículo 1.125 del CC), el nacimiento de la acción para hacer efectiva la obligación garantizada y, por ende, el instante a partir del cual comienza a contar el plazo de veinte años establecido para su prescripción"*. Nada impide, pues, la novación de esa obligación. Pero, en cuanto al segundo defecto, sí coincide con la calificación registral, diciendo que la constancia de la nota marginal de expedición de certificación para la ejecución hipotecaria en curso *"impide que acceda al Registro cualquier título que resulte contradictorio con la situación de pendencia del procedimiento de ejecución, [...] en tanto ésta esté en vigor"*.

Resolución de la DGRN de 8 de julio de 2013

Expedición de certificación y nota marginal en hipoteca inscrita a favor de entidad causahabiente por sucesión universal

Se suspende el despacho de un mandamiento de expedición de certificación de dominio y cargas en procedimiento de ejecución hipotecaria.

La DGRN, tras analizar la trascendencia de la expedición de la certificación de cargas en la ejecución directa judicial, concluye que todavía no conlleva cambio en la titularidad de la hipoteca o de la finca como consecuencia de la ejecución, por lo que el hecho de que sea solicitada por

el causahabiente del titular registral no debe impedir que se expida la certificación, sin perjuicio de que el registrador advierta de esta circunstancia en la certificación al expedirla, con la finalidad de que el solicitante conozca la necesidad de practicar la inscripción a su nombre, previa o simultáneamente, a la inscripción del decreto de adjudicación. En RDGRN posterior, de 10 de octubre de 2013, se repite esa idea puesto que se establece que, en definitiva, en el ámbito de la ejecución judicial será necesario cumplir el requisito del tracto sucesivo en relación a la hipoteca cuando se pretenda inscribir cualquier vicisitud jurídica de trascendencia real en relación a la misma o a la ejecución de la finca derivada de ella, de manera que el decreto de adjudicación no podrá inscribirse sin la previa inscripción a favor del causahabiente del titular registral de la hipoteca que se subroga en la posición de demandante.

Resolución de la DGRN de 29 de octubre de 2013

Sobre la necesidad de aportar tasación respecto de novaciones de préstamos hipotecarios

La DGRN manifiesta que no se precisa aportar una nueva tasación sino que basta con la tasación llevada a cabo en su día, si consta el valor de tasación en la escritura de constitución del préstamo hipotecario inicial y dicho valor no se ha modificado en la escritura de novación y ampliación, por lo que no es exigible en este caso un nuevo certificado de tasación.

En consecuencia, constando ya el valor de tasación para subasta en la escritura de constitución y en la inscripción constitutiva determinante del nacimiento del derecho real de hipoteca y no habiéndose modificado dicho valor en la escritura de novación y ampliación del préstamo hipotecario, no es exigible el certificado de tasación.

En cuanto a las cuestiones de derecho transitorio relativa a los porcentajes establecidos a partir de la Ley 1/2013 respecto del valor de tasación, son aplicables sólo a los procesos que se inicien a partir de la entrada en vigor de la nueva ley e incluso a los que están ya en curso. Pero en cambio los nuevos requisitos previos respecto a la escritura de constitución de hipoteca no son aplicables a las hipotecas ya constituidas con anterioridad, ya que implicaría que todas las escrituras de hipoteca constituidas con anterioridad tendrían que modificarse en cuanto al valor de tasación.

LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL *

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Presupuestos Generales del Estado 2014

Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre de 2013)

En materia de seguridad social, se introducen las siguientes modificaciones:

- (i) Topes máximos y mínimos de las bases de cotización: el tope máximo ascenderá a 3.597,00 euros mensuales; el tope mínimo, a las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto.
- (ii) Bases mensuales de cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas del Régimen General de la Seguridad Social, exceptuadas las de accidentados de trabajo y enfer-

* Esta sección ha sido elaborada por Lourdes Martín Flórez, Laura Saiz Trillo, Pablo de la Morena y Marta Presas, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

medades profesionales. Las bases mínimas se regirán según la categoría profesional y grupo de cotización y se incrementarán, desde el 1 de enero de 2014 y respecto de las vigentes en 31 de diciembre de 2013, en el mismo porcentaje en que aumente el salario mínimo interprofesional. Las bases máximas, cualquiera que sea la categoría profesional y grupo de cotización, serán de 3.597,00 euros mensuales, o de 119,90 euros diarios.

(iii) El IPREM queda fijado en la misma cuantía que en el ejercicio anterior.

(iv) Se modifican las cuantías de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, y el importe del límite de ingresos para el acceso a ellas a partir de 1 de enero de 2014.

(v) Se aplaza la aplicación de lo establecido en la disposición adicional trigésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y se da nueva redacción al apartado 1 de la disposición final duodécima.

(vi) Se reduce en un 50% la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional.

(vii) Las empresas que cotizan por la contingencia de formación profesional dispondrán de un crédito para la formación de sus trabajadores, que resultará de aplicar a la cuantía ingresada por la empresa en concepto de formación profesional durante el año 2013 un porcentaje de bonificación en función del tamaño de la empresa.

(viii) Se aplazan por un año los efectos de la disposición adicional quincuagésima octava de la Ley General de la Seguridad Social ("**LGSS**"), en cuya virtud se amplía la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a todos los regímenes de la Seguridad Social respecto de los trabajadores que causen alta a partir del 1 de enero de 2013.

(ix) Se modifica la LGSS en los siguientes términos: (i) se da nueva redacción a los artículos 71.4, 77.2, 131 bis y 136.1, y (ii) se incluye un nuevo apartado 3 en el artículo 132, un nuevo apartado 4 en el artículo 222 y dos nuevas disposiciones adicionales, la sexagésima quinta y la sexagésima sexta.

Adicionalmente, (i) se suprime el apartado 8 del artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; (ii) se modifica la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, cuya entrada en vigor se fija a partir del 1 de enero de 2015, y (iii) se introducen medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo, comercio vinculado a él y hostelería.

Véase también, en lo relativo a sus aspectos relacionados con el Transporte, el comentario que se incluye en esta misma sección de "Crónica de Legislación y Jurisprudencia" (Marítimo, Transporte y Logística) de este mismo número de la *Revista*.

Apoyo a los emprendedores

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE de 28 de septiembre de 2013)

La ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ("**LAEI**") pretende la instauración de un marco institucional y normativo favorecedor de la actividad emprendedora y de asunción de riesgos, especialmente, por parte de los más jóvenes.

En particular, en materia social, cabe referirse a las siguientes modificaciones:

(i) El artículo 28 de la LAEI introduce reducciones temporales de la base de cotización, aplicables a los trabajadores incluidos en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos ("**RETA**") en los casos de pluriactividad.

(ii) El artículo de la 29 de la LAEI introduce una disposición adicional 35.^a bis en la LGSS, y contempla reducciones en la cuota de cotización para aquellos trabajadores por cuenta propia, siempre que no empleen a trabajadores por cuenta ajena, que tengan 30 o más años

de edad y que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el RETA.

(iii) El artículo 30 de la LAEI, modifica la disposición adicional 11.^a de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, estableciendo un régimen especial de reducciones y bonificaciones para personas discapacitadas.

Véanse también, en lo relativo a sus aspectos relacionados con el Derecho procesal, administrativo, y tributario, los comentarios que se incluyen en esta misma sección de "Crónica de Legislación y Jurisprudencia" (Procesal Penal, Administrativo y Tributario) de este mismo número de la *Revista*.

Medidas de apoyo a la creación de empleo y a la actividad emprendedora

Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 27 de julio de 2013)

La Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo ("*Ley 11/2013*") pretende favorecer la competitividad de la economía española actuando en una línea de dirección básica: la flexibilidad de entrada en el mercado de trabajo. Para ello regula los siguientes bloques de medidas:

(i) *Medidas dirigidas a fomentar la actividad laboral por cuenta propia*: con objeto de lograr el fin pretendido, se adoptan varias medidas destinadas a la reducción de cargas económicas para quien decide iniciar una actividad empresarial o emprendedora, enfatizándose en el perfil de determinados trabajadores en que concurren ciertas circunstancias subjetivas que tradicionalmente han conformado barreras de acceso al mercado laboral (edad, discapacidad, sexo).

Entre ellas, destacan diversas medidas en materia de seguridad social, tales como reducciones y bonificaciones de cuotas, reglas de compatibilidad de prestaciones, ampliación de los beneficiarios del derecho a la suspensión o reanudación del cobro de la prestación por desempleo por realización de actividad incompatible, etc. Igualmente, la Ley 11/2013 introduce incentivos en los ámbitos del Impuesto de Sociedades y del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

(ii) *Medidas dirigidas a fomentar la contratación reduciendo la carga económica asumida por el empresario*. En primer lugar, se reduce la cuota empresarial a la Seguridad Social para aquellas empresas que (i) celebren contratos a tiempo parcial con vinculación formativa con jóvenes desempleados menores de treinta años o menores de treinta y cinco años si tienen una discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento, o (ii) sean empresas de menos de diez trabajadores o trabajadores autónomos que contraten de forma indefinida al colectivo mencionado.

Además, las empresas que transformen los contratos temporales en indefinidos tendrán derecho a una bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, y se abre la posibilidad de celebrar contratos temporales sujetos al artículo 15.1 b) el Estatuto de los Trabajadores ("*ET*") cuando se celebren con determinados colectivos.

Por último, la Ley 11/2003 permite celebrar contratos en prácticas aunque hayan transcurrido más de cinco años tras la finalización de los estudios con jóvenes desempleados menores de treinta años o menores de treinta y cinco años si tienen una discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento, así como permite celebrar estos contratos con base en un certificado de profesionalidad obtenido en la misma empresa.

(iii) *Medidas dirigidas a facilitar la intermediación y colocación laboral*: con respecto a las empresas de trabajo temporal, se admite la posibilidad de celebrar contratos de puesta a disposición bajo las mismas condiciones y requisitos en los que la empresa usuaria puede celebrar contratos de aprendizaje y de formación.

Fomento de la contratación estable y mejora de la empleabilidad de los trabajadores

Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE de 21 de diciembre de 2013).

Los ejes de actuación de este Real Decreto son los siguientes:

(i) *Modificaciones en el contrato a tiempo parcial*: se elimina la posibilidad de los trabajadores a tiempo parcial de realizar horas extraordinarias, salvo para prevenir o reparar siniestros y

otros daños extraordinarios y urgentes. Adicionalmente, se modifica el régimen de realización de horas complementarias y se establece una distinción entre las horas complementarias pactadas, de realización obligatoria para el trabajador, y las voluntarias, únicamente permitidas en contratos de duración indefinida.

(ii) *Medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo*: se limita la duración del período de prueba en los contratos temporales a un máximo de un mes en aquellos contratos de trabajo cuya duración no exceda de seis meses, y se incorporan el riesgo durante el embarazo o la lactancia y la paternidad como supuestos de interrupción del periodo de prueba. Adicionalmente, se amplía la reducción de jornada por cuidado de hijos menores de edad, de los ocho a los doce años del menor.

(iii) *Modificación del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores*: se introduce la posibilidad de que este contrato sea celebrado a tiempo parcial, disfrutando de los incentivos fiscales y las bonificaciones a la Seguridad Social, en proporción a la jornada de trabajo pactada en el contrato.

(iv) *Modificaciones en los contratos de trabajo en prácticas y en los contratos para la formación y el aprendizaje*: se autoriza a las empresas de trabajo temporal para que puedan celebrar contratos en prácticas para la puesta a disposición a las empresas usuarias. En consecuencia, se extienden a estos supuestos las bonificaciones por transformación en indefinidos de contratos en prácticas a las empresas usuarias que, sin solución de continuidad, concierten un contrato de trabajo indefinido con trabajadores en prácticas cedidos por una empresa de trabajo temporal.

Se amplía hasta el 31 de diciembre de 2014 el plazo que permite celebrar contratos para la formación y el aprendizaje no vinculados a certificados de profesionalidad o títulos de formación.

(v) *Modificaciones en materia de cotización a la Seguridad Social*: se introducen una serie de medidas destinadas a lograr la homogeneización de las bases de cotización, así como a ajustar las bases mínimas de cotización de autónomos con más de 10 trabajadores y autónomos societarios.

Protección de los trabajadores a tiempo parcial, procedimiento de despido colectivo y otras modificaciones

Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3 de agosto de 2013)

En materia laboral y de seguridad social, las novedades introducidas por la norma son las siguientes:

(i) *Modificaciones en materia de protección social del trabajo a tiempo parcial*. Se regulan los periodos de cotización necesarios para que los trabajadores a tiempo parcial causen derecho a las prestaciones a la Seguridad Social. Para ello, se tendrán en cuenta los períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, con el fin de flexibilizar el número de años requeridos para acceder a una prestación y cumplir con el principio de igualdad entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo.

(ii) *Reformas encaminadas a otorgar una mayor seguridad jurídica a los perceptores de las prestaciones y subsidios por desempleo*.

— Se incluye de manera expresa en la LGSS la exigencia de estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo para el nacimiento de la prestación y, en consecuencia, que se mantenga como demandante de empleo durante todo el período de duración de la prestación.

— Se modifica el artículo 212 de la LGSS, apartados f y g, para aclarar el régimen de suspensión del derecho a la percepción de la prestación por desempleo en supuestos de salidas al extranjero.

Además, se incorporan modificaciones en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, con el fin de

adaptar el régimen sancionador a las novedades introducidas y se concreta que las citaciones o comunicaciones efectuadas por medios electrónicos se entenderán válidas.

(iii) *Cuestiones en materia laboral:*

— *Composición de la comisión negociadora y sujetos legitimados para actuar:* las modificaciones operadas en los procedimientos contenidos en los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del ET, y otros preceptos del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada ("RD 1483/2012") están en todos los casos relacionadas con la composición de la comisión negociadora y los sujetos legitimados para actuar. Para ello, se modifican los mencionados preceptos que regulan los distintos procedimientos colectivos a los que se viene haciendo referencia, si bien reviste especial importancia la modificación del artículo 41.4 ET, ya que en muchos casos el resto de modificaciones lo son por remisión a dicho precepto.

Las reglas para la constitución de la comisión negociadora se pueden resumir de la siguiente manera: (i) la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Se limita a 13 el número máximo de miembros de la comisión negociadora; (ii) la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. Para ello, la empresa deberá comunicar a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento que corresponda, y (iii) una vez transcurridos los plazos para la constitución de la comisión representativa, la empresa podrá comunicar el inicio del periodo de consultas, se haya constituido la comisión representativa o no.

— *Modificaciones específicas en materia de despido colectivo:* (i) se adapta el contenido del escrito de comunicación de la apertura del periodo de consultas a las nuevas exigencias en materia de composición de la comisión negociadora; (ii) se modifica el RD 1483/2012 y se acotan los supuestos en los que, por formar parte de un grupo de empresas, se deberán acompañar las cuentas anuales e informe de gestión consolidados; y (iii) se menciona ahora también en el artículo 51 ET el plazo de caducidad del procedimiento que opera cuando, transcurridos 15 días entre la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no comunica su decisión sobre el despido colectivo a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

— *Impugnación judicial de los procedimientos:* las novedades introducidas en materia procesal se centran en la modificación del artículo 124 (despidos colectivos) y 247 (ejecución en conflictos colectivos) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Véase también, en lo relativo a sus aspectos relacionados con el Transporte, el comentario que se incluye en esta misma sección de "Crónica de Legislación y Jurisprudencia" (Marítimo, Transporte y Logística) de este mismo número de la Revista.

Ayudas extraordinarias a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas

Real Decreto 908/2013, de 22 de noviembre, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas (BOE de 23 de noviembre de 2013)

Este Real Decreto (en adelante "RDA") se incorpora al conjunto normativo que regula la concesión de ayudas públicas a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas en crisis. En particular, el RDA se configura como norma especial, frente a la norma general, la Ley General de Subvenciones.

(i) *Beneficiarios:* las ayudas se destinan a los trabajadores que son despedidos por causas objetivas basadas en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, bien de alcance individual o plural (art.52.c del ET), bien de alcance colectivo (art.51 del ET), así como a los trabajadores que se vean afectados por un proceso de despido concursal, siem-

pre que reúnan determinados requisitos y se encuentren en situación de desempleo en el momento de recibir la ayuda (este último requisito no es exigible en ciertos casos).

(ii) *Modalidades, contenido y cuantía de las ayudas*: se distinguen hasta tres modalidades de ayudas, cuya cuantía se determinará por la correspondiente ley de presupuestos:

- *Ayudas complementarias a las rentas proporcionadas por un plan de rentas acordado en el periodo de consultas de un proceso de despido colectivo*. En este caso, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social podrá realizar una aportación al plan de rentas, instrumentado en forma de seguro colectivo, que bien puede consistir en el pago de un subsidio, o bien financiar la celebración por el trabajador de un convenio especial con la Seguridad Social para evitar su falta de cobertura aseguradora pública. El plan debe reunir algunos requisitos que se fijan en la norma. Se establecen, además, límites a la aportación pública al plan, distinguiéndose entre límites cuantitativos, individuales y colectivos, límites temporales y exclusiones.
- *Ayudas directas por falta de abono de la indemnización de despido en casos de insolvencia total o parcial de la empresa*. En este caso, se concederá la ayuda pública directamente al trabajador despedido. Se establecen dos variantes de ayudas: la subvención a tanto alzado y la concesión de ayudas para subvencionar un convenio especial entre el trabajador y la Seguridad Social, siendo compatible esta ayuda, en su caso, con la que proporciona el Fondo de Garantía Salarial.
- *Ayudas extraordinarias por una cuantía equivalente a la reposición de las prestaciones contributivas por desempleo, directamente a los trabajadores, en régimen de pago único*, consumidas durante los periodos de suspensión de los contratos o de reducción de jornada a que se refiere el artículo 47 del ET, siempre que no se tenga derecho a ellas en virtud de cualquier otra norma.

Lo previsto en el RDA será de aplicación a los procedimientos de concesión de ayudas solicitadas con anterioridad a su entrada en vigor, salvo en lo relativo a los requisitos y limitaciones de antigüedad del trabajador.

[Portugal]

Apoio à contratação via reembolso da TSU *Portaria n.º 204-A/2013, de 18 de junho (DR 115, SERIE I, 2.º Suplemento, de 18 de junho de 2013)*

A Portaria n.º 204-A/2013, de 18 de junho, que entrou em vigor no dia 19 de julho de 2013, veio criar a medida de "Apoio à Contratação Via Reembolso da Taxa Social Única", revogando e substituindo as anteriores medidas de "Apoio à Contratação Via Reembolso da Taxa Social Única", criadas pela Portaria n.º 229/2012, de 3 de agosto, alterada pela Portaria n.º 65-A/2013, de 13 de fevereiro, e de "Apoio à Contratação de Desempregados com Idade Igual ou Superior a 45 Anos, via Reembolso da Taxa Social Única", criada pela Portaria n.º 3-A/2013, de 4 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 97/2013, de 4 de março.

A presente medida é cumulável com a medida "Estímulo 2013", criada pela Portaria n.º 106/2013, de 14 de março, ou com medidas de apoio à contratação de natureza equivalente.

Requisitos de elegibilidade da entidade promotora: Pode candidatar-se à presente medida a pessoa singular ou coletiva de direito privado, com ou sem fins lucrativos, que reúna os seguintes requisitos: (i) esteja regularmente constituída e registada; (ii) preencha os requisitos legais exigidos para o exercício da respetiva atividade ou apresente comprovativo de ter iniciado o processo aplicável; (iii) tenha a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a Segurança Social; (iv) não se encontre em situação de incumprimento no que respeita a apoios financeiros concedidos pelo Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P.; (v) tenha a situação regularizada em matéria de restituições no âmbito do financiamento do Fundo Social Europeu; e (vi) disponha de contabilidade organizada.

Podem ainda candidatar-se à medida as empresas que tenham iniciado processo especial de revitalização previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Destinatários: São destinatários desta medida as pessoas que se encontrem inscritas como desempregados no Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P. (i) com idades entre os 18 e os 30 anos, inclusive; (ii) com idade igual ou superior a 45 anos; e (iii) com idade compreendida entre os 31 e os 44 anos, inclusive, que se encontrem numa das seguintes situações: não tenham concluído o ensino básico, sejam responsáveis por família monoparental, ou cujos cônjuges se encontrem igualmente em situação de desemprego.

Para efeitos da atribuição do apoio financeiro concedido por esta medida, são equiparados a desempregados os trabalhadores inscritos no Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P. cujo contrato se encontre suspenso com fundamento no não pagamento pontual da retribuição.

Não prejudica o tempo de inscrição no Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P. a frequência de estágio profissional, de formação profissional ou de outra medida ativa de emprego, salvo de medidas de apoio direto à contratação ou que visem a criação do próprio emprego.

Requisitos de atribuição do apoio: A atribuição do apoio financeiro objeto desta medida encontra-se dependente da celebração de contrato de trabalho, a tempo completo ou parcial, sem termo ou a termo certo, neste caso por um período mínimo de seis meses, com os destinatários supra referidos, podendo a celebração de contrato a termo certo, para estes efeitos, ser realizada ao abrigo da parte final da alínea b) do n.º 4 do artigo 140.º do Código do Trabalho.

Para beneficiar do apoio financeiro concedido por esta medida, os empregadores deverão ainda (i) atingir um número total de trabalhadores superior à média mais baixa dos trabalhadores registados nos quatro, seis ou 12 meses que precedem a data da apresentação da candidatura e (ii) registar, com periodicidade trimestral, a partir da contratação e, pelo menos, durante o período de duração do apoio financeiro, um número total de trabalhadores igual ou superior ao número de trabalhadores atingido em resultado da atribuição desse apoio.

A celebração de contratos de trabalho a termo certo ao abrigo da presente medida encontra-se limitada a um número máximo de 25 contratos em cada ano civil, não havendo qualquer limitação ao número de contratações por tempo indeterminado.

Apoio financeiro: O empregador que beneficie desta medida terá direito, durante o período máximo de 18 meses —ou o correspondente à duração do contrato de trabalho, no caso de contrato a termo certo com duração inferior a 18 meses—, ao reembolso, total ou parcial, do valor da Taxa Social Única paga mensalmente relativamente a cada trabalhador contratado ao abrigo da medida, nos seguintes termos:

- (i) 100% do valor da Taxa Social Única, no caso de contrato sem termo ou de contrato (com ou sem termo) celebrado com pessoa com deficiência e incapacidade; e
- (ii) 75% do valor da Taxa Social Única, no caso de contrato a termo certo.

O apoio financeiro não poderá exceder € 200 por mês por cada trabalhador contratado ao abrigo da presente medida, salvo nos casos de contrato celebrado com pessoa com deficiência e incapacidade ou celebrado por empregador que apresente projeto considerado pelo Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P. como de interesse estratégico para a economia nacional ou de determinada região, aos quais o referido limite não se aplica.

Mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços

Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto (DR 164, SÉRIE I, de 27 de agosto de 2013)

A Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto, que entrou em vigor no dia 1 de setembro de 2013, vem reforçar o combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado, através (i) do reforço da competência inspetiva da Autoridade para as Condições do Trabalho e (ii) da criação de uma ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho.

Reforço da competência inspetiva da Autoridade para as Condições do Trabalho: De acordo com as alterações introduzidas pelo presente diploma na Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, sem-

pre que a Autoridade para as Condições do Trabalho detetar uma situação de prestação de serviços que indicie a existência de prestação de trabalho subordinado, em condições análogas ao contrato de trabalho, deve lavrar um auto e notificar o empregador para, no prazo de 10 dias, regularizar a situação —mediante a apresentação de contrato de trabalho ou de outro documento que adequadamente comprove a existência de contrato de trabalho desde o início da relação laboral— ou pronunciar-se dizendo o que tiver por conveniente.

Caso o empregador não se pronuncie nem prove que a situação se encontra regularizada dentro daquele prazo, a Autoridade para as Condições do Trabalho remete, no prazo de cinco dias, participação ao Ministério Público a fim de ser instaurada ação judicial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho.

Adicionalmente, sempre que tenha conhecimento da existência de uma situação de prestação de serviços que indicie a existência de prestação de trabalho subordinado, o Ministério Público deve comunicá-lo à Autoridade para as Condições do Trabalho, num prazo de 20 dias, por forma a que esta instaure o procedimento em apreço.

Ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: Este novo tipo de ação passou a constar do elenco dos processos com natureza urgente e oficiosa previsto no artigo 26.º do Código de Processo do Trabalho e encontra-se regulado em capítulo próprio do Título VI (Processos especiais) daquele Código.

De acordo com estas alterações ao Código de Processo do Trabalho, uma vez recebida da Autoridade para as Condições do Trabalho a participação supra referida, o Ministério Público dispõe de 20 dias para intentar ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, apresentando petição inicial, à qual deverão ser juntos todos os elementos de prova recolhidos. O empregador é citado para contestar, o que deve fazer num prazo de 10 dias, sob pena de ser proferida decisão condenatória.

Adicionalmente, o trabalhador é igualmente notificado (i) da petição inicial do Ministério Público, (ii) da contestação apresentada pelo empregador e (iii) da data da audiência de julgamento, podendo, num prazo de 10 dias, aderir aos factos apresentados pelo Ministério Público, apresentar articulado próprio e constituir mandatário.

Finda a fase dos articulados, a audiência de julgamento deve realizar-se num prazo máximo de 30 dias, sendo a prova oferecida na audiência. Uma vez terminada a produção de prova e feitas as alegações orais, a sentença é de imediato ditada para a ata e a decisão comunicada à Autoridade para as Condições do Trabalho e ao Instituto da Segurança Social, I.P..

Alterações ao Código do Trabalho

Lei n.º 69/2013, de 30 de agosto (DR 167, SÉRIE I, de 30 de agosto de 2013)

A Lei n.º 69/2013, de 30 de agosto, procedeu à quinta alteração ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, sendo de destacar as seguintes novidades:

Compensação por cessação de contrato de trabalho: A lei em apreço veio alterar a forma de cálculo da compensação por cessação de contrato de trabalho aplicável aos contratos celebrados a partir de 1 de outubro de 2013, estabelecendo ainda um regime transitório aplicável aos contratos celebrados antes de 1 de novembro de 2011 e aos contratos celebrados depois desta data e até 30 de setembro de 2013.

Compensação por cessação de contrato de trabalho por tempo indeterminado

(i) A cessação de contrato de trabalho sem termo celebrado a partir de 1 de outubro de 2013 confere ao trabalhador o direito a uma compensação correspondente a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, sendo este montante calculado proporcionalmente em caso de fração de ano.

Para o cálculo da compensação supra:

- O valor da retribuição base e diuturnidades do trabalhador a considerar não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida;

- O montante global da compensação não pode ser superior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou, quando seja aplicável o limite previsto no ponto anterior, a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida; e
 - O valor diário de retribuição base e diuturnidades é o resultante da divisão por 30 da retribuição base mensal e diuturnidades devidas ao trabalhador.
- (ii) No caso de contrato de trabalho celebrado entre 1 de novembro de 2011 e 30 de setembro de 2013, inclusive, a compensação é calculada do seguinte modo:
- (a) Em relação ao período de duração do contrato até 30 de setembro de 2013, o montante da compensação corresponde a 20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, sendo calculado proporcionalmente em caso de fração de ano;
 - (b) Em relação ao período de duração do contrato a partir de 1 de outubro de 2013, o montante da compensação corresponde à soma dos seguintes montantes:
 - 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade —ou o seu proporcional, em caso de fração de ano—, no que respeita aos três primeiros anos de duração do contrato;
 - dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade —ou o seu proporcional, em caso de fração de ano—, nos anos subsequentes.
- (iii) No caso de contrato de trabalho celebrado antes de 1 de novembro de 2011, a compensação é calculada nos seguintes termos (não podendo, todavia, ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades):
- (a) Em relação ao período de duração do contrato até 31 de outubro de 2012, o montante da compensação corresponde a um mês de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, sendo calculado proporcionalmente em caso de fração de ano;
 - (b) Em relação ao período de duração do contrato a partir de 1 de novembro de 2012 e até 30 de setembro de 2013, inclusive, o montante da compensação corresponde a 20 dias de retribuição base e diuturnidades, calculado proporcionalmente ao período efetivo de trabalho prestado;
 - (c) Em relação ao período de duração do contrato a partir de 1 de outubro de 2013, o montante da compensação corresponde à soma dos seguintes montantes:
 - 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade —ou o seu proporcional, em caso de fração de ano—, no que respeita aos três primeiros anos de duração do contrato;
 - 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade —ou o seu proporcional, em caso de fração de ano—, nos anos subsequentes.

Para efeitos do cálculo da compensação a que se refere a alínea (ii) e as subalíneas (b) e (c) da alínea (iii) supra:

- O valor da retribuição base e diuturnidades do trabalhador a considerar no cálculo da compensação não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida; e
- O valor diário de retribuição base e diuturnidades é o resultante da divisão por 30 da retribuição base mensal e diuturnidades devidas ao trabalhador.

Por outro lado, o montante total da compensação fica sujeito aos seguintes limites máximos:

- Ao valor apurado em (ii)/(a) e (iii)/(a), quando este seja igual ou superior a 12 vezes a retribuição mensal e diuturnidades do trabalhador ou a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida;

- Ao valor apurado em (iii)/(a) somado com (iii)/(b), quando este seja igual ou superior a 12 vezes a retribuição mensal e diuturnidades do trabalhador ou a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida;
- A 12 vezes a retribuição mensal e diuturnidades do trabalhador ou a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida, quando o montante da compensação apurada em (ii)/(a) e (iii)/(a) ou em (iii)/(a) somado com (iii)/(b) for inferior a estes valores.

Compensação por cessação de contrato de trabalho a termo e de contrato de trabalho temporário

(i) A cessação de contrato de trabalho a termo certo celebrado a partir de 1 de outubro de 2013 confere ao trabalhador uma compensação correspondente a 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade ou o seu proporcional, em caso de fração de ano.

Quando esteja em causa a cessação de contrato de trabalho a termo incerto celebrado a partir de 1 de outubro de 2013, o montante da compensação corresponde à soma dos seguintes montantes:

- 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade —ou o seu proporcional, em caso de fração de ano—, no que respeita aos três primeiros anos de duração do contrato;
- 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade —ou o seu proporcional, em caso de fração de ano—, nos anos subsequentes.

Para o cálculo das compensações supra:

- O valor da retribuição base e diuturnidades do trabalhador a considerar não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida;
- O montante global da compensação não pode ser superior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou, quando seja aplicável o limite previsto no ponto anterior, a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida; e
- O valor diário de retribuição base e diuturnidades é o resultante da divisão por 30 da retribuição base mensal e diuturnidades devidas ao trabalhador.

(ii) Nos contratos de trabalho a termo (incluindo os que sejam objeto de renovação extraordinária) e nos contratos de trabalho temporário celebrados após 1 de novembro de 2011 e até 30 de setembro de 2013, inclusive, a compensação é calculada do seguinte modo:

- (a) Em relação ao período de duração do contrato até 30 de setembro de 2013, o montante da compensação corresponde a 20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, sendo calculado proporcionalmente em caso de fração de ano;
- (b) Em relação ao período de duração do contrato a partir de 1 de outubro de 2013, inclusive, o montante da compensação corresponde à soma dos seguintes montantes:
 - 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade —ou o seu proporcional, em caso de fração de ano—, no que respeita aos três primeiros anos de duração do contrato;
 - 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade —ou o seu proporcional, em caso de fração de ano—, nos anos subsequentes.

(iii) Nos contratos de trabalho a termo (incluindo os que sejam objeto de renovação extraordinária) e nos contratos de trabalho temporário celebrados antes de 1 de novembro de 2011, a compensação é calculada nos seguintes termos:

- (a) Em relação ao período de duração do contrato até 31 de outubro de 2012 (ou até à data da renovação extraordinária, caso seja anterior àquela), o montante corresponde a três ou dois dias de retribuição base e diuturnidades por cada mês de duração do contrato,

calculado proporcionalmente em caso de fração de mês, consoante a duração total do contrato não exceda ou seja superior a seis meses, respetivamente;

- (b) Em relação ao período de duração do contrato a partir de 1 de novembro de 2012, inclusive, e até 30 de setembro de 2013, o montante da compensação corresponde a 20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, calculado proporcionalmente ao período efetivo de trabalho prestado;
- (c) Em relação ao período de duração do contrato a partir de 1 de outubro de 2013, o montante da compensação corresponde à soma dos seguintes montantes:
 - 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade —ou o seu proporcional, em caso de fração de ano—, no que respeita aos três primeiros anos de duração do contrato;
 - 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade —ou o seu proporcional, em caso de fração de ano—, nos anos subsequentes.

Para efeitos do cálculo da compensação a que se refere a alínea (ii) e as subalíneas (b) e (c) da alínea (iii) supra:

- O valor da retribuição base e diuturnidades do trabalhador a considerar no cálculo da compensação não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida; e
- O valor diário de retribuição base e diuturnidades é o resultante da divisão por 30 da retribuição base mensal e diuturnidades devidas ao trabalhador.
- Por outro lado, o montante total da compensação fica sujeito aos seguintes limites máximos:
 - Ao valor apurado em (ii)/(a) e (iii)/(a), quando este seja igual ou superior a 12 vezes a retribuição mensal e diuturnidades do trabalhador ou a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida;
 - Ao valor apurado em (iii)/(a) somado com (iii)/(b), quando este seja igual ou superior a 12 vezes a retribuição mensal e diuturnidades do trabalhador ou a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida;
 - A 12 vezes a retribuição mensal e diuturnidades do trabalhador ou a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida, quando o montante da compensação apurada em (ii)/(a) e (iii)/(a) ou em (iii)/(a) somado com (iii)/(b) for inferior a estes valores.

Fundo de compensação do trabalho, mecanismo equivalente e fundo de garantia de compensação do trabalho: De acordo com as alterações introduzidas pelo presente diploma, o empregador fica vinculado, quanto aos contratos de trabalho celebrados a partir do dia 1 de outubro de 2013, (i) a informar o trabalhador sobre o fundo de compensação do trabalho ou mecanismo equivalente e sobre o fundo de garantia de compensação de trabalho aplicáveis; e (ii) a comunicar à Autoridade para as Condições do Trabalho a adesão ao fundo de compensação do trabalho ou mecanismo equivalente.

Por outro lado, no que respeita às empresas de trabalho temporário, a não adesão a fundo de compensação do trabalho ou mecanismo equivalente ou o incumprimento da obrigação de contribuição para os mesmos e para o fundo de garantia de compensação de trabalho, quando reincidentes, podem implicar a aplicação de sanção acessória de interdição de exercício da atividade até dois anos.

Feridos: A eliminação dos feriados de Corpo de Deus, 5 de outubro, 1 de novembro e 1 de dezembro, operada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, e que produziu efeitos a 1 de janeiro de 2013, fica agora sujeita a uma reavaliação a ser realizada num período não superior a cinco anos.

Regimes jurídicos do fundo de compensação do trabalho, do mecanismo equivalente e do fundo de garantia de compensação do trabalho

Lei n.º 70/2013, de 30 de agosto (DR 167, SÉRIE I, de 30 de agosto de 2013)

A Lei n.º 70/2013, de 30 de agosto, em vigor desde 1 de outubro de 2013, veio estabelecer os regimes jurídicos do fundo de compensação do trabalho, do mecanismo equivalente e do fundo de garantia de compensação do trabalho.

Âmbito de aplicação: São abrangidos por este diploma os contratos de trabalho celebrados após a sua entrada em vigor, com exceção (i) dos contratos de trabalho de muita curta duração e (ii) das relações de trabalho abrangidas pelos regimes de vinculação, carreiras e remunerações da função pública.

As empresas de trabalho temporário ficam, porém, sujeitas a este regime, qualquer que seja a duração do contrato celebrado com o trabalhador temporário.

Natureza e finalidade: O fundo de compensação do trabalho e o fundo de garantia de compensação do trabalho são fundos autónomos com personalidade jurídica destinados a assegurar o direito dos trabalhadores ao recebimento efetivo de metade do valor da compensação devida por cessação do contrato de trabalho.

Enquanto o fundo de compensação do trabalho é um fundo de capitalização individual que visa garantir o pagamento até metade do valor da compensação devida por cessação do contrato de trabalho, o fundo de garantia de compensação do trabalho, por sua vez, tem natureza mutualista e visa garantir o valor necessário à cobertura de metade do valor da compensação devida por cessação do contrato de trabalho.

Este diploma prevê ainda a possibilidade de o empregador recorrer ao mecanismo equivalente em alternativa ao fundo de compensação do trabalho, ficando neste caso obrigado a conceder ao trabalhador garantia igual à que resultaria da vinculação do empregador ao fundo de compensação do trabalho. Note-se, porém, que o mecanismo equivalente apenas pode ser constituído pelo empregador junto de instituições sujeitas a supervisão do Banco de Portugal ou do Instituto de Seguros de Portugal.

Adesão e obrigação de pagamento: A adesão ao fundo de compensação do trabalho é obrigatória, podendo o empregador, em alternativa, aderir ao mecanismo equivalente, conquanto o faça em bloco, relativamente à totalidade dos trabalhadores ao seu serviço. Todavia, a adesão ao fundo de compensação do trabalho ou ao mecanismo equivalente não impede a posterior transferência da totalidade dos trabalhadores ao serviço do empregador para o mecanismo equivalente ou fundo de compensação do trabalho, respetivamente.

Com a celebração do primeiro contrato de trabalho abrangido por este regime e consequente comunicação de admissão do trabalhador ao fundo de compensação do trabalho ou ao mecanismo equivalente, a adesão aos mesmos efetua-se automaticamente, por via da inclusão do respetivo trabalhador naqueles.

Por sua vez, a adesão ao fundo de garantia de compensação do trabalho opera de forma automática com a adesão do empregador ao fundo de compensação do trabalho ou ao mecanismo equivalente.

A inclusão posterior de novos trabalhadores no fundo de compensação do trabalho e fundo de garantia de compensação do trabalho opera através da comunicação aos fundos, pelo empregador, da admissão daqueles.

A adesão vincula o empregador ao pagamento das respetivas entregas para o fundo de compensação do trabalho e fundo de garantia de compensação do trabalho, que são devidas desde o início da execução de cada contrato de trabalho até à sua cessação. Os valores das entregas da responsabilidade do empregador correspondem aos seguintes montantes:

(i) Fundo de compensação do trabalho: 0,925% da retribuição base e diuturnidades devidas a cada trabalhador abrangido;

(ii) Fundo de garantia de compensação do trabalho: 0,075% da retribuição base e diuturnidades devidas a cada trabalhador abrangido pelo fundo de compensação do trabalho ou mecanismo equivalente.

Estas entregas são efetuadas 12 vezes por ano, mensalmente, nos prazos previstos para o pagamento de contribuições e quotizações à Segurança Social, e respeitam a 12 retribuições base mensais e diurnidades por cada trabalhador.

O diploma estabelece ainda que em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa ou de estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou de estabelecimento que constitua uma unidade económica, nos termos do artigo 285.º do Código do Trabalho, o transmissário assume a titularidade da conta global que pertencia ao transmitente.

A adesão ao fundo de compensação do trabalho e ao fundo de garantia de compensação do trabalho finda com a cessação da atividade do empregador no sistema de Segurança Social.

Reembolso ao empregador: Havendo lugar à cessação do contrato de trabalho, por qualquer causa, o empregador pode solicitar ao fundo de compensação do trabalho o reembolso do saldo da conta de registo individualizado do respetivo trabalhador, com uma antecedência máxima de 20 dias relativamente à data da cessação do contrato de trabalho, devendo o reembolso ser efetuado pelo fundo de compensação do trabalho num prazo máximo de 10 dias a contar da data do pedido.

Nos casos em que a cessação do contrato de trabalho não determine a obrigação de pagamento de compensação calculada nos termos do artigo 366.º do Código do Trabalho, o valor reembolsado pelo fundo de compensação do trabalho reverterá para o empregador.

Se, após apresentação de pedido de reembolso pelo empregador ao fundo de compensação do trabalho, a cessação do contrato de trabalho não vier a ocorrer, o empregador deve devolver ao fundo o valor reembolsado no prazo de 10 dias contados a partir da não verificação da cessação do contrato de trabalho.

Pagamento ao trabalhador: Em caso de cessação de contrato de trabalho que origine o direito à compensação calculada nos termos do artigo 366.º do Código do Trabalho, sem que o empregador efetue, total ou parcialmente, aquele pagamento, o trabalhador pode acionar o fundo de garantia de compensação do trabalho pelo valor necessário à cobertura de metade do valor da compensação devida, subtraído do montante já pago pelo empregador.

Refira-se, porém, que o fundo de garantia de compensação do trabalho não responderá por qualquer valor sempre que o empregador já tenha pago ao trabalhador valor igual ou superior a metade da compensação devida pela cessação do contrato de trabalho.

No que respeita aos valores garantidos pelo fundo de garantia de compensação do trabalho, este fica sub-rogado nos direitos de crédito e respetivas garantias dos trabalhadores, incluindo privilégios creditórios, na medida dos pagamentos efetuados, acrescidos de juros de mora. Sendo o património do empregador insuficiente para garantir o pagamento da totalidade dos créditos, os créditos em que o fundo de garantia de compensação do trabalho ficou sub-rogado são pagos imediatamente após satisfeitos os créditos dos trabalhadores.

Despedimento ilícito: Nos casos em que o despedimento venha a ser declarado ilícito, resultando na reintegração do trabalhador, fica o empregador obrigado, no prazo de 30 dias contados a partir da data do trânsito em julgado daquela decisão, a (i) incluir novamente o trabalhador no fundo de compensação do trabalho ou no mecanismo equivalente, (ii) repor o saldo da conta do registo individualizado do trabalhador à data do despedimento, bem como a (iii) realisar as entregas que deixou de efetuar, relativamente a tal trabalhador, desde esta data.

Caso tenha sido acionado o fundo de garantia de compensação do trabalho, o trabalhador deve, no mesmo prazo, proceder à devolução ao fundo dos valores que por este tenham sido adiantados.

Medida de incentivo ao emprego

Portaria n.º 286-A/2013, de 16 de setembro (DR 178, SÉRIE I, de 16 de setembro de 2013)

A Portaria n.º 286-A/2013, de 16 de setembro, veio criar a medida de “Incentivo Emprego”, que consiste na concessão ao empregador de um apoio financeiro à celebração de contrato de trabalho, que entrou em vigor no passado dia 1 de outubro.

Âmbito de aplicação: Esta medida aplica-se a (i) empregadores que celebrem, após 1 de outubro de 2013, contratos de trabalho sujeitos ao Código de Trabalho, bem como a (ii) empresas de trabalho temporário, qualquer que seja a duração do contrato celebrado com o trabalhador temporário. Ficam excluídos os empregadores que celebrem contratos de trabalho de muita curta duração e os órgãos e serviços a que se referem os n.os 1 a 4 do artigo 3.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro.

A não verificação destas condições determina o indeferimento liminar da candidatura.

Requisitos de atribuição do apoio: O Incentivo Emprego é atribuído a empregadores que reúnam os seguintes requisitos cumulativos: (i) ter a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a Segurança Social; (ii) ter a situação regularizada em matéria de restituições no âmbito do financiamento do Fundo Social Europeu; (iii) não se encontrar em situação de incumprimento no que respeita a apoios financeiros concedidos pelo Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P.; (iv) não se encontrar em situação de incumprimento no que respeita às entregas devidas no âmbito do regime jurídico do fundo de compensação do trabalho, do mecanismo equivalente e do fundo de garantia de compensação do trabalho; (v) dispor de contabilidade organizada de acordo com o previsto na lei, quando aplicável.

Estes requisitos devem estar reunidos no momento de formalização da candidatura e durante o período em que tenha lugar a atribuição do apoio financeiro, sob pena de suspensão do pagamento do apoio financeiro e respetiva cessação no caso de não regularização da situação de incumprimento dos requisitos.

Não se verificando estes requisitos no momento do primeiro pagamento, o empregador será notificado para, até ao termo da verificação trimestral seguinte, proceder à sua regularização, sob pena de a candidatura ser indeferida.

Procedimento de candidatura: Para obtenção do apoio financeiro, o empregador deverá apresentar a sua candidatura no momento da formalização da admissão do trabalhador na segurança social, exigindo-se, para este efeito, que a mesma seja efetuada online no sítio eletrónico do Serviço Segurança Social Direta.

Compete ao Instituto de Informática, I.P. verificar as condições e os requisitos necessários à atribuição do Incentivo.

Apoio financeiro: O empregador que beneficie desta medida terá direito, durante o período compreendido entre o início da execução de cada contrato de trabalho e 30 de setembro de 2015, ou a data de cessação do contrato, consoante a que se verifique primeiro, a um apoio financeiro correspondente a 1% da retribuição mensal do trabalhador. Para este efeito, entende-se por retribuição mensal o valor pago pelo empregador ao trabalhador e relevante para efeitos de incidência da taxa contributiva devida à Segurança Social.

O pagamento do apoio financeiro é da responsabilidade do Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P., mediante apuramentos trimestrais, a efetuar pelo Instituto de Informática, I.P., dos montantes a atribuir a cada empregador, sendo efetuado nos seguintes prazos:

- (i) até ao dia 30 de abril, relativamente ao trimestre correspondente aos meses de janeiro, fevereiro e março;
- (ii) até ao dia 31 de julho, relativamente ao trimestre correspondente aos meses de abril, maio e junho;
- (iii) até ao dia 31 de outubro, relativamente ao trimestre correspondente aos meses de julho, agosto e setembro;
- (iv) até ao dia 31 de janeiro, relativamente ao trimestre correspondente aos meses de outubro, novembro e dezembro.

A presente medida é cumulável com outros apoios ao emprego aplicáveis ao mesmo posto de trabalho, cuja atribuição esteja, por natureza, dependente de condições inerentes aos trabalhadores contratados.

Renovação extraordinária de contratos de trabalho a termo certo

Lei n.º 76/2013, de 7 de novembro (DR 216, SÉRIE I, de 7 de Novembro de 2013)

A Lei n.º 76/2013, de 7 de novembro, que entrou em vigor no dia 8 de novembro de 2013, veio estabelecer um regime de renovação extraordinária dos contratos de trabalho a termo certo celebrados na vigência do Código do Trabalho, i.e. após 17 de fevereiro de 2009, que atinjam os limites máximos de duração estabelecidos no Código do Trabalho ou na Lei n.º 3/2012, de 10 de janeiro (que já tinha estabelecido um regime de renovação extraordinária), até 7 de novembro de 2015.

De acordo com o presente regime, estes contratos poderão ser objeto de duas renovações extraordinárias, contanto que a duração total das mesmas não exceda 12 meses.

A duração de cada renovação extraordinária não pode, por seu turno, ser inferior a um sexto da duração máxima do contrato ou da sua duração efetiva, consoante a que for inferior.

Caso seja excedido o número máximo de renovações extraordinárias e/ou o limite máximo de duração das mesmas, o contrato converter-se-á automaticamente em contrato por tempo indeterminado.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

La protección de las trabajadoras embarazadas frente al despido no es extensible al periodo de prueba

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de octubre de 2013

El Tribunal Constitucional ("TC") deniega el amparo solicitado y establece que la protección de las trabajadoras embarazadas frente al despido no es extensible al periodo de prueba.

El problema que se plantea en el recurso de amparo es la determinación del alcance del derecho a la no discriminación por razón de sexo, en supuestos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba con trabajadoras embarazadas. La pretensión de la demandante era extrapolar la regulación del despido nulo establecida en el artículo 55.5.b) del ET, al supuesto de desistimiento en periodo de prueba. Sin embargo, la sentencia pone de manifiesto que la naturaleza jurídica del despido y del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba son diferentes, tal y como se deduce de su distinta cobertura legal. Por tanto, no es susceptible de equiparación analógica y, en consecuencia, la nulidad automática del despido de una embarazada, sea conocido o no su estado de gestación por la empresa, no es predicable del desistimiento durante el periodo de prueba.

El TC determina que la nulidad del desistimiento empresarial solo tendrá lugar si la decisión se sustenta sobre un móvil discriminatorio, siendo para ello necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de gestación.

Control del correo electrónico de los empleados por parte de la empresa

Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2013

El TC considera conforme a Derecho la conducta empresarial de fiscalización del contenido de correos electrónicos en el ámbito de las relaciones laborales sin que previamente se haya informado al trabajador de los medios de control. La decisión del TC se funda en la existencia de una previsión en el convenio colectivo aplicable que prohíbe "la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral".

La sentencia analiza detenidamente la compatibilidad del control empresarial sobre el uso de los correos electrónicos con el derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, ambos derechos protegidos constitucionalmente.

En el presente caso, el convenio colectivo de aplicación preveía el uso de los medios informáticos con fines exclusivamente profesionales, excluyendo por tanto su uso extralaboral. Al excluir-

se el uso personal del correo electrónico, el TC entiende *"que no existía una expectativa fundada y razonable de la confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas"*, motivo que justifica el control del empresario con fines de observancia del cumplimiento de la prestación laboral. Igualmente, en lo referente a la vulneración del derecho a la intimidad, el TC defiende que su ámbito de protección viene generado por una expectativa razonable de privacidad que, en el presente caso, no existe. Por este motivo, el TC avala la potestad de control de la empresa.

Despido disciplinario improcedente e indemnización por falta de preaviso pactado

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2013

En esta sentencia, el Tribunal Supremo ("TS") debate acerca de la compatibilidad de la indemnización por falta de preaviso pactada en contrato de trabajo, para el caso de que la empleadora o el trabajador decidieran poner término a la relación laboral, y la indemnización por despido improcedente.

El TS recuerda, en alusión a jurisprudencia previa, que los importes legales de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo son de derecho necesario relativo y, por lo tanto, mejorables respecto de los trabajadores por convenio colectivo o pacto individual.

La cuestión se centra en determinar si la interpretación de la cláusula de preaviso pactada en el contrato de trabajo, que obliga a preavisar en caso de que alguna de las partes decidiera poner fin voluntariamente al contrato de trabajo y, en su defecto, a indemnizar por la falta de preaviso, alcanza también a los supuestos de despido disciplinario reconocidos o declarados judicialmente como improcedentes. El TS declara que estos supuestos equivalen a un extinción unilateral empresarial que da derecho a la indemnización pactada por el preaviso incumplido, dado que otra interpretación posibilitaría al empleador eludir el cumplimiento de su obligación contractual mediante el cauce de la gratuita imputación de una causa extintiva totalmente improsperable, lo que equivaldría a aceptar como jurídicamente eficaz una conducta que entrañaría claro fraude de ley.

Plazo para la presentación de la demanda de conciliación

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2013

La cuestión que motiva el recurso consiste en determinar la posibilidad de aplicar, al cómputo del plazo de presentación de la demanda de conciliación, el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC"). Esto es, si es posible presentar la demanda de conciliación dentro de las 15 horas del día vigésimo primero a partir del despido.

El TS resuelve la cuestión argumentando que, teniendo en cuenta que la conciliación se configura como una primera actuación dentro de la tramitación del proceso, *"no hay motivo para la no aplicación del artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"*. En consecuencia, la demanda de conciliación puede interponerse en el plazo previsto en dicho artículo.

Además, el TS razona que *"el plazo de caducidad previsto en el artículo 59.3 del ET para el ejercicio de la acción de despido queda gráficamente «congelado» durante la sustanciación de la conciliación"*, por lo que, en caso de no avenencia durante el acto de conciliación y en el caso de que la demanda de conciliación hubiera sido presentada conforme a lo previsto en el artículo 135.1 de la LEC, la demanda deberá ser presentada ese mismo día en el Juzgado de lo Social.

Obligaciones en materia de seguridad social respecto a estudiantes universitarios que realicen prácticas académicas externas

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2013 y Resolución de 19 de agosto de 2013, de la Tesorería General de la Seguridad Social, en relación con el Real Decreto 1707/2011 de 18 de noviembre

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS declaró por sentencia de 21 de mayo de 2013 la nulidad del Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas externas de los estudiantes universitarios. El núcleo argumental de aquella sentencia residía en la apreciación de un vicio procedimental invalidante en el proceso de elaboración del Real Decreto, que consistía en la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado tras la introducción de una disposición adicional primera en virtud de la cual se excluyó de la obligación de afiliación y cotización a la Seguridad Social a los estudiantes universitarios que realizaban prácticas académicas externas.

Desde la anulación del Real Decreto, las prácticas académicas referidas quedan sujetas a cotización en los términos del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación. Para ello es necesario, sin embargo, que dichas prácticas conlleven la percepción de una contraprestación económica.

La Tesorería General de la Seguridad Social dictó una Resolución el 19 de agosto de 2013 con el objetivo de limitar los efectos temporales de la sentencia del TS. Así, en aplicación del principio de seguridad jurídica, la Resolución establece que la obligación de cotizar existirá en aquellos supuestos en los que las prácticas académicas estuvieran siendo realizadas a fecha 28 de junio de 2013 o se iniciaran en fechas posteriores, al ser ese el día en que se publicó oficialmente la sentencia del TS.

La ultraactividad limitada del convenio colectivo estatutario como regla dispositiva

Sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 19 de noviembre de 2013 y de 23 de julio de 2013

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ("AN") conoce de las dos demandas de conflicto colectivo interpuestas por representaciones sindicales diversas, en las que la pretensión principal consistía en que se declarara la vigencia del contenido normativo de un convenio colectivo denunciado tras la reforma del régimen legal de ultraactividad, al amparo del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Las empresas demandadas en ambos procedimientos de conflicto colectivo habían remitido una comunicación a sus trabajadores en la que les indicaban que había finalizado la vigencia del convenio colectivo aplicable a la empresa, en régimen de ultraactividad, previamente denunciado. De acuerdo con el artículo 86.3 del ET, tras la reforma operada por la Ley 3/2012, la ultraactividad del convenio estatutario es de un año, y finaliza la vigencia del convenio si en ese plazo anual no se alcanza un nuevo acuerdo para su prórroga o renovación.

En ambos casos, el conflicto de fondo consistía en determinar si las cláusulas sobre prolongación de la ultraactividad del convenio con carácter previo a la reforma laboral son válidas tras ella o si, por el contrario, por no haber podido prever las partes que la negociaron la alteración del régimen legal sobre la materia, cabría entender que su intención era la de incorporar al convenio, sin más, el régimen legal vigente en cada momento. Siendo así, los acuerdos previos a la reforma no integrarían el "pacto en contrario" al que se refiere el artículo 86.3 del ET para excepcionar el régimen de ultraactividad limitada de un año.

Pues bien, en ambos casos la AN establece que, pese a que se requiere siempre un análisis *ad casum*, resultaba patente que las partes no se habían limitado a dejar que operara la regla legal subsidiaria, sino que, estando en sus manos exceptuarla, lo habían hecho, expresando su propia voluntad como norma que desplaza a la regla legal dispositiva, que limita temporalmente el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos estatutarios previamente denunciados.

Despido colectivo económico, grupo de empresas a efectos laborales y beneficios artificiales

Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 18 de noviembre de 2013

Conoce la AN de un proceso de impugnación de despido colectivo contra varias empresas instado por un sindicato, con el objetivo de que se declare la nulidad del despido colectivo llevado a cabo por las empresas demandadas y, subsidiariamente, que se declare no ajustado a Derecho. La intervención de las tres empresas, pese a que solo dos de ellas son las que acometen despidos colectivos, deriva de su configuración como grupo de empresas a efectos laborales.

Se desarrolló un único periodo de consultas instado por el grupo de empresas y dirigido a los representantes legales de los trabajadores de dos de las empresas del grupo y a los trabajadores de los centros de trabajo sin representación, así como a la Dirección General de Empleo. El periodo de consultas finaliza mediante acta con acuerdo, del que CGT se desvincula.

En primer lugar, la AN da respuesta a la alegación de CGT por la que *se denuncia que la comisión negociadora se conformó ilícitamente* por excluir a los representantes de los trabajadores de una de las demandadas. Pese a que, por tratarse de un grupo de empresas a efectos laborales,

debió darse cabida a los representantes de todas las empresas que integran el grupo, entiende la AN que no puede constituir un efecto invalidante del despido si ese vicio no se denuncia desde el inicio del período de consultas, al ser una obligación exigible conforme al principio de buena fe.

Respecto de la denuncia consistente en que *el despido colectivo acordado carece de causa*, por cuanto las empresas que acometieron los despidos no presentan una situación económica negativa al no tener pérdidas, recuerda la AN que la correcta interpretación de la causa económica descrita en el artículo 51.1 del ET no es cerrada. La norma no describe la causa económica, sino que se limita a ofrecer un listado de supuestos típicamente constitutivos de situación económica negativa. En aquellos casos no descritos en la norma como tales, será la empresa la que deberá acreditar por qué se encuentra en tal situación, así como la adecuación entre la causa y la medida adoptada (conexión de funcionalidad). En el presente caso, las empresas codemandadas lograron probar que los resultados positivos obtenidos en los ejercicios 2011 y 2012 eran artificiosos porque sus pérdidas fueron compensadas por la matriz del grupo.

El grupo logró probar tanto la concurrencia de situación económica negativa como la razonabilidad de la medida adoptada, de ahí que la AN desestime la acción del sindicato demandante.

Las disposiciones de un convenio que tengan como fin la mejora de las condiciones de trabajo no se reputan contrarias a la libre competencia si no pretenden alterar intencionadamente el mercado

Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 30 de septiembre de 2013

La AN desestima la impugnación del V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (el "*Convenio*"). La demanda fue interpuesta por un grupo de entidades homologadas del sector de la formación alegando prácticas restrictivas de la competencia y retroactividad lesiva de sus intereses.

El razonamiento expuesto por la AN, respecto de la posible restricción de la competencia, comienza con la declaración de reserva de jurisdicción del orden social para conocer de los posibles efectos restrictivos de los convenios colectivos. A continuación, con fundamento en sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expone que "*determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y los trabajadores*", y que no se reputarán contrarias a la libre competencia aquellas disposiciones que tengan como fin mejorar las condiciones de trabajo de los empleados. En este caso, la Sala afirma que la finalidad buscada por el convenio es la de mejorar la seguridad en el sector de la construcción y no restringir la competencia, por lo que se descarta la presencia de prácticas restrictivas.

Se argumenta también la retroactividad del convenio por ser lesiva de la seguridad jurídica de terceros. A este respecto, la AN recuerda la distinción entre los tres tipos de retroactividad: máxima, media y mínima. De acuerdo con el criterio de la Sala, se aprecia en el Convenio una retroactividad de grado mínimo, que consiste en que "*la nueva norma solo tiene efectos para el futuro aunque la relación básica haya surgido bajo la anterior norma*" y, por tanto, se considera válida y lícita.

[Portugal]

Inconstitucionalidade de alterações ao Código do Trabalho

Acórdão n.º 602/2013 de 20 de Setembro de 2013 (DR 206, SERIE I, 24 de outubro de 2013)-Tribunal Constitucional

Neste Acórdão, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade de determinadas alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, ao Código do Trabalho, tendo declarado a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de normas relacionadas com (i) a extinção do posto de trabalho, (ii) o despedimento por inadaptação e (iii) a sobreposição da lei em relação aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho no que respeita ao descanso compensatório e à majoração das férias.

Com efeito, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos números 2 e 4 do artigo 368.º, do Código do Trabalho, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, relativas aos critérios e requisitos do despedimento por

extinção do posto de trabalho, por violação da proibição de despedimentos sem justa causa, consagrada no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa.

As normas em causa previam que *“havendo, na secção ou estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para determinação do posto de trabalho a extinguir, cabe ao empregador definir, por referência aos respetivos titulares, critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”*, bem como que, *“[...] uma vez extinto o posto de trabalho, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”*.

Com esta decisão, é reposta a redação anterior à entrada em vigor da Lei n.º 23/2012, que obrigava o empregador a observar, aquando da determinação do posto de trabalho a extinguir, critérios pré-definidos (menor antiguidade no posto de trabalho; menor antiguidade na categoria profissional; classe inferior da mesma categoria profissional; e menor antiguidade na empresa), e que determinava que a impossibilidade da subsistência da relação de trabalho apenas se verificava quando o empregador não dispusesse de outro posto compatível com a categoria profissional do trabalhador.

Já no que se refere ao despedimento por inadaptação, também a norma do artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012 foi declarada inconstitucional, por violação da proibição de despedimentos sem justa causa, na parte em que procedeu à revogação da alínea d) do n.º 1 artigo 375.º do Código do Trabalho, que previa que *“[o despedimento por inadaptação em situação referida no n.º 1 do artigo anterior só pode ter lugar desde que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos:] não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador”*.

Foram ainda declaradas inconstitucionais as normas constantes dos números 2 e 3 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, que determinavam a sobreposição desta lei às normas de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e às cláusulas de contrato de trabalho que dispusessem sobre (i) o descanso semanal compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado e (ii) as majorações ao período anual de férias. Estas normas foram consideradas inconstitucionais por violação das disposições conjugadas do artigo 56.º, n.os 3 e 4, relativo aos direitos das associações sindicais e contratação coletiva, e do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, relativo às restrições dos direitos, liberdades e garantias.

Por fim, foi igualmente considerada inconstitucional a norma constante do n.º 5 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, por violação das mesmas disposições constitucionais. A norma em questão determinava a redução para metade dos montantes previstos nas disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e nas cláusulas de contratos de trabalho que dispusessem sobre (i) acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho e (ii) retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado, ou descanso compensatório por essa mesma prestação, em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia, no caso de tais disposições não serem alteradas decorrido o prazo de dois anos durante o qual as mesmas se encontram suspensas por força do n.º 4 do artigo 7.º.

A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das referidas normas tem efeitos retroativos, reportados à entrada em vigor da Lei n.º 23/2012, ou seja, a 1 de agosto de 2012.

MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Marítimo. Control de buques por el Estado rector del puerto

Directiva 2013/38/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto, que modifica la Directiva 2009/16/CE sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto (Texto pertinente a efectos del EEE)(DOUE L 218/1 de 14 de agosto de 2013)

Esta Directiva, que deberá transponerse por los Estados miembros antes del 21 de noviembre de 2014, adapta la Directiva 2009/16/CE al Convenio sobre el trabajo marítimo de la OIT de 2006, que establece normas de trabajo para todos los marinos, independientemente de su nacionalidad o del pabellón del buque en el que desarrollen su actividad. La norma faculta específicamente a la Comisión Europea para adoptar ciertos actos de ejecución, en cuanto a valoración de riesgos, o para garantizar condiciones uniformes en materia de inspecciones y de control y seguridad de buques.

Aéreo. Seguridad aérea

Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1116/2013 de la Comisión, de 6 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 185/2010, en lo que atañe a la aclaración, armonización y simplificación de determinadas medidas de seguridad aérea (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 299 de 9 de noviembre de 2013)

El Reglamento 1116/2013, en vigor desde el pasado 30 de noviembre de 2013, introduce una serie de modificaciones al Reglamento 185/2010 respecto de las modalidades de ejecución de algunas normas básicas comunes de seguridad aérea, con el fin de aclararlas, armonizarlas y simplificarlas, normalizando la interpretación común de la legislación en esta materia para garantizar su mejor aplicación.

En concreto, dichas modificaciones se refieren a la aplicación de un número limitado de medidas en materia de control de accesos, seguridad de las aeronaves, inspección del equipaje de mano y del de bodega, controles de seguridad de la carga, el correo, las provisiones de a bordo y los suministros de aeropuerto, formación de personal y equipos de seguridad.

[España]

Marítimo. Gerencia del Sector de la Construcción Naval

Real Decreto 701/2013, de 20 de septiembre, de racionalización del sector público (BOE de 26 de septiembre de 2013)

Dentro del paquete de medidas aprobadas para la racionalización del sector público, este Real Decreto establece, con efectos a 31 de diciembre de 2013, la supresión de la Gerencia del Sector de la Construcción Naval creada por el artículo 10.3 del Real Decreto 1271/1984, de 13 de junio. Las competencias de este organismo pasarán a ser ejercidas por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a través de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, que se subrogará en todos los derechos y obligaciones de la extinta Gerencia.

* Esta sección está coordinada por Alfredo Cabellos, y en su elaboración han participado Tomás Fernandez-Quirós, Julio López Quiroga, Luz Martínez de Azcoitia, Ana Pocklington, Hannah de Bustos, Meritxell Burcet, Fernando de Castro, Néstor Lozano y Maria Joao Rodrigues, del Área de Mercantil (Grupo de Coordinación de Marítimo, Transporte y Logística) de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Marítimo. Navegación marítima *Proyecto de Ley de la Navegación Marítima*

Con fecha 22 de noviembre de 2013, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes del Proyecto de Ley de la Navegación Marítima, norma destinada a sustituir una legislación anticuada, dispersa y a veces contradictoria con los convenios internacionales suscritos por nuestro país. El Proyecto consta de un articulado donde se integran tanto normas de Derecho público como de Derecho privado y lleva a cabo una amplia reforma del Derecho marítimo patrio que abarca todos sus aspectos.

Aéreo. Atención a las víctimas de accidentes de aviación civil *Real Decreto 632/2013 de 2 de agosto, sobre atención a las víctimas de accidentes de aviación civil y por el que se modifica el Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil (BOE de 3 de agosto de 2013)*

Con el fin de introducir en nuestro ordenamiento disposiciones que aseguren el debido cumplimiento del Reglamento UE n.º 996/2010, de 20 de octubre, este Real Decreto tiene por objeto asegurar que los planes de protección civil contemplen los accidentes aéreos civiles como riesgo susceptible de generar emergencias, establecer las medidas que deben adoptar las Administraciones públicas para garantizar la asistencia de las víctimas de accidentes de aviación civil y sus familiares, y desarrollar la obligación de las compañías aéreas de contar con un plan de asistencia en esta materia.

Asimismo, este Real Decreto modifica el Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo, para reforzar el carácter multidisciplinar de la Comisión de Investigación de los Accidentes e Incidentes de Aviación Civil, y establece expresamente entre las especialidades de los vocales la relativa al mantenimiento técnico de aeronaves.

Transporte aéreo y terrestre y sector naval*Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3 de agosto de 2013)*

Con la finalidad declarada de continuar adoptando reformas, entre otros, en los sectores de los transportes aéreo, terrestre y marítimo, que incrementen su competitividad y eficiencia, este Real Decreto-ley modifica la Ley de Seguridad Aérea para moderar el incremento máximo de las prestaciones patrimoniales de carácter público a percibir por AENA.

En el ámbito ferroviario, se establece el procedimiento para la modificación y actualización de las cuantías de cánones. Asimismo, se habilita al Ministerio de Fomento para desarrollar y actualizar los principios básicos de aplicación de los sistemas de bonificación e incentivos establecidos en la Ley del Sector Ferroviario. Además, se incrementa el importe autorizado a ADIF para concertar operaciones de crédito.

Por otro lado, se refuerza la normativa que regula los mecanismos de asistencia y apoyo a las víctimas y familiares de los accidentes ferroviarios, mediante el mandato al Gobierno para que apruebe un reglamento en esta materia y el establecimiento de una habilitación a RENFE-Operadora para que pueda abonar las cantidades que, por encima de las que sean pagadas por el seguro obligatorio de viajeros o anticipadas a cuenta en concepto de responsabilidad civil por la entidad aseguradora, resulten necesarias para atender a las necesidades económicas inmediatas de las personas con derecho a indemnización.

Por último, y en el ámbito marítimo, este Real Decreto-ley recoge el régimen transitorio que deben aplicar las autorizaciones en vigor en el sector naval, afectadas por la Decisión de la Comisión Europea de 17 de julio de 2013, sobre el régimen del denominado "Tax Lease".

Véase también, en lo relativo a sus aspectos relacionados con el Derecho laboral, el comentario que se incluye en esta misma sección de "Crónica de Legislación y Jurisprudencia" (Laboral y de Seguridad Social) de este mismo número de la Revista.

**Ferrocarril.
Transporte de viajeros
con finalidad turística**

Orden FOM/1403/2013, de 19 de julio, sobre servicios de transporte ferroviario de viajeros con finalidad prioritariamente turística (BOE de 25 de julio de 2013)

De conformidad con el apartado 3 de la disposición transitoria tercera de la Ley del Sector Ferroviario, los servicios de transporte de viajeros con finalidad prioritariamente turística deberán prestarse en régimen de libre competencia a partir del 31 de julio de 2013. El artículo 2 de la orden plasma la citada liberalización, siendo únicamente necesario que la empresa ferroviaria que desee prestar dichos servicios esté habilitada y posea la correspondiente asignación de la capacidad de infraestructura, sin necesidad de autorización o título habilitante específico.

Por otra parte, la orden recoge los servicios principales que deberán prestarse además del complemento del transporte (en esencia, alojamiento, manutención alimenticia y otros servicios turísticos no accesorios de los anteriores). Por último, establece los requisitos de coordinación necesarios para acomodar la prestación de los servicios turísticos con otros para los que sí se exige título habilitante o autorización.

**Ferrocarril.
Administrador de
Infraestructuras
Ferroviarias**

Real Decreto-ley 15/2013, de 13 de diciembre, sobre reestructuración de la entidad pública empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias" (ADIF) y otras medidas urgentes en el orden económico (BOE de 13 de diciembre de 2013)

La norma prevé la creación, el 31 de diciembre de 2013 (aunque con efectos contables desde el 1 de enero de 2013), de la entidad pública empresarial ADIF Alta Velocidad, mediante la escisión de la rama de actividad de ADIF de construcción y administración de la red ferroviaria de alta velocidad. Permanecerá en ADIF la competencia en la actividad no segregada (red convencional y de ancho métrico). ADIF Alta Velocidad asumirá, de esta forma, las funciones que la Ley del Sector Ferroviario encomienda al administrador de infraestructuras, por lo que se refiere a aquéllas cuya titularidad se le atribuya mediante la correspondiente orden ministerial. Su estatuto ha sido aprobado por el Real Decreto 1044/2013, de 27 de diciembre.

La comentada disposición legal establece también la necesidad de que ADIF y ADIF Alta Velocidad dispongan de un inventario valorado de los terrenos de su respectiva titularidad. La actuación económico-financiera de ADIF Alta Velocidad ha de permitir que, en todo momento, pueda ser clasificada como unidad incluida en el sector de "Sociedades no Financieras". La ley prevé el régimen aplicable a ADIF Alta Velocidad en la emisión de obligaciones y otros títulos valores representativos de deuda.

Desde su fecha de constitución, se considerará que ADIF Alta Velocidad y ADIF disponen de la autorización de seguridad referida en el Real Decreto 810/2007, sin perjuicio de tener que solicitarla en el plazo de seis meses. También en el plazo de seis meses habrá de publicarse la declaración sobre la red de ADIF Alta Velocidad; hasta entonces, le será de aplicación la vigente aprobada por ADIF.

Por último, la norma ahora comentada modifica determinados preceptos de la Ley del Sector Ferroviario, principalmente, a los efectos de clarificar el régimen legal de contratación aplicable a aquellos negocios que concierten los administradores de infraestructura ferroviaria.

**Ferrocarril. ADIF Alta
Velocidad**

Real Decreto 1044/2013, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad (BOE de 28 de diciembre de 2013)

Esta norma aprueba el estatuto de ADIF Alta Velocidad, entidad público empresarial creada por el Real Decreto-ley 15/2013, modificando, en lo que procede, el estatuto de ADIF aprobado por el Real Decreto 2395/2004. ADIF Alta Velocidad, entidad con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar, queda adscrita al Ministerio de Fomento y asume la construcción y la administración de la infraestructura ferroviaria de alta velocidad (incluyendo, en consecuencia, la gestión de los sistemas de control, de circulación y de seguridad, sin perjuicio de que éstas pudiesen encomendarse, mediante convenio, a ADIF, y viceversa).

Son órganos de gobierno de ADIF Alta Velocidad el Consejo de Administración (compuesto por entre 9 y 10 vocales) y el Presidente (este último, al igual que el Secretario del Consejo de Administración, habrá de ser el mismo que el del ADIF).

El estatuto de ADIF Alta Velocidad regula, por último, el régimen de contratación de personal, patrimonial y económico-financiero de esta entidad.

Puertos. Tasas portuarias

Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público (BOE de 21 de diciembre de 2013)

En su disposición adicional segunda, la norma ahora referida adopta determinadas medidas de apoyo al acontecimiento de interés público "Campeonato del Mundo de Vela Olímpica Santander 2014", consistentes, esencialmente, en la exención de pago de determinadas tasas y tarifas portuarias, así como de cánones y tasas de la legislación costera.

Esta misma norma modifica determinados preceptos de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y establece que las Autoridades Portuarias que hubiesen suscrito un Convenio de Normalización Financiera habrán de aplicar coeficientes correctores a las tasas portuarias superiores a 1 e inferiores a 1,30. Por otro lado, y en lo concerniente a la tasa de ocupación, se modifica el régimen de actualización de la valoración de los terrenos y de actualización de la cuota íntegra (que, en su caso, habrá de llevarse a cabo a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado), y se introducen, además, modificaciones en el régimen de bonificaciones. También se modifican el régimen de actualización de la tasa de actividad y la descripción de los elementos de transporte para la determinación de la cuota íntegra de la tasa de la mercancía (T-3) aplicable a las terminales no concesionadas.

Véase también, en lo relativo a sus aspectos relacionados con el Derecho administrativo, el comentario que se incluye en esta misma sección de "Crónica de Legislación y Jurisprudencia" (Administrativo) de este mismo número de la *Revista*.

Infraestructuras del transporte. Tasas portuarias, aeroportuarias y ferroviarias

Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre de 2013)

Además de establecer, en su artículo 88, los coeficientes correctores de las tasas portuarias, la citada norma publica en su anexo X las bonificaciones aplicables a las distintas tasas portuarias en los puertos de interés general. Asimismo, y por lo que se refiere a las tasas portuarias, mediante la modificación de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante se rebaja el tipo de gravamen de la tasa de ocupación, se modifica el establecido para la tasa de actividad (por lo que se refiere a la descripción de los elementos de transporte) y se reducen las cuantías básicas de las distintas tasas de utilización.

En el ámbito aeroportuario, la disposición comentada incrementa porcentualmente todos los importes de las prestaciones patrimoniales de carácter público de AENA Aeropuertos previstos en la Ley de Seguridad Aérea (con excepción del establecido en concepto de PMR). Asimismo, se crea, a favor de las compañías aéreas, un incentivo económico por la aportación que generen al incremento de pasajeros en la red de aeropuertos de interés general. La referida disposición, en fin, modifica determinados preceptos de la Ley de Seguridad Aérea relativos al régimen de las prestaciones de carácter público.

Se modifican también los cánones ferroviarios (tasas), cuyas cuantías se recogen en la Orden FOM/898/2005, a fin de incrementar los ingresos con los que hacer frente a los costes ferroviarios. Por otro lado, se dispone la necesidad de recabar la previa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para que ADIF pueda llevar a cabo operaciones de endeudamiento y se establece el régimen de pagos a cuenta a favor de RENFE-Operadora por la prestación de los servicios de cercanías y regionales traspasados a la Generalitat de Cataluña. Se prevé, por último, la creación de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria al amparo de la Ley 28/2006, de 18 de julio.

Véase también, en lo relativo a sus aspectos relacionados con el Derecho laboral, el comentario que se incluye en esta misma sección de "Crónica de Legislación y Jurisprudencia" (Laboral y Seguridad Social) de este mismo número de la *Revista*.

[Portugal]

Regime das Empresas de Animação Turística e dos Operadores Marítimo-Turísticos

Decreto-Lei n.º 95/2013 (DR 138 1.ª série de 2013-07-17)

O Decreto-Lei n.º 95/2013, de 17 de julho ("DL 95/2013"), altera e republica o Decreto-Lei n.º 108/2009, de 15 de maio, que estabelece as condições de acesso e de exercício da atividade das empresas de animação turística e dos operadores marítimo-turísticos.

As alterações inseridas pelo DL 95/2013 visam conformar o regime das empresas de animação turística e dos operadores marítimo-turísticos com o Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpõe a Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno.

Desta forma, as alterações introduzidas pelo DL 95/2013 visam, em primeira linha, simplificar processos e eliminar burocracia, em nome da liberdade de prestação de serviços.

Nesse sentido, o DL 95/2013 vem dispor que a inscrição obrigatória no Registo Nacional dos Agentes de Animação Turística ("RNAAT") se faz por mera comunicação prévia ou por comunicação prévia com prazo. A comunicação prévia com prazo está reservada para os casos em que o registo no RNAAT seja acompanhado do pedido de reconhecimento de atividades de turismo de natureza, tema ao qual o DL 95/2013 também se dedica. Por outro lado, o DL 95/2013 recorta com maior precisão o conceito de atividade de animação turística e reduz o valor das taxas necessárias para o acesso à atividade.

O DL 95/2013 entrou em vigor a 3 de agosto de 2013.

2 · JURISPRUDENCIA

[Internacional]

Marítimo. Arbitrabilidad de reclamaciones civiles que presentan aspectos penales

La arbitrabilidad de reclamaciones civiles que presentan aspectos penales a la luz de la Sección 66 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, en el caso "The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v The Kingdom of Spain and the French State"

En el citado caso, la High Court analizó las facultades discrecionales de los tribunales ingleses a la luz de la sección 66 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, en el seno de un procedimiento de reconocimiento de dos laudos en los que, además, se planteaba la posibilidad de dictar una resolución de naturaleza declarativa en relación con la limitación de responsabilidad del Club de Protección e Indemnidad (P&I) de los propietarios del buque "Prestige", The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd.

Francia y España se opusieron a la jurisdicción del tribunal arbitral que había dictado los laudos y a la arbitrabilidad de ciertas materias. Adujeron, además, que los tribunales ingleses carecían de jurisdicción dada la protección concedida a los Estados a la luz de la Ley de Inmunidad de los Estados de 1978 inglesa. El tribunal rechazó, finalmente, el argumento según el cual debía abstenerse de reconocer los laudos, puesto que éstos podrían ser eventualmente contradictorios con la sentencia que se iba a dictar en España respecto de cuestiones muy similares, en violación del Reglamento 44/2001.

[Unión Europea]

Transporte internacional de mercancías por carretera. Acción declarativa de limitación de responsabilidad

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de diciembre de 2013 (asunto C452/12. Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd. y Inter-Zuid Transport BV.)

La referida sentencia del Tribunal de Justicia trae causa de una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el *Landgericht Krefeld* (Alemania). Los hechos que originan este procedimiento se resumen a continuación.

La entidad Canon contrató el transporte internacional por carretera de alguno de sus productos a las entidades porteadoras aseguradas por Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd. Dichas enti-

dades porteadoras habían subcontrato el transporte con Inter-Zuid Transport BV. Con ocasión de la realización del transporte, la mercancía fue robada y Canon reclamó judicialmente a las porteadoras contractuales. Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd., subrogada en los derechos de sus aseguradas, reclamó el importe abonado a Canon frente a Inter-Zuid Transport BV. ante el *Landgericht Krefeld* (Alemania).

Previamente, Inter-Zuid Transport BV. había ejercitado una acción judicial ante los tribunales holandeses (*Rechtbank te Haarlem*) al exclusivo objeto de que se declarase el derecho a limitar su responsabilidad conforme al Convenio CMR, y obtuvo una sentencia favorable a dicha pretensión. Frente a la reclamación judicial presentada frente a ella ante el *Landgericht Krefeld* (Alemania), Inter-Zuid Transport BV. oponía el reconocimiento que había de hacerse de la sentencia previamente dictada por el *Rechtbank te Haarlem* holandés.

Como quiera que la competencia del tribunal holandés había sido establecida conforme al Convenio CMR (y no conforme al Reglamento 44/2001), se plantea la cuestión de si dicha resolución judicial holandesa había de ser objeto de reconocimiento por parte del tribunal alemán. La sentencia ahora comentada resuelve a favor de dicho reconocimiento. Asimismo, y con relación a la segunda de las cuestiones planteadas por el tribunal alemán, el Tribunal de Justicia también resuelve que el artículo 71 del Reglamento 44/2001 se opone a una interpretación según la cual una demanda de declaración negativa o una sentencia declaratoria negativa en un Estado miembro no tienen el mismo objeto y la misma causa que una acción de repetición ejercitada en otro Estado miembro con motivo de los mismos daños y perjuicios entre las mismas partes del litigio o sus derechohabientes.

[España]

Marítimo. Fletamento *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de mayo de 2013*

La sentencia analiza las consecuencias que, en materia de responsabilidad frente a terceros por daños causados a la carga, se derivan de la concurrencia de un contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque y otro anterior de fletamento por tiempo, por virtud del cual el fletante había puesto a disposición del fletador, a cambio del pago del flete, un buque durante un tiempo, conservando su posesión y gestión náutica, pero con la obligación de realizar todos los viajes que el fletador le fuera ordenando dentro de los límites acordados.

La sentencia confirma la condena en apelación del fletante, al advertir que el conocimiento de embarque respecto de la mercancía fue firmado, en representación de éste, por el capitán del buque, lo que convierte al fletante en porteador contractual, además de efectivo, como era.

Transporte terrestre. Prescripción de la acción *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2013*

En esta sentencia el TS confirma la imposibilidad de revisar hermenéuticamente, en sede de recurso de casación, la naturaleza jurídica del contrato en el que se funda la reclamación. Asimismo, establece que para la determinación del ámbito de aplicación del plazo de prescripción previsto en el artículo 951 del Código de Comercio, se debe tener en cuenta no solo el contenido literal del precepto, sino también la calificación jurídica del contrato del que trae causa la reclamación, así como la simplicidad o heterogeneidad de las prestaciones del contrato.

Si bien el tribunal de apelación reconoció la complejidad y diversidad de las prestaciones contractuales, la Audiencia Provincial concluyó que con la acción ejercitada por el demandante, ahora recurrente en casación, se interesaba el cobro de portes y que, por lo tanto, la relación jurídica litigiosa debía incardinarse en un contrato de transporte, todo ello al margen de cualesquiera prestaciones adicionales que pudieran derivarse del contrato en cuestión. Con dicha calificación jurídica del contrato, el TS desestima el recurso de casación, al entender aplicable el plazo de prescripción del artículo 951 del Código de Comercio y no el general previsto en el artículo 1964 del Código Civil.

MEDIO AMBIENTE*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Comercio de derechos de emisión. Asignación individual *Decisión de Ejecución de 31 de octubre de 2013 relativa a los ajustes de las asignaciones anuales de emisiones de los Estados miembros para el período 2013-2020 de conformidad con la Decisión no 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 292/2013, publicado el 1 de noviembre)*

La Decisión establece los ajustes de las asignaciones anuales de emisiones de los Estados miembros para el periodo 2013-2020. Para ello, se introducen dos anexos: el anexo I se aplicará con carácter general y el anexo II se aplicará cuando un acto adoptado de conformidad con el artículo 7.6 b) del Reglamento (UE) 525/2013 prevea que los Estados miembros notifiquen inventarios de gases de efecto invernadero por medio de los valores del potencial de calentamiento global del cuarto informe de evaluación del IPCC.

Comercio de derechos de emisión. Créditos internacionales *Reglamento 1123/2013, de 8 de noviembre, sobre la determinación de los derechos de crédito internacional, de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 299/2013, publicado el 9 de noviembre)*

El Reglamento (UE) 1123/2013 tiene por objeto determinar los derechos de crédito internacional de conformidad con la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE. Este Reglamento establece el derecho a utilizar créditos internacionales durante el periodo 2008-2020 hasta un importe máximo concretado en la norma, para quienes (i) ya gozasen de asignaciones gratuitas o de derecho de utilización de créditos internacionales en el periodo 2008-2012 y (ii) realicen una ampliación significativa de capacidad. Además, se establece que dicho máximo sea del 4,5% de las emisiones verificadas en el periodo 2013-2020 para quienes no fuesen titulares de dichos derechos con anterioridad, y un máximo del 1,5% para operadores de aeronaves.

Los Estados miembros calcularán y publicarán los derechos de crédito internacionales de sus titulares y lo comunicarán a la Comisión en el plazo de un mes tras la entrada en vigor del Reglamento.

[España]

Prevención y control integrado de la contaminación. Desarrollo reglamentario *Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (BOE 251/2013, publicado el 19 de octubre)*

El Real Decreto 815/2013 completa la transposición de la Directiva 2010/75 sobre emisiones industriales. Tiene como finalidad reducir las trabas en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, simplificando los procedimientos y minimizando las cargas administrativas. Las principales novedades introducidas son las siguientes:

* Esta sección ha sido coordinada por Daniel Vázquez García, y en su elaboración han participado Andrés Sedano Lorenzo, Miriam Bardín Achón y Bárbara Fernández Cobo, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje (Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente) de Uría Menéndez (Madrid).

- (i) Se establece que la actividad deberá comenzar en un plazo máximo de 5 años desde que se conceda la autorización ambiental integrada ("AAI"), siendo requisito ineludible para poder iniciar la actividad la presentación de una declaración responsable en la que se indique la fecha de comienzo de la actividad y el cumplimiento de las condiciones de la AAI. Una vez presentada la declaración e iniciada la actividad, la Administración deberá realizar una visita de inspección.
- (ii) Se introduce *ex novo* la posibilidad de realizar un cese temporal de la actividad, de hasta dos años de duración, pero cumpliendo durante ese tiempo las obligaciones de la AAI que le sean aplicables. Esta figura se crea como alternativa respecto al cierre de la instalación, para el cual se exige que el órgano competente verifique previamente al otorgamiento de la autorización de cierre el cumplimiento de las condiciones de la AAI.
- (iii) Se define el concepto de modificación sustancial de manera más precisa, cuantificando los criterios del artículo 10.4 de la Ley 16/2002, criterios que se califican como no limitativos, pudiendo el órgano competente fijar criterios más restrictivos. Se regula un procedimiento para autorizar una modificación sustancial.
- (iv) Se introducen novedades en el procedimiento de revisión de la AAI, así como en sede de inspección. Se establece, por ejemplo, el contenido del plan de inspección ambiental con el que deben contar todas las instalaciones sujetas a AAI y el informe posterior a la inspección que debe elaborar la administración.
- (v) Se establece que la AAI debe tener en cuenta la normativa sobre eficiencia energética y que, en caso de que una AAI abarque varias instalaciones o partes de una instalación explotada por diferentes titulares, la AAI deberá delimitar el alcance de la responsabilidad de cada uno de los titulares, siendo solidaria salvo que se pacte lo contrario.
- (vi) Finalmente, el reglamento establece disposiciones específicas para tres tipos de instalaciones: instalaciones de incineración y co-incineración de residuos, grandes instalaciones de combustión e instalaciones de producción de dióxido de titanio.

Garantía de suministro eléctrico

Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares (BOE 260/2013, publicado el 30 de octubre)

Además de disposiciones propias del sector eléctrico y en lo que respecta a cuestiones puramente ambientales, la Ley 17/2003, mediante su disposición final segunda, incluye expresamente en el ámbito de aplicación de la Ley del Sector de Hidrocarburos, las técnicas de fracturación hidráulica. Antes de su autorización, los proyectos de exploración, investigación o explotación de hidrocarburos que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica, también conocida como *fracking*, deberán superar el trámite de evaluación de impacto ambiental. Para ello, se ha incluido un nuevo apartado del anexo I del texto refundido de evaluación de impacto ambiental de proyectos (ya derogado por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, comentada más adelante).

Asignación gratuita de Derechos de Emisión de gases de efecto invernadero

Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2013 por el que aprueba la asignación final gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el periodo 2013-2020

El Consejo de Ministros aprueba la asignación final gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para las instalaciones sujetas al régimen del comercio de derechos de emisión en el periodo 2013-2020. Aunque la subasta se configura como el procedimiento normal para la asignación a partir de 2013 de los derechos de emisión, también existen titulares de instalaciones incluidas en el ámbito del régimen que pueden optar a obtener derechos gratuitos entre 2013 y 2020, de acuerdo con lo previsto en la normativa comunitaria y estatal al respecto.

Las asignaciones suponen, en su conjunto, unos 72 millones de toneladas de CO₂ en 2013 y descienden gradualmente hasta los 62 millones de toneladas en 2020.

El acuerdo afecta a un total de 1005 instalaciones que pertenecen a sectores industriales emisores de gases de efecto invernadero: fabricación de cemento, cal, vidrio, siderurgia, refino de

petróleo, sector químico, papelerero, cerámico, etcétera. El sector eléctrico, sujeto también al régimen de comercio de derechos de emisión, no aparece en el acuerdo porque no tiene derecho a asignación gratuita.

Las asignaciones finalmente aprobadas se han calculado con base en la Decisión de la Comisión Europea de 2011 y pueden sufrir ajustes o modificaciones a lo largo del periodo en determinados casos, de acuerdo con lo dispuesto al respecto por la normativa comunitaria y estatal.

Evaluación ambiental de proyectos y planes *Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (BOE 296/2013, publicado el 11 de diciembre)*

Mediante esta ley se unifica la regulación de la evaluación ambiental estratégica de planes y programas (EAE) y de la evaluación de impacto ambiental de proyectos (EIA) en una sola norma. Además, se dota a ambos instrumentos de evaluación ambiental de un procedimiento con una estructura similar y con una regulación mucho más exhaustiva, y se introducen notables medidas de simplificación y agilización procedimental.

En concreto, la Ley 21/2013 articula, tanto en la EAE como en la EIA, un procedimiento ordinario y otro simplificado (dirigido a determinar si un concreto plan, programa o proyecto tiene que someterse o no al procedimiento ordinario). Aparte, se introduce un trámite específico de inadmisión, se permite la modificación de las condiciones de la declaración ambiental en supuestos tasados, se convierte en facultativo el trámite de determinación del alcance del estudio ambiental de la EIA ordinaria, y se reducen los plazos del procedimiento, aunque en este caso las Comunidades Autónomas pueden establecer plazos mayores porque tales disposiciones no tienen carácter básico.

La ley es de aplicación desde el 12 de diciembre de 2013 a las evaluaciones ambientales competencia de la Administración General del Estado. Sin embargo, las Comunidades Autónomas disponen de un plazo de un año para adaptar sus normativas a lo dispuesto en la ley.

Finalmente, esta ley (i) incluye en el régimen de EIA a las técnicas de fractura hidráulica (*fracking*) para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos; (ii) crea la figura de los bancos de conservación de la naturaleza; (iii) establece como infracción el *bunkering*; (iv) e incluye normas de explotación del trasvase Tajo-Segura.

2 · JURISPRUDENCIA

La cláusula de supletoriedad no es un mecanismo adecuado para la transposición de directivas comunitarias

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de octubre de 2013, Comisión c. España (asunto C-151/12)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") resuelve el recurso por incumplimiento formulado por la Comisión contra España, por razón de la falta de transposición de algunos preceptos de la Directiva 2000/60/CE (la "Directiva marco de política de aguas"). En concreto, el litigio versa sobre la transposición a los instrumentos reguladores de la planificación hidrológica de las cuencas intracomunitarias de los artículos 4.8 (relativo al modo de lograr los objetivos medioambientales), 7.2 (sobre la calidad de las masas de agua utilizadas para el consumo humano), 10.1 y 2 (referidos al control de vertidos en aguas superficiales), y el Anexo V, secciones 1.3 y 1.4 (relativas al contenido de los programas de seguimiento del estado de las aguas), de la citada Directiva.

El centro del litigio no se sitúa tanto en el contenido sustantivo de la transposición como en la forma en que ésta se habría llevado a cabo. A este respecto, la Comisión argumentaba que no se había llevado labor alguna de transposición en la normativa autonómica de los preceptos señalados.

Frente a ello, el Reino de España argumentaba en su contestación que en las cuencas intracomunitarias situadas fuera de Cataluña la normativa había sido transpuesta por las Órdenes ARM/2656/2008 (por la que se aprueba la instrucción de planificación hidrológica) y

ARM/1195/2011 (modificativa de la anterior). Estas órdenes, referidas a las cuencas intercomunitarias, resultarían aplicables también a las cuencas intracomunitarias en virtud de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE. Respecto de las cuencas intracomunitarias situadas en Cataluña, la transposición se había efectuado mediante diversas medidas: el Decreto autonómico 380/2006 (que aprueba el reglamento de planificación hidrológica de Cataluña), un Acuerdo del Gobierno catalán de 3 de junio de 2008 (que aprobó el programa de seguimiento y control del distrito de la cuenca fluvial de Cataluña), un Acuerdo del Gobierno catalán de 23 de noviembre de 2010 (que aprobó un programa de medidas) y el Plan de Gestión del Distrito Fluvial de Cataluña, de 23 de noviembre de 2010, aprobado por el Real Decreto 1219/2011.

Frente a estos argumentos, la Comisión replicó lo siguiente: (i) en cuanto a las cuencas intracomunitarias situadas fuera de Cataluña, según la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la cláusula de supletoriedad no opera como pretendía el Gobierno español, puesto que solo permite colmar la existencia de lagunas; (ii) respecto de las cuencas intracomunitarias catalanas, el Gobierno español había incumplido su obligación de comunicar las medidas de transposición adoptadas y, además, algunas de ellas fueron adoptadas después del día 22 de mayo de 2010, fecha en la que expiró el plazo otorgado por la Comisión en su dictamen motivado para que España transpusiese los preceptos indicados.

El TJUE distingue en su resolución las cuencas catalanas de las situadas en otras comunidades. Respecto de las cuencas intracomunitarias situadas fuera de Cataluña, el TJUE recuerda que, si bien la transposición de las normas comunitarias no requiere necesariamente la adopción de normas expresas y específicas, sí es imprescindible que se haga de manera suficientemente precisa y clara para que los beneficiarios de las normas estén en condiciones de conocer sus derechos. Además, el TJUE señala que la jurisprudencia constitucional interna no permite, de manera general, aplicar supletoriamente normas estatales en ausencia de legislación autonómica. Por esa razón, el TJUE concluye que la cláusula de supletoriedad no es un mecanismo adecuado para la transposición de directivas comunitarias. A la vista de ello, la sentencia estima que existe incumplimiento.

Respecto de las cuencas intracomunitarias catalanas, el TJUE advierte que el objeto del litigio no es el incumplimiento del deber de comunicación de las medidas de transposición. No obstante, en la medida en que algunas de las medidas fueron adoptadas tras la expiración del plazo otorgado por la Comisión, habría también un incumplimiento parcial referido a la transposición en plazo de los artículos 7.2 y 10.1 y 2 de la Directiva marco.

Falta de acreditación de la comisión de la infracción grave consistente en el abandono de residuos no peligrosos (vertedero incontrolado) por una entidad local

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 12 de septiembre de 2013 (recurso de apelación núm. 119/2013).

Esta sentencia trae causa del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Alburquerque (Badajoz) contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Badajoz, de 9 de abril de 2013. La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad local contra la resolución del Director General de Medio Ambiente de la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Energía de la Junta de Extremadura de 25 de septiembre de 2012 (ulteriormente confirmada en alzada). Esta resolución sancionadora consideró al Ayuntamiento de Alburquerque responsable de una infracción administrativa grave consistente en la eliminación incontrolada de residuos no peligrosos, sin producir un daño grave al medio ambiente o a la salud de las personas.

La sanción se sustentó en un informe-denuncia elaborado por el SEPRONA, en el que se incorporaban fotografías de la escombrera ilegal ubicada en el término municipal y diversas manifestaciones de vecinos sin identificar, y en la denuncia formulada por un particular, en la que manifestaba que en la referida escombrera se producía una descarga diaria de residuos con la aquiescencia del Ayuntamiento.

Pues bien, respecto de las manifestaciones incorporadas en el informe-denuncia, la Sala recuerda, según reiterada jurisprudencia, la presunción de veracidad a las manifestaciones o declaraciones de terceros incorporados en el acta. Todo ello siempre y cuando los datos identificativos

de estos terceros consten en dicha acta o en documento complementario, a fin de garantizar la contradicción que corresponde a la persona física o jurídica sometida al expediente sancionador. Si estos datos no constan, dichas manifestaciones por sí mismas carecen de virtualidad suficiente como para entender destruida la presunción de inocencia. Por ello, la Sala entiende que las manifestaciones de los vecinos sin identificar no tienen la virtualidad de acreditar el hecho imputado.

Asimismo, entiende la Sala que las fotografías aportadas, lejos de evidenciar el hecho imputado (establecimiento de un vertedero ilegal consentido por el Ayuntamiento), acreditan que se trata de un acopio de residuos de poca entidad contrariamente a lo descrito por el relato fáctico del informe-denuncia. Finalmente, la Sala señala que la denuncia formulada por el particular identificado, que en ningún momento menciona que haya observado al Ayuntamiento efectuar el vertido de residuos, carece de virtualidad para destruir la presunción de inocencia.

En consecuencia, el Tribunal estima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Alburquerque y, revocando la sentencia dictada en primera instancia, anula las resoluciones que impusieron (y después confirmaron) la sanción impuesta a esta entidad local.

Disconformidad a Derecho de la autorización ambiental de actividades extractivas por vulneración de la normativa urbanística y ausencia de evaluación de impacto ambiental

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 2013 (recurso núm. 251/2008).

La sentencia trae causa del recurso contencioso-administrativo interpuesto por una asociación de vecinos contra una resolución Gobierno catalán por la que se otorgó una autorización ambiental para una actividad de extracción y tratamiento de recursos minerales.

El recurso se funda esencialmente en cuatro motivos de impugnación. En primer lugar, se afirma que la Administración prescindió del procedimiento legalmente establecido. Este motivo es desestimado por el tribunal, que considera que se actuó conforme al procedimiento específico contemplado en la Ley 4/2004.

En segundo lugar, se alega incompatibilidad de la actividad minera autorizada con el planeamiento urbanístico. En este caso, el tribunal constata que se ha conformado una escombrera de sales que sobrepasa ampliamente la superficie delimitada para esta finalidad por el planeamiento urbanístico y que, por lo tanto, no procede el otorgamiento de una autorización ambiental sobre dicha área.

En tercer lugar, se aduce la ausencia de declaración de impacto ambiental porque el sometimiento del proyecto es una exigencia derivada de las previsiones tanto del Derecho comunitario como del Derecho nacional. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia considera que el otorgamiento de la autorización ambiental sin la obtención de la declaración de impacto ambiental es contrario a Derecho.

Finalmente, se considera insuficiente el programa de restauración y las medidas correctoras fijadas en la autorización ambiental otorgada, así como la fianza establecida. El Tribunal considera que las medidas correctoras previstas en la autorización se limitan a establecer el cese de la generación de la sal hacia el año 2035, pero que por el impacto negativo para el medio ambiente es necesario un programa de restauración del medio ambiente que, con anterioridad a esta fecha, aminore el efecto acumulativo de la sal. En relación con la fianza, el Tribunal la considera insuficiente de acuerdo con los criterios contenidos en el Decreto 202/1994.

En conclusión, el Tribunal Superior de Justicia anula la resolución impugnada por la disconformidad de la autorización ambiental con la normativa urbanística y medioambiental, por la inadecuación del programa de restauración y de las medidas correctoras establecidas, y por la insuficiencia de la fianza fijada.

MERCANTIL***1 · LEGISLACIÓN****[Unión Europea]**

— *Reglamento Delegado (UE) 727/2013 de la Comisión, de 14 de marzo de 2013, por el que se modifica el anexo II del Reglamento (UE) n.º 1233/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la aplicación de determinadas directrices en materia de créditos a la exportación con apoyo oficial (DOUE de 2 de agosto de 2013)*

— *Reglamento Delegado (UE) 759/2013 de la Comisión, de 30 de abril de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) 809/2004 en lo que respecta a los requisitos de información aplicables a los valores de deuda canjeables y convertibles (DOUE de 8 de agosto de 2013)*

— *Reglamento Delegado (UE) 876/2013 de la Comisión, de 28 de mayo de 2013, por el que se completa el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación relativas a los colegios de entidades de contrapartida central (DOUE de 13 de septiembre de 2013)*

— *Reglamento Delegado (UE) 1002/2013 de la Comisión, de 12 de julio de 2013, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones en lo que respecta a la lista de entidades exentas (DOUE de 19 de octubre de 2013)*

— *Reglamento Delegado (UE) 1003/2013 de la Comisión, de 12 de julio de 2013, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con las tasas que deben pagar los registros de operaciones a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (DOUE de 19 de octubre de 2013)*

— *Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DOUE de 29 de octubre de 2013)*

— *Reglamento (UE) 1022/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, que modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), en lo que se refiere a la atribución de funciones específicas al Banco Central Europeo en virtud del Reglamento (UE) n.º 1024/2013 (DOUE de 29 de octubre de 2013)*

— *Directiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por la que se modifican la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, y la Directiva 2007/14/CE de la Comisión por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE (DOUE de 6 de noviembre de 2013)*

— *Decisión del Banco Central Europeo, de 26 de septiembre de 2013, sobre medidas temporales adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía (BCE/2013/35) (DOUE de 12 de noviembre de 2013)*

* Esta sección de Actualidad Mercantil ha sido elaborada por Javier Tortuero, Alicia de Miguel, Clara Muñoz, Pedro Ferreira, Helder Frias, Mafalda Almeida Tiago Simoes de Almeida y Miguel Stokes, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid/Lisboa).

— *Decisión del Banco Central Europeo, de 26 de septiembre de 2013, sobre medidas temporales adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía (BCE/2013/36) (DOUE de 12 de noviembre de 2013)*

— *Reglamento (UE) 1174/2013 de la Comisión, de 20 de noviembre de 2013, que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las Normas Internacionales de Información Financiera 10 y 12 y a la Norma Internacional de Contabilidad 27 (DOUE de 21 de noviembre de 2013)*

— *Directiva 2013/58/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, que modifica la Directiva 2009/138/CE (Solvencia II) por lo que se refiere a sus fechas de transposición y aplicación, así como a la fecha de derogación de determinadas Directivas (Solvencia I) (DOUE de 18 de diciembre de 2013)*

[España]

Mercado de Valores

— *Orden ECC/1556/2013, de 19 de julio, por la que se autoriza a «MEFF Sociedad Rectora de Productos Derivados, SAU» para separar las funciones de negociación, contrapartida, compensación y liquidación que actualmente lleva a cabo (BOE de 14 de agosto de 2013)*

— *Instrucción Operativa 87/2013, de 29 de agosto, de la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A. Unipersonal, por la que se 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 próximo día 2 de septiembre de 2013, inclusive (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 29 de agosto)*

— *Resolución de 4 de octubre de 2013, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica el anexo I, de la Resolución de 16 de noviembre de 2011, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (BOE de 15 de octubre de 2013)*

— *Circular 6/2013, de 25 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Activos Bancarios (BOE de 25 de octubre de 2013)*

— *Acuerdo de 2 de octubre de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por el que se delegan determinadas competencias (BOE de 28 de octubre de 2013)*

— *Circular 7/2013, de 25 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se regula el procedimiento de resolución de reclamaciones y quejas contra empresas que prestan servicios de inversión y de atención a consultas en el ámbito del mercado de valores (BOE de 1 de noviembre de 2013)*

— *Resolución de 2 de octubre de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (BOE de 2 de noviembre de 2013)*

— *Circular 4/2013, de 26 de septiembre, sobre la modificación del pliego de requisitos técnicos y funcionales de la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A. Unipersonal (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 6 de noviembre de 2013)*

— *Instrucción Operativa 117/2013, de 28 de noviembre, de la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A. Unipersonal, por la que se fija el calendario de sesiones del sistema de interconexión bursátil para el año 2014, acordando los días inhábiles a efectos del funcionamiento del mencionado sistema (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 29 de noviembre de 2013)*

— *Circular 6/2007, de 30 de noviembre, sobre tarifas y penalizaciones de la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A. Unipersonal (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 23 de diciembre de 2013)*

Bancario

- Resolución de 5 de julio de 2013, del Banco de España, por la que se publica la relación de participantes directos en TARGET2-Banco de España (BOE de 15 de julio de 2013)
- Resolución de 29 de julio de 2013, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, por la que se modifica el Acuerdo de 18 de diciembre de 2009, sobre delegación de competencias (BOE de 31 de julio de 2013)
- Circular 3/2013, de 29 de julio, del Banco de España, sobre declaración de operaciones y saldos en valores negociables (BOE de 2 de agosto de 2013)
- Circular 4/2013, de 27 de septiembre, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 3/2008, de 22 de mayo, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE de 12 de octubre de 2013)
- Circular 5/2013, de 30 de octubre, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos (BOE de 9 de noviembre de 2013)
- Orden PRE/2090/2013, de 7 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 18 de julio de 2013 sobre las características de las operaciones de préstamo a suscribir con Entidades Locales en la segunda fase del Fondo para la financiación de los pagos a proveedores (BOE de 14 de noviembre de 2013)
- Resolución de 29 de noviembre de 2013, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de modificación de la de 11 de diciembre de 1998, por la que se aprueban las cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del Banco de España (BOE de 30 de noviembre de 2013)
- Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras (BOE de 30 de noviembre de 2013)
- Resolución de 12 de diciembre de 2013, de la Presidencia del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras (BOE de 18 de diciembre de 2013)

Societario

- Resolución de 18 de septiembre de 2013, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se publica la cifra a que hace referencia el artículo 3.2.a) del Real Decreto 1251/1999, sobre Sociedades Anónimas Deportivas, para la modalidad de fútbol (BOE de 25 de septiembre de 2013)
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE de 28 de septiembre de 2013)
- Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal (BOE de 3 de diciembre de 2013)
- Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, cuyo fin es mejorar el gobierno corporativo de estas sociedades (Ministerio de Economía y Competitividad (www.mineco.gob.es), publicado del 13 de diciembre de 2013)

Seguros

- Resolución de 22 de octubre de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publica la actualización prevista en el apartado 2 de la disposición transitoria tercera de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (BOE de 29 de octubre de 2013)

- Otras materias** — Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE de 5 de octubre de 2013)
- Resolución de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España (BOE de 13 de noviembre de 2013)
- Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre de 2013)
- Véanse los comentarios a esta norma que se incluyen en esta misma sección de “Crónica de Legislación y Jurisprudencia” (Laboral y Seguridad Social y Marítimo, Transporte y Logística) de este mismo número de la Revista.
- Aragón** — Decreto-Legislativo 3/2013, de 3 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de regulación y fomento de la actividad industrial de Aragón (BOA de 13 de diciembre de 2013)
- Canarias** — Decreto 100/2013, de 3 de octubre, por el que se modifica el Decreto 711/1984, de 9 de noviembre, por el que se autoriza al Gobierno de Canarias a participar en las Sociedades de Garantía Recíproca (BOC de 8 de octubre de 2013)
- Cataluña** — Decreto Ley 4/2013, de 22 de octubre, por el que se autoriza al Instituto Catalán de Finanzas a constituir una sociedad anónima para que actúe como entidad de crédito y se modifican determinados preceptos del Texto refundido de la Ley del Instituto Catalán de Finanzas, aprobado por el Decreto legislativo 4/2002, de 24 de diciembre (DOGC de 25 de octubre de 2013)
- Castilla y León** — Ley 5/2013, de 19 de junio, de Estímulo a la Creación de Empresas en Castilla y León (BOCyL de 3 de julio de 2013)
- La Rioja** — Ley 10/2013, de 21 de octubre, de apoyo a emprendedores, autónomos y Pymes (BOR de 25 de octubre de 2013)
- Murcia** — Decreto 132/2013, de 8 de noviembre, por el que se crea y regula el Registro Autonómico de Empresas que sin tener la condición de entidades de crédito llevan a cabo actividades de contratación de préstamos o créditos hipotecarios o de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BORM de 12 de noviembre de 2013)
- Ley 5/2013, de 8 de julio, de apoyo a los emprendedores y a la competitividad e internacionalización de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) de la Región de Murcia (BORM de 10 de julio de 2013)
- País Vasco** — Decreto 416/2013, de 24 de septiembre, por el que se desarrolla un programa extraordinario de concesión de avales públicos para la financiación empresarial (BOPV de 14 de octubre de 2013)

[Portugal]

Registo Central de Contratos de Seguro de Vida, de Accidentes Pessoais e de Operações de Capitalização

Decreto-Lei 112/2013, de 6 de agosto (DR 150, SÉRIE I, de 6 de agosto de 2013)

O presente decreto-lei procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 384/2007, de 19 de novembro, que reforçou a posição do beneficiário de contratos de seguro de vida, de acidentes pessoais e das operações de capitalização, criou um registo central desses contratos e operações com beneficiários em caso de morte do segurado ou do subscritor e estabeleceu ainda o direito de acesso à informação nele constante. Por forma a conferir acrescida exequibilidade e eficácia a este diploma, o Decreto-Lei n.º 112/2013, de 6 de agosto, vem proceder a um ajustamento do regime.

Destaca-se, nomeadamente, a eliminação do referido registo na parte relativa à identificação dos beneficiários dos contratos e operações em questão. A opção que levou à exclusão da prestação desta informação fundamentou-se na prossecução do equilíbrio entre o interesse dos potenciais beneficiários em acederem à informação sobre a existência de contratos de seguro ou operações de capitalização cujas prestações lhe sejam devidas e a preservação da confidencialidade dos contratos em causa, da reserva da vida privada e da liberdade de designação de beneficiário. Contudo, qualquer interessado poderá obter informação constante do registo central quanto à existência de um contrato de seguro ou operação de capitalização em que seja segurado ou subscritor uma pessoa determinada e sobre o segurador com o qual foi contratado, e dirigir-se ao segurador, munido do certificado de teor emitido pelo Instituto de Seguros de Portugal, para que este o informe sobre a sua qualidade de beneficiário. Caso o seja, deve o segurador prestar as informações necessárias para que aquele exerça os seus correspondentes direitos.

Cabe ainda referir que este diploma vem excluir a aplicação do Decreto-Lei n.º 384/2007 aos contratos de seguro de vida e aos contratos de seguro de acidentes pessoais celebrados por prazos iguais ou inferiores a dois meses, aos contratos de seguro de vida, de acidentes pessoais e operações de capitalização, durante os prazos de livre resolução, bem como aos contratos de seguro de vida associados a contratos de crédito, em que exista total e permanente identidade entre o capital seguro e o capital em dívida, sendo a instituição mutuante a única e exclusiva beneficiária.

O Decreto-Lei n.º 112/2013 entrou em vigor no dia 7 de agosto de 2013.

Informações sobre Remunerações dos Colaboradores

— *Instrução n.º 25/2013 - Banco de Portugal (BO N.º 10, 15 de outubro de 2013)*

— *Instrução n.º 26/2013 - Banco de Portugal (BO N.º 10, 15 de outubro de 2013)*

No seguimento da publicação de orientações específicas pela Autoridade Bancária Europeia que visam a necessidade de recolha de informação sobre as remunerações dos colaboradores das entidades sob a supervisão dos Bancos Centrais, o Banco de Portugal emitiu duas instruções:

(i) A Instrução n.º 25/2013, referente à prestação de informações sobre as remunerações dos colaboradores que auferem remunerações elevadas - i.e., todos os colaboradores com uma remuneração total superior ou igual a um milhão de euros por ano; e

(ii) A Instrução n.º 26/2013, referente à prestação de informações sobre as remunerações dos colaboradores cuja atividade tenha impacto material no perfil de risco das instituições listadas no anexo 2 à referida instrução (Caixa Geral de Depósitos, S.A., Banco BPI, S.A., Banco Espírito Santo, S.A. (Grupo Espírito Santo Financial Group, S.A), Banco Comercial Português, S.A., Santander Totta SGPS, S.A., Caixa Central-Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, CRL, Caixa Económica Montepio Geral e o BANIF-Banco Internacional do Funchal, S.A.).

Ambas as Instruções têm por objeto os elementos referentes ao final do exercício, devendo a informação ser enviada a BdP até ao final do mês de junho do ano seguinte a que se reporta.

Alterações à Lei Orgânica do BdP e ao Diploma Regulamentar do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros

— *Decreto-Lei n.º 142/2013, de 18 de outubro*

— *Decreto-Lei n.º 143/2013, de 18 de outubro*

O Decreto-Lei n.º 142/2013 procede à quinta alteração à Lei Orgânica do Banco de Portugal, adaptando-a aos desenvolvimentos verificados na ordem jurídica da União Europeia.

Das alterações é de destacar que, para fazer face à imposição do Comité Europeu do Risco Sistémico, e com o objetivo conferir segurança jurídica e eliminar quaisquer dúvidas interpretativas, é agora feita referência expressa à atribuição ao Banco de Portugal das funções de definição e condução da política macroprudencial.

No seguimento da atribuição explícita ao Banco de Portugal das funções de autoridade macroprudencial nacional, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 143/2013, que procede à segunda alteração ao diploma que criou o Conselho Nacional de Supervisores Financeiros e que atribui a essa entidade, de forma expressa, funções consultivas para com o Banco de Portugal no contexto da

definição e execução da política macroprudencial para o sistema financeiro nacional, competindo-lhe designadamente, (i) contribuir para a identificação, acompanhamento e avaliação dos riscos para a estabilidade do sistema financeiro e (ii) analisar propostas concretas de política macroprudencial, com o objetivo, nomeadamente, de mitigar ou reduzir os riscos sistémicos, com vista a reforçar a estabilidade do sistema financeiro, devendo o Conselho, no exercício das suas funções consultivas, emitir pareceres não vinculativos dirigidos ao Banco de Portugal.

Por outro lado, com as alterações impostas pelo Decreto-Lei 142/2013, o conjunto de responsabilidades que já são atribuídas ao Banco de Portugal através do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras é agora enunciado expressamente na Lei Orgânica do Banco de Portugal e, no que diz respeito à resolução de instituições de crédito, este diploma explicita agora que o Banco de Portugal, enquanto autoridade de resolução, assume a responsabilidade de elaborar os planos de resolução, aplicar medidas de resolução e determinar a eliminação de potenciais obstáculos à aplicação de tais medidas.

Registo Central de Contratos de Seguros de Vida, de Acidentes Pessoais e de Operações de Capitalização

Norma Regulamentar do Instituto de Seguros de Portugal n.º 7/2013-R, de 24 de outubro

Por força das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 112/2013, de 6 de agosto, ao Decreto-Lei n.º 384/2007, de 19 de novembro, a presente Norma Regulamentar veio refletir na regulamentação do registo central de contratos de seguro de vida, de acidentes pessoais e de operações de capitalização com beneficiários em caso de morte do segurado ou do subscritor, as alterações legais introduzidas, designadamente, quanto ao âmbito dos contratos sujeitos a registo e da informação a registar, bem como o regime de acesso à informação constante do registo. Esta Norma Regulamentar entrou em vigor no dia 13 de novembro de 2013 e o acesso à informação constante do registo central iniciou-se a partir do dia 1 de janeiro de 2014.

Medidas de Natureza Preventiva e Repressiva de Combate ao Branqueamento de Vantagens de Proveniência Ilícita e ao Financiamento do Terrorismo

Aviso n.º 5/2013 - Banco de Portugal (245 Série II-E de 2013-12-18)

O presente diploma visa regular as condições, mecanismos e procedimentos necessários ao efetivo cumprimento dos deveres preventivos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo previstos no Capítulo II da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho.

Desta forma, pretende-se facilitar a monitorização do cumprimento do disposto no referido Capítulo II da Lei n.º 25/2008, definindo as condições de exercício, os deveres de informação e de esclarecimento, bem como os instrumentos, mecanismos e formalidades de aplicação que, se mostrem adequados e necessários a realização dos controlos da referida monitorização.

Este diploma é aplicável às instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica com sede em território nacional, bem como às sucursais, situadas em território nacional, das referidas entidades com sede no estrangeiro, incluindo as sucursais financeiras exteriores, e ainda às entidades prestadoras de serviços postais, na medida em que ofereçam ao público serviços financeiros relacionados com matérias sujeitas à supervisão do Banco de Portugal.

Por força das novas regras, as instituições financeiras ficam obrigadas a (i) identificar os concretos riscos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo existentes no contexto da sua realidade operativa específica, (ii) avaliar os riscos identificados e determinar o seu grau de probabilidade e de impacto financeiro ou reputacional, tendo em atenção, para o efeito, todas as variáveis relevantes no contexto da sua realidade operativa específica, (iii) definir, parametrizar e implementar os meios e procedimentos de controlo que, face à dimensão e estrutura organizativa da instituição financeira, se mostrem adequados para a mitigação dos riscos específicos identificados e avaliados e (iv) avaliar em permanência a suficiência e a eficácia dos meios e procedimentos de controlo instituídos.

As instituições financeiras devem rever anualmente, pelo menos, a atualidade e a adequação do seu modelo de gestão do risco, por forma a que o mesmo reflita eventuais alterações registadas na realidade operativa da instituição. As políticas internas das instituições financeiras em matéria de gestão dos riscos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo devem constar de documento ou registo escrito, o qual deve evidenciar detalhadamente (i) os riscos inerentes à ati-

vidade específica da instituição e a forma como esta os identificou e avaliou, (ii) os meios e procedimentos de controlo instituídos e a adequação dos mesmos para a mitigação dos riscos existentes e (iii) a forma como a instituição monitoriza a adequação e a eficácia dos controlos implementados.

Em caso de recurso a agentes, domiciliados ou não em território nacional, as instituições de crédito devem (i) efetuar as diligências necessárias à verificação da idoneidade e da boa reputação comercial e financeira dos agentes, (ii) proporcionar aos agentes formação específica no domínio da prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, (iii) monitorizar em permanência, a observância, pelos agentes, das normas e procedimentos que lhes são aplicáveis e (iv) instituir um programa regular de visitas às instalações dos agentes, para verificação direta do grau de cumprimento das suas obrigações, com a subsequente elaboração dos respetivos relatórios de avaliação.

O presente diploma estabelece também determinados deveres preventivos, tais como, (i) deveres de identificação, que compreendem o registo dos elementos identificativos referentes aos clientes das instituições financeiras, aos representantes daqueles e aos beneficiários efetivos de relações de negócio e de transações ocasionais, bem como a comprovação da veracidade dos elementos identificativos obtidos, devendo conservar-se arquivo dos referidos elementos, (ii) deveres de controlo, tendo as instituições financeiras o dever de implementar uma série de sistemas de controlo interno e cabendo ao órgão de administração o dever de promover ativa e efetivamente a cultura de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, devendo ainda, ser estabelecida e mantida uma função de compliance independente, sendo que as políticas e princípios de controlo são ainda extensíveis às restantes empresas do grupo, (iii) dever de formação e (iv) outros deveres (recusa, conservação, exame, comunicação, abstenção, colaboração e segredo).

Os manuais de procedimentos, e demais documentos relevantes, em matérias de branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo deverão ter uma versão em língua portuguesa.

Este diploma entrou em vigor a 16 de fevereiro de 2014 e revoga o Aviso do Banco de Portugal n.º 11/2005, de 21 de julho e a Instrução do Banco de Portugal n.º 26/2005, de 16 Agosto, que regiam sobre a mesma matéria.

**Boas Práticas em
Matéria do Regime
Extraordinário de
Proteção de
Devedores de Crédito
à Habitação em
Situação Económica
Muito Difícil**

Carta-Circular do Banco de Portugal n.º 98/2013/DSC, de 12 de dezembro de 2013

O presente diploma define um quadro de boas práticas que devem orientar as instituições de crédito na aplicação da Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro, que confere um conjunto de direitos e garantias aos clientes bancários em mora no cumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito destinados à aquisição, construção ou realização de obras de conservação ou beneficiação de habitação própria permanente que, tendo solicitado o acesso ao regime, demonstrem encontrar-se em situação económica muito difícil.

As recomendações visam orientar as instituições de crédito relativamente à verificação da condição de acesso relativa (i) à taxa de esforço do agregado familiar do mutuário, (ii) à redução do rendimento bruto anual do agregado familiar do mutuário, (iii) ao valor patrimonial tributário do imóvel e (iv) à situação económica muito difícil dos fiadores. Prevê-se ainda a possibilidade de dispensar os clientes de entregar os documentos previstos no artigo 6.º, n.º 1 e 2 da Lei 58/2012. Finalmente, a perda do direito à aplicação das medidas substitutivas poderá ocorrer caso o cliente bancário não se pronuncie sobre uma proposta de reestruturação considerada viável no prazo de 30 dias previsto na lei para a negociação entre as partes.

**Novo Regime Jurídico
dos Organismos de
Investimento Coletivo**

Decreto-Lei 63-A/2013, de 10 de maio (DR 90, SÉRIE I, de 10 de maio de 2013) e Processo de Consulta Pública da CMVM n.º 3/2013

O presente decreto-lei aprova o novo Regime Jurídico dos Organismos de Investimento Coletivo ("NRJOIC"), procedendo à revogação do anterior regime consagrado no Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de outubro, e alterando ainda o RGICSF e o Código dos Valores Mobiliários.

Pelo presente diploma são transpostas para a ordem jurídica interna (i) a Diretiva n.º 2009/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que coordena as dispo-

sições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (“OICVM”) (Diretiva OICVM IV), bem como (ii) a Diretiva n.º 2010/43/UE, da Comissão, de 1 de julho de 2010, que aplica a Diretiva OICVM IV no que diz respeito aos requisitos organizativos, aos conflitos de interesses, ao exercício da atividade, à gestão de riscos e ao conteúdo do acordo celebrado entre o depositário e a sociedade gestora, (iii) a Diretiva n.º 2010/42/UE, da Comissão, de 1 de julho de 2010, que aplica a Diretiva OICVM IV no que respeita a certas disposições relativas a fusões de fundos, estruturas de tipo principal e de tipo alimentação (master/feeder) e procedimentos de notificação, bem como (iv) parcialmente, a Diretiva n.º 2010/78/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, no que diz respeito às competências da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA).

No que toca ao âmbito de aplicação do NRJOIC, tal como acontecia no regime anterior, são excluídos os fundos de investimento imobiliário, de capital de risco, de gestão de património imobiliário, de titularização de créditos e de pensões, deixando-se a sua regulação para legislação especial.

Para além das alterações especificamente relacionadas com a transposição das diretivas referidas, o NRJOIC procede a diversas alterações materialmente relevantes, nomeadamente ao nível (i) da classificação dos organismos de investimento coletivo (“OIC”), (ii) dos fundos próprios, (iii) do regime de independência da entidade responsável pela gestão e (iv) da elegibilidade dos ativos.

Quanto à classificação dos OIC, o presente diploma estabeleceu uma dicotomia de regime aplicável aos OICVM, que correspondem a OIC que respeitam os requisitos de investimento previstos na Diretiva OICVM IV, classificando os demais OIC como organismos de investimento alternativo (“OIA”). Neste âmbito, procede a uma nova sistematização e ordenação das matérias, designadamente prevendo no seu título III, relativo à regulação da atividade e funcionamento dos OIC, um regime geral para todos os OIC, seguido do regime aplicável exclusivamente aos OICVM —capítulo II— e de um conjunto de normas quanto às especificidades relacionadas com os OIA —capítulo III.

No que concerne aos OIC em geral, destaca-se a substituição da exigência de prospeto simplificado pelo documento de informação fundamental ao investidor (“IFI”) para efeitos de comercialização, o qual deverá incluir as informações adequadas e atualizadas sobre as características essenciais do OIC em causa, que são prestadas aos investidores de modo a permitir-lhes compreender a natureza e os riscos inerentes ao produto de investimento proposto e, por conseguinte, tomar decisões de investimento informadas. As entidades comercializadoras deverão disponibilizar o documento IFI aos investidores com suficiente antecedência relativamente à subscrição proposta de unidades de participação em OIC.

Relativamente aos OICVM, e em particular à transposição para a normativa portuguesa da Diretiva OICVM IV, destaca-se o novo regime aplicável à comercialização transfronteiriça de OICVM, que opera agora através da mera notificação entre reguladores, sem necessidade de processo de autorização em Portugal, bem como a criação do passaporte comunitário para sociedades gestoras de OICVM, que passam a poder atuar em Portugal através de sucursal ou ao abrigo da livre prestação de serviços por via do procedimento de notificação entre reguladores.

No que respeita ao conjunto de requisitos de capital inicial mínimo e de fundos próprios das sociedades gestoras, o regime nacional aproxima-se agora do regime da União Europeia, acolhendo-se no NRJOIC os requisitos de fundos próprios previstos na Diretiva OICVM IV, tendo também sido revisto o montante de capital inicial exigível às sociedades gestoras de fundos de investimento.

Por forma a favorecer uma gestão eficiente e centrada no interesse exclusivo dos participantes e com maior independência face ao grupo económico em que a entidade gestora se insere, o NRJOIC exige um número mínimo de administradores independentes e estabelece ainda um conjunto de normas que visam evitar potenciais conflitos de interesses através, designadamente, da (i) exigência de que o depositário preste o serviço de forma não discriminatória, (ii) exigência de que o auditor do OIC seja auditor, ou pertença à rede do auditor, da empresa-mãe em que

a entidade responsável pela gestão consolida as suas contas; (iii) a exigência de rotatividade dos auditores do OIC, (iv) extensão da proibição de operações entre partes relacionadas à gestão de qualquer OIC, e (v) proibição de que os OIC detenham ativos emitidos ou garantidos por entidades relacionadas com a gestão acima de 20% do valor líquido global, em linha com o limite fixado para os OICVM quanto a ativos do grupo.

Por fim, o título IV do NRJOIC desenvolve as regras relacionadas com a supervisão da atividade dos OIC, a cooperação entre as respetivas autoridades competentes, bem como o elenco das matérias sobre as quais, no âmbito do NRJOIC, a CMVM tem habilitação regulamentar.

Exercício de Atividades de Intermediação Financeira

Regulamento da CMVM n.º 3/2013, de 20 de junho (DR 117, SÉRIE II, de 20 de junho de 2013)

O presente regulamento da CMVM adita um número 4 ao artigo 10.º do Regulamento da CMVM n.º 2/2007, de 5 de novembro, relativo ao exercício de atividades de intermediação financeira.

Neste sentido, para efeitos do procedimento de registo de consultores para investimento, a CMVM passa a aceitar, em casos excecionais, como requisito alternativo às qualificações académicas, a demonstração de competências profissionais, por via de experiência profissional adquirida no âmbito dos mercados financeiros, em particular pelo exercício de funções em instituições de crédito ou sociedades de investimento.

O Regulamento da CMVM n.º 3/2013, de 20 de junho, entrou em vigor no dia 21 de junho de 2013.

2 · JURISPRUDENCIA

Contenido del anuncio de convocatoria Junta General. Modificación de estatutos. Derecho de información

Resolución de 24 de octubre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 21 de noviembre de 2013)

Se discute si es inscribible en el Registro Mercantil una escritura de modificación estatutaria y cambio de sistema de retribución de los administradores, habida cuenta de que en los anuncios de convocatoria se hizo constar lo siguiente: "A partir de la convocatoria de la Junta, los socios podrán obtener de la sociedad de forma inmediata y gratuita los documentos a que se refiere el artículo 272 de la LSC y a examinar en el domicilio social aquellos a que se refiere el artículo 287". Los anuncios no contenían la advertencia exigida por el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital en los términos establecidos en él, por lo que se habría producido una infracción del derecho de información en sede de modificación de estatutos (no se hacía referencia al derecho de los socios a solicitar la entrega o envío de los documentos *ex artículo 287*).

La DGRN estima el recurso, manteniendo la eficacia del acto jurídico al entender que (i) el derecho de información viene recogido en los anuncios de convocatoria y en ellos se expresa con suficiente claridad el contenido de la modificación y el artículo que debía modificarse; (ii) la omisión de dos de los medios de hacerlo efectivo no implica per se una privación de él, pues el anuncio tiene un carácter meramente funcional al ser el derecho de información de atribución legal; (iii) los socios disidentes que hayan deseado impugnar los acuerdos adoptados por la mayoría lo han podido llevar a cabo e incluso han podido solicitar y obtener el mandamiento de publicidad de su acción en el Registro Mercantil; y (iv) del conjunto de las circunstancias (asistencia de socios que representan el 97,63% del capital social y acuerdos adoptados por unanimidad de los presentes) se desprende que, a priori, no ha existido una violación directa de los derechos individuales de los accionistas, sin perjuicio de que dentro del correspondiente procedimiento judicial que pudiera abrirse y con la plenitud de medios que implica el ejercicio jurisdiccional pueda acreditarse que la omisión en los anuncios de convocatoria ha supuesto una efectiva violación. Ello, teniendo en cuenta, además, la especial trascendencia y eficacia que una eventual declaración de nulidad tendría sobre los actos posteriores.

Lugar de celebración de la Junta General. Término municipal

Resolución de 14 de octubre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 13 de noviembre de 2013)

Se discute la validez de una cláusula estatutaria relativa al lugar para la celebración de las Juntas Generales (la referida cláusula establece que "la Junta General se celebrará en el mismo término municipal donde la sociedad tenga su domicilio o cualquier otro dentro del territorio nacional que designe el órgano de administración para cada reunión en la propia convocatoria").

La DGRN sostiene para rechazar el recurso que el inciso del artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital ("Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social") establece que, a falta de determinación en la convocatoria, el lugar de celebración será el domicilio social, y que si la convocatoria fija otro lugar de reunión, debe estar dentro del mismo término municipal donde se encuentre el domicilio social. Exige, en consecuencia, que el lugar para la celebración de la junta esté determinado por el domicilio social o sea determinable en un ámbito territorial limitado por el término municipal. De ahí que la disposición en contrario pueda tener como límite un ámbito similar o inferior, pero nunca superior. Asimismo, tampoco es aceptable que el lugar de celebración de la Junta quede en una absoluta indeterminación que faculte al órgano de administración a llevar a cabo la convocatoria en cualquier lugar. Es imprescindible que la norma estatutaria posibilite a los socios un mínimo de predictibilidad y garantice la posibilidad de que los socios asistan personalmente a la Junta, ello a pesar de que los estatutos establezcan la posibilidad de asistir a las juntas generales mediante sistemas telemáticos.

En términos similares se expresa la Resolución de la DGRN de 6 de septiembre de 2013 (BOE de 14 de octubre de 2013).

Constitución del Consejo de Administración de sociedad limitada. Exigencia de asistencia de todos los miembros

Resolución de 7 de octubre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 7 de noviembre de 2013)

El registrador deniega la inscripción de una escritura en la que se formalizaba un acuerdo social en virtud del cual se modificaba el quórum de asistencia al Consejo de Administración. En particular, la referida modificación suponía la exigencia de que la totalidad de los miembros del Consejo de Administración concurrieran, presentes o representados, para considerar que el Consejo de Administración había quedado válidamente constituido. Según el registrador, el establecimiento de un quórum de asistencia para la válida constitución del Consejo de Administración de la totalidad de sus componentes va en contra de la naturaleza propia de los órganos colegiados, llamados a constituirse y a tomar acuerdos por mayoría; asistencia y mayoría que pueden reforzarse sobre la simple u ordinaria, pero sin llegar a la unanimidad que desvirtúa la esencia de la colegiación.

La DGRN estima el recurso al entender que la cláusula estatutaria discutida no solo no contradice la idea de colegialidad, sino que se coherente bien con ella, pues no pretende sino conseguir la mayor colaboración, participación e implicación de todos sus miembros en los debates sobre la determinación de la gestión social, fomentando su asistencia a las reuniones. De esta manera, no se rompe ni se desvirtúa el carácter esencialmente colegial del Consejo de Administración, pues, constituido este, no se requiere que la decisión colegial sea adoptada de forma unánime. Asimismo, sostiene que lejos de contradecir ningún principio de la sociedad limitada, no hace más que acentuar el carácter personalista de ésta frente a la sociedad anónima (los socios tratan de asegurar el mantenimiento del equilibrio negocial y societario estableciendo la necesidad de que participen todos los miembros del Consejo por ellos elegidos, en atención a los diversos intereses concurrentes, en la gestión social).

Valoración del informe del auditor que deniega opinión a los efectos del depósito de cuentas

Resolución de 5 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 4 de octubre de 2013)

El objeto de esta resolución es analizar si cabe el depósito de cuentas de una sociedad obligada a auditarse, cuando se acompaña al depósito de cuentas con un informe de auditoría en el que el auditor no puede expresar una opinión.

La DGRN argumenta, para desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador, que admitir el depósito de unas cuentas anuales con un informe de auditoría que no expresa opinión por limitación absoluta del alcance podría implicar (i) quitar valor a dicho informe en cuanto instrumento de información de socios y de terceros; (ii) que pueda quedar al arbitrio de la sociedad el suministro o no de dicha información a los socios y terceros, por cuanto bastaría con negar el acceso o la documentación al auditor para conseguir un informe con opinión denegada; y (iii) hacer ineficaz el cierre del Registro Mercantil por falta de depósito de cuentas.

Anotación preventiva. *Resolución de 3 de julio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 1 de agosto de 2013)*
Principio de prioridad registral

El 9 de abril de 2013 se presenta a inscripción una escritura de aumento de capital social de una sociedad de responsabilidad limitada otorgada el 7 de febrero de 2013. El 11 de abril de 2013, se presenta en el mismo registro un auto judicial por el que se ordena la anotación preventiva de determinadas medidas cautelares, entre ellas, que el socio demandado se abstenga de realizar determinados actos inherentes a su condición de socio, entre los cuales figuran "(...) *cualquiera otras operaciones que impliquen una modificación en la estructura corporativa de la sociedad y consistente en modificar la distribución del capital social*".

El registrador deniega la inscripción de la escritura por entender que la mencionada anotación preventiva afecta al aumento de capital, aun cuando la escritura de formalización haya sido presentada antes de la práctica de la anotación preventiva. Afirma el registrador que para calificar los documentos se deben tener en cuenta no solo los inicialmente presentados, sino también los auténticos relacionados con estos, aunque fuesen presentados después, para así lograr un mayor acierto en la calificación y evitar inscripciones inútiles e ineficaces.

La DGRN confirma la calificación del registrador y sostiene además que en un registro como el mercantil el principio de prioridad no puede tener el mismo alcance que en un registro de bienes. Por ello, la aplicación del principio de prioridad registral ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, atendida la naturaleza y función del registro mercantil y el alcance de la calificación donde los principios de legalidad y de legitimación tienen su fuente en la ley. Por ello, no puede entenderse que únicamente pueda exceptuarse el juego de la prioridad cuando exista incompatibilidad total entre los acuerdos que se presentan como acuerdos adoptados por un mismo órgano social en la misma reunión y documentados por separado (como esgrimía la recurrente).

Derecho de separación teniendo en cuenta que, al momento del acuerdo de transformación, no estaba vigente la Ley 3/2009. Cambio de leyes en el transcurso de una transformación social

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2013

Se debate si la recurrente tiene derecho a separarse de la sociedad tras aprobarse el acuerdo de transformación de la sociedad de la que es socia (de anónima a limitada) en virtud de lo dispuesto en la Ley sobre Modificaciones Estructurales o si, por el contrario, no tiene derecho a separarse en aplicación de lo dispuesto en la normativa societaria vigente al tiempo de la convocatoria de la Junta General.

La Sala admite que la disposición transitoria de la Ley 3/2009 no resuelve la cuestión planteada, pues se refiere únicamente a los proyectos de fusión y escisión, y no al de transformación. Por ello —argumenta— nada impide que en este espacio intertemporal, a la luz de la disposición transitoria 1ª del Código Civil, se reconozca un derecho nuevo (el de separación) vigente en la nueva Ley (la 3/2009) sobre hechos anteriores que no perjudican otros derechos adquiridos. Considera, por tanto, que el derecho de separación (*ex* artículo 15 de la Ley 3/2009) debe reconocérsele al accionista que no haya votado a favor del acuerdo de transformación a pesar de que la convocatoria de la Junta General se hubiera regido por la normativa, puesto que no existe norma que disponga que la ley aplicable a los acuerdos de transformación sea la vigente al tiempo de la convocatoria.

Inexistencia de responsabilidad de administradores por deudas sociales posteriores a la remoción de la causa de disolución. Inexistencia de responsabilidad de administradores por deudas surgidas con posterioridad al cese como administrador

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2013

El TS sostiene que la responsabilidad de los administradores que hubieran incumplido el deber de promover la disolución no alcanza a las deudas sociales posteriores al cese de esos administradores. Así, los administradores sociales, una vez cesados de su cargo, no responden de las deudas que pudiera contraer la sociedad con posterioridad a su cese, sino tan solo de las que existían mientras eran administradores (tras la reforma de la Ley 19/2005, esta responsabilidad se limita además a las deudas posteriores a la aparición de la causa de disolución).

Además, sostiene que la remoción de la causa de disolución no exime de responsabilidad al administrador respecto de las deudas nacidas en ese periodo (incumplimiento de obligación de promover la disolución y remoción de la causa) y afirma que los acreedores de las deudas sociales surgidas después de que la compañía supere la causa de disolución carecen de legitimación suficiente para reclamar la condena del administrador basada en un incumplimiento anterior.

Responsabilidad de administradores: incumplimiento del deber de promover disolución a pesar de que se haya intentado salvar a la sociedad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2013

El TS considera que no basta intentar salvar a la sociedad para eximir de su responsabilidad solidaria al administrador por incumplimiento del deber de promover la disolución o por cumplimiento tardío. Sostiene que la responsabilidad de los administradores en ese supuesto no exige la concurrencia de más negligencia que la consistente en omitir el deber de promover la liquidación de la sociedad, y ahora también mediante la solicitud de concurso, cuando concurra el presupuesto objetivo.

No se exige, por tanto, existencia de relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del administrador, sino que la imputación objetiva a este de la responsabilidad por las deudas de la sociedad se realiza *ope legis*.

Obligación de presentar informe de auditoría si se designa auditor y se inscribe aunque la sociedad no esté obligada a auditar sus cuentas

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 9 de abril de 2013

Según la Audiencia Provincial, aunque la sociedad no resulte obligada legalmente a auditar las cuentas anuales por presentar balance abreviado (y no estando ante un caso en el que la minoría haya solicitado el nombramiento de auditor), si la Junta General aprobó el nombramiento del auditor, este aceptó y tal nombramiento quedó inscrito en el Registro Mercantil, dicha sociedad estará obligada a auditar sus cuentas y presentar el informe de auditoría al depositar las cuentas anuales en el Registro. La Audiencia Provincial argumenta que si la sociedad no se viera obligada a auditar sus cuentas en un concreto ejercicio por presentar balance abreviado, corresponde al deber de diligencia de los administradores revocar el nombramiento del auditor e inscribir dicha revocación en el Registro para evitar una discrepancia entre la realidad registral y extrarregistral que contraría las funciones propias del Registro Mercantil y, con ello, las expectativas legítimas de socios y de terceros.

Asimismo, se afirma que el auditor tendría que haber recordado a la sociedad la existencia y vigencia del contrato de auditoría y haber requerido la información necesaria para elaborar el informe y cumplir así con el cometido para el que fue contratado, so pena de incurrir en infracción grave prevista en la Ley de Auditoría de Cuentas.

Aunque la sentencia no se pronuncia clara y expresamente, parece que las conclusiones anteriores no serían de aplicación en caso de depósito de cuentas de una sociedad unipersonal, en virtud de la Resolución de la DGRN de 6 de julio de 2007.

Alcance del derecho de información

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de septiembre de 2013

Se debate si se vulneró el derecho de información de un socio, titular del 25% del capital social de una sociedad, después de que esta le denegara información que pidió. La sociedad alegó que no era una información accesible a los socios a título individual o que se trataba de información confidencial.

La Audiencia Provincial consideró que el derecho de información del demandante había sido satisfecho en lo referente a la solicitud de explicaciones o aclaraciones, puesto que la discrepancia del socio con la información que le es facilitada no significa que su derecho de información haya sido vulnerado. Asimismo, afirmaba que cualquier duda que el demandante hubiera seguido albergando podía haber sido aclarada si hubiera hecho uso del derecho a solicitar verbalmente informaciones o aclaraciones durante el desarrollo de la Junta, lo que no hizo.

Asimismo, en relación con los documentos solicitados, cuya entrega le fue denegada, la Audiencia consideró que la legislación societaria no faculta al accionista a investigar en la contabilidad y en los libros sociales y, menos aún, en toda la documentación de la sociedad, al corresponder a los auditores el examen e investigación de las cuentas.

El TS, haciendo un repaso de las sentencias más recientes relativas al derecho de información, rechaza una concepción restrictiva del derecho de información y sostiene que el socio no se encuentra constreñido al mero examen de los documentos sometidos a aprobación de la Junta, sino que está facultado, asimismo, para requerir cuantas informaciones o aclaraciones estime precisas, siempre que la solicitud cumpla con los requisitos de legitimación de ejercicio del derecho de información: (i) conexión con el objeto de la Junta (no siendo precisa una relación directa y estrecha entre la documentación solicitada y los asuntos del orden del día); (ii) solicitud realizada en forma y plazo (por escrito, hasta el séptimo día anterior a su celebración y verbalmente durante esta); (iii) que no perjudique los intereses sociales (si bien no procede la denegación de documentación si la solicitud está apoyada por accionistas que representen el 25% del capital social); y (iv) que no se ejerza el derecho de forma abusiva (para lo cual habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso).

Por tanto, el TS sostiene que la información del socio prevista en el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital) complementa, pero no sustituye, a la información a que tienen derecho los socios conforme al artículo 112 de dicha Ley (actual 197 de la Ley de Sociedades de Capital), de tal forma que el socio también tiene derecho a requerir detalles de las partidas que han dado lugar por agregación a los importes consignados en los diversos apartados del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias y que el órgano de administración deberá contestar siempre que concurren los referidos requisitos que operan como límite de la obligación de transparencia.

Por último, el TS aborda el segundo argumento tenido en cuenta por la Audiencia Provincial relativo a la inexistencia de la solicitud de ampliación o de formulación de reservas o denuncias por parte del socio en el acto de la Junta General. Respecto de esta cuestión, el Tribunal afirma que las normas legales no exigen que el socio que ha solicitado información y considera que no se le ha facilitado adecuadamente pida una ampliación de la información facilitada durante la celebración de la Junta o realice en un momento determinado una denuncia formal de vulneración de su derecho, sino que ha sido la jurisprudencia la que, en aplicación del principio de buena fe, ha establecido algunas pautas al respecto entendiéndose que es contrario a la buena fe conocer una infracción manifiesta del derecho de información y no denunciarlo o ponerlo de manifiesto ante la sociedad. Sin embargo, en este caso, el TS afirma que carece de sentido sostener que el actor actuó de mala fe porque no formuló durante la Junta una solicitud de información que subsanara esa denegación de información, porque, por su naturaleza y volumen, no era posible una subsanación mediante información complementaria facilitada de forma oral durante la Junta. En cuanto a las reservas, teniendo en cuenta que son innecesarias fórmulas sacramentales o de hacer constar expresamente la oposición del socio para estar legitimado para impugnar el acuerdo, tampoco cabe concluir que la conducta del socio impugnante fuera contraria a lo que legítimamente puede esperarse del socio teniendo en cuenta los parámetros de lealtad y corrección.

**Nulidad de ampliación de capital.
Amortización de participaciones**

Resolución de 2 de octubre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 28 de octubre de 2013)

Se debate si, inscrito un aumento de capital de una sociedad limitada, puede cancelarse el asiento practicado por solicitud de la misma sociedad que alega que fue nulo de pleno derecho

(*ex* artículo 135 de la Ley de Sociedades de Capital) por haber sido suscrito por una sociedad limitada íntegramente participada que presta igualmente su consentimiento.

La DGRN determina que el efecto jurídico previsto para tal ampliación de capital es el de la nulidad radical y absoluta del negocio jurídico, pero no comparte, sin embargo, la consecuencia jurídica que de ello se deriva, a pesar de que en el ámbito del Derecho civil los efectos de la nulidad se traducen en la declaración de que el negocio nulo y sus consecuencias patrimoniales nunca existieron, por lo que las cosas deben restituirse a su estado inmediatamente anterior (artículo 1.303 del Código Civil). Desestima el recurso al entender que la categoría civil de la nulidad y sus consecuencias jurídicas no son de aplicación directa e inmediata en un ámbito como el mercantil (el principio *quod nullum est nullum effectum producit* es matizado en el ámbito mercantil, alcanzando la nulidad exclusivamente a los actos posteriores que sean del todo incompatibles y debiendo considerarse superado el rigorismo formal en contrario). Por tanto, afirma, no se puede pretender que se proceda sin más a la cancelación del asiento que en su día se practicó, sino que será necesario acudir a los mecanismos de protección previstos en los artículos 331 a 333 de la Ley de Sociedades de Capital relativos a la reducción de capital por restitución de aportaciones. De este modo, la salvaguarda de los derechos de terceros acreedores se traduce, bien en la responsabilidad solidaria de la sociedad emisora y suscriptora, bien en la constitución de la reserva indisponible del artículo 332 de la Ley de Sociedades de Capital, bien en el respeto al derecho de oposición en los supuestos en que los estatutos así lo contemplen.

Designación de representante persona física por la Junta General

Resolución de 10 de julio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 8 de agosto de 2013)

Se suspende la inscripción de una escritura de designación de representante persona física porque dicha designación se había realizado por la Junta General de la sociedad administradora, siendo competente para ello el órgano de administración de la sociedad administradora.

La DGRN estima el recurso al entender que, si bien la designación de la persona física representante, *ex* artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital, compete al órgano de administración de la persona jurídica administradora por tratarse de un acto de gestión que, además, supone el ejercicio del poder de representación de la sociedad frente a un tercero —la sociedad administrada—, es el propio administrador único de esa sociedad administradora quien eleva a público la escritura pública. En este sentido, aunque el administrador estuviera inscrito en registro distinto del que está a su cargo, el registrador debiera haber podido dar por subsanado el defecto de falta de competencia para designar la persona física. Asimismo, el acuerdo social eventualmente nulo por haber sido adoptado por órgano incompetente debe reputarse subsanado *ex* artículo 207.2 de la Ley de Sociedades de Capital cuando se elimine la causa de eventual impugnación, lo cual se produce cuando el administrador presta su consentimiento a la designación al elevar a público el acuerdo inscribible. Por lo demás, no existe inconveniente a que el propio administrador se designe a sí mismo como representante persona física, sin que se aprecien problemas de autocontratación.

Interpretación de “la fecha del depósito” a la que se refiere el artículo 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil

Resolución de 7 de noviembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 13 de diciembre de 2013)

La registradora suspende la inscripción de escritura de aumento de capital social por ser las fechas de los depósitos bancarios (24 de septiembre de 2012) de las correspondientes cantidades aportadas a la ampliación del capital social, a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, anteriores en más de dos meses a la fecha de otorgamiento de la escritura (14 de marzo de 2013) y del acuerdo de aumento del capital social (1 de marzo de 2013), siendo la certificación bancaria justificativa del depósito de las aportaciones de fecha 11 de marzo de 2013.

La DGRN rechaza la calificación realizada por la registradora y sostiene que “la fecha del depósito” a la que se refiere el artículo 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil y en el que la registradora basa su calificación no es la fecha del ingreso de las cantidades depositadas, sino la fecha en que se acredite la permanencia del depósito, que no es otra que la de expedición de

la certificación bancaria. Así, la interpretación de la norma reglamentaria objeto de debate debe ajustarse tanto a la letra como a la ratio de la norma de superior rango.

Será, por tanto, la fecha de la certificación la que de modo efectivo acredite la aportación dineraria siempre y cuando pueda deducirse de manera inequívoca el ingreso efectivo en la entidad de crédito y la finalidad de la imposición. Dicho de otro modo, la entidad bancaria, al certificar, renueva el depósito que fue efectuado en su día, computándose desde esta fecha el plazo de dos meses previsto para la vigencia de la certificación. Argumenta la DGRN que esta interpretación se aviene bien a la necesidad de evitar la reiteración de actos o trámites formales que nada añade para hacer efectivas las garantías que la norma legal pretende asegurar.

Modificación de fusión con consentimiento unánime

Resolución de 3 de octubre de 2103, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 7 de noviembre de 2013)

El registrador deniega la inscripción de una escritura en la que se eleva a público un acuerdo adoptado por la Junta General en la que se modifica una fusión anteriormente acordada, ya que considera que el procedimiento de fusión es una modificación estructural esencial en la que la forma de la voluntad social de las sociedades implicadas se lleva a cabo sobre unas circunstancias de hecho que varían al salir una de las sociedades absorbidas. En consecuencia, el mero acuerdo de fusión es un nuevo pronunciamiento y nuevas también son sus circunstancias jurídicas y patrimoniales, siendo preciso, por tanto, iniciar todo el procedimiento de fusión en su integridad (proyecto de fusión y nota de ausencia de obstáculos).

La DGRN estima parcialmente el recurso al entender que, al conceptuarse la fusión como un acuerdo entre sociedades, nada debe oponerse a que el acuerdo pueda ser objeto de alteración o modificación por las partes siempre que concurra consentimiento unánime (y que con tal modificación no se perjudiquen derechos adquiridos o a terceros), puesto que lo que prohíbe el artículo 40 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales es la modificación unilateral de las condiciones pactadas de la fusión cuando existe proyecto. De la documentación que obra en el Registro resulta documentado el acuerdo de modificación de las sociedades intervinientes en la fusión, así como de la excluida, sin que pueda exigirse, por tanto, que se inicie un procedimiento nuevo, puesto que nada obsta a que el consentimiento negocial sea modificado si concurre consentimiento unánime. No estamos ante un nuevo procedimiento de fusión, sino ante el anterior con modificaciones y, por tanto, no cabe exigir un nuevo proyecto de fusión ni nueva certificación del Registro Mercantil.

Sin embargo, la inscripción no puede practicarse hasta que no se publiquen o notifiquen a los eventuales acreedores los acuerdos de fusión y su modificación y se dé debido cumplimiento a lo previsto en el artículo 44 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales, como requisito ineludible de salvaguarda de sus derechos.

Operación acordeón como mecanismo de salida del socio disidente

Resolución de 20 de noviembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 19 de diciembre de 2013)

El registrador deniega la inscripción de una escritura de reducción y aumento de capital simultáneo en tanto que considera que no se ha tenido en cuenta el derecho de suscripción preferente del socio no asistente a la Junta General y toda vez que de la convocatoria de la Junta General no resulta la supresión de tal derecho.

El recurrente estima que el derecho de asunción será respetado solo cuando conforme al artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital sea aplicable, es decir, cuando, en primer lugar, se produzca la emisión de nuevas participaciones y, en segundo lugar, estas sean asumidas mediante el contravalor de aportaciones dinerarias, lo que no ocurre en el presente caso, en el que el pago se efectúa por la compensación de créditos de la titularidad de solo dos de los tres socios de la compañía.

La DGRN desestima el recurso por entender que la sociedad podía haber cumplido con lo dispuesto en el artículo 343 de la Ley de Sociedades de Capital ("*en todo caso habrá de respetarse el derecho de asunción o de suscripción preferente de los socios*") previendo un aumento de

capital por tramos o mixto, en el que los socios que no pudieran acudir —por la naturaleza de la aportación— a la compensación de los créditos preexistentes pudieran contribuir, en proporción a su participación preexistente en el capital social, al procedimiento de saneamiento social y asumir mediante aportaciones dinerarias la parte correspondiente a su cuota inicial en él. Asimismo, podían haber anticipado las consecuencias del acuerdo informado por los administradores bajo su responsabilidad y por los auditores sociales, y establecer al efecto un procedimiento que permitiera al socio no presente en un plazo determinado aceptar el aumento en los términos planteados o redefinirlo mediante un nuevo tramo. La DGRN entiende que, existiendo en el derecho de sociedades mecanismos de salida del socio disidente, no podrá utilizarse la operación acordeón para conseguir este objetivo.

PROCESAL CIVIL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Ley de Emprendedores

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE de 28 de septiembre de 2013)

El pasado 28 de septiembre de 2013 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en adelante la “*Ley de Emprendedores*”). La finalidad de esta ley, de carácter multidisciplinar, es el apoyo al emprendedor y a la actividad empresarial, para favorecer su desarrollo, crecimiento e internacionalización y para fomentar la cultura emprendedora y un entorno favorable a la actividad económica.

La Ley de Emprendedores introduce el concepto amplio de “emprendedor”, que se define como cualquier persona, física o jurídica, que esté desarrollando o vaya a desarrollar una actividad económica empresarial o profesional, y dispone (i) medidas para el apoyo a la iniciativa empresarial, (ii) apoyos fiscales, (iii) apoyos a la financiación y (iv) medidas de apoyo al crecimiento e internacionalización.

— Apoyo a la iniciativa empresarial:

(i) *Empresario de responsabilidad limitada*. Las personas físicas podrán evitar que la responsabilidad derivada de sus deudas empresariales afecte a su vivienda habitual (siempre que su valor no supere los 300.000 euros o 450.000 euros, dependiendo del tamaño de la población en que se halle), bajo determinadas condiciones. Entre estas condiciones destacan la ausencia de fraude o negligencia grave en el desarrollo de la actividad empresarial (que debe constar en sentencia firme o declaración del concurso culpable), la inscripción en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad y el depósito de las cuentas anuales antes de los siete meses posteriores al cierre del ejercicio social.

* Esta sección ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra y Cristina Ayo, y en su elaboración han participado Paloma García de Viedma Alonso, Encarnación Pérez-Pujazón, Gonzalo Eizaga, Sonia Borges Fernández, Margarita Morales Plaza, Miguel Ángel Cepero Aranguez, Laura Salas Gómez, Javier Sánchez-Lozano Velasco, Xuan Wu Zhuo, Gloria Torres Zabaleta, Efrén Pérez Borges, Cristina Serrano Brito, Jorge Ruiz Jiménez, Eugenio Caravia Izquierdo, Álvaro Rifá Brun, Guillermo García Berdejo, Jorge Azagra Malo, Rita Castanheira Neves y Luís Bertolo Rosa del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

(ii) *Sociedad limitada de formación sucesiva*. El objetivo de esta nueva figura es facilitar la constitución de sociedades abaratando el coste inicial de constitución. Su régimen es idéntico al de las sociedades de responsabilidad limitada, pero no se exige capital mínimo y existen obligaciones específicas tendentes a la protección de terceros hasta que la sociedad alcance el capital mínimo exigible en una sociedad de responsabilidad limitada.

(iii) *Acuerdos extrajudiciales de pago ("AEP")*. Como alternativa al concurso, se ha creado un sistema similar al de los países de nuestro entorno que permite, en ciertos casos, reducir costes económicos y temporales, y evitar que, durante la negociación de este acuerdo, el deudor sea declarado en concurso.

El procedimiento se sigue ante el Registro Mercantil o ante un notario, es guiado por el mediador concursal y se ha simplificado notablemente respecto de la tramitación de un concurso.

Durante el plazo de negociación del AEP, hasta un máximo de 3 meses, se suspenderán las ejecuciones en trámite y se impedirá el inicio de nuevas ejecuciones contra el patrimonio del deudor, excepto los acreedores con garantía real que no formen parte del AEP y los acreedores tenedores de créditos de derecho público, salvo que estos lo acepten expresamente.

El plan de pagos puede incluir quitas de hasta el 25% y esperas de hasta 3 años, y se requiere un plan de viabilidad elaborado por el mediador concursal.

La aprobación del AEP requiere, al menos, el voto de los acreedores que conformen el 60% del pasivo (75% si el plan consiste en la cesión de bienes para el pago y el acuerdo de los acreedores con crédito garantizado con derecho real sobre dichos bienes). Deberá ser elevado a escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil.

En caso de incumplimiento o anulación del acuerdo extrajudicial, así como si su negociación resulta imposible, a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores, se declarará el *concurso consecutivo* regulado en el artículo 242 de la LC.

(iv) *Remisión de deudas*. Para la remisión de deudas tras la conclusión del concurso por la liquidación de la masa, se requiere que el concurso no haya sido declarado culpable y se hayan satisfecho todos los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y, al menos, el 25% del importe de los créditos ordinarios.

(v) *Efectos de la conclusión de concurso*. Hasta ahora, el tratamiento del pasivo insatisfecho de un procedimiento era muy distinto según se tratara de persona física o jurídica. Así, la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa de una persona jurídica conllevaba el acuerdo judicial de extinción de la sociedad y cancelación registral. Sin embargo, el deudor persona natural, en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil (en adelante, el "CC"), continuaba respondiendo indefinidamente hasta la satisfacción del remanente del concurso.

Para corregir esta situación, la modificación del artículo 178 de la LC, el legislador libera de ese pasivo insatisfecho en el concurso fortuito a las personas físicas que colaboren de buena fe.

— Apoyos fiscales

Se establece un nuevo criterio de caja en el Impuesto sobre el Valor Añadido ("IVA"), para los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones no supere los dos millones de euros, que consiste en hacer depender (i) del cobro de la contraprestación, la exigibilidad del IVA correspondiente a las operaciones realizadas, y (ii) del pago de la contraprestación, la deducibilidad del IVA soportado, con algunas excepciones.

Además, se introducen modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades, entre otras, una nueva deducción por inversión de beneficios para las empresas de reducida dimensión, por la creación de una reserva mercantil de carácter indisponible o la modificación del régimen de reducción de las rentas procedentes de determinados intangibles. También se establecen incentivos a la inversión en nuevas empresas mediante la aplicación de deducciones en la cuota del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

— Apoyos a la financiación

Destaca la modificación de la Ley Concursal en lo referente a los acuerdos de refinanciación, de manera que el porcentaje mínimo de pasivo titularidad de entidades financieras que debe ser suscrito por los acreedores para la homologación judicial pasa del 75% al 55%.

Asimismo, se regulan detalladamente los aspectos relativos a la designación del experto independiente y se incluye, en el nuevo artículo 71 *bis* de la Ley Concursal, la emisión del informe que aquel debe realizar sobre los acuerdos de refinanciación formal.

— Apoyos al crecimiento e internacionalización de la economía

Caben destacar, entre otras, las siguientes medidas destinadas al apoyo al crecimiento: reducción de cargas administrativas, eliminación de obstáculos al acceso de los emprendedores a la contratación pública; fomento de la creación de uniones de empresarios para que en conjunto alcancen las condiciones que se les exigen en los pliegos de contratación; aumento de los umbrales para la exigencia de la clasificación en los contratos de obras y de servicios; y flexibilización de las exigencias de contabilidad de las empresas de menor dimensión.

En relación con la internacionalización de la economía, se refuerzan los principales instrumentos financieros de apoyo y se crea un Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española, entre otras medidas.

Véanse también, en lo relativo a sus aspectos relacionados con el Derecho laboral, administrativo, y tributario, los comentarios que se incluyen en esta misma sección de “Crónica de Legislación y Jurisprudencia” (Laboral y Seguridad Social, Administrativo y Tributario) de este mismo número de la *Revista*.

Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria

Este Anteproyecto de Ley viene a cumplir, más de diez años después, el mandato conferido por la disposición adicional 18.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“*LEC*”), que ordenaba al legislador la aprobación de una normativa propia que tuviese por objeto la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria ante los órganos judiciales, tales como la consignación de deudas, las subastas voluntarias, los actos de carácter testamentario sucesorio o la celebración de matrimonios civiles, por solo citar algunos ejemplos.

La novedad principal del Anteproyecto de Ley radica en el diseño de una jurisdicción voluntaria más moderna y eficaz, acercando su regulación a la vigente en otros países de nuestro entorno y haciéndola consonante con los principios de agilidad y especialización que presiden el funcionamiento de la nueva oficina judicial.

Como medida más significativa, resulta destacable la voluntad del Anteproyecto de reasignar entre distintos funcionarios públicos —en algunos casos integrantes de la Administración de Justicia y, en otros casos, ajenos a ella— de buena parte de los actos de jurisdicción voluntaria que, todavía hoy, recaen tradicionalmente sobre los jueces. De este modo, el legislador pretende centrar la actividad de los jueces y magistrados en funciones de carácter estrictamente jurisdiccional, transfiriendo otras funciones a otros funcionarios que, por su grado de especialización, puedan hacerse cargo de ciertos actos de jurisdicción voluntaria con mayor agilidad y eficacia, sin que ello suponga una merma de las garantías de los ciudadanos.

En particular, resulta paradigmática la asignación al secretario judicial de funciones de dirección procesal de los expedientes de jurisdicción voluntaria tramitados en los juzgados, asumiendo funciones como las de nombramiento de los defensores judiciales, la declaración de la ausencia o fallecimiento o los actos de conciliación. Por su parte, se desjudicializan otras funciones, como las subastas voluntarias, la consignación de deudas, la fijación del plazo de cumplimiento de una obligación, los actos de carácter testamentario sucesorio o el ofrecimiento de pago, que pasarán a ser competencia de los notarios o de los registradores, en función de la materia de que se trate.

Asimismo, dada su excepcional relevancia práctica, cabe destacar que el Anteproyecto de Ley introduce dos reformas de gran calado. La primera consiste en la posibilidad de cursar reclamaciones dinerarias por medio de un proceso de reclamación de cantidad alternativo al actualmente existente, que abocaba irremediamente a la vía jurisdiccional. En este sentido, el Antepro-

yecto permite al acreedor, en supuestos en los que la deuda no pueda ser discutida, someterse a la tramitación de un procedimiento de reclamación pecuniaria, cursado notarialmente, que culminará con la obtención —en principio con mayor agilidad— de un título ejecutivo de naturaleza extrajudicial. Con esta medida, el legislador pretende derivar a otros funcionarios públicos parte de las reclamaciones dinerarias que actualmente colapsan nuestros juzgados y tribunales.

La segunda reforma especialmente relevante reside en la modificación que este Anteproyecto prevé respecto del Código Civil, reforma incardinada a incluir la posibilidad de que los notarios celebren matrimonios y tramiten separaciones o divorcios en los casos de mutuo acuerdo e inexistencia de hijos menores o personas con capacidad judicialmente completada.

Adaptación de la legislación española a la normativa europea en materia de protección de consumidores y usuarios

Proyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre

El pasado 11 de octubre de 2013, el Gobierno aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley por el que se modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Con la aprobación de esta norma, España incorporará a su derecho interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los Derechos de los Consumidores, de 25 de octubre de 2011, cuyo plazo de transposición finaliza el 13 de diciembre de 2013.

La Directiva que se transpone tiene por objeto modificar la normativa europea en materia de contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles, instaurando al efecto un nuevo marco jurídico en materia de protección de los consumidores y usuarios que amplía los derechos de estos y aumenta, con carácter general, la seguridad jurídica tanto de consumidores y usuarios como de empresarios.

En definitiva, se pretende promover una mayor armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros con el objetivo último de fortalecer el mercado común y fomentar las ventas transfronterizas entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea.

Para dar cumplimiento a los objetivos de la Directiva, las principales novedades introducidas por el Proyecto de Ley son las siguientes:

(i) Por lo que se refiere a los deberes de *información precontractual*, se introducen nuevas obligaciones de información que refuerzan los deberes de transparencia, destacando la necesidad de informar a los consumidores sobre la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que deban pagarse o aportarse. Igualmente, se hace necesario informar sobre la existencia y las condiciones de los servicios de atención al cliente posteriores a la venta del producto.

Para el caso específico de los contratos celebrados a distancia, se establece un régimen especial para adaptar la obligación de facilitar información a los consumidores y usuarios a las restricciones técnicas que imponen los medios de comunicación a través de los cuales se canalizan este tipo de contratos. Así, en estos casos, el empresario podrá limitar la información prestada a los aspectos fundamentales del contrato, aunque deberá remitir al consumidor a otra fuente de información suplementaria.

En todo caso, cuando el empresario opte por habilitar una línea telefónica para ofrecer información relativa al contrato, el coste de dicha línea para el consumidor no podrá ser superior al de la tarifa telefónica básica.

(ii) Asimismo, *los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimientos mercantiles* pasan a regularse de forma conjunta y se adopta la definición armonizadora de uno y otro tipo de contrato ya realizada por la Directiva.

Entre otros requisitos formales, se exige que los sitios de internet de los empresarios indiquen de forma clara y legible si existen restricciones al suministro del producto y qué modalidades de pago se admiten.

Además, en el Proyecto se regulan específicamente los contratos celebrados por teléfono, imponiéndose al empresario ciertas obligaciones de transparencia encaminadas a incrementar la seguridad jurídica en la celebración de contratos por esta vía. Por ejemplo, con la entrada en vigor de esta normativa, el empresario quedará obligado a revelar su identidad y el carácter comercial de la llamada al inicio de la conversación telefónica y, como requisito esencial para que surja una vinculación contractual con el consumidor, se deberá obtener previamente su consentimiento por escrito, pudiéndose utilizar distintos medios a tal efecto.

(iii) Por otra parte, se pretende reforzar el *derecho de desistimiento del contrato* que se reconoce a los consumidores y usuarios, y facilitar su ejercicio.

Así, se prevé, por un lado, la incorporación de un formulario de desistimiento estándar (que el empresario deberá facilitar *online*) y, por otro, la ampliación del plazo de ejercicio de este derecho a catorce días naturales, en lugar de los siete días de los que se dispone en la actualidad. Este plazo, además, se prorrogará automáticamente por doce meses adicionales en aquellos casos en los que el empresario no hubiera facilitado al consumidor la información y la documentación relativa a este derecho.

(iv) En materia de *ejecución de contratos*, el Proyecto introduce una regulación nueva en materia de entrega de bienes, de riesgo por la pérdida o el deterioro de los bienes en el curso de su entrega, de cargos por la utilización de medios de pago y de cobro de pagos adicionales como contraprestación para el cumplimiento de la obligación contractual principal.

En relación con la entrega de bienes, se establece la necesidad de otorgar, por parte de los consumidores y usuarios, un plazo razonable adicional a los empresarios en caso de incumplimiento del plazo de entrega inicialmente pactado. De este modo, solo si tras el transcurso de dicho plazo adicional el empresario no hubiera procedido a la entrega de los bienes, el consumidor podría ejercitar su derecho a resolver el contrato y obtener el reembolso de las cantidades ya abonadas. Durante este periodo adicional, el empresario deberá asumir el riesgo de pérdida o el deterioro de los bienes en el curso de su entrega mediante envío, hasta que el consumidor haya tomado posesión material de los bienes.

En cuanto a las reformas relativas a los medios de pago, el Proyecto permite realizar cobros por la utilización de medios de pago, pero no deben exceder del coste soportado por los empresarios por la utilización de tales medios.

Además, por lo que respecta a los pagos adicionales, es decir, los pagos distintos a la contraprestación por el cumplimiento de la obligación contractual principal, el Proyecto impone la necesidad de obtener el consentimiento expreso del consumidor antes de proceder a su cobro.

(v) Finalmente, cabe destacar que el Proyecto de Ley modifica el *artículo 83 del texto refundido* con el fin de adaptarlo a lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de junio de 2012, resolución en la que el Tribunal entendió que España no había transpuesto correctamente el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en relación con las cláusulas abusivas.

En la actualidad, el artículo 83.2 faculta a los jueces nacionales para modificar el contenido de las cláusulas contractuales declaradas abusivas e integrar la parte afectada de nulidad de conformidad con el principio de buena fe y el artículo 1258 del Código Civil. Esta facultad, sin embargo, consideró el Tribunal que no fomentaba que los empresarios velaran por no incluir este tipo de cláusulas en los contratos celebrados con consumidores y usuarios, ya que podían contar con la posibilidad de que, aun cuando se declarara la abusividad de algunas cláusulas, el interés empresarial podría salvarse por la vía de la integración judicial. Así, a fin de evitar que se produzca este efecto, la nueva redacción del artículo 83 excluiría la facultad de integración del juez nacional en el marco de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas.

Regulación del régimen de funcionamiento del Registro Público Concursal

Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal (BOE de 3 de diciembre de 2013)

El Real Decreto 892/2013 regula el régimen de funcionamiento del Registro Público Concursal, cuya estructura se encuentra prevista en el artículo 198 de la LC. La puesta en marcha y el mantenimiento de este Registro le corresponde al Ministerio de Justicia, mientras que de su gestión material se encarga al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

El Registro Público Concursal responde al principio de unidad de información y tiene como objetivo asegurar la difusión y la publicidad, en un único punto, de las resoluciones procesales que se adopten a lo largo del proceso concursal, las relativas a la apertura de las negociaciones para alcanzar acuerdos extrajudiciales y su finalización y los asientos registrales derivados de ellas.

Asimismo, busca alcanzar la coordinación entre los juzgados mercantiles y los distintos registros públicos, así como con los expedientes extrajudiciales de pago. También se establece la posible interconexión del Registro con los registros de resoluciones concursales de los restantes Estados miembros de la Unión Europea y la elaboración por el Registro de una estadística de procedimientos concursales.

La publicidad de las resoluciones concursales publicadas en el Registro Público Concursal se realizará a través de un portal en internet, que se estructura en tres secciones, en concordancia con el artículo 198 de la LC:

(i) Sección primera, de edictos concursales: en esta sección se insertará (i) la resolución por la que se deje constancia de la comunicación de negociaciones prevista en el artículo 5 *bis* de la LC; (ii) las resoluciones procesales dictadas durante el proceso concursal que deban publicarse de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la LC; (iii) las resoluciones judiciales derivadas del concurso que, por decisión judicial, así se acuerde; y (iv) la apertura de un proceso de insolvencia abierto en otro Estado miembro de la Unión Europea, cuando sea solicitado.

Dichas resoluciones, que deberán tener un contenido específico, serán remitidas electrónicamente al Registro Público Concursal (y, en caso de no ser posible, mediante el procurador del instante del concurso), así como a los registros públicos en los que deban inscribirse.

(ii) Sección segunda, de publicidad registral de resoluciones judiciales: en esta sección se harán constar, en extracto, las resoluciones registrales anotadas en los distintos registros públicos, incluyendo las que declaren la culpabilidad del concursado y las que designen o inhabiliten a los administradores concursales.

El registrador competente a cargo del registro público referido en el artículo 24 de la LC expedirá una certificación del contenido del asiento y la remitirá al Registro Público Concursal.

(iii) Sección tercera, de acuerdos extrajudiciales: en esta sección se incluirán los procedimientos para alcanzar acuerdos extrajudiciales de pago, así como las previsiones de publicidad edictal de los procesos judiciales de homologación de los acuerdos de refinanciación, en los términos previstos en la disposición adicional cuarta de la LC.

El notario o registrador mercantil será quien remita certificación o copia del acta al Registro Público Concursal para su publicación, tanto de apertura del expediente como de finalización de las negociaciones.

El acceso al Registro Público Concursal será público, gratuito y permanente, sin necesidad de manifestar o justificar interés legítimo alguno, y las resoluciones publicadas incluirán los datos indispensables para la determinación de su contenido y alcance.

Los datos de carácter personal incluidos en el Registro Público Concursal serán cancelados dentro del mes siguiente a que finalicen sus efectos, salvo en los casos de las inhabilitaciones para administrar bienes ajenos o para ser nombrado administrador concursal y de los datos relativos al acuerdo extrajudicial de pagos, en los que serán cancelados de oficio en el plazo de

dos meses contados desde que hubiera transcurrido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia y desde la publicación del acta notarial de cumplimiento del plan de pagos o firmeza de la resolución que acuerde la conclusión del concurso en el caso de los acuerdos extrajudiciales.

Se adoptarán las medidas necesarias para incluir en el Registro Público Concursal el contenido de las resoluciones concursales correspondientes a procesos que no hayan terminado a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto 892/2013.

El Registro Público Concursal podrá conectarse con los registros de resoluciones concursales de los demás Estados miembros.

El Real Decreto 892/2013 se publicó en el *BOE* el 3 de diciembre de 2013 y entrará en vigor el próximo 3 de marzo de 2014. Sin embargo, hasta la implantación definitiva del Registro Público Concursal, seguirá subsistente el sistema de publicidad concursal regulado en el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio.

[Portugal]

Reforma do Código de Processo Civil

Lei n.º 41/2013 (DR 121 série I de 2013-06-26)

A lei em epígrafe veio proceder a uma profunda reforma do Código de Processo Civil, incluindo a renumeração e a modificação sistemática do mesmo.

Em primeiro lugar, o novo Código de Processo Civil atribui ao juiz um dever de dirigir ativamente o processo, devendo providenciar pela sua celeridade, o que inclui a promoção oficiosa de diligências que considere necessárias para o prosseguimento normal da ação. Com efeito, o juiz deve recusar a prática de atos que considere impertinentes ou meramente dilatatórios, bem como, após audição das partes, adotar mecanismos que simplifiquem e agilizem o processo, de forma a garantir uma justa composição dos litígios num prazo razoável.

Em segundo lugar, e em matéria de providências cautelares, consagra-se um regime de inversão do contencioso. Com este novo regime, o juiz pode, na sequência de requerimento da parte que intentou a providência cautelar, apresentado até à audiência final, dispensar o requerente do ónus de propor uma ação principal, desde que (i) a matéria do procedimento cautelar lhe permita formar uma convicção segura relativamente à existência do direito acautelado e (ii) a natureza da providência seja adequada a compor definitivamente o litígio. O requerido no procedimento cautelar pode opor-se ao pedido do requerente de inversão do contencioso aquando do exercício do respetivo contraditório ou, caso a providência seja decretada sem audição prévia da parte contrária, conjuntamente com a impugnação da mesma.

Em terceiro lugar, são extintas as formas de processo declarativo sumária e sumaríssima, passando a existir apenas a forma de processo declarativo comum, embora com tramitação simplificada em certos casos. A extinção destas duas formas de processo vem acompanhada de várias alterações ao próprio processo comum, que incluem o estabelecimento de um limite máximo de 10 testemunhas por parte, a obrigatoriedade de realização de alegações orais de facto e de direito e a substituição da base instrutória pela fixação de grandes temas de prova, o que implica um acrescido dever de gestão processual pelo juiz. Por outro lado, passam a existir processos executivos ordinários e sumários, com diferentes competências atribuídas ao juiz e ao agente de execução em cada caso.

Em quarto lugar, os documentos particulares deixam de valer como títulos executivos, qualquer que seja a obrigação que titulem, salvaguardando-se os títulos de crédito.

Em quinto lugar, são admitidos novos meios de prova. Por um lado, a verificação judicial não qualificada (semelhante à inspeção, permite que o juiz não se desloque ao local, sendo a verificação realizada por técnico ou outra pessoa qualificada incumbida desta tarefa pelo tribunal). Por outro lado, a alteração das regras relativas às declarações de parte, admitindo-se que a parte requeira até ao início das alegações orais em 1.ª instância a prestação de declarações sobre factos em que tenha intervindo pessoalmente ou de que tenha conhecimento direto.

Em sexto lugar, a audiência prévia (atual audiência preliminar) torna-se obrigatória, salvo raras exceções. Dessa audiência resultará a fixação, por parte do juiz, do objeto do processo e dos grandes temas da prova e o agendamento da audiência final, deixando de existir as figuras da matéria de facto assente e da base instrutória.

Em sétimo lugar, a audiência final ficará sujeita a um princípio de inadiabilidade. Assim, esta deverá realizar-se sempre na data designada para o efeito, salvo em casos de impedimento do tribunal, de falta de um dos advogados sem que o juiz tenha providenciado pela marcação mediante acordo prévio ou se ocorrer motivo que consubstancie justo impedimento. Por outro lado, cria-se a regra de que a audiência final será sempre gravada, sendo registados em ata o início e o termo de cada depoimento, informação, esclarecimento, requerimento e respetiva resposta, despacho, decisão e alegações orais.

Em oitavo lugar, o novo Código de Processo Civil confere novos poderes aos tribunais de segunda instância no âmbito da apreciação e da produção de prova, incluindo a faculdade de, mesmo oficiosamente, ordenar a renovação da prova produzida em certos casos, e de ordenar a utilização de novos meios de prova.

Em nono lugar, é criado um processo especial de tutela da personalidade. Assim, passa a poder ser requerido o decretamento de providências “concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e direta à personalidade física ou moral de ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida”. Esse decretamento pode ser efetuado de forma provisória, embora irrecorrível e sujeito a alteração ou confirmação no próprio processo.

Em décimo lugar, é instituída a obrigatoriedade de os mandatários praticarem todos os atos processuais através de meios eletrónicos, ficando os mesmos impedidos de apresentar articulados ou requerimentos por correio ou fax.

O novo Código de Processo Civil entrará em vigor no dia 1 de setembro de 2013, sendo imediatamente aplicável às ações declarativas e executivas pendentes. No entanto, as normas relativas à determinação da forma de processo apenas serão aplicáveis às ações instauradas após a entrada em vigor do diploma.

No que respeita às execuções instauradas antes de 15 de setembro de 2003, os atos que o novo Código de Processo Civil atribui aos agentes de execução deverão ser praticados pelos oficiais de justiça.

Já as normas do novo Código de Processo Civil relativas aos títulos executivos, às formas de processo executivo, ao requerimento executivo e à tramitação da fase introdutória, bem como a procedimentos e incidentes de natureza declarativa, apenas se aplicam a execuções iniciadas e a procedimentos e incidentes deduzidos após a sua entrada em vigor.

Os recursos interpostos de decisões proferidas a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil em ações instauradas antes de 1 de janeiro de 2008 seguem o regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, com as alterações agora introduzidas, com exceção do disposto no n.º 3 do art.º 671.º do novo Código de Processo Civil.

Adicionalmente, o novo Código de Processo Civil não será aplicável aos procedimentos cautelares instaurados antes da sua entrada em vigor.

Por fim, são revogados diversos diplomas, incluindo o Regime do Processo Civil Simplificado e o Regime Processual Civil Experimental, bem como o diploma que procedeu à aprovação de um conjunto de medidas urgentes de combate às pendências em atraso no domínio da ação executiva, entre outros diplomas e normas.

Após a promulgação do novo Código de Processo Civil, o legislador português editou um conjunto de diplomas regulamentares, entre os quais se destacam a Portaria n.º 282/2013 (DR 166 série I de 2013-08-19), que regula diversos aspetos das ações executivas cíveis, e a Portaria n.º 280/2013 (DR 163 série I de 2013-08-26), que regula a tramitação eletrónica dos processos judiciais.

Lei de Organização do Sistema Judiciário *Lei n.º 62/2013 (DR 163 série I de 2013-08-26)*

A presente Lei estabelece as normas de enquadramento e de organização do sistema judiciário, tratando das profissões judiciárias, dos tribunais, do novo mapa judiciário, dos julgados de paz, da criação de departamentos de investigação e ação penal e, finalmente, dos órgãos de gestão e disciplina judiciários.

Em 27 de março de 2014, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 49/2014 (DR 61 série I de 2014-03-27), que procede à regulamentação da Lei n.º 62/2013. Assim sendo, a nova Lei de Organização do Sistema Judiciário entrará em vigor no dia 1 de setembro de 2014.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Consumo. Responsabilidad de las entidades financieras en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2013

Los hechos enjuiciados en el caso tienen su origen en la reclamación interpuesta por un matrimonio contra una entidad financiera con motivo de la adquisición de unas participaciones preferentes emitidas por Lehman Brothers en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de inversión.

La Sala analiza la relación contractual entre las partes, basada en un contrato de gestión discrecional de carteras de inversión, y la asimila a los contratos de mandato o comisión mercantil. Así las cosas, la sentencia considera que las indicaciones sobre el perfil de riesgo del cliente y las preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, siendo obligación legal de la entidad financiera recabar información sobre la situación patrimonial, experiencia inversora y objetivos de inversión de los clientes, y, asimismo, informar de manera clara y transparente sobre los riesgos de las operaciones contratadas. Lo contrario, puede suponer una negligencia susceptible de indemnización en el supuesto de que se ocasiona un perjuicio a los inversores.

En el caso que resuelve, la Sala considera que esta información completa y clara no se había suministrado, ni tampoco se había actuado de buena fe al existir una contradicción entre el perfil de riesgo del cliente, que era muy bajo, y los valores elegidos por la entidad, de riesgo elevado.

A criterio del alto Tribunal, una actuación diligente y de buena fe hubiera exigido que se pusiera de manifiesto la incoherencia entre el perfil elegido y los productos de inversión aceptados, y de asegurarse así que la información era clara y había sido entendida. Es decir, se exige un plus de buena fe en la actividad de la entidad financiera para tener por cumplidos los estándares de información exigidos por la normativa del mercado de valores.

Por todo lo expuesto, la sentencia concluye que la obligación de información para las entidades financieras es una obligación activa, no de mera disponibilidad, especialmente en el marco del contrato de gestión discrecional de cartera de inversión, que es un contrato basado en la confianza del inversor en el profesional experto en el mercado de valores.

Consumo. Aplicación del plazo general de prescripción a las acciones personales en un juicio declarativo posterior al procedimiento de ejecución hipotecaria

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2013

El recurrente en casación, en su día demandante, interesó la nulidad de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria cinco años después de la notificación de la sentencia. El Juzgado de instancia desestimó la demanda por considerar que había caducado su acción, fallo que la Audiencia confirmó en apelación.

El apelante interpuso dos recursos, uno extraordinario por infracción procesal y otro de casación, sobre los que la sentencia resuelve.

La Sala acoge el motivo de infracción procesal formulado por el recurrente al considerar infringido su derecho a la tutela judicial efectiva, y decreta que la sentencia recurrida ha aplicado normas correspondientes a un procedimiento distinto al realmente iniciado al considerar extemporáneo el ejercicio de la acción, y no entrar a resolver sobre el fondo ha resuelto de forma incorrecta.

En concreto, la Sala considera que la Audiencia Provincial ha dado a la demanda interpuesta el tratamiento propio de un incidente de nulidad de actuaciones. En este sentido, la sentencia recurrida consideró que el plazo para solicitar la nulidad de una sentencia es el de 20 días a contar desde la notificación de la resolución, o desde que se tuvo conocimiento del defecto que ha causado la indefensión, por lo que nunca podría solicitarse la nulidad transcurridos cinco años desde que se dictó la resolución.

El alto Tribunal no comparte el criterio de la Audiencia y considera que la acción ejercitada no es la propia de un incidente de nulidad de actuaciones, sino una acción jurídica fundada en la causa de oposición a un proceso de ejecución hipotecaria, regulada de forma específica en el artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así pues, se estaría ante un proceso declarativo independiente en ejercicio de una acción de carácter personal, sin plazo específico previsto para su ejercicio. Por tanto, resulta aplicable el plazo de quince años previsto en el régimen general de prescripción de las acciones personales recogido en el artículo 1964 del Código Civil.

Por ello, el Tribunal Supremo ("TS") entró a resolver sobre el fondo del asunto, si bien desestimó igualmente la demanda, considerando insuficiente para declarar la nulidad del procedimiento de ejecución el hecho de que el requerimiento previo a su iniciación incluyese el total del montante adeudado en lugar de solo el garantizado por la hipoteca (motivo que fundamentaba la acción de nulidad). En concreto, nos recuerda el TS que el objeto del requerimiento previo es, precisamente, evitar la iniciación de la ejecución y, por ello, debe incluir el total de la deuda, y no solo la garantizada.

**Consumo.
Interpretación de la
Directiva 93/13/CEE
del Consejo de 5 de
abril de 1993, sobre
las cláusulas abusivas
en los contratos
celebrados con
consumidores**

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 14 de noviembre de 2013

En el marco de dos litigios distintos relativos al cobro de las deudas impagadas derivadas de contratos de préstamo hipotecario, se presentaron peticiones de decisión prejudicial acerca de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El TJUE resuelve ambas cuestiones conjuntamente tras acumularse los procedimientos.

En concreto, en el primero de los litigios se consulta si la posibilidad de impedir a un juez que tramite un procedimiento de ejecución hipotecaria entrar a valorar el carácter abusivo o no de las cláusulas del contrato del que trae causa puede contravenir la mencionada Directiva.

El Tribunal de Justicia, ratificando el criterio establecido en su Sentencia de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz), concluye que, conforme a la normativa española, por un lado, el juez que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria no puede examinar, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato que sirve de fundamento al título ejecutivo. Al mismo tiempo, no se permite al juez que conoce del procedimiento declarativo de nulidad de cláusulas abusivas adoptar medidas cautelares, en particular la suspensión de la ejecución, para garantizar la plena eficacia de su resolución final. Ello implica que, una vez ejecutado el bien inmueble, aunque se declare la nulidad de la cláusula, el consumidor solo podrá obtener una protección indemnizatoria, nunca la devolución del bien. Por estos motivos, el TJUE considera que la normativa española es contraria a la Directiva.

En el segundo de los litigios se consulta por la interpretación del artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva y los puntos 1, letras e) y g), y 2, letra a), de su anexo con respecto al carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado incluida en un préstamo hipotecario.

El Tribunal concluye que deben analizarse las siguientes cuestiones para concluir si existe abusividad de este tipo de cláusulas:

(i) Si la facultad del profesional de resolver unilateralmente el contrato depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate.

(ii) Si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

(iii) Si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que resulte más difícil para el consumidor, a la vista de los medios procesales de que dispone, el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

(iv) Si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos de la resolución unilateral del contrato de préstamo.

Sin perjuicio de lo anterior, el TJUE recuerda que corresponde al órgano jurisdiccional nacional realizar esta apreciación en función de todas las circunstancias que concurran en el litigio del que conoce.

Consumo. Nulidad de cláusulas abusivas de contrato de transporte aéreo

Sentencia del Juzgado Mercantil número 5 de Madrid, de 30 de septiembre de 2013

La sentencia analiza una acción colectiva promovida por la Organización de Consumidores y Usuarios por medio de la cual solicitaba el cese en la utilización de condiciones generales de la contratación incorporadas en el contrato de transporte de una compañía *low cost*, y declara que ocho de ellas son nulas por abusivas:

(i) La cláusula relativa a la ley y jurisdicción aplicable que somete a la legislación y tribunales irlandeses cualquier disputa entre las partes. Considera la sentencia que esta cláusula vulnera lo dispuesto en la Directiva 93/13 y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, "LGDCU"), al someter la ley y jurisdicción a un estado distinto del de residencia y contratación del consumidor, especialmente dado que la compañía aérea en cuestión tiene bases y actividad en España.

(ii) La cláusula relativa a reservas y documentación, al limitar los documentos con los que los pasajeros pueden identificarse para facturar o acceder a un vuelo. Entiende la sentencia que, a la hora de identificar a los pasajeros, la compañía debe asumir los documentos oficiales incluidos en el Plan Nacional de Seguridad y que cualquier limitación a este respecto es nula porque está imponiendo limitaciones a los derechos de los consumidores, conducta prohibida por el artículo 86.7 LGDCU.

(iii) El cargo de 40 euros del Anexo Tabla de Cargos por imprimir la tarjeta de embarque en el mostrador de facturación del aeropuerto no es nulo *per se*, ya que la penalización en este sentido sería admisible en Derecho. No obstante, la sentencia recuerda que es necesario conocer el coste efectivo de la prestación del servicio y ver si se cumple la finalidad perseguida y no es abusivo por desproporción. Por ello, ante la falta de acreditación por la compañía, la sentencia concluye que la cláusula impone una indemnización desproporcionada y por ello es abusiva, declarándose su nulidad.

(iv) La cláusula relativa a la denegación del transporte del viajero o de su equipaje se declara nula en los términos en que está redactada en ese caso concreto, por aplicación del artículo 85 del LGDCU, al no responder a razones objetivas.

Así, la sentencia considera que no hace referencia solo al derecho a no contratar, que es admisible de forma genérica, sino que alude a la posibilidad de no transportar. Es decir, según la propia redacción de la cláusula, la demandada podría denegar el transporte cuando ya se había producido el contrato, lo que no colmaría las exigencias del artículo 5 de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación y, por ello, debería rechazarse.

(v) La cláusula que establece que determinados artículos no se aceptan como equipaje se declara nula en la medida en que la normativa de navegación aérea no prohíbe el transporte de estos objetos facturados en el equipaje, ni tampoco hay justificación alguna para su

prohibición, por suponer una limitación de los derechos de los consumidores conforme al artículo 86.7 LGDCU

(vi) La cláusula relativa a la recogida y entrega de equipaje facturado en un plazo razonable, tan pronto como este se ponga a disposición en el destino, es nula en parte por vulnerar el artículo 85.3 de la LGDCU, al contener términos indeterminados cuya interpretación queda al arbitrio del empresario.

(vii) La sentencia declara nula la cláusula que establece la facultad de la aerolínea de modificar unilateralmente la fecha de la reserva, del viaje y del horario. Considera el juzgador que el horario es un elemento esencial del contrato de transporte y factor relevante en la elección de este medio de transporte. Al pasajero no le es indiferente el horario de salida y de llegada, ya que programa su jornada en función de este y puede llevarle a no contratar determinado vuelo.

Siendo un elemento esencial, no cabe permitir al profesional que lo pueda modificar de forma unilateral, de suerte que si lo hace la cláusula deviene nula, salvo que concurran dos circunstancias: (1) que se conceda al consumidor la posibilidad de resolver el contrato, en consonancia con la solución que ha postulado la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 26 de abril de 2012) cuando se produce un incremento del precio incluso por disposición normativa; y (2) que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

(viii) Finalmente, también se declara nula la cláusula que no permite realizar transacciones en efectivo. Efectivamente, la sentencia considera que el artículo 1170 del Código Civil permite como forma de pago el de la moneda de curso legal, que debe entenderse en la actualidad que es el euro, de conformidad con la Ley 46/1998. Por tanto, cuando la ley alude a forma de pago con moneda de curso legal se debe entender que se refiere al pago en efectivo, según la interpretación adecuada a la realidad social. Lo contrario supone una limitación de los derechos de los consumidores que no responde a causa objetiva alguna, al contrario de lo que ocurre cuando se contrata en internet o por llamada, donde no cabe el pago en efectivo.

Una vez sea firme, la sentencia también condena a la compañía a publicar la parte del fallo que contiene las cláusulas declaradas nulas en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en un periódico nacional de entre los tres de mayor tirada. Y, en igual medida, se ordena librar mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación para inscribir la sentencia en los términos dispuestos en el artículo 22 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación.

Consumo. Cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación que debe darse a la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 a la luz de la Directiva 93/13

Autos del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 2 de Marchena, de 16 de Agosto de 2013, y del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander, de 19 de noviembre de 2013

La disposición transitoria segunda *in fine* de la Ley 1/2013, relativa a los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, prevé una solución *ad hoc* para aquellos "procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial", al señalar que el secretario judicial (o, en su caso, el notario) deberá requerir a la parte ejecutante para que recalculase el saldo deudor, adaptando la cantidad reclamada por intereses al nuevo límite legal establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que es de tres veces el interés legal del dinero.

Pues bien, en el marco de los correspondientes procedimientos de ejecución hipotecaria instados por las entidades financieras y tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander y de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Marchena, ambos juzgados han declarado de oficio la abusividad de las cláusulas que establecían el interés moratorio aplicable.

Además, ambos se han cuestionado si el recálculo de los intereses de demora establecido en la disposición transitoria segunda *in fine* de la Ley 1/2013 contraviene la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al permitir, *de facto*, una moderación de intereses moratorios.

Por ello, han planteado sendas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativas a si ante una cláusula de interés moratorio abusiva el juez nacional debe dar traslado al ejecutante, procediendo a su moderación hasta el triple del interés legal del dinero, o si, por el contrario, debe declarar la no aplicación de dicha cláusula debido a su carácter abusivo.

En definitiva, surgen dudas de si el hecho de que un infractor pueda recalcar y establecer un tipo de interés de demora nuevo puede ser contrario al espíritu sancionador que subyace a la Directiva 93/13 y suponer una limitación a la protección del interés del consumidor, pues no se estaría vinculando al consumidor a las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula.

**Consumo.
Improcedencia de una
acción colectiva para
instar la nulidad
de cláusulas
contractuales, por
indebida acumulación
de acciones**

Sentencia de 27 de noviembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Santander

La sentencia, al amparo de lo dispuesto en los artículos 73.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 86 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, niega la posibilidad de poder acumular en un mismo proceso las acciones colectivas de cesación de los artículos 12 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 29.2 de la Ley General de Publicidad con las acciones individuales de cada afectado. En consecuencia, requirió a la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE) para que optara, o bien por continuar con las acciones colectivas de cesación desistiendo de las individuales, o bien por continuar con las acciones individuales, para lo cual debía desistir de su demanda y presentar tantas como actores hubiera ante los respectivos juzgados competentes.

Frente a dicho requerimiento judicial, se optó por desistir de las acciones individuales y limitar el procedimiento al análisis de las acciones colectivas de cesación interpuestas por ADICAE, ejercitándose sobre determinadas cláusulas: sobre la emisión de las participaciones preferentes, respecto de las órdenes de compra y el contrato de cuenta de valores, y la publicidad de las participaciones preferentes.

En primer lugar, el Juzgado rechaza la consideración de condiciones generales a las cláusulas relativas a emisiones de preferentes, ya que su contenido derivaba directamente de la regulación legal configuradora del propio producto de inversión financiera. Esta configuración estaría contenida en el folleto informativo aportado, aprobado y registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores y autorizado en un acto administrativo expreso del órgano regulador. Cita, además, las sentencias del TS de 14 de noviembre de 2006 y 2 de noviembre de 2001, que excluyen la aplicación de la legislación de defensa de los consumidores a inversiones vinculadas a los mercados.

En cuanto a las cláusulas de las órdenes de compra impugnadas, el Juzgado declara la nulidad de la cláusula de sumisión a los juzgados y tribunales de Santander por entenderla contraria al artículo 90.2 del Texto Refundido de la LGDCU y, por vía indirecta, al artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. No obstante, considera que la cláusula quinta impugnada, que hace referencia a otros contratos suscritos entre las partes, no puede declararse nula, pues habrá de analizarse el caso concreto en el ámbito de las acciones individuales.

Por lo que respecta a las cláusulas del contrato de cuenta de valores impugnadas, el juzgador únicamente considera nula la cláusula que permitía a la entidad financiera compensar cualquier obligación derivada de otra cuenta o depósito que fuera del mismo titular. Así, aunque considera que cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la compensación y que no se crea un desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, lo cierto es que, citando la sentencia del TS de 16 de diciembre de 2009, entiende que esta no es lo suficientemente transparente, clara, concreta y sencilla por la referencia que se realiza a la compensación con cualquier cuenta en la que el cliente figure como "*titular único o indistinto*". Así, no quedaría claro a qué se refiere la cláusula con "*indistinto*", por lo que el suscriptor del contrato no podría entender el ámbito de aplicación de la compensación prevista.

Finalmente, la sentencia desestima las acciones ejercitadas en relación con la Ley de Publicidad, puesto que no se había concretado suficientemente qué publicidad se entendía engañosa. Considera el juzgador que no puede pretenderse por esta vía la genérica nulidad del modo en que se comercializó el producto, por lo que el proceso de comercialización habrá de verificarse en las acciones individuales atendiendo a la concreta información verbal suministrada por parte de los empleados de la entidad a los clientes.

Concursal. Concreción del día inicial del plazo legal para comunicar el crédito aplicable a acreedores residentes en el extranjero

Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 27 de septiembre de 2013

La sentencia analizada resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que enjuicia un incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores.

La cuestión central radica en determinar si a los acreedores residentes en el extranjero les resulta de aplicación el plazo de comunicación de créditos establecido en el artículo 21.1.5.º de la LC, que prevé como *dies a quo* el día siguiente a la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* del auto de declaración de concurso.

La parte apelante, acreedora de la concursada residente en el extranjero, sostiene su falta de vinculación a este *dies a quo*, toda vez que no tiene obligación alguna de consultar el *BOE*, ni entiende su contenido.

En el presente caso, de conformidad con el cómputo del plazo para la comunicación de créditos que establece la Ley Concursal, la acreedora comunicó tardíamente sus créditos, por lo que se produjo su subordinación automática en aplicación de lo previsto en el artículo 92.1.º de la LC. A los efectos de salvar la consecuencia de la subordinación, la parte apelante alega su falta de vinculación a dicho cómputo y, por ende, la corrección de la comunicación de sus créditos. Y ello debido a que, según sostiene la acreedora, al residir en el extranjero, el cómputo del plazo de un mes para la comunicación de créditos debe necesariamente iniciarse desde la fecha en que se conoce individualmente la existencia del concurso.

Sin embargo, la Audiencia Provincial no considera admisible dicho razonamiento. La resolución analizada sostiene que no existe argumento alguno que pueda sustentar la pretendida exclusión por parte del acreedor de la aplicación del *dies a quo* establecido en el artículo 21.1.5.º de la LC. Y ello con base, primordialmente, en el principio de territorialidad de las normas procesales civiles, previsto en el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que resulta de aplicación subsidiaria al proceso concursal, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final quinta de la LC.

Asimismo, la Audiencia Provincial dispone que, de conformidad con el artículo 200 de la LC, el proceso concursal desarrollado en España debe someterse, como regla general, a la ley española.

Concretamente, la Audiencia recuerda que el artículo 217 de la LC fija claramente la vinculación de los acreedores residentes en el extranjero al plazo señalado en el artículo 21.1.5.º de la LC, que prevé, como *dies a quo* para la comunicación de créditos, el día siguiente a la publicación en el *BOE* del auto de declaración de concurso.

Finalmente, la Audiencia Provincial también hace referencia al Reglamento de Insolvencia comunitario n.º 1346/2000, el cual, en sus artículos 40 y 42, prevé la publicación de la apertura de un procedimiento concursal en la lengua o lenguas del Estado en que se haya abierto el concurso, sin que, por tanto, el desconocimiento del idioma sea excusa alguna que permita evitar la aplicación de las normas procesales generales del Estado en que se sigue el proceso concursal.

Por todos los argumentos expuestos, la Audiencia acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por el acreedor extranjero, al entender que no existe soporte legal alguno que justifique la desvinculación de los acreedores residentes en el extranjero respecto del plazo de comunicación de créditos, ni de su cómputo, previsto en la Ley Concursal.

Societario. Tras la declaración de concurso, cesa el deber legal de los administradores de instar la disolución de la sociedad

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 15 de octubre de 2013

El TS ha considerado que, tras la declaración de concurso, cesa el deber legal de los administradores sociales de instar la disolución de la sociedad.

En este sentido, la Sala razona que el estado de insolvencia no constituye, por sí mismo, una causal legal de disolución que, en último término, pudiera hacer incurrir a los administradores sociales en un supuesto de responsabilidad. Así, no debe confundirse, a pesar de su aparente similitud, una situación de insolvencia con aquella propia de las pérdidas acaecidas en un ejer-

cicio económico y que, en última instancia, pueden suponer una reducción del patrimonio social hasta implicar una causa de disolución.

El alto Tribunal contempla así dos escenarios. El primero de ellos es que, si concurre una causa de disolución como consecuencia de que las pérdidas patrimoniales hayan reducido el capital social a menos de la mitad, deberá promoverse la disolución en los términos que prevé el artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, la "LSC").

La segunda de las posibilidades sería que la sociedad no pudiese hacer frente con regularidad a sus obligaciones de pago (artículo 2.2 de la LC), en cuyo caso deberá solicitar la declaración en concurso, rigiéndose esta situación por una normativa propia. De acuerdo con esta, la disolución de la sociedad solo tendría lugar necesariamente: (i) como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (artículo 145.3 de la LC) o si, (ii) habiéndose aprobado una propuesta de convenio, durante su vigencia, la sociedad es consciente de la imposibilidad de cumplir los compromisos de pago asumidos (artículo 142.2 de la LC).

De esta forma, para que un administrador social pueda ser condenado al pago solidario de las deudas sociales (artículo 367 de la LSC), deben verificarse una serie de requisitos, entre los que se encuentra la falta de convocatoria de la Junta General para adoptar el acuerdo de disolución de la sociedad, cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en los apartados c), d), e) y g) del artículo 363 de la LSC. No obstante, matiza que este requisito cede si la sociedad, en el caso de reducción del patrimonio neto a causa de las pérdidas, ha solicitado su declaración en concurso.

Sin embargo, la declaración en concurso no eximirá a los administradores sociales del deber de indemnizar por actos sucedidos antes del inicio del procedimiento concursal, sin perjuicio de que el ejercicio de la acción de responsabilidad quede en suspenso durante su tramitación (artículo 51.1.bis de la LC).

Finalmente, la Sala concluye que no cabe declarar la responsabilidad de los administradores sociales por un incumplimiento del deber de disolver la sociedad durante la fase de convenio, puesto que la normativa mercantil en el ámbito societario considera la declaración en concurso como un hecho limitativo de esta posibilidad, aunque, matiza el TS, si durante la tramitación del procedimiento se incumplieran alguno de los supuestos que obligan a los administradores sociales a solicitar la liquidación y disolución de la sociedad, ello puede redundar en la calificación del concurso como culpable (artículo 164.2.3.º de la LC).

Societario. Derecho de separación de los socios que votaron en contra del acuerdo de transformación de la sociedad anónima en limitada

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2013

En el caso de autos, se promueve acción de impugnación de un acuerdo social referido a la transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada. El acuerdo en cuestión se aprobó por la Junta General el día 27 de julio de 2009, pero fue convocada el día 16 de junio, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales, regulatoria de la transformación de sociedades mercantiles.

Lo que se discute, en definitiva, es si la ley que debe regir el acuerdo de transformación es la vigente al momento de la convocatoria del acuerdo social, o si, tal y como sostiene la parte actora, la normativa regulatoria del acuerdo es aquella que se encontraba vigente en el momento de la adopción del acuerdo. Ello en atención a que, en caso de considerarse que la Ley 3/2009 no es de aplicación al acuerdo impugnado en autos, no cabría reconocer un derecho de separación al socio que votó en contra del acuerdo de transformación.

Las sentencias de primera y de segunda instancias consideraron que la fecha y momento que debe tenerse en cuenta para la aplicación o no de la Ley 3/2009 y, por ende, el nacimiento del derecho de separación en ella regulado, no es el de celebración de la junta y adopción del acuerdo, sino la fecha en que dicha junta fue convocada por el Consejo de Administración. Por tanto, entendieron que no correspondía a la actora, socia de la sociedad afectada por la transformación, el derecho de separación, ya que la normativa anterior a la Ley de Modificaciones Estructurales no preveía un derecho de separación para el caso de transformación de sociedad anónima en sociedad limitada.

En la sentencia que aquí se comenta, el TS establece que la Ley de Modificaciones Estructurales entró en vigor el 4 de julio de 2009 y que se tuvo conocimiento de ella desde el 3 de abril de 2009 (fecha de su publicación). Desde ese momento, debe reconocerse el derecho de separación al accionista que no haya votado a favor del acuerdo, pues ese era el propósito del legislador.

Se sostiene, además, que no existe norma que disponga que la ley aplicable a los acuerdos de transformación sea la vigente al momento de la convocatoria.

**Societario.
Inexistencia de
responsabilidad
en la administración
concursal al no
apreciarse falta
de diligencia ni
vulneración
de obligación alguna**

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2013

La cuestión material enjuiciada en la sentencia consiste en la posible responsabilidad civil de un administrador concursal, con base en el artículo 36 de la LC.

La sentencia dictada por el alto Tribunal razona los motivos por los cuales no se aprecia que el administrador concursal haya incurrido en la citada responsabilidad concursal ni tampoco en la responsabilidad civil extracontractual genérica del artículo 1902 del CC.

La responsabilidad prevista en el artículo 36 de la LC, tal y como indica el TS en su sentencia, se genera cuando se causa un daño a la masa como consecuencia de una conducta activa u omisiva contraria a la ley o a la diligencia exigible en el ejercicio de la función de administrador concursal.

Partiendo de los requisitos previstos en el citado precepto, el alto Tribunal analiza las dos conductas denunciadas por la parte demandante, también recurrente, para llegar a la conclusión de que la administración concursal no incurrió en ninguna responsabilidad como consecuencia de las referidas conductas.

La Sala razona si la administración concursal causó un daño (i) por no haber ejercitado la acción de reintegración con respecto de unos pagos, a juicio del recurrente, excesivos o indebidos, realizados por la concursada, y (ii) por no haber reclamado la devolución del IVA soportado en un concreto período de tiempo.

En lo que respecta a la primera de las conductas denunciadas, el TS manifiesta que no es contraria a la ley, ya que no infringe ninguna norma de conducta impuesta. Del mismo modo, la Sala tampoco entiende que la citada conducta tampoco haya contrariado el estándar de diligencia exigible.

Si bien la Sala entiende que el hecho de que ninguna norma prevea expresamente como deber para el administrador concursal el ejercicio de la acción de reintegración, no le exime de responsabilidad si se justifica que de haber actuado de forma diligente la habría ejercitado. En este caso, el acto cuya rescisión no solicitó la administración concursal quedaba fuera del período de dos años anteriores a la declaración del concurso.

En este sentido, aunque sería posible ejercitar la acción de reintegración al amparo del artículo 71.7 de la LC, la Sala no aprecia que su omisión justifique la responsabilidad que reclama el recurrente.

En lo que respecta a la segunda de las conductas denunciadas, el alto Tribunal entiende, por una parte, que la falta de reclamación de devolución del IVA no constituye ninguna infracción normativa y, por otra parte, que, no constituyendo una infracción normativa, en condiciones normales y con carácter general sí le sería exigible como parte de la diligencia debida. Pese a ello, la Sala, en este caso, comparte el criterio de la Audiencia Provincial, que tomó en consideración dos circunstancias para concluir que no era exigible al administrador concursal la reclamación del IVA: (i) la premura de tiempo, ya que el plazo para reclamar el IVA caducaba a los pocos meses desde la declaración del concurso; y que (ii) el administrador concursal no contó con información contable suficiente al tomar posesión de su cargo, lo cual provocó, precisamente, la calificación culpable del concurso.

Por todo ello, el TS concluye que el administrador concursal ni ha infringido deber legal alguno ni se aprecia que las conductas llevadas a cabo sean contrarias al estándar de diligencia que le es exigible.

Sucesiones y donaciones

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de septiembre de 2013

En la sentencia de 11 de septiembre de 2013 el Pleno de la Sala Primera del TS sienta doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 1006 del Código Civil, que regula la situación que se produce cuando uno de los herederos llamados a la herencia fallece antes de ejercitar su *ius delationis* en que, según dicción literal de este artículo, "*pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*".

La sentencia se hace eco de la existencia de dos corrientes doctrinales que interpretan la situación descrita: (i) la llamada teoría clásica o de la doble transmisión, según la cual el heredero o herederos transmisarios no suceden al primer causante —que ni ha pensado en ellos, ni los ha llamado a la herencia—, por lo que se producirían dos movimientos de los bienes de este primer causante: el primero, de su patrimonio a la masa hereditaria del heredero transmitente; el segundo, de la masa hereditaria del heredero transmitente al heredero o herederos transmisarios; y (ii) la llamada teoría moderna, de la adquisición directa o de la doble capacidad, según la cual el heredero o herederos transmisarios sí suceden al primer causante, por lo que se produciría un único movimiento de sus bienes, que pasarían directamente de su patrimonio al heredero o herederos transmisarios cuando estos, en ejercicio del *ius delationis* que les ha sido transmitido, aceptan la herencia. Según esta teoría, cuyo principal precursor es el profesor Albaladejo, el transmitente no transmite la herencia del primer causante, sino el derecho a aceptarla.

Una vez distinguidas las dos teorías, la sentencia analizada, considerando la caracterización unitaria del *ius delationis* que resulta de otras recientes resoluciones, se decanta por la teoría moderna, casando con ello la resolución dictada por la Audiencia Provincial que se había acogido a la teoría clásica o de la doble transmisión.

El artículo 1006 del Código Civil contemplaría la aptitud del *ius delationis* para ser objeto de transmisión. El derecho de transmisión previsto en este artículo no constituye "*una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis*", sino que el *ius delationis* de la herencia del causante subsiste como tal "*inalterado en su esencia y caracterización*" para transitar o pasar, por el fallecimiento del heredero transmitente, al heredero o herederos transmisarios. No se trataría de una doble transmisión sucesoria en el *ius delationis*, "*sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente*".

Como consecuencia de la doctrina jurisprudencial sentada, a la hora de dividir la herencia del primer causante, el cuaderno particional no podrá limitarse a adjudicar la cuota global que corresponda a los herederos transmisarios, en calidad de sucesores del heredero transmitente, sino que deberá recoger las cuotas concretas que se les asignen, con determinación expresa de los bienes que les sean singularmente adjudicados. Estas adjudicaciones no se verán afectadas por las disposiciones que deban seguirse a la hora de dividir la herencia del heredero transmitente.

Nulidad de donación realizada al amparo de un poder general de representación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 2013

La controversia entre las partes surge de la donación de una finca realizada por un mandatario utilizando un poder general de representación que preveía expresamente la posibilidad de "*hacer y aceptar donaciones puras, condicionales u onerosas*", pero que no concretaba ni el donatario ni el objeto de la donación objeto del procedimiento.

Tras el fallecimiento del poderdante, su heredera universal interpuso, contra el mandatario y la donataria, demanda de nulidad por falta de consentimiento y causa de la donación. Esta pretensión fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia 20 de Barcelona y, posteriormente, confirmada por la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

La donataria interpuso recurso ante el TS con fundamento en dos motivos: la caducidad de la acción ejercitada por la heredera del mandante *ex* artículo 1300 del Código Civil y la vulneración

de la regulación del mandato, porque el poder general sí facultaba expresamente al mandatario para realizar donaciones en nombre y representación del mandante. Ambos motivos fueron desestimados por el alto Tribunal, que confirmó íntegramente la resolución recurrida.

En relación con la supuesta caducidad de la acción ejercitada, el TS señala que la posibilidad de ratificación de un negocio jurídico celebrado sin poder de representación no significa que se trate de una causa de anulabilidad cuya acción caduque a los cuatro años *ex* artículo 1301 del Código Civil, puesto que *“el acto, sin el poder de representación, está falto de consentimiento, elemento esencial”* del negocio jurídico y, por ende, supuesto de nulidad radical.

Por otro lado, y en relación con la suficiencia del mandato para realizar la donación, el TS —con cita a la sentencia del pleno de su Sala Primera, de 26 de noviembre de 2010— concluye que el poder general de representación, aun conteniendo una previsión expresa relativa a la celebración de donaciones en los términos antes expuestos, no habilita al mandatario a concluir las al no haberse especificado los sujetos y objetos de las donaciones *“en forma bien determinada”*.

[Portugal]

Processo Civil - Execução baseada em Injunção - Fundamentos de Oposição à Execução

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 388/2013, de 8 de julho de 2013 (DR 184 série I de 2013-09-24)

O Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 814.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, na redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro, “quando interpretada no sentido de limitar os fundamentos de oposição à execução instaurada com base em requerimento de injunção ao qual foi aposta a fórmula executória”.

A norma em apreço equipara o requerimento de injunção com fórmula executória à sentença, reduzindo os fundamentos admissíveis de oposição à execução a um elenco taxativo e muito limitado, que não inclui a generalidade dos fundamentos de defesa invocáveis numa ação declarativa.

No entender do Tribunal Constitucional, a aposição de fórmula executória a um requerimento de injunção, efetuada por oficial de justiça, não constitui um ato jurisdicional equiparável a uma sentença e não produz o efeito de caso julgado. Assim, a aposição de fórmula executória não torna desnecessária a prova do direito invocado em sede de oposição à execução, dado que não assegura o mesmo grau de certeza que uma sentença.

Por conseguinte, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do artigo 814.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, na redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro, por considerar que o mesmo restringia de forma desproporcional a garantia de acesso aos tribunais, consagrada no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa.

Cumprir referir que o artigo 814.º, n.º 2, do Código de Processo Civil foi revogado com a aprovação do novo Código de Processo Civil, pese embora a doutrina do presente acórdão possa continuar a servir para interpretar o artigo 731.º do novo Código de Processo Civil.

PROCESAL PENAL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad

Directiva (UE) N.º 2013/48 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013

Esta Directiva tiene como precedentes las Directivas (UE) 2010/64, sobre los derechos a traducción e interpretación, y 2012/13, sobre el derecho del detenido a recibir información sobre su detención.

Los considerandos 2 a 5 recuerdan que el reconocimiento de sentencias extranjeras es esencial para “mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia”, y clasifica los derechos del sospechoso o acusado como factores de los que depende en gran medida dicho reconocimiento.

La presente Directiva establece normas mínimas sobre los siguientes aspectos:

- (i) El derecho a la asistencia de letrado en procesos penales y de ejecución de una orden de detención europea.
- (ii) El derecho a informar a un tercero en el momento de la privación de libertad.
- (iii) El derecho a comunicarse con terceros y autoridades consulares durante la detención.

Su ámbito de aplicación (*ex art. 2*) se extiende a sospechosos o acusados en procesos penales desde que las autoridades competentes les hayan informado de que lo son, estén o no privados de libertad. No obstante, la Directiva no se aplicará en procedimientos sobre infracciones leves cometidas en una prisión ni a infracciones en el ámbito militar que estén siendo tramitadas por un oficial de mando. Asimismo (considerando 20) el interrogatorio no incluye las actuaciones preliminares efectuadas por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad para identificar a la persona de que se trate, comprobar la posesión de armas (u otras cuestiones de seguridad) o determinar si debe abrirse una investigación.

El artículo 3 recoge el catálogo de derechos del sospechoso o acusado:

- (i) Asistencia de letrado sin demora injustificada antes del interrogatorio policial o judicial, durante el momento de la investigación u obtención de pruebas, tras la privación de libertad, y antes de comparecer ante un tribunal (el derecho a la asistencia letrada antes del interrogatorio policial supondría un cambio notable en la práctica española, en la que se viene denegando en la mayoría de los casos esa posibilidad al detenido).
- (ii) Derecho del acusado o sospechoso a entrevistarse con su abogado y comunicarse con él en privado. El artículo 4 insiste en la confidencialidad de las comunicaciones, especificando que abarca reuniones, correspondencia, conversaciones telefónicas y cualquier otra forma de comunicación.
- (iii) Asistencia del abogado en interrogatorios, ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones de hechos.

* Esta sección ha sido coordinada por Esteban Astarloa e Ismael Clemente, y en su elaboración han participado Alberto Gómez Fraga, Patricia Leandro Vieira da Costa, Víctor Jiménez Carbayo, Carlos Morales Ruíz, Rita Castanheira Neves y Luís Bertolo Rosa, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

Los Estados miembros deberán facilitar la asistencia letrada al sospechoso o acusado, salvo que él haya renunciado a este derecho. El apartado 6 de este artículo añade como excepción a esta obligación estatal de facilitar asistencia letrada al sospechoso el riesgo a la vida, libertad o integridad física de una persona, y que se requiera urgentemente de *"una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal"*.

El artículo 5 hace referencia al derecho a que se informe a un tercero de la detención sin demora justificada, si así lo quiere el detenido. En caso de ser menor de 18 años, se informará a quien ejerza su responsabilidad parental, salvo que ello sea contrario al interés del menor, en cuyo caso se avisará a otro adulto responsable. Rigen también en este caso las excepciones antes citadas del artículo 3.6 (riesgo a la vida, libertad o integridad física de una persona, y que se requiera la actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer el proceso penal).

El artículo 6 establece el derecho de la persona en situación de privación de libertad a comunicarse con terceros sin demora justificada. No obstante, los Estados miembros, si bien deberán velar por el cumplimiento de este derecho, podrán limitar o aplazar su ejercicio *"por razones imperiosas o necesidades prácticas de carácter proporcionado"*. El detenido podrá en todo caso comunicarse con las correspondientes autoridades consulares, según se deriva del artículo 7.

El artículo 8 recuerda que las excepciones temporales deberán ser proporcionadas y limitarse a lo estrictamente necesario, estarán rigurosamente limitadas en el tiempo, no podrán basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la supuesta infracción y no podrán menoscabar las garantías de un juicio justo.

El artículo 9 recoge, para los supuestos de renuncia voluntaria e inequívoca, que debe facilitarse *"al sospechoso o acusado, verbalmente o por escrito, información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las posibles consecuencias de renunciar a él"*. Podrá hacerse oralmente o por escrito, y será revocable en cualquier momento.

En línea con lo anterior, el artículo 10.2 detalla el derecho a ser asistido por un letrado en los procedimientos de ejecución de una orden de detención europea, que podemos resumir como sigue:

- (i) Derecho a la asistencia de letrado tras la privación de libertad de modo que el detenido pueda ejercer sus derechos efectivamente y, en cualquier caso, sin demora injustificada.
- (ii) Derecho a comunicarse y reunirse con el letrado que lo represente.
- (iii) Derecho a que el letrado esté presente e intervenga, según la normativa nacional, durante la declaración del detenido ante la autoridad judicial de ejecución.

Los derechos previstos en los artículos anteriores se aplicarán a los procedimientos de ejecución de una orden de detención europea en el Estado miembro ejecutante. La autoridad competente informará a la persona reclamada, sin demora injustificada tras su detención, de que tiene derecho a designar a un letrado en el Estado miembro emisor, sin perjuicio de los plazos establecidos en la Decisión Marco 2002/584/JAI, de la obligación de la autoridad judicial de ejecución de decidir acerca de la entrega de la persona, ni de lo dispuesto en la normativa nacional en materia de asistencia jurídica gratuita, que se aplicará, *ex artículo 11*, de conformidad con la Carta de Derechos Fundamentales y el CEDH.

El artículo 12 dicta que el detenido ha de tener acceso a vías de recurso efectivas en caso de vulneración de estos derechos, garantizando el respeto de los derechos de defensa y a un juicio justo.

Finalmente, solo queda recordar que, al tratarse de una Directiva, no goza de eficacia directa, sino que debe ser traspuesta al ordenamiento interno. En este caso, según establece su artículo 15, el plazo para transposición de esta Directiva expira el 27 de noviembre de 2016, sin perjuicio de su entrada en vigor a los 20 días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 17).

[España]**Actuación y criterios para la resolución de diversas cuestiones prácticas relacionadas con las diligencias de investigación en Fiscalía, con el fin de potenciar dichas diligencias**

Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado, de 30 de diciembre de 2013, sobre las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal

Esta Circular tiene por objeto proporcionar principios de actuación y criterios para la resolución de diversas cuestiones prácticas relacionadas con las diligencias de investigación en Fiscalía, con el fin de potenciar dichas diligencias. Destacamos los siguientes aspectos contenidos en la Circular:

(i) Los fiscales deben actuar respetando los principios de legalidad e imparcialidad. La Circular recuerda que *"no todo es lícito en el descubrimiento de la verdad"*.

(ii) Dado que las diligencias de investigación del fiscal no interrumpen los plazos de prescripción, los fiscales han de tener especialmente en cuenta el plazo correspondiente a la hora de judicializar el asunto.

(iii) Las denuncias anónimas podrán ser valoradas atendiendo a las circunstancias del caso concreto, pero no son suficientes por sí mismas para adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales; será necesaria una mínima investigación que las corrobore.

(iv) Están prohibidas las investigaciones generales o prospectivas. Las diligencias de investigación solo pueden iniciarse en virtud de la noticia de la comisión de un hecho concreto que revista los caracteres de infracción penal.

(v) El investigado tiene derecho a ser informado del motivo de su citación para declarar como tal ante el fiscal y puede tomar conocimiento de lo actuado. El investigado y su letrado pueden leer y, en su caso, solicitar la modificación del acta de su declaración. Si la toma de declaración del sospechoso pudiera frustrar la investigación de los hechos, el fiscal debe judicializar las actuaciones solicitando al Juzgado la declaración del secreto (dado que las diligencias de investigación del fiscal no pueden ser declaradas secretas).

(vi) La falta de veracidad de las manifestaciones de un testigo en las diligencias de investigación del fiscal no es constitutiva de un delito de falso testimonio, al no tratarse de una causa judicial.

(vii) El fiscal puede realizar diligencias de investigación limitativas del derecho a la intimidad, como la intervención de agendas o dietarios, la solicitud a terceros de ciertos datos personales sin el consentimiento del interesado, las grabaciones videográficas de personas o cosas en la vía pública, así como, en casos de urgencia, el acceso a documentos archivados en teléfonos móviles u ordenadores no integrados en un proceso de comunicación (como la agenda de un móvil; pero no la lista de llamadas, pues se afectaría el derecho al secreto de las comunicaciones). El fiscal no podrá ordenar grabaciones de audio de conversaciones, y estarán también vedadas, como regla general, las diligencias de entrada y registro en domicilios y en edificios y lugares cerrados distintos de los domicilios, así como, tal y como se ha indicado, el acceso a datos que afectan el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

(viii) Como regla general, los fiscales no podrán adoptar medidas cautelares, a excepción de la detención del sospechoso y de la intervención de los efectos del delito.

(ix) El investigado podrá instar la práctica de diligencias de descargo en el seno de estas diligencias de investigación (que podrán ser admitidas o rechazadas, mediante Decreto motivado, por el fiscal).

(x) Las diligencias de investigación deberán durar, generalmente, menos de seis meses, aunque el Fiscal General del Estado podrá autorizar prórrogas excepcionales y de manera motivada. La extralimitación temporal no supone, en principio, la nulidad de lo actuado (salvo en casos extremos).

(xi) El fiscal debe archivar sin demora las diligencias de investigación cuando exista un procedimiento judicial sobre los mismos hechos, con remisión al juez de instrucción de todo lo

actuado. La demora en dicha remisión puede suponer la ineficacia de lo actuado por el fiscal, por producir la indefensión del investigado.

(xii) Si los hechos objetos de investigación carecen de relevancia penal, pero pueden ser constitutivos de infracciones administrativas, los fiscales deberán remitir testimonio de lo actuado a la autoridad administrativa competente.

(xiii) No cabe la personación de la acusación particular o popular en las diligencias de investigación del fiscal, pero deben ser informadas del Decreto de conclusión de dichas diligencias con el fin de poder personarse en el correspondiente procedimiento judicial o, en caso de archivo de las diligencias de investigación, reproducir su denuncia ante el juez de instrucción.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

El Tribunal Supremo ha confirmado la absolución de, entre otros, dos consejeros del Cabildo Insular de La Palma del delito contra el medio ambiente por el que se les acusaba al no constar acreditada la infracción de norma extrapenal, ni la existencia de riesgo grave

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2013

La Sala de lo Penal del TS ha confirmado la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 20 de septiembre de 2012 que absuelve a, entre otros, dos consejeros del Cabildo Insular de La Palma de los delitos respecto de los que se formuló acusación: delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, y delito de prevaricación.

Centrándonos en el delito contra el medio ambiente, el TS aborda en esta sentencia algunas de las principales cuestiones dogmáticas que plantea el delito previsto en el artículo 325 del Código Penal. A saber: (i) cuándo la infracción de una norma extrapenal puede considerarse suficiente para integrar la norma penal; y (ii) qué debe entenderse por “riesgo grave” a efectos penales.

Con frecuencia se plantea la duda sobre si toda infracción de una norma de naturaleza “extrapenal” (típicamente, administrativa) es suficiente para integrar el requisito previsto en el artículo 325 del Código Penal, de contravención de “*las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*”. En el caso examinado considera el TS que no ha existido infracción administrativa. Y, aclara mediante *obiter dictum*, que no basta con una infracción “cualquiera” de la norma extrapenal para que se pueda entender cometido el delito contra el medio ambiente, sino que esta infracción deberá ser “relevante”, porque únicamente las conductas más intolerables socialmente pueden ser merecedoras de reproche penal.

Al mismo tiempo, el TS aborda la problemática de los llamados delitos de peligro, esto es, delitos que, como el previsto en el artículo 325 del Código Penal, no requieren de la lesión del bien jurídico protegido (en este caso, el medio ambiente), sino que es suficiente con su puesta en peligro. Sobre este particular, el Tribunal insiste, una vez más, en la configuración de este delito como un delito de peligro “hipotético o potencial”, no concreto. Consecuentemente, solo podrá existir delito contra el medio ambiente si —además de cumplirse con el resto de requisitos del delito— la conducta es “idónea” para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.

En resumen, el TS confirma la sentencia de la Audiencia Provincial al considerar que no consta acreditada la infracción relevante de norma extrapenal, ni la existencia de un riesgo grave.

Se absuelve a un alto directivo de una entidad bancaria del delito de abuso de información privilegiada: la información confidencial a la que tuvo acceso, sobre la financiación de una opa, no se ha considerado "relevante para la cotización" a efectos del citado delito

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 15 de enero de 2014

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional absolvió a un alto directivo de una entidad bancaria (que ocupaba el cargo de adjunto al consejero delegado) por los delitos de abuso de información privilegiada (art. 285.1 CP) y blanqueo de capitales (art. 301 CP).

El Ministerio Fiscal había formulado la acusación sobre la base de que el acusado había tenido acceso, por razón de su cargo, a información confidencial relativa a la financiación (parcial) de una posible opa sobre una sociedad extranjera de fertilizantes. En estas circunstancias, el acusado realizó operaciones de compra y venta sobre las acciones de dicha sociedad objetivo, a través de una cuenta en un banco luxemburgués, obteniendo un beneficio que superaba los 600.000 euros.

En cuanto al delito de abuso de información privilegiada (el núcleo de la acusación), la Audiencia Nacional no consideró acreditado que la información confidencial conocida por el acusado constituyera "información relevante para la cotización" a los efectos del artículo 285.1 CP, y ello teniendo en cuenta, especialmente, los informes periciales presentados por la defensa. Entre otros extremos, se consideró que (i) la información a la que tuvo acceso la entidad bancaria (y, por tanto, el acusado) para la financiación de la opa no era de carácter concreto, no siendo determinante para que se lanzara o no la opa (no se refería al precio de las acciones ni a la forma de pago); (ii) la información sobre el lanzamiento de la opa y su precio podría considerarse pública en este caso; y (iii) dicha información no tenía capacidad de influencia apreciable sobre la cotización de las acciones de la sociedad objetivo (existían en este caso otros factores que podrían justificar la subida en el precio de las acciones de la sociedad objetivo, relacionados con la cotización de los cereales). Tampoco se consideró acreditado que el acusado informara a un tercero, que también había realizado operaciones sobre las acciones de la sociedad objetivo, en relación con la mencionada opa (y que fue absuelto como partícipe a título lucrativo del indicado delito —art. 122 CP—).

No habiendo delito previo de abuso de información privilegiada, no se consideró acreditado que el beneficio del acusado tuviese su origen en una actividad delictiva, y fue absuelto también por el delito de blanqueo de capitales (en su modalidad de "autoblanqueo").

Se absuelve a una empleada de una agencia estatal por acceder de forma reiterada al correo profesional de su superior porque el bien jurídico protegido por el delito de descubrimiento y revelación de secretos es la intimidad personal

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 11 de noviembre de 2013

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional absuelve a una empleada de la Agencia Estatal de Cooperación del delito de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197.1 y 3 del CP). Los hechos que motivan el proceso son el acceso de forma reiterada y con regularidad al correo electrónico profesional de su superior, que actúa en el proceso como querellante.

La Audiencia Nacional entiende que estos hechos no son constitutivos de delito, puesto que no ha quedado probado que la acusada pretendiera descubrir asuntos personales de la querellante, ni tampoco que difundiese ningún dato íntimo.

El derecho a la intimidad no se vulnera porque se produzca un acceso ilegítimo al correo profesional, aunque el correo electrónico pueda contener correos de índole personal. Entiende la Sala que la acusada, por su comportamiento, demostró que su intención era únicamente profesional, y que no buscaba información personal al introducirse en un correo electrónico vinculado al puesto de trabajo, siendo indiferente la relación jerárquica que pudiera existir entre acusada y querellante.

El bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 197 del CP es la intimidad individual. La jurisprudencia destaca que la idea de secreto, como conocimiento al alcance de unos pocos, debe estar vinculada precisamente a la intimidad, pues esa es la finalidad protectora del tipo penal. Recuerda el Tribunal las sentencias del TS 666/2006 y 534/2011, en las que se dice en relación con el artículo 197 del CP que "la idea de secreto en el artículo 197.1 del CP resulta conceptualmente indisoluble de la de intimidad: ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás»".

Por último, la AN entiende que para cometer este tipo de delitos se requiere de un tipo de dolo especial "que además de incorporar el conocimiento de los elemento del tipo objetivo, integre el esencial elemento subjetivo consistente en que la acción haya sido ejecutada con la finalidad de (para) franquear el umbral de la intimidad de otro" (STS 534/2011).

[Portugal]

Aplicação do Processo Sumário a Crimes com Moldura Penal Superior a Cinco Anos *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 428/2013, de 15 de julho de 2013 (DR 200 série II de 2013-10-16)*

O Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 381.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, na interpretação segundo a qual o processo sumário é aplicável a crimes cuja pena máxima abstratamente aplicável seja superior a cinco anos de prisão, pelo simples facto de existir flagrante delito. O Tribunal Constitucional considerou que a norma em causa, na referida interpretação, viola as garantias de defesa do arguido, tal como previstas pelo artigo 32.º, 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa.

Segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, decorrendo os julgamentos em processo sumário perante juiz singular, o arguido terá menores garantias de defesa do que nos casos de julgamento perante tribunal coletivo. Existe maior margem de erro na apreciação dos factos e maior risco de uma decisão menos justa, acrescendo o facto de o julgamento ser tipicamente realizado por juiz em início de carreira e, portanto, com menos experiência.

Por outro lado, argumenta o Tribunal Constitucional, a existência de flagrante delito, facilitando a análise dos factos relativos à punibilidade e culpa, não afasta necessariamente, por si só, a complexidade da análise de factos relativos à medida da pena a aplicar ou à atenuação especial da pena. Conclui o Tribunal Constitucional, então, que a ocorrência de flagrante delito não é justificação suficiente para que sejam limitados os direitos de defesa e diminuídas as garantias do arguido (o que sucede no processo sumário, por ter uma natureza mais célere, sendo ao mesmo tempo menos garantístico) em relação a crimes com uma moldura penal elevada.

O Tribunal Constitucional já se pronunciou, em concreto, pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 381.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, na interpretação referida, em mais dois acórdãos. No dia 18 de fevereiro de 2014, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade da referida norma com força obrigatória geral, através do acórdão n.º 174/2014 (DR 51 série I de 2014-03-13).

PROPIEDAD INTELECTUAL, INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Convenio entre España y Austria para el desarrollo de coproducciones audiovisuales

Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Austria acerca de las relaciones en el campo audiovisual, hecho en Madrid el 18 de abril de 2012 (BOE de 22 de agosto de 2013)

Los Gobiernos de España y Austria han suscrito un convenio bilateral para impulsar la cooperación entre ambos países en el campo audiovisual, con especial interés en la coproducción de películas de cine.

Este convenio recoge los requisitos que debe cumplir una obra audiovisual para ser considerada una coproducción internacional entre España y Austria, equiparable en ambos territorios a una producción nacional.

Determinada la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012

Orden ECD/2128/2013, de 14 de noviembre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012 con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente (BOE de 16 de noviembre de 2013)

De conformidad con los criterios establecidos en el artículo 3.2 del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre —comentado en el número 34 de esta revista—, la Orden que nos ocupa establece que la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, asciende a 8.636.728,09 euros.

La distribución de la cuantía de la compensación entre las distintas modalidades de reproducción queda determinada mediante la aplicación de los siguientes porcentajes: a) libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros: 40.79 %; b) fonogramas: 34.43 %; c) videogramas: 24.78 %.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Los metamotores de búsqueda dedicados implican una reutilización de las bases de datos de terceros

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 19 de diciembre de 2013 (Asunto C-202/12)

Las cuestiones prejudiciales que resuelve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta sentencia se refieren principalmente a determinar si la persona que explota un metamotor de búsqueda dedicado está reutilizando la totalidad o una parte sustancial del contenido de bases de datos de terceros. Se entiende por “metamotor de búsqueda dedicado”, aquel que

* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González, y en su elaboración han colaborado Núria Porxas, Carles Vendrell, Miguel de la Iglesia, Ainhoa García, Francisco Javier García y Nora Oyarzábal, de las Áreas de Derecho Procesal y de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

utiliza los motores de búsqueda de otros sitios de Internet, transfiriendo las órdenes de búsqueda de sus usuarios a otros motores de búsqueda, de tal modo que una sola orden efectuada en el metamotor permite al internauta llevar a cabo simultáneamente búsquedas en varias bases de datos de terceros. En este caso, el metamotor que motivó el planteamiento de las cuestiones prejudiciales está dedicado a búsquedas en el sector de los anuncios de ventas de vehículos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que la actividad de la persona que explota un metamotor de búsqueda dedicado sí supone una reutilización sustancial de las bases de datos de terceros y, por lo tanto, requiere autorización de los titulares de las bases de datos utilizadas. El hecho de que, en función de los criterios de búsqueda definidos por el usuario final, solo se muestre efectivamente una parte de la base de datos no afecta a la conclusión anterior, porque lo cierto es que toda la base de datos está puesta a disposición del usuario final.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea valora especialmente el hecho de que el metamotor pueda privar de ingresos (principalmente, derivados de la publicidad) al fabricante de la base de datos, que para desarrollarla ha tenido que realizar inversiones sustanciales.

Una normativa nacional sobre publicidad en televisión que establezca límites horarios para las televisiones de pago inferiores a los de las televisiones de acceso libre es, en principio, conforme con el Derecho de la Unión, siempre que se respete el principio de proporcionalidad

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 18 de julio de 2013 (Asunto C-234/12)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve en esta sentencia una cuestión prejudicial relacionada con la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, planteada por un tribunal italiano en el marco de un litigio entre una cadena de televisión de pago y el organismo italiano encargado de la garantía de las comunicaciones (AGCOM), que impuso una multa a la primera por exceder el porcentaje horario de anuncios publicitarios que la normativa italiana permite a las televisiones de pago.

En esencia, la cuestión prejudicial plantea si es acorde con la Directiva, el principio de igualdad de trato y las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE una normativa nacional que establece límites horarios al tiempo de emisión de publicidad televisiva para las televisiones de pago más gravosos que los establecidos para las televisiones en abierto. A esta cuestión contesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, cuando la Directiva establece que la proporción de anuncios de publicidad televisiva y de anuncios de televenta no excederá del 20 %, no excluye la posibilidad de que, por debajo de ese umbral, los Estados miembros impongan diferentes límites, siempre que se respete el principio de igualdad de trato.

Seguidamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea destaca que los principios y objetivos de las normas relativas al tiempo de emisión de la publicidad televisiva tienen por objeto establecer una protección equilibrada de los intereses económicos de las televisiones y de los anunciantes, por una parte, y de los intereses de los autores y los creadores, y de los consumidores, que son los telespectadores, por otra parte. Este equilibrio es diferente dependiendo de si las televisiones transmiten o no sus programas mediante pago. Por ello, el legislador nacional puede establecer límites diferentes respecto del tiempo de emisión horaria de la publicidad en función de si las televisiones son o no de pago.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce que la normativa italiana podría representar una restricción a la libre prestación de servicios. No obstante, a continuación declara que la protección de los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial constituye una razón imperativa de interés general que puede justificar restricciones a la libre prestación de servicios, siempre que estas restricciones sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo perseguido y no vayan más allá de lo necesario para lograrlo. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se cumplen estos requisitos.

La competencia para conocer de una vulneración de derechos de autor corresponde al Tribunal en cuya circunscripción se materializa el daño, si bien dicho órgano jurisdiccional únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2013 (Asunto C-170/12)

El Tribunal resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal de Francia en el marco de un litigio en el que una persona residente en Francia afirma ser autora, compositora e intérprete de doce canciones grabadas por un grupo en un disco de vinilo. Esta persona descubrió que dichas canciones habían sido reproducidas sin su autorización en un disco compacto (CD) prensado en Austria por una sociedad domiciliada en dicho Estado miembro y que posteriormente fueron comercializadas por sociedades británicas en distintos sitios de Internet accesibles en Francia, lo que le llevó a demandar a la sociedad austriaca ante un tribunal francés para obtener la reparación del perjuicio sufrido debido a la presunta vulneración de sus derechos de autor.

El tribunal de Francia solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que examinara si el artículo 5.3 del Reglamento n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda, este es competente para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y que ha reproducido en ese otro Estado dicha obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde afirmativamente a la cuestión prejudicial, al considerar que, en lo que respecta a la presunta vulneración de un derecho patrimonial de autor, la competencia para conocer de una acción en materia delictual o cuasidelictual ya está establecida a favor del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda cuando el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra dicho órgano jurisdiccional protege los derechos patrimoniales que invoca el demandante y el daño alegado puede materializarse en la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ejercite la acción. Así, en circunstancias como las del litigio principal, el referido riesgo se deriva, en particular, de la posibilidad de obtener, en un sitio de Internet accesible desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda, una reproducción de la obra a la que están vinculados los derechos que invoca el demandante.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea matiza su respuesta al declarar que, habida cuenta de que la protección que otorga el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda únicamente es válida para el territorio de dicho Estado, ese órgano jurisdiccional solo será competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece.

[España]

El Tribunal Supremo avala el Reglamento de desarrollo de la Ley General de Comunicación Audiovisual que restringe a un máximo de 12 minutos "por hora de reloj" la emisión de contenidos publicitarios en televisión

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de 10 de julio de 2013

El TS ha resuelto un recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. La recurrente, una sociedad prestadora del servicio de comunicación audiovisual, solicitaba la nulidad de determinados artículos relativos a la comunicación comercial televisiva. El recurso ha sido desestimado en su totalidad.

En primer lugar, el TS parte de la naturaleza de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual como norma de mínimos, considerando que el Gobierno está legitimado para introducir normas más estrictas en la Ley General de la Comunicación Audiovisual y que en ningún caso el Reglamento va más allá de lo que establece la propia Ley. En este sentido, el TS defiende la interpretación del concepto de "hora de reloj" como "hora natural" escogida por el Real Decre-

to para establecer el tiempo máximo de emisión publicitaria en televisión (12 minutos). Esa hora corresponde a cifras absolutas y exactas. La recurrente alegaba que las televisiones necesitan una mayor flexibilidad debido a cuestiones de programación y que, en la Directiva, los Estados miembros pueden elegir entre “hora natural” u “hora corrida”. Sin embargo, el TS avala la elección del concepto de “hora de reloj” y afirma que esa interpretación es más neutral, dota de mayor seguridad jurídica a anunciantes y cadenas, facilita el control, garantiza en mayor medida la protección de los intereses de los espectadores y establece un sistema homogéneo que ya venía establecido en la anterior legislación.

Del mismo modo, en relación a la autopromoción, el TS declara que la restricción de 5 minutos por hora de reloj es más estricta de lo establecido por la Directiva, pero considera que la Directiva ofrece esa facultad a los Estados miembros y que lo recogido en el Reglamento en relación con este tema se adecua a la Ley 7/2010. Aclara el Tribunal que lo que el Reglamento incluye en el límite de 5 minutos no son los “programas” que informan sobre las actividades de la cadena, sino exclusivamente los anuncios publicitarios que versan sobre la propia programación, en la medida en que se refieren a, y eventualmente promocionan, los próximos programas o paquetes de programación que se vayan a emitir en cualquiera de los canales cuya responsabilidad editorial compete al mismo prestador del servicio de comunicación audiovisual. Considera el Tribunal que esto ayuda a evitar abusos y utilizaciones improcedentes de la autopromoción.

Por último, la sentencia considera ajustado a Derecho, por motivos similares, el desarrollo reglamentario en materia de patrocinio y de colocación de la publicidad en la retransmisión de eventos deportivos.

La cesión de “derechos audiovisuales” no genera un *ius prohibendi* oponible *erga omnes*

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 2013

El TS ha estimado el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizcaia que había estimado la demanda por infracción de derechos de propiedad intelectual presentada por la cesionaria en exclusiva de los derechos audiovisuales relativos a la final de la Copa del Rey de fútbol, frente a otra entidad que organizó un evento público en el que se proyectó el citado partido en pantallas gigantes.

El TS declara en esta sentencia que la cesionaria de los llamados “derechos audiovisuales” sobre el partido no tiene derecho, por ese mero hecho, a prohibir la explotación de la grabación del partido. Aclara el Tribunal que la cesión de “derechos audiovisuales” no genera un *ius prohibendi* oponible *erga omnes*, sino que únicamente le faculta para realizar determinadas actividades indispensables para producir la grabación audiovisual.

Por lo tanto, la demandante solo podría ser titular de un *ius prohibendi* como el ejercitado en la demanda si así resultara de la normativa que regula la propiedad intelectual. El TS descarta que este fuera el caso por un doble motivo. Por una parte, recuerda que las grabaciones de eventos deportivos no constituyen obras protegidas por derechos de autor, pues, en principio, carecen de la mínima originalidad y altura creativa necesarias para ser consideradas como “obras” protegidas por la propiedad intelectual. Por otra parte, declara que en el caso que nos ocupa no corresponden a la demandante los derechos afines que el TRLPI atribuye al productor de grabaciones audiovisuales, porque había encargado a un tercero, RTVE, la producción de la grabación. Con ese encargo, la demandante había agotado sus derechos audiovisuales.

Confirmadas las multas impuestas a AGEDI y AIE por abuso de posición de dominio frente a operadoras de televisión privadas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 26 de septiembre de 2013

El TS ha desestimado el recurso de casación interpuesto por AGEDI y AIE frente a la sentencia de la Audiencia Nacional confirmatoria de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 9 de diciembre de 2008, que impuso a AGEDI y AIE sanciones pecuniarias de 815.000 euros y 615.000 euros, respectivamente, como autores de un acto de abuso de posición de dominio, al haber reclamado a determinados operadores de televisión privados unas cantidades económicas sustancialmente superiores, para prestaciones equivalentes, respecto de las aplicadas en el mismo periodo a otros operadores. Además, AGEDI y AIE habrían ocultado a los operadores estas diferencias de trato.

Cabe destacar de esta sentencia que, ante las alegaciones de AGEDI y AIE, el Tribunal Supremo declara que la existencia de intentos previos de someter la controversia a arbitraje o los intentos de negociación no inciden ni desvirtúan las consideraciones de la CNC sobre la conducta desarrollada por AGEDI y AIE, pues tal disposición al arbitraje o a la negociación no equivale a una renuncia a las ventajas que otorga la posición de dominio de las recurrentes.

Finalmente, el TS descarta que se haya producido una quiebra del principio de proporcionalidad en la determinación de las sanciones pecuniarias. Además, confirma que la CNC aplicó correctamente los criterios legales de graduación al considerar que la infracción era muy grave y que concurrían varias circunstancias agravantes: el repertorio de AGEDI y AIE constituye un *input* necesario para los operadores de televisión, se ha infringido el deber de transparencia que recae sobre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y la conducta infractora se prolongó durante más de 12 años.

Confirmada la multa impuesta a AISGE por la fijación de una tarifa inequitativa para las empresas de exhibición cinematográfica

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 13 de noviembre de 2013

La Audiencia Nacional ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por AISGE frente a la resolución de la CNC, de 3 de diciembre de 2009, por la que se declara que AISGE ha abusado de su posición de dominio al fijar unilateralmente una tarifa inequitativa en relación con el derecho de remuneración equitativa por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales en salas de exhibición cinematográfica, y se impone a la entidad de gestión una multa de 627.855 euros.

La Audiencia Nacional ha constatado que entre la tarifa aplicada por AISGE en 2004 y la de 2009 hubo un incremento del 177 % y del 100 % en la tarifa general entre 2004 y 2005, y concluye que la única explicación que se encuentra para tales aumentos es el ejercicio de un poder de mercado de AISGE, que tiene capacidad para elevar ostensible e injustificadamente la tarifa general con el fin de presionar a los usuarios.

El Tribunal reprocha a AISGE que el aumento de la tarifa general no viniese acompañado de un debate de los agentes implicados y que el incremento no guarde relación con el experimentado por las tarifas de otras entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, empleadas anteriormente como referencia por la recurrente. Por todo ello, la Audiencia Nacional considera suficientemente acreditada la conducta imputada a AISGE y confirma la sanción pecuniaria impuesta por la CNC, que estima proporcionada.

3 · RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

[España]

Desestimada la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por lo dejado de percibir en concepto de compensación equitativa por copia privada en el año 2011

Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de noviembre de 2013

El Consejo de Ministros ha desestimado la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (AGEDI, AIE, AISGE, DAMA, EGEDA, SGAE y VEGAP), mediante la cual solicitaban una indemnización de 28.859.788 euros, por lo dejado de percibir en concepto de compensación equitativa por copia privada en el año 2011. La reclamación de las entidades de gestión derivaba, por un lado, del alegado incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en lo referente a la adaptación de la regulación de la compensación equitativa por copia privada a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-467/08 (Caso Padawan) y, por otro, de la falta de actualización de las cuantías aplicables en concepto de dicha compensación equitativa, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio.

Tras el informe y dictamen favorable de la Abogacía del Estado y del Consejo de Estado, respectivamente, el Consejo de Ministros ha fundamentado la desestimación de la reclamación en dos

aspectos: por un lado, considera que no existe incumplimiento suficientemente caracterizado del Derecho comunitario o sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declare el incumplimiento del Estado español en esta materia; por otro, entiende que no existe relación de causalidad entre el perjuicio y el daño alegado, al tratarse de una mera hipótesis que carece de prueba alguna. Además, señala el Consejo de Ministros que la no revisión de las cuantías previstas en la Orden, argumentada en su reclamación por las entidades de gestión, únicamente podría tener efecto respecto a períodos posteriores al año 2011.

Este desistimiento se produce tras el acuerdo del Consejo de Ministros, del día 18 de octubre (reseñado a continuación), por el que también se desestima una reclamación de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, en ese caso como consecuencia de la modificación del sistema de compensación equitativa por copia privada a partir del 1 de enero del año 2012.

Desestimada la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual derivada de la modificación del sistema de compensación equitativa por copia privada en el año 2012

Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de octubre de 2013

El Consejo de Ministros ha desestimado la reclamación de responsabilidad patrimonial, interpuesta por diversas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, derivada de la modificación del sistema de compensación equitativa por copia privada operada por el Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual solicitaban una indemnización por importe de 105,2 millones de euros, considerando que la cuantía asignada a la compensación en los Presupuestos Generales del Estado de 2012 ascendía a cinco millones de euros.

Los motivos argumentados por el Consejo de Ministros se basan en dos aspectos: por un lado, no existe vulneración del Derecho comunitario, ya que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que los Estados miembros están facultados para modificar la forma, modalidades de financiación, percepción y cuantía, siempre que esta última se calcule sobre el perjuicio causado; por otro, no existe daño efectivo, sino un daño de carácter meramente hipotético, eventual o futuro y, por tanto, no indemnizable ya que la cantidad prevista en los Presupuestos Generales del Estado era una mera liquidación provisional.

Adicionalmente, ha señalado el Consejo de Ministros que, a pesar del cambio en el sistema de compensación equitativa por copia privada, el "perjuicio efectivo" sigue siendo el parámetro para la fijación de la cuantía de la compensación y, aunque se prevea que esta cuantía debe fijarse dentro de los límites presupuestarios, es posible realizar modificaciones presupuestarias para asegurar que se adecue al perjuicio.

SALUD Y ALIMENTACIÓN*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Distribución de medicamentos de uso humano

Directrices, de 5 de noviembre de 2013, sobre prácticas correctas de distribución de medicamentos para uso humano (DOUE C 343/2013, de 23 de noviembre de 2013)

En esta misma sección del número 35 de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* se hizo referencia a las directrices de 7 de marzo de 2013 sobre prácticas correctas de distribución de medicamentos para uso humano. Puede consultarse el análisis realizado en dicha edición sobre el contenido y justificación de las Directrices.

Esta nueva versión de las Directrices sustituye a la publicada en marzo de 2013 y corrige errores objetivos detectados en los puntos 5.5 (almacenamiento) y 6.3 (medicamentos devueltos).

[España]

Mejora del funcionamiento de la cadena alimentaria

Ley 12/2013, de 2 de agosto de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (BOE de 3 de agosto de 2013)

Nos remitimos al análisis específico que de esta nueva ley se hace en la sección Foro de Actualidad Jurídica de este número de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*.

Incorporación de Directivas en materia de farmacovigilancia y prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal y modificación de la Ley 29/2006

Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE de 25 de julio de 2013)

El objeto de esta Ley es doble. Por una parte, incorpora a nuestro ordenamiento dos Directivas comunitarias relativas a farmacovigilancia y a prevención de la entrada de medicamentos falsificados. Por otra, introduce una serie de modificaciones adicionales de muy diversa índole a la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (la "**Ley 29/2006**").

Por lo que se refiere a la incorporación de las Directivas comunitarias, esta Ley modifica determinadas disposiciones de la Ley 29/2006 en materia de farmacovigilancia (artículos 17.9, 22, 53 y 101.2.c.9.^a) y en materia de medicamentos falsificados (artículos 8, 64, 66 bis, 69, 71, 71 bis, 101.2.b.1.^a33.^a y 34.^a y 101.2.c.2.^a y 11.^a). Las principales modificaciones son las siguientes:

- (i) Se impone a los laboratorios farmacéuticos la obligación de verificar, directamente o a través de una entidad contratada al efecto, el cumplimiento de las normas de correcta fabricación y de las buenas prácticas de distribución por parte de los fabricantes y distribuidores de principios activos utilizados como materias primas, mediante la realización de auditorías en las instalaciones de fabricantes y distribuidores.

* Esta sección ha sido elaborada por Beatriz Cocina, Susana Guerrero, José Solís y Antonio Javier Montoro, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

(ii) Los laboratorios farmacéuticos deberán garantizar que también los excipientes son aptos para su utilización en un medicamento mediante la determinación de las prácticas de fabricación apropiadas, con una evaluación formal de riesgos realizada con arreglo a las directrices contempladas en las normas de correcta fabricación de medicamentos, así como las establecidas en el marco comunitario.

(iii) Se prevé la creación por la AEMPS de un registro en el que deberán inscribirse los fabricantes, importadores o distribuidores de principios activos.

(iv) También se creará un registro de inscripción obligatoria para las personas establecidas en España que se dediquen a la intermediación en la distribución de medicamentos de uso humano.

(v) Se introducen dos nuevas categorías entre las entidades de distribución de medicamentos: (i) los almacenes de medicamentos bajo control o vigilancia aduanera (sometidos a la autorización previa como almacén de distribución de medicamentos otorgada por la AEMPS); y (ii) los almacenes por contrato.

Por otro lado, se introducen determinadas modificaciones menores relacionadas con el proceso de modificación de las autorizaciones de comercialización de medicamentos, encaminadas a adaptar la normativa a un régimen de mera notificación aplicable a determinadas modificaciones que antes estaban sujetas a autorización.

Se introducen también importantes modificaciones en materia de publicidad de medicamentos y productos sanitarios. En lo referente a la publicidad de medicamentos, la modificación más relevante es la supresión de la autorización administrativa previa para la publicidad de medicamentos sin receta.

En cuanto a la publicidad de productos sanitarios, esta Ley modifica el artículo 78 de la Ley 29/2006, y establece que (i) no podrán ser objeto de publicidad destinada al público los productos sanitarios que estén destinados a ser utilizados o aplicados exclusivamente por profesionales sanitarios y (ii) la publicidad de las técnicas o procedimientos médicos o quirúrgicos ligados a la utilización de productos sanitarios específicos respetará los criterios contemplados en la publicidad de productos sanitarios.

Esta Ley modifica también la Ley 29/2006 para permitir que los fisioterapeutas puedan indicar, usar y autorizar de forma autónoma la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y de los productos sanitarios relacionados con el ejercicio de su profesión.

Asimismo, se modifica el artículo 88 de la Ley 29/2006, relativo al principio de igualdad territorial y al procedimiento coordinado. Así, se aclara expresamente que *"Las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las comunidades autónomas no producirán diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, catálogo y precios. Dichas medidas de racionalización serán homogéneas para la totalidad del territorio español y no producirán distorsiones en el mercado único de medicamentos y productos sanitarios"*.

En el mismo sentido, se añaden tres nuevos apartados al artículo 88 con el fin de garantizar la aplicación homogénea en todo el territorio nacional de los precios industriales de financiación pública de medicamentos y productos sanitarios. Se establece además, en la disposición adicional tercera de la Ley, que *"Las actuaciones orientadas a establecer la posición de un medicamento en la prestación farmacéutica y su comparación con otras alternativas terapéuticas tendrán una base científico técnica común para todo el Sistema Nacional de Salud y se realizarán en el marco de los informes de posicionamiento de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios. Dichos informes tendrán carácter vinculante"*.

Se modifica también el artículo 90 de la Ley 29/2006 para prever la aportación por todos los agentes de la cadena del medicamento de la información necesaria para la aplicación del régimen legal de precios, siguiendo el principio general de aplicación de un precio de financiación por el Sistema Nacional de Salud inferior al precio industrial del medicamento aplicado cuando sea dispensado fuera del Sistema Nacional de Salud. Así, se añade un

nuevo inciso al artículo 90.6 de la Ley 29/2006 estableciendo que *"Los laboratorios farmacéuticos, los almacenes mayoristas y las oficinas de farmacia a través de la Organización Farmacéutica Colegial, deben aportar la información que se determine para hacer efectivo el reembolso debido por las oficinas de farmacia a laboratorios farmacéuticos y almacenes mayoristas en aquellos medicamentos que se establezca y que hayan sido dispensados fuera del Sistema Nacional de Salud. El procedimiento para su articulación se desarrollará reglamentariamente"*.

Por otro lado, se extiende a los productos sanitarios, cosméticos y de cuidado personal el régimen de medidas cautelares para los supuestos de riesgo inminente y grave para la salud recogido en el artículo 99 de la Ley 29/2006, que hasta ahora se refería únicamente a los medicamentos.

Por último, se incluye un régimen sancionador específico relativo a las infracciones en materia de productos sanitarios, productos cosméticos y productos de cuidado personal.

Fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario

Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario

Esta Ley tiene por objeto fomentar la fusión o integración de las cooperativas agroalimentarias y de otras entidades de naturaleza asociativa mediante la constitución o la ampliación de entidades asociativas agroalimentarias de suficiente dimensión económica, y cuya implantación y ámbito de actuación económica sean de carácter supraautonómico. Con la integración de las cooperativas agroalimentarias se pretende, entre otros fines establecidos en esta Ley, mejorar su competitividad.

Con el objeto de fomentar esta integración, la Ley establece un acceso preferencial a determinadas ayudas y subvenciones para las entidades asociativas que reconoce como prioritarias y para los productores agrarios que formen parte de estas entidades.

Las ayudas y subvenciones podrán estar relacionadas con las inversiones materiales o inmateriales destinadas a mejorar los procedimientos de gestión y comercialización, con el acceso a actividades formativas y de cooperación, con la promoción, con el I+D+i, con el acceso a las líneas ICO de financiación preferente o con cualesquiera otras ayudas o subvenciones que puedan contribuir a alcanzar los fines que recoge la Ley.

Nuevo Real Decreto de farmacovigilancia

Real Decreto 577/2013, de 26 de julio, por el que se regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano (BOE de 27 de julio de 2013)

Este nuevo Real Decreto de farmacovigilancia deroga el anterior Real Decreto 1344/2007, incorporando al ordenamiento español las novedades introducidas por la Directiva 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, y por la Directiva 2012/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.

El Real Decreto incluye una regulación completa de las responsabilidades y obligaciones de la AEMPS, de las comunidades autónomas, de los titulares de la autorización de comercialización, de los profesionales sanitarios y de los ciudadanos, todo ello con el fin de proporcionar información continua y apropiada sobre la seguridad de los medicamentos y asegurar, mediante la adopción de las medidas oportunas, que los medicamentos disponibles en el mercado presenten una relación beneficio-riesgo favorable.

En cuanto a las principales novedades introducidas por el Real Decreto respecto del régimen anterior, se modifica la definición de reacción, que se amplía de tal manera que incluye cualquier respuesta nociva y no intencionada a un medicamento, también por tanto las reacciones adversas derivadas de cualquier uso al margen de los términos de la autorización de comercialización, abuso y errores de medicación.

Se adoptan medidas para reforzar la transparencia del sistema de farmacovigilancia, fomentando la información a profesionales sanitarios y ciudadanos y la participación de estos últimos en la notificación de reacciones adversas.

La AEMPS elaborará un listado de medicamentos sujetos a un seguimiento adicional, en el que se incluirán los medicamentos con nuevos principios activos y los medicamentos biológicos (incluidos los biosimilares) y podrán incluirse también medicamentos sujetos a la obligación de realizar un estudio postautorización o a condiciones o restricciones relativas a un uso seguro y eficaz del medicamento. El laboratorio titular de la autorización de comercialización de estos medicamentos sujetos a seguimiento adicional deberá incluir en su ficha técnica y en su prospecto un triángulo negro invertido () acompañado de la leyenda "este medicamento está sujeto a seguimiento adicional" y de la información sobre la notificación de sospechas de reacciones adversas y sobre cómo llevarla a cabo.

El Real Decreto introduce también nuevas obligaciones para la industria farmacéutica:

- (i) Cumplimiento de las directrices sobre buenas prácticas de farmacovigilancia elaboradas por la Agencia Europea de Medicamentos.
- (ii) Elaboración de un plan de gestión de riesgos, que pasará a formar parte de la autorización de comercialización.
- (iii) En determinados supuestos, la AEMPS podrá imponer a los laboratorios titulares de la autorización de comercialización la obligación de realizar estudios postautorización sobre la seguridad o eficacia en la práctica médica habitual de los medicamentos, pudiendo las autoridades sanitarias suspender la comercialización del medicamento en caso de que exista incumplimiento de dichas obligaciones.

Por último, el Real Decreto incluye una regulación general de los estudios postautorización que persigue simplificar y armonizar el procedimiento administrativo de autorización e intercambio de información.

Modificación del Real Decreto de autorización y registro de medicamentos

Real Decreto 686/2013, de 16 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente (BOE de 17 de septiembre)

A través de este Real Decreto se completa la incorporación al ordenamiento español de las modificaciones introducidas por la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, por la Directiva 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, y por la Directiva 2012/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012. Aunque la mayoría de las modificaciones introducidas por estas directivas fueron incorporadas por medio de la Ley 10/2013 y el Real Decreto 577/2013 (reseñados en apartados anteriores), también era necesario modificar el Real Decreto 1345/2007 en algunas cuestiones.

Por una parte, se modifican las definiciones de "principio activo" y de "excipiente", que se armonizan con las definiciones introducidas por la Ley 10/2013.

Por otra parte, en cuanto a la solicitud de autorización de comercialización, se desarrolla la información sobre farmacovigilancia que debe aportarse —incluyendo el plan de gestión de riesgos— y se introduce la necesidad de aportar un documento que acredite que el fabricante del medicamento ha verificado mediante auditorías el cumplimiento, por parte del fabricante del principio activo, de los principios y directrices de las normas de correcta fabricación.

En cuanto al proceso de concesión por la AEMPS de la autorización de comercialización, se incluye la posibilidad de que la autorización se conceda sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones relacionadas con el sistema de farmacovigilancia y la realización de estudios postautorización. En el mismo sentido, una vez concedida la autorización, la AEMPS podrá imponer al laboratorio titular la realización de estudios de seguridad o eficacia.

El Real Decreto modifica el régimen de renovación de la autorización de comercialización, detallando la información que deberá aportar el titular para que se conceda la renovación. Asimismo, se prevé la posibilidad de que dicha renovación sea por un periodo adicional de

cinco años (en lugar de indefinida) por motivos justificados de farmacovigilancia, incluida la exposición de un número insuficiente de pacientes al medicamento de que se trate.

Se modifican también las causas de suspensión y revocación de la autorización de comercialización, que se adaptan a la nueva regulación en materia de farmacovigilancia.

Por último, se regula el nombramiento del representante español en el Grupo de coordinación, órgano a nivel europeo responsable del examen de todas las cuestiones relacionadas con las autorizaciones de comercialización de medicamentos autorizados por los procedimientos europeos de reconocimiento mutuo y procedimiento descentralizado.

Distribución de medicamentos de uso humano

Real Decreto 782/2013, de 11 de octubre, sobre distribución de medicamentos de uso humano (BOE de 19 de octubre de 2013)

Este nuevo Real Decreto se dirige a dotar de mecanismos de control más eficaces a la cadena de distribución adaptándolos a las circunstancias presentes, principalmente a través de la incorporación al ordenamiento jurídico español de las novedades introducidas en el marco de la distribución de medicamentos por la nueva normativa europea en materia de prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal y de farmacovigilancia.

Las novedades más importantes introducidas por el Real Decreto son las que se resumen a continuación:

(i) Objeto y ámbito de aplicación

Se regula *ex novo* un tipo de agente que, aunque ya venía operando en el mercado de distribución de medicamentos, no estaba hasta ahora sometido a ningún control. Se trata de las entidades de intermediación de medicamentos o *brokers*.

Por otra parte, el nuevo Real Decreto aúna en una sola norma la regulación de las distintas entidades de distribución de medicamentos: (i) almacenes mayoristas, (ii) almacenes por contrato y (iii) almacenes de medicamentos bajo control o vigilancia aduanera.

En el ámbito de la distribución, se reconoce nuevamente el derecho de los laboratorios titulares de comercialización de medicamentos establecidos en España a la distribución directa de sus productos.

Todos los agentes involucrados en la distribución de medicamentos deberán velar por el cumplimiento de las buenas prácticas de distribución. De acuerdo con el Real Decreto, las buenas prácticas de distribución serán publicadas por el Ministerio de Sanidad. Por último, el Real Decreto establece que las entidades de distribución deberán disponer para su funcionamiento, además de la preceptiva autorización, de un certificado de cumplimiento de buenas prácticas de distribución en vigor.

(ii) Abastecimiento y suministro

A diferencia de lo que ocurría en alguno de los borradores iniciales, el Real Decreto no introduce la obligación de los laboratorios farmacéuticos de garantizar el suministro de medicamentos "a los almacenes mayoristas autorizados".

La norma concreta los casos en los que la AEMPS, velando por el adecuado abastecimiento, podrá adoptar determinadas medidas necesarias para resolver situaciones de desabastecimiento, incluyendo la posibilidad de limitar la salida de medicamentos del territorio nacional. Estas medidas podrán aplicarse a medicamentos que, por su principio activo, dosificación o vía de administración, sean los únicos registrados en España para una determinada patología, o medicamentos que constituyen una excepción a la posible sustitución por el farmacéutico.

El Real Decreto también prevé una restricción de indudable trascendencia práctica en las operaciones con las oficinas de farmacia y servicios de farmacia, consistente en que los almacenes mayoristas y los laboratorios farmacéuticos solo podrán aceptar devoluciones de las oficinas de farmacia y servicios de farmacia a los que hayan suministrado (directamente)

los medicamentos objeto de la devolución. Se trata así de poner fin a una práctica que podía generar espacios para el tráfico ilícito de medicamentos.

Por último, se regula la venta directa a profesionales sanitarios prevista en el artículo 2.5 de la Ley 29/2006, si bien con limitaciones, ya que se establece que estas ventas deben ser realizadas por las oficinas de farmacia. La AEMPS deberá publicar en su página web una lista de los medicamentos que podrán venderse directamente a los profesionales.

(iii) Requisitos para el ejercicio de la actividad de intermediación y distribución

El requisito de autorización previa exigida a las entidades de distribución para poder llevar a cabo actividades de distribución de medicamentos (en el caso de laboratorios farmacéuticos establecidos en España no será precisa tal autorización) no resulta de aplicación a los *brokers*, que únicamente deberán notificar a la AEMPS sus datos de contacto y solicitar su inscripción en el nuevo registro de entidades de intermediación de medicamentos.

En relación con el régimen de autorización previa de las entidades de distribución, destaca la introducción de un plazo máximo de noventa días para la notificación de la resolución del procedimiento de autorización. En caso de silencio administrativo, este será positivo.

Venta de medicamentos a través de internet

Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica

Este Real Decreto desarrolla el artículo 2.5 de la Ley 29/2006 que permitía la venta de medicamentos por procedimientos telemáticos siempre que no estuviesen sujetos a prescripción médica.

La norma tiene un doble objetivo: por un lado, pretende proporcionar un marco normativo para que la venta a través de internet de medicamentos se haga con las necesarias garantías sanitarias; por otro, posibilita que los ciudadanos puedan identificar más fácilmente los sitios webs que venden legalmente medicamentos no sujetos a prescripción y distinguirlos de aquellos que los venden ilegalmente. Para distinguir estos sitios webs se crea un logotipo común que será reconocible en toda la Unión Europea de conformidad con la Directiva 2011/62/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un Código comunitario sobre medicamentos de uso humano.

De acuerdo con el Real Decreto, solo las oficinas de farmacia, abiertas al público y legalmente autorizadas podrán vender medicamentos no sujetos a prescripción médica a través de internet. Además, con anterioridad al inicio de esta actividad, al menos 15 días, deberá realizarse una comunicación previa a la autoridad competente de la comunidad autónoma donde esté ubicada la oficina de farmacia.

Además de la obligación de inclusión del citado logotipo, el Real Decreto establece otras obligaciones y restricciones a la venta de medicamentos a través de internet. Destacamos las siguientes:

(i) No podrán realizarse regalos, premios, obsequios, concursos, bonificaciones o actividades similares como medios vinculados a la promoción o venta al público de medicamentos mediante sitios webs, sin perjuicio de los descuentos sobre el precio de venta que se contemplen en la normativa vigente.

(ii) Durante el plazo de al menos dos años tras la dispensación, se mantendrá en las farmacias un registro de los pedidos suministrados, con referencia a la identificación del medicamento, de la cantidad dispensada, la fecha de envío, los datos del comprador, la dirección de entrega y el farmacéutico responsable de la dispensación. Dicho registro se mantendrá a los efectos de la inspección y control por las autoridades competentes.

(iii) La actuación profesional del farmacéutico es requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos también a través de sitios webs. Así, entre otras obligaciones, el farmacéutico deberá valorar la pertinencia o no de la dispensación de medicamentos, especialmente ante solicitudes de cantidades que excedan las empleadas en los tratamientos

habituales, peticiones frecuentes o reiteradas, que indiquen la posibilidad de que se realice un mal uso o abuso de los medicamentos objeto de venta.

(iv) El suministro de los medicamentos desde la oficina de farmacia dispensadora hasta el domicilio indicado por el usuario será responsabilidad de la oficina de farmacia incluso cuando se haga a través de un tercero.

Por último, se establece que la AEMPS, en coordinación con las comunidades autónomas, a través del Comité Técnico de Inspección, podrá impulsar la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios por parte de las organizaciones farmacéuticas colegiales y las asociaciones profesionales de farmacéuticos con la participación de representantes de los consumidores y usuarios y del resto de sectores implicados.

Envases de aceite de oliva irrellenables en el canal HORECA

Real Decreto 895/2013, de 15 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 1431/2003, de 21 de noviembre, por el que se establecen determinadas medidas de comercialización en el sector de los aceites de oliva y del aceite de orujo de oliva (BOE de 16 de noviembre de 2013)

Este Real Decreto introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 4 del Real Decreto 1431/2003, para exigir a los establecimientos del sector de la hostelería y la restauración y a los servicios de *catering* que el aceite de oliva se ponga a disposición del consumidor final únicamente en envases etiquetados e irrellenables.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Diferencias en la clasificación de un producto por los Estados miembros: delimitación entre medicamento y producto sanitario

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 3 de octubre de 2013, en el asunto C-109/12

La sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial remitida al Tribunal de Justicia por un órgano jurisdiccional finlandés en relación con la interpretación de la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios.

El artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva establece que "*Los Estados miembros no impedirán, en su territorio, la comercialización ni la puesta en servicio de los productos que ostenten el marchio CE a que se refiere el artículo 17, que indique que han sido sometidos a una evaluación de su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11*". No obstante, con arreglo al artículo 18 de la misma norma, que lleva por título «Marcado indebidamente colocado», en aquellos casos en que un Estado miembro considere que el mercado CE ha sido colocado indebidamente, el fabricante o su representante autorizado estará obligado a poner fin a esta infracción en las condiciones impuestas por el Estado miembro y, en caso de que persista la infracción, el Estado miembro deberá tomar todas las medidas adecuadas para restringir o prohibir la comercialización del producto o para garantizar que sea retirado del mercado. Se añade que estas disposiciones se aplicarán asimismo en caso de que se haya colocado el mercado CE, de conformidad con los procedimientos de la Directiva, pero de manera indebida, en productos no incluidos en el ámbito de su aplicación.

La consulta se refiere a una cápsula vaginal (Gynocaps) que contiene bacterias lácticas vivas, que hasta 2008 se comercializaba en Finlandia como producto sanitario, provisto de un marcado CE. No obstante, a la vista de informaciones publicadas por la Agencia Europea de Medicamentos, la autoridad finlandesa consideró que, debido a su composición y a su mecanismo de acción, no constituía un producto sanitario, sino un preparado adecuado para su uso como medicamento. El producto, no obstante, continuó comercializándose como producto sanitario en otros Estados miembros.

El Tribunal resuelve que el hecho de que un producto se clasifique en un Estado miembro como producto sanitario no es óbice para que las autoridades competentes de otro Estado miembro decidan clasificar un producto idéntico como medicamento. Esta diferencia en la clasificación

puede deberse, por ejemplo, a la disparidad de los datos científicos, los avances científicos y las divergencias en la evaluación de los riesgos para la salud humana y del nivel deseado de protección. Cuando las autoridades competentes de un Estado miembro deciden clasificar como medicamento un producto ya clasificado en otro Estado miembro como producto sanitario, deben considerar que el marcado CE que dicho producto presenta a consecuencia de su clasificación como producto sanitario en ese otro Estado miembro fue colocado de manera indebida en productos no incluidos en el ámbito de aplicación de la directiva, aplicando los procedimientos previstos en la llamada cláusula de salvaguardia.

Por último, se preguntaba también al Tribunal si dentro de un mismo Estado miembro puede comercializarse como producto sanitario un producto que, si bien no es estrictamente idéntico a otro producto clasificado como medicamento, tiene en común un mismo componente y ejerce el mismo modo de acción que este. Responde el Tribunal que corresponde a las autoridades competentes analizar caso por caso si el producto objeto de análisis presenta alguna otra característica propia que excluya su calificación como medicamento. Solo en este último caso podría calificarse el producto como producto sanitario.

[España]

Prestación farmacéutica. Derecho de un paciente a recibir el medicamento que le había sido prescrito

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de abril de 2013

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia resuelve un recurso de apelación interpuesto por un paciente contra la desestimación su recurso contencioso-administrativo contra la inactividad del Servicio Gallego de Salud ("SERGAS"), consistente en la no dispensación efectiva del medicamento denominado "SOLIRIS 300 mg" que le había sido prescrito. La sentencia condena al SERGAS a la efectiva y material dispensación de dicho medicamento durante el tiempo que el médico a cargo de aquel enfermo considere preciso.

El Tribunal comienza analizando si, desde una perspectiva puramente procedimental, el asunto debatido tiene trascendencia constitucional a los efectos de permitir la admisibilidad del recurso.

En este sentido, el Tribunal mantiene que se ha invocado el artículo 15 de la Constitución, conforme al cual "*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral*", y que el Tribunal Constitucional tiene declarado desde antiguo que el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. Añade que el artículo 15 "*no puede ser considerado como un precepto irrelevante a la hora de examinar el régimen legal de la tutela... de los bienes de la personalidad que dicho precepto constitucional reconoce y garantiza. La protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral), no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación*". Asimismo, establece que la protección del derecho a la salud se instrumentaliza, entre otros servicios, a través de la prestación farmacéutica, configurada tanto por los medicamentos como por los productos sanitarios necesarios para conservar o restablecer la salud de acuerdo con las concretas necesidades clínicas de los usuarios.

A juicio del Tribunal, la controversia fundamental del recurso se vertebra sobre la necesidad de realizar un juicio de ponderación entre el derecho a la vida y a la integridad física y moral y la gestión del soporte económico que haga posible su cotidiana consecución, sin perjuicio del deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, facilitados con arreglo al mandato constitucional contenido en el artículo 43.1 y 2 de la Constitución, al establecer tanto que "*se reconoce el derecho a la protección de la salud*" como que "*compete a los Poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*".

Pues bien, esa ponderación exige colocar, por un lado, el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado (y las

Comunidades Autónomas) y, por otro, el interés general (y particular individual) de preservar el derecho a la salud consagrado en el artículo 43 de la Constitución. A juicio del Tribunal, resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles, que *“poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”*.

Así, para el Tribunal resulta patente la relevancia constitucional-fundamental de la controversia en la medida en que el derecho subjetivo a la salud individual también se integra en el derecho a la vida y a la integridad física y moral de las personas contemplada en el artículo 15 de la Constitución, y que dicho precepto constitucional-fundamental siempre resulta directa e inmediatamente aplicable, de modo que basta sin duda para fundar el recurso contencioso.

Una vez resuelta esta cuestión, el Tribunal analiza la actuación de la Administración demandada y concluye que sí se ha producido una vulneración mediata del artículo 15 de nuestra Carta Magna por parte del SERGAS, al denegar *de facto* a dicho paciente (mediante su injustificada inactividad al respecto) la dispensación del fármaco prescrito. Asimismo, la sentencia recuerda que, conforme a la Ley General de Sanidad, *“todos tienen... con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias —entre otros el derecho—, a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado”*, e insiste en que *“jurisprudencial y constitucionalmente se ha privado a la Administración sanitaria de la facultad de denegar o restringir la asistencia sanitaria y medicamentosa —máxime si se trata de un medicamento único sin alternativa farmacológica alguna en el mercado—, por razón de dificultades presupuestarias o de ahorro económico”*.

TRIBUTARIO*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Legislación comunitaria

— *Directiva 2013/42/UE del Consejo, de 22 de julio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, por lo que respecta a la implantación de un mecanismo de reacción rápida contra el fraude (DOUE L 201/2013, publicado el 26 de julio)*

— *Directiva 2013/43/UE del Consejo, de 22 de julio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido en lo que respecta a la aplicación optativa y temporal del mecanismo de inversión del sujeto pasivo a determinadas entregas de bienes y prestaciones de servicios susceptibles de fraude (DOUE L 201/2013, publicado el 26 de julio)*

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Gerardo Cuesta, y en su elaboración han participado Susana Estevão Gonçalves y Alfonso Choon Dias, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

[España]**Legislación estatal**

— *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE de 28 de septiembre de 2013)*

Entre otras medidas, establece un nuevo régimen de caja en el IVA y, en materia del Impuesto sobre Sociedades, reforma el régimen de reducción de las rentas procedentes de determinados intangibles (esto es, el llamado *patent box*), flexibiliza las condiciones de aplicación de la deducción por investigación y desarrollo e innovación tecnológica, y establece una nueva deducción por inversión de beneficios para empresas de reducida dimensión.

Véanse también, en lo relativo a sus aspectos relacionados con el Derecho procesal, administrativo, y laboral, los comentarios que se incluyen en esta misma sección de “Crónica de Legislación y Jurisprudencia” (Procesal Penal, Administrativo y Laboral y Seguridad Social) de este mismo número de la Revista.

— *Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras (BOE de 30 de octubre de 2013)*

Introduce importantes modificaciones al Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (“TRLIS”), entre las que destacan la no deducibilidad de las pérdidas por deterioro de participaciones en entidades y el diferimiento o la limitación de las minusvalías derivadas de la transmisión de participaciones en entidades o establecimientos permanentes en determinadas circunstancias, además de la prórroga de varias medidas temporales dirigidas a incrementar la recaudación. Asimismo, se regula la comercialización de instituciones de inversión colectiva mediante “*cuentas ómnibus*” en las que la entidad comercializadora pueda ser la encargada de la llevanza del registro de los partícipes que sean sus clientes, y se crea un nuevo Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero.

— *Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre de 2013)*

Véanse los comentarios a esta norma que se incluyen en esta misma sección de “Crónica de Legislación y Jurisprudencia” (Laboral y Seguridad Social y Marítimo, Transporte y Logística) de este mismo número de la Revista.

— *Real Decreto 828/2013, de 25 de octubre, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre; el Reglamento General de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo; el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba 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 y el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre.*

Incluye el desarrollo reglamentario del nuevo régimen especial del criterio de caja para el IVA, además de otras medidas.

— *Real Decreto 960/2013, de 5 de diciembre, por el que se por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio; 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 el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (BOE de 6 de diciembre de 2013)

Entre otros aspectos, desarrolla las modificaciones reglamentarias derivadas de la Ley 16/2013 en materia de “*cuentas ómnibus*” para la comercialización de instituciones de inversión colectiva.

[Portugal]

Cooperação Administrativa no Domínio da Fiscalidade

Decreto-Lei n.º 61/2013, de 10 de maio (DR 90 SÉRIE I, 10 de maio de 2013)

Este diploma procede à transposição da Diretiva n.º 2011/16/EU, do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, relativa à cooperação entre as autoridades administrativas dos vários Estados-Membros no domínio da fiscalidade.

Estão previstos três modelos de troca de informação entre as autoridades acima referidas: (i) troca de informações a pedido; (ii) troca obrigatória e automática de informações; e (iii) troca espontânea de informações.

O presente diploma estabelece no entanto alguns limites para a partilha da informação detida pela Autoridade Tributária e Aduaneira.

Este Decreto-Lei entrou em vigor no dia 11 de maio de 2013. Contudo, as disposições relativas à troca obrigatória e automática de informações entrarão em vigor apenas no dia 1 de janeiro de 2015, abrangendo as informações correspondentes aos períodos de tributação com início a partir de 1 de janeiro de 2014.

Tratamento Fiscal dos Ajustamentos de Transição para o Sistema de Normalização Contabilística

Ficha Doutrinária, de 27 de maio de 2013 (Processo n.º 2013 0001012)

Com a aprovação do Sistema de Normalização Contabilística (SNC) pelo Decreto-Lei n.º 58/2009, de 13 de julho, foi necessário proceder à adaptação do CIRC, em matéria de apuramento do lucro tributável, o que veio a ser concretizado pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho.

Uma vez que a adoção das novas regras contabilísticas obrigou os sujeitos passivos a proceder a diversos ajustamentos de transição, alguns relevantes para efeitos fiscais, foi necessário criar um regime fiscal transitório que diferiu os efeitos, nos capitais próprios, resultantes desses ajustamentos por um período de cinco anos, que terminará apenas no exercício de 2015.

No entanto, o regime transitório não especifica o tratamento fiscal de situações como a cessação de atividade ou operações de reestruturação (fusões ou cisões).

Assim, a Administração Tributária e Aduaneira veio esclarecer que:

- “1) De um modo geral, nos casos em que ocorra cessação de atividade nos termos do n.º 5 do art.º 8.º do Código do IRC (CIRC), os ajustamentos que ainda não tenham sido tributados / deduzidos devem sê-lo no período de tributação em que ocorre a cessação de atividade.
- 2) Nas situações de fusão ou de cisão com dissolução da sociedade cindida, situações estas que têm como consequência a cessação de atividade da sociedade fundida ou da sociedade cindida, há que distinguir as operações que beneficiam do regime de neutralidade fiscal previsto no art.º 74.º do CIRC das restantes.
 - 2.1.) Nos casos em que seja aplicável o referido regime, as correções para efeitos de determinação do lucro tributável relativas aos ajustamentos ainda não tributados / deduzidos devem passar a ser efetuadas pela(s) sociedade(s) beneficiária(s), nos mesmos termos em que o eram pela sociedade fundida ou cindida.
 - 2.2.) Não sendo aplicável à operação em causa o regime de neutralidade fiscal, compete à sociedade fundida ou cindida proceder de acordo com o que foi referido em 1).”.

Regime de Contabilidade de Caixa em Sede de IVA

Decreto-Lei n.º 71/2013, de 30 de maio (DR 104 SÉRIE I, 30 de maio de 2013)

O Decreto-Lei n.º 71/2013, de 30 de maio, aprova o regime de contabilidade de caixa em sede de IVA que se caracteriza, no essencial, pelo facto de o IVA liquidado pelos sujeitos passivos abrangidos ser exigível apenas no momento do recebimento total ou parcial do respetivo preço ou no 12.º mês posterior à data de emissão da fatura, no período de imposto correspondente ao fim do prazo, quando o preço não tenha sido pago em momento anterior.

Por outro lado, os sujeitos passivos enquadrados neste regime apenas poderão deduzir o imposto que incide sobre todas as transmissões de bens ou as prestações de serviços que lhes forem efetuadas desde que tenham na sua posse uma fatura-recibo ou recibo comprovativo do respetivo pagamento ou no 12.º mês posterior à data de emissão da fatura sempre que o pagamento desta e a consequente dedução do imposto não tenham ocorrido em momento anterior.

Este regime tem caráter facultativo e destina-se unicamente aos sujeitos passivos de IVA que, no ano civil anterior, não tenham atingido um volume de negócios superior a € 500.000, não exerçam exclusivamente uma atividade isenta, nos termos do art.º 9.º do CIVA, nem se encontrem abrangidos pelo regime de isenção previsto no art.º 53.º do mesmo diploma.

Em caso de adesão, ficam abrangidas todas as transmissões de bens e/ou prestações de serviços efetuadas pelos sujeitos passivos, com algumas exceções previstas no mencionado Decreto-Lei.

Os sujeitos passivos que se encontrem abrangidos por um destes regimes poderão, contudo, aderir ao regime de contabilidade de caixa, desde que reúnam as condições necessárias para o efeito.

Imposto do Selo - Prédios com Valor Patrimonial Tributário superior a € 1.000.000

Informação Vinculativa n.º 4599, com despacho concordante do substituto legal do Diretor-Geral, datado de 11 de fevereiro (<http://info.portaldasfinancas.gov.pt>)

A presente Informação Vinculativa vem esclarecer, no âmbito da tributação em sede de Imposto do Selo da propriedade, usufruto ou direito de superfície de prédios urbanos com afetação habitacional, cujo valor patrimonial tributário seja igual ou superior a € 1.000.000 –, que os prédios da titularidade de um único proprietário que se encontram constituídos em propriedade total, sem prejuízo da compropriedade, constituem uma única unidade jurídica que integra o conceito de prédio para efeitos de aplicação da referida verba 28 da TGIS.

Para este efeito, consideram-se constituídos em propriedade total os prédios que tenham partes ou divisões suscetíveis de utilização funcional ou económica independente que constem separadamente na inscrição matricial, às quais sejam atribuídos valores patrimoniais tributários distintos, não se encontrando constituída a propriedade horizontal.

Tributação de atividades de exploração de empreendimentos turísticos - cessão de exploração de empreendimentos turísticos

Circular n.º 5/2013, de 2 de julho de 2013 (<http://info.portaldasfinancas.gov.pt>)

A Circular n.º 5/2013 sanciona o entendimento de que os rendimentos obtidos em resultado da atividade de exploração de um empreendimento turístico quando exercida diretamente pelo proprietário, pessoa singular, são considerados rendimentos empresariais e profissionais (categoria B), desde que o sujeito passivo tenha requerido o registo do empreendimento turístico junto do Registo Nacional de Empreendimentos Turísticos.

Por outro lado, de acordo com a mesma Circular, quando por contrato oneroso de cessão de exploração turística, o proprietário de um imóvel transferir para outrem tal atividade, antes do registo do empreendimento turístico no Registo Nacional de Empreendimentos Turísticos, os rendimentos auferidos serão havidos como rendimentos prediais (categoria F). O mesmo sucederá quando sejam vários os proprietários do empreendimento e a exploração tenha que ser confiada a terceiro por imposição legal.

Alteração ao Orçamento de Estado para 2013

Lei n.º 51/2013, de 24 de julho (DR 141, SÉRIE I, de 24 de julho de 2013)

A Lei n.º 51/2013, de 24 de julho procede à primeira alteração ao Orçamento de Estado para 2013, modificando, entre outras alterações, o artigo 66.º-B do EBF, triplicando o montante de

IVA que poderá ser deduzido à coleta em sede de IRS (de 5% para 15%), com o limite global de € 250, e que conste de faturas, comunicadas à AT, que titulem prestações de serviços de (i) manutenção e reparação de veículos automóveis e motociclos, (ii) alojamento, restauração e similares, e (iii) atividades de salões de cabeleireiro e institutos de beleza.

A presente alteração reporta os seus efeitos a 1 de janeiro de 2013.

Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre o Rendimento entre a República Portuguesa e o Chipre *Aviso n.º 87/2013, de 1 de agosto (DR 147, SÉRIE I, de 1 de agosto de 2013)*

Entrou em vigor, no dia 16 de agosto de 2013 a Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre o Rendimento entre a República Portuguesa e o Chipre.

IRC - Isenção de tributação dos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados Membros diferentes *Lei n.º 55/2013, de 8 de agosto (DR 152, SÉRIE I, de 8 de agosto de 2013)*

O presente diploma efetua a transposição final da Diretiva n.º 2003/49/CE, do Conselho, de 3 de junho de 2003, dando cumprimento ao objetivo final de isentar de tributação na fonte os pagamentos de juros e royalties, de modo a assegurar que estes rendimentos sejam sujeitos a tributação num único Estado Membro, a partir de 1 julho de 2013, sempre que verificadas as respetivas condições legais.

Em consequência, foram revogadas as normas do CIRC relativas à aplicação de uma taxa de retenção na fonte de 5% sobre os juros e royalties.

Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre o Rendimento entre a República Portuguesa e o Japão *Aviso n.º 88/2013, de 16 de agosto (DR 157, SÉRIE I, de 16 de agosto de 2013)*

Entrou em vigor, no dia 28 de julho de 2013 a Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre o Rendimento entre a República Portuguesa e o Japão.

IRC - Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento *Circular n.º 7/2013, de 19 de agosto de 2013 (<http://info.portaldasfinancas.gov.pt>)*

A Circular n.º 7/2013 vem clarificar um conjunto de questões relativas à interpretação do art.º 67.º do CIRC, que estabelece o regime de limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento

A presente Circular vem, designadamente, clarificar que:

- (i) O novo regime é aplicável a todos os sujeitos passivos do IRC que sejam tributados com base no lucro, incluindo os estabelecimentos estáveis situados em Portugal, ficando excluídas, entre outras, as instituições de crédito, as seguradoras e os fundos de pensões;
- (ii) O conceito de “gastos de financiamento líquidos” inclui, a título meramente exemplificativo, juros de empréstimos, de obrigações, de descobertos bancários e ainda juros decorrentes de operações de factoring com recurso. Aquele conceito abrange igualmente (i) amortizações de custos acessórios associados à obtenção de empréstimos, (ii) encargos financeiros suportados pelos locatários no âmbito de contratos de locação financeira, (iii) gastos relativos a instrumentos financeiros derivados, (iv) diferenças de câmbio em moeda estrangeira sempre que sejam “vistas como um ajustamento do custo dos juros”.

Esclarece-se ainda que o conceito de “custos acessórios” se refere, designadamente, a custos de transação, os quais correspondem aos custos incrementais que sejam diretamente atribuíveis à aquisição, emissão ou alienação de um ativo ou passivo financeiro, como é o caso das comissões bancárias e do imposto do selo.

- (iii) Por outro lado, entende-se que não integram o conceito de “gastos de financiamento líquidos”, os gastos de financiamento capitalizáveis, bem como os gastos financeiros que resultem do aumento de provisões reconhecidas pelo valor presente para refletir a passagem do tempo;
- (iv) Nos casos em que o montante dos gastos de financiamento líquidos deduzidos seja inferior a 30% do resultado antes de depreciações, gastos de financiamento líquidos e impostos, o regime prevê o reporte da parte não utilizada (“folga”) deste limite em cada um dos cinco períodos de tributação posteriores. Ora, a Circular vem clarificar que o valor de referência para o cálculo desta folga é sempre de 30%, independentemente da aplicação do regime transitório acima referido;
- (v) O direito à dedução do reporte da “folga”, bem como da parte dos gastos de financiamento líquidos que não possam ser deduzidos no período de tributação em causa não são passíveis de transmissão a quaisquer sociedades, ainda que no âmbito de um procedimento de reestruturação, mesmo que estas sejam abrangidas pelo regime especial previsto nos artigos 73.º e seguintes do CIRC, aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais;
- (vi) Por último, em caso de cessação da atividade da sociedade que ainda tenha montantes em crédito para deduzir, extingue-se o seu direito à dedução dos montantes não utilizados nesse período de tributação.

Imposto do Selo sobre terrenos para construção com valor patrimonial tributário superior a € 1.000.000

Decisão arbitral, Processo nº 49/2013-T, 18 de setembro de 2013 (www.caad.org.pt)

A questão discutida no processo centrava-se em saber se a Verba 28.1 da Tabela Geral (aditada pela Lei n.º 55-A/2012, de 29 de outubro) —que sujeita a tributação em sede de Imposto do Selo a propriedade de prédios urbanos “com afetação habitacional”, cujo valor patrimonial tributário constante da matriz seja igual ou superior a € 1.000.000— deveria também incidir sobre “terrenos para construção”, onde não existem quaisquer edificações.

O tribunal veio decidir que, resultando do artigo 6.º do CIMI uma clara distinção entre prédios urbanos “habitacionais” e “terrenos para construção”, não podem estes últimos ser considerados, para efeitos de incidência do Imposto do Selo, como “prédios com afetação habitacional”, sendo por isso ilegais as liquidações desde que emitidas com estes fundamentos.

Regime Especial de Tributação dos Rendimentos de Valores Mobiliários Representativos de Dívida

Lei n.º 83/2013, de 9 de dezembro (DR 238, SÉRIE I, 9 de dezembro de 2013)

A Lei n.º 83/2013, de 9 de dezembro, veio igualmente proceder à alteração do Regime Especial de Tributação dos Rendimentos de Valores Mobiliários Representativos de Dívida, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 193/2005 de 7 de novembro, que estabelece uma isenção em sede IRS e de IRC com respeito aos rendimentos auferidos em território português por não residentes decorrentes de determinados de valores mobiliários representativos de dívida, sempre que verificadas as respetivas condições legais.

Através da presente lei procedeu-se a um alargamento do âmbito objetivo de aplicação deste regime, passando a estar abrangidos por este também (i) os valores mobiliários de natureza monetária, designadamente o papel comercial, e (ii) os valores mobiliários integrados em sistema centralizado gerido por entidade gestora de liquidação internacional estabelecido em outro Estado-membro da União Europeia ou ainda de outro Estado-membro do Espaço Económico Europeu (desde que vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade).

Adicionalmente, no que respeita ao âmbito de aplicação subjetiva deste regime, (i) foi eliminada a exclusão aplicável às pessoas coletivas detidas, direta ou indiretamente em mais de 20% por entidades residentes, e (ii) passaram a beneficiar deste regime a totalidade das “entidades residentes em país ou jurisdição com o qual esteja em vigor convenção para evitar a dupla tributação internacional, ou acordo que preveja a troca de informações em matéria fiscal”, ainda que estejam em causa entidades residentes em país, território ou região com um regime de tributação claramente mais favorável (mantendo-se, no entanto, a exclusão para entidades residentes em país, território ou região com um regime de tributação claramente mais favorável

com os quais não esteja em vigor convenção para evitar a dupla tributação internacional, ou acordo que preveja a troca de informações em matéria fiscal).

Foram também introduzidas algumas alterações quanto ao procedimento de comprovação dos pressupostos de aplicação do regime, tendo ainda sido alargado de 90 dias para 6 meses o prazo para solicitar o reembolso do imposto que tenha sido indevidamente retido na fonte na data do vencimento do cupão ou do reembolso a beneficiário de isenção de IRS ou IRC que não seja obrigado à entrega de declaração de rendimentos de IRS ou IRC.

As presentes alterações ao Regime Especial de Tributação dos Rendimentos de Valores Mobiliários Representativos de Dívida aplicam-se aos rendimentos auferidos após 31 de dezembro de 2013, independentemente de os valores mobiliários respetivos terem sido adquiridos antes ou depois dessa data.

2 · JURISPRUDENCIA

Impuesto sobre el Patrimonio. Exención por participación en sociedades familiares. SICAVs en las sociedades participadas de segundo nivel

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2013. Recurso n.º 2689/2011

Una persona física tenía participaciones en dos SICAVs a través de sociedades *holding* de segundo nivel, a las que pretendía aplicar la exención prevista en el artículo 4.8 de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio.

El TS rechaza la aplicación de la exención, pese a la literalidad de la norma en vigor en el ejercicio objeto de liquidación, argumentando que *"incluso [si] bajo una interpretación estricta y literal del artículo 4.Ocho de la LIP en su redacción anterior a la Reforma de 2006, no fuera posible introducirse en la actividad desplegada por las sociedades participadas de segundo nivel para valorar la exención, sin embargo este principio encontraría como excepción absoluta el caso de las SICAVs, de cuya participación en ningún supuesto podría hacerse valer la exención tributaria sobre la que se debate, cualquiera que fuere el lugar de la cascada de participaciones en que la misma se revele, habida cuenta de su específica naturaleza y del tratamiento especialmente favorable de que goza en el ámbito de otros tributos"*.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de operaciones de reestructuración

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2013. Recurso n.º 5683/2011

Se discute la concurrencia de motivos económicos válidos en una operación de fusión por absorción de una sociedad con bases imponibles negativas pendientes de compensar. La Inspección y, posteriormente, el TEAR de Cataluña y el TEAC consideraron que no se daban tales motivos, mientras que la Audiencia Nacional concluyó lo contrario, refrendando su criterio el TS en esta sentencia.

Según el TS, *"la referencia [del contribuyente] a la naturaleza de la operación emprendida, a los motivos hechos constar en la correspondiente escritura, a la identidad de los activos sobre los que aquella recae, a la existencia de empresas inactivas o de escasa actividad, a la consecuente necesidad de ahorrar costes y el hecho de que se trate de una fusión integrada en el seno de un conjunto de operaciones de reestructuración de varias empresas de un grupo, no ha recibido otra respuesta [por parte de la Administración] que "una repetición de lo que constituye en este asunto uno de los fundamentos basales de la decisión administrativa, que es que la fórmula empleada es fiscalmente más beneficiosa que la disolución de las empresas con pérdidas y que, por no existir actividad mercantil, no cabe hablar de reestructuración empresarial (...)"*. De esta manera, el TS viene a compartir el reproche de la Audiencia Nacional a la escasa actividad probatoria de la Administración para desvirtuar los motivos económicos alegados por el contribuyente.

Impuesto sobre Sociedades. Entidades de reducida dimensión

Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2013. Recurso n.º 863/2011

El Tribunal rechaza la aplicación, por parte de entidades de mera tenencia de bienes, del tipo reducido previsto en el Impuesto sobre Sociedades para las entidades de reducida dimensión, por entender que la finalidad de los beneficios *"no es otro que incentivar fiscalmente a las peque-*

ñas y medianas empresas para que reactiven las inversiones y el empleo, finalidad que está ausente en las sociedades de mera tenencia de bienes”.

Impuesto sobre Sociedades. Doctrina de los actos propios

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2013. Recurso n.º 3262/2012

En el supuesto planteado, la Inspección cuestionaba la deducibilidad de determinados gastos financieros, por entender que tenían su origen en operaciones realizadas en fraude de ley, a pesar de que en una comprobación previa relativa a ejercicios anteriores sobre dos de las sociedades del grupo (que en aquel momento aún no tributaban en régimen de consolidación) había aceptado esa deducibilidad.

Ratifica el TS el criterio de la Audiencia Nacional sobre el mismo caso (Sentencia de 24 de julio de 2012, número de recurso 284/2009), rechazando la pretensión de la Inspección, por entender que está actuando contra sus propios actos. Considera el Tribunal que *“la Administración tributaria tuvo por lícitos esos contratos y por deducibles los gastos financieros derivados de los mismos, a través de actos concluyentes e inequívocos, por lo que no estaba en su mano después, sin cambio alguno de circunstancias, considerar aquellos pactos concluidos en fraude de ley y negar el carácter de deducibles a los consiguientes gastos financieros. Y no hubo cambio de circunstancias porque, como bien se razona en la sentencia recurrida, no puede considerarse revelador de ese fraude el ejercicio de un derecho reconocido en el ordenamiento jurídico, cual es el de optar más tarde por la declaración en régimen consolidado”.*

Operaciones vinculadas. Obligaciones de documentación y régimen sancionador

Sentencia de Tribunal Constitucional de 11 de julio de 2013. Cuestión de inconstitucionalidad 3705/2011

El TS elevó cuestión de inconstitucionalidad, mediante auto de 8 de febrero de 2011, planteando dudas sobre la posible vulneración de los principios de legalidad y de proporcionalidad de los artículos 16.2 y 16.10 del TRLIS, que regulan los aspectos básicos de las obligaciones de documentación de operaciones vinculadas y su régimen sancionador y se remiten al reglamento para su desarrollo.

El Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad, considerando que la habilitación reglamentaria contenida en estos preceptos respeta el principio de legalidad y que corresponde a los jueces y tribunales el análisis de la proporcionalidad entre la sanción y la infracción por incumplimiento de la obligación de documentación en cada caso concreto.

3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO-CENTRAL

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Escritura de novación de crédito hipotecario

Resoluciones de 16 de mayo y 12 de septiembre de 2013 (00/2180/2011 y 00/4978/2011)

Se analiza la aplicación de la exención contenida en el artículo 9 de la Ley 2/1994, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, a una escritura de novación modificativa de un crédito hipotecario. El criterio tradicional de la Administración ha venido siendo el de limitar la aplicación de la referida exención a la novación de contratos de préstamo hipotecario (bajo determinadas condiciones), y rechazar que pudiera aplicarse a la novación de contratos de crédito hipotecario por la diferencia conceptual entre ambas figuras.

Rechaza el TEAC este criterio, ya que considera que en el ámbito del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales existe un tratamiento unitario para las figuras de préstamo y crédito, por lo que ambas novaciones deben poder quedar exentas.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Obligación de ingresar el impuesto indebidamente repercutido en una operación no sujeta

Resolución de 23 de mayo de 2013 (00/145/2011)

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"), el principio de neutralidad del IVA no se opone a que un Estado miembro supedita la regularización del IVA indebidamente ingresado en ese Estado miembro al requisito de que el sujeto pasivo haya remitido al destinatario de los servicios prestados una factura rectificadora que no incluya dicho IVA, cuando este sujeto pasivo no ha eliminado completamente, en tiempo oportuno, el riesgo de pérdida de ingresos fiscales (sentencias de 19 de septiembre de 2000, asunto C-454/98; 6 de noviembre de 2003, asuntos C-78/02 y C-80/02; y 18 de junio de 2009, asunto C-566/07).

El TEAC, haciéndose eco de esta jurisprudencia, confirma el criterio de la Inspección, según el cual, a pesar de tener el carácter de indebidos la repercusión y el ingreso de una cuota de IVA por parte de la entidad recurrente (por negársele la condición de sujeto pasivo de IVA), tal entidad permanece deudora frente al Tesoro Público de la referida cuota, siempre que no haya rectificado debidamente la correspondiente factura.

Impuesto sobre Sociedades. Aplicación del beneficio fiscal del artículo 12.5 en las adquisiciones intragrupo de participaciones

Resolución de 28 de mayo de 2013 (00/2794/2010)

El TEAC, en resoluciones anteriores (RG 4756-08 de 1 de junio de 2010, y RG 3637/2010 de 26 de junio de 2012), había admitido la aplicación de la deducción prevista en el artículo 12.5 del TRLIS en supuestos en que la participación se hubiera adquirido a otras sociedades del mismo grupo, considerando que "(...) *ni en régimen general ni aun en régimen de consolidación fiscal se ha establecido traba o restricción a la deducción del fondo de comercio financiero por razón de que transmitente y adquirente formen parte del mismo grupo (...)*", sin entrar en otras consideraciones.

Revisa el TEAC, en la presente resolución, su criterio, modificándolo en el sentido de exigir, para la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS en adquisiciones dentro de un grupo mercantil, "*una especial actividad probatoria por parte del obligado tributario en orden a acreditar el cumplimiento de la finalidad perseguida por la norma*", de tal manera que debe acreditarse "*que las inversiones realizadas son realmente tales desde un punto de vista económico, en términos de ampliación de la capacidad de generación de negocio productivo del Grupo, y no meras reordenaciones formales de naturaleza financiera que es lo que, en principio, suponen las adquisiciones intragrupo de participaciones; acreditar[se] que las inversiones responden efectivamente a una decisión económica en una forma que se desprenda directa e inequívocamente de dichas operaciones y no de la previa pertenencia al grupo mercantil; acreditar[se] que las decisiones de inversión se basan en consideraciones económicas y no en criterios fiscales*".

Fundamenta el TEAC este cambio de criterio en las sentencias del TS de 19 de enero de 2012 (recurso 892/2010), 8 de octubre de 2012 (recurso 7067/10) y 29 de noviembre de 2012 (recurso 7048/10), pese a que no se refieren al artículo 12.5 TRLIS (como reconoce abiertamente el TEAC), sino a la deducción por actividades exportadoras. En estas sentencias, el TEAC aprecia una evolución en la jurisprudencia hacia una interpretación finalista de la norma, considerándose "*la pertenencia al grupo de las sociedades participantes en la operación cuestión fáctica de evidente trascendencia a la hora de interpretar si la operativa es o no determinante en la consecución de la finalidad perseguida por el incentivo fiscal*".

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Rendimientos de actividades económicas: arrendamiento o compraventa de inmuebles

Resolución de 28 de mayo de 2013 (00/4909/2009)

Esta resolución rectifica el criterio expresado por el TEAC en las recientes resoluciones de 20 de diciembre de 2012 (RG 1697/2011 y RG 266/2011), en las que consideraba que el requisito de local y empleado exclusivos para calificar la actividad de arrendamiento o compraventa de inmuebles como actividad económica "*es un instrumento para calificar como de empresarial la actividad, pero no el único, pudiendo llegar a igual calificación por otros medios indiciarios ya que de lo contrario se estaría permitiendo eludir dicha calificación mediante una mínima ocupación del local y/o empleado en otra actividad*", de forma que admitía que pudiera existir una actividad económica, sin local y empleado, si existe ordenación de medios para el ejercicio de la actividad.

Vuelve ahora el TEAC a la posición mantenida en anteriores resoluciones, como en la de 8 de noviembre de 2007 (RG 1180/2006) o en la de 3 de diciembre de 2009 (RG 254/2006), según

la cual únicamente puede considerarse que existe actividad económica, por lo que al arrendamiento o compraventa de inmuebles se refiere, cuando se da el requisito de local y empleado, requisito que es necesario pero puede no ser suficiente.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Devoluciones a no establecidos

Resolución de 20 de junio de 2013 (00/1952/2011)

De acuerdo con la doctrina del TJUE, entiende el TEAC que cuando los bienes y servicios adquiridos por empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del IVA se afectan a operaciones que originan el derecho a deducir conforme a la normativa reguladora del Estado en que estén establecidos o del Estado en que se soportan las cuotas, no puede denegarse el derecho a la devolución de dichas cuotas por el hecho de que, en aplicación de las normas de localización de uno y otro, las operaciones no tributen efectivamente en ninguno de los dos Estados.

Impuesto sobre Sociedades. Empresas de reducida dimensión. Cifra de negocios

Resolución de 5 de septiembre de 2013 (00/6626/2012)

A criterio del TEAC, el cálculo del importe neto de la cifra de negocios de las entidades pertenecientes a un grupo, al que se refiere el artículo 108 del TRLIS, se debe realizar por la simple agregación o suma de las cifras de negocios individuales, sin restar las operaciones internas realizadas y, por tanto, sin tener en cuenta las eliminaciones de las normas de consolidación.

IV · CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores

Consultas vinculantes de 4 de febrero (V0306-13 y V0307-13), 8 de febrero (V0391-13) y 15 de febrero de 2013 (V0457-13)

En estas consultas, la DGT analiza por primera vez la nueva redacción del artículo 108.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, modificado por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, con efectos a partir del 31 de octubre de 2012. Para la DGT, sin perjuicio de la aplicación de las presunciones de la norma, son tres los requisitos que han de concurrir para que opere la regla especial que somete a tributación las transmisiones de valores —bien en el IVA, bien en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados—, en particular:

- (i) Que se trate de una transmisión de valores realizada en el mercado secundario, lo que excluye la adquisición de valores de nueva emisión.
- (ii) Que se trate de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, lo que excluye la transmisión de valores negociados.
- (iii) Que exista un *animus defraudandi*, concretamente la intención o pretensión de elusión del pago de los tributos que habrían gravado la transmisión de los inmuebles.

Impuesto sobre Sociedades. Deterioro de participaciones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas

Consulta de 19 de marzo de 2013 (V0873-13)

En el ejercicio 2012 una entidad participada por la consultante en un 30% ha reformulado y aprobado de nuevo las cuentas anuales de los ejercicios 2008 a 2010. Las citadas reformulaciones han supuesto la minoración del resultado contable de la entidad participada de los ejercicios mencionados y, por tanto, un impacto negativo en la cuantificación de los fondos propios de la sociedad participada al término de cada uno de los ejercicios.

En este supuesto, la DGT considera que no deben rectificarse las autoliquidaciones correspondientes a los ejercicios 2008 a 2010 de la consultante, puesto que esta aplicó lo establecido en el artículo 12.3 TRLIS correctamente, con base en los balances de la entidad participada que estaban formulados y aprobados antes del correspondiente plazo voluntario de declaración, de tal forma que el deterioro sufrido tanto en los tres ejercicios previos como en el ejercicio 2011 será deducible en este último.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de operaciones de reestructuración. Fondo de comercio

Consulta de 1 de abril de 2013 (V1032-13)

A efectos de calcular la diferencia de fusión a que se refiere el artículo 89.3 del TRLIS, la DGT indica que:

(i) El precio de adquisición que se ha de considerar no debe tener en cuenta el deterioro de la participación que haya sido registrada en un ejercicio anterior, en la medida en que dicho deterioro no haya tenido efectos fiscales.

(ii) Deben tomarse los fondos propios "a efectos fiscales", de manera que se atienda a los fondos propios que resulten de los valores fiscales de los elementos de la entidad transmitente, y no a los fondos propios contables que pudieran haberse visto incrementados por alguna operación previa que no haya tenido efectos fiscales.

Asimismo, entiende la DGT, respecto de los importes deducibles que resulten de la diferencia de fusión señalada, que no han de ser objeto de eliminación a efectos de determinar la base imponible del grupo fiscal al que pertenecen las entidades que participan en la fusión, por cuanto se corresponden a una pérdida definitiva del grupo que se entiende que ha sido realizada frente a terceros.

Impuesto sobre Sociedades. Limitación a la deducibilidad de gastos financieros

Consulta de 18 de abril de 2013 (V1314-13)

Se consulta si la limitación a la deducción de gastos financieros establecida en el artículo 20 del TRLIS no se aplicará a los gastos (de tipo financiero, gestión, descuento, etc.) derivados de las operaciones de *factoring* en las que la entidad consultante transfiere los riesgos y beneficios, dando de baja el activo financiero y sin reconocer un pasivo financiero (esto es, *factoring* sin recurso).

A estos efectos, manifiesta la DGT, ha de tenerse en cuenta que la cuenta 665, de acuerdo con lo establecido en la quinta parte (definiciones y relaciones contables) del Plan General de Contabilidad, se define como "intereses en las operaciones de descuento de letras y otros efectos, así como en operaciones de «factoring» en las que la empresa retiene sustancialmente los riesgos y beneficios de los derechos de cobro". Es decir, parece referirse exclusivamente a las operaciones de *factoring* en las que la empresa retiene sustancialmente los riesgos y beneficios de los derechos. En consecuencia, los gastos de descuento (y, en su caso, gastos de gestión) soportados por la entidad consultante con ocasión de la cesión de los créditos a la entidad de *factoring* no son gastos financieros afectados por la limitación a la deducibilidad del artículo 20 del TRLIS.

Impuesto sobre Sociedades. Obligaciones de retención

Consulta vinculante de 7 de mayo de 2013 (V1547-13)

La DGT confirma que no existe la obligación de retener en la distribución de dividendos con cargo a reservas generadas con anterioridad a la adquisición de la participación, en la medida en que el importe del dividendo acordado reduzca contable y fiscalmente el valor de la inversión.

Impuesto sobre Sociedades. Deducibilidad de la corrección de errores contables

Consulta vinculante de 14 de mayo de 2013 (V1590-13)

La entidad consultante, tras comprobar que la contabilización de sus existencias en años anteriores estaba sobrevalorada, se plantea corregir el error contable en 2013 realizando el ajuste correspondiente con cargo a una cuenta de reservas. Consulta si el cargo contra la cuenta de reservas es deducible en el Impuesto sobre Sociedades.

Al respecto, la DGT considera que, para que el mencionado cargo en la cuenta de reservas tenga la consideración de fiscalmente deducible, es preciso que como consecuencia de él no se derive una tributación inferior a la que hubiera correspondido de imputar el gasto al período impositivo correspondiente a su devengo, para lo cual deberá tenerse en cuenta el instituto de la prescripción.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Concepto de unidad económica autónoma. Transmisión de actividad sin el inmueble en que se desarrolla

Consulta vinculante de 22 de mayo de 2013 (V1693-13)

El TJUE viene entendiendo que, en caso de que para el desarrollo de la actividad objeto de transmisión sea necesaria la utilización de un inmueble, su transmisión se puede sustituir por su mera cesión o puesta a disposición en virtud de un contrato de arrendamiento que pueda permitir la continuidad de la actividad económica de forma duradera.

A la vista de esta jurisprudencia, la DGT rectifica el criterio establecido, entre otras, en su consulta VO514-09, de 17 de marzo de 2009, en la que se establecía la sujeción al IVA de la transmisión de la totalidad de los elementos afectos a una actividad de fabricación, con excepción del necesario inmueble de la fábrica que iba a ser arrendado al adquirente. Así, considera la DGT que la transmisión de los elementos afectos a un negocio estará no sujeta al IVA, aun cuando el inmueble en que se realiza la actividad no se transmita, sino que se ceda al adquirente en arrendamiento, siempre que, de las características del contrato de cesión o arrendamiento, se deduzca que el adquirente puede disponer del inmueble de forma duradera para el ejercicio de la actividad económica.

Impuesto sobre Sociedades. Pérdidas por deterioro de participaciones

Consultas vinculantes de 20 de mayo de 2013 (V1657-13) y de 27 de mayo de 2013 (V1727-13)

A juicio de la DGT, la referencia que el artículo 12.3 del TRLIS hace, a efectos de ajustar el valor de adquisición fiscal de participaciones en entidades del grupo, multigrupo y asociadas, a "*cantidades deducidas en períodos impositivos anteriores*", debe interpretarse como a cantidades que "*hubieran podido deducirse*" en períodos anteriores.

Por tanto, "*aunque la entidad consultante hubiera optado por no deducir fiscalmente el deterioro que hubiera podido deducir de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.3 del TRLIS, el valor fiscal de la participación sí tendrá en cuenta el deterioro fiscal que, en aplicación del artículo 12.3 TRLIS hubiera sido procedente, con independencia de que la entidad no lo hubiera deducido fiscalmente. En consecuencia, el valor fiscal de la participación de cara a posibles transmisiones, disolución de sociedades, operaciones de restructuración, etc., tendrá en cuenta el deterioro (o su reversión, en su caso) que en cada ejercicio hubiera correspondido en aplicación del artículo 12.3 del TRLIS*".

Esto supone, según la DGT (consulta V1727-13), que "*en caso de producirse un incremento de los fondos propios de la entidad participada en ejercicios futuros, se deberá producir la reversión del ajuste previsto en el artículo 12.3 del TRLIS conforme a lo señalado en el mismo*".

Impuesto sobre Sociedades. Fusión impropia y ajustes no realizados por pérdidas por deterioro de participaciones

Consulta vinculante de 7 de mayo de 2013 (V1546-13)

En una fusión impropia, a efectos de aplicar la limitación en la compensación de bases impositivas negativas prevista en el artículo 90.3 del TRLIS, atendiendo a "*una interpretación razonable y sistemática de la norma, deberán tomarse en consideración los ajustes extracontables negativos que la entidad consultante debió haber realizado, por aplicación de lo dispuesto en el párrafo cuarto y siguientes del artículo 12.3 del TRLIS, en períodos impositivos anteriores (2008 a 2011) y que no realizó*".

Impuesto sobre Sociedades. Limitación a la deducibilidad de gastos financieros. Gastos asociados a las cesiones de créditos

Consulta de 11 de junio de 2013 (V1963-13)

En relación con la limitación a la deducibilidad de gastos financieros contenida en el artículo 20 del TRLIS, entiende la DGT que:

(i) En la situación en la que la entidad cedente no da de baja el crédito cedido por entender que no se han transferido al adquirente del crédito, de manera sustancial, los riesgos y beneficios inherentes a su propiedad, el coste de la financiación que, en principio, habrá debido registrarse en la cuenta 665, se considerará gasto financiero y deberá tenerse en cuenta a los efectos del artículo 20 del TRLIS.

(ii) En la situación en la que, de las características de la cesión del crédito se desprenda que se transfieren a la entidad cesionaria de manera sustancial los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo financiero, la entidad cedente, de conformidad con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad, habrá dado de baja tal activo y no reconocerá ningún pasivo financiero. En tal caso, no parece que la pérdida registrada por la entidad cedente con ocasión de la cesión pueda identificarse como un gasto financiero relacionado con el endeudamiento empresarial, por lo que no estará afectada por la limitación a la deducibilidad del artículo 20 del TRLIS.

Impuesto sobre Sociedades. Estructura de triple ETVE

Consulta de 27 de junio de 2013 (V2137-13)

Una sociedad holding "F" residente en España participa íntegramente en el capital de otras dos sociedades residentes, una de las cuales (la sociedad "C"), participa íntegramente en el capital de dos sociedades no residentes, mientras que la otra (la sociedad "Y") es titular directa del 100% del capital de otras cinco sociedades residentes (sociedades "S") que tienen participaciones de más del 5% en sociedades no residentes.

La DGT admite la aplicación del régimen de ETVE a todas las sociedades residentes en España de la estructura (F, C, Y, y S), por cuanto considera que las *subholding* de primer nivel (C e Y) y las de segundo (S) son *"meramente instrumentales"*, *"cuyas rentas proceden única y exclusivamente de los dividendos y/o diferencias de valor generadas en sede de sociedades operativas extranjeras (a excepción de la sociedad S4 que participa en más de un 5% en el capital de una sociedad residente en España)"*.

Impuesto sobre Sociedades. Capitalización de créditos

Consulta de 5 de julio de 2013 (V2220-13)

Las sociedades "S" y "C" son las únicas titulares de una finca y están vinculadas por la relación de parentesco existente entre sus socios últimos. A su vez, la sociedad S tiene un derecho de crédito frente a C. Se prevé que la sociedad S adquiera las participaciones de C, que posteriormente efectúe una aportación a su patrimonio mediante la compensación del crédito que ostenta frente a C, y que, por último, disuelva y liquide la sociedad C.

En relación con la aportación del derecho de crédito, la DGT considera que *"en el caso de capitalización o condonación de créditos entre un prestamista y un prestatario cuando la operación se produce existiendo entre ambos una relación socio-sociedad con una participación del 100% del capital, y existiendo en ambas partes el mismo valor fiscal del derecho de crédito y de la deuda (es decir, que el derecho de crédito no se ha adquirido a terceros, lo que podría determinar que el prestamista lo tuviera valorado a un valor fiscal distinto del prestatario), debe entenderse en el ámbito fiscal que el valor de mercado al que se produce dicha capitalización o condonación se corresponde con la obligación contractual correspondiente al contrato de préstamo existente entre las partes afectadas, sin que deba tenerse en cuenta el posible deterioro contable que pudiera existir en el derecho de crédito. Ello significa que tampoco se genera un ingreso a efectos fiscales en el prestatario como consecuencia de la capitalización o condonación del crédito, ya que la deuda que tiene frente al prestamista se corresponde con el importe del mismo capitalizado o condonado"*.

Impuesto sobre Sociedades. Retenciones sobre intereses de préstamos participativos novados y capitalizados

Consulta de 29 de julio de 2013 (V2539-13)

Una sociedad es deudora de dos préstamos participativos otorgados por sus socios, con fechas de vencimiento en 2018 y 2019. Según los correspondientes contratos de préstamo, los intereses solo se liquidarán y serán exigibles en la fecha de vencimiento o, en su caso, en la fecha de amortización anticipada, total o parcial, por la parte devengada hasta tal amortización. Estos intereses se han venido considerando anualmente como ingreso tributable en las entidades prestamistas y gasto deducible en las prestatarias, con arreglo a un criterio de devengo.

La entidad consultante se plantea capitalizar los préstamos participativos, novándolos previamente para evitar que su capitalización (que se consideraría una amortización anticipada) dé lugar a la exigibilidad de los intereses devengados hasta la fecha, pactando que estos solo sean liquidados en las fechas de vencimiento inicialmente previstas (2018 y 2019).

Al respecto, considera la DGT que *"en la medida en que, con carácter previo a la capitalización de los préstamos, se produzca la novación de los mismos, fijando la liquidación de los intereses devengados y no liquidados hasta la fecha de novación, en todo caso, en la fecha inicial de vencimiento de los préstamos participativos, la entidad consultante no estará obligada a practicar retención en el momento en que se lleve a cabo la capitalización de dichos préstamos"*. Esto es, la obligación de retención sobre los intereses devengados y deducidos anualmente hasta la fecha de la capitalización solo nacerá en 2018 y 2019, cuando los referidos intereses sean exigibles.

UNIÓN EUROPEA*

- Principios del Derecho de la Unión. No discriminación** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2013 en el asunto Hay (as. C-267/12)*
- La situación de personas casadas y de las personas del mismo sexo que celebran un pacto civil de convivencia se equipara a efectos de la obtención de ventajas en el ámbito laboral cuando las parejas homosexuales no puedan legalmente contraer matrimonio. La negativa a conceder esas ventajas a tales trabajadores constituye una discriminación directa por motivo de orientación sexual.
- Principio de efectividad. Régimen transitorio para los cambios normativos** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2013 en el asunto Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation (as. C-362/12)*
- El Derecho de la Unión se opone a una normativa que priva a los contribuyentes de una vía de recurso para obtener la devolución de los impuestos recaudados. En 2004 el legislador inglés redujo, con efecto retroactivo y sin régimen transitorio, el plazo para solicitar la devolución de los impuestos recaudados. El Tribunal de Justicia ha establecido que esta norma nacional debe contener un régimen transitorio que permita disponer de un plazo suficiente para presentar las demandas de devolución que se podían presentar al amparo de la anterior normativa, dado que, de lo contrario, se estaría infringiendo el principio de efectividad.
- Libertad de establecimiento. Prohibición de venta de medicamentos con receta en parafarmacias** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2013 en el asunto Venturini (as. ac. C-159/12, C-160/12, C-161/12)*
- La prohibición de vender en las parafarmacias medicamentos sujetos a receta médica es acorde al Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia concluye que el sistema italiano, que no permite la comercialización en las parafarmacias de medicamentos sujetos a receta médica, reduce el riesgo de escasez de farmacias de una manera proporcionada al objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos de la población que sea seguro y de calidad.
- Libre circulación de capitales. Posibilidad de mantener en vigor determinadas disposiciones de la Ley Volkswagen** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2013 en el asunto Comisión c. Alemania (as. C-95/12)*
- En 2007, el TJUE declaró que la República Federal de Alemania había obstaculizado la libre circulación de capitales, al mantener en vigor la denominada "Ley Volkswagen", por la que se autorizaba a Alemania y al Land de Baja Sajonia a designar a dos miembros del consejo de vigilancia de Volkswagen. Además, establecía una serie de limitaciones a los derechos de voto de los accionistas y permitía una minoría de bloqueo reducida (20% del capital social) para oponerse a decisiones importantes de la sociedad. A raíz de dicha sentencia, Alemania derogó estas disposiciones, pero mantuvo la disposición sobre la minoría de bloqueo reducida.
- La Comisión estimó que la disposición sobre la minoría de bloqueo reducida también debía haberse derogado y, por consiguiente, interpuso un nuevo recurso ante el TJUE. Este ha desestimado el recurso, al considerar que Alemania cumplió íntegramente la sentencia inicial dictada en 2007, dado que en ella no se había declarado la existencia de un incumplimiento derivado de la disposición relativa a la minoría de bloqueo reducida considerada aisladamente, sino únicamente en lo que respecta a la combinación de dicha disposición con la relativa a la limitación de los derechos de voto.

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración ha participado Luis Moscoso del Prado, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Bruselas).

Libre circulación de capitales. Prohibición de privatización en el sector de distribución de gas y electricidad

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2013 en el asunto Essent y otros (as. ac. C-105/12, C-106/12, C-107/12)

Las restricciones a la libre circulación de capitales que afecten a empresas que operen en los mercados de electricidad y gas natural pueden ser conformes con el Derecho de la Unión. Según una normativa reciente del Reino de los Países Bajos, un inversor privado no puede adquirir o ser titular de acciones o de participaciones en el capital de un gestor de redes de distribución de electricidad y gas en el territorio neerlandés («prohibición de privatización»). Además, se prohíben los vínculos de propiedad o de control o la realización de actividades que puedan menoscabar la gestión de la red de que se trate.

El Tribunal de Justicia afirma que la prohibición de privatización está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 345 TFUE, conforme al cual los Estados miembros pueden legítimamente perseguir el objetivo consistente en establecer o mantener un régimen de propiedad pública de determinadas empresas (respetando los principios de no discriminación, libertad de establecimiento y libre circulación de capitales).

Protección de los consumidores. Ventas transfronterizas

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2013 en el asunto Emrek (as. C-218/12)

El Tribunal de Justicia precisa el alcance de la protección de los consumidores en las ventas transfronterizas. El consumidor puede demandar al comerciante extranjero con el que celebró un contrato ante los tribunales nacionales cuando se acredita que este dirigió sus actividades al Estado del consumidor, aun cuando el medio utilizado para dirigir sus actividades no provocara la celebración del contrato.

Transporte. Independencia de la infraestructura ferroviaria

Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2013 en el asunto Comisión c. Italia (as. C-369/11)

Italia vulnera el Derecho de la Unión al no garantizar la independencia del administrador de la infraestructura ferroviaria. El Estado italiano, al reservarse la facultad de fijar la cuantía de los derechos de acceso a la red, priva al administrador de un instrumento esencial de gestión y, por tanto, no garantiza la independencia de gestión del administrador de la infraestructura.

Aproximación de legislaciones. Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo

Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2013 en el asunto Duarte Hueros (as. C-32/12)

La normativa procesal española no garantiza la efectividad de la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, que establece que el vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad. El consumidor podrá exigir la puesta en conformidad del bien. De no poder obtener dicha puesta en conformidad, tendrá derecho a una reducción del precio o a la resolución del contrato. No obstante, cuando la falta de conformidad del bien entregado sea de escasa importancia, el consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato y únicamente podrá solicitar una reducción adecuada del precio de compra.

Libertad de establecimiento. Requisitos para la apertura de ópticas en Italia

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2013 en el asunto Ottica New Line (as. C-539/11)

Los límites demográficos y geográficos de la normativa italiana para la apertura de nuevas ópticas constituyen una restricción a la libertad de establecimiento. Por un lado, solo se autoriza una óptica por cada módulo de 8.000 habitantes y, por otro, debe respetarse una distancia mínima de 300 metros entre dos ópticas. El Tribunal de Justicia ha declarado que tales requisitos impiden a los ópticos elegir libremente el lugar en el que desean ejercer su actividad independiente. No obstante, estos límites pueden ser compatibles con el Derecho de la Unión si las autoridades competentes utilizan su potestad discrecional respetando criterios transparentes y objetivos con el fin de alcanzar, de manera coherente y sistemática, el objetivo de la protección de la salud pública en todo el territorio.

Transporte. Reembolso de billetes

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2013 en el asunto ÖBB-Personenverkehr (as. C-509/11)

El TJUE ha señalado que el Reglamento sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril no exime a las empresas ferroviarias de su obligación de indemnización por el precio del billete cuando el retraso sea imputable a un supuesto de fuerza mayor.