

# CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

## ADMINISTRATIVO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

Nueva Directiva europea de contratación pública

*Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE L de 28 de marzo de 2014)*

Esta Directiva deroga la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios, e introduce las siguientes novedades.

#### 1. Principios básicos de la contratación pública (artículo 18)

A los principios generales ya tradicionales de igualdad y no discriminación, y de transparencia, la Directiva incluye el de proporcionalidad en la actuación de los poderes adjudicadores.

#### 2. Tipos de contratos sujetos a la Directiva

La Directiva no ofrece cambios respecto de los contratos que quedan dentro de su ámbito de aplicación. No obstante, el contrato de concesión de obra pública queda ahora regulado por la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

#### 3. Regulación de la contratación mixta (artículos 3 y 16)

##### 3.1. Objetos de diferentes tipos de contratos regulados en la Directiva

Se aplicará el concepto de contratación mixta a aquellos contratos que tengan prestaciones de distintos tipos de contratos todos ellos regulados en la Directiva. Para la adjudicación de estos contratos, se utilizarán las disposiciones aplicables al objeto que caracterice la prestación principal del contrato.

##### 3.2. Prestaciones incluidas en los contratos tipo regulados en la Directiva y otros que no lo están

En el caso de que las prestaciones objeto de un contrato sean objetivamente separables, si el objeto del contrato tiene prestaciones propias de un contrato regulado por la Directiva y otras propias de otros contratos no regulados, los poderes adjudicaciones podrán optar por adjudicar contratos distintos o adjudicar un único contrato. Si se opta por celebrar distintos contratos, la decisión acerca del régimen jurídico aplicable a cada uno de esos contratos distintos podrá adoptarse basándose en las características de la prestación de que se trate. Si se opta por adjudicar un único contrato, se aplicará la presente Directiva al contrato mixto resultante, con independencia del valor de las prestaciones que de otro modo estarían sujetas a otro régimen jurídico.

\* Esta sección ha sido elaborada y coordinada por José García Alcorta, abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

Cuando las diferentes prestaciones de un contrato no sean objetivamente separables, el régimen jurídico aplicable se determinará en función del objeto principal de ese contrato.

### **3.3 Contratación mixta que conlleve aspectos de seguridad o defensa (artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —«TFUE»—)**

En el caso de que el objeto se integre por prestaciones objetivamente separables, los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar contratos distintos o un único contrato. Cuando los poderes adjudicadores elijan adjudicar un único contrato, para determinar el régimen jurídico aplicable se aplicarán los siguientes criterios:

- (i) Si la prestación está regulada en el artículo 346 del TFUE, el contrato podrá adjudicarse sin aplicar la Directiva, siempre que la adjudicación de un único contrato se justifique por razones objetivas.
- (ii) Si la prestación está regulada por la Directiva 2009/81/CE, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, el contrato podrá adjudicarse con arreglo a esa Directiva, siempre que la adjudicación de un único contrato se justifique por razones objetivas.

## **4. Exclusiones del ámbito de aplicación de la Directiva (artículos 8 a 10)**

### **4.1. Exclusiones específicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas**

No se aplicará la Directiva a los concursos públicos y concursos de proyectos cuyo objeto principal sea permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones o la prestación al público de uno o varios servicios de comunicaciones electrónicas (conforme al significado de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas).

### **4.2. Contratos públicos adjudicados y concursos de proyectos organizados en virtud de normas internacionales**

No se aplicará la Directiva cuando exista un instrumento jurídico que cree obligaciones de Derecho internacional entre un Estado miembro y uno o varios países terceros o subdivisiones de ellos, relativos a obras, suministros o servicios destinados a la ejecución o realización conjunta de un proyecto por sus signatarios o por una organización internacional.

El artículo 17 de la Directiva se aplicará a los contratos y concursos de proyectos que conlleven aspectos de seguridad y defensa que se adjudiquen en virtud de normas internacionales.

### **4.3. Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios**

La Directiva no se aplicará a aquellos contratos de servicios para:

- (i) La adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes. No se prevé la exclusión de la totalidad de los contratos patrimoniales como ocurría en el caso de la Directiva 2004/18/CE.
- (ii) La adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a los servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica.
- (iii) Los servicios de conciliación y arbitraje.
- (iv) Determinados servicios jurídicos.
- (v) Los servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en el sentido de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004 (relativa a los mercados de instrumentos financieros), los servicios de los bancos centrales y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad.

- (vi) Los préstamos, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores de otros instrumentos financieros.
- (vii) Los servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro e incluidos en determinados códigos CPV, salvo los servicios de transporte en ambulancia.
- (viii) Los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril o en metro.
- (ix) Los servicios relacionados con campañas políticas, incluidos en determinados códigos CPV, cuando son adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral.
- (x) Contratos de servicios adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador o a una asociación de poderes adjudicadores sobre la base de un derecho exclusivo de que estos gocen en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas.
- (xi) Contratos públicos entre entidades del sector público, recogiendo en la Directiva los criterios de la doctrina de la contratación *in house* y la colaboración horizontal entre entidades públicas (artículo 12).

### 5. Agrupaciones de operadores económicos (artículo 19)

La Directiva permite que puedan establecerse en los pliegos las condiciones que deben reunir los empresarios que participen de forma agrupada para cumplir los requisitos sobre situación económica y financiera o capacidad técnica y profesional, siempre que esto esté justificado por motivos objetivos y sea proporcionado.

Será posible, también, por motivos objetivos y proporcionados, que las condiciones para la ejecución de un contrato por las agrupaciones de empresarios sean diferentes a las que se impongan a los participantes individuales.

La creación de una forma jurídica determinada tras la adjudicación del contrato procede «*en la medida que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del contrato*».

### 6. Procedimientos de licitación. Principales novedades

La nueva Directiva regula los cuatro procedimientos de licitación ya vigentes (abierto, restringido, negociado y diálogo competitivo) y uno adicional, el de la asociación para la innovación. Los procedimientos abiertos y restringido no experimentan modificaciones y continúan siendo los procedimientos de libre utilización por los poderes adjudicadores.

El procedimiento de licitación con negociación o el diálogo competitivo seguirán siendo excepcionales y únicamente podrán utilizarse en los casos legalmente previstos. Las novedades se encuentran principalmente en el mayor desarrollo del procedimiento negociado, en los supuestos en los que puede ser utilizado y en la articulación de un nuevo procedimiento de adjudicación denominado «asociación para la innovación».

#### 6.1. Procede utilizar un procedimiento de licitación con negociación o un diálogo competitivo si se cumplen uno o varios de los siguientes criterios:

- (i) cuando las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles;
- (ii) cuando incluyan un proyecto o soluciones innovadoras;
- (iii) cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera, o por los riesgos inherentes a los mismos;
- (iv) cuando el poder adjudicador no pueda establecer con suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma;
- (v) cuando en el procedimiento abierto o restringido convocado solo se hayan presentado ofertas irregulares o inaceptables.

### **6.2. Procedimiento de licitación con negociación**

#### (i) Fase de licitación y presentación de ofertas:

- Cualquier empresario puede presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación.
- Los pliegos deberán determinar el objeto de la contratación, facilitando una descripción de sus necesidades y características exigidas, y especificarán los criterios de adjudicación del contrato. También se indicarán qué elementos de la descripción constituyen elementos mínimos que han de cumplir todas las ofertas.
- Solo los licitadores invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información proporcionada podrán presentar una oferta inicial, que será la base de las negociaciones posteriores. Se podrán limitar el número de candidatos aptos que serán invitados a participar.

#### (ii) Fase de negociación:

- Los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas con estos, excepto las ofertas definitivas, con el fin de mejorar su contenido. No podrán ser objeto de negociación los requisitos mínimos, ni los criterios de adjudicación.
- Si así se ha indicado en el anuncio de licitación o en la invitación, los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos sobre la base de las ofertas iniciales sin negociación.
- Durante la negociación, se velará por que todos los licitadores reciban igual trato. Con este fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que puedan dar ventajas a unos licitadores respecto a otros. En particular, si hubiese cambio en las especificaciones técnicas o en otra documentación, será necesario que se informe por escrito a los licitadores seleccionados, dándoles tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas.
- No podrán revelarse a los demás participantes los datos confidenciales que hayan sido comunicados por un candidato sin el acuerdo previo de este último.
- Podrán realizarse fases sucesivas para reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en el anuncio de licitación o en la invitación.
- Cuando el poder adjudicador piense concluir las negociaciones, informará a los licitadores restantes y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas.

(iii) Las causas que permiten el uso de un procedimiento negociado sin publicación previa son sustancialmente las mismas que las previstas en la regulación anterior.

### **6.3. Diálogo competitivo**

El diálogo competitivo mantiene la misma regulación hasta ahora vigente. No obstante, la Directiva (artículo 30) establece que las ofertas finales podrán aclararse, precisarse y optimizarse. En todo caso, esas informaciones adicionales no podrán introducir modificaciones de los aspectos fundamentales de la oferta o cuando puedan falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio.

Las ofertas finales serán evaluadas en función de los criterios de adjudicación establecidos. No obstante, se introduce como novedad que el poder adjudicador pueda llevar a cabo negociaciones con el licitador que haya presentado la oferta que presente la mejor relación calidad-precio, con el fin de confirmar compromisos financieros u otras condiciones contenidas en la oferta. En esa fase se ultimarán las condiciones del contrato, siempre que con ello no se modifiquen materialmente aspectos fundamentales de la oferta y de las normas de contratación pública.

#### **6.4. Asociación para la innovación**

Este nuevo procedimiento de adjudicación podrá utilizarse cuando la contratación no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado, sino que será preciso que estos sean innovadores. Para ello, el poder adjudicador podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo.

En la convocatoria que se publique, el órgano de contratación describirá cuáles son los elementos que son requisitos mínimos para todos los licitadores. Y, en todo caso, la información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los empresarios puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

Solo podrán participar en el procedimiento los licitadores invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información facilitada. Podrá limitarse el número de candidatos a que haya de invitarse. En todo caso, los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, según lo dispuesto en el artículo 67 de la Directiva.

Esta asociación tendrá por finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes.

En los pliegos deberán definirse las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial. En el caso de que en la asociación existan varios socios, el poder adjudicador no revelará a los otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique un socio en el marco de la asociación sin el acuerdo de este último.

El órgano de contratación debe velar por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado. El valor estimado de los suministros, servicios u obras resultantes no será desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo.

#### **7. Conflictos de intereses**

El artículo 24 de la nueva Directiva impone a los poderes adjudicadores que adopten las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratos, a fin de evitar el falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los empresarios.

#### **8. Contratación conjunta esporádica. Régimen de responsabilidad**

Se regula por primera vez el régimen de responsabilidad de los poderes adjudicadores que celebren conjuntamente determinados contratos. Es relevante señalar que la Directiva habla del término «esporádica» con la finalidad de limitar el uso de esta fórmula.

El régimen de responsabilidad vendrá determinado por el hecho de que el procedimiento de contratación se desarrolle o no en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de todos los poderes adjudicadores participantes. Si se desarrolla por cuenta de todos existirá una responsabilidad conjunta del cumplimiento de sus obligaciones. Esta regla se aplicará también cuando solo un poder adjudicador administre el procedimiento, por cuenta propia y por cuenta de los demás poderes adjudicadores.

Si el procedimiento no se desarrolla en su totalidad en nombre y por cuenta de todos los poderes adjudicadores, estos solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente. Cada poder adjudicador será único responsable del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Directiva con respecto a las partes que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia.

## 9. Novedades en la preparación y configuración del procedimiento de licitación.

(i) Se prevé la posibilidad de realizar consultas preliminares en el mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación. En este sentido, el artículo 40 establece que, por ejemplo, podrá solicitarse o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación. Esta participación previa no será un obstáculo para que los operadores económicos consultados puedan acudir a la licitación. No obstante, el poder adjudicador debe adoptar las medidas adecuadas para garantizar que ese candidato o licitador no falsee la competencia.

(ii) Especificaciones técnicas y etiquetas. La regulación de las especificaciones técnicas no experimenta especiales modificaciones, aunque se regula con mayor detalle la prohibición de referencias. Se establece como novedad la figura de las «etiquetas», como forma de acreditación de que el licitador cumple características específicas de tipo medioambiental, social u otros para la ejecución de contratos que requieren específicamente de estas condiciones. Estas etiquetas podrán exigirse en las especificaciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato. En las especificaciones técnicas podrán establecerse aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para los usuarios.

(iii) Variantes. Se establece que la presentación de variantes puede exigirse por los poderes adjudicadores. Los pliegos deberán recoger los requisitos mínimos que deben cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación, en particular cuando las variantes puedan ser presentadas solo en caso de que también se haya presentado una oferta que no sea una variante. En el pliego, por tanto, podría permitirse la presentación de variantes sin necesidad de presentar la oferta base.

(iv) Lotes. Se regula por primera vez en la normativa comunitaria el régimen de división en lotes de los contratos. La normativa nacional de contratación pública, contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, permite la licitación en lotes cuando estos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del contrato. La regulación de la nueva Directiva da un impulso a la licitación por lotes, al considerar que, con carácter general, pueda hacerse esa división por lotes con la finalidad de dar cabida a la adjudicación a favor de las pymes.

Podrá establecerse que las ofertas puedan presentarse para uno, varios o todos los lotes. Los poderes adjudicadores estarán facultados para (i) limitar el número de lotes que pueda adjudicarse a un solo licitador; (ii) establecer que puedan presentarse ofertas para varios o todos los lotes, siempre que se indique el número máximo de lotes que puede ser adjudicado a un mismo licitador.

Será preciso que en el pliego se reflejen los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se proponen aplicar para determinar qué lotes serán adjudicados, en el caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que se le adjudique a un único licitador un número de lotes superior al máximo establecido.

Se faculta también a los Estados miembros para que permitan adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes que se hayan especificado.

La Directiva también permite que los Estados miembros establezcan como obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados, derivando al Derecho interno su regulación.

## 10. Selección de los participantes y adjudicación de los contratos

### 10.1. Principios generales

Podrá no adjudicarse un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa cuando se haya comprobado que la oferta no cumple las obligaciones medioambientales, sociales o laborales.

En los procedimientos abiertos, se podrá decidir examinar las ofertas antes de comprobar la inexistencia de motivos de exclusión y el cumplimiento de los criterios de selección. La utilización de esta posibilidad deberá asegurar en todo caso que la comprobación posterior se lleve a cabo de manera imparcial y transparente, a fin de que no se adjudique un contrato a un licitador que debería haber sido excluido o que no cumpla los criterios de selección.

### **10.2. Causas de exclusión (prohibición para contratar)**

A las causas ya vigentes, el artículo 57 de la Directiva añade las siguientes causas de exclusión obligatoria, a saber: participación en una organización delictiva; delitos de terrorismo o delito ligado a actividades terroristas o inducción, complicidad o tentativa de cometer un delito; blanqueo de capitales o financiación del terrorismo; trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos.

Los Estados pueden incluir, además, las siguientes nuevas causas de exclusión: (i) comisión de falta profesional grave que ponga en entredicho su integridad; (ii) pueda probarse que existan acuerdos destinados a falsear la competencia; (iii) cuando el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas, etc.

Se regula también cuándo puede excepcionarse la aplicación de alguna de estas causas de exclusión y los medios de prueba válidos para la acreditación por los poderes adjudicadores de las conductas descritas.

Los plazos máximos de exclusión se han visto reducidos hasta los 5 años para las sentencias firmes y 3 años a partir de la fecha del hecho relevante (para el resto de las causas).

### **10.3. Criterios de selección**

Pueden referirse a los siguientes:

(i) La habilitación para ejercer la actividad profesional.

(ii) La solvencia económica y financiera. Podrá exigirse, además del volumen mínimo anual de negocios, información sobre sus cuentas anuales que muestre la *ratio*, por ejemplo, entre activo y pasivo. El volumen anual exigido no podrá exceder del doble del valor estimado del contrato.

(iii) La capacidad técnica y profesional.

Todos los requisitos deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él.

Finalmente, se introduce el documento único europeo de contratación, basado en declaraciones del propio empresario, lo que permitirá que solo el adjudicatario deba proporcionar la documentación original.

### **10.4. Integración de la solvencia mediante entidades externas**

El artículo 63 de la Directiva restringe la posibilidad de beneficiarse de las capacidades de entidades externas respecto de algunos aspectos, en particular: criterios relativos a títulos de estudios y profesionales, y la experiencia profesional pertinente. Solo podrán tenerse en cuenta para integrar la solvencia técnica o profesional cuando estas otras entidades vayan a ejecutar (subcontratación) esa obras o esos servicios para los que sean necesaria esas capacidades. Cuando un empresario recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir al empresario y a esas terceras entidades que respondan solidariamente de la ejecución del contrato.

### **10.5 Criterios de adjudicación**

Los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa. Esta oferta se determinará sobre la base del precio o

coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados con el objeto del contrato. Por ejemplo:

- (i) La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.
- (ii) La organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato.
- (iii) El servicio postventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega, tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución.

Cuando existan varios criterios de adjudicación, los poderes adjudicadores podrán determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa y el coste más bajo mediante un planteamiento basado en el coste del ciclo de vida, que incluirá todos los costes a lo largo de la vida de las obras, suministros o servicios. Entre estos costes figuran los costes internos, como la investigación que haya de llevarse a cabo, los costes de desarrollo, producción, transporte, uso, mantenimiento y eliminación al final de la vida útil, pero también pueden incluirse los costes atribuidos a factores medioambientales externos, como la contaminación.

En relación con la utilización como criterios de adjudicación de los aspectos medioambientales, el Considerando 97 de la Directiva indica que esos aspectos podrán referirse a cualquier fase de sus ciclos de vida (extracción de materias primas, fabricación o eliminación del producto). Entre esos criterios y condiciones relativos al proceso de producción podrán figurar, por ejemplo, el que en la fabricación de los productos adquiridos no se han utilizado productos químicos tóxicos, o la de que los servicios adquiridos son prestados utilizando máquinas eficientes desde el punto de vista energético.

Entre estos aspectos deben incluirse, también, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato que se refieran al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

Entre las condiciones de ejecución de un contrato relativas a las consideraciones medioambientales pueden figurar, por ejemplo, la entrega, el embalaje y la eliminación de productos y, en los contratos de obras y servicios, la minimización de los residuos y la eficiencia energética.

No obstante, no podrá exigirse a los licitadores como requisito que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental en la empresa ni tampoco podrá imponérseles su aprobación.

Los aspectos sociales como criterios de adjudicación se detallan en los Considerandos 98 y siguientes de la nueva Directiva, a saber: condiciones básicas de trabajo como la retribución, fomento de la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo, mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, medidas destinadas a proteger la salud del personal, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para para el contrato, empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse, entre otros.

#### **10.6. Ofertas anormalmente bajas**

La justificación de los empresarios de la viabilidad del precio o costes propuestos en la oferta deberá referirse a:

- (i) El ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- (ii) Las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.



- (iii) La originalidad de los productos, servicios u obras.
- (iv) El cumplimiento de las obligaciones medioambientales, sociales y laborales.
- (v) El cumplimiento de las obligaciones en las subcontrataciones.
- (vi) La posible obtención de una ayuda estatal.

El poder adjudicador solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos. En todo caso se rechazará la oferta si se comprueba que la oferta es anormalmente baja porque no cumple las condiciones medioambientales, laborales y sociales.

## 11. Ejecución del contrato

### 11.1 Subcontratación

Los Estados miembros podrán prever que, a petición del contratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se adeuden por los servicios prestados para el contratista principal. De establecerse esas disposiciones podrán incluirse mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos. Esta posibilidad deberá estar establecida en los pliegos.

### 11.2. Modificación de los contratos durante su vigencia

El régimen de la modificación de los contratos vuelve a experimentar una importante reforma con la Directiva. En concreto:

- (i) Los contratos y acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación en los siguientes casos:
  - Cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuviesen previstas en los pliegos de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. No será posible establecer modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco.
  - En el caso de obras, servicios o suministros adicionales o complementarios, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, si el cambio de contratista no es factible por razones económicas o técnicas, o genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes.  
  
El incremento del precio resultante de la modificación no podrá superar el 50% del valor del contrato inicial. Este porcentaje se tendrá en cuenta en cada una de las modificaciones.
  - Cuando concurren las siguientes circunstancias: (i) la modificación no se hubiera podido prever por un poder adjudicador diligente; (ii) no altere la naturaleza global del contrato; y (iii) el incremento del precio no exceda el 50% del valor del contrato o acuerdo marco inicial.
  - Cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como consecuencia de (i) una opción o cláusula de revisión inequívoca; (ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial (absorción, fusión, adquisición o insolvencia), por otro operador que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no obligue a otras modificaciones sustanciales; o bien (iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, si ello está previsto en la legislación nacional.
  - Cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales.
  - Cuando el valor de la modificación sea inferior a los umbrales y al 10% del valor inicial en los contratos de servicios y suministros y el 15% en el caso de las obras.

(ii) Se considerará una modificación sustancial de un contrato o un acuerdo marco durante su período de vigencia cuanto tenga por resultado materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En todo caso, estaremos ante una modificación sustancial en los siguientes supuestos:

- Cuando se introduzcan condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta de la inicialmente aceptada o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de licitación.
- Cuando la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial o en el acuerdo marco.
- Cuando la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco.
- Cuando el contratista inicialmente adjudicatario sea sustituido por un nuevo contratista en determinadas circunstancias, como por ejemplo, en la cesión de los contratos.

En estos casos, será preceptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación.

### **11.3. Resolución de los contratos.**

Los Estados deberán establecer como causas de rescisión de los contratos los siguientes supuestos:

- (i) Cuando el contrato haya sido objeto de una modificación sustancial, que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación.
- (ii) Cuando el contratista hubiera estado, en el momento de la adjudicación, en causa de exclusión y por lo tanto hubiera debido ser excluido del procedimiento de contratación.
- (iii) Cuando el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en la Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE.

#### **Nueva Directiva europea sobre sectores excluidos**

*Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DOUE L de 28 de marzo de 2014)*

Esta Directiva deroga la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. El objetivo de la nueva Directiva es incrementar la eficiencia del gasto público, facilitar la participación de las pymes en la contratación pública, apoyar objetivos sociales comunes, clarificar determinados conceptos e incorporar jurisprudencia del TJUE.

Los cambios más destacables son, en cuanto al objeto y definiciones, los siguientes:

- (i) Se clarifica que el concepto de operador económico incluye a las «*agrupaciones temporales de empresas*» (artículo 2).
- (ii) Respecto a la noción de derechos especiales o exclusivos (fundamental puesto que las entidades que no son poderes adjudicadores ni empresas públicas en el sentido de la Directiva se consideran entidades adjudicadoras en la medida en que operen con arreglo a derechos especiales o exclusivos), se establece que no constituyen tales derechos aquellos que se hayan otorgado mediante un procedimiento basado en criterios objetivos con arreglo a la legislación de la Unión, y que hayan sido objeto de una publicidad adecuada (artículo 4).
- (iii) Las entidades territoriales (como poderes adjudicadores) pasan a denominarse autoridades regionales o locales, definiéndose ambas en el artículo 3.
- (iv) Los contratos mixtos son objeto de una exhaustiva regulación (artículo 5).

Respecto a las actividades a las que se aplica la Directiva:

(v) La generación (producción), la venta al por mayor y la venta al por menor de gas, calefacción, electricidad y agua, queda contemplada dentro del suministro regulado en la Directiva (artículo 7).

(vi) La Directiva se aplicará a las actividades de explotación de una zona geográfica para: (i) extracción de petróleo o gas; y (ii) prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos (artículo 14).

Sobre el ámbito de aplicación material:

(i) Los métodos y reglas de cálculo del valor estimado del contrato son objeto de una regulación más detallada (artículo 16).

(ii) Al igual que sucede con la nueva Directiva 2014/24, se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva de los sectores especiales algunos servicios de tipo jurídico, de defensa y protección civil por organizaciones sin ánimo de lucro —salvo los servicios de transporte de pacientes en ambulancia— y los préstamos (artículo 21).

Se detallan otras exclusiones en los ámbitos de la defensa y seguridad (excluidos, en términos generales, cuando resulta de aplicación la Directiva 2009/81/CE, artículo 24), y se abordan aquellos contratos que, abarcando la misma o diferentes actividades, conlleven aspectos de defensa y seguridad (artículos 25 a 27).

(iii) La Directiva señala en sus considerandos la inseguridad jurídica que se ha generado en torno a los contratos celebrados entre poderes adjudicadores, y que la jurisprudencia del TJUE ha sido objeto de diversas interpretaciones por los Estados y por los poderes adjudicadores. Por ello, bajo la subsección rubricada «Relaciones especiales», el artículo 28 establece de forma novedosa las reglas aplicables a contratos entre poderes adjudicadores, junto con las normas (previamente existentes, en parte) que han de regir la adjudicación de contratos a una empresa asociada (artículo 29) y empresas conjuntas (artículo 30).

Por lo que respecta a los principios generales:

(i) Se especifica que incluso las agrupaciones temporales de operadores económicos podrán participar en las licitaciones sin que les sea exigible adoptar una forma jurídica concreta hasta que se les haya adjudicado el contrato (artículo 37).

(ii) Se impulsan los contratos reservados, que los Estados pueden reservar a talleres protegidos y operadores dedicados a la integración social y profesional de personas discapacitadas y desfavorecidas (artículo 38).

(iii) La Directiva aspira a que los medios electrónicos se conviertan en el método estándar de comunicación e intercambio de información, ya que simplifican los procedimientos e incrementan la eficiencia, la transparencia y la concurrencia en el mercado interior.

Será obligatorio para los Estados garantizar que todas las comunicaciones e intercambios se lleven a cabo por medios de comunicación electrónicos, salvo excepciones que enumera la norma (artículo 40).

Los Estados podrán hacer obligatoria la utilización de catálogos electrónicos (formatos para la presentación y organización de la información de forma común para todos los licitadores) en relación con determinados tipos de contratación, de forma que las entidades adjudicadoras puedan exigir, cuando sea necesario utilizar medios de comunicación electrónicos, que las ofertas se presenten en forma de catálogos o incluyan catálogos (artículo 54).

(iv) Los conflictos de intereses en la licitación, que los poderes adjudicadores deben prevenir, detectar y solucionar, se contemplan al igual que en la nueva Directiva 2014/24.

En lo que se refiere a los procedimientos y ejecución del contrato:

(i) Los procedimientos ordinarios siguen siendo el abierto, restringido o negociado con convocatoria de licitación previa, que regula la Directiva. El carácter «*muy excepcional*» del negociado sin convocatoria de licitación ha hecho que se estreche el margen de supuestos

en que puede utilizarse, mediante una regulación más exhaustiva de esos supuestos (artículo 50).

(ii) Se reducen, al igual que en la nueva Directiva 2014/24, los plazos mínimos para poder participar en las licitaciones, *«para hacer más rápidos y eficientes los procedimientos»* (artículos 45, 46 y 47).

(iii) El artículo 79 desarrolla la posibilidad de que los operadores económicos recurran a las capacidades de otras entidades, independientemente de los vínculos que tengan entre ellas. Cuando el recurso a capacidades ajenas se refiera a la solvencia económico-financiera, las entidades adjudicadoras podrán exigir al operador y al tercero que sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato.

(iv) El artículo 82 plantea de manera más extensa los criterios de adjudicación de los contratos. La oferta económicamente más ventajosa se determinará sobre la base del *«precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 83, y podrá incluir la mejor relación precio-calidad, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales»*.

(v) Las normas sobre subcontratación se desarrollan y endurecen (artículo 88). Los Estados podrán establecer *«normas de responsabilidad más estrictas o disposiciones más amplias en materia de pagos directos a subcontratistas, disponiendo, por ejemplo, el pago directo a los subcontratistas sin necesidad de que estos lo soliciten»*.

(vi) Se detallan, también, los supuestos en que los contratos y acuerdos marco pueden modificarse durante su vigencia sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación (artículo 89). Una de las causas de resolución contractual será que el contrato haya experimentado una modificación sustancial que hubiera exigido un nuevo procedimiento de adjudicación en virtud del artículo 89 (artículo 90).

En cuanto a las técnicas e instrumentos de contratación electrónica y agregada:

(i) Se revisa la regulación de los acuerdos marco (artículo 51) y de los sistemas dinámicos de adquisición (artículo 52), considerando que pueden ser técnicas eficientes de contratación. Como norma general, la duración máxima del acuerdo marco será de ocho años. Se podrán establecer licitaciones reducidas entre los operadores que hayan sido parte en un acuerdo marco ya celebrado. Las normas a seguir para contratar en el sistema dinámico son las del procedimiento restringido, con determinadas especialidades.

(ii) La Directiva constata la utilidad del diálogo competitivo en los casos en que las autoridades adjudicadoras no pueden definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que pueda ofrecer el mercado, lo cual puede presentarse, en particular, en proyectos de infraestructuras de transporte integrado o en los redes o proyectos informáticos de gran tamaño que requieran financiación compleja y estructurada.

Los Estados dispondrán que las entidades adjudicadoras puedan recurrir al diálogo competitivo, que describe el artículo 48.

(iii) Se prevé, como en la nueva Directiva 2014/24, un procedimiento específico, la asociación para la innovación. Se trata de que las entidades adjudicadoras puedan establecer una asociación (con uno o varios socios) para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores, siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes, *«sin necesidad de un procedimiento de contratación por separado para la adquisición»* según se expone en los considerandos. La asociación para la innovación debe basarse en el procedimiento negociado con convocatoria de licitación previa, que podrá articularse en fases sucesivas.

(iv) Otra novedad, que también figura en la Directiva 2014/24, es la contratación conjunta esporádica, que consiste en que *«dos o varias entidades adjudicadoras podrán acordar la realización conjunta de determinadas contrataciones específicas»* (artículo 56). Se establecen sus características y las responsabilidades de cada parte.

(v) El artículo 55 desarrolla la regulación anterior sobre centrales de compras y actividades de compra centralizadas. La entidad adjudicadora será responsable del cumplimiento de la Directiva en las partes que ejecute ella misma, como las que señala el artículo 55.

## Directiva de concesiones

*Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, por la que se establecen las normas aplicables a los procedimientos de contratación por parte de poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras por medio de una concesión (DOUE L de 28 de marzo de 2014)*

### 1. Ámbito de aplicación

Esta Directiva se aplica a la adjudicación de concesiones de obras o servicios a los operadores económicos por los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras (artículo 1), cuyo valor sea igual o superior a 5.186.000 EUR (artículo 8). Al respecto, las entidades adjudicadoras se identifican con las autoridades estatales, regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por una o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público, así como también las empresas públicas (todas aquellas sobre las que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por razón de su propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen) y las entidades que funcionan sobre la base de derechos especiales o exclusivos concedidos por las autoridades competentes de un Estado miembro (artículo 7).

La Directiva se aplica a las concesiones de obras y a las concesiones de servicios, que se identifican del modo siguiente:

(i) La concesión de obras es un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (artículo 5).

(ii) La concesión de servicios se define como un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (artículo 5).

En ambos casos, la adjudicación de estas concesiones ha de implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable (artículo 5).

En un sentido negativo, la Directiva no se aplica, entre otros supuestos, a los siguientes:

(i) Las concesiones de servicios adjudicadas a un poder adjudicador o a una entidad adjudicadora, ni a una asociación de tales poderes o entidades, sobre la base de un derecho exclusivo.

(ii) Las concesiones de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) n.º 1370/2007.

(iii) Las concesiones que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora esté obligado a adjudicar u organizar de conformidad con procedimientos diferentes de los previstos en esta Directiva, establecidos en virtud de un instrumento jurídico que cree obligaciones de Derecho internacional o una organización internacional.

(iv) Las concesiones que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora adjudique conforme a normas de contratación establecidas por una organización internacional o una institución financiera internacional, cuando las concesiones de que se trate estén financiadas íntegramente por esta organización o institución.

(v) Las concesiones en los ámbitos de la defensa y de la seguridad contemplados en la Directiva 2009/81/CE.

(vi) Las concesiones de servicios destinadas a (i) la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes, (ii) la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, ni a las concesiones relativas al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicadas a prestadoras del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, (iii) servicios de arbitraje y de conciliación, (iv) determinados servicios jurídicos, (v) servicios financieros ligados a la emisión, la compra, la venta o la transmisión de títulos u otros instrumentos financieros, a tenor de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, ni a los servicios de los bancos centrales y las operaciones efectuadas en el marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y en el Mecanismo Europeo de Estabilidad, y (vi) préstamos, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros.

(vii) Las concesiones cuyo objeto principal sea permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones, o el suministro al público de uno o más servicios de comunicaciones electrónicas.

(viii) Las concesiones adjudicadas a la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable, y el suministro de agua potable a dichas redes.

(ix) Las concesiones adjudicadas por entidades adjudicadoras cuando, en el Estado miembro donde vayan a ejecutarse las concesiones, haya quedado probado que la actividad está sometida directamente a la competencia.

La Directiva también contiene una serie de reglas relativas a las concesiones entre entidades del sector público. En concreto, las concesiones adjudicadas por un poder adjudicador o una entidad adjudicadora a otra persona jurídica de Derecho privado o de Derecho público no entrarán en el ámbito de aplicación de esa Directiva cuando concurren todas las condiciones siguientes:

- Que dicho poder adjudicador o entidad adjudicadora ejerza sobre la persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, esto es, cuando influya de forma decisiva, tanto en los objetivos estratégicos, como en las decisiones fundamentales de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador o entidad adjudicadora.
- Que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendados por el poder adjudicador o entidad adjudicadora que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador o entidad adjudicadora.
- Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

No obstante, un poder adjudicador o una entidad adjudicadora que no ejerza control sobre una persona jurídica de Derecho privado o público, podrá adjudicar una concesión a dicha persona jurídica, sin aplicar esta Directiva cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

(i) Que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora ejerza conjuntamente con otros poderes o entidades adjudicadoras sobre dicha persona jurídica un control análogo al que ejerce en sus propios servicios.

(ii) Que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendados por el poder o entidad adjudicadora que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder o entidad adjudicadora.

(iii) Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

## 2. Duración de las concesiones

La Directiva establece que, en los supuestos en que las concesiones tengan un período de duración superior a cinco años, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

## 3. Contratos mixtos

La Directiva contiene también una serie de reglas en relación con los contratos que denomina mixtos. En concreto:

(i) Establece que las concesiones cuyo objeto sean tanto obras como servicios se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión predominante en el objeto principal del contrato.

(ii) En el caso de los contratos que tengan por objeto elementos regulados por la Directiva, así como otros elementos, los poderes y entidades adjudicadoras podrán decidir adjudicar contratos separados por partes separadas.

(iii) En el supuesto de contratos mixtos que contienen elementos de concesiones, así como elementos de contratos públicos regulados por la Directiva 2014/24/UE o de contratos regulados por la Directiva 2014/25/UE, el contrato mixto se adjudicará de conformidad con las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/25/UE, respectivamente.

(iv) Cuando las diferentes partes de un determinado contrato no sean objetivamente separables, el régimen jurídico aplicable se determinará en función del objeto principal de ese contrato.

(v) En fin, reglas particulares se establecen, también, para los contratos públicos mixtos que contienen aspectos relativos a la defensa y la seguridad.

## 4. Normas relativas a la adjudicación de las concesiones

La Directiva introduce, asimismo, una serie de reglas referidas a los procedimientos de adjudicación de las concesiones. Entre ellas, pueden destacarse las siguientes:

### 4.1. Anuncios de concesión y plazo de recepción de las ofertas

Los poderes y entidades adjudicadores que deseen adjudicar una concesión darán a conocer su propósito por medio de un anuncio de concesión. No obstante, no podrá obligarse a los poderes y entidades adjudicadores a publicar un anuncio de concesión en los siguientes supuestos:

- Cuando las obras o servicios solo puedan ser suministrados por un operador económico determinado por cualquiera de los siguientes motivos: (i) el objeto de la concesión es la creación o la adquisición de una obra de arte o representación artística única, (ii) la

ausencia de competencia por razones técnicas, (iii) la existencia de un derecho exclusivo, (iv) la protección de derechos de propiedad intelectual y de derechos exclusivos.

- Cuando no se haya presentado ninguna solicitud de participación u oferta o ninguna oferta adecuada o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento de concesión previa, siempre que las condiciones iniciales del contrato de concesión no se modifiquen sustancialmente y que se envíe un informe a la Comisión cuando se solicite.

El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes para la concesión será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de concesión.

#### **4.2. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés**

La Directiva establece la obligación a los Estados miembros de que exijan a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores.

#### **4.3. Requisitos técnicos y funcionales**

De acuerdo con la Directiva, los requisitos técnicos o funcionales han de definir las características requeridas de los trabajos o servicios que son objeto de la concesión. Y deben figurar en los documentos de concesión.

Estas características podrán referirse también al proceso específico de producción o prestación de las obras o servicios, siempre que estén vinculados a la materia objeto del contrato y sean proporcionados a su valor y sus objetivos. Estas características podrán incluir, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, la diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la seguridad o las dimensiones, la terminología, los símbolos, los ensayos y métodos de ensayo, el marcado y etiquetado o instrucciones de uso.

#### **4.4. Selección y evaluación cualitativa de los candidatos. Exclusión de la licitación**

Los poderes y entidades adjudicadores deberán comprobar las condiciones de participación relativas a la capacidad profesional y técnica, la solvencia financiera y económica de los licitadores o candidatos, sobre la base de las declaraciones de los mismos, la referencia o referencias que se presenten como prueba de conformidad con los requisitos especificados en el anuncio de licitación, que deberán ser no discriminatorias y proporcionales al objeto de la concesión. Las condiciones de participación guardarán una relación y una proporción con la necesidad de garantizar la capacidad del concesionario de ejecutar la concesión, teniendo en cuenta el objeto de la concesión y la finalidad de garantizar una competencia real.

El operador económico podrá, si procede, y para una concesión determinada, basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas. Por lo que se refiere a la solvencia financiera, el poder o entidad adjudicador podrá exigir que el operador económico y aquellas entidades asuman una responsabilidad conjunta para la ejecución del contrato.

Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de adjudicación de concesión, sin perjuicio de otras circunstancias:

- (i) Cuando hayan establecido que dicho operador económico ha sido objeto de una condena mediante sentencia firme por participación en una organización delictiva, corrupción, fraude, delito de terrorismo, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, o trabajo infantil.
- (ii) En el supuesto de que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social.



- (iii) En caso de violación de las obligaciones en materia medioambiental, laboral y social.
- (iv) Si el operador económico ha quebrado o está sometido a un procedimiento de insolvencia o liquidación.
- (v) Si el operador económico es culpable de una falta profesional grave.
- (vi) Si un conflicto de intereses no se puede subsanar con eficacia por ninguna otra medida menos intrusiva.
- (vii) Si el poder adjudicador dispone de indicadores lo bastante convincentes que concluyan que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia.

#### **4.5. Criterios de adjudicación**

La adjudicación de las concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, y que garanticen la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva tales que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora. Esos criterios podrán incluir criterios medioambientales, sociales o relacionados con la innovación.

### **5. Normas relativas a la ejecución de las concesiones**

#### **5.1. Subcontratación**

La Directiva no establece ningún límite en torno a un porcentaje de la concesión que puede ser objeto de subcontratación. En todo caso, se establece que, en los documentos relativos a la concesión, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora podrá pedir, o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador o al solicitante que mencione en la oferta la parte de la concesión que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

#### **5.2. Modificación de los contratos durante su período de vigencia**

Las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con la Directiva en cualquiera de los casos siguientes:

- (i) Cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. No contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión.
- (ii) Para obras o servicios adicionales, a cargo del concesionario original, que resulten necesarios y que no estuviesen incluidos en la concesión original, cuando un cambio de concesionario: (i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial, así como (ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder o entidad adjudicador.
- (iii) Cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: (i) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever, (ii) que la modificación no altere el carácter global de la concesión, (iii) en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50% del valor de la concesión original.
- (iv) Cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora como consecuencia de: (i) una opción o cláusula de revisión inequívoca, (ii) la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, o bien (iii) la asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones del concesionario principal

para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

(v) Cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales.

También se podrá modificar una concesión si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes: (i) el umbral de 5.186.000 euros, y (ii) el 10% del valor inicial de la concesión. Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global de la concesión.

Una modificación de una concesión durante su período de vigencia se considerará sustancial cuando tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio. Asimismo, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una de las condiciones siguientes:

- Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión.
- Que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial.
- Que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión.
- Cuando un nuevo concesionario sustituya a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión.

### 5.3. Resolución de las concesiones

Los Estados miembros se asegurarán de que los poderes y entidades adjudicadores tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su período de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

- Que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación.
- Que el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones contempladas en el artículo 38, apartado 4 de la Directiva y, por lo tanto, hubiere debido ser excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión.
- Que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la Directiva.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

#### Interpretación del artículo 58.4 de la LRJPAC

*Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013 (recurso contencioso-administrativo n.º 557/2011)*

Esta sentencia interpreta el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («LRJPAC»), en relación concretamente con el momento en que cabe tener por producido, realizado o cumplido el intento de notificación de un acto administrativo al que alude aquel precepto. El Tribunal Supremo («TS») rectifica su doctrina anterior y sienta el criterio de que, si el intento de notifica-

ción del acto administrativo se lleva a cabo en una fecha comprendida dentro del plazo máximo de duración del procedimiento (siempre, por supuesto, que luego quede debidamente acreditado y se haya practicado respetando las exigencias normativas a que esté sujeto), producirá aquel concreto efecto que dispone ese artículo 58.4 de la LRJPAC, con independencia o aunque su acreditación acceda al expediente cuando ya venció ese plazo.

**Incidente de nulidad de actuaciones previo a la demanda por error judicial**

*Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2014 (error judicial n.º 41/2013)*

El TS declara en esta sentencia, de acuerdo con su doctrina sobre la cuestión, que el cauce de la nulidad de actuaciones es idóneo para corregir los errores en que las resoluciones judiciales firmes hayan podido incurrir. En consecuencia, el incidente de nulidad de actuaciones se incardina dentro del ámbito del artículo 293.1.f) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

**Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña**

*Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014, de 25 de marzo*

El Tribunal Constitucional se pronuncia en esta sentencia en torno a la impugnación por el Abogado del Estado, en nombre del Gobierno, de la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña.

El Tribunal Constitucional entiende que procede examinar la constitucionalidad de esta Resolución, por cuanto es susceptible de producir efectos jurídicos. Argumenta el Tribunal que esta Resolución, insertada en el llamamiento a un proceso de diálogo y negociación con los poderes públicos encaminado a «hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo» (parte inicial de la Declaración), puede entenderse como el reconocimiento a favor de aquellos a quienes se llama a llevar a cabo el proceso en relación con el pueblo de Cataluña, de atribuciones inherentes a la soberanía superiores a las que derivan de la autonomía reconocida por la Constitución a las nacionalidades que integran la Nación española. Añade, además, el Tribunal Constitucional que el carácter asertivo de la Resolución impugnada, que «acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir», no permite entender limitados sus efectos en el ámbito parlamentario al terreno estrictamente político, puesto que reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas y este cumplimiento es susceptible del control parlamentario previsto para las resoluciones aprobadas por el Parlamento.

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional estima parcialmente la impugnación de la Resolución. Declara inconstitucional y nulo el denominado principio primero titulado «Soberanía» de la Declaración aprobada por la Resolución. Entiende, en sustancia, que la identificación de un sujeto dotado de la condición de sujeto soberano (el pueblo de Cataluña) es contraria a los artículos 1.2 y 2 de la Constitución, y a los artículos 1 y 2.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, así como, en relación con ellos, a los artículos 9.1 y 168 de la Constitución. Afirma el Tribunal Constitucional que, «en el marco de la Constitución una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España».

Añade, además, el Tribunal Constitucional que las referencias al «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña» contenidas en el título, parte inicial, y en los principios segundo, tercero, séptimo y noveno, párrafo segundo, de la Declaración no son inconstitucionales si se interpretan en el sentido de que ese derecho a decidir no aparece proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de «legitimidad democrática», «pluralismo» y «legalidad», expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el «derecho a decidir».

## ARBITRAJE Y MEDIACIÓN\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

**Rescisión de un laudo en atención a la existencia de documentos decisivos que no pudieron ser aportados durante el procedimiento arbitral**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 2013*

El Tribunal Supremo estima una demanda de revisión de laudo arbitral en la que se solicitaba la rescisión de este, por vulnerar el derecho a tutela judicial efectiva, ya que la parte demandante obtuvo documentos acreditativos del daño reclamado en un momento posterior a la fecha en la que se dictó la decisión arbitral.

La disputa original fue motivada por la caída que la demandante sufrió en un autobús y que le produjo diversas heridas. Por este motivo, la parte actora formuló reclamación arbitral pretendiendo una indemnización por los daños y perjuicios que se le habían ocasionado.

En su momento, el tribunal arbitral —la Junta Arbitral de Transporte de la Comunidad de Madrid— requirió a la demandante para que aportase documentación que acreditase la operación quirúrgica a la que había sido sometida y los días que había tenido que guardar reposo. La demandante respondió aportando la comunicación dirigida al hospital, por la que solicitaba copia de los informes médicos. A continuación, el tribunal arbitral, sin esperar a que la demandante recibiese esos informes médicos, dictó laudo desestimando las pretensiones de la demandante, señalando que la parte actora no había logrado acreditar el daño sufrido.

Ante esta situación, la demandante acudió al TS para solicitar la revisión del laudo, de conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje.

El TS estima la demanda de revisión por entender que, en este caso, existió una causa de fuerza mayor que impidió a la demandante presentar determinados documentos que resultaban decisivos para la resolución de la controversia, y haciendo hincapié en que la demandante puso de manifiesto en todo momento ante la Junta Arbitral la futura obtención del documento en que fundamentaba su solicitud de revisión.

De esta forma, atendiendo a las concretas circunstancias, el alto Tribunal, accede a rescindir el laudo.

**La nueva redacción del artículo 52.1 de la Ley Concursal, conforme a Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje, no es aplicable en relación con los procedimientos concursales que se iniciaron antes de la modificación**

*Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, de 16 de diciembre de 2013*

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León desestimó recientemente una demanda que solicitaba el nombramiento de tribunal arbitral por considerar que el convenio arbitral había devenido ineficaz tras la declaración de concurso de la demandada.

La demandante había solicitado la formalización judicial del arbitraje contra una entidad concursada por entender que la situación de concurso de la demandada no tenía ningún efecto sobre la validez del convenio arbitral que invocaba. En este sentido, la actora confiaba en la redacción vigente del artículo 52.1 de la Ley Concursal, tras la modificación que sufrió con la aprobación de Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje. En concreto, el citado artículo dispone:

*«La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos*

\* 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 Zorzalejos 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).

*pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales».*

No obstante, la Sala consideró que debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Concursal en su versión vigente en el momento de la declaración de concurso de la demandada, que tuvo lugar antes de la modificación legislativa. En ese momento, el citado artículo apuntaba:

*«Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales».*

La resolución judicial es interesante porque determina el régimen transitorio de la modificación operada en el artículo 52.1 de la Ley Concursal, algo sobre lo que la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje había guardado silencio.

Así, de acuerdo con la opinión del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la fecha relevante para determinar cuál es la versión aplicable del artículo 52.1 de la Ley Concursal es la fecha de declaración de concurso.

Por lo tanto, los convenios arbitrales en los que sea parte una entidad declarada en concurso antes de la entrada en vigor de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley Arbitraje (*i. e.*, 9 de junio de 2011), habrían quedado sin efecto durante la tramitación del procedimiento concursal, sin que esto se haya visto afectado por la modificación posterior operada en el artículo 52.1 de la Ley Concursal.

**El Juzgado de Primera Instancia n.º 101 de Madrid ha conocido de la primera solicitud de ejecución forzosa de un laudo dictado en un arbitraje CIADI en España**

*Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 101 de Madrid, de 4 de julio de 2013*

El Juzgado de Primera Instancia n.º 101 de Madrid ha emitido el primer auto con orden general de ejecución en España de obligaciones pecuniarias impuestas por un laudo dictado conforme a las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («CIADI») (el «Laudo»), en concreto en el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile* («Pey Casado»).

De acuerdo con el artículo 53.1 del Convenio CIADI (Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, elaborado en Washington el 18 de marzo de 1965, con entrada en vigor en España el 17 de septiembre de 1994, publicado en el *BOE*, n.º 219, de 13 de septiembre de 1994), los laudos arbitrales CIADI tienen carácter obligatorio para las partes y son susceptibles de ejecución desde el momento en que se dictan. La ejecución de las obligaciones pecuniarias impuestas en los laudos CIADI se rige por el artículo 54.1 del Convenio, que establece que «todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado». En virtud de este precepto se entiende que los laudos CIADI no necesitan de exequátur previo para su ejecución forzosa en el territorio de los Estados contratantes del convenio; bastará con que se presente junto con una certificación del Secretario General del CIADI ante los tribunales competentes o ante cualquier autoridad designada por el Estado contratante para su ejecución. (El artículo 54.2 del Convenio requiere a los Estados contratantes que designen las autoridades estatales con competencia para conocer de la ejecución de los laudos CIADI. España no ha realizado esta designación, por lo que son aplicables las reglas generales de su legislación).

En el asunto *Pey Casado*, en el que Estado chileno había sido condenado mediante el laudo a pagar a la parte demandante aproximadamente 300 millones de dólares estadounidenses en concepto de daños y perjuicios, más intereses aplicables, el Juzgado examinó su jurisdicción territorial y objetiva, consideró que concurrían en la demanda los requisitos procesales exigidos por la ley y que el laudo era un título ejecutivo de los del artículo 517 de la LEC. Por ello, el Juzgado decidió ordenar la ejecución y embargo de los bienes del Estado chileno existentes en España y en cantidad suficiente para cubrir la cuantía de la ejecución sin exigir la presentación de un exequátur previo del laudo.

En la oposición a la ejecución, la República de Chile acusó a Pey Casado de mala fe procesal por haber ocultado la existencia de dos condenas en costas que le eran contrarias y la existencia de un proceso de suplementación de la decisión de anulación del laudo que no había sido resuelto al tiempo de solicitarse la ejecución.

En cuanto el primer motivo, la República de Chile acusaba a Pey Casado de ocultar ante el Juzgado que había sido condenado al pago de las costas del procedimiento de revisión (por importe de 202.305,11 \$) y a una parte de las costas del procedimiento de anulación (por importe de 373.637,78 \$). No obstante, el Juzgado despachó ejecución por el importe total al que había sido condenada la República de Chile al considerar que (i) la mala fe procesal no es motivo de oposición a la ejecución en los artículos 556 y siguientes de la LEC y (ii) Pey Casado había incluido en la demanda de ejecución todos los datos necesarios para que se despachase ejecución.

La República de Chile también acusaba a Pey Casado de mala fe procesal por ocultar que después de que se emitiera la decisión de anulación (que no anulaba el laudo en la parte por la que se solicitó la ejecución), la República de Chile había presentado una solicitud de suplementación para que se aclararan los intereses moratorios a pagar por las distintas condenas en costas. (En la Decisión sobre la solicitud de la República de Chile de suspensión de la ejecución de las partes no anuladas del laudo, el Comité *ad hoc* rechazó la suspensión y recomendó a la República de Chile pagar la cantidad «no controvertida» de 2.407.684,89 \$ resultante de la compensación de los créditos entre las partes. El Comité también recomendó a Pey Casado suspender la ejecución forzosa ante el Juzgado). No obstante, el Juzgado resolvió nuevamente que no había habido ocultación, pues el procedimiento de suplementación era de fecha posterior a la presentación de la demanda de ejecución y que, en cualquier caso, la Decisión de Anulación recogía expresamente la firmeza de los pronunciamientos cuya ejecución se solicitaba. Esta decisión del Juzgado refleja el contenido del artículo 53.1 del Convenio, que prevé que los procedimientos posteriores al laudo solo suspenden su ejecución si una de las partes así lo solicita al Tribunal o al Comité y este está de acuerdo. (Si bien la República de Chile solicitó la suspensión de la ejecución de las partes no anuladas del laudo, esta fue rechazada por el Comité *ad hoc* en una decisión de 16 de mayo de 2013).

Por medio del Decreto dictado en fecha 6 de marzo de 2013, se requirió a la República de Chile para que manifestara bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución y se ordenó el embargo de los bienes propiedad de la ejecutante. El Convenio CIADI no regula las cuestiones relacionadas con la inmunidad de ejecución de los Estados, por lo que serán aplicables las normas vigentes en España relativas a esta cuestión.

## COMPETENCIA\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [Unión Europea]

**Vinculación de los órganos nacionales a las Decisiones de la Comisión sobre ayudas de Estado**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 21 de noviembre de 2013, en el asunto Deutsche Lufthansa AG contra Comisión (as. C-284/12)*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») ha señalado que la apreciación de la compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado interior es competencia exclusiva de la Comisión. Sin embargo, el hecho de que la Comisión incoe el procedimiento de investigación no dispensa a los órganos nacionales de su obligación de salvaguardar los derechos de los justiciables.

Así, si la Comisión ya ha incoado dicho procedimiento de investigación, los tribunales nacionales deberán adoptar todas las medidas necesarias para extraer las consecuencias de un posible incumplimiento de la obligación de suspensión de la ejecución de dicha medida. Para ello, el TJUE sugiere distintas opciones, tales como suspender la ejecución de la medida y ordenar la recuperación de las cuantías ya abonadas, adoptar medidas cautelares, solicitar aclaraciones a la Comisión o incluso plantear una cuestión prejudicial.

**El TJUE reconoce el derecho a reparación de daños de las empresas como consecuencia de una excesiva duración del procedimiento**

*Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, de 26 de noviembre de 2013, en los asuntos C-40/12 P, C-50/12P y C-58/12P, Gascogne Sack Deutschland GmbH, Kendrion NV y Groupe Gascogne SA/ Comisión*

En 2005, la Comisión Europea impuso multas a diversas empresas por su participación en un cártel en el mercado de los sacos industriales de plástico. Varias empresas interpusieron recursos ante el Tribunal General de la UE en los que solicitaban la anulación de la Decisión, pero éste los desestimó 5 años y 9 meses después de la presentación del recurso.

El TJUE, a pesar de desestimar los recursos, señaló que en el presente caso la duración del procedimiento ante el Tribunal General no puede justificarse por ninguna de las circunstancias propias de dicho asunto. Por ello, el TJUE concluye que los procedimientos sustanciados ante el Tribunal General vulneraron el derecho a que una causa sea juzgada dentro de un plazo razonable.

Sin embargo, el TJUE considera que las partes deberán plantear esta cuestión ante el Tribunal General por la vía de un recurso de indemnización en la medida en que una pretensión de reparación del daño ocasionado por la inobservancia del TGUE de un plazo de enjuiciamiento razonable.

**Legitimación activa de las personas para recurrir actos de los que no son destinatarias**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 19 de diciembre de 2013 en el asunto Telefónica S.A. contra Comisión (as. C-274/12P)*

La Comisión Europea ha dictado una Decisión en la que declara que el régimen de amortización del fondo de comercio constituía una ayuda de Estado incompatible con el mercado común. Telefónica, como empresa incluida en el listado de beneficiarios obligados al reembolso, presentó recurso en el que solicitaba la anulación de dicha Decisión.

\* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Borja Martínez, Raquel Lapresta, Paloma Sanjuán, Tomás Arranz, Carmen Virgós, Marcos Rambal, Elena Gil y Cristina Caballero, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Bruselas).

Tanto el TJUE como el Tribunal General estimaron que en este asunto no concurrían los requisitos para reconocer legitimación a una persona física o jurídica para recurrir un acto del que no es destinataria. Por una parte, puede interponer recurso a condición de que el acto le afecte directa e individualmente. Por otra parte, esa persona puede interponer recurso contra un Reglamento que no incluya medidas de ejecución si dicho acto le afecta directamente.

En este caso, el TJUE determinó que las medidas destinadas a aplicar la decisión de incompatibilidad son medidas de ejecución, por lo que, Telefónica debía demostrar que el acto le afectaba directa e individualmente. A este respecto, el TJUE señaló que la Decisión controvertida se aplica a situaciones objetivamente determinadas y produce efectos jurídicos respecto a unas categorías de personas consideradas en términos generales y abstractos. En consecuencia, Telefónica no podía sostener que esta disposición la individualiza. Por todo ello, el TJUE inadmitió el recurso en su totalidad.

### [España]

#### Prescripción del derecho de la CNC para imponer una sanción y caducidad del expediente

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de diciembre de 2013*

La Audiencia Nacional consideró que la CNC había realizado un uso desviado del trámite de información reservada en un procedimiento de investigación de conductas que finalmente fueron sancionadas por ser contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La recurrente alegó que se había producido una desnaturalización de la fase de información reservada, ya que se había dilatado excesivamente en el tiempo (más de un año) sin mediar ninguna justificación. La Sala recuerda la jurisprudencia del TS según la cual las informaciones reservadas no están sujetas a un plazo determinado. No obstante, esta ausencia de limitación está supeditada a que la información reservada sirva al fin que le es propio, esto es, reunir los indicios necesarios que sirvan para determinar si procede la incoación de un expediente sancionador.

La Audiencia Nacional declara que la apertura de las diligencias previas se acordó de forma innecesaria e injustificada, con la intención de posponer artificialmente la fecha de incoación del expediente sancionador y ampliar con ello el plazo de prescripción. En consecuencia, la Sala declara que había transcurrido el plazo de prescripción del derecho de la Administración para sancionar a la Unión de Almacenistas de Hierros de España y declara la nulidad de la resolución recurrida.

#### El Tribunal Supremo confirma una indemnización de 4,1 millones de euros por los daños causados por prácticas de varias empresas azucareras de concertación de precios

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2013*

El TS confirma la indemnización impuesta a Ebro Puleva, S.A. (actualmente Ebro Foods, S.A.) por los daños y perjuicios causados a un comprador y derivados de su participación en acuerdos de concertación de precios del azúcar.

En relación con el valor probatorio de la resolución de la autoridad de defensa de la competencia, el TS recuerda que, en aras de la seguridad jurídica, los hechos que se consideran acreditados en dicha resolución tienen valor de cosa juzgada en sede civil. Por tanto, los tribunales civiles solo podrán realizar una interpretación jurídica diferente de ellos si lo hacen de una manera explícita y razonada en sentencia.

Asimismo, el TS vuelve a reconocer la posibilidad de que las empresas que hubieran participado en un cártel y que se enfrenten a una demanda de indemnización por los daños causados por dicha participación recurran a la defensa del *passing-on*. Esta defensa consiste en alegar que la entidad demandante no había sufrido daño real al repercutir el encarecimiento de los productos a sus clientes.



**La Audiencia Nacional confirma la existencia de límites al deber de colaboración de los particulares con la Autoridad de Competencia**

*Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de diciembre de 2013*

La sentencia admite el recurso presentado por Oracle contra la resolución de la CNC por la cual se le impuso una multa por un supuesto incumplimiento del deber de colaboración con el organismo. Este incumplimiento habría consistido en no aportar dentro del plazo fijado cierta información requerida por la CNC.

Oracle recurrió la decisión alegando que no disponía de la información solicitada por la CNC, ya que esta carece de relevancia comercial para esta entidad. Por este motivo, la empresa tuvo que hacer «denodados esfuerzos» por conseguir esta información de terceros para cumplir con el requerimiento de la CNC.

La Audiencia Nacional ha considerado que la información demandada no se encontraba en la esfera de disposición de Oracle, por lo que el requerimiento excedía los límites establecidos por el artículo 39 de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece que las personas físicas y jurídicas están obligadas a proporcionar datos e informaciones «de que dispongan».

**La Administración solo puede considerarse infractora de las normas de competencia cuando actúa en el mercado como un operador económico y no cuando lleva a cabo actividades o facultades vinculadas al ejercicio de prerrogativas de poder público**

*Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de julio de 2013*

La Audiencia Nacional corrige la resolución de la CNC en relación con la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía. Dicha actuación se habría limitado a la elaboración de un Plan Estratégico en el que los precios de la uva y el mosto habrían sido fijados, así como a garantizar su adecuado cumplimiento. Pese a reconocer que la Consejería carecía de la condición de operador económico, la CNC consideró que su conducta era contraria a las normas de defensa de la competencia por tener aptitud para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta colusoria en la que participaba, imponiéndole una sanción.

Al contrario, la Audiencia Nacional consideró que al no haber intervenido como operador económico, sino meramente en ejercicio de potestades públicas, la conducta de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía no resulta punible. El hecho de que se haya excedido de las competencias que le atribuye la normativa resulta irrelevante a estos efectos.

## 2 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

### [Unión Europea]

**La Comisión Europea autoriza la concentración entre MICROSOFT / NOKIA**

*Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 2013, asunto M.7047, MICROSOFT / NOKIA*

La Comisión ha autorizado la compra, por parte de Microsoft, de la División de Dispositivos y Servicios de Nokia, encargada de la producción de los terminales móviles y tabletas de Nokia. La operación fue aprobada en primera fase sin compromisos al estimar la Comisión que no generaba dudas sobre su compatibilidad con el mercado interior.

La Comisión estudió la posibilidad de que Microsoft limitase o denegase el acceso de sus competidores en los mercados de los terminales de telefonía móvil y tabletas a su sistema operativo móvil, a sus aplicaciones móviles y a Microsoft Exchange Server.

Otra cuestión que se planteó a la Comisión fue la del comportamiento futuro de Nokia (que subsiste tras la operación como entidad autónoma) respecto del negocio relativo a la gestión de su cartera de patentes. Ciertos operadores consultados durante el *market test* manifestaron su preocupación de que tras desprenderse de su división de fabricación de terminales, Nokia se viese incentivada a encarecer los *royalties* de las licencias para el uso de sus patentes (ello principalmente al dejar de depender de acuerdos de licencias cruzadas con otros fabricantes para la producción de sus propios terminales). La Comisión concluyó a este respecto que la conducta posttransacción de Nokia quedaba fuera del ámbito de su análisis.

### 3 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

#### [Unión Europea]

**La Comisión Europea impone multas por un total de 302 millones de euros por un cártel en el mercado de los cables de alta tensión submarinos y subterráneos**

*Decisión de la Comisión en el asunto AT.39610-Cables de Alta Tensión.*

La Comisión ha impuesto multas por un valor total de 302 millones de euros a compañías europeas, japonesas y coreanas por su participación en un cártel de casi 10 años de duración. Las conductas sancionadas consistieron en el reparto de mercados y clientes a escala global. Este reparto incluyó importantes contratos de infraestructuras. En concreto, las empresas habrían acordado no presentar ofertas a los concursos convocados fuera de su zona de influencia o hacerlo a precios que no resultaran atractivos para la entidad convocante.

#### [España]

**La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC») confirma que la fijación de precios de reventa, aun siendo una restricción por objeto, no es una práctica necesariamente contraria a las normas de la competencia en la medida en que no afecte de manera significativa a la competencia**

*Resolución de la CNMC de 17 de julio de 2013 en el asunto S/0417/12, Mantra*

El caso concreto se refiere a la denuncia presentada por un vendedor minorista de lámparas contra el distribuidor por haber incumplido los precios fijados por este último. La CNMC consideró que, pese a la gravedad de la conducta, era necesario tener en cuenta las características del mercado y la posición de las partes para poder determinar si dicha práctica producía efectos apreciables sobre la competencia en el mercado.

**La CNMC declara el incumplimiento por parte de REPSOL, CEPSA y BP de las obligaciones establecidas en un expediente sancionador anterior**

*Resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 en el asunto VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP*

Las empresas habrían incumplido las obligaciones establecidas por la Resolución de 30 de julio de 2009 en la que se declaró la existencia de una infracción por haber fijado indirectamente a empresarios independientes el precio de venta al público de combustibles de automoción. El incumplimiento declarado consiste en la falta de adaptación de ciertas cláusulas contractuales.

En concreto, REPSOL, CEPSA y BP no habrían eliminado de sus contratos de distribución de combustibles las cláusulas que tenían por objeto: (i) fijar el precio de adquisición/cesión del combustible referenciado al precio máximo o recomendado de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno; y (ii) establecer comisiones/márgenes calculados a niveles similares a los de la zona. Asimismo, la CNMC considera que las operadoras no han establecido un sistema de acceso continuo y no discriminatorio de las estaciones de servicio a los descuentos compartidos de los clientes de cada tarjeta de fidelización, en contra del mandato contenido en la Resolución mencionada.

La CNMC menciona en su resolución las modificaciones normativas introducidas en el sector de hidrocarburos, que incluían la obligación de adaptar los contratos relativos a las estaciones de servicio DODO (propiedad del distribuidor y gestionadas por él) en el sentido apuntado por la autoridad de competencia antes del 28 de julio de 2014. Las mismas adaptaciones se excluían de los contratos con las estaciones de servicio CODO (propiedad del proveedor y gestionadas por un tercero). Pese a las alegaciones de las operadoras de que estas modificaciones vaciaban de contenido el mandato de la Resolución de 2009 de eliminar las cláusulas mencionadas, la CNMC considera que estas modificaciones no eximen a las operadoras del cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia. Por tanto,

afirma que, con independencia de las modificaciones normativas, las cláusulas tendrían que haber sido eliminadas.

La resolución de la CNMC, adoptada por el Pleno del Consejo al tratarse de un sector regulado, contiene un voto particular discrepante. En virtud de este voto particular, las modificaciones normativas mencionadas deberían haber llevado al Consejo a declarar que las conductas investigadas estaban exentas por ley.

**La CNMC sanciona a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. («Correos») con una multa de más de 8 millones de euros por un abuso de posición de dominio consistente en una práctica de estrechamiento de márgenes**

*Resolución de la CNMC de 21 de enero de 2014 en el asunto S/0373/11 CORREOS 2*

El Consejo de la CNMC considera probado que Correos habría impedido a los operadores alternativos competir con ella en el segmento de los grandes clientes de servicios postales, excluyéndolos así de este mercado. Así, Correos habría aplicado descuentos mucho mayores a sus grandes clientes que los aplicados a los operadores postales alternativos, pese a que contratasen prestaciones postales equiparables y en suficiente volumen como para considerarlos grandes clientes. Aunque se daba acceso a los operadores alternativos, se hacía en condiciones tales que impedían competir con el operador dominante (Correos).

La CNMC recuerda que Correos disfruta de una red postal irreplicable por su cobertura y capilaridad, desarrollada al amparo de derechos especiales y exclusivos. En concreto, Correos tiene encomendada la gestión del servicio postal universal, que le fue reservado en régimen de monopolio por la Ley 43/2010 por un plazo de 15 años a partir del 1 de enero de 2011.

La resolución ha correspondido al Pleno del Consejo de la CNMC, al tratarse de una conducta con incidencia en un mercado bajo supervisión regulatoria.

**La CNMC archiva expediente contra Telefónica, Vodafone y Orange por un supuesto abuso de posición colectiva en el mercado mayoristas de servicios de originación de llamadas de voz**

*Resolución de fecha de 6 de marzo de 2014 en el asunto S/0391/11, Llamadas Móviles*

El expediente se originó por una denuncia de British Telecommunications Plc contra Telefónica y Vodafone.

La extinta DI incoó procedimiento contra estas empresas y contra Orange, y consideró en primer lugar que todas ellas tenían una posición de dominio colectiva en el mercado mayorista de originación de llamadas de voz en España.

En segundo lugar, al objeto de determinar la existencia de un abuso de esta posición colectiva consistente en un estrechamiento de márgenes, la DI aplicó el test del operador igualmente eficiente. Este test analiza la rentabilidad de la actividad de un operador competidor mayorista sobre la base de los costes minoristas de Telefónica, Vodafone y Orange al objeto de determinar si, en el supuesto de que tuviera los mismos costes que estas empresas en el mercado minorista, podría ser rentable en dicho mercado, teniendo en cuenta los precios minoristas y mayoristas aplicados. El test dio como resultado márgenes negativos, por lo que la DI consideró que habría un estrechamiento de márgenes.

No obstante, tal y como pusieron de manifiesto las empresas, el test del operador igualmente eficiente resulta adecuado para analizar la existencia de un estrechamiento de márgenes en supuestos de abusos de posición de dominio individual, pero no de posición de dominio colectiva. La DI aceptó las alegaciones de las empresas y consideró que este test no tenía en cuenta el hecho de que los operadores mayoristas competidores pueden cambiar de operador anfitrión, esto es, operador con red propia, lo cual es necesario al objeto de determinar si el estrechamiento de márgenes habría tenido un efecto exclusionario.

El Consejo suscribe este razonamiento a la vez que constata la existencia de multitud de dificultades prácticas a la hora de contabilizar los costes de cambio de operador.

En consecuencia, considera que ello impide un análisis concluyente que demuestre los efectos exclusionarios del estrechamiento de márgenes y, en consecuencia, acuerda el archivo del expediente.

## 4 · DECISIONES EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO

### [Unión Europea]

**La Comisión Europea declara compatibles con el mercado interior las ayudas concedidas a Banco Gallego, S.A. en el marco de su recapitalización y reestructuración**

*Decisión de la Comisión de 25 de julio de 2013, asunto S.A. 36500, Recapitalización y reestructuración de Banco Gallego S.A.*

La Comisión Europea ha concluido que las medidas adoptadas en el marco del plan de recapitalización y reestructuración de Banco Gallego, S.A., notificadas por el Reino de España en fecha 16 de julio de 2013, son compatibles con las normas de la UE sobre ayudas estatales.

Como consecuencia de los compromisos asumidos por las autoridades españolas en la Decisión de la Comisión S.A. 33734, *Reestructuración de NovaCaixaGalicia*, de 28 de noviembre de 2012, y como parte del plan de reestructuración propuesto, Banco Sabadell, S.A. ha adquirido Banco Gallego. En el marco de esta operación se han realizado inyecciones de capital y adoptado otras medidas por un valor cercano a los 870 millones de euros, y se han concedido otras garantías por un importe de hasta 806 millones de euros.

La Comisión Europea ha considerado que las medidas adoptadas constituyen ayudas de Estado destinadas a poner remedio a una grave perturbación de la economía española, que cumplen con los requisitos establecidos en la Comunicación bancaria, la Comunicación de recapitalización de instituciones financieras, y la Comunicación de reestructuración y son, por tanto, compatibles con el mercado interior.

## ENERGÍA\*

### 1. LEGISLACIÓN

#### [España]

**Normativa estatal**

— *Resolución de 26 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural. 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 por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico, para el año 2014 (BOE 313/2013, publicado el 31 de diciembre)*

— *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 biocarburos y contenido de azufre de los combustibles para uso marítimo, en relación con la obligación relativa a la disponibilidad de gasolina de protección (BOE 313/2013, publicado el 31 de diciembre)*

— *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 313/2013, publicado el 31 de diciembre)*

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

- Resolución de 26 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural, que estarán en vigor desde las cero horas del día 1 de enero de 2014 (BOE 313/2013, publicado el 31 de diciembre)
- Resolución de 30 de diciembre de 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, fijando sus valores en cada periodo tarifario (BOE 313/2013, publicado el 31 de diciembre)
- Resolución de 30 de diciembre de 2013, de la Secretaría de Estado de Energía, 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 313/2013, publicado el 31 de diciembre)
- 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 15/2014, publicado el 17 de enero)
- Resolución de 8 de enero de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se convoca el procedimiento de asignación coordinada de capacidad de interconexión de gas natural a corto plazo entre España y Francia para el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2014 y el 30 de septiembre de 2014 (BOE 12/2014, publicado el 14 de enero)
- Resolución de 21 de enero de 2014, de la Presidencia del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del 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 24/2014, publicado el 28 de enero)
- Orden IET/75/2014, de 27 de enero, por la que se regulan las transferencias de fondos, con cargo a las empresas productoras de energía eléctrica, de la cuenta específica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, en el año 2013, para la ejecución de las medidas del Plan de Acción de Ahorro y Eficiencia Energética 2011-2020, y los criterios para la ejecución de las medidas contempladas en dicho plan (BOE 25/2014, publicado el 30 de enero)
- Resolución de 27 de enero de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento del mercado diario e intradiario de producción de energía eléctrica (BOE 26/2014, publicado el 30 de enero)
- Resolución de 15 de enero de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se determina la anualidad correspondiente a 2013 y el importe pendiente de compensación a 31 de diciembre de 2013, de los proyectos de centrales nucleares paralizados definitivamente por la disposición adicional séptima de la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, del Sector Eléctrico (BOE 26/2014, publicado el 30 de enero)
- Orden IET/107/2014, de 31 de enero, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para 2014 y deroga la Orden ITC/4112/2005 por la que se establece el régimen aplicable para la realización de intercambios intracomunitarios e internacionales de energía eléctrica, salvo el artículo 5 (BOE 28/2014, publicado el 1 de febrero)
- Resolución de 31 de enero de 2014, 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 (BOE 28/2014, publicado el 1 de febrero)
- Circular 1/2014, de 12 de febrero de 2014, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen los mecanismos de asignación de capacidad a aplicar en las conexiones internacionales por gasoducto con Europa y se deroga la Circular 2/2012 por la que se establecen las reglas para la asignación coordinada de capacidad de interconexión de gas natural entre España y Portugal (BOE 43/2014, publicado el 19 de febrero)
- Resolución de 18 de febrero de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece el importe pendiente de cobro a 31 de diciembre de 2013, de los dere-

*chos de cobro que pueden ser cedidos y de los derechos de cobro cedidos al fondo de titulación del déficit del sistema eléctrico (BOE 51/2014, publicado el 28 de febrero)*

— *Real Decreto 102/2014, de 21 de febrero. Para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y los residuos radiactivos. Mediante este Real Decreto se traspone a la normativa española una Directiva comunitaria/Euratom de 2011 sobre la materia (BOE 58/2014, publicado el 8 de marzo)*

Mediante esta norma se pretende que la generación de residuos radiactivos se reduzca al mínimo posible, y que corresponda a quienes los haya generado el coste de su gestión y la responsabilidad principal respecto a ellos.

El Plan General de Residuos Radiactivos aprobado por el Gobierno recogerá las estrategias y actuaciones para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y los residuos radiactivos, así como lo relativo al desmantelamiento y clausura de instalaciones nucleares. Los residuos radiactivos generados en España serán almacenados definitivamente en el país, salvo que exista un acuerdo con otro Estado miembro de la Unión Europea o un tercer país, que tenga por objeto la utilización de una instalación de almacenamiento definitivo en uno de ellos.

Se modifica el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, de 1999, y se introduce la posibilidad de que, tras la declaración del cese de actividad de una instalación nuclear, su titular pueda solicitar la renovación de la autorización de explotación, salvo que existan razones de seguridad que lo impidan y siempre que no haya transcurrido más de un año desde la declaración del cese.

— *Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014 (BOE 60/2014, publicado el 11 de marzo)*

— *Circular 2/2014, de 12 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología relativa al acceso a las infraestructuras transfronterizas, incluidos los procedimientos para asignar capacidad y gestionar la congestión, así como la metodología relativa a la prestación de servicios de equilibrio entre sistemas gestionados por distintos operadores del sistema (BOE 65/2014, publicado el 17 de marzo)*

— *Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación (BOE 77/2014, publicado el 29 de marzo)*

Este nuevo sistema sustituye al anterior sistema de subastas CESUR y tiene como objetivo abaratar el coste de la energía, mejorar la competencia y aumentar la transparencia y la capacidad de elección del consumidor a la hora de contratar el consumo de electricidad.

El nuevo sistema toma como referencia el precio de la electricidad del mercado mayorista, que cotiza y cambia en función de la oferta y la demanda cada hora. Como consecuencia del nuevo sistema, el consumidor acogido al precio voluntario al pequeño consumidor (PVCP), antigua TUR, no tendrá que hacer nada, ni comunicar nada, ni modificar sus aparatos de medición. El único cambio para los usuarios acogidos a este precio voluntario consiste en que la factura se calculará con la media del precio de la electricidad en el mercado del período de facturación, en lugar de con el precio fijado en la subasta. El nuevo sistema entra en vigor el 1 de abril. Se da a las compañías eléctricas un período máximo de tres meses para que facturen con el nuevo sistema.

— *Resolución de 29 de abril de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establecen los criterios que deberán seguir las empresas distribuidoras de energía eléctrica para elaborar el informe de auditoría externa para todas las instalaciones puestas en servicio el año 2013, y para la modificación de la retribución de las instalaciones existentes cuyos parámetros retributivos hubieran cambiado durante dicho año (BOE 105/2014, publicado el 30 de abril)*

— *Resolución de 29 de abril de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establecen los criterios que deberán seguir las empresas distribuidoras de energía*



*eléctrica para la remisión del inventario auditado de instalaciones de distribución de energía eléctrica cuya puesta en servicio haya sido anterior al 1 de enero de 2014 (BOE 105/2014, publicado el 30 de abril)*

#### Normativa autonómica

— *Resolución 480/X del Parlamento de Cataluña, de convalidación del Decreto ley 6/2013, de 23 de Diciembre, por el que se modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña (DOGC 6550/2014, publicado el 29 de enero)*

El Real Decreto-ley 13/2012, de 13 de marzo, transpuso varias directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas. Entre ellas la Directiva 2009/72/CE contiene el mandato a los Estados miembros de adoptar las medidas adecuadas para garantizar el suministro eléctrico a los consumidores vulnerables. Este Real Decreto-ley modifica el artículo 44 de la Ley estatal 54/1997, del Sector Eléctrico, e introduce la regulación del consumidor vulnerable, aunque remite a las condiciones sociales, de consumo y poder adquisitivo que se regulen reglamentariamente. El Decreto ley 6/2013 establece unos parámetros económicos objetivos que definen a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad económica y establece las medidas que las proteja de posibles interrupciones de suministro durante los meses de invierno.

— *Orden de 27 de enero de 2014 de la Consejería de Hacienda de la Xunta de Galicia por la que se aprueban las normas de aplicación del canon eólico. Asimismo, en virtud de esta orden se crea el censo electrónico de parques eólicos de Galicia (CEPEG) (DOG 20/2014, publicado el 30 de enero)*

— *Orden de 31 de marzo de 2014 de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias, por la que se modifica la Orden de 15 de noviembre de 2006, por la que se regulan las condiciones técnico-administrativas de las instalaciones eólicas ubicadas en Canarias (BOC 73/2014, publicado el 14 de abril)*

## 2 · JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

— *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de diciembre de 2013*

En esta sentencia, el TS estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 416/2012 interpuesto por la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) contra la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

El TS estima la primera de las pretensiones de UNESA y, en consecuencia, declara la nulidad del artículo 3 de la Orden impugnada, en relación con las magnitudes expresadas en su anexo II, en la medida en que fijan los peajes de acceso a partir del 1 de abril de 2012 en términos insuficientes para satisfacer la totalidad de los costes de las actividades reguladas, superando el límite legal de déficit *ex ante* para todo el ejercicio 2012. No obstante, esta declaración de nulidad carece de otros efectos que no sean la simple constatación de que la Orden impugnada incurrió en ilegalidad, sin que de aquella deriven otro género de consecuencias una vez que los reales decretos leyes 29/2012 y 9/2013, con la fuerza normativa propia de estas disposiciones, han asumido *a posteriori* que el desfase entre las cifras de peajes de acceso indebidamente tomadas en consideración por la Orden IET/843/2012 y las cifras «reales» de las liquidaciones finales del sistema eléctrico para el año 2012 se incorpora como una partida más del déficit de ingresos de dicho sistema, generando derechos de cobro cedibles al Fondo de Titulización de este último.

La segunda pretensión de la demanda, aunque también se refería directamente al artículo 3 y a la parte correlativa del anexo de la Orden IET/843/2012, lo hace sobre la base de considerar que los apartados 1, 2 y 3 del artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, a los que los preceptos reglamentarios objeto de este proceso se atienen, vulneran o bien la Directi-

va 2009/72/CE de mercado interior de electricidad, y el Reglamento CE 714/2009 relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, o bien el artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en conexión con el artículo 33 de la Constitución, lo que es rechazado por el TS.

— *Resolución de la CNMC, de 6 de febrero de 2014, por la que se autoriza en primera fase la adquisición por PLENIUM PARTNERS S.L. (PLENIUM), a través de su sociedad participada PLENIUM FMGP S.L., del 51% de las acciones de FM GREEN POWER INVESTMENTS, S.L. (FMGPI), propiedad de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. (FCC), pasando a tener PLENIUM y FCC el control conjunto sobre FMGPI. FMGPI opera en el mercado de la generación de energía eléctrica producida mediante fuentes de energía renovables y el suministro mayorista de electricidad*

## INMOBILIARIO Y URBANISMO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

**Contratos de crédito garantizados con hipoteca**

*Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero*

Establece un marco común en relación con ciertos aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial.

#### [España]

**Protección de deudores hipotecarios. Código de Buenas Prácticas**

*Resolución de 10 de enero de 2014*

Publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, en la versión prevista por la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, desde su entrada en vigor hasta el día de la presente resolución.

**Aragón. Medidas fiscales y administrativas**

*Ley 2/2014, de 23 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 25 de enero de 2014)*

Se modifican los plazos para la descalificación de las viviendas protegidas. También se amplía la supresión de la «cédula de habitabilidad» a los supuestos de segundas y posteriores ocupaciones de edificios de viviendas o alojamientos residenciales, sin perjuicio de que sigan exigiéndose las condiciones de habitabilidad y el control sobre ellas.

\* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Paula Ordoñez, Miriam Galdós, Ana Hevia, Héctor Nogués, Javier Vidal, Iván Abad, Helder Frias, Joana Torres Ereio, Joana Mota, Maria Goreti Rebêlo y Miguel Stokes, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Bilbao, Valencia y Lisboa).



- Cantabria.**  
**Establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero**
- Decreto 19/2014, de 13 de marzo, por el que se modifica el Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 21 de marzo de 2014)*
- Introduce el procedimiento de declaración responsable como requisito previo al inicio de una actividad de establecimiento extrahotelero, sin que se excluya la necesidad de obtener licencia municipal de apertura.
- Cantabria.**  
**Libro del edificio**
- DECRETO 2/2014, de 9 de enero, por el que se regula el Libro del Edificio de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 17 de enero de 2014)*
- Tiene por objeto regular el libro del edificio, mediante la definición de su alcance y contenido.
- Cantabria.**  
**Medidas fiscales y administrativas**
- LEY de Cantabria 10/2013, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOC de 30 de diciembre de 2013)*
- Se procede a la adaptación de la Ley de Turismo de Cantabria a la normativa europea, mediante el establecimiento de la obligatoriedad de que las empresas turísticas que prestan servicios en la Comunidad Autónoma dispongan de los correspondientes seguros como garantía proporcionada al riesgo que pueda producirse mediante la prestación del servicio correspondiente.
- Cataluña.**  
**Medidas fiscales, administrativas y financieras**
- LEY 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público (DOGC de 30 de enero de 2014; corrección de errores en DOGC de 6 de febrero de 2014)*
- En materia de vivienda, introduce nuevas infracciones relativas al régimen de vivienda protegida. Por lo que respecta a urbanismo, establece la suspensión de la eficacia temporal, hasta el 31 de diciembre de 2014, de las expropiaciones por ministerio de la Ley. Finalmente, destaca la modificación de leyes sustanciales de carácter sectorial, como la de ordenación de los equipamientos comerciales.
- Madrid.**  
**Medidas fiscales y administrativas**
- LEY 6/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOCM de 30 de diciembre de 2013; rectificación de errores en BOCM de 27 de marzo 2014)*
- Flexibiliza el régimen de ocupación temporal y utilización o aprovechamiento privativo por terceros respecto de los montes de utilidad pública, eliminando el actual límite máximo de duración de las concesiones administrativas de 15 años.
- En materia de urbanismo, modifica la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en relación con la posibilidad de satisfacer los deberes de cesión en suelo urbano mediante el pago de su equivalente en dinero.
- Madrid.**  
**Urbanismo. Entidades colaboradoras**
- Orden 639/2014, de 10 de abril. Se regulan las entidades privadas colaboradoras en el ejercicio de las funciones administrativas de verificación y control en el ámbito urbanístico (BOCM de 14 de abril de 2014)*
- Regula las condiciones de habilitación de las entidades privadas colaboradoras para la realización de las actuaciones de verificación y control del cumplimiento de la normativa correspondiente en el ámbito urbanístico municipal, en desarrollo de la Ley 8/2009.
- La Rioja.**  
**Medidas fiscales y administrativas**
- Ley 13/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2014 (BOE de 15 de enero de 2014)*
- Esta Ley introduce diversas modificaciones en la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, entre las que destaca la posibilidad de que se puedan recalificar a uso industrial solares vacíos dentro del suelo ejecutado conforme al planeamiento, siempre que se respete la superficie de zonas verdes, así como las dotaciones que resulten exigibles.

**Baleares.  
Ordenación y uso  
del suelo**

*Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo (BOIB de 29 de marzo de 2014)*

Se trata de la primera Ley autonómica que regula con carácter integral el régimen jurídico urbanístico en Baleares, comunidad en la que hasta el momento resultaba de aplicación la normativa estatal, junto con alguna normativa puntual, como la Ley 10/1990 de Disciplina Urbanística, que queda derogada por esta norma.

**Valencia.  
Medidas fiscales, de  
gestión administrativa  
y financiera y de  
organización**

*Ley 5/2013, de 23 de diciembre. De medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (DOGV de 27 de diciembre de 2013; corrección de errores en DOGC de 20 de enero de 2014)*

Modifica la Ley Urbanística Valenciana (i) eliminando la obligatoriedad de destinar a viviendas protegidas los bienes que integran los patrimonios públicos del suelo y los ingresos derivados de diversos negocios jurídicos sobre estos; (ii) introduciendo expresamente la facultad de la Administración para efectuar determinados negocios jurídicos sobre bienes patrimoniales que formen parte del patrimonio público del suelo; y (iii) estableciendo la suspensión temporal de la exigencia de reserva de suelo destinado a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

Igualmente, la norma modifica la Ley de Espacios Naturales Protegidos de la *Comunitat Valenciana*, adaptando la regulación de los planes de ordenación de recursos naturales a la legislación básica estatal. Finalmente, deroga la Ley de medidas de protección y revitalización del conjunto histórico de la ciudad de Valencia.

**[Portugal]**

**Bolsa Nacional de  
Terras**

*Decreto-Lei n.º 21/2014, de 11 de fevereiro (DR 29, SÉRIE I, de 11 de fevereiro de 2014)*

Através do estabelece Decreto-Lei n.º 21/2014, de 11 de fevereiro, que entrou em vigor a 12 de fevereiro de 2014, estabelecem-se as formas e procedimentos de cedência dos prédios do domínio privado do Estado e do património próprio dos institutos públicos através da bolsa nacional de terras para a utilização agrícola, florestal ou silvo pastoril, criada pela Lei n.º 62/2012, de 10 de dezembro.

O procedimento de cedência realizar-se, em regra, mediante concurso, com ou sem negociação e reger-se-á pelo princípio da desmaterialização, o qual terá lugar eletronicamente através do Sistema de Informação de Bolsas de Terras.

**Reabilitação Urbana.  
Uso Habitacional.  
Garantia Da  
Habitabilidade**

*Decreto-Lei n.º 53/2014, de 8 de abril (DR 69, SÉRIE I, de 8 de abril de 2014)*

O Decreto-Lei n.º 53/2014, de 8 de abril, estabelece um regime excecional e temporário aplicável à reabilitação de edifícios ou de frações autónomas de edifícios, cuja construção tenha sido concluída há pelo menos 30 anos ou localizados em áreas de reabilitação urbana, sempre que se destinem a ser afetos total ou predominantemente ao uso habitacional, e desde que a operação urbanística não origine desconformidades, nem agrave as existentes, ou contribua para a melhoria das condições de segurança e salubridade do edifício ou fração.

Este regime excecional e temporário estabelece as «Exigências Técnicas Mínimas para a Reabilitação de Edifícios Antigos», em complemento com as medidas consagradas no Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro, que estabelece o Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, com a redação dada pela Lei n.º 32/2012, de 14 de agosto.

Este diploma tem como principal propósito dispensar as obras de reabilitação urbana da sujeição a determinadas normas técnicas aplicáveis à construção, quando as mesmas, por terem sido orientadas para a construção nova e não para a reabilitação de edifícios existentes, possam constituir um entrave à dinamização da reabilitação urbana.

O presente diploma vigora pelo período de 7 anos contados da sua entrada em vigor, i.e. desde 9 de abril de 2014, aplicando-se aos processos de reabilitação urbana pendentes.

## 2 · JURISPRUDENCIA

- Inconstitucionalidad de una norma que faculta a autorizar la ocupación del dominio portuario autonómico para usos hoteleros** *Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 27 de febrero de 2014 (recurso de inconstitucionalidad 7258/2008)*
- El Tribunal Constitucional resuelve en esta sentencia el recurso de inconstitucionalidad formulado por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley andaluza 21/2007, de 18 de diciembre, de régimen jurídico y económico de los puertos de Andalucía. El Tribunal Constitucional concluye que la facultad del Gobierno andaluz para autorizar la ocupación y utilización del dominio público de los puertos autonómicos para uso hotelero, aun cuando se realice con carácter excepcional y por razones de utilidad pública, es inconstitucional por cuanto contradice normativa básica estatal.
- Imposibilidad de la adquisición de la propiedad de un bien demanial por el titular de una concesión** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 21 de noviembre de 2013 (recurso 2085/2011)*
- El demandante solicitaba que se declarase su derecho de propiedad sobre una finca ubicada en dominio público y sobre los inmuebles que había construido sobre ella al amparo de una concesión administrativa de la que era titular. El Tribunal recuerda lo evidente: que mediante la concesión se adquiere un derecho de uso privativo del bien de dominio público en la forma establecida en cada caso, esto es, se transfiere el derecho de disfrute, pero no el dominio.
- Informe de carácter preceptivo y vinculante en materia de costas** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de febrero de 2014 (recurso de casación 3937/2011)*
- En el caso concreto, el informe en cuestión se pronuncia en sentido desfavorable sobre el planeamiento general impugnado por otorgar a la edificación cuestionada la calificación de zona residencial. Como consecuencia de ello, la Administración corrige el criterio inicial calificando esa zona con la clave M (sistema marítimo).
- Manifiesta el Tribunal que era obligatorio atender al cambio de criterio en los términos indicados por dicho informe, pues se trata de una prescripción vinculante, en la medida en que se proyecta sobre una dependencia demanial de titularidad estatal y la objeción se formula en el ejercicio de las facultades derivadas de dicha titularidad. El Tribunal avala, de esta forma, la actuación administrativa.
- El trámite de información pública en la elaboración de las normas urbanísticas es inexcusable. Nulidad del POM de Toledo** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 2014 (recurso de casación 2916/2011)*
- El trámite de información pública como medio para la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas es inexcusable. El carácter ineludible del trámite de información pública en la aprobación de las disposiciones administrativas ha sido remarcado por la doctrina jurisprudencial más reciente, habiendo declarado que el que una ley no establezca expresamente el trámite de información pública no es razón para no exigirlo inexcusablemente al venir impuesto por otras disposiciones con rango de Ley, que lo hacen obligatorio para una mejor protección de los intereses generales, constitucionalmente amparados.
- Similar argumentación se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2014 (rec. n.º 5116/2011), por la que se declara la nulidad del Plan de Ordenación Municipal de Toledo.
- Carácter urbanizable de los suelos de «El Algarrobico» en Carboneras (Almería)** *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 21 de marzo de 2014 (rec. 1295/2008)*
- Esta sentencia (en contradicción con otras decisiones judiciales anteriores) estima la nulidad del Plan de Ordenación de Recursos Naturales del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar de 2008 al considerar que no justificó adecuadamente la conversión de los terrenos enclavados en el paraje «El Algarrobico» de suelo urbanizable a no urbanizable. La sentencia estima que las

normas del Plan de Ordenación de Recursos Naturales de 1994 (anterior al ahora anulado) consideraba a estos terrenos como urbanizables (a pesar de que en un plano apareciese considerado como no urbanizable, prevaleciendo el texto articulado frente a la planimetría).

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

#### Sobre la suspensión de inscripción de una novación de hipoteca

*Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2014*

En el presente caso, la DGRN resuelve un recurso interpuesto por el notario autorizante de una escritura de novación de hipoteca ante la negativa del registrador a inscribirla por, en lo que aquí interesa, la falta de aportación del certificado de tasación que deberá tener una antigüedad inferior a los seis meses de conformidad con la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario y la Orden ECO/805/2003 cuando en la escritura se señaló un valor de tasación a efectos de subasta.

La DGRN confirma la calificación del registrador y el defecto subsanable. A través de la novación objeto de calificación, entre otras cuestiones, se había modificado el valor a efectos de subasta. Ahora bien, el precepto citado se refiere únicamente a la «escritura de constitución de hipoteca», por lo que no puede extenderse a otros actos otorgados con posterioridad durante la vida de la hipoteca, ni se exige tampoco su actualización en ningún caso. Ello naturalmente siempre que, con motivo de esos otros actos, no se modifique expresamente el valor de tasación contenido en la escritura de constitución.

En el presente expediente el pacto de ejecución ya figuraba en la original escritura de constitución, y se pretende la modificación del valor de tasación inicial. En consecuencia, aunque no es nueva constitución, al haberse modificado dicho valor en la escritura de novación y ampliación del préstamo hipotecario, procede considerar que es exigible en este caso el certificado de tasación que la justifique pues es una modificación de un asiento bajo la salvaguarda de los tribunales.

#### Sobre la exigencia de tasación ECO cuando el acreedor hipotecario carece de la calificación de entidad de crédito

*Resolución de la DGRN de 13 de febrero de 2014*

En el presente recurso se plantea determinar si la exigencia de tasación oficial conforme a lo prevenido en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, debe ser acreditada en la constitución de garantía hipotecaria en favor de una persona física que, por tanto, carece de la calificación de entidad de crédito.

En el caso que motiva este recurso, el acreedor, persona física que mantiene relaciones comerciales y de servicios con la deudora, persona jurídica, acepta la tasación de los bienes presentados por esta y la tasación realizada por técnico que, no obstante, carece del carácter oficial que prevé la Ley 2/1981. Se vulnera con ello el régimen diseñado por el legislador, de carácter imperativo, inderogable por la voluntad de las partes. Por ello, la DGRN desestima el recurso, confirmando la nota del registrador.

#### Imposibilidad de prorrogar la inscripción de una nota marginal cuando no lo prevea la legislación estatal

*Resolución de la DGRN de 31 de enero de 2014*

El registrador deniega la prórroga de la afección real de las fincas resultantes de un proyecto de reparcelación por costes de urbanización. El agente urbanizador solicitó dicha prórroga al haber recaído sentencia firme ordenando la modificación de la reparcelación inicialmente aprobado, excluyendo diversas fincas y modificando otras, por lo que se alterarían las adjudicaciones, así como los costes atribuibles a cada parcela.

La DGRN desestima el recurso, puesto que no existe previsión legal de prórroga de la nota marginal relativa a la liquidación provisional de los costes de urbanización, por lo que esta caducará a los siete años desde su entrada, sin que pueda ser prorrogada.

## LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social

*Ley 1/2014, de 28 de febrero de 2014, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 1 de marzo de 2014)*

La Ley 1/2014 da rango de ley a las disposiciones contenidas en el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, del mismo nombre, transcribiendo la totalidad de su contenido y sin establecer ninguna modificación sustancial.

En materia laboral, será necesario estar inscrito como demandante de empleo tanto para el nacimiento del derecho a las prestaciones y a los subsidios por desempleo como para la conservación del derecho a ellos (nueva letra e. del art. 207 y 215.4 Ley General de la Seguridad Social [«LGSS»]).

Asimismo, modifica cinco preceptos del Estatuto de los Trabajadores («ET») para unificar la regulación de la comisión negociadora y de los sujetos legitimados para actuar como interlocutores durante el período de consultas en los procedimientos de medidas colectivas de movilidad geográfica (art. 40.2 ET), modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41.4 ET), así como en los procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47.1 ET), de despido colectivo (art. 51.2 ET) y de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos (art. 82.3 ET).

#### Reducción de las cotizaciones sociales para nuevas contrataciones indefinidas

*Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero de 2014, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida (BOE de 1 de marzo de 2014)*

El Real Decreto-ley 3/2014 establece una tarifa plana reducida de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la seguridad social para nuevas contrataciones indefinidas que incrementen, y después mantengan, tanto el nivel de empleo indefinido como el nivel de empleo total del empleador durante al menos tres años.

La aportación empresarial a la cotización a la seguridad social por contingencias comunes se reducirá a 100 euros mensuales si la contratación indefinida es a tiempo completo; a 75 euros si la contratación indefinida es a tiempo parcial (cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 75% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable); y a 50 euros si la contratación indefinida es a tiempo parcial (cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 50% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable).

La aplicación de estas reducciones es incompatible con la de cualquier otro beneficio en la cotización a la seguridad social por el mismo contrato de trabajo, con independencia de los conceptos a los que tales beneficios pudieran afectar.

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

*Real Decreto 3/2014, de 10 de enero de 2014, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la seguridad social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas (BOE de 29 de enero de 2014)*

El Real Decreto 3/2014, que complementa al Real Decreto 908/2013, pretende facilitar una cobertura económica a aquellos trabajadores cercanos a la edad de jubilación que, en el marco de procesos de reestructuración de empresas en crisis, hayan sido despedidos. De esta forma,

\* Esta sección ha sido elaborada por Lourdes Martín Flórez, Santiago Botella Vivó y Marta Presas, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

al regular el procedimiento de concesión de las denominadas ayudas previas a la jubilación ordinaria, se reduce el margen de discrecionalidad de la Administración para decidir sobre su concesión y se mitigan las negativas consecuencias socio-laborales que se derivan de los procesos de reestructuración de empresas.

Podrán ser beneficiarios de estas ayudas aquellos trabajadores cuyo contrato de trabajo haya sido extinguido de conformidad con los artículos 51 y 52 del ET y que, entre otros requisitos, tengan cumplida una edad, real o teórica, que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad a la que hubieran podido jubilarse de conformidad con la legislación social; tengan cubierto el periodo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de jubilación de la seguridad social, en su modalidad contributiva, al alcanzar la edad legal para el acceso a ella; acrediten una antigüedad mínima en la empresa o grupo de empresas de, al menos, dos años en el momento de la solicitud; se encuentren inscritos como demandantes de empleo en el momento de concesión de la ayuda y hayan agotado la prestación contributiva por desempleo; y, siempre que no incurran en alguna causa de incompatibilidad para percibir la ayuda.

La ayuda consistirá en una prestación económica que el trabajador percibirá mensualmente y su consiguiente cotización a la seguridad social durante el periodo de percepción. Estará limitada en el tiempo a un periodo máximo de 4 años y, en todo caso, hasta el cumplimiento de la edad prevista de jubilación en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima de la LGSS.

**Nuevas normas de cotización para el año 2014**

*Orden ESS/106/2014, de 31 de enero de 2014, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 1 de febrero de 2014)*

La Orden ESS/106/2014, reproduce las bases y tipos de cotización establecidas en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, las adapta a los supuestos de contratos a tiempo parcial y establece las normas de cotización para el presente año.

En concreto, la Orden establece que, a partir del 1 de enero de 2014, la base máxima de cotización al Régimen General será de 3.597,00 euros mensuales. Asimismo, establece que la base mínima para las contingencias por accidente de trabajo y enfermedad profesional será de 753,00 euros mensuales. En cuanto a las bases mínimas por contingencias comunes, varían en función de la categoría profesional, siendo para el año 2014 de 1.051,50 euros mensuales para la categoría de ingenieros y licenciados, pertenecientes al primer grupo de cotización, y de 753,00 euros mensuales para la categoría de auxiliares administrativos, pertenecientes al séptimo grupo de cotización. En lo referente a tipos de cotización se mantienen los del pasado ejercicio 2013.

Para los trabajadores autónomos, la base máxima de cotización será de 3.597,00 euros mensuales, mientras que la mínima será de 875,70 euros por mes. Sin embargo, para aquellos que a 1 de enero de 2014 tengan cumplida la edad de 48 o más años, la base de cotización estará comprendida entre las cuantías de 944,40 y 1.926,60 euros mensuales, salvo que se trate del cónyuge superviviente del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento, haya tenido que darse de alta en este régimen con 45 o más años de edad, en cuyo caso la elección de las bases será de una cifra entre 875,70 euros y 1.926,60 euros mensuales.

**Ampliación del plazo para cotizar por los nuevos conceptos incluidos en la base de cotización**

*Resolución de 23 de enero de 2014, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se autoriza la ampliación del plazo de ingreso de la cotización correspondiente a los nuevos conceptos computables en la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 31 de enero de 2014)*

La reciente modificación del artículo 109 de la LGSS por la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, estableció una enumeración *numerus clausus* de conceptos excluidos de la base de cotización.

Si en un primer momento se permitía a las empresas ingresar, sin recargo alguno, las cuotas derivadas de los nuevos conceptos incluidos en la base de cotización hasta el 31 de marzo de 2014, con esta Resolución se ha ampliado el plazo hasta el 31 de mayo, con objeto de facilitar a las empresas la regularización de su situación y facilitar los trámites y la actualización de nóminas de los trabajadores.

**Notificación electrónica de actos del procedimiento administrativo de aplazamiento de pago de deudas de seguridad social**

*Resolución de 27 de marzo de 2014, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se fija la fecha a partir de la cual los actos del procedimiento administrativo de aplazamiento del pago de deudas con la Seguridad Social dirigidos a determinados sujetos se notificarán electrónicamente (BOE 10 abril 2014)*

A partir de la fecha de entrada en vigor de esta resolución, 11 de abril de 2014, se notificarán o comunicarán a través del sistema de notificación electrónica, mediante comparecencia en la sede electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, todos los actos del procedimiento administrativo de aplazamiento del pago de deudas con la Seguridad Social emitidos por la Tesorería General de la Seguridad Social, dirigidos a los sujetos responsables a los que se refiere el artículo 3.2 de la Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la seguridad social, una vez que queden inicialmente obligados en los términos indicados en el apartado 1 de su disposición adicional única, así como a las personas, físicas o jurídicas, o entes sin personalidad jurídica a que se refiere el artículo 3.3 de la citada Orden, que opten por esa forma de notificación, y a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social, así como sus entidades y centros mancomunados a los que se refiere el artículo 3.4 de la misma Orden.

**[Portugal]**

**Mecanismos de convergência de regime de proteção social da função pública com o regime geral da Segurança Social**

*Lei n.º 11/2014, de 6 de março (DR 46, SÉRIE I, de 6 de março de 2014)*

A presente lei estabelece mecanismos de convergência do regime social da função pública com o regime da segurança social, procedendo (i) à quarta alteração à Lei n.º 60/2005, de 29 de dezembro, que estabelece mecanismos de convergência do regime de proteção social da função pública com o regime geral da segurança social no que respeita às condições de aposentação e cálculo das pensões; (ii) à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de novembro, que aprova o novo regime jurídico dos acidentes em serviço e das doenças profissionais no âmbito da Administração Pública; e (iii) à alteração do Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de dezembro, que aprova o Estatuto da Aposentação.

Este diploma revoga ainda as normas que estabelecem acréscimos de tempo e serviço para efeitos de aposentação no âmbito da Caixa Geral de Aposentações e normas do Decreto-Lei n.º 137/2010, de 28 de dezembro, relativas ao exercício de funções públicas por aposentados.

No que se refere à Lei n.º 60/2005, de 29 de dezembro, cumpre destacar o aditamento que determina que podem aposentar-se os subscritores que contem o prazo de garantia e a idade normal de acesso à pensão de velhice que sucessivamente estiverem estabelecidos no sistema previdencial do regime da Segurança Social.

Quanto ao Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de dezembro, há que referir a alteração que impõe que os aposentados, reformados, reservistas fora de efetividade e equiparados não possam exercer funções públicas para quaisquer serviços da administração central, regional e autárquica, empresas públicas, entidades públicas empresariais, entidades que integram o setor empresarial regional e municipal e demais pessoas coletivas públicas, exceto quando haja lei especial que o permita ou quando, por razões de interesse público excecional, sejam autorizados pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das Finanças e da Administração Pública.

Nestes casos excecionais, e enquanto durar o exercício das funções públicas autorizadas, estes aposentados, reformados ou reservistas não recebem pensão, remuneração de reserva ou equiparada, sendo esse pagamento retomado apenas aquando da cessação do exercício daquelas funções.



A lei ressalva, porém, o desempenho de algumas funções, caso em que os aposentados, reformados, reservistas ou equiparados devem optar entre receber a totalidade da pensão ou da remuneração na reserva e uma terça parte da remuneração base que competir às funções exercidas, ou receber a totalidade desta e uma terça parte da pensão ou da remuneração na reserva, com exceção dos médicos, aos quais continuam a aplicar-se os regimes de acumulação parcial e de suspensão da pensão.

Relativamente ao Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de novembro, deve mencionar-se o facto de passarem a ser cumuláveis as prestações periódicas por incapacidade permanente com a pensão de aposentação ou de reforma por morte com a pensão de sobrevivência (na parte em que estas excedam aquelas), sem prejuízo das regras próprias dos respetivos regimes de proteção social obrigatórios.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

#### Vulneración del derecho de defensa

#### *Sentencia n.º 212/2013 del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2013*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional («TC») analiza en esta sentencia la posible vulneración del derecho a la intimidad y la propia imagen, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías de una trabajadora que fue despedida, tras el visionado de las cámaras de seguridad, por extraer dinero de la caja del establecimiento en el que trabajaba. La trabajadora alegaba que la grabación se había realizado en un local utilizado como vestuario.

El Juzgado de lo Social que conoció del asunto desestimó la demanda y declaró procedente el despido al entender que (i) no se vulneraba el derecho a la intimidad por entender que el local en el que se ubicaban las cámaras, debidamente señalizadas y advertidas, no servía de vestuario para los trabajadores y; (ii) que de los pasajes de la grabación expuestos en el juicio se evidenciaba la extracción de los sobres que contenían el dinero.

La trabajadora recurrió la sentencia por entender que, en tanto no se había mostrado los fragmentos de la grabación que probarían el uso de local como vestuario, se le había vulnerado su derecho de defensa. En amparo, el TC dictó que el visionado de las imágenes constituye un medio de importancia probatoria para la acreditación de las alegaciones de la demandante y consideró que la denegación de su proyección impide a la demandante probar la vulneración del derecho a la intimidad y demostrar el uso destinado al local. En consecuencia, el TC considera que se ha producido una vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba para su defensa, así como del derecho a un proceso con todas las garantías, por lo que acuerda anular las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social y el Tribunal Superior de Justicia con la consiguiente retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno.

#### El Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad de la implantación de la reforma laboral mediante Real Decreto-ley.

#### *Auto del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2014*

El TC desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Juzgado de lo Social n.º 34 de Madrid contra el Real Decreto-ley 3/2012 («RDL»). En primer lugar, avala la utilización por el Gobierno del real decreto ley para llevar a cabo la reforma laboral basándose en que la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad debe ser valorada por el Gobierno, o en su caso, el Congreso de los Diputados, al tratarse de un juicio de oportunidad. El TC no entra a valorar la oportunidad de la reforma, pero sí argumenta que la elección del real decreto-ley no fue arbitraria al basarse en datos económicos que acreditaban la situación de necesidad de adoptar medidas de carácter laboral de forma urgente. En segundo lugar, niega que el RDL vulnere el derecho al trabajo (art. 35.1 Constitución Española), declarando que la nueva regulación no supone un «incentivo a la rescisión indemnizada del contrato», tal y como se alegaba en la cuestión de inconstitucionalidad.

Además, avala la disposición transitoria quinta que establece un criterio de cálculo dual para la indemnización por despido improcedente, según el cual el tiempo de servicios anterior a la



fecha de entrada en vigor se indemnizará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, y el período de prestación de servicios posterior a su entrada en vigor se calculará a razón de 33 días de salario por año de servicio.

También avala la desaparición de los salarios de tramitación cuando se opte por la indemnización en casos de declaración de improcedencia (a excepción del caso de los representantes de los trabajadores).

**La modificación unilateral de condiciones de trabajo motivada por la existencia de un riesgo para la salud de los trabajadores no es modificación sustancial**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2013*

Tras detectar que una trabajadora, que hasta el momento realizaba una jornada laboral sujeta a turnos de mañana y tarde que se alternaban mensualmente, padecía una alteración de la salud que aconsejaba el cambio de turno de trabajo, la empresa la adscribe al turno fijo de mañana de 6:00 a 14:00 horas.

La trabajadora recurre esta modificación de su turno de trabajo al entender que dicha alteración supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo, por lo que la empresa debió haber respetado el procedimiento legal establecido al efecto.

El Tribunal Supremo («TS») entiende que la medida adoptada por la empresa no constituye modificación sustancial de condiciones de trabajo, ya que la alteración del turno de trabajo de la actora no respondía a una decisión de gestión empresarial discrecional, inserta en su *ius variandi* o poder de dirección, sino al necesario cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

A mayor abundamiento, dado el estricto carácter temporal de la medida adoptada por el empresario, como circunstancia trascendente para medir la esencialidad de la modificación operada, dicha alteración de condiciones de trabajo de la actora se hallaba justificada en el cumplimiento de una obligación ineludible para el empresario, como es la de observar los protocolos de prevención que devienen normas imperativas para la empresa, no mereciendo la calificación de modificación sustancial. Siendo así, no era exigible seguir el procedimiento que para la modificación sustancial de condiciones de trabajo prevé el artículo 41 del ET.

**El Tribunal Supremo avala la modificación de un sistema de retribución variable**

*Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2014*

El TS desestima el recurso de casación planteado por los trabajadores de una empresa textil que había procedido a la modificación del sistema de retribución variable, vinculando la obtención de las comisiones a los resultados del grupo.

El TS confirma la sentencia de la Audiencia Nacional («AN») por entender que efectivamente concurren causas económicas (la caída de ventas del sector textil) que justifican la fijación de un suelo mínimo para percibir la comisión por ventas. El TS hizo suyos los argumentos de la empresa y considera que la medida es razonable al haberse establecido como contrapartida el incremento de los porcentajes de comisión.

**El accidente sufrido por un trabajador en el lugar de trabajo durante su periodo de descanso tiene la consideración de accidente de trabajo**

*Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2014*

El TS estima el recurso planteado por la familia de un trabajador que había fallecido en el centro de trabajo durante el tiempo de la comida, al quedar atrapado entre una vagoneta (que contenía unos 600 kg de pienso) y un silo.

El TS considera que la definición de accidente de trabajo contenida en el artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social está concebida en términos amplios. En consecuencia, considerando las circunstancias en las que se produjo el accidente, y en particular, que acaeció después del descanso y que el trabajador estaba iniciando su jornada de tarde, como lo acredita la vestimenta que llevaba en su momento, debe considerarse que el accidente se produjo no solo en el lugar de trabajo, sino también en tiempo de trabajo. Asimismo, el TS afirma que no existe base fáctica para entender que se produjo una imprudencia temeraria del trabajador que impida la consideración del accidente como de trabajo.

**Nulidad de cláusula contractual que impone comunicar al empresario teléfono e e-mail personal del trabajador**

*Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2014*

La AN analiza la validez de una cláusula del contrato de trabajo que establece que: «*Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente e inmediata*».

La AN estima la demanda del sindicato que solicitaba la nulidad, al entender que la empresa no puede imponer a los trabajadores la comunicación de los referidos datos de carácter personal, pues ello sería contrario a las exigencias de la Ley Orgánica de Protección de Datos («LOPD»). Asimismo, entiende que no concurre ninguna de las excepciones contenidas en el artículo 6.2 LOPD, pues no se ha acreditado que estos datos sean necesarios para el mantenimiento o cumplimiento del contrato.

**La Audiencia Nacional considera que el artículo 82.3 del ET no es inconstitucional**

*Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2014*

Se analiza la alegación de unos sindicatos que solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 82.3 ET en relación con la posibilidad atribuida a la Comisión Nacional Consultiva de Convenios Colectivos («CNCCC») de inaplicar directamente convenios colectivos vigentes sin acuerdo de las partes.

La AN, tras analizar el precepto, entiende que es lícito que la ley establezca en los convenios colectivos causas que excluyan su exigibilidad como consecuencia de circunstancias sobrevenidas de índole económica. Asimismo, la Sala afirma que en los procedimientos de inaplicación de convenios, la existencia de un período de consultas en la que las partes negocian de buena fe, es un requisito ineludible para que la CNCCC pueda asumir su competencia.

**Efecto retroactivo de las cláusulas de los convenios colectivos**

*Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2014*

Un sindicato no firmante del nuevo convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para los años 2012 a 2014 solicita: (i) que se declare la ilicitud de la fecha de entrada en vigor del nuevo convenio colectivo para los años 2012-2014 por superponer el nuevo convenio en un período coincidente con el convenio anterior (que estaba vigente hasta 31 de diciembre de 2012) y (ii) que se declare que las retribuciones salariales que deben abonarse con efectos retroactivos a 2012 son las que constan en el convenio colectivo vigente para los años 2009 a 2012.

En cuanto a la primera pretensión, la AN entiende que al tratarse de un convenio colectivo estatutario negociado por sujetos con suficiente legitimación y representatividad sobre un ámbito territorial, personal y funcional completamente coincidente con el convenio anterior, los negociadores son libres de disponer sobre convenio anterior y, en consecuencia, dejarlo sin efecto.

En cuanto al efecto retroactivo de los convenios colectivos, la AN establece que es frecuente que estos contengan cláusulas que extiendan sus efectos a fechas anteriores a su formalización escrita. Ahora bien, afirma la sentencia que la previsión de aplicación retroactiva que contiene dicho artículo ha de interpretarse en un sentido estricto, de modo que no es posible aplicarlo para reducir derechos salariales o de otra índole correspondientes a periodos temporales anteriores a la entrada en vigor del convenio colectivo.

**Control de uso de medios informáticos para fines no laborales**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 29 de enero de 2014.*

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía analiza la procedencia del despido de tres trabajadoras que habían sido objeto de una medida disciplinaria como consecuencia del uso indebido, para fines personales, de los medios informáticos puestos a su disposición, infringiendo con ello la prohibición de uso que les fue impuesta por su empleador.

Las trabajadoras habían suscrito un documento sobre obligaciones del personal en que se contenía una prohibición absoluta sobre el uso de medios informáticos de la empresa (ordenadores, móviles, internet etc.) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo. Junto a ello, la empresa decidió instalar, sin advertir previamente a las tres trabajadoras, un programa informático en sus ordenadores a través del cual se captura cada diez segundos una imagen de la pantalla. Al constatar la empresa que las trabajadoras venían desobedeciendo reiteradamente la orden impuesta les da traslado de carta de despido disciplinario.

A juicio de la sentencia, existiendo en el presente caso una válida prohibición de uso personal de los medios informáticos de la empresa, se ha de entender implícita a dicha prohibición la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador. Por ello, quedó anulada toda expectativa de intimidad de las trabajadoras, invocándose por la sentencia en este punto la teoría constitucional de los actos de disposición que voluntariamente bajan las barreras de la intimidad personal, una de cuyas expresiones es, precisamente, la utilización de un soporte sometido a publicidad o inspección de otra persona. De conformidad con la STS de 6 de octubre de 2011, la Sala concluye que no era necesaria comunicación expresa a los trabajadores sobre la instalación de un sistema de comprobación de uso de los ordenadores. Apreciada entonces la reiterada infracción de la orden empresarial por las trabajadoras, y no existiendo actos de tolerancia empresarial, se declara la procedencia del despido.

### [Portugal]

#### Inconstitucionalidade da não atualização de pensões por incapacidades inferiores a 30%

*Acórdão n.º 173/2014, de 18 de fevereiro de 2014 (DR 50, SÉRIE I, de 12 de março de 2014) - Tribunal Constitucional*

No presente acórdão do Tribunal Constitucional foi declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma contida no artigo 82.º, n.º 2, da Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro, em articulação com o disposto no artigo 1.º, n.º 1, alínea c), subalínea i), do Decreto-Lei n.º 142/99, de 30 de abril, na parte em que impede a atualização de pensões por incapacidades inferiores a 30%, não remíveis obrigatoriamente nos termos do artigo 75.º, n.º 1, da citada Lei n.º 98/2009, por serem superiores a seis vezes a retribuição mínima mensal garantida, em vigor no dia seguinte à data da alta, por violação dos artigos 13.º, n.º 1, e 59.º, n.º 1, alínea f), ambos da Constituição da República Portuguesa.

Em suma, a questão de constitucionalidade colocada ao Tribunal Constitucional foi a de saber se, à luz da Constituição da República Portuguesa, é admissível que pensões por acidentes de trabalho não remíveis não sejam ao mesmo tempo atualizáveis de acordo com a inflação.

O Tribunal Constitucional respondeu de forma negativa à questão colocada, valendo-se, para tanto, dos seguintes argumentos:

(i) Por um lado, o Tribunal Constitucional afirmou que, à semelhança do que sucede nos casos das pensões remíveis, não remidas, ou das pensões sobranter, em resultado da remissão parcial da pensão originária, o que está em causa em relação às pensões correspondentes a uma incapacidade permanente parcial inferior a 30% é também a manutenção do valor efetivo das pensões, importando garantir aos sinistrados um valor de reparação constante, que não se deprecie em razão das flutuações da moeda;

(ii) Por outro, o Tribunal Constitucional afirma ainda que há que assegurar a igualdade de tratamento, relativamente a todos os que auferem uma pensão não remível em razão do valor, independentemente do respetivo grau de incapacidade permanente parcial ser superior, igual ou inferior a 30%, já que a finalidade da pensão é em todos os casos a mesma, i.e., compensar o sinistrado pela perda ou redução permanente da sua capacidade de ganho resultante de acidente de trabalho assumindo uma função substitutiva do vencimento para a subsistência do beneficiário, e essa finalidade fica inevitavelmente comprometida com a desvalorização monetária;

(iii) Finalmente, o Tribunal Constitucional afirmou que, por maioria de razão, deve igualmente impedir-se que os sinistrados em acidente de trabalho, afetados por uma incapacidade inferior a 30%, mas com pensões superiores a seis vezes a retribuição mínima mensal garantida, sejam colocados numa situação de desvantagem em relação aos sinistrados com

incapacidade inferior a 30%, mas que viram as suas pensões imediatamente remidas, não correndo assim o risco da desvalorização monetária.

Deste modo, o Tribunal Constitucional concluiu que (i) a não atualização das pensões de montante igual ou superior a seis vezes o valor da retribuição mínima mensal garantida em vigor no dia seguinte ao da alta do trabalhador sinistrado que em consequência do acidente de trabalho tenha ficado com uma incapacidade permanente parcial inferior a 30% viola o direito à justa reparação do trabalhador sinistrado, consignado no artigo 59.º, n.º 1, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, uma vez que não assegura a desadequação do quantitativo da pensão à função reparatória e compensatória que lhe é inerente, e que (ii) a solução de não atualização, ao impor soluções diferentes relativamente a quantias que desempenham função idêntica não se mostra materialmente justificada, sendo arbitrária e, por isso mesmo, inconstitucional.

#### **Sucessão de contratos a termo - Atividade sazonal**

*Acórdão de 10 de março de 2014 (Processo n.º 882/12.3TTPRT.P1) - Tribunal da Relação do Porto*

No presente recurso, o Tribunal da Relação do Porto foi chamado a pronunciar-se sobre um caso de sucessão de contratos a termo à luz do artigo 143.º do Código do Trabalho.

Em causa estava a sucessão de dois contratos a termo certo, durante dois anos letivos seguidos, para o exercício das funções de cozinheira numa cantina escolar.

Segundo a trabalhadora, Autora na ação, a segunda contratação violou o artigo 143.º do Código do Trabalho, devendo por isso o segundo contrato de trabalho ser considerado um contrato sem termo e o seu despedimento ilícito. O Réu, por seu turno, defendeu-se invocando que a sua atividade, consistente na exploração de estabelecimentos de refeições por concessões a que concorre por concurso público, é sempre limitada no tempo; no caso das escolas, a concessão dura apenas por um ano letivo (i.e., não inclui o período das férias escolares), sendo-lhe por isso inerente um carácter de sazonalidade, o que conduz à aplicação da alínea c) do número 2 do artigo 143.º do Código do Trabalho ao caso concreto - entendimento este que foi corroborado pelo tribunal de primeira instância.

Ao contrário do tribunal de primeira instância, o Tribunal da Relação do Porto entendeu que a atividade em causa não tinha um carácter sazonal, considerando o despedimento da trabalhadora ilícito e condenando o empregador a reintegrá-la como trabalhadora efetiva no seu posto de trabalho, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade.

O Tribunal da Relação do Porto esclarece que o conceito de sazonalidade, embora tenha vindo a ser alargado - equiparando-se à sazonalidade em sentido estrito, que resulta das estações do ano, outras situações em que intervém o fenómeno do ciclo, da previsibilidade e da regularidade, mas condicionada pela limitação temporal -, não pode estender-se para além do que pode ser considerada uma estação, natural ou produtiva, alargada.

E acrescenta que a admissão da sazonalidade, enquanto solução que permitisse a celebração sucessiva de contratos a termo, sem qualquer limite temporal, poria em causa o princípio constitucional da estabilidade e segurança no emprego, permitindo às empresas em situações idênticas desenvolver a sua atividade sem necessidade de trabalhadores permanentes, logo, num estado de exceção em relação à lei.

O Tribunal da Relação do Porto chegou mesmo a afirmar que, ao dar-se razão ao empregador, teria de se afirmar que o Parlamento e os tribunais desenvolvem atividades sazonais ou «no mais absurdo dos exemplos, que uma empresa que encerre a laboração para observar o período de férias dos seus trabalhadores, também só desenvolve uma actividade sazonal.»

## MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

##### Marítimo. Tax Lease

*Decisión de la Comisión, de 17 de julio de 2013, relativa a la ayuda estatal SA.21233 C/11 ejecutada por España en relación con el Régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero también conocidos como Sistema español de arrendamiento fiscal (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE C(2013) 4426 final, de 16 de abril de 2014)*

Con fecha 16 de abril de 2014, se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Decisión anunciada por la Comisión Europea el pasado 17 de julio de 2013 en virtud de la cual algunos aspectos de la amortización anticipada de activos arrendados y de la aplicación del régimen de tributación por tonelaje en el marco del *tax lease* español constituyen ayuda estatal a las agrupaciones de interés económico y sus inversores, ejecutada ilegalmente por España desde el 1 de enero de 2002, en violación del artículo 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

##### Aéreo. Certificados

*Reglamento (UE) n.º 69/2014 de la Comisión, de 27 de enero de 2014 que modifica el Reglamento (UE) n.º 748/2012 por el que se establecen las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y los productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y de producción (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 23/12, de 28 de enero de 2014)*

Esta norma modifica el Reglamento 748/2012 para incorporar los datos de idoneidad operativa como parte del proceso de certificación del tipo en relación con el diseño y producción de aeronaves y productos, componentes y equipos en el ámbito aeronáutico. Asimismo, establece determinados plazos para que los titulares de un certificado de tipo de aeronave expedido antes del 17 de febrero de 2014 que quieran ofrecer una nueva aeronave a un operador de la UE tras dicha fecha, obtengan la aprobación de conformidad con el nuevo punto 21A.21 e) del anexo I (parte 21). El Reglamento suprime el artículo 5 del Reglamento 748/2012, al haber transcurrido el régimen transitorio estipulado en dicho artículo.

##### Aéreo. Personal de vuelo

— *Reglamento (UE) n.º 70/2014 de la Comisión de 27 de enero de 2014 que modifica el Reglamento (UE) n.º 1178/2011, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relacionados con el personal de vuelo de la aviación civil en virtud del Reglamento (CE) n.º 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 23/25, de 27 de enero de 2014)*

Esta norma modifica el Reglamento 1178/2011 en lo que a formación de habilitación de tipo y datos de idoneidad operativa del personal de vuelo de la aviación civil se refiere, de forma que se ajusta al dictamen del Comité de la Agencia Europea de Seguridad Aérea creado en virtud del artículo 65 del Reglamento 216/2008.

Las modificaciones, en concreto, abarcan: i) las referencias de los anexos del Reglamento hechas a los datos de idoneidad operativa establecidos de conformidad con el Reglamento 748/2012, cuando dichos datos no estén disponibles respecto al tipo de aeronave pertinente,

\* Esta sección ha sido coordinada por Alfredo Cabellos, y en su elaboración han participado Tomás Fernández Quirós, Julio López Quiroga, Luz Martínez de Azcoitia, Ana Pocklington, Hannah de Bustos, Fernando de Castro, Nestor Lozano, Sofía Rodríguez Torres y Maria Joao Rodrigues, del Grupo de Coordinación de Marítimo, Transporte y Logística de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

exigirán que el solicitante de un curso de formación de habilitación de tipo cumpla solo las disposiciones de los anexos del Reglamento 1178/2011; y ii) los cursos de formación para habilitación de tipo aprobados antes de la aprobación del programa mínimo para la formación de habilitación de tipo de piloto en los datos de idoneidad operativa para el tipo de aeronave pertinente, de conformidad con el Reglamento 748/2012, incluirán los elementos de formación obligatorios antes del 18 de diciembre de 2017 o, si fuera posterior, en un plazo de dos años a partir de la aprobación de los datos de idoneidad operativa.

— *Reglamento (UE) n.º 245/2014 de la Comisión de 13 de marzo de 2014 por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1178/2011 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2011, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relacionados con el personal de vuelo de la aviación civil (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 74/33, de 14 de marzo de 2014)*

Este Reglamento se ajusta a las medidas previstas en el dictamen del Comité de la Agencia Europea de Seguridad Aérea, creado en virtud del artículo 65 del Reglamento 216/2008, con el objeto excepcionar aquellos requisitos del Reglamento 1178/2011 que suponen una carga administrativa o económica indebida y desproporcionada para los Estados o para otras partes interesadas.

Entre otras, se introducen las siguientes modificaciones: i) revisión de los requisitos de instrucción y examen de los conocimientos teóricos para la habilitación de vuelo por instrumentos (IR); ii) requisitos adicionales dirigidos a la cualificación para volar en condiciones meteorológicas instrumentales, así como requisitos específicos para las operaciones de vuelo con nubes en planeadores; iii) establecimiento de las condiciones de reconocimiento de la formación o de la experiencia en vuelo por instrumentos que ya se posean; iv) posibilidad de los Estados miembros de reconocer la experiencia en vuelo por instrumentos de los titulares de habilitaciones de terceros países cuando pueda garantizarse un nivel de seguridad equivalente al que se especifica en el Reglamento 216/2008; v) exigencia de que las disposiciones de aplicación reflejen el estado actual de la técnica, en particular las mejores prácticas, así como los progresos científicos y técnicos en el ámbito de la formación de pilotos; y vi) cumplimiento por parte de los pilotos en materia de licencias y certificados médicos de los requisitos técnicos y los procedimientos administrativos que establecen los anexos I y IV de este Reglamento.

#### **Aéreo. Operaciones aéreas**

*Reglamento (UE) n.º 71/2014 de la Comisión de 27 de enero de 2014 que modifica el Reglamento (UE) n.º 965/2012, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas en virtud del Reglamento (CE) n.º 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 23/27, de 28 de enero de 2014)*

Esta norma adapta el Reglamento 965/2012 a la regulación introducida por el Reglamento 216/2008, estableciendo que los datos de idoneidad operativa deben incluir los elementos obligatorios para la lista maestra de equipo mínimo (MMEL), la formación de la tripulación de vuelo y la formación de la tripulación de cabina, que servirán de base para elaborar la lista de equipo mínimo (MEL) y los cursos de formación de la tripulación realizados por los operadores.

Así, se establecen como válidas las MEL aprobadas antes de la aplicación del Reglamento objeto de este análisis, pero, a partir de su aplicación, todo cambio en una MEL para el que se haya establecido una MMEL como parte de los datos de idoneidad operativa se efectuará de acuerdo con su anexo III. Además, se establece un plan de formación que abarque los nuevos elementos obligatorios establecidos en los datos de idoneidad operativa para los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina que ya estén operativos.

— *Reglamento (UE) n.º 83/2014 de la Comisión, de 29 de enero de 2014, que modifica el Reglamento (UE) n.º 965/2012, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas en virtud del Reglamento (CE) n.º 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 28/17, de 31 de enero de 2014)*

La Agencia Europea de Seguridad Aérea ha elaborado un proyecto de disposiciones de aplicación que ha presentado como dictamen a la Comisión, de conformidad con el artículo 19.1, del Reglamento 216/2008. En consecuencia, el Reglamento 965/2012 se modifica para incluir las limitaciones del tiempo de vuelo y actividad, y los requisitos de descanso, de manera que se ajusten a lo previsto en dicho dictamen.

#### Aeródromos

*Reglamento (UE) n.º 139/2014 de la Comisión, de 12 de febrero, por el que se establecen los requisitos y procedimientos administrativos relativos a los aeródromos, de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 216/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 44/1, de 14 de febrero de 2014)*

Este Reglamento modifica el existente Reglamento 216/2008 para incluir una normativa de seguridad uniforme en los aeródromos, de conformidad con el estado de la técnica y las mejores prácticas en el ámbito de los aeródromos, las recomendaciones de la OACI, la experiencia en operaciones de aeródromos de todo el mundo y el progreso científico y técnico. En concreto, el Reglamento regula los aspectos de seguridad operacional de los certificados de los aeródromos, la designación de una autoridad competente de su supervisión, así como el tratamiento que debe darse a los alrededores del aeródromo, debiendo designarse autoridades para la supervisión y mitigación de los riesgos.

#### Transporte de viajeros por carretera. Documentos de transporte

*Reglamento (UE) n.º 361/2014 de la Comisión, de 9 de abril de 2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los documentos de transporte internacional de viajeros en autocares y autobuses, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 2121/98 (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 107/39, de 10 de abril de 2014)*

Si bien con un periodo transitorio de hasta 31 de diciembre de 2015, durante el cual los Estados miembros podrán autorizar la utilización de los impresos existentes establecidos con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento 2121/98, esta norma contiene los nuevos modelos de documento de control (hoja de ruta) de los servicios discrecionales contemplados en el artículo 2, punto 4, del Reglamento 1073/2009, de solicitud de autorización para servicios regulares y para servicios regulares especiales sometidos a autorización, y de la propia autorización. Asimismo, el certificado para los transportes por cuenta propia definidos en el artículo 2, punto 5, del Reglamento 1073/2009 deberá ajustarse al modelo que figura en el anexo V del presente Reglamento. Por último, se unifican los modelos para la comunicación por parte de los Estados miembros a la Comisión de la información estadística relativa al número de autorizaciones de servicios regulares y de transportes de cabotaje

#### [España]

#### Marítimo. Buques de pesca

*Real Decreto 963/2013, de 5 de diciembre, por el que se fijan las tripulaciones mínimas de seguridad de los buques de pesca y auxiliares de pesca y se regula el procedimiento para su asignación (BOE de 31 de diciembre de 2013)*

Este Real Decreto tiene por objeto establecer las tripulaciones mínimas de seguridad para los buques de pesca y auxiliares de pesca que se incluyen en su Anexo I, a la luz de la evolución normativa en la materia (entre otros, el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo en la mar, el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y la aprobación del Convenio sobre Normas de formación, titulación y guardia para el personal de los buques pesqueros —Convenio STCW-F 95—). Deroga, en este sentido, la Orden del Ministerio de Comercio, de 14 de julio de 1964, en lo que se refiere al cuadro indicador de tripulaciones mínimas para buques de pesca y auxiliares de pesca.

Regula igualmente el criterio y el procedimiento para asignar las tripulaciones mínimas de seguridad que deben llevar los buques y embarcaciones registrados y abanderados en España en la



tercera y cuarta listas del Registro de Matrículas de Buques, así como para la expedición del documento acreditativo correspondiente.

**Marítimo. Empresas prestadoras de servicios portuarios**

*Orden FOM/36/2014, de 10 de enero, por la que se determinan los datos que se deben incluir en el Registro General de empresas prestadoras de servicios portuarios de Puertos del Estado y en los Registros de empresas prestadoras de servicios portuarios de las Autoridades Portuarias y se regula el procedimiento para su inscripción (BOE de 22 de enero de 2014)*

El texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante crea, en su artículo 120 y para cada Autoridad Portuaria, un Registro de empresas prestadoras de servicios portuarios en los puertos que gestiona y, en Puertos del Estado, el Registro General de empresas prestadoras de servicios portuarios. La presente Orden tiene por objeto determinar los datos que se deben incluir en ambos registros, así como el procedimiento de inscripción.

**Aéreo. Franjas horarias**

*Real Decreto 20/2014, de 17 de enero, por el que se completa el régimen jurídico previsto en el Reglamento (CEE) 95/93 relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos españoles (BOE de 18 de enero de 2014)*

Este Real Decreto tiene por objeto completar el régimen jurídico previsto en el Reglamento (CEE) n.º 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios, identificando el órgano responsable para la realización de los estudios de determinación de la capacidad aeroportuaria y de los parámetros para la designación de franjas horarias y regulando la designación de los aeropuertos coordinados y facilitados, los requisitos y el ámbito de actuación del Coordinador y facilitador de franjas horarias, así como su designación y los supuestos en que procede su revocación.

Además, este Real Decreto crea los Comités de Coordinación de franjas horarias y fija su composición. Por otra parte, establece un régimen específico para la designación de las bases aéreas militares abiertas al tráfico civil y aeródromos de utilización conjunta como aeropuertos coordinados o facilitados, de forma que se salvaguardan las competencias del Ministerio de Defensa en este ámbito, y se concreta la aplicación de la norma en relación con las operaciones civiles y su gestión. Asimismo, se especifican las funciones del coordinador o facilitador en los aeropuertos situados en aeródromos de utilización conjunta, en relación con las operaciones de las aeronaves civiles.

**Aéreo. Tarifas Eurocontrol**

*Orden FOM/136/2014, de 31 de enero, por la que se modifica el apartado quinto del anexo I del Decreto 1675/1972, de 26 de junio, por el que se aprueban las tarifas a aplicar por el uso de la red de ayudas a la navegación aérea (Eurocontrol) y se modifica el tipo de interés por mora en el pago de dichas tarifas (BOE de 10 de febrero de 2014)*

Esta Orden establece las nuevas tarifas por el uso de la red de ayudas a la navegación aérea adoptadas en el seno de Eurocontrol (también conocidas como «tasas de ruta») de aplicación para el año 2014, modificando asimismo el tipo de interés de demora en su pago.

**Aéreo. Transporte de mercancías peligrosas**

*Orden FOM/456/2014, de 13 de marzo, por la que se modifica el anexo 2 del Real Decreto 1749/1984, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento Nacional sobre el transporte sin riesgos de mercancías peligrosas por vía aérea y las Instrucciones técnicas para el transporte sin riesgos de mercancías peligrosas por vía aérea, para actualizar las instrucciones técnicas (BOE de 24 de marzo de 2014)*

La OACI ha introducido una serie de enmiendas en las Instrucciones Técnicas para el transporte sin riesgos de mercancías peligrosas por vía aérea, cuya última revisión se realizó por orden del Ministerio de Fomento en 2011. La presente Orden tiene por objeto su actualización de conformidad con las enmiendas contenidas en la edición 2013-2014 de las Instrucciones Técnicas homónimas publicadas por la OACI (Doc. 9284-AN/905).



**Aéreo. Seguridad en aviación civil**

*Resolución de 11 de marzo de 2014, de la Secretaría General de Transporte, por la que se aprueba la actualización de la parte pública del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil (BOE de 4 de abril de 2014)*

Esta Resolución aprueba las modificaciones y actualizaciones de la parte pública del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil, que son motivadas por la adopción de nuevas disposiciones y aspectos de índole práctica que afectan a la seguridad de la aviación civil. Como anexo a esta Resolución, se publica la actualización completa y consolidada de la parte pública del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil. El objetivo del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil es establecer la organización, métodos y procedimientos necesarios para asegurar la protección y salvaguarda de los pasajeros, tripulaciones, público, personal de tierra, aeronaves, aeropuertos y sus instalaciones, frente a actos de interferencia ilícita, perpetrados en tierra o en aire, preservando la regularidad y eficiencia del tránsito aéreo nacional e internacional en el Estado español y su espacio aéreo. El Programa Nacional de Seguridad incluye un anexo que desarrolla diversas Instrucciones de Seguridad Aeroportuaria.

**Aéreo. Aeródromos**

*Real Decreto 217/2014, de 28 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto 862/2009, de 14 de mayo, por el que se aprueban las normas técnicas de diseño y operación de aeródromos de uso público y el Reglamento de certificación y verificación de aeropuertos y otros aeródromos de uso público, y el Real Decreto 1133/2010, de 10 de septiembre, por el que se regula la provisión del servicio de información de vuelo de aeródromos (BOE de 12 de abril de 2014)*

Este Real Decreto establece las condiciones para flexibilizar el uso de los aeropuertos, así como el de otros aeródromos de uso público, de forma que en las franjas horarias en que solo existe demanda de uso por la aviación general o deportiva puedan restringir la utilización de la infraestructura a estos tráficos. Para ello, se adecuan las normas técnicas exigibles a los usos a los que se destine la infraestructura en las distintas franjas.

Conforme a lo anterior, este Real Decreto modifica el Real Decreto 862/2009, de 14 de mayo, al objeto de facilitar una respuesta adecuada, económica y eficiente a las necesidades y demandas de tráfico en los distintos momentos de la explotación aeroportuaria, introducir las condiciones que permiten flexibilizar el uso de estas infraestructuras y, adicionalmente, adecuar la definición de aeródromos de uso público y, en consecuencia, las obligaciones de certificación o verificación a la práctica de los países de nuestro entorno.

Adicionalmente, se modifica el Real Decreto 1133/2010, de 10 de septiembre, al objeto de adecuar su definición de aeródromo de uso público a la prevista en el Real Decreto 862/2009, de 14 de mayo, y establecer que a los helipuertos no les es de aplicación lo dispuesto en su artículo 5.2, letra b), 1.º, y que, por tanto, la implantación del servicio AFIS solo les será exigible cuando así resulte de los estudios aeronáuticos de seguridad. Por último y por coherencia con las modificaciones sobre el concepto de aeródromos de uso público, se amplía el plazo concedido a estos aeródromos para la realización de los estudios aeronáuticos previstos en el artículo 9 del Real Decreto 1133/2010, de 10 de septiembre.

**Ferrocarril. Interoperabilidad**

*Orden FOM/421/2014, de 13 de marzo, por la que se modifica el anexo III del Real Decreto 1434/2010, de 5 de noviembre, sobre interoperabilidad del sistema ferroviario de la Red Ferroviaria de interés general (BOE de 19 de marzo de 2014)*

La disposición final cuarta del Real Decreto 1434/2010, de 5 de noviembre, autoriza al Ministro de Fomento a modificar sus anexos cuando sea necesario como consecuencia de lo que disponga la normativa comunitaria. De acuerdo con dicha autorización, se dicta esta Orden con la finalidad de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/9/UE de la Comisión, de 11 de marzo de 2013, por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad. La Directiva 2013/9/UE pretende incluir una referencia explícita a la accesibilidad en el mencionado anexo III, al considerar que se trata de un requisito esencial y uno de los requisitos generales para la interoperabilidad del sistema ferroviario, que se aplica en los

siguientes subsistemas: infraestructura, material rodante, explotación y aplicaciones telemáticas al servicio de los pasajeros.

**Ferrocarril. Capacidad de infraestructura ferroviaria** *Orden FOM/420/2014, de 7 de marzo, por la que se modifica la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria (BOE de 19 de marzo de 2014)*

En cumplimiento de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013, que condena al Reino de España por incumplimiento de la Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad en su versión modificada por la Directiva 2007/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007 (que queda incorporada a nuestro Derecho), se modifican determinados aspectos de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria que, conforme a la citada sentencia, no cumplen lo ordenado en la referida normativa comunitaria.

**Transporte terrestre. Mercancías peligrosas** *Real Decreto 97/2014, de 14 de febrero, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español (BOE de 27 de febrero de 2014)*

Como consecuencia de las modificaciones en materia de transporte de mercancías peligrosas por carretera (por ejemplo, la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, o las numerosas actualizaciones del Acuerdo europeo relativo al transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (ADR), directamente aplicable al transporte interno), este Real Decreto deroga y sustituye al anterior Real Decreto 551/2006, de 5 de mayo, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español.

Junto a lo anterior, el Real Decreto desarrolla normas internas en la materia, en aspectos que no se contemplan en el ADR, o bien respecto de los cuales se deja libertad a los Estados para su desarrollo o concreción. Finalmente, se regulan cuestiones que, de acuerdo con la normativa internacional, se apartan del régimen general por considerarse necesario en supuestos específicos.

**Ferrocarril, aéreo y marítimo. Infraestructuras e impuestos** *Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas (BOE el 25 de enero de 2014)*

Esta norma modifica varias leyes relativas a los sectores de transporte ferroviario, aéreo, marítimo y por carretera con la finalidad, entre otras, de dar rango de ley a los aspectos de seguridad ferroviaria más importantes regulados en la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2014, sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios (y así paralizar procedimientos de infracción abiertos contra España por la UE).

En el sector ferroviario, determina, entre otros, aspectos relativos a la seguridad, identificación de responsabilidades y autoridades responsables de ésta, certificados de seguridad y contenidos de autorizaciones de seguridad a administradores de las infraestructuras ferroviarias. Modifica, asimismo, el nombre y las competencias de la Agencia Estatal de Seguridad del Transporte Terrestre, que pasa a denominarse Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria.

En el sector aéreo y de aeropuertos, se establecen mecanismos de control en las bonificaciones a pasajeros residentes en Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla. En el sector portuario, se establece la repercusión de mayor proporción de los costes de SASEMAR, y de señalización, a sus usuarios. En el transporte por carretera, modifica la Ley 8/1972, de 10 de mayo, relativa a la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, y recoge también un programa PIVE-5.

**Transporte aéreo y ferrocarril**

*Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 1 de marzo de 2014)*

Esta Ley modifica con carácter urgente la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, con el fin de que el incremento máximo de las prestaciones patrimoniales de carácter público a percibir por AENA Aeropuertos, S.A., se modere y, de esta forma, se facilite la recuperación del transporte aéreo y con ella la del sector turístico español.

Por otro lado, se modifican determinados artículos de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, con el fin de establecer el procedimiento para la modificación y actualización de los cánones ferroviarios, atribuyendo a los administradores de infraestructuras ferroviarias la competencia para proponer dichas modificaciones y habilitando al Ministerio de Fomento para desarrollar y actualizar los principios básicos de aplicación de los sistemas de bonificación e incentivos establecidos en la propia Ley del Sector Ferroviario. El objetivo de tales medidas es incrementar la eficiencia en el sector ferroviario, así como adecuar los preceptos objeto de modificación a la normativa comunitaria en la materia.

Asimismo, en virtud de esta Ley se refuerza la normativa que regula los mecanismos y alcance de la asistencia y apoyo a las víctimas afectadas por el accidente acaecido en Santiago de Compostela el pasado 24 de julio de 2013. Se establece que el Gobierno aprobará, mediante real decreto, un reglamento de asistencia a víctimas y familiares de accidentes de transporte ferroviario de competencia estatal. Se trata de una medida que pretende ir más allá de los mínimos regulados en el Reglamento Europeo 1371/2007 sobre los derechos y obligaciones de los viajeros de ferrocarril.

Finalmente, se prevé que la entidad pública empresarial RENFE-Operadora pueda abonar, en los términos y supuestos que procedan, cantidades por encima de las procedentes por seguro obligatorio de viajeros, o anticipadas a cuenta en concepto de responsabilidad civil por la entidad aseguradora, que resulten necesarias para atender a las necesidades económicas inmediatas de las personas con derecho a indemnización.

**[Portugal]****Estratégia Nacional para o Mar 2013-2020**

*Comunicado do Conselho de Ministros de 23 de janeiro de 2014*

O Conselho de Ministros adotou a Estratégia Nacional para o Mar 2013-2020 («ENM 2013-2020»), em Conselho de Ministros de 23 de janeiro de 2014.

A ENM 2013-2014 identifica quatro pilares para o mar de Portugal (território de referência; geografia; dimensão; e entidade marítima) e estabelece um modelo de desenvolvimento, designado «Crescimento Azul». Nessa sede, são identificados os desafios do modelo de desenvolvimento (administração; cultura e comunicação; educação, ciência e tecnologia; e afirmação e cooperação internacional), bem como os domínios de intervenção (recursos vivos; não vivos; e outros usos e atividades).

A ENM 2013-2020 é pautada por cinco objetivos (em síntese: (i) recuperação da identidade marítima nacional; (ii) concretização do potencial económico, geoestratégico e geopolítico do território marítimo nacional; (iii) criação de condições para atrair investimento, nacional e internacional, em todos os setores da economia do mar, aumentando a contribuição direta do sector mar para o PIB em 50%, até 2020; (iv) reforço da capacidade científica e tecnológica nacional; (v) consagração de Portugal, a nível global, como nação marítima) e por princípios orientadores, a serem executados mediante um plano de ação, suscetível de atualização permanente.

A ENM 2013-2020 aborda ainda os meios (humanos, financeiros, materiais e de informação) a si afetos, bem como os procedimentos para a sua monitorização, avaliação e revisão.

**Plano Estratégico dos Transportes e Infraestruturas 2014-2020**

*Comunicado do Conselho de Ministros de 3 de abril de 2014*

O Conselho de Ministros de 3 de abril de 2014 aprovou o Plano Estratégico dos Transportes e Infraestruturas para o horizonte 2014-2020 («PETI3+»), que incide sobre os sectores ferroviário, marítimo-portuário, rodoviário e aeroportuário-logístico, bem como sobre os transportes públicos de passageiros.

O PETI3+ apresenta-se como o precursor de uma segunda fase de reformas estruturais no sector dos transportes e infraestruturas, que surge na sequência do Plano Estratégico dos Transportes - Mobilidade Sustentável para o horizonte 2011-2015 («PET») e no termo do Programa de Assistência Económica e Financeira.

Os objetivos estratégicos do PETI3+ reportam-se à competitividade e desenvolvimento sustentável da economia, à coesão social e territorial, à mobilidade e acessibilidade de pessoas e bens, bem como à comportabilidade financeira para os contribuintes.

Entre outros vetores, o PETI3+ elenca os investimentos prioritários para o período 2014-2020, estabelece metas para o horizonte 2014-2020, avalia os principais riscos que poderão afetar o PETI3+ e prevê medidas para as diferentes modalidades de transportes que integram o sector. Destacam-se, a título de exemplo, o plano estratégico da ANA, a fusão EP-Refer, a privatização da CP carga, a renegociação dos contratos dos terminais portuários, a concessão da Marina do Tejo (Docas Pedrouços e Bom Sucesso) e a privatização da TAP.

#### **Bases da Política de Ordenamento e Gestão do Espaço Marítimo Nacional**

##### *Lei n.º 17/2014, de 10 de abril (DR 71 1.ª série de 10 de abril de 2014)*

A Lei n.º 17/2014, de 10 de abril («Lei 17/2014»), estabelece as bases da política de ordenamento e de gestão do espaço marítimo nacional.

Neste propósito, a Lei 17/2014 delimita o espaço marítimo nacional e as áreas geográficas que este integra, estabelece os princípios aos quais o ordenamento e a gestão do espaço marítimo devem obedecer, fixa objetivos para o ordenamento e gestão do espaço marítimo nacional e atribui competência ao Governo para a prosseguir as atividades necessárias à aplicação da Lei 17/2004.

Nos termos da Lei 17/2014, o sistema de ordenamento e gestão do espaço marítimo nacional compreende (i) instrumentos estratégicos (como a Estratégia Nacional para o Mar) e (ii) instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional. Entre estes últimos, distinguem-se, por um lado, os planos de situação de certas áreas e/ou de volumes das zonas do espaço marítimo nacional e, por outro lado, os planos de afetação das referidas áreas ou volumes a diferentes usos e atividades. Entre outras regras, a Lei 17/2014 contém normas quanto à elaboração, aprovação, alteração, revisão e suspensão dos instrumentos do ordenamento do espaço marítimo nacional.

A Lei 17/2014 incide também sobre a utilização do espaço marítimo nacional. Nesta sede, a Lei 17/2014 afirma que o espaço marítimo nacional é de uso e fruição comum, admitindo-se porém a utilização privativa. Neste contexto, a Lei 17/2014 faz referência aos títulos de utilização privativa e às concessões, licenças e autorizações, entre outros aspetos do regime.

Finalmente, a Lei 17/2014 prevê as formas de financiamento das políticas públicas de ordenamento e gestão do espaço marítimo nacional, a necessidade de articulação e compatibilização com outros instrumentos de ordenamento e planeamento e a disponibilização pública de informação.

A Lei 17/2014 entrou em vigor a 11 de abril de 2014. Nos seus termos, a seguinte legislação complementar deverá ser aprovada no prazo de 6 meses após a publicação da Lei 17/2014: (i) instrumentos de acompanhamento permanente e de avaliação técnica do ordenamento do espaço marítimo nacional; (ii) regime jurídico aplicável à elaboração, alteração, revisão e suspensão dos instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional; (iii) regime jurídico aplicável aos títulos de utilização privativa do espaço marítimo nacional e o regime económico e financeiro associado à utilização privativa do espaço marítimo nacional; e (iv) A regulamentação dos meios de financiamento das políticas de ordenamento e de gestão do espaço marítimo nacional.

Até à entrada em vigor da referida legislação complementar, a utilização do espaço marítimo nacional continuará a reger-se pelas disposições normativas ora em vigor, sendo que os títulos de utilização emitidos ao abrigo de legislação anterior se mantêm em vigor.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

#### Marítimo. Reglas de La Haya-Visby

##### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2013*

El supuesto en cuestión trae causa de un contrato de compraventa de trigo con transporte desde el puerto de Tonnay Chavente (Francia) al de las Palmas de Gran Canaria. El transporte fue contratado por la vendedora con la porteadora directamente y, en virtud del contrato de compraventa, los riesgos se transmitieron al comprador con la carga de la mercancía a bordo. El conocimiento de embarque fue emitido «*clean on board*». Sin embargo, en el momento de la descarga se verificó que faltaba la cantidad de 117.454 kg de trigo. En consecuencia, la compradora demandó al transportista reclamando los daños sufridos por la mercancía vendida sobre la base del incumplimiento del contrato de transporte.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda con fundamento en la falta de prueba por el comprador de la desaparición de la mercancía. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial entendió que, al ser el vendedor quien contrató el transporte marítimo, el comprador era un tercero de buena fe protegido por el artículo 3.4 de las Reglas de la Haya-Visby (en su redacción dada por el Protocolo de 23 de febrero de 1968). En virtud del mencionado artículo 3.4, el conocimiento de embarque establece la presunción, salvo prueba en contrario, de la recepción de la mercancía por el porteador en la forma que aparezca descrita en él. Sin embargo, no se admitirá prueba en contrario cuando el conocimiento de embarque se haya transmitido a un tercero de buena fe. La Audiencia Provincial apreció en el presente caso que el comprador es un tercero de buena fe protegido por el mencionado artículo 3.4 y, en consecuencia, revocó la sentencia.

La Sala del Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial y, *ex* artículo 3.4 de las Reglas de La Haya-Visby, resuelve que no cabe prueba en contrario cuando el conocimiento de embarque se haya transmitido a un tercero de buena fe, en este caso, el comprador de las mercancías objeto de transporte y tercero del contrato de transporte.

#### Marítimo. Protesta del artículo 366 del Código de Comercio

##### *Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 18 de marzo de 2014*

La relevancia de la citada resolución judicial reside en la estimación, sobre la base del examen —como explicaremos, no reduccionista— de la formalización de la protesta, ante la solicitud de reparación de daños sufridos por un vehículo en el transporte marítimo entre Alcudia y Ciudadela.

La reclamación de abonar el importe de los daños sufridos por el vehículo se realiza al amparo del antiguo artículo 363 del Código de Comercio (modificado por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías), el cual imponía al porteador la obligación de entregar la mercancía en el estado en el que se encontraba al tiempo de recibirla. El artículo 952 del Código de Comercio somete al plazo prescriptivo de un año el ejercicio de acciones derivadas del contrato de transporte marítimo subordinándolo al inexcusable requisito de formalización de la protesta o reserva que establece el artículo 366 del mismo cuerpo legal. En el presente caso, para apreciar la equivalencia de la conducta del propietario a la protesta, la Audiencia Provincial tiene en cuenta (i) la previa solicitud de examen del vehículo por dos trabajadores del buque a instancias del interesado, no apreciando éstos ningún daño ni advirtiéndole de la conveniencia de formular protesta formal y (ii) la iniciativa del propietario del vehículo de llevarlo a un taller el día hábil siguiente a que se produjeran los daños y, una vez confirmados, reclamar ese mismo día al transportista. Señala la Audiencia Provincial «*una cosa es que la protesta o la reserva tempestiva condicionen la admisibilidad del ejercicio de las acciones contra el porteador y otra distinta que, en aplicación de un concepto lógico de la identidad, no pueden entenderse formuladas por medio de actos esencialmente distintos, pero funcionalmente equivalentes*».

En consecuencia, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca la sentencia recaída en primera instancia.

### Transporte aéreo. Cláusula abusiva

#### *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao de 26 de noviembre de 2013*

La presente resolución considera abusiva la cláusula por la cual una compañía aérea se reserva la potestad de cancelar el viaje de vuelta por no haber utilizado el de ida.

El Juzgado entiende que resulta de aplicación el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación al ser una cláusula no negociada individualmente con el viajero, y dispuesta por la compañía para una pluralidad de contratos. Asimismo, al ser el demandante un consumidor, se considera dicha cláusula nula por abusiva en virtud del artículo 8.2 del Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias al cumplirse los requisitos del artículo 82.1 del mismo texto legal. Aprecia el Juzgado que «*se trata de una cláusula desproporcionada que no prevé ninguna compensación para el viajero y, contraria a las exigencias de la buena fe, en la idea de que busca o persigue un beneficio ulterior de la compañía consistente en poder disponer del viaje de vuelta, a pesar de haber cobrado todo el precio fijado contractualmente*».

La sentencia condena a la aerolínea a abonar la cantidad de 250 euros en concepto de indemnización por denegación de embarque de acuerdo con el artículo 71.b) en relación con el artículo 4.3 del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

## MEDIO AMBIENTE\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

### Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente

*Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DOUE L 124, de 25 de abril de 2014)*

Esta norma modifica la Directiva 2011/92/UE con el objetivo declarado de reforzar la calidad del procedimiento de evaluación de impacto ambiental («EIA»), asegurando la coherencia y el aprovechamiento de sinergias con otras normativas de la Unión.

La Directiva 2014/52/UE actualiza el concepto y el procedimiento para realizar una EIA. Se introducen novedades importantes en la regulación sobre la información que debe incluir el informe que el promotor está obligado a entregar a las autoridades competentes, así como en el contenido de la opinión que deben emitir las autoridades competentes sobre dicho informe. También se regula el régimen de consultas que han de realizar los Estados miembros en relación con los efectos transfronterizos de un proyecto y las medidas que han de preverse para reducir o eliminar dichos efectos. Finalmente, la Directiva 2014/52/UE establece nuevas obligaciones de comunicación para los Estados miembros.

La Directiva debe ser traspuesta a más tardar el 16 de mayo de 2017.

\* Esta sección ha sido coordinada por Daniel Vázquez García, y en su elaboración han participado Jesús Andrés Sedano Lorenzo, Miriam Bardín Achón, Alejandro Pizarroso Ceruti, Helder Frias, Joana Torres Ereio, Joana Mota, Maria Goreti Rebêlo y Miguel Stokes, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje (Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente) de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

**[España]****Residuos**

*Resolución de 20 de diciembre de 2013 por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de diciembre de 2013, por el que se aprueba el Programa Estatal de Prevención de Residuos 2014-2020 (BOE de 23 de enero de 2014)*

Dentro del marco de la «Hoja de Ruta para avanzar hacia una Europa Eficiente en el uso de los recursos» de la Estrategia Europea 2020, y con el objetivo de reforzar el uso eficiente de los recursos, se aprobó la Directiva Marco de Residuos, que obligaba a los Estados miembros a aprobar sus respectivos programas de prevención de residuos antes del 12 de diciembre de 2013.

En España, el Programa Estatal de Prevención de Residuos 2014-2020 establece como objetivo la reducción de un 10% de los residuos generados en 2020 respecto a los generados en 2010. Para conseguirlo se diseñan cuatro líneas estratégicas: (i) prevención, (ii) reutilización y alargamiento de la vida útil, (iii) minimización del contenido de sustancias nocivas y (iv) reducción de los impactos nocivos de los residuos. El Programa pretende involucrar en la consecución de estos objetivos tanto a los fabricantes y distribuidores, como a los consumidores finales.

**Combustible nuclear gastado y residuos radiactivos**

*Real Decreto 102/2014, de 21 de febrero, para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y los residuos radiactivos (BOE de 8 de marzo de 2014)*

El Real Decreto 102/2014 transpone la Directiva 2011/70/Euratom del Consejo, de 19 de julio de 2011, por la que se establece un marco comunitario para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y de los residuos radioactivos. Deroga el Real Decreto 1349/2003, de 31 de octubre, sobre ordenación de las actividades de la «Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S.A.» (ENRESA) y su financiación, dictado en desarrollo de la Ley 25/1964, de 29 abril, sobre energía nuclear.

El Real Decreto 102/2014 actualiza la anterior normativa, sobre todo en materia de principios rectores. Trata de compatibilizar la atribución de la responsabilidad principal o primera respecto del combustible nuclear gastado y los residuos radioactivos de quien los genera o es titular de la correspondiente autorización, con la responsabilidad última que corresponde al Estado y que se concreta, esencialmente, en la calificación de la gestión como servicio público esencial reservado al Estado.

El Real Decreto 102/2014 modifica el Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, y el Real Decreto 243/2009, de 27 de febrero. Merece destacarse la modificación del Real Decreto 1836/1999. Mediante esta modificación se incorpora una nueva autorización de desmantelamiento y cierre para las instalaciones de almacenamiento definitivo de combustible nuclear gastado y residuos radiactivo.

**Gases de efecto invernadero**

*Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, por el que se crea el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono (BOE de 29 de marzo de 2014)*

El Real Decreto 163/2014 tiene por objeto la creación del registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono. La creación de dicho registro debe contribuir a la reducción a nivel nacional de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), a incrementar las absorciones por los sumideros de carbono en el territorio nacional y a facilitar de esta manera el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España en materia de cambio climático.

Son inscribibles en el registro de huella de carbono: (i) las huellas de carbono de las organizaciones y los compromisos de reducción de las emisiones de GEI, (ii) las absorciones de CO<sub>2</sub> generadas en territorio nacional en proyectos de actividades relacionadas con el uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura que supongan el aumento del carbono almacenado, y (iii) las compensaciones de huella de carbono.



**GEI: nuevos entrantes** *Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de abril de 2014, por el que se aprueba la asignación individual de nuevos entrantes para el periodo 2013-2020*

El Consejo de Ministros ha aprobado, a propuesta de los Ministerios de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente; de Industria, Energía y Turismo; y de Economía y Competitividad, la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones que constituyen el primer conjunto de nuevos entrantes del período 2013-2020.

El acuerdo afecta a un total de trece instalaciones, de las que nueve corresponden a ampliaciones de instalaciones existentes y cuatro a nuevas instalaciones.

**Asturias. Suelos contaminados** *Resolución de 20 de marzo de 2014, de la Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, por la que se establecen los Niveles Genéricos de Referencia para metales pesados en Suelos del Principado de Asturias (BOPA de 21 de abril de 2014)*

Mediante esta Resolución se establecen los Niveles Genéricos de Referencia (NGR) en el territorio del Principado de Asturias para metales pesados, que sirven de parámetro básico para determinar los suelos que requieren una valoración de riesgos, para que de acuerdo con la dicha valoración se proceda, en su caso, a su declaración como suelos contaminados.

**Cataluña. Normas ambientales** *Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público (DOGC de 30 de enero de 2014)*

Algunas de las numerosas modificaciones normativas introducidas por esta Ley afectan a normas ambientales. Así, se incluye la propuesta de un nuevo instrumento de fijación definitiva de los límites de los espacios del Plan de Espacios de Interés Natural y se incorporan nuevas tecnologías de iluminación y protección del medio nocturno, con los diodos emisores de luz y otras lámparas de haluros cerámicos.

Esta Ley también introduce modificaciones en la prevención y el control ambiental de las actividades, principalmente orientadas a la simplificación de los procedimientos administrativos y de la evaluación ambiental de planes y programas. Asimismo se introducen cambios en la regulación de los residuos y la ordenación de aguas con el fin de incorporar el principio de recuperación de costes de dichos servicios. Adicionalmente, esta Ley incorpora modificaciones en el canon del agua y crea el canon sobre deposición controlada de residuos industriales.

**La Rioja. Zonas especiales de conservación** *Decreto 9/2014, de 21 de febrero, por el que se declaran las zonas especiales de conservación de la Red Natura 2000 en la Comunidad Autónoma de La Rioja y se aprueban sus planes de gestión y ordenación de los recursos naturales (BOR de 24 de febrero de 2014)*

Mediante este Decreto se declaran como Zonas Especiales de Conservación (ZEC) los seis Lugares de Importancia Comunitaria designados en la Comunidad Autónoma de La Rioja. Asimismo, se aprueban sus correspondientes Planes de Gestión que se han elaborado siguiendo las determinaciones recogidas en las Directrices de Conservación de la Red Natura 2000 en España, aprobadas mediante Resolución de 2 de septiembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Cambio Climático, por la que se publican los Acuerdos de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente en materia de patrimonio natural y biodiversidad.

## [Portugal]

**Resíduos de Construção e Demolição. Proteção do Ambiente. Saúde Humana**

*Portaria n.º 40/2014, de 17 de fevereiro (DR 33, SÉRIE I, de 17 de fevereiro de 2014)*

A Portaria n.º 40/2014, de 17 de fevereiro, estabelece as normas para a correta remoção dos materiais contendo amianto e para o acondicionamento, transporte e gestão dos respetivos resíduos de construção e demolição gerados, tendo em vista a proteção do ambiente e da saúde humana.



O presente diploma é aplicável às atividades que envolvam manuseamento de materiais contendo amianto (MCA) e a gestão dos respetivos resíduos de construção e demolição contendo amianto (RCDA), no âmbito das quais se possa verificar exposição a esses materiais ou resíduos, nomeadamente (i) demolição de construções em que exista amianto ou materiais que contêm amianto, (ii) derrocada de edificações em que exista amianto ou materiais que contêm amianto, (iii) remoção do amianto ou de materiais que contêm amianto de instalações, de estruturas e de edifícios, (iv) no transporte, tratamento e eliminação de RCDA e (v) na deposição de resíduos em aterros autorizados para RCDA.

### Avaliação de Impacto Ambiental

*Decreto-Lei n.º 47/2014, de 24 de março (DR 58, SÉRIE I, de 24 de março de 2014)*

Através do Decreto-Lei n.º 47/2014, de 24 de março, procede-se à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro, que estabelece o regime jurídico de avaliação de impacte ambiental (AIA) dos projetos públicos e privados suscetíveis de produzirem efeitos significativos no ambiente transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2011/92/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente.

Este diploma visa clarificar a aplicabilidade das regras de competência previstas nos artigos 19.º e 21.º, aos projetos e aos procedimentos de AIA que se encontrem em curso à data da entrada em vigor do referido Decreto-Lei, bem como, aos que já disponham de declaração de impacte ambiental (DIA) emitida nessa data, e ainda, clarificar que se pretende aplicar as regras de competência previstas nos artigos 24.º, 25.º, 26.º e 27.º, bem como o disposto no artigo 23.º, aos projetos que já disponham, à data da entrada em vigor do referido Decreto -Lei n.º 151 -B/2013, de 31 de outubro, de DIA emitida, bem como aos procedimentos de avaliação que se encontrem em curso nessa data.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### El concepto de «autoridad pública» en el Derecho de la Unión Europea a los efectos del acceso del público a la información medioambiental

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2013, Fish Legal c. Information Commissioner (as.C-279/12)*

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal británico sobre la interpretación del concepto de «autoridad pública», previsto en el artículo 2.2 de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental. Según este precepto, son «autoridades públicas» obligadas a proporcionar información medioambiental, además de las entidades que formen parte de la Administración pública (artículo 2.2.a), «las personas físicas o jurídicas que ejercen, en virtud del Derecho interno, funciones administrativas públicas, en particular tareas, actividades o servicios específicos relacionados con el medio ambiente» (artículo 2.2.b); y «cualquier otra persona física o jurídica que asuma responsabilidades o funciones públicas o preste servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de una entidad o de una persona comprendida dentro de las categorías mencionadas en las letras a) o b)» (artículo 2.2.c).

La cuestión surge en un contexto en el que en Inglaterra han sido privatizados los servicios de suministro y saneamiento de agua. Estos servicios son ahora prestados por sociedades mercantiles privadas que ostentan una licencia especial, en virtud de la cual adquieren obligaciones y facultades legales. Cada empresa recibe una zona especial del territorio en la que presta sus servicios. Entre las facultades de las empresas se encuentra la posibilidad de expropiar, de adoptar determinados reglamentos administrativos o de imponer prohibiciones temporales de riego. Las empresas se encuentran sometidas a un régimen regulatorio supervisado por una autoridad administrativa.

En el litigio principal, una entidad sin ánimo de lucro y una persona física habían solicitado información medioambiental a varias empresas de suministro y saneamiento de agua. La solici-

tud fue rechazada. En consecuencia, los solicitantes formularon una reclamación en vía administrativa que fue igualmente desestimada, con el argumento de que las empresas prestatarias del servicio de suministro o saneamiento de agua no son autoridades públicas en ninguno de los sentidos del artículo 2.2 de la Directiva.

El tribunal británico formuló varias cuestiones relativas a cuándo cabe entender que una entidad ejerce «*en virtud del Derecho interno, funciones administrativas públicas*»; cuándo se encuentra «*bajo la autoridad de una entidad o de una persona comprendida dentro de las categorías mencionadas en las letras a) o b)*»; y si ha de entregar toda la información medioambiental de que disponga, o únicamente aquella relativa a los servicios relacionados con el medio ambiente.

El TJUE señala en su sentencia que la expresión «*en virtud del Derecho interno*» del artículo 2.2.b) de la Directiva no implica una remisión al Derecho nacional de qué han de considerarse funciones administrativas públicas, sino que solo indica que las funciones administrativas se ejercen por atribución de la legislación nacional. A fin de evaluar si una entidad ejerce funciones administrativas públicas debe tenerse en cuenta si dispone de potestades exorbitantes para la prestación de un servicio de interés general relacionado con el medio ambiente. A la vista de los hechos del litigio principal, el TJUE señala que el tribunal británico deberá evaluar si cabe considerar que las facultades legales otorgadas a las empresas del sector del agua son exorbitantes.

En cuanto al artículo 2.2.c), el TJUE advierte que la situación de control a la que ha de estar sometida una entidad para ser considerada autoridad pública debe ser tal que la autoridad pública controladora ha de tener una influencia decisiva en la acción de la entidad, en materias relativas al medio ambiente. A este respecto, el sometimiento a un régimen regulatorio puede ser suficiente para entender que existe esta clase de control, siempre que la empresa no esté en condiciones de determinar su gestión corriente. Esta valoración le corresponde al tribunal nacional.

Finalmente, el TJUE señala que las entidades que sean autoridades públicas en virtud del artículo 2.2.b) de la Directiva están obligadas a entregar cualquier información medioambiental que obre en su poder. Sin embargo, las entidades que sean autoridades públicas en virtud del artículo 2.2.c) de la Directiva, en la medida en que solo son autoridades públicas cuando prestan servicios públicos en el ámbito medioambiental, sólo deben hacerlo respecto de la información relacionada con esos servicios.

**Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona. La actividad ineficaz de la Administración equivale a inactividad, así las sanciones económicas impuestas al causante del ruido no agotan la responsabilidad de la Administración local**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2013 (recurso de apelación n.º 402/2013)*

Esta sentencia trae causa del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Tortosa (Tarragona), contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Tarragona de 25 de abril de 2013. La sentencia de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona contra la inactividad del Ayuntamiento de Tortosa al considerar que su falta de actuación vulneró los derechos a la integridad física y la inviolabilidad del domicilio de la actora.

Recuerda la Sala el criterio sostenido repetidamente por el TEDH (Casos Powell y Rayner vs. Reino Unido; López Ostra vs. España, Guerra vs. Italia; Hatton y otros vs. Reino Unido) y el Tribunal Constitucional en la STC 16/2004, de 23 de febrero, en torno a los perjuicios provocados por el ruido y su incidencia sobre los derechos fundamentales.

Ante la alegación del Ayuntamiento de que su conducta fue activa, la Sala, apoyándose en el escrito del Ministerio Fiscal, arguye citando la sentencia de instancia que la «*actividad ineficaz equivale a inactividad*», pues la Administración local no desplegó la actividad necesaria para realizar mediciones acústicas fiables cuando rechazó hasta en dos ocasiones las mediciones realizadas por la Policía Municipal, a pesar de las numerosas denuncias de la actora.

La Sala considera que las repetidas sanciones económicas de escasa cuantía impuestas al causante de las inmisiones tampoco fueron efectivas. Concluye que las sanciones económicas no agotan la responsabilidad de la Administración local ante un problema como el detectado, «*sino que es su obligación solucionar el mismo ordenando las medidas necesarias para el cese de las inmisiones sonoras*».

Por lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso del Ayuntamiento de Tortosa y confirma la sentencia dictada en primera instancia.

**El concepto legal de «primer acto preparatorio formal» en el ámbito de la evaluación ambiental estratégica es aquel en que se produce formalmente la expresión de la voluntad de el plan o programa y se movilizan los correspondientes recursos económicos y técnicos**

*Sentencia de 20 de enero de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Recurso de Casación n.º 3651/2011)*

En esta sentencia, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación formulado por el Ayuntamiento de Arrecife frente a la sentencia de 27 de mayo de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que anuló el Plan Especial del Puerto de Arrecife por no haber sido sometido a evaluación ambiental estratégica (EAE).

El litigio se centra en la correcta interpretación de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Según esta disposición, la obligación de sometimiento a EAE se aplica a los planes y programas «cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004»; la expresión «primer acto preparatorio formal» se define como «el documento oficial de una Administración pública competente que manifieste la intención de promover la elaboración del contenido de un plan o programa y movilice para ello recursos económicos y técnicos que hagan posible su presentación para su aprobación».

En primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia identificó el primer acto preparatorio formal con el acuerdo municipal de aprobación inicial del plan, adoptado en fecha 25 de julio de 2005. Por ello, en opinión de la Sala *a quo*, el plan debía haber sido sometido a EAE.

En casación, sin embargo, el Tribunal Supremo explica que «ese criterio no es correcto», porque el enunciado de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2006 no se refiere al acuerdo inicial de aprobación de una norma, sino que «alude a un momento anterior, aquél en que se produce formalmente la expresión de la voluntad de elaborar el Plan o Programa y se movilizan los correspondientes recursos económicos y técnicos, que, lógicamente es previo al inicio de la tramitación y al momento de la aprobación inicial. Por lo general, puede asimilarse al momento del encargo de la formulación del documento».

En el caso concreto, el Tribunal Supremo identifica ese primer acto preparatorio formal con el convenio de colaboración suscrito el 1 de julio de 2004 entre la Autoridad Portuaria y el Ayuntamiento de Arrecife, para la redacción del plan. En consecuencia, el Tribunal Supremo considera que el Plan Especial del Puerto de Arrecife no tenía que haberse sometido a EAE y el Alto Tribunal revoca la sentencia de instancia.

## MERCANTIL \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

— *Reglamento de Ejecución (UE) 1423/2013 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2013, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que se refiere a la publicación de los requisitos de los fondos propios de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 31 de diciembre de 2013)*

— *Reglamento Delegado (UE) 183/2014 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2013, por el que se completa el Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de especificación para regular el cálculo de los ajustes por riesgo de crédito específico y por riesgo de crédito general (DOUE de 27 de febrero de 2014)*

— *Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) 1093/2010 (DOUE de 28 de febrero de 2014)*

— *Decisión del Banco Central Europeo, de 4 de febrero de 2014, por la que se enumeran las entidades de crédito sujetas a evaluación global (BCE/2014/3) (2014/123/UE) (DOUE de 8 de marzo de 2014)*

— *Recomendación de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE) (DOUE de 14 de marzo de 2014)*

— *Reglamento Delegado (UE) 241/2014 de la Comisión, de 7 de enero de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación aplicables a los requisitos de fondos propios de las entidades (DOUE de 14 de marzo de 2014)*

— *Reglamento (UE) 248/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que modifica el Reglamento (UE) 260/2012 por lo que respecta a la migración de transferencias y adeudos domiciliados comunes a toda la Unión (DOUE de 20 de marzo de 2014)*

— *Reglamento Delegado (UE) 342/2014 de la Comisión, de 21 de enero de 2014, que completa la Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el (UE) N.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la aplicación de los métodos de cálculo de los requisitos de adecuación del capital aplicables a los conglomerados financieros (DOUE de 3 de abril de 2014)*

— *Reglamento Delegado (UE) 382/2014, de 7 de marzo de 2014, por el que se complementa la Directiva 2003/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en materia de publicación de suplementos del folleto (DOUE de 15 de abril de 2014)*

#### [España]

##### Mercado de Valores

— *Orden ECC/2515/2013, de 26 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 86.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE de 10 de enero de 2014)*

\* Esta sección ha sido elaborada por Javier Tortuero, Clara Muñoz, Leonor de Osma, Helder Frias, Joana Torres Ereio, Joana Mota, Maria Goreti Rebêlo y Miguel Stokes, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

— Resolución de 12 de marzo de 2014, 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 2 de abril de 2014)

— Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión (BOE de 3 de abril de 2014)

#### Bancario

— Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (BOE de 28 de diciembre de 2013)

— Resolución de 15 de enero de 2014, del Banco de España, por la que se publica la relación de participantes directos en TARGET2-Banco de España (BOE de 24 de enero de 2014)

— Circular 1/2014, de 31 de enero, del Banco de España, a entidades de crédito, por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE de 5 de febrero de 2014)

— Circular 2/2014, de 31 de enero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias contenidas en el Reglamento (UE) 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 (BOE de 5 de febrero de 2014)

— Orden ECC/243/2014, de 20 de febrero, por la que se adoptan exenciones de aplicación hasta el 1 de febrero de 2016 sobre determinados requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros (BOE de 22 de febrero de 2014)

— Resolución de 1 de abril de 2014, del Banco de España, por la que se publica la relación de participantes directos en TARGET2 – Banco de España (BOE de 12 de abril de 2014)

— Ley 8/2014, de 22 de abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española (BOE de 23 de abril de 2014)

#### Concursal

— Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE de 8 de marzo de 2014)

#### Otras materias

— Resolución de 30 de diciembre de 2013, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2014 (BOE de 31 de diciembre de 2013)

— Resolución de 20 de diciembre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la modificación de la Norma de Control de Calidad Interno de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría (BOE de 23 de enero de 2014)

— Ley 3/2014, de 27 de marzo, 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 (BOE de 28 de marzo de 2014)

— Resolución de 20 de marzo de 2014, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre auditoría de un solo estado financiero, resultado de la adaptación de la Norma Internacional de Auditoría 805, para su aplicación en España (NIA-ES 805) (BOE de 3 de abril de 2014)

— Resolución de 20 de marzo de 2014, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre relación entre auditores (BOE de 3 de abril de 2014)

#### Andalucía

— Orden de 20 de diciembre de 2013, por la que se modifican los anexos del Decreto 322/2011, de 18 de octubre por el que se crea y regula el Registro administrativo especial de mediadores de

*seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como las obligaciones contables y el deber de información de las personas y entidades mediadoras de seguros y corredoras de reaseguros inscritas (BOJA de 21 de enero de 2014)*

- Cataluña** — *Decreto 36/2014, de 18 de marzo, por el que se modifica el artículo 1 del Decreto 101/2009 de 23 de junio, por el que se regulan los servicios de compensación y liquidación de valores situados en Cataluña (DOGC de 20 de marzo de 2014)*
- *Ley 4/2014, de 4 de abril, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito (DOGC de 9 de abril de 2014)*
- *Decreto 49/2014, de 8 de abril, por el que se modifica el Decreto 280/2003, de 4 de noviembre, de regulación del funcionamiento de las secciones de las cooperativas (DOGC de 10 de abril de 2014)*
- Extremadura** — *Decreto 241/2013, de 23 de diciembre, de mejora de la competitividad del pequeño comercio minorista de Extremadura, apoyo a la creación y promoción de franquicias y primera convocatoria de las ayudas para el ejercicio 2014 (DOE de 2 de enero de 2014)*
- Galicia** — *Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia (DOG de 27 de diciembre de 2013)*
- *Orden de 25 de marzo de 2014 sobre los libros-registro y el deber de información de los mediadores de seguros y reaseguros privados en la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG de 4 de abril de 2014)*
- Navarra** — *Ley foral 6/2014, de 14 de abril, del Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito (BON de 28 de abril de 2014)*
- País Vasco** — *Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se desarrolla el programa de apoyo financiero a pequeñas y medianas empresas, personas empresarias individuales y profesionales autónomas para el año 2014 (BOPV de 7 de febrero de 2014)*
- *Orden de 19 de marzo de 2014, de la Consejera de Desarrollo Económico y Competitividad, por la que se desarrolla el programa Global Lehian de apoyo a la internacionalización de pymes individuales y en cooperación (BOPV de 1 de abril de 2014)*

## [Portugal]

### Defesa do Consumidor. Contratos de Consumo Celebrados no Estabelecimento Comercial

*Decreto-Lei n.º 24/2014 (DR 32 série I de 2014-02-14)*

O Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, vem transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva n.º 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, e vem revogar o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, que aprovou o regime de proteção dos consumidores nos contratos à distância, estabelecendo o novo regime jurídico aplicável aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial.

Para além de estabelecer o regime jurídico aplicável aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (fazendo-se a distinção entre estas duas modalidades de venda à semelhança do que acontecia na legislação que agora foi revogada (sendo que os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial se inseriam na categoria geral de contratos ao domicílio e equiparados), o Decreto-Lei n.º 24/2014 regula outras modalidades de venda fora do estabelecimento comercial, designadamente a venda automática, e as vendas especiais esporádicas, ficando de fora do âmbito de aplicação desta lei várias outras modalidades contratuais, designadamente: (i) contratos relativos a serviços financeiros; (ii) con-

tratos relativos à construção, à reconversão substancial, à compra e venda ou a outros direitos respeitantes a imóveis, incluindo o arrendamento; (iii) contratos relativos a serviços sociais; (iv) cuidados relativos a serviços de cuidados de saúde; (v) contratos relativos a serviços prestados no âmbito do regime jurídico de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo. (vi) contratos de serviços de transporte de passageiros (com exceção dos requisitos de forma, quando configurem contratos celebrados à distância).

Este diploma proíbe ainda, à semelhança do regime anterior, determinadas práticas, tais como as vendas ligadas (subordinação da venda de um bem ou da prestação de um serviço à aquisição pelo consumidor de outro bem ou serviço) e o fornecimento de bens não solicitados.

No âmbito das regras aplicáveis, e em comparação com a legislação anteriormente aplicável sobre a matéria, amplia-se o conteúdo da informação a disponibilizar ao consumidor antes de este se vincular ao contrato, bem como a forma como estas informações devem ser prestadas. Por outro lado, impõem-se requisitos de forma para garantir o cumprimento da obrigação de transmissão da informação pré-contratual ao consumidor a que o fornecedor de bens ou prestador de serviços está obrigado.

Prevê-se ainda que os contratos celebrados à distância estão sujeitos a confirmação do fornecedor de bens ou prestador de serviços, no prazo de cinco dias contados dessa celebração e, o mais tardar, no momento da entrega do bem ou antes do início da prestação do serviço. Esta confirmação realiza-se com a entrega ao consumidor das informações pré-contratuais previstas na lei em suporte duradouro. Este dever de confirmação é, porém, dispensado se o fornecedor de bens ou prestador de serviços, antes da celebração do contrato, fornecer ao consumidor as informações pré-contratuais em suporte duradouro.

Por outro lado, é estabelecido um direito, irrenunciável, de livre resolução do contrato, por parte do consumidor, as exceções ao mesmo, bem como os efeitos, o modo de exercício e as obrigações decorrentes para as partes.

Este diploma vem acompanhado por um anexo, que se constitui por uma parte A, o formulário de informação sobre o direito de livre resolução e uma parte B, relativa ao modelo de formulário de livre resolução.

O fornecedor de bens ou prestador de serviços tem o dever de, antes de o consumidor se vincular ao contrato, facultar-lhe, em tempo útil e de forma clara e compreensível, a existência do direito de livre resolução do contrato, respetivo prazo e o procedimento para o exercício do direito com a entrega do formulário de livre resolução.

Por último, determina-se uma proibição absoluta de cláusulas que, direta ou indiretamente excluam ou limitem os direitos dos consumidores previstos no presente diploma, tendo-se por não escritas as cláusulas que estabeleçam a renúncia dos consumidores aos direitos previstos no presente diploma, assim como as que estipulem uma indemnização ou penalização de qualquer tipo no caso de o consumidor exercer aqueles direitos.

A violação das normas presentes no Decreto-Lei n.º 24/2014 constitui a prática de contraordenação, punível com coimas que variam entre €250 e €3.700.00, no caso de pessoas singulares e €1.500.00 e €35.000.00, tratando-se de pessoas coletivas.

De salientar, por fim, que a instrução dos processos de contraordenação decorrentes do incumprimento deste diploma é da competência da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica.

Este diploma legal entrou em vigor em 13 de junho de 2014.

#### **Agências de Viagens e Turismo – Acesso e Exercício da Atividade**

##### ***Decreto-Lei n.º 26/2014 (DR 32 série I de 14-02-2014)***

O Decreto-Lei n.º 26/2014, de 14 de fevereiro, veio proceder à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio, que estabelece o regime de acesso e exercício da atividade das agências de viagens e turismo, reduzindo para 50% (ou seja, para €750), o valor da taxa devida ao Turismo de Portugal, I.P. pela inscrição no registo nacional das agências de viagens e turismo.

Este diploma entrou em vigor no dia 15 de fevereiro de 2014.



**Valores Mobiliários –  
Papel Comercial** *Decreto-Lei n.º 29/2014 (DR 39 série I de 25-02-2014)*

O Decreto-Lei n.º 29/2014, de 25 de fevereiro, veio alterar o Decreto-Lei n.º 69/2004, de 25 de março, que estabelece o regime jurídico dos valores mobiliários representativos de dívida de curto prazo, vulgarmente denominados «papel comercial».

Destaca-se neste diploma a flexibilização dos requisitos (não cumulativos) a observar pelas entidades emittentes de papel comercial.

A este respeito, e em primeiro lugar, eliminou-se o requisito que exigia às emittentes que evidenciassem determinados níveis mínimos de capitais próprios no último balanço aprovado e auditado. Em segundo lugar, aligeiraram-se as regras da garantia a obter pelo emittente a favor dos detentores do papel comercial (a qual deixou de ter de ser uma garantia autónoma à primeira solicitação), tendo passado a estar especificadas as entidades autorizadas a prestar esta garantia. Em terceiro lugar, acrescentaram-se três novos requisitos que, sendo observados (bastando a verificação de um deles), permitem a emissão de papel comercial: (i) tratar-se de entidade emittente de outros valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado; (ii) a entidade emittente apresentar, após a emissão, um rácio de autonomia financeira adequado, nos termos a definir em regulamento da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (exceto se se tratar de instituições de crédito, sociedades financeiras, empresas de seguros e sociedades gestoras de fundos de pensões); e (iii) existir um patrocinador da emissão que detenha em carteira pelo menos 5% da emissão até à sua maturidade.

Estes requisitos não são aplicáveis às emissões de papel comercial (i) cujo valor nominal unitário seja igual ou superior a €50.000.00, ou cuja subscrição seja efetuada exclusivamente em lotes mínimos de valor igual ou superior a €50.000.00; ou (ii) que sejam integralmente subscritas por investidores qualificados.

De entre as alterações adotadas, assinala-se também a introdução da figura do patrocinador da emissão, que, para além de tomar e reter obrigatoriamente em carteira 5% das emissões de papel comercial em que intervenha nessa qualidade, terá como principais funções a criação de mercado e a assistência no cumprimento dos deveres de informação por parte da entidade emittente.

Este diploma estabelece igualmente deveres de divulgação ao mercado de informação precisa e não pública de que a entidade emittente tome conhecimento e que possa afetar de modo previsível e significativo a capacidade de reembolso da emissão e, conseqüentemente, influenciar o preço do papel comercial.

Por fim, e com intuito de introduzir maior certeza na fase de preparação e comparabilidade no processo de análise pelos investidores, o legislador definiu o modelo de nota informativa que deve ser apresentado com cada emissão ou programa de emissão, o qual consta de um anexo a este diploma.

Este diploma entrou em vigor no dia 25 de março de 2014.

**Medidas de Reforço da Solidez Financeira das Instituições de Crédito no Âmbito da Iniciativa para o Reforço da Estabilidade Financeira e da Disponibilização de Liquidez nos Mercados Financeiros** *Lei n.º 1/2014 (DR, 1.ª Série, n.º 11, 16 de janeiro de 2014)*

O presente diploma procede à oitava alteração à Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, que estabelece medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito no âmbito da iniciativa para o reforço da estabilidade financeira e da disponibilização de liquidez nos mercados financeiros («Lei 63-A/2008»). A publicação deste diploma resulta do facto de a Comissão Europeia («CE») ter publicado uma nova comunicação sobre as regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto de crise financeira, com aplicação a partir de 1 de agosto de 2013 (Comunicação 2013/C216/01), a qual veio alterar substancialmente os princípios, regras e orientações da CE aplicáveis a auxílios de Estado a instituições de crédito.

A nível formal, foi alterada a redação da Lei 63-A/2008, adaptando-a à legislação emitida pela União Europeia, e ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente, foram substituídas as designações «comunitárias» por «União Europeia». Foram, também, eli-

minadas as referencias ao rácio *core tier 1*, ficando apenas a referência a rácios de fundos próprios, forma mais genérica adaptável às novas denominações de «Common Equity Tier 1», «Tier 1» e «Total Capital». Verificou-se ainda uma profunda alteração à sua sistematização, com a alteração da redação de grande parte dos capítulos e a adição de novos capítulos.

A nível substantivo, foram aditados critérios relativos à remuneração do investimento público, nomeadamente em relação aos «outros» instrumentos elegíveis para os fundos próprios (artigo n.º 4.º, n.º 2, alínea c)), devendo a remuneração basear-se no grau de subordinação, em caso de liquidação dos instrumentos subscritos pelo Estado e no montante da operação de capitalização a efetuar em relação aos fundos próprios de maior subordinação.

Outra das inovações prende-se com o afastamento do dever de lançamento de oferta pública de aquisição estabelecido no n.º 1 do artigo 187.º do Código dos Valores Mobiliários («CVM»), no caso de uma aquisição de direito de voto resultante da conversão de créditos, sendo no entanto inibidos os direitos de voto que excedam o limite a partir do qual o lançamento seria devido, cessando a inibição com a redução desses direitos abaixo do limite a partir do referido limite ou com o anúncio preliminar de oferta pública de aquisição (alínea a) do n.º 1 do artigo 189.º CVM).

Foi criado um capítulo denominado «Redução da insuficiência de fundos próprios» e aditados os artigos 8.º-A a 8.º-J, em que pelo primeiro se enunciam o enquadramento da atuação das instituições de crédito que pretendam recorrer ao investimento público, recurso esse que deve ser antecedido de medidas destinadas a reduzir a sua insuficiência de fundos próprios, de uma análise aprofundada acerca da qualidade dos ativos da instituição e da apreciação prospetiva da apropriação dos fundos.

No caso de se identificar uma insuficiência de fundos próprios, a instituição de crédito apresentará junto do Banco de Portugal («BdP») um plano de reforço de capitais que deverá identificar: (i) medidas de reforço de capitais, (ii) potenciais medidas de repartição de encargos pelos acionistas e credores e (iii) medidas destinadas a evitar a saída de fundos da instituição de crédito. As medidas de repartição de encargos serão sempre adotadas no âmbito de uma operação de capitalização com recurso a investimento público. De forma a evitar a saída de fundos, será necessária a aprovação, e já não a mera consulta, do membro do Governo responsável pela área das finanças. Para este efeito, constituirão medidas de saída de fundos (i) o pagamento de dividendos, (ii) a aquisição de ações próprias, (iii) recompra ou reembolso antecipado de instrumentos financeiros ou contratos que sejam, ou tenham sido em algum momento, elegíveis para os fundos próprios da instituição, (iv) aquisição de participações sociais e (v) adoção de práticas comerciais agressivas. O plano está sujeito à aprovação do BdP que deverá informar o membro do Governo responsável pela área das finanças e notificar a instituição visada.

Previamente à realização da capitalização deverão ser implementadas medidas de repartição de encargos, tais como (i) a redução do capital social por amortização ou pela redução do valor nominal das ações, (ii) supressão do valor nominal das ações, (iii) aumento de capital por conversão de ações ordinárias ou títulos representativos do capital social ou (iv) redução do valor nominal dos créditos resultantes da titularidade de instrumentos financeiros ou contratos que sejam, ou tenham sido em algum momento, elegíveis para os fundos próprios da instituição. Poderão, todavia, tais medidas ser dispensadas se existir um risco sério e fundamentado de que a sua aplicação possa colocar em causa a estabilidade do sistema financeiro nacional, ou quando não seja justificado à luz do princípio da proporcionalidade e adequação, no caso de se encontrarem cumulativamente reunidos dois requisitos, nomeadamente (i) o valor de a operação de capitalização ser consideravelmente reduzido e (ii) a insuficiência de fundos próprios ter sido significativamente diminuída em resultado das medidas de esforço adotadas.

Não assistirá o direito de preferência na subscrição das ações emitidas em consequência da conversão em ações ordinárias dos créditos resultantes da titularidade de instrumentos financeiros ou contratos supra referidos. Das medidas de repartição de encargos não poderão resultar prejuízos, para os titulares de créditos daqueles instrumentos financeiros ou contratos, superiores aos que resultariam se a instituição de crédito se encontrasse em processo de liquidação.

No caso de as medidas de reforço de capitais, a análise aprofundada da qualidade dos ativos ou a apreciação prospetiva da adequação de fundos próprios da instituição ainda forem insuficientes, deverá ser submetido um plano de reestruturação para aprovação ao membro do Governo responsável pela área das finanças, a elaborar pela instituição de crédito, aprovado previamente em assembleia geral e negociado posteriormente pelo conselho de administração.

A remuneração dos membros dos órgãos de administração, de fiscalização e de direção de topo das instituições beneficiárias do investimento público será restringida, tendo em conta os critérios definidos no Regulamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junho, bem como limitado o pagamento por cessação de funções dos seus colaboradores.

Em casos excecionais, poderá proceder-se à capitalização da instituição de crédito antes da aprovação do plano de reestruturação, se essa for necessária para salvaguardar a estabilidade do sistema financeiro nacional. Esta operação de capitalização excepcional deverá ser precedida de medidas de repartição de encargos. Também, em casos excecionais poderá ser dispensada a apresentação do plano de reestruturação supra referido, se o balanço total da instituição não for superior a €100.000.000, todavia, a capitalização só será realizada se for apresentado um plano de capitalização que deverá respeitar certos princípios, regras e autorizações, sendo assim necessário apresentar determinados elementos, como: (i) os objetivos de reforço de fundos próprios, (ii) informação atualizada da situação patrimonial, (iii) programação estratégica das atividades, (iv) eventuais ajustamentos a introduzir no sistema de governo societário, (v) redução de custos estruturais, (vi) medidas destinadas a responder a eventuais requisitos adicionais decorrentes dos testes de esforço e (vii) termos e condições do desinvestimento público.

Como na versão anterior, a iniciativa de recapitalização poderá partir do BdP, caso a instituição de crédito: (i) não apresente um plano de reforço de capitais ou de recapitalização, (ii) não apresente um plano de reestruturação com recurso a capitais públicos ou (iii) não altere em conformidade com as orientações do BdP ou de outras autoridades europeias um plano de reforço de capitais ou um plano de reestruturação ou recapitalização.

Do incumprimento materialmente relevante de operações de capitalização obrigatória poderá resultar um reforço de poderes do Estado na instituição de crédito, em que poderá o Estado: (i) exercer a totalidade de direitos de voto correspondentes à participação social que detenha na instituição, (ii) nomear ou reforçar o número de membros nos órgãos da instituição, (iii) alienar a sua participação social, (iv) fazer cessar a faculdade de os acionistas da instituição adquirirem as ações do Estado ou (v) reter os montantes distribuíveis a título de dividendos, para efeitos de desinvestimento público.

Foi ainda aditado à Lei 63-A/2008 um regime sancionatório (art.º 25-B), com coimas que variam entre um mínimo de €10.000 a €2.000.000, em caso de: (i) não apresentação atempada e de acordo com as exigências legais de um plano de reforço de capitais ou dos elementos complementares ao plano (ii) incumprimento total ou parcial do plano de reforço de capitais ou do plano, (iii) violação do dever de implementar as medidas necessárias a evitar a saída de fundos, (iv) incumprimento do dever de apresentação de uma análise aprofundada relativa à qualidade dos ativos e de uma apreciação prospetiva da adequação de fundos próprios ou (v) violação do dever de praticar todos os atos necessários à adequada aplicação e execução das medidas de repartição de encargos determinadas.

As alterações ora introduzidas são aplicáveis apenas às novas operações de capitalização com recurso ao investimento público, ficando ressalvadas as operações atualmente em curso, tendo entrado em vigor no dia 17 de janeiro de 2014.

Desta forma, recomenda-se que essas entidades obtenham um código emitido por uma *pre-Local Operating Unit* («LOU») autorizada pelo *LEI Regulatory Oversight Committee* («ROC»). Apesar de não existir uma LOU portuguesa, é possível requerer a emissão de um código pre-LEI a qualquer uma das pre-LOU autorizadas pelo ROC.

Neste contexto, o BdP adotou as seguintes recomendações:

- (i) As instituições de crédito e as empresas de investimento sujeitas ao âmbito de aplicação da Diretiva n.º 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, devem solicitar a emissão de um código pre-LEI a uma pre-LOU autorizada pelo ROC;
- (ii) As instituições de crédito sujeitas ao reporte de informação à EBA no âmbito dos Implementing Technical Standards («ITS») nos termos da legislação aplicável, devem solicitar o código pre-LEI até 31 de março de 2014;
- (iii) As restantes instituições sujeitas ao reporte de informação à EBA nos termos da legislação aplicável devem solicitar o código Pre-LEI até 31 de Dezembro de 2014;
- (iv) No futuro reporte de informação ao BdP, efetuado após as referidas datas e em conformidade com as ITS, as instituições deverão utilizar simultaneamente o código de agente financeiro atribuído pelo BdP e o código pre-LEI.

#### Simplificação e Padronização do Comissionamento de Contas de Depósito à Ordem

##### *Carta-Circular do Banco de Portugal n.º 24/2014/DSC, de 10 de março*

O presente diploma parte da premissa básica de que uma conta de depósito à ordem é o produto bancário chave para a inclusão financeira e que nesse sentido a disponibilização de serviços bancários mínimos deveria ser generalizada.

Da análise das práticas bancárias nacionais e internacionais relativas ao comissionamento de contas de depósito à ordem se conclui que o modelo de comissionamento das referidas contas deveria ser padronizado, de forma mais simples, transparente e adequada ao serviço prestado, que deve estar claramente identificado.

Nessa senda, entende o Banco de Portugal («BdP») não ser adequada a prática comercial de fazer variar o montante da comissão em função de saldos médios em contas de depósito à ordem. Por outro lado entende que a transparência é necessária à comparabilidade entre produtos oferecidos pelas instituições de crédito.

Pelo exposto, determina o BdP que devem existir dois tipos de conta de depósito à ordem padronizadas para pessoas singulares, a saber:

- (i) Uma conta de serviços mínimos bancários (Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de março); e
- (ii) Uma conta de depósito à ordem, designada de «conta base», com determinadas características, entre as quais serviços de constituição, manutenção, gestão e titularidade de conta de depósito à ordem sendo devida uma contraprestação única pelos serviços descritos neste diploma, designada de «comissão de manutenção de conta base», a qual será fixada livremente pelas instituições de crédito, atendendo a princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

Acautela-se, contudo, a possibilidade de as instituições de crédito poderem propor a aquisição facultativa de outros produtos ou serviços financeiros associados à conta de depósito à ordem («Contas Pacote»), desde que não se associem produtos que impliquem risco de perda de capital.

Por outro lado, dispõe o BdP o seguinte relativamente à harmonização de terminologia:

- A contraprestação devida pelos serviços compreendidos na conta de serviços mínimos bancários deve designar-se «comissão de manutenção de conta de serviços mínimos bancários»;
- A contraprestação devida pelos serviços prestados no âmbito da conta base deve designar-se «comissão de manutenção de conta base»;

— A contraprestação devida pelos serviços relativos a outras contas de depósito à ordem deve designar-se «contrato de manutenção de (...)» seguida da designação atribuída à conta.

**Reprivatização do capital social da participação detida pela AdP - Águas de Portugal, SGPS, S.A. no capital da Empresa Geral de Fomento, S.A. («EGF»)**

*Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2014, de 8 de abril (DR, 1.ª Série, n.º 69, 8 de abril de 2014)*

O Governo aprovou, através do Decreto-Lei n.º 45/2014, de 20 de março, o processo de reprivatização do capital social da participação detida pela Águas de Portugal, SGPS, S.A. («AdP»), no capital da Empresa Geral de Fomento, S.A. («EGF»). Ficou por este determinado que o processo de reprivatização se faria através de um concurso público, a realizar nos termos previstos na Lei n.º 11/90, de 5 de abril, conforme alterada e do referido decreto-lei, e ao qual não se aplica o disposto no Código dos Contratos Públicos.

O caderno de encargos aprovado por esta Resolução rege o concurso público relativo à alienação de um lote indivisível de 10.640.000 ações da EGF, representativo de 95% do capital social, ficando o vencedor com a obrigação de adquirir pelo preço constante da sua proposta as ações que não sejam adquiridas pelos trabalhadores na oferta pública de venda que lhes é dirigida nos termos do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 45/2014, de 20 de março.

O caderno de encargos regula o referido concurso público de modo a assegurar todas as garantias de transparência, igualdade e concorrência que caracterizam um procedimento desta natureza, e a permitir ao Governo a escolha da proposta que melhor se conforme com os objetivos da reprivatização, assegurando-se que o adquirente da EGF estará dotado dos requisitos de idoneidade, e capacidade financeira e técnica indispensáveis à sua gestão, assegurando a qualidade do serviço público prestado às populações. Para reforçar as garantias de transparência do processo, a Resolução prevê a constituição de uma comissão especial nos termos do artigo 20.º da Lei n.º 11/90.

O Decreto-Lei n.º 45/2014, de 20 de março, concedeu, no âmbito do processo de reprivatização, direito aos municípios de alienação das participações sociais por eles detidas no capital das entidades gestoras de sistemas multimunicipais nos quais a EGF é acionista, alienação essa sujeita ao exercício de direito de preferência por parte de municípios que detenham participações no capital da mesma entidade gestora e que tenham decidido não alienar as respetivas ações. Mais estabeleceu que tais direitos serão exercidos nos termos e condições, designadamente de prazo e de preço, a fixar no caderno de encargos, pelo que se vem agora proceder a essa regulamentação.

Fixa-se em 5% do capital social da EGF o montante das ações que são reservadas para aquisição pelos trabalhadores da EGF, direito esse previsto no artigo 12.º do referido Decreto-lei, em linha com o estabelecido na Lei n.º 11/90, conforme alterada.

A Resolução ora publicada aprova o caderno de encargos e, bem assim, os termos do exercício pelos municípios da opção de alienação das participações sociais por aqueles detidas no capital das entidades gestoras de sistemas multimunicipais nas quais a EGF é acionista, bem como do exercício do direito de preferência pelos restantes municípios da mesma entidade gestora, relativamente à referida alienação, os quais constam do caderno de encargos. Determina ainda a abertura do concurso público previsto no n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 45/2014, de 20 de março através do envio para publicação do anúncio no Jornal Oficial da União Europeia e no Diário da República. Aprova, no anexo II, algumas condições da oferta pública de venda de ações da EGF, dirigida exclusivamente a trabalhadores da EGF, no âmbito da qual os referidos trabalhadores podem adquirir ações representativas de 5% do capital social da EGF. Determina que as ações que não sejam vendidas a trabalhadores, assim como aquelas cuja transmissão não se concretize, acrescem automaticamente às ações a adquirir pelo vencedor do concurso público, obrigando-se este a adquirir tais ações pelo preço por ação constante da sua proposta vinculativa.

Estabelece que, ao abrigo do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 45/2014, de 20 de março, compete à Ministra de Estado e das Finanças, com faculdade de subdelegação no Secretário de Estado das Finanças, aprovar o convite e todos os aspetos que, nos termos do caderno de encargos, devam

ser fixados no mesmo e constitui uma comissão especial nos termos do artigo 20.º da Lei n.º 11/90, a qual é composta por três membros a nomear por despacho do Primeiro-Ministro.

Determina que, nos termos do artigo 19.º do Decreto -Lei n.º 45/2014, de 20 de março, o Governo, através da Parpública, coloca à disposição do Tribunal de Contas toda a documentação que integra o processo de venda, incluindo os pareceres e relatórios previstos na lei que regula estes processos.

O artigo 4.º da Resolução prescreve que o concurso é aberto a investidores nacionais ou estrangeiros, que demonstrem possuir a capacidade técnica e de gestão e a dimensão e solidez financeiras indispensáveis à gestão da EGF, nos termos fixados no Decreto-Lei n.º 45/2014, de 20 de março e no caderno de encargos. Os interessados podem apresentar-se a concurso individualmente ou em agrupamento, sem que entre eles exista qualquer forma jurídica de associação.

Os interessados têm de reunir vários requisitos cumulativos, a saber, (i) conhecimento e capacidade técnica e de gestão, comprovados no que respeita ao setor da gestão de resíduos ou de outras infraestruturas relevantes; (ii) capacidade financeira, aferida por volume de negócios superior ao volume de negócios consolidado da EGF em, pelo menos, um dos últimos três exercícios sociais, e capitais próprios no último dia do exercício social que se iniciou em 2012 superiores aos capitais próprios da EGF; ou ativos sob gestão no último dia do exercício social que se iniciou em 2012 com valor superior a 300.000.000,00 EUR, no caso de se tratar de fundos ou estruturas de investimentos similares, e (iii) idoneidade.

O concurso é dirigido pela Parpública, que se deve articular em todas as suas fases com a AdP. Para além dos requisitos já mencionados, os critérios de seleção dos concorrentes para a fase de apresentação de propostas vinculativas prendem-se com a qualidade do projeto estratégico para a EGF tendo em vista os objetivos da reprivatização, em especial, o desenvolvimento da economia nacional e a garantia da prestação da atividade pela EGF de acordo com os objetivos de serviço público exigidos para o setor, considerando os itens constantes do anexo ao presente caderno de encargos e o preço apresentado para aquisição das ações.

A Parpública e a AdP elaboram, de modo fundamentado, um relatório conjunto com a apreciação de cada um dos concorrentes e das respetivas propostas, propondo quem deve passar à fase seguinte. Caso no relatório seja proposta a não admissão de algum concorrente à fase seguinte, a Parpública submete o relatório a audiência prévia escrita daqueles cuja exclusão seja proposta, pelo prazo de sete dias.

Após a decisão de admissão à fase de propostas vinculativas pelo Conselho de Ministros, é enviado simultaneamente aos concorrentes selecionados para a fase de apresentação de propostas vinculativas, ou aos seus representantes, convite para apresentar proposta vinculativa.

O prazo de apresentação das propostas é indicado no convite, não podendo ser inferior a 30 dias. As propostas vinculativas são avaliadas com base nos seguintes critérios, com a seguinte ordem de prioridade, sendo excluídas as propostas que contenham condições contrárias aos objetivos da reprivatização: (i) preço vinculativo apresentado para a aquisição das ações representativas do capital social da EGF, quer em valor por ponto percentual de participação no capital social daquele, quer em valor global e expresso em euros; (ii) qualidade do projeto estratégico apresentado para a EGF, tendo em consideração os itens constantes do anexo ao presente caderno de encargos; (iii) preço total proposto para a aquisição das ações da EGF e para as ações que resultem do exercício da opção de venda dos municípios; (iv) cumprimento e superação das exigências ambientais previstas na legislação em vigor e dos objetivos ambientais definidos pelo Estado Português e pela União Europeia, em especial os constantes do Plano Estratégico para os Resíduos Sólidos Urbanos (PERSU 2020); (v) ausência ou minimização de condicionantes jurídicas, laborais e ou económico-financeiras do concorrente, bem como mitigação de riscos, quer relativos à concretização da venda, quer relativos às condições de pagamento e demais termos que sejam considerados adequados para a salvaguarda dos interesses patrimoniais do Estado e para a prossecução dos objetivos da reprivatização; (vi) conhecimento e capacidade técnica e de gestão demonstrados no que respeita à gestão de infraestruturas relevantes, privilegiando-se a experiência técnica e de gestão de sistemas de gestão de resíduos; (vii) termos e condições alternativos apresentados pelos concorrentes relativamente aos instru-

mentos contratuais e outros documentos legais que sejam submetidos a comentários dos concorrentes, e (viii) idoneidade e capacidade financeira, bem como as garantias eventualmente prestadas para cumprimento dos critérios constantes das alíneas anteriores.

Os concorrentes mantêm-se vinculados às respetivas propostas vinculativas durante 12 meses. Depois de recebido o relatório final da AdP e da Parpública, bem como o relatório da comissão especial, o Conselho de Ministros procede à apreciação de cada um dos concorrentes e das respetivas propostas vinculativas para determinar o seu mérito relativo e delibera seleccionar a proposta vencedora ou realizar uma fase de negociações, determinando o, ou os, concorrentes que são convidados para as negociações. O concurso pode ainda ser concluído com a rejeição da totalidade das propostas pelo Conselho de Ministros, por se considerar que não satisfazem integralmente os critérios de seleção ou que não se encontra suficientemente garantida a concretização dos objetivos que lhes estão subjacentes, ficando, neste caso, sem qualquer efeito a opção de venda dos municípios prevista no artigo 41.º, e a oferta pública de venda a trabalhadores, e não havendo lugar à atribuição de qualquer indemnização ou compensação aos concorrentes.

Caso o Conselho de Ministros escolha o vencedor, aprova, em seguida, as versões finais dos instrumentos jurídicos a celebrar com este. Se, pelo contrário, houver lugar à fase eventual de negociações, estas decorrem em sessões presenciais entre cada um dos selecionados, a Parpública e a AdP, devendo aqueles ser convocados com a antecedência mínima de três dias, sendo indicada a data, hora e local da realização da primeira sessão, sendo as restantes marcadas na sessão anterior, ou objeto de notificação. As negociações podem incidir sobre qualquer aspeto da proposta, mas destas não podem resultar condições globalmente menos favoráveis para o vendedor do que as constantes da proposta vinculativa apresentada pelo concorrente em causa. No final das negociações, o, ou os, concorrentes que nelas tenham participado apresentam uma proposta final que é considerada para efeitos de seleção do vencedor.

Os concorrentes devem ser notificados na última sessão de negociações da data limite de entrega da proposta final e dos procedimentos a observar e a proposta final deve integrar os documentos que sejam indicados na notificação a que se refere o número anterior.

A Parpública e a AdP analisam as propostas finais e elaboram um relatório conjunto com a proposta de decisão final. No caso de as negociações terem ocorrido com mais do que um concorrente, o relatório é submetido a audiência prévia dos concorrentes que participaram nas negociações e, caso exista pronúncia dos interessados, a Parpública e a AdP ponderam as respetivas observações e elaboram uma nova versão do relatório. O relatório final é submetido à comissão especial prevista no artigo 57.º, para emissão do competente parecer a respeito da regularidade, imparcialidade e transparência observadas na fase de negociações. Compete ao Conselho de Ministros escolher o concorrente vencedor.

Após a seleção do concorrente vencedor, a Parpública notifica o concorrente vencedor, e os demais concorrentes, da decisão adotada pelo Conselho de Ministros, e envia ao vencedor as versões finais dos instrumentos jurídicos para aceitação. O concorrente vencedor, se legalmente sujeito a essa obrigação, obriga-se a apresentar à autoridade de concorrência competente, com cópia à Parpública, o formulário de notificação aplicável, acompanhado da informação e documentação exigíveis, no prazo máximo de 10 dias após a celebração dos instrumentos jurídicos relevantes. Por último, o pagamento do preço das ações objeto de alienação é efetuado integralmente nos termos e no prazo previsto no contrato de compra e venda.

**Segunda fase do processo de reprivatização de ações representativas do capital social da REN – Redes Energéticas Nacionais, S.G.P.S., S.A. («REN»)**

*Resolução do Conselho de Ministros n.º 32/2014, de 24 de abril (DR, 1.ª Série, n.º 80, 24 de abril de 2014)*

A segunda fase do processo de reprivatização de ações representativas do capital social da REN, até ao montante de 51% do respetivo capital social, foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 106-B/2011, de 3 de novembro. A regulamentação das condições finais e concretas das operações necessárias à sua execução foi remetida para o Conselho de Ministros, mediante aprovação de uma ou mais resoluções.



Ao Conselho de Ministros compete decidir, quanto à concretização das três modalidades de alienação, ou seja, de uma venda direta de referência, de uma venda direta institucional e de uma oferta pública de venda no mercado nacional ou de apenas uma parte delas, numa ou mais vezes, simultaneamente ou em momento anterior ou posterior entre si.

Através das Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs 52 -B/2011, de 7 de dezembro, e 13/2012, de 8 de fevereiro, e em conformidade com o referido Decreto-Lei n.º 106-B/2011, de 3 de novembro, o Conselho de Ministros fixou os termos e condições da venda direta de referência e resolveu a alienação pela Parpública — Participações Públicas, SGPS, S.A. («Parpública»), de ações da REN representativas de 40% do capital social da REN, tendo assim dado por concluída a componente da reprivatização do capital da REN através da modalidade de venda direta de referência.

A presente Resolução aprova determinadas condições da oferta pública de venda, incluindo algumas condições aplicáveis aos trabalhadores da REN e de sociedades que com ela se encontrem em relação de domínio ou de grupo identificadas no anexo I da mesma, e o caderno de encargos da venda direta institucional.

Regulamenta-se também, neste âmbito, a relação entre a oferta pública de venda e a venda direta institucional, com a previsão de mecanismos de comunicabilidade das ações que delas são objeto, usualmente designados por clawback e clawforward, e as condições de alienação de um lote suplementar. As restantes condições das operações de alienação serão fixadas ulteriormente. O Governo decide também constituir uma comissão especial de acompanhamento nos termos e para os efeitos previstos no artigo 20.º da Lei n.º 11/90, conforme alterada.

Em termos gerais, a resolução autoriza a Parpública e a Caixa Geral de Depósitos, S.A. a alienar na segunda fase de reprivatização da REN um número de ações, a fixar em posterior resolução do Conselho de Ministros, até ao remanescente das ações sujeitas a reprivatização detidas no capital social da sociedade, representativas de uma percentagem até 11% do respetivo capital social, através da realização das seguintes operações: a) oferta pública de venda no mercado nacional («OPV»); b) venda direta a um conjunto de instituições financeiras (venda direta institucional) que ficam obrigadas a proceder à subsequente dispersão das ações nos mercados de capitais.

Para além disso, estabelece que aos trabalhadores da REN e das restantes sociedades que com ela se encontrem em relação de domínio ou de grupo, é reservado, no âmbito das ações destinadas à OPV, um lote de até 5% das referidas ações, a fixar ulteriormente por resolução do Conselho de Ministros. As ações objeto da OPV não abrangidas pela reserva ou não colocadas no âmbito da mesma são oferecidas ao público em geral.

*É atribuído, havendo necessidade de rateio, ao conjunto das ordens de compra dadas durante o primeiro período da OPV, compreendido entre o 1.º dia útil em que este se inicia e o 5.º dia útil antes do seu termo, inclusive, um coeficiente de rateio superior ao das demais ordens de compra, na percentagem de 100%, salvo se aquelas ordens puderem ser integralmente satisfeitas com a aplicação de coeficiente inferior e é determinado que as ações a atribuir a cada ordem de compra são iguais ao maior número inteiro múltiplo de 10 contido na multiplicação do respetivo coeficiente pela quantidade da ordem e que, após o processo de atribuição, as ações remanescentes são atribuídas em lotes de 10 ações, por sorteio, primeiro entre o conjunto das ordens de compra manifestadas durante o primeiro período da OPV, tal como definido no n.º 6, e, depois, após a satisfação de cada uma destas com um lote cada, entre as demais ordens de compra.*

*É estabelecido que o preço de venda das ações a alienar na OPV no âmbito da reserva destinada à aquisição por trabalhadores da REN, beneficia de um desconto de 5% relativamente ao preço que for fixado por resolução do Conselho de Ministros para as ações oferecidas ao público em geral, a que se refere o n.º 3.*

Determina-se que as ações representativas do capital social da REN que, nos termos de resolução do Conselho de Ministros, não sejam destinadas à OPV, bem como aquelas que eventualmente não sejam colocadas no âmbito dessa oferta, sejam objeto de venda direta a um conjunto de instituições financeiras a identificar ulteriormente, mediante resolução do Conselho de

Ministros, as quais ficam, nesse caso, obrigadas a proceder à subseqüente dispersão das referidas ações nos mercados de capitais.

A Resolução aprova igualmente o caderno de encargos relativo à venda direta institucional. Prevê que, se a procura verificada na OPV exceder as ações que dela são objeto, o lote destinado à venda direta institucional pode ser reduzido em percentagem não superior a 30% daquele que seja destinado à OPV, acrescendo a este a quantidade de ações reduzida àquele. Prevê, ainda, que, se no processo de recolha de intenções de investimento no âmbito da venda direta institucional, a procura manifestada exceder as ações que dela são objeto, o lote a esta destinado pode ser aumentado em percentagem não superior a 30% do número de ações que lhe foi inicialmente alocado, reduzindo-se no correspondente montante o lote destinado à OPV.

Admite-se, também, a possibilidade de vir a ser estabelecida posteriormente mediante resolução do Conselho de Ministros, a alienação às instituições financeiras adquirentes de um lote suplementar de ações, cujo regime é especificado no caderno de encargos.

Por último, determina-se que os demais termos e condições de venda das ações da REN, nas modalidades aplicáveis de alienação tal como acima definidas, são estabelecidos por resolução do Conselho de Ministros; autoriza-se à Ministra de Estado e das Finanças a suspensão ou a anulação da OPV e da venda direta institucional, mediante despacho, se razões de relevante interesse público o aconselharem, até ao momento da liquidação física das compras e vendas realizadas na sessão especial de mercado regulamentado, e a compra e venda no âmbito da venda direta institucional até à sua liquidação física.

**Técnicas de Mitigação de Riscos para Contratos de Derivados de Balcão sem Câmaras de Compensação que atuam como contraparte central**

*Consulta Pública relativa à Gestão de Risco de Derivados de Balcão sem compensação por Contraparte Central, JC/CP/20014/03, 14 de abril de 2014*

As autoridades de supervisão europeias lançaram um documento de consulta acerca do projeto de Normas Técnicas Regulatórias (Regulatory Technical Standards — RTS) delineando o enquadramento da Regulamentação relativo à Infraestrutura do Mercado Europeu (European Market Infrastructure Regulation — EMIR). Os RTS referidos cobrem os procedimentos de manutenção de risco para as contrapartes em contratos de derivados de balcão sem câmaras de compensação que atuam como contraparte central, os critérios relativos a isenções intra-grupo e, bem assim, os impedimentos práticos e legais. O documento de consulta permitirá reconhecer pontos de vista públicos sobre como assegurar uma implementação proporcional dos requisitos, bem como quaisquer outros aspetos específicos que devam ser discutidos. A consulta decorre até 14 de julho de 2014.

Para tais transações de balcão, estes projetos de RTS estabelecem que as contrapartes devem aplicar técnicas de mitigação de risco sólidas às suas relações bilaterais, as quais incluem a substituição obrigatória de margens iniciais e de variação. Estas medidas reduzem o risco de crédito da contraparte, mitigam qualquer risco sistémico potencial e asseguram o alinhamento com os padrões internacionais. Estes projetos de RTS concentram-se nos procedimentos de gestão de risco para a troca de garantias e nos procedimentos referentes a isenções intragrupo, incluindo os critérios que identificam impedimentos práticos e legais à transferência imediata de fundos.

São também estabelecidas as metodologias para a determinação do nível apropriado das margens, os critérios que definem ativos de garantia de alta qualidade («liquid high-quality collateral»), a lista de classes de ativos elegíveis, margens de avaliação de garantias («collateral haircuts») e limites de concentração.

Dado o esforço substancial para a implementação operacional deste enquadramento, a consulta pública visa assegurar que os requisitos de margens são implementados de forma proporcional. Desta forma, a consulta centra-se em pontos específicos, tais como o impacto em entidades pequenas e médias de setores específicos, capacidades operacionais, o tratamento especial para covered bonds swaps, a utilização de modelos internos e os limites de concentração. Para além disso, as autoridades de supervisão europeias propõem que não seja permitida a consignação a terceiros de garantias concedidas para as margens iniciais.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### Reducción de capital por pérdidas previa reducción de capital con devolución de aportaciones

*Resolución, de 10 de diciembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 25 de enero de 2014)*

Se debate si es posible que la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada adopte —sucesivamente, pero en el mismo acto— dos acuerdos de reducción de capital: el primero para la devolución del valor de las aportaciones a los socios (debido al pago por estos de un crédito adeudado por la sociedad a un tercero) y el segundo por pérdidas (el cual entraña la amortización parcial de participaciones de todos los socios sin devolución de aportaciones). Los acuerdos son adoptados en junta universal con el consentimiento de todos los socios.

La DGRN desestima el recurso por entender que el primer acuerdo de reducción «supone la entrega anticipada a socios de cantidades, contra la expresa prohibición del artículo 321 de la LSC, según el cual la reducción del capital por pérdidas en ningún caso podrá dar lugar a reembolsos a los socios constituyendo un procedimiento si no fraudulento, al menos inadmisibles». Es decir, dada la situación patrimonial de la sociedad y la necesidad de proteger los derechos de los acreedores, la reducción de capital con devolución de aportaciones resulta contraria al artículo 321 de la Ley de Sociedades de Capital; y ello independientemente de que después se realice una reducción de capital para compensar las pérdidas sociales.

### Complemento de convocatoria de la junta. Inclusión de puntos sobre los que no haya votación

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de enero de 2014 (Sección 15ª)*

La Audiencia Provincial resuelve un caso en el que los demandantes ejercitaron una acción de impugnación de los acuerdos alcanzados por la junta, por haberles sido denegada la solicitud de complemento de convocatoria que formularon con arreglo al artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital. La Audiencia Provincial establece que no hay ningún precepto legal que prohíba la inclusión en el complemento de convocatoria de puntos del orden del día sobre los que no se prevea adoptar ningún acuerdo, sino que, al contrario, esto supondría una limitación inadmisibles al derecho de información de los socios y permitiría una falta de transparencia por parte de los administradores sobre aquellas materias que decidieran no someter a la junta. Por lo tanto, no cabe limitar el derecho de la minoría cualificada de incluir en el complemento de la convocatoria de la junta puntos que no se someterán a votación por suponer una clara violación de su derecho de información, sin perjuicio de que este derecho tenga habitualmente una finalidad instrumental en relación con la formación de la decisión de voto.

Sin embargo, la Audiencia Provincial consideró que el órgano de administración no infringió sus obligaciones legales derivadas del artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que los administradores entendieron —y su razonamiento es compartido por la Audiencia Provincial— que los nuevos puntos cuya inclusión denegó ya se encontraban subsumidos en los puntos contenidos en el orden del día de la convocatoria.

### Cláusula estatutaria. Disolución

*Resolución, de 13 de enero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 13 de febrero de 2014)*

Se debate si es inscribible la siguiente previsión estatutaria de disolución de la sociedad de responsabilidad limitada: «Por la muerte de todos los socios actuales y cónyuges de los mismos». El registrador deniega su inscripción porque considera, entre otras cuestiones, que dicha cláusula contraviene el artículo 110.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que reconoce a los herederos o legatarios del socio fallecido la condición de socio.

La DGRN estima el recurso interpuesto por el notario autorizante por entender que el hecho de que la sociedad se disuelva cuando fallezca el último de los socios actuales o sus cónyuges no es incompatible con el hecho de que, mientras tal circunstancia no se produzca, la condición de socio se vaya transmitiendo a medida que tenga lugar el fallecimiento de los socios, de conformidad con la referida previsión legal. Así, quienes tengan la condición de socios en el momento de fallecimiento del último de los socios actuales o de sus cónyuges deberán, de conformidad con lo esta-

blecido los artículos 362 y 364 de la Ley de Sociedades de Capital, constatar la concurrencia de la causa de disolución mediante el oportuno acuerdo social y abrir el periodo de liquidación.

**Objeto social. Valores negociables. Bienes muebles**

*Resolución, de 29 de enero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 19 de febrero de 2014)*

El registrador deniega la inscripción de una cláusula estatutaria que establece que el objeto social de una sociedad de responsabilidad limitada es «*adquirir, poseer y enajenar con fines de inversión a corto, medio y largo plazo valores de cualquier clase, bienes muebles o inmuebles y en general celebrar toda clase de operaciones activas o pasivas con dichos bienes (...)*». La razón subyacente es que considera (i) que el término «muebles» tiene carácter omnicompreensivo, y (ii) en relación con la referencia a «valores», que deben excluirse expresamente las actividades reguladas por la legislación especial sobre mercado de valores e instituciones de inversión colectiva.

La DGRN estima el recurso por entender que la actividad consistente en «*adquirir, poseer y enajenar con fines de inversión a corto, medio y largo plazo valores de cualquier clase, bienes muebles e inmuebles*» indudablemente puede llevarse a cabo en el ámbito de las actividades propias de los comerciantes (tal y como está establecido en los artículos 1 y 2 del Código de Comercio), por lo que es susceptible de ser desarrollada a través de la forma societaria. Además, la cláusula estatutaria cumple con los requisitos establecidos por la doctrina y la jurisprudencia, puesto que se acota suficientemente el sector de la realidad económica en que la sociedad pretende desarrollar su objeto, siendo el comercio al por menor en sí mismo un género de actividad económicamente determinado.

En cuanto a los valores, la DGRN considera que el mero hecho de que la sociedad tenga prevista como una de sus actividades la compra y venta de valores, sin más especificación al respecto, no la convierte en sujeto activo del mercado de valores ni en sujeto obligado al cumplimiento de los rigurosos requisitos establecidos por la correspondiente legislación especial.

**Asistencia a la junta por medio de apoderado. La carga de la prueba de la suficiencia del poder recae sobre la propia sociedad**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2014*

Se debate ante el TS la cuestión de sobre quién recae la carga de la prueba y a quién perjudica la falta de prueba con respecto a la suficiencia o no del poder de representación otorgado por un socio que asiste a la junta representado por un apoderado.

Según el TS, si al constituirse la junta alguno de los asistentes impugna que se tenga por comparecido a uno de los socios que pretende asistir representado por no ajustarse el apoderamiento a las exigencias legales y, pese a ello, la mesa de la junta acuerda incluirlo entre los asistentes por considerar suficiente el poder aportado, es la sociedad, por medio de quienes residen la junta, quien ha de asegurarse de justificar documentalmente la suficiencia de dicho poder para el caso de que los acuerdos que se adopten sean impugnados por dicha causa. Si no lo hace, la falta de prueba de la suficiencia del poder aportado no puede perjudicar al socio impugnante, que hizo lo que estaba dentro de sus posibilidades de actuación: formular la objeción cuando tuvo oportunidad de hacerlo al iniciarse la junta. La Sala entiende que han de aplicarse los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que implica que era la sociedad la que tuvo la posibilidad de documentar el poder conferido y que consideró suficiente, de tal modo que, si no lo hizo, la falta de prueba ha de perjudicarle.

Por otra parte, según el TS es irrelevante el hecho de que el acta tuviera el carácter de notarial, puesto que el notario que asiste a la junta para levantar el acta no realiza funciones de calificación de la legalidad de la actuación de los miembros de la mesa ni de la suficiencia de los apoderamientos de quienes comparecen en representación de socios.

**Retribución de los administradores**

*Resolución, de 25 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de abril de 2014)*

Se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales en virtud de los cuales se modifican los estatutos sociales con el objeto de establecer una retribución para el consejero delegado de la sociedad. La registradora considera que, al establecerse en los

estatutos sociales el carácter gratuito del cargo de administrador, no cabe fijar una retribución para ninguno de los miembros del Consejo de Administración.

La DGRN estima el recurso por entender que no existe problema conceptual en aceptar el carácter retribuido del cargo de alguno o algunos de los administradores, siempre que exista un factor de distinción con respecto al resto. Además, considera que el acuerdo en cuestión cumple con los requisitos establecidos en la jurisprudencia, que buscan proteger a los socios y a los administradores de la indeterminación y evitar la arbitrariedad en cuestiones tan sensibles como la remuneración de los administradores.

**Aumento de capital** *Resolución, de 26 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de abril de 2014)*

Se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de un acuerdo de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada por dos motivos: (i) el acuerdo social de aumento no fija el plazo de ejecución, lo que conlleva el incumplimiento de la exigencia legal y la violación del derecho de asunción preferente, y (ii) la convocatoria de la junta contradice la disposición imperativa del artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital, al no expresar con la debida claridad el importe del aumento del capital social.

La DGRN estima el recurso rechazando ambos motivos. En primer lugar, entiende que el hecho de que el órgano de administración, ante la falta de pronunciamiento de la junta general sobre el plazo de ejecución del aumento de capital, haya actuado con observancia estricta del sistema de garantías previsto en la ley impide considerar la procedencia de una sanción. En segundo lugar, la DGRN considera que el error cometido en la convocatoria no puede considerarse de tal envergadura que condicione o limite el ejercicio de los derechos individuales del socio no asistente. En efecto, este fallo no compromete en modo alguno la posición jurídica del socio por cuanto el orden del día alude específicamente a las consecuencias de la adopción del acuerdo y a los derechos que de él pueden derivarse.

**Constitución de sociedad de responsabilidad limitada por sociedad extranjera** *Resolución, de 27 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de abril de 2014)*

Se discute si puede tener acceso al Registro Mercantil una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada en la que el compareciente actúa en representación del socio único, que es una sociedad de nacionalidad belga, y en virtud de un poder otorgado ante notario belga y reseñado por el notario autorizante, que lo considera suficiente a los efectos de constitución de la sociedad. En cualquier caso, lo que se cuestiona no es la suficiencia del poder, sino la debida acreditación de la «vigencia» de la sociedad extranjera.

La DGRN desestima el recurso por entender que es necesario que el documento extranjero supere el llamado test de idoneidad o equivalencia. En virtud de este test, es preciso que el notario examine la equivalencia entre el título extranjero exhibido para acreditar la existencia y válida constitución de la sociedad extranjera otorgante y los documentos públicos españoles. En la escritura pública de constitución presentada en el Registro Mercantil nada se dice al respecto, por lo que, no constando en el título presentado la acreditación del derecho extranjero que permita calificar la equivalencia documental, está justificada la calificación del registrador.

**Grupos de sociedades. Doctrina del levantamiento del velo** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 2014*

En el presente caso, se recurre ante el TS una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que, confirmando la decisión del juez de primera instancia, considera que se puede dirigir la reclamación objeto del pleito contra otras sociedades distintas a la demandada, al considerar que existe una abundancia de pruebas que indican que se trata de un grupo de empresas.

El TS recuerda que la norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la

ley. Sin embargo, esto no impide que en determinados casos excepcionales, sea procedente el «levantamiento del velo» con el fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad jurídica provoque el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros.

Considera la Sala que, en el supuesto objeto del recurso, existen indicios tales como la interferencia de la codemandada en contratos respecto de los que ahora afirma ser ajena y la muy significativa coincidencia de domicilio social, que justifican la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo».

Añade el TS que no se trata de comprobar si las sociedades forman parte de un grupo de sociedades ajustado a lo dispuesto en la normativa específica que las regula, sino que precisamente la necesidad del «levantamiento del velo» se produce porque la conexión entre las sociedades puede haberse establecido al margen de lo dispuesto en la ley con el fin de beneficiarse mutuamente de ella. Lo verdaderamente determinante en el caso es que existen varias entidades —con personalidad jurídica separada— que intervienen en el tráfico distribuyéndose entre ellas derechos y obligaciones en la forma que estiman más conveniente para sus intereses, con posible perjuicio para terceros, y al margen del cumplimiento de las disposiciones legales que regulan los grupos de sociedades.

**Aumento de capital con cargo a reservas. Nombramiento de auditor**

*Resolución, de 1 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 4 de abril de 2014)*

Se discute si es posible la inscripción en el Registro Mercantil de un acuerdo de aumento de capital con cargo a reservas, en el que se ha utilizado como base un balance verificado por un auditor nombrado por la junta general de la sociedad días antes de acordarse el aumento de capital y precisamente con tal ocasión. En el supuesto de hecho objeto de esta resolución, el registrador deniega la inscripción del acuerdo por considerar que, según el artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el auditor que debe verificar el balance ha de ser nombrado por el Registro Mercantil.

La DGRN desestima el recurso presentado al respecto por entender que del referido artículo se desprende que, salvo que la compañía haya nombrado un auditor de cuentas de la sociedad por estar obligada a la verificación contable, la auditoría del balance utilizado como referencia para acordar el aumento de capital debe llevarse a cabo por el auditor designado por el registrador mercantil. El centro directivo considera que el auditor nombrado con ocasión de la aprobación de un balance que no es el de cierre de ejercicio y que no se integra en las cuentas anuales, no es el «auditor de cuentas de la sociedad» al que se refiere el artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Por lo tanto, la persona encargada de verificar que la operación de aumento de capital con cargo a reservas cuenta con el debido respaldo patrimonial en el balance de la sociedad tiene que ser nombrada por el registrador mercantil.

**Sociedad profesional. Constitución y objeto social**

*Resolución, de 4 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 4 de abril de 2014)*

Se discute en este caso la inscripción de la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada cuyos estatutos sociales establecen, con respecto al objeto social, que «si algunas de las actividades incluidas en el objeto social tuvieran o pudieran tener carácter profesional, se entiende que respecto de dichas actividades, la función de la sociedad es la de mediadora o intermediadora en el desempeño de las mismas, quedando expresamente excluida la aplicación a esta sociedad de la Ley 2/2007». La registradora denegó la inscripción de la referida escritura por considerar que, puesto que los estatutos sociales hacen referencia a actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, si se quiere evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007 se debe declarar expresamente que se trata de una «sociedad de medios o comunicación de ganancias o de intermediación».

La DGRN estima el recurso presentado al respecto por entender que los estatutos sociales se refieren expresamente a la función de la sociedad como «mediadora o intermediadora» en el desarrollo de las actividades incluidas en su objeto social. El hecho de que dicha especificación se refiera solo a aquellas actividades que entren en el ámbito de aplicación de la Ley 2/2007 se

encuentra justificado por la inclusión, en la definición del objeto social de la sociedad, de otras actividades no profesionales en el sentido de dicha ley respecto de las cuales no es exigible la especificación del carácter mediador o intermediador de la sociedad. Indudablemente, con la redacción de la disposición estatutaria objeto de debate queda determinado con la suficiente certidumbre jurídica que no se trata de una sociedad profesional.

**Depósito de cuentas. Informe de auditor** *Resolución, de 11 de marzo de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 25 de abril de 2014)*

Se discute la consideración que ha de darse al documento de auditoría presentado en el Registro Mercantil con ocasión del depósito de las cuentas anuales, en el cual el auditor manifiesta que no puede expresar una opinión sobre el estado de las cuentas anuales que se pretenden depositar debido a las incertidumbres significativas que presenta el balance. En consecuencia, el registrador resuelve no practicar el depósito de las cuentas de la sociedad.

La DGRN estima el recurso presentado por el representante de la sociedad, ya que entiende que la falta de opinión se produce por la propia situación económica reflejada en balance, del que resulta la existencia de fondos propios negativos que sitúan a la sociedad en causa legal de disolución y la existencia de un fondo de maniobra igualmente negativo. Dicha información es de extraordinaria relevancia para terceros y socios, por lo que no procede en este supuesto negar el depósito de cuentas.

**Lugar de celebración de la junta general** *Resolución, de 14 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 25 de abril de 2014)*

Se discute si es inscribible en el Registro Mercantil una cláusula estatutaria que prevé que las juntas sean convocadas, bien en la localidad donde la sociedad tiene su domicilio social, bien dentro del término municipal de la capital de la provincia donde está inscrita la sociedad. La DGRN entiende que esta cláusula estatutaria sí es inscribible, pues es acorde con el artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital y no perjudica en ningún modo los derechos de voto y asistencia a las juntas de los accionistas.

Esta nueva resolución, al igual que las resoluciones de 6 de septiembre de 2013 (BOE de 14 de octubre de 2013) y de 14 de octubre de 2013 (BOE de 13 de noviembre de 2013), sostiene que los estatutos no pueden otorgar total libertad a los administradores para fijar el lugar de celebración de la junta en la convocatoria. No obstante, a diferencia de las referidas resoluciones, entiende que, a la luz del artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital, los estatutos pueden prever que la convocatoria se realice en el ámbito geográfico de un término municipal distinto a aquel donde está situado el domicilio social.



## PROCESAL CIVIL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Modificación de la Ley de Consumidores y Usuarios

*Ley 3/2014, de 27 de marzo, 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 (BOE de 28 de marzo de 2014)*

El pasado 29 de marzo de 2014 entró en vigor la Ley 3/2014, 27 de marzo (en adelante, «la 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, que adapta la normativa de consumo a la Directiva 2011/83/UE.

Con esta Ley se completan los requisitos de información que se establecen en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Las disposiciones de la Ley serán de aplicación a los contratos con consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 de junio de 2014

Las principales modificaciones son las siguientes:

(i) Se amplía:

- El concepto de consumidor y usuario, englobando a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y a las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.
- El concepto de empresario, incluyendo a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.

(ii) Se refuerza la información precontractual exigible en los contratos celebrados con consumidores y usuarios. Así, algunas de las nuevas obligaciones de los empresarios son:

- Informar a los consumidores y usuarios de la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que, en su caso, tengan que pagar o aportar a solicitud del empresario, incluidas aquellas por las que se bloquee un importe en la tarjeta de crédito o débito del consumidor y usuario.
- Informar de la existencia de garantía legal de conformidad de los bienes, de la existencia y condiciones de los servicios postventa y de las garantías comerciales que otorguen, en su caso.
- En los contratos de suministro de contenido digital, los empresarios deberán informar de las distintas formas de su utilización y de cualquier limitación técnica y describir la información relativa a los aparatos y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible.

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra, Cristina Ayo Ferrándiz y Paloma García de Viedma Alonso, y en su elaboración han participado M.<sup>ª</sup> Encarnación Pérez-Pujazón Millán, Guillermo García Berdejo, Javier González Guimaraes Da Silva, Sonia Borges Fernández, Margarita Morales Plaza, Miguel Ángel Cepero Aranguez, Javier Sánchez-Lozano Velasco, Jorge Azagra Malo, Gloria Torres Zabalera, Efrén Pérez Borges, Álvaro Rifá Brun, Eugenio Caravia Izquierdo, Xuan Wu Zhuo, Laura Salas Gómez, Rita Castanheira Neves y Luís Bertolo Rosa, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

- En los contratos a distancia, se adaptan los requisitos de información para tener en cuenta las restricciones técnicas de ciertos medios de comunicación. El empresario deberá respetar un conjunto mínimo de requisitos de información y remitir al consumidor y usuario a otra fuente de información, por ejemplo, facilitando un número de teléfono gratuito o un enlace a una página web del empresario donde la información pertinente esté directamente disponible y sea fácilmente accesible.
  - Todos los sitios webs de comercio deberán indicar de modo claro y legible, antes o en el momento de inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de suministro y cuáles son las modalidades de pago que se aceptan.
- (iii) Se regula con mayor amplitud los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil.
- Se incorpora una definición de contrato a distancia o fuera de establecimiento sobre el razonamiento de que, fuera del establecimiento, el consumidor y usuario podría estar bajo posible presión psicológica o verse enfrentado a un elemento de sorpresa, independientemente de que haya solicitado o no la visita del empresario. Esa definición abarca: (i) los casos en que los contratos se celebran por completo a distancia (exclusivamente mediante el uso de una o varias técnicas de comunicación, como pueden ser la venta por correo, Internet, teléfono o fax); (ii) las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios, y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia; (iii) aquellas situaciones en que se establece contacto personal e individual con el consumidor fuera del establecimiento o a través de un medio de comunicación a distancia, aunque luego el contrato se celebre inmediatamente después en el establecimiento mercantil del empresario; y (iv) las compras realizadas en el curso de una excursión organizada por el empresario durante la cual este promociona y vende los productos que se adquieren.
  - El concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia incluye los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del empresario, pero utilizado por este, como una plataforma en línea, pero no cubre los casos en los que las páginas webs ofrecen información solamente sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto.
- (iv) Se aclara que el concepto de establecimiento mercantil comprende todo tipo de instalaciones (como tiendas, puestos de mercado, *stands* de feria o incluso camiones) que sirvan al empresario como local de negocios permanente o habitual. Asimismo, se considera un establecimiento mercantil la instalación de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma estacional (por ejemplo, durante la temporada turística en una estación de esquí o en una zona de playa).
- No se consideran establecimientos mercantiles los espacios accesibles al público (calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos, etc.) que el empresario utilice de forma excepcional para su actividad empresarial, como tampoco los domicilios privados o lugares de trabajo.
- (v) Se regula más detalladamente el derecho de desistimiento, ampliando el plazo para su ejercicio a catorce días naturales (plazo que se amplía por doce meses adicionales si el empresario no informa adecuadamente de la facultad de desistir del contrato) e incorporando al respecto un formulario normalizado que el consumidor podrá utilizar opcionalmente (pudiendo cumplimentarlo *en línea*, en cuyo caso el empresario deberá proporcionar un acuse de recibo). La Ley regula igualmente las obligaciones que asumen ambas partes del contrato en caso de desistimiento, así como sus efectos respecto a los contratos complementarios.
- (vi) En materia de ejecución de contratos, la Ley introduce una regulación nueva en relación con la entrega del bien comprado, los cargos por la utilización de medios de pago, la transferencia al consumidor y usuario del riesgo de pérdida o deterioro de los bienes, las comunicaciones telefónicas y los pagos adicionales.

(vii) Cabe destacar también la modificación que hace la Ley del 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, en relación con las cláusulas abusivas, eliminando la facultad antes atribuida a los jueces nacionales de 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.

(viii) Por último, la Ley incorpora otras novedades relevantes en materia de cláusulas abusivas y, sobre todo, en materia de tutela colectiva de los derechos de los consumidores:

- Los párrafos finales añadidos al artículo 53 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios admiten que a la acción de cesación se acumulen acciones de nulidad y anulabilidad, de incumplimiento de obligaciones, de resolución o rescisión contractual y de restitución de cantidades que se hubieran percibido en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la acción de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. Esta posibilidad de acumulación se ha extendido a las acciones colectivas de la Ley General de Publicidad y de la Ley de Crédito al Consumo.
- El nuevo apartado final del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce al Ministerio Fiscal legitimación para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores.

(ix) Finalmente, con ocasión de la aprobación de la Ley, y más allá del objeto propio de esta última, nuestro legislador ha introducido algunas concretas modificaciones sustantivas en varias regulaciones sectoriales, tales como las de las profesiones sanitarias, el sector eléctrico o los cigarrillos electrónicos.

## Reforma del sistema de asistencia jurídica gratuita

### *Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita*

El pasado 21 de febrero de 2014, el Gobierno aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* del 7 de marzo de 2014. Esta Ley sustituirá a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita e introducirá una serie de modificaciones, que pueden dividirse en varios bloques.

(i) En primer lugar, destacan las propuestas de modificaciones dirigidas a resolver las diversas dudas interpretativas que, en ocasiones, han puesto en peligro la uniformidad en la aplicación del modelo. Para ello:

- Se creará un Comité de Consultas en el seno del Ministerio de Justicia para asegurar una aplicación homogénea de la Ley, en especial, en relación con el ámbito personal, el contenido y el alcance del derecho. Los informes que emita este Comité se publicarán en la web del Ministerio de Justicia.
- Se aclaran diferentes cuestiones, como que (i) los ingresos económicos que se computan para acceder al derecho son brutos; (ii) el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita por circunstancias sobrevenidas no tendrá carácter retroactivo; o (iii) qué honorarios corresponden al profesional en caso de renuncia a la designación.

(ii) El segundo bloque de cambios afectará a la definición del ámbito objetivo del derecho a la asistencia jurídica gratuita: por una parte, se amplían los beneficiarios del derecho y, por otra, se elevan los umbrales hasta ahora vigentes.

Por lo que se refiere a los beneficiarios del derecho, el Proyecto de Ley incluye, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a:

- Las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en todos aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su situación de víctimas, así como a los menores de edad y a las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato. En todos estos supuestos, los beneficiarios dispondrán de atención jurídica especializada

desde la interposición de la denuncia y, además, los menores y las personas con discapacidad contarán con asistencia pericial especializada.

- Aquellos que, a causa de un accidente, acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.
- Los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social en la primera instancia del orden jurisdiccional social.
- Las organizaciones sindicales, la representación unitaria de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social y de los trabajadores públicos, las asociaciones en defensa de los derechos de las víctimas del terrorismo, la Cruz Roja Española, las asociaciones cuyo fin sea la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad y las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico. Por lo que se refiere a las asociaciones de utilidad pública y a las fundaciones inscritas en el correspondiente registro público, su inclusión en el ámbito de la ley se basa en un criterio contable, a partir del cual se atenderá al excedente del ejercicio que aparezca en su cuenta de resultados.

En relación con los umbrales, las modificaciones principales son: el umbral de dos veces el Salario Mínimo Interprofesional se ha elevado a 2,5 veces el Indicador de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) y hasta a tres veces cuando son cuatro los miembros de la unidad familiar. En los casos en los que el solicitante no forme parte de una unidad familiar, el umbral se sitúa en dos veces el IPREM.

Cuando se den circunstancias especiales, familiares, de salud o de discapacidad, los costes de aquellos procesos relacionados con esta circunstancia estarán cubiertos por la justicia gratuita. El límite para poder acceder a este derecho se eleva de cuatro veces el SMI a cinco veces el IPREM.

(iii) En tercer lugar, para evitar situaciones de abuso de este derecho que se han venido detectando en los últimos años, se han adoptado una serie de medidas, entre las que destacan:

- Aumento de las facultades de averiguación patrimonial por parte de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, de modo que no solo se requiera a la Administración Tributaria la confirmación de los datos, sino también al Catastro, a la Seguridad Social y a los Registros de la Propiedad y Mercantiles y, en general, a aquellos otros que permitan comprobar por medios electrónicos la información proporcionada en la solicitud.
- No se comprobará solo lo relativo a rentas o ingresos, sino también el patrimonio.
- Cuando el número de solicitudes de la misma persona supere el número de tres en un año (excepto en el orden penal), se presumirá que existe abuso del derecho y solo se atenderá la solicitud si se comprueba que está justificada.
- El juez competente podrá imponer una condena en costas si aprecia temeridad o abuso de derecho en la impugnación de la resolución que conceda o deniegue el derecho de asistencia jurídica gratuita.

(iv) Por último, destaca la posibilidad de que el propio solicitante del derecho a la asistencia jurídica gratuita identifique las prestaciones concretas que desee obtener, pudiendo optar por todas o por alguna en concreto. De este modo, es posible que la petición del reconocimiento del derecho se efectúe a los solos efectos de la exención del pago de las tasas judiciales.

#### Directiva europea en el ámbito hipotecario

*Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DOUE de 28 de febrero de 2014)*

El pasado 28 de febrero de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* esta Directiva, que será la primera legislación europea en el ámbito hipotecario y que habrá de ser tras-

puesta por los Estados miembros antes del 21 de marzo de 2016. Se comentan a continuación sus apartados más relevantes:

(i) Su objetivo es garantizar que todos los consumidores que concluyan contratos de crédito de bienes inmuebles disfruten de un grado elevado de protección. Para ello, entre otras cuestiones, armoniza la información que ha de darse antes de la suscripción del contrato (acompañando como Anexo de la Directiva la ficha de información normalizada —«FEIN»— que debe utilizarse) y regula de forma unitaria cómo debe calcularse la TAE prohibiendo a los Estados la introducción de modificaciones en la transposición a sus ordenamientos jurídicos nacionales, con la finalidad de que exista una norma común a todos los Estados de la Unión para la realización de ese cálculo.

(ii) Su ámbito de aplicación se ciñe a (i) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial; y (ii) los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir. En todo caso, la Directiva no se aplicará a los contratos de crédito en curso antes del 21 de marzo de 2016.

(iii) Los Estados miembros deberán garantizar que los prestamistas faciliten en todo momento, en soporte de papel, formato electrónico o cualquier otro soporte duradero, información general y comprensible sobre los contratos de crédito. En concreto, deberán ofrecer al consumidor la información personalizada que este necesite para comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito. Para salvaguardar este derecho, existirá un periodo mínimo de siete días de reflexión a favor del consumidor (este periodo podrá ser previo a la celebración del contrato; posterior, para ejercer un derecho de desistimiento, o una combinación de ambos).

(iv) Los prestamistas deberán evaluar la solvencia del consumidor antes de celebrar un contrato de crédito, de modo que solo pongan el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan.

(v) Los Estados miembros deberán establecer normas fiables de tasación de los inmuebles, que deberán llevarse a cabo por profesionales competentes y suficientemente independientes respecto del proceso de suscripción de crédito.

(vi) En cuanto a las demoras en el pago de los créditos, se establece que *«si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de impagos»*, los Estados miembros podrán exigir que dichos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que el impago le acarree. En cualquier caso, de existir recargos adicionales, los Estados miembros deberán determinar el valor máximo de tales recargos.

(vii) Respecto de las ejecuciones por impago, se obliga a los Estados miembros a alentar a los prestamistas a mostrarse *«razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución»*, les impide oponerse a la dación en pago acordada entre las partes y les impone el deber de buscar aquellos procedimientos que permitan obtener el mejor precio por la venta de los inmuebles en las ejecuciones.

(viii) Se prohíben las ofertas de crédito condicionadas a la compra de seguros u otros productos financieros de un proveedor específico.

**Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal** *Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE de 8 de marzo de 2014)*

El pasado 8 de marzo de 2014 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (en adelante, el *«Real Decreto»*). Su artículo único modifica la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, la *«Ley Concursal»*), con el objetivo de promover el saneamiento y alivio de la carga financiera no sostenible de las empresas viables

operativamente, intentando respetar, asimismo, los intereses legítimos de los acreedores para maximizar su expectativa de cobro frente a dichas empresas.

En particular, el Real Decreto se centra en la eliminación de obstáculos para el éxito de las refinanciaciones y, para ello, se intentan mejorar varios aspectos de las instituciones preconcursales con el objetivo de conseguir que las empresas sean viables y no se vean abocadas al concurso y, casi inevitablemente, a la liquidación.

En síntesis, las principales modificaciones y novedades introducidas por el Real Decreto consisten en:

(i) *Nueva categoría de acuerdo de refinanciación*: se introduce a través del apartado segundo del artículo 71.bis de la Ley Concursal un nuevo tipo de acuerdo de refinanciación (en adelante, los «Acuerdos No Colectivos») que, aun no cumpliendo con los requisitos del acuerdo de refinanciación previsto en el apartado primero (en adelante, los «Acuerdos Colectivos») (p. ej., no sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor), serán también irrevocables siempre que respeten determinadas exigencias introducidas por el Real Decreto.

Sin embargo, a diferencia del acuerdo de refinanciación del artículo 71.bis.1, el proceso de negociación de esta nueva categoría de acuerdos no permitirá la solicitud de precurso del artículo 5.bis de la Ley Concursal.

Por otra parte, se elimina, en general, la necesidad de informe de experto independiente para la adopción de acuerdos de refinanciación, sustituyéndose por una certificación del auditor de cuentas que acredite la concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción de acuerdos de refinanciación.

(ii) *Novedades en materia de calificación y clasificación de créditos*: (a) aquellos créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería serán considerados, en su totalidad, créditos contra la masa (eliminando el límite cuantitativo del 50% que existía hasta ahora); (b) aquellos acreedores que capitalicen deuda en virtud de un acuerdo de refinanciación no serán considerados «personas especialmente relacionadas con el deudor»; y (c) se presume, salvo prueba en contrario, que los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación no tendrán la consideración de administradores de hecho del deudor por las obligaciones asumidas por este en relación con el plan de viabilidad.

(iii) *Paralización de ejecuciones*:

- Precurso: a partir de una comunicación de precurso (que será publicado en el Registro Público Concursal), no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor y se suspenderán las ya iniciadas, salvo las ejecuciones de créditos de derecho público. Esta paralización durará hasta que (a) se formalice un acuerdo «colectivo» de refinanciación; (b) se admita a trámite la solicitud de homologación judicial de un acuerdo de refinanciación; (c) se adopte un acuerdo extrajudicial de pago; (d) se obtengan adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; o (e) se declare el concurso. Asimismo, se prohíbe la iniciación de ejecuciones singulares promovidas por acreedores titulares de pasivos financieros cuando se justifique que un porcentaje no inferior al 51% de los acreedores titulares del pasivo financiero hubiera apoyado el inicio de negociaciones de un acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar ejecuciones mientras tanto.
- Concurso: la paralización de las ejecuciones una vez declarado el concurso se ha limitado por el Real Decreto a aquellos bienes que resulten necesarios (y no a los «afectos» tal y como establecía la redacción anterior) para la actividad profesional o empresarial del deudor. Por otra parte, se impide la paralización de ejecuciones de garantías reales sobre acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que esto no suponga una causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales de esta sociedad que le permitan seguir explotando el activo o continuar su actividad.

— Homologación de acuerdo de refinanciación: una vez admitida a trámite la solicitud de homologación, se paralizarán las ejecuciones hasta que se acuerde la homologación. Una vez homologado, solo se podrán iniciar ejecuciones singulares o de garantías reales si se declarara judicialmente un incumplimiento del acuerdo de refinanciación.

(iv) *Calificación del concurso*: se presumirá dolo o culpa grave del deudor o, en su caso, de sus representantes cuando se nieguen, sin causa razonable, a capitalizar créditos o emitir valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un Acuerdo Colectivo de refinanciación o de un acuerdo de refinanciación homologable siempre que el acuerdo reconozca en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre los valores o instrumentos emitidos o derivados de la capitalización, en caso de que los acreedores los enajenen. La capitalización se entenderá razonable si, con anterioridad a la negativa del deudor, así lo ha declarado un experto independiente. Los socios que se hubieran negado a la capitalización o emisión de instrumentos convertibles y los representantes del deudor que la hubiesen dificultado podrán ser considerados cómplices.

(v) *Homologación judicial*: el Real Decreto revisa sustancialmente el mecanismo de homologación judicial ampliando sus efectos frente a los acreedores no participantes o disidentes sin garantía real y aclarando su alcance frente a los acreedores con garantía real:

— Los acreedores que se tendrán en cuenta a efectos de la homologación serán los que sean titulares de pasivos financieros, estén o no sometidos a supervisión financiera. Así, se sustituye «*pasivo titularidad de entidades financieras*» por «*pasivo financiero*». Cualquier otro acreedor podrá también adherirse voluntariamente al acuerdo homologado.

Cuando parte del pasivo financiero incluya préstamos sindicados, se entenderá que todos los acreedores titulares del préstamo sindicado se adhieren al acuerdo de refinanciación si vota a favor el 75% del pasivo representado por el préstamo o la mayoría inferior que, en su caso, se hubiera pactado en el contrato de préstamo sindicado.

— Nuevo concepto de valor de la garantía real (en adelante, el «*Valor de la Garantía Real*») que será la diferencia entre los 9/10 del valor razonable del activo de la garantía menos las deudas con garantía real preferente sobre el activo, sin que, en ningún caso, el Valor de la Garantía Real pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente.

Por ello, el acreedor que tenga una garantía real tendrá a su vez (i) un importe cubierto (en adelante, el «*Importe Cubierto*») por el crédito que no exceda del Valor de la Garantía Real; y (ii) el importe del crédito que exceda del Valor de la Garantía Real (en adelante, el «*Importe No Cubierto*») y al que se extenderán los efectos de la homologación en las mismas condiciones que los créditos sin garantía real.

— Los acuerdos de refinanciación homologados no serán objeto de rescisión concursal si satisfacen todos los requisitos previstos para los Acuerdos Colectivos de refinanciación. En cuanto a los efectos de las distintas categorías de acuerdos de refinanciación homologables:

- a) Aquellos suscritos por acreedores cuyos créditos representen al menos un 51% del pasivo financiero: sus efectos no se extenderán a los acreedores no participantes o disidentes.
- b) Aquellos suscritos por acreedores cuyos créditos representen al menos un 60% del pasivo financiero: se podrán imponer, sobre los créditos sin garantía real y el Importe No Cubierto de los acreedores no participantes o disidentes (i) esperas con plazo superior a 5 años y (ii) la conversión de créditos en préstamos participativos durante el mismo plazo. Cuando el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen el 65% del Importe Cubierto de los créditos de todos los acreedores titulares de pasivo financiero, los mismos efectos podrán extenderse sobre el Importe Cubierto de los créditos con garantía real de los acreedores no participantes o disidentes.
- c) Aquellos suscritos por acreedores cuyos créditos representen al menos un 75% del pasivo financiero: se podrán imponer, sobre los créditos sin garantía real y el Importe No Cubierto de los acreedores no participantes o disidentes (i) esperas superiores a 5 años



hasta un máximo de 10 años; (ii) quitas (sin límite aparentemente); (iii) conversión de los créditos en acciones o participaciones del deudor; (iv) conversión de los créditos en préstamos participativos superiores a 5 años hasta un máximo de 10 años, obligaciones convertibles, préstamos subordinados, préstamos con intereses capitalizables y otro instrumento financiero con rango, vencimiento o características distintas de la deuda original; o (v) cesiones de bienes o derechos en pago de la totalidad o parte de la deuda. Los mismos efectos podrán extenderse sobre el Importe Cubierto de los créditos con garantía real de los acreedores no participantes o disidentes, cuando el acuerdo hubiera sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen el 80% del Importe Cubierto de los créditos de todos los acreedores titulares de pasivo financiero.

- El juez de la homologación solo dispondrá de un plazo de quince días para dictar su resolución y se limitará a verificar la concurrencia de las mayorías previstas a efectos de homologación. La existencia de un sacrificio de carácter desproporcionado no se revisará de oficio, sino que tendrá que invocarse por los acreedores no participantes o disidentes que decidan impugnar la resolución de homologación.

## Poder Judicial

### *Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*

El pasado 4 de abril de 2014 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, que contiene una reforma de carácter estructural con la que se propone un cambio radical del modelo de la organización de la Justicia española para adaptarla a las necesidades actuales.

El texto propuesto se estructura en siete libros, en los cuales se contienen importantes novedades que se pasa a examinar.

En el Libro I se regula la titularidad y el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Las principales modificaciones en este ámbito son las siguientes:

(i) Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos en los que España haya sido demandada y en que se declare la violación de un derecho, siempre que esa vulneración haya sido relevante o determinante del fallo, permitirán la interposición, ante el Tribunal Supremo, de un recurso de revisión de la resolución judicial firme dictada por el correspondiente Tribunal español en el proceso *a quo*, a instancia de quien hubiera sido demandante ante dicho Tribunal. Atendiendo a la naturaleza del derecho vulnerado, al contenido de la sentencia y demás circunstancias, el Tribunal Supremo decidirá si procede o no la nulidad de la resolución impugnada, su alcance y, en su caso, el dictado de una segunda sentencia u otras actuaciones.

(ii) Se fortalece la independencia de los jueces a través de las dos vías siguientes:

- El Consejo General del Poder Judicial podrá ordenar, a quien perturbe o inquiete a los jueces, el inmediato cese en dicha conducta, cuya continuación será constitutiva de delito contra la Administración de Justicia.

- Si tal conducta perturbadora de la independencia afecta a un juez que actúa unipersonalmente, este podrá solicitar que formen Sala con él otros dos jueces del mismo Tribunal, a efectos de resolver el asunto de que se trate.

(iii) Se suprime la responsabilidad civil directa del juez, que pasará a equipararse al régimen común de los funcionarios: una vez declarada la responsabilidad patrimonial del Estado por una actuación judicial, será este quien podrá exigir la repetición al juez, siempre que el daño se hubiese debido a dolo o culpa grave.

(iv) El Anteproyecto establece que determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo tendrá carácter de doctrina jurisprudencial vinculante, que será de obligada aplicación para todos los jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

El Pleno de cada una de las Salas del Tribunal Supremo se reunirá trimestralmente para decidir cuáles de los fundamentos de derecho de las resoluciones que hubiera dictado en ese periodo

pasarán a formar parte de la doctrina jurisprudencial vinculante, que será publicada en el *BOE*, momento a partir del cual producirá efectos.

(v) Se crea la figura de la cuestión jurisprudencial previa como nueva vía de diálogo entre el Tribunal Supremo y los órganos judiciales inferiores. Esta cuestión jurisprudencial previa puede ser planteada por jueces y Secciones Colegiadas, de oficio o a instancia de parte, cuando consideren que a) la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al caso y que sea determinante del fallo contradice la doctrina del Tribunal Constitucional en material de garantías constitucionales o resulta contradictoria con otros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la misma materia; o b) la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al caso y que sea determinante del fallo puede producir, con efectos generales, situaciones de injusticia manifiesta por la desproporción de las consecuencias en su aplicación.

En el primero de los supuestos, el criterio expresado por el Tribunal Supremo al resolver la cuestión pasará a formar parte de la doctrina jurisprudencial vinculante. En el segundo de los supuestos, el criterio adoptado en la sentencia que resuelva la cuestión jurisprudencial tendrá carácter vinculante si así se hace constar en ella.

La cuestión jurisprudencial previa se planteará a través de un auto que se elevará al Pleno de la Sala del Tribunal correspondiente una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, después de oír a las partes sobre la pertinencia de su planteamiento. Si el Pleno entiende que se debe presentar la cuestión jurisprudencial previa, la elevará al Tribunal Supremo.

El Libro II regula la organización y funcionamiento de los Tribunales, en los que se introducen tres novedades especialmente significativas. La primera de ellas es que el periodo de actividad de los Tribunales se extenderá durante todo el año. Así, el mes de agosto será hábil para la realización de aquellas actuaciones que prevean las correspondientes leyes procesales y, en todo caso, para aquéllas cuya demora pueda causar perjuicios irreparables o afectar al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

La segunda novedad significativa en la organización de los Tribunales es, precisamente, la determinación de los Tribunales que ejercerán la potestad jurisdiccional, que serán el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y los Tribunales Provinciales de Instancia, el nuevo órgano judicial de primera instancia.

En cada uno de estos órganos jurisdiccionales, además de sus Salas específicas, existirá también una Sala de Asuntos Generales, que conocerá de las causas de recusación previstas en la Ley y de aquellas otras competencias que las leyes le puedan atribuir.

*Por lo que se refiere a los Tribunales Provinciales de Instancia*, su demarcación territorial será la provincia, salvo el caso de las ciudades de Ceuta y Melilla, que tendrán su propio Tribunal.

Estos Tribunales tomarán el nombre de la correspondiente provincia, en cuya capital tendrán su sede oficial. No obstante, se podrán establecer sedes desplazadas de todas o alguna de las Salas de estos Tribunales en aquellas localidades y municipios del territorio provincial en los que, a la entrada en vigor de esta futura Ley, estuvieran radicadas sedes judiciales distintas de los Juzgados de Paz, en atención a la valoración conjunta de las siguientes circunstancias: volumen y dispersión de la población en el territorio provincial; relevancia de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales existentes; distancia de la sede desplazada a la capital de la provincia; tiempo de desplazamiento en transporte público desde la sede desplazada a la capital de la provincia; insularidad del territorio provincial; carácter uniprovincial de la Comunidad Autónoma; especiales características orográficas o geográficas del territorio provincial y, singularmente, las que dificulten los desplazamientos a la capital de la provincia; existencia, estado y posibilidad de aprovechamiento de edificios e infraestructuras judiciales existentes en la sede desplazada; y posibilidad de amortización y recuperación de las inversiones efectuadas en los edificios e infraestructuras judiciales de la sede desplazada.

Cada Tribunal Provincial de Instancia contará con cuatro Salas, una por cada orden jurisdiccional. Cada Sala se podrá integrar por Secciones Colegiadas (un mínimo de tres jueces) y por Unidades Judiciales (un único juez). Siempre que el número de jueces lo permita, en la Sala de lo Civil se podrán establecer Unidades o Secciones especializadas en materia mercantil y familia; en la Sala

de lo Penal, especializadas en garantías de instrucción, enjuiciamiento, violencia sobre la mujer, menores, ejecución de penas, medidas de seguridad y delitos económicos; y, en la Sala de lo Contencioso-Administrativo, especializadas en materia tributaria. Además, podrán establecerse en las distintas Salas Unidades o Secciones especializadas para el conocimiento de determinados asuntos siempre que se justifique su existencia por razón del volumen de asuntos o de la materia.

Por su parte, *los Tribunales Superiores de Justicia* ven ampliadas sus competencias, por cuanto están llamados a operar como órgano judicial de segunda instancia o apelación en todos los órdenes jurisdiccionales.

*Finalmente, la Audiencia Nacional* estará compuesta por cinco Salas: Sala Penal de Instancia, Sala Contencioso-Administrativo de Instancia, Sala Penal Superior, Sala Contencioso-Administrativo Superior y Sala Social Superior. En el caso de las Salas de Instancia Penal y Contencioso-Administrativo, se les atribuyen los asuntos actualmente correspondientes a los Juzgados Centrales de lo Penal y de lo Contencioso-Administrativo, así como las que hoy tiene en única instancia la Sala de lo Penal.

No se introducen modificaciones significativas respecto del Tribunal Supremo.

La tercera de las novedades que incorpora el Libro II del Anteproyecto guarda relación con la figura de los aforados. Así:

- Se restringe el número de aforados a aquellos que establece la Constitución y a los incorporados en los distintos Estatutos de Autonomía, a los que se añade la figura de la Reina consorte, el Príncipe heredero y su consorte.
- Aunque abandonen el puesto que les dio la condición de aforados, seguirán siendo enjuiciados por el Tribunal que les correspondía por dicha condición, siempre que el delito hubiera sido cometido en el ejercicio del cargo.

En el Libro III, dedicado a la carrera judicial, la principal novedad viene dada por la supresión de las categorías judiciales: de ahora en adelante, solo existirán jueces, si bien, quienes lo deseen, podrán, a efectos honoríficos, utilizar el tratamiento de magistrado, siempre que tengan seis años de antigüedad.

También son destacables las siguientes novedades:

- (i) El sistema general de acceso a la carrera judicial seguirá siendo por oposición libre. Se prevé, no obstante, que quienes la aprueben se sometan a un examen de aptitud psicológica, a fin de evitar que personas inidóneas se integren en la judicatura.
- (ii) Se introducen las llamadas pruebas de excelencia y especialización. Se trata de un concurso-oposición que se convocará cada dos años, y a la que podrán concurrir quienes ya pertenezcan a la carrera judicial y tengan un mínimo de cuatro años de antigüedad. Aquellos que las aprueben tendrán preferencia para ocupar plazas correspondientes al orden jurisdiccional de su especialidad.
- (iii) Se reconoce el derecho de libre asociación profesional de los jueces y se regula la financiación de estas asociaciones para garantizar su independencia e imparcialidad. El Consejo General del Poder Judicial será el encargado de determinar, por reglamento, los criterios para la concesión de las subvenciones destinadas a sufragar los gastos estructurales imprescindibles para el funcionamiento ordinario de estas asociaciones.

El Libro IV recoge la regulación del Consejo General del Poder Judicial. En esta regulación se incorpora, sin modificaciones significativas, la nueva estructura y organización del Consejo introducida por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial. Las novedades de esta Ley ya fueron comentadas en un número anterior de esta Revista (n.º 35), por lo que no se reiterarán en este número.

Por su parte, los Libros V, VI y VII tratan, respectivamente, de los letrados de la Administración de Justicia (nueva denominación que recibirán los actuales secretarios judiciales), de los demás cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y de las instituciones que cooperan con dicha Administración.

**[Portugal]****Organização  
Judiciária –  
Regulamentação da  
Lei da Organização do  
Sistema Judiciário***Decreto-Lei n.º 49/2014, de 27 de março (DR 61, Série I, de 2014-03-27)*

O presente diploma regulamenta a Lei da Organização do Sistema Judiciário e estabelece o regime aplicável à organização e funcionamento dos tribunais judiciais de primeira e de segunda instâncias e do Supremo Tribunal de Justiça. O presente diploma entrará em vigor no dia 1 de setembro de 2014 e, com ele, entrará também em vigor a Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, DR 163, Série I, de 2013-08-26).

**2 · JURISPRUDENCIA****Societario. Requisitos  
para exigir  
responsabilidad a los  
administradores  
sociales***Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de septiembre de 2013*

La Audiencia Provincial de Madrid recuerda los requisitos para que pueda prosperar la acción individual de responsabilidad regulada en los artículos 236 y 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital: (i) un comportamiento activo u omisivo antijurídico del administrador; (ii) que la acción u omisión se desarrolle por el administrador o administradores, de hecho o de derecho, precisamente en concepto de tales; (iii) la producción de un daño directo a los intereses del socio o del tercero; y (iv) una relación causal que debe ser directa entre aquel comportamiento y este resultado.

Establece la Audiencia que la responsabilidad de administradores sociales es de naturaleza indemnizatoria y que exige, por ello, que el socio o tercero que reclama hubiese sufrido, al tiempo de la interposición de la demanda, un daño directo como consecuencia de la actuación que se reprocha al administrador demandado. Por tanto, la acción carece de una finalidad preventiva y no persigue atender a la cobertura de eventuales daños o perjuicios que en el futuro pudiera llegar a sufrir el demandante.

Así pues, el daño debe haberse inferido de modo directo en el patrimonio de la parte actora, no bastando con una repercusión mediata o indirecta en aquel. Como ha declarado consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la única indemnización que puede solicitarse para sí mismo es aquella que tenga por objeto remediar un daño siempre originado directamente por la conducta del administrador. La parte actora debería, por lo tanto, establecer y demostrar la existencia de perjuicios concretos para ella derivados directamente de la conducta reprochada al administrador demandado y además que la cifra que reclama como resarcimiento se ajustaría precisamente a ello.

**El derecho de un  
accionista a solicitar  
información sobre las  
operaciones de *cash  
pooling* de la sociedad  
a la hora de aprobar  
las cuentas anuales***Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 2014*

En la sentencia se enjuicia el alcance del derecho información de los accionistas de las sociedades de capital.

La sociedad demandante, accionista minoritaria de la sociedad demandada, consideró vulnerado su derecho de información al no entregársele los documentos contractuales relativos al *cash pooling* (existente entre la sociedad demandada y su sociedad dominante) solicitados por escrito, tras la convocatoria de la junta para la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad. La demandada, por su parte, alegó que la denegación se fundó en que la información solicitada era irrelevante a los efectos del orden del día de la junta y en que su publicidad podía ser perjudicial para la sociedad demandada (y la actora tenía un porcentaje inferior al 25% del capital social).

El fallo de la Audiencia se basa en la reciente sentencia del TS de 19 de septiembre de 2013, en la que se resuelve sobre el alcance del derecho de información de los socios en las sociedades de capital. En base a la referida sentencia, la Audiencia entiende que el examen y aprobación de las cuentas anuales y de la gestión de los administradores no puede quedar constreñido exclusivamente a los datos relacionados «directamente» con la contabilidad. El socio, además

de tener derecho a examinar y obtener los documentos enumerados en el actual artículo 272.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, podrá solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas para controlar las cuentas y la gestión del órgano de administración, teniendo 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 el órgano de administración deberá contestar siempre que concurren los indicados requisitos que operan como límite a la obligación de transparencia.

Por lo que atañe a la relación de la información relativa a la cuenta de *cash pooling* con el orden del día de la junta y, en concreto, con el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio, la Audiencia entiende que es legítimo el interés de la accionista obtener aclaraciones sobre esa cuenta centralizada y, en consecuencia, legítima también la solicitud de información formulada al respecto antes de la junta. Además, el hecho de que la actora no demandara información sobre la cuenta de *cash pooling* en ejercicios anteriores no habría de impedirle ejercer su derecho de información en la junta en examen.

Por otra parte, y en relación con el alegado perjuicio al interés de la sociedad por la publicidad de la información solicitada, entiende la Audiencia que el enjuiciamiento del carácter perjudicial o no para el interés social no puede entenderse como una potestad libérrima y discrecional, sino requerida de una base razonable. De lo contrario, el derecho de información de los socios que no representen, al menos, la cuarta parte del capital social, podría quedar reducido a la nada. Ni la sociedad demandada ni la sentencia de primera instancia exponen, a criterio de la Audiencia, por qué perjudicaría al interés social la entrega al socio de una copia del contrato de *cash pooling* o de la información relativa al contrato.

**Consumo.  
Responsabilidad por  
producto defectuoso:  
el lugar del hecho  
causante del daño es  
el de fabricación del  
producto**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de enero de 2014*

La sentencia resuelve sobre una petición de decisión prejudicial de la Corte Suprema de Justicia de Austria sobre la interpretación del artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) 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.

La petición se planteó en el marco de un litigio entre un residente en Salzburgo (Austria) y una empresa fabricante de bicicletas con domicilio social en Alemania. El origen del procedimiento se fundamentaba en una acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados por productos defectuosos, entablada en los tribunales austriacos a raíz de un accidente sufrido en Alemania con una bicicleta fabricada en este Estado miembro, pero comprada a un minorista en Austria.

Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta a las cuestiones prejudiciales que se le plantearon estableció que el artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se exija la responsabilidad de un fabricante debido a un producto defectuoso, el lugar del hecho causante del daño es el lugar de fabricación del producto de que se trate.

**Criterios de  
interpretación de  
cláusulas abusivas en  
contratos celebrados  
con consumidores**

*Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de enero de 2014 y de 27 de febrero de 2014*

En el marco de un procedimiento judicial iniciado por un consumidor español instando la nulidad de dos cláusulas contractuales recogidas en el contrato de compraventa de una vivienda, la Audiencia Provincial de Asturias planteó cuestión prejudicial en relación con una cláusula contractual por la que se repercute al consumidor el pago de una cantidad cuyo abono corresponde legalmente al profesional. En concreto, se consultó si el desequilibrio al que se refiere el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se produce por el solo hecho de repercutir al consumidor una obligación de pago que corresponde por ley al profesional o si, dado la Directiva exige que el desequilibrio sea importante, ha de exigirse además una repercusión económica significativa para el consumidor en relación con el importe total de la operación.

Así las cosas, la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2014 recuerda que corresponde al tribunal nacional valorar si el profesional ha cumplido la carga de probar que el contrato se negoció individualmente con el consumidor y, sentando lo anterior, establece que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que:

(i) La existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables. Ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

(ii) Incumbe al tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de este.

Por otra parte, un Juzgado municipal de Eslovaquia consultó de forma prejudicial al TJUE si los artículos 6.1, 7.1 y 8 de la Directiva 93/13/CEE, en relación con los artículos 38 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se oponen a una disposición de derecho nacional eslovaco, que inadmite la intervención de una asociación para la defensa de los derechos de los consumidores en un procedimiento de ejecución de laudo arbitral firme.

Sostiene el TJUE que ni la Directiva 93/13 ni las Directivas que la sucedieron, que completan el régimen normativo de protección de los consumidores, contienen disposición alguna que regule el papel que pueden o deben desempeñar las asociaciones para la defensa de los consumidores en el marco de litigios individuales que afecten a un consumidor, por lo que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales normas, en virtud del principio de la autonomía procesal. Únicamente existe la obligación de los Estados miembros de asegurarse de que estas normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión (principio de efectividad).

Por lo que se refiere al artículo 38 de la Carta, este dispone que en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores. Sin embargo, al no existir en esta Directiva una disposición que establezca el derecho de las asociaciones para la defensa de los consumidores a intervenir en los litigios individuales que afecten a un consumidor, el artículo 38 de la Carta, como tal, no puede imponer una interpretación de la referida Directiva en el sentido de que ha de reconocerse tal derecho.

Lo mismo puede afirmarse respecto del artículo 47 de la Carta, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, que implica la prestación de asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes.

**Requisitos de la anulabilidad por error en el consentimiento en relación con la adquisición de productos financieros, en el ámbito de la denominada normativa MiFID**

*Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2014*

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha confirmado la nulidad de un contrato de *swap*, por vicio en el consentimiento del cliente, al que, con infracción de la específica normativa aplicable —omitiendo los preceptivos test de conveniencia e idoneidad—, la entidad financiera no informó debidamente.

La sentencia de la Sala analiza en primer lugar el alcance de los deberes de información y asesoramiento desde la óptica de la normativa MiFID. Este deber de información no se reduce a que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que comprende «orientaciones y advertencias» al cliente sobre «los riesgos asociados» a los instrumentos financieros.

A tal fin se debe realizar al cliente un test de conveniencia, que valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Las exigencias del denominado test de conveniencia son menores que las del denominado test de idoneidad, el cual opera cuando además se ha prestado por la entidad financiera un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras.

La sentencia recuerda, además, que de conformidad con la normativa MiFID se entenderá que existe asesoramiento financiero cuando la entidad realice una recomendación personalizada a un cliente para que realice una inversión *atendiendo a sus circunstancias personales*.

En el supuesto analizado, se declara que la entidad financiera llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero en el que omitió el juicio de idoneidad.

Acreditado el incumplimiento de los deberes de información, la Sala analiza en segundo lugar sus consecuencias para la validez del contrato. Así, se concluye que, aunque una infracción de los deberes de información no siempre se traduce en un error vicio del consentimiento (pues puede ocurrir que el cliente ya conociera el contenido de esa información), la previsión legal del deber de información podría permitir apreciar la existencia de una representación equivocada del cliente minorista en la contratación de estos productos financieros cuando no se hayan comunicado adecuadamente los riesgos ligados al producto con carácter previo.

En la misma línea, la Sala también analiza las consecuencias de la no realización de los test de conveniencia e idoneidad para la apreciación de error en el consentimiento. En este sentido, la sentencia declara que la omisión del test puede llevar a presumir la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y, por lo tanto, conllevar la nulidad del contrato. Pero, igualmente, el efecto no es automático.

**Resolución contractual de compraventa participaciones preferentes por incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera**

*Sentencia de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de enero de 2014*

La sentencia resuelve el recurso de apelación interpuesto por 44 demandantes iniciales contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia 56 de Madrid que desestimaba su demanda. Los actores ejercitaron en la instancia, entre otras acciones, la de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones del banco en el asesoramiento de inversiones financieras en participaciones preferentes emitidas por Lehman Brothers, Kaupthing y Landsbanki.

La sentencia de la Sala estima los motivos de apelación y considera que existió una defectuosa información por parte de la entidad financiera a sus clientes en dos planos distintos: (i) en primer lugar, en cuanto a la información ofrecida sobre el contexto económico en 2006; y (ii) en segundo lugar, en cuanto a la concreta naturaleza y características de las participaciones preferentes adquiridas.

En concreto, la Sala considera que los primeros síntomas de la crisis financiera se manifestaron en 2006 y que su eclosión fue la quiebra del banco Lehman Brothers en el 2008. Se afirma, con base en los informes periciales aportados con la demanda, que no se hizo un adecuado seguimiento de la evolución de riesgo de la entidad bancaria estadounidense y, en consecuencia, no se recomendó adecuadamente a los inversores deshacer sus inversiones en esa entidad.

Por su parte, en cuanto a las participaciones preferentes de los bancos islandeses, se afirma en la sentencia que el sistema bancario islandés era esencialmente especulativo ya en 2006, según el propio Fondo Monetario Internacional.

En definitiva, se considera que en el ámbito general de las finanzas se tenía (o al menos se podía y debía tener) conocimiento de todos esos movimientos, alertas, temores y presagios que debieron condicionar al banco a la hora de ofrecer productos a sus clientes.



Adicionalmente, la Sala afirma que la entidad financiera no explicó la naturaleza y las características de las participaciones preferentes a unos clientes que, como minoristas, eran difícilmente capaces de percibir el riesgo de esas inversiones.

**Nulidad de la cláusula suelo por abusiva y condena a devolver los importes indebidamente cobrados con base en esta cláusula desde la perfección del contrato** *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de diciembre de 2013*

Declarada nula por abusiva una cláusula suelo, la Audiencia Provincial de Barcelona condena a la entidad financiera a la devolución de los importes indebidamente cobrados desde la perfección del contrato de financiación hasta la firmeza de la sentencia estimatoria de la demanda de nulidad.

En esta resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona aplica un criterio distinto al establecido en la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, que declaró la nulidad de las cláusulas suelo, pero sin efectos retroactivos. La Audiencia Provincial se aparta del criterio anterior alegando la distinta naturaleza de los casos enjuiciados por el Tribunal Supremo —acción colectiva de cesación— y ahora por la Audiencia Provincial —acción individual de nulidad— y la inexistencia en este caso de un «*riesgo de trastornos graves con trascendencia para el orden público económico*» (como sí ocurría en el enjuiciado por el TS).

Esta sentencia contiene un voto particular del magistrado Sr. José María Ribelles Arellano, en el que el magistrado discrepante manifiesta que la Audiencia Provincial de Barcelona se ha apartado injustificadamente del criterio establecido por la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, argumentando que en el caso enjuiciado sí que existe un riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, en la medida en que el alto Tribunal no asocia este riesgo con el tipo de acción ejercitada —colectiva o individual—, sino con «*la habitualidad de la cláusula y con la extensión de la doctrina jurisprudencial a multitud de contratos*».

**Nulidad por abusiva de la cláusula de liquidación de un contrato de financiación que permitía vencer anticipadamente la deuda sin notificar el ejercicio de dicha facultad al deudor** *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de octubre de 2013*

En primera instancia, el Juzgado de Alzira había considerado que la condición general de liquidación denunciada (cláusula que permitía vencer anticipadamente la deuda sin notificar el ejercicio de esa facultad al deudor) era válida al estar amparada en el artículo 10 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (por tratarse de un préstamo para la adquisición de un vehículo), relativo a la facultad de vencimiento anticipado en favor del acreedor.

La Audiencia Provincial de Valencia revisa el fallo de primera instancia y declara nula por abusiva esta condición general, declarando que no procede la aplicación de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y concluyendo que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado debe ser comunicada necesariamente al deudor, ya que conlleva no solo la pérdida del plazo de amortización del préstamo y la consecuente obligación de abonar su importe total, sino también la aplicación de una sanción al consumidor, consistente en el devengo de los intereses de demora sobre el importe total adeudado, sin haberle dado la oportunidad de abonar el importe reclamado.

**Medidas cautelares de suspensión de la aplicación de una cláusula suelo** *Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Málaga, de 28 de enero de 2014*

El Juzgado de lo Mercantil 1 de Málaga estima la medida cautelar solicitada, ordenando la suspensión de la aplicación de una cláusula suelo para garantizar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria de la petición de nulidad de dicha estipulación, al considerar que la medida adoptada encuentra amparo legal en el artículo 727.7.º de la LEC y que concurren los requisitos de apariencia de buen derecho y de peligro por la mora procesal.

En relación con el peligro por la mora procesal, el Juzgado precisa que el riesgo de que la entidad financiera sea condenada a la devolución de cantidades y no disponga de efectivo para ello es inexistente. Sin embargo, introduce en su argumentación que en este caso sí existiría una suerte de «*peligro por mora procesal impropio*» con base en la doctrina sentada por la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, al haberse declarado por el alto Tribunal que las cantidades cobradas por aplicación de cláusulas declaradas abusivas no se devolverían a los clientes de forma retroactiva, sino tan solo las abonadas desde la fecha de publicación de la sentencia en adelante.

De este modo, de no estimarse la medida, la parte actora se vería obligada a abonar todas las liquidaciones de la cláusula declarada abusiva devengadas durante la pendencia del proceso y hasta la publicación de la sentencia, incluso en el caso de que eventualmente se estimara la pretensión de nulidad por abusiva de la cláusula suelo. Sobre la base de esta consideración, el Juzgado estima la existencia de peligro en la mora procesal, acordando la suspensión de la aplicación de la cláusula como la única forma de evitar el daño al demandante.

**Se declaran nulas por abusivas las cláusulas en las que el inversor declara conocer el contenido y significado de la inversión, que esta se ha hecho a su iniciativa**

*Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 1 de Oviedo de 5 de diciembre de 2013*

La Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE) interpuso acción de cesación por considerar abusivas tanto algunas de las condiciones generales utilizadas por la entidad en sus contratos como las prácticas utilizadas durante la comercialización de deuda subordinada. Asimismo, la actora afirmó la existencia de una posición no equitativa entre las partes y solicitó, en consecuencia, la declaración de ineficacia de las inversiones, así como del posterior canje obligatorio por acciones, con devolución de las cantidades entregadas.

El Juzgado considera que la inclusión de una cláusula contractual por la que el consumidor manifiesta conocer el contenido y significado de la inversión no puede suplir los eventuales defectos de información. En consecuencia, declara nula por abusiva esta cláusula y la tiene por no puesta en el contrato. Igual destino corren la cláusula por la que el inversor declara que la operación se ha realizado bajo su iniciativa y, por lo tanto, no procede la realización del test MiFID, así como aquella por la que el cliente desiste de cualquier acción judicial contra la entidad. En definitiva, el juzgador considera que se trata de cláusulas abusivas por cuanto exigen al consumidor declarar su conformidad con hechos ficticios y limitan de forma inadecuada sus derechos.

Por otra parte, la entidad demandada argumentó que la adhesión de los clientes al canje de las obligaciones en acciones impuesto por el FROB habría supuesto la convalidación del contrato. Sin embargo, la sentencia considera que no cabe la convalidación de un contrato nulo de pleno derecho, máxime cuando el canje en acciones fue obligatorio e impuesto por el FROB.

Con carácter adicional, la sentencia analiza si una asociación de consumidores, en el ejercicio de una acción colectiva, puede pedir la ineficacia de un contrato basándose en la ausencia o defecto de información. El Juzgado concluye que es posible demandar la nulidad de estas cláusulas en masa sin necesidad de acudir caso por caso al estudio de si el concreto consumidor fue correctamente informado.

Asimismo, la sentencia también estima la pretensión resarcitoria de la actora y declara la ineficacia de las inversiones en la deuda subordinada con devolución de las cantidades invertidas por los clientes.

Finalmente, declara los efectos de cosa juzgada que despliega esta sentencia en relación con todas aquellas personas que cumplan un triple requisito: (i) personas consideradas consumidores y usuarios que hayan efectuado una inversión en obligaciones subordinadas; (ii) que fuesen obligaciones vigentes en 2012 y canjeadas obligatoriamente en acciones; y (iii) incluyesen en su clausulado las disposiciones declaradas nulas por la sentencia.

**Nulidad de un pacto de venta extrajudicial por abusivo, a tenor de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013**

*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Palma de Mallorca de 3 de enero de 2014*

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Palma de Mallorca estima íntegramente la demanda interpuesta y declara la nulidad de la estipulación del contrato de préstamo que permitía al acreedor ejecutar la hipoteca por medio de un procedimiento de venta extrajudicial, señalando expresamente que la declaración de nulidad del pacto relativo a la venta extrajudicial no conlleva la nulidad de la totalidad del contrato ni impide al acreedor el inicio de la ejecución por vía judicial.

Antes de entrar a valorar la cláusula impugnada, en la sentencia se razona que el procedimiento de venta extrajudicial previsto en el artículo 129.1 de la Ley Hipotecaria no es un mero acuer-

do contractual, sino «*un verdadero y propio procedimiento con finalidad ejecutiva*». Por consiguiente, le son extrapolables las conclusiones de la STJUE de 14 de marzo de 2013, y su análisis debe realizarse bajo el prisma de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993.

Sentado lo anterior, en la sentencia se analiza si la cláusula impugnada produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y si se trata de una estipulación contractual fruto de la autonomía de la voluntad de las partes (subrayando que la carga de la prueba del carácter negociado de la cláusula corresponde al profesional).

Así, tras estimarse que la cláusula en cuestión no ha sido negociada de forma individualizada, se concluye que la estipulación relativa a la venta extrajudicial es abusiva, puesto que supone una merma de los derechos del consumidor al no permitirle utilizar la totalidad de los mecanismos de protección dispensados por la Directiva 93/13/CEE y que sí tendría en sede judicial, enfatizando que la diferencia de tratamiento entre el procedimiento judicial y extrajudicial no tiene justificación alguna.

**Nulidad de cláusula de cancelación automática en billete de transporte aéreo de pasajeros**

*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao de 26 de noviembre de 2013*

La demanda se inicia a instancia de un pasajero al que le fue denegado el embarque en un vuelo comercial para el que el actor había adquirido un billete de ida y vuelta, pero, al no utilizar la ida, la compañía aérea canceló el billete de vuelta denegándole el embarque en el vuelo contratado inicialmente.

Frente a las reclamaciones interpuestas por el pasajero, la compañía aérea alegó que el contrato permitía su actuación y que la cancelación automática del billete en el caso de no viajar el pasajero a la ida estaba justificada.

El Juzgado entiende que la referida cláusula no puede tener encaje en la normativa sobre condiciones generales de la contratación ni de consumidores y usuarios, y la considera abusiva porque la compañía aérea se exonera unilateralmente de cumplir un transporte de vuelta cuando éste se ha abonado conforme al precio pactado. Entiende además el Juzgado que la referida cláusula es desproporcionada, al perseguir un beneficio ulterior de la compañía para disponer del viaje de vuelta a pesar de haber cobrado todo el precio fijado contractualmente. Por todo ello, la sentencia condena a la compañía aérea a compensar a su cliente.

**Amparo constitucional. El Tribunal Constitucional matiza su doctrina sobre el agotamiento de la vía judicial previa para interponer recurso de amparo**

*Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 2013*

En el caso enjuiciado, derivado de un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, el TS estimó el recurso de casación que se le planteó por una de las partes, casando la sentencia de la Audiencia Provincial y haciendo suya la de primera instancia. Frente a la sentencia del alto Tribunal, la parte no beneficiada recurrió en amparo dando lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional comentada.

La resolución es novedosa porque ante la alegación de inadmisión del recurso por falta de agotamiento de la vía judicial previa (por no haberse interpuesto incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia del TS) el Constitucional matiza su doctrina sentada en el Auto 200/2010 de 21 de diciembre.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional aclara que la doctrina del agotamiento de la vía judicial previa no se aplica en todos los casos, sino únicamente a aquellos en los que la lesión del derecho fundamental en cuestión sea atribuible *ex novo* a la sentencia que cierra la vía judicial previa al amparo (en este caso, la sentencia del TS). En efecto, la doctrina del agotamiento de la vía judicial previa no será de aplicación a aquellos supuestos en los que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse (en las tres instancias previas) sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional.

Por tanto, el Tribunal Constitucional sostiene que aun cuando el incidente de nulidad pudiera ser formalmente procedente, resulta en esos casos materialmente inútil porque comporta pedirle al órgano judicial que se retracte sobre lo que ya ha resuelto en resoluciones previas.

**Nulidad de la desestimación de la petición de suspensión por prejudicialidad penal de un procedimiento de ejecución hipotecaria**

*Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 2014*

El Tribunal Constitucional otorga el amparo a una ciudadana cuyo derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución motivada, fue vulnerado en un procedimiento de ejecución hipotecaria que pesaba sobre su vivienda familiar. En concreto, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional declara la nulidad de las cuatro resoluciones judiciales impugnadas y ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la primera de ellas, dictada en el mes de marzo de 2011.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo por entender que las resoluciones recurridas vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante, toda vez que incurrieron en un error patente al entender que la segunda cuestión prejudicial formulada por la parte ejecutada ya había sido resuelta con anterioridad y que la cuestión «*tiene relevancia constitucional*» al ser determinante de la decisión del Juzgado de denegar la suspensión del lanzamiento solicitada.

La Sala fundamenta su decisión en el especial rigor con el que deben respetarse las garantías procesales en la ejecución hipotecaria, máxime teniendo en cuenta las limitadas posibilidades de defensa de las que dispone la parte ejecutada y las gravosas consecuencias jurídicas que puede acarrear.

Por último, la Sala subraya que excede de su control analizar si concurren los presupuestos para determinar la existencia de una cuestión prejudicial penal, enfatizando que el control constitucional se ciñe a determinar si las resoluciones judiciales impugnadas por la demandante están incursas en manifiesta irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente.

**Arrendamientos. No cabe la moderación de una cláusula penal que no depende del incumplimiento de las obligaciones de un contrato, sino de un hecho específico pactado contractualmente, como es el desistimiento unilateral**

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2014*

En el caso de autos, una sociedad prestadora de servicios firmó un contrato con una residencia de ancianos por el que la primera se comprometía a llevar a cabo el mantenimiento preventivo de los elevadores de la residencia durante 10 años. El contrato incluía una cláusula penal que preveía expresamente el supuesto del desistimiento unilateral de las partes, en cuyo caso debía abonarse la totalidad de cuotas pendientes hasta la finalización del contrato. Transcurrido apenas un año desde la firma del contrato, la residencia receptora del servicio decidió encargar el mantenimiento a una tercera sociedad.

La sociedad prestadora demandó exigiendo el cumplimiento de la cláusula penal y la demandada se opuso acudiendo a la facultad moderadora de los jueces de las cláusulas penales recogida en el artículo 1154 del Código Civil.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la residencia al pago de una cantidad mucho menor a la determinada por la cláusula penal, en aplicación del citado precepto. Por su parte, la Audiencia Provincial confirmó la resolución de instancia ante el recurso de apelación de la sociedad demandante.

El TS resuelve partiendo de la premisa de que la residencia receptora del servicio no tiene la condición de consumidor. Ello descarta cualquier control de la abusividad del clausulado del contrato y remite directamente al régimen general de los contratos y a la voluntad de las partes manifestada en la literalidad del acuerdo.

Considera la Sala que la facultad judicial de moderación de las cláusulas penales procede cuando estas van referidas al incumplimiento de las obligaciones contractuales y el juzgador, en atención a un eventual cumplimiento parcial de la obligación, decide la moderación de la consecuencia penal impuesta en el contrato. En cambio, cuando la obligación penal se aleja de ese plano y viene a prever específicamente un hecho relevante, como es el desistimiento unilateral, queda excluida la facultad de moderación del juez. La producción del evento previsto, el desistimiento en este caso, determina la aplicación de la pena sin necesidad de probar la idoneidad de ese hecho en el plano del incumplimiento contractual y, en consecuencia, de los daños contractuales efectivamente producidos.

En definitiva, el alto Tribunal casa las sentencias de instancia y apelación para condenar a la demandada al pago íntegro de las cuotas pendientes hasta la finalización del contrato, en aplicación estricta de la cláusula penal. Al tratarse de la segunda resolución del TS en este sentido, se fija como doctrina jurisprudencial su contenido.

**No cabe moderación de lo pactado expresamente en el contrato arrendaticio cuando no es una cláusula penal**

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2013*

En el caso de autos una sociedad interpuso acción de indemnización de daños y perjuicios contra su arrendataria por la resolución anticipada del contrato de arrendamiento. Por su parte, la demandada-arrendataria se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando que se les devolviera la fianza, a lo que se allanó la demandante-demandada reconvenccional.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, aunque la Audiencia Provincial de Burgos revisó en apelación la sentencia y estimó el recurso interpuesto por la demandada, moderando el importe que la arrendataria debía abonar a la arrendadora al aplicar la facultad de moderación de la cláusula penal. Frente a tal sentencia, la parte actora interpuso recurso de casación por errónea aplicación de normativa aplicable.

El TS resuelve remitiéndose al contrato de arrendamiento de local suscrito entre las partes. Así, afirma la Sala que en dicho contrato se pactó un plazo de duración del arrendamiento de veinte años, plazo potestativo para la arrendataria, que podía resolverlo con un preaviso de tres meses. No obstante, si la resolución se realizaba dentro de los primeros cinco años, la arrendataria venía obligada a abonar las mensualidades restantes hasta completar los cinco años a la arrendadora en concepto de indemnización de los daños y perjuicios. Por tanto, el alto Tribunal entiende que la cláusula en cuestión no puede ser calificada como «cláusula penal», porque no se prevé para un supuesto de incumplimiento de las partes, sino para el caso que la arrendataria cumpla con lo dispuesto en el contrato. Y en consecuencia, el tribunal *a quo* no tenía facultad moderadora prevista en el artículo 1154 del Código Civil.

**La sentencia concreta la reciente doctrina del Tribunal Supremo, fijando una serie de criterios para cuantificar la indemnización por las legítimas expectativas frustradas tanto para el arrendatario como para la arrendadora en un caso de desistimiento unilateral de un contrato de arrendamiento distinto del de vivienda**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, de 3 de marzo de 2014*

La Sala estima en parte el recurso de apelación interpuesto por una arrendadora que, además de ceder en arrendamiento una superficie comercial por 15 años, había desarrollado una serie de actuaciones distintas de la propia de ceder el uso pacífico de la superficie (localización del inmueble, obra de construcción y adaptación del inmueble a las demandas del arrendatario, gestión de licencias ante las autoridades por cuenta del arrendatario, etc.).

El recurso de apelación se había interpuesto contra una sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Palma que, si bien había acordado la resolución del contrato que unía a esas dos partes por el desistimiento unilateral de la arrendataria (transcurrido apenas un año de la duración del contrato), condenaba a la arrendataria al pago de una indemnización equivalente a 8 meses de renta acordada con la arrendadora.

La Sala confirma la resolución del contrato, pero incrementa la indemnización, al entender que, si bien es cierto que el desistimiento del arrendatario pudiera estar justificado, a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso, la indemnización no satisfacía las legítimas expectativas de la arrendadora.

En concreto, la Audiencia valoró que el contrato no solo era de arrendamiento, sino un contrato atípico o complejo en el que el arrendador asumía otras prestaciones, la duración del contrato no cumplida, la renta vigente y la actual de mercado, las características del inmueble, el coste de obtención de las licencias, la pérdida de las rentas acordadas, el repentino abandono por la demandada, la ejecución por equivalencia que repare el perjuicio patrimonial causado, la distinción entre indemnización por incumplimiento de la de la resolución unilateral del vínculo, el tiempo previsible de cierre hasta un nuevo arrendamiento, el plazo de preaviso, la pérdida de valor de mercado, la razonabilidad de la renta, los gastos de la futura intermediación, las posibles adaptaciones de los locales a futuros arrendatarios y la ubicación de los locales arrendados, entre otros muchos factores o circunstancias.

Por todo ello, la Sala aumentó la indemnización hasta un equivalente a 22 meses de renta como consecuencia del incumplimiento del contrato por el desistimiento unilateral de la arrendataria.

**Concursal. El Tribunal Supremo reitera que la insolvencia a efectos del concurso es diferente del desbalance patrimonial y no equivale necesariamente a la cesación general de los pagos**

*Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014*

La Sala del TS considera que las sentencias de instancia aplican incorrectamente el artículo 2 de la Ley Concursal relativo al presupuesto objetivo del concurso de acreedores, al considerar que la concursada se encontraba en situación de insolvencia en el año 2003 porque en tal ejercicio incurrió en la causa legal de disolución por pérdidas agravadas, al quedar reducido su patrimonio a menos de la mitad del capital social, situación en la que permaneció hasta la declaración de concurso. Este error conceptual fundamentó la calificación del concurso de la sociedad como culpable con base en la supuesta presentación tardía del concurso y la condena a los administradores.

El TS reitera que no puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria. Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapan, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes.

Asimismo, se subraya en la sentencia que, si bien el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones es uno de los hechos reveladores de la insolvencia según el artículo 2.4 de la Ley Concursal, no implica necesariamente que el deudor esté en situación de insolvencia, ya que puede ser objeto de oposición por el deudor, no solo alegando que el hecho revelador alegado no existe, sino también manteniendo que aun existiendo el hecho revelador, no se encuentra en estado de insolvencia. De la misma manera, es posible que incluso no existiendo un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones exista una situación de insolvencia.

**La cesión de créditos anterior a la declaración de concurso del contratista impide el ejercicio de la acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra y tampoco podría estimarse en cualquier caso se si se ha ejercitado una vez declarado el concurso**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 25 de febrero de 2014*

La sentencia, que resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación, se centra en analizar el posible ejercicio de una acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra (*ex* artículo 1597 CC), en el supuesto de que el contratista haya sido declarado en concurso de acreedores y haya cedido con anterioridad el derecho de cobro de todas las facturas emitidas a cargo del dueño de la obra a una entidad bancaria.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción directa y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia por entender que, aunque el contratista hubiera cedido los créditos contra el dueño de la obra a una entidad bancaria mediante un contrato de *factoring*, ello no conlleva la pérdida por parte del subcontratista de su derecho a ejercitar la acción directa frente al comitente.

Frente a dicho pronunciamiento, el dueño de la obra interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en una falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia, al entender que el juez competente para conocer de la acción directa ejercitada era el juez del concurso. Sin embargo, el TS desestima dicho argumento, concluyendo que la acción directa no se ejercita contra el patrimonio de la concursada (que es la contratista), sino que se dirige contra el dueño de la obra, por lo que es el Juzgado de Primera Instancia el que goza de la competencia objetiva.

El comitente también interpone recurso de casación que, en este caso, es estimado por el TS con base en dos motivos diferenciados. En primer lugar, debido a la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 1597 CC y, específicamente, la existencia de una deuda del dueño de la obra frente al contratista en el momento de la reclamación.

El Tribunal sostiene que (i) la cesión del crédito del contratista frente al dueño de la obra a una entidad bancaria había sido comunicada al propio comitente, esto es, al deudor del contratista, y (ii) dicha cesión es anterior al concurso de la cedente y, por tanto, el crédito no forma parte de la masa activa del concurso, circunstancias que conllevan la adquisición por parte de la enti-

dad bancaria de la plena titularidad del crédito, sin que exista deuda alguna del comitente frente al contratista.

En segundo lugar, recuerda el alto Tribunal que la acción del subcontratista contra el dueño de la obra regulada en el artículo 1597 CC cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya ejercitado con anterioridad a la declaración del concurso, resultando indubitado en el presente caso que la reclamación se ha efectuado con posterioridad a la declaración de concurso del contratista.

Por todo ello, el TS estima el recurso de casación interpuesto por el dueño de la obra, a quien absuelve de todas las pretensiones ejercitadas contra él.

**Criterios determinantes para la calificación jurídica de los créditos devengados tras la declaración de concurso con motivo del mantenimiento en vigor de un contrato de arrendamiento financiero**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 11 de febrero de 2014*

A la hora de reconocer e incluir en la masa pasiva de un concurso el crédito derivado de un contrato de *leasing* que sigue vigente una vez iniciado el procedimiento, el TS ha confirmado la necesidad de analizar las previsiones contractuales convenidas entre las partes en el momento de la firma del contrato.

De esta forma, para que los cuotas de un contrato de *leasing* puedan ser calificadas como crédito contra la masa (*ex* artículo 61.2 de la Ley Concursal), es necesario que exista una auténtica reciprocidad en las obligaciones asumidas por cada una de las partes.

Este requisito ha sido interpretado por la Sala desde la perspectiva de considerar ambas obligaciones principales, aunque no necesariamente han de ser equivalentes. El alto Tribunal distingue la reciprocidad surgida con motivo de la firma del contrato (fase genética) de aquella existente durante la vigencia del acuerdo (fase posterior o funcional).

Por tanto, si del examen del clausulado contractual se desprende que el arrendador financiero ha cumplido íntegramente sus obligaciones con la entrega del bien, los créditos postconcursoales no podrán ser calificados como créditos contra la masa. En este sentido, la Sala razona que, a pesar de que el arrendatario deba seguir abonando las cuotas del arrendamiento financiero, no puede existir una verdadera reciprocidad cuando las obligaciones del arrendador constituyen un mero deber de conducta general, insuficiente para catalogar el contrato como un negocio jurídico con obligaciones recíprocas para ambas partes.

Este pronunciamiento del TS consolida la doctrina interpretativa de este tipo de contratos (*vid.* sentencias del TS de 12 de febrero de 2013, 19 de febrero de 2013, 27 de junio de 2013 y 5 de septiembre de 2013), en lo que a la calificación jurídica de los créditos post concursales se refiere.

**Reconocimiento como crédito contra la masa del gasto derivado del correo remitido por la Administración Concursal a los acreedores para que comuniquen sus créditos e inclusión como subordinado de un crédito comunicado en el marco de un incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores que tampoco se desprende de la contabilidad**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 6 de marzo de 2014*

La Sala estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) en el incidente de impugnación de la lista provisional de acreedores. Son dos los créditos cuya inclusión y calificación en la lista de acreedores se analizan en la sentencia: el gasto incurrido por el correo que se emite a los acreedores para que comuniquen sus créditos en plazo y el crédito derivado de una multa de tráfico que constaba en la documentación y contabilidad de la concursada.

En cuanto al primero de los créditos, la Audiencia Provincial de Murcia recuerda que constituye una obligación ineludible de la Administración Concursal comunicar la existencia del concurso a cada uno de los acreedores y que, por tanto, los costes incurridos en ese trámite no deben asumirse por los administradores concursales. Por el contrario, tales gastos tienen la condición de «gastos judiciales» del artículo 84.2.2.º de la Ley Concursal, debiendo calificarse, en consecuencia, como créditos contra la masa.

En cuanto al segundo de los créditos objeto de análisis, la Sala remite a la doctrina sentada por el Pleno del TS en la sentencia de 13 de mayo de 2011, que permite al juez del concurso, al decidir sobre su impugnación, incluir en la lista de acreedores aquellos créditos que no hubieran sido comunicados, aun en el caso de no constar en la contabilidad del deudor. Ahora bien, en todo caso con la calificación de subordinados.



**Comisión de irregularidades contables relevantes que no determinan la culpabilidad del concurso**

*Sentencia del Juzgado Mercantil n.º 1 de Granada, de 3 de febrero de 2014*

La presente sentencia se centra en la calificación del concurso de una sociedad, que tiene como núcleo fundamental la contabilización histórica de las existencias de la entidad concursada. En este sentido, el administrador concursal presentó escrito de calificación en el que puso de manifiesto una serie de irregularidades que, a su juicio, debían conllevar la declaración de culpabilidad del concurso. Concretamente, el administrador concursal entiende que se ha producido una manipulación contable de la cifra de existencias con el objetivo de ocultar las pérdidas en que incurrió la sociedad, circunstancia que permite observar la existencia de una irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial de la concursada (artículo 164.2.1.º LC) que, a su vez, determinaría una inexactitud documental grave (artículo 164.2.2.º LC) y conllevaría la declaración culpable del concurso de la sociedad y la afectación e inhabilitación de dos años para su administrador único.

Por su parte, la concursada se opone a dicha calificación sosteniendo la inexistencia de (i) nexo causal entre el hecho de la posible irregularidad detectada y la generación o agravación de la insolvencia; y (ii) una irregularidad contable de la cifra de existencias, ya que únicamente se trata de un criterio de valoración diferente de estas.

En cuanto a la supuesta existencia de irregularidad relevante (artículo 164.2.1.º LC), el Juzgado entiende que esta únicamente es observable cuando es causada por quien tiene el control de la acción y siempre que sea relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la empresa.

En este caso, siguiendo la numerosa jurisprudencia citada en la sentencia, el Juzgado concluye que, aun admitiendo que nos encontramos ante un supuesto de irregularidad relevante a los efectos del artículo 164.2.1.º LC, no reúne el requisito de gravedad o relevancia suficiente. Ello por cuanto las cuentas anuales de la concursada se auditaban y fue el propio auditor quien en su informe hizo constar la oportuna salvedad relativa a la imposibilidad de comprobar el valor neto de las existencias de la sociedad.

Esa circunstancia (i) impide que la situación financiera y patrimonial de la sociedad haya quedado desvirtuada, pues en tales casos quien consulte las cuentas, con la memoria y el informe de auditoría puede hacerse una idea cabal de la situación económico-patrimonial de la compañía; y, como consecuencia de ello, (ii) determina la declaración del concurso de acreedores de la sociedad como fortuito, sin expresa imposición de costas.

**Sucesiones**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 6 de marzo de 2013*

La sentencia resuelve un supuesto en el que se ejercitaron dos acciones principales por las que se pretendió la revocación de determinada donación y la declaración de ineficacia de la institución de heredero por incumplimiento de la carga modal impuesta. Su relevancia estriba en la reiteración de la matización realizada al rigor de la doctrina sentada en la Sentencia de Pleno de 11 de enero de 2007 a propósito del requisito de forma en la donación de inmuebles.

En esta sentencia se dijo que la donación de inmueble disimulada tras un negocio jurídico de compraventa no sería válida, ni siquiera aunque la compraventa se hubiese otorgado en escritura pública, y ello sobre la base de que el requisito de forma del artículo 633 del Código Civil no se satisface con cualquier escritura pública, sino que es necesario que en la escritura que se otorgue con ánimo de donar, el donante exprese su voluntad en ese sentido y el donatario acepte la donación. Con la sentencia ahora examinada y la anterior de Pleno de 16 de enero de 2013 se matiza afirmando que esta doctrina jurisprudencial se aplicará en aquellos casos en los que la causa de pedir se refiera a la validez de la donación disimulada, pero podría resultar no determinante en aquellos casos en los que, introduciendo un matiz diferencial en la causa de pedir, la *causa donandi* se lleve al ámbito del Derecho de sucesiones. Se abre con ello la posibilidad de que el negocio jurídico disimulado en estos casos pudiera valer como una forma de ordenar la propia sucesión.

Los hechos enjuiciados en la sentencia analizada son básicamente los siguientes: (i) un testador, que carecía de herederos forzosos, instituyó un único heredero universal al que impuso la carga de dar a los bienes determinado destino; (ii) días después, los futuros causante y heredero

otorgaron un contrato privado de compromiso de donación de dos inmuebles y una cantidad de dinero, a los que habría que dar el destino que se fijó en el testamento; y (iii) apenas un mes más tarde, otorgaron la escritura pública de donación como donación pura y simple, aunque en la estipulación relativa a las obligaciones fiscales se dijo que los bienes recibirían determinado destino coincidente con el fijado en el testamento y en el contrato privado previos. Fallecido el causante, el heredero enajenó los inmuebles recibidos por donación sin cumplir con la obligación de destino. Los parientes más cercanos del causante, que tendrían en su caso derecho a la herencia, interesaron la revocación de la donación y la declaración de ineficacia de la disposición testamentaria con fundamento en la falta de cumplimiento de la carga modal.

Las acciones fueron estimadas, en primera y en segunda instancia. El heredero demandado recurrió en casación planteando, entre otros motivos, la infracción del artículo 633 del Código Civil y de la jurisprudencia sobre el requisito de forma *ad solemnitatem* de la donación de inmuebles, para mantener la ineficacia del modo no recogido en la escritura de donación.

El recurso fue desestimado. Entre otras razones, la Excm. Sala recuerda que en la sentencia de Pleno de 16 de enero de 2013 se dijo que aquella doctrina jurisprudencial *«puede resultar no determinante en aquellos supuestos en donde la causa donandi, como causa digna de tutela, venga integrada por otros hechos esenciales que diferencien la causa de pedir hacia otros ámbitos de aplicación del Derecho, particularmente del Derecho de sucesiones»* para señalar que, en el caso contemplado, los actores no se habían limitado a sostener la validez del modo con fundamento exclusivo en la escritura de compraventa, sino que *«imbricaron la causa donandi, y con ella, su determinación modal, en el iter de los hechos que configuraron la sucesión testamentaria del donante»*.

## [Portugal]

### Uniformização de Jurisprudência – Extinção das Ações Declarativas em curso contra o Devedor declarado Insolvente

*Acórdão n.º 1/2014 – Supremo Tribunal de Justiça (DR 39, Série I, de 2014-02-25)*

A questão apreciada por este acórdão consiste em determinar o momento a partir do qual se pode considerar inútil a ação declarativa instaurada contra um devedor que veio a ser declarado insolvente na pendência da ação.

De acordo com uma parte da jurisprudência, a ação declarativa tornava-se inútil logo que o devedor fosse declarado insolvente. Pelo contrário, uma outra parte da jurisprudência considerava que a ação declarativa só se tornava inútil a partir do momento em que fosse proferida sentença de verificação e graduação de créditos no âmbito do processo de insolvência.

O STJ sublinhou que, nos termos da lei, uma vez decretada a insolvência do devedor, os credores só podem fazer valer os seus direitos de crédito no âmbito do processo de insolvência. Mesmo o credor que tenha obtido ou venha a obter uma sentença fora do processo de insolvência não fica dispensado do ónus de reclamar os seus créditos no processo de insolvência, valendo a sentença condenatória obtida como um simples meio de prova destinado a instruir o requerimento reclamação/verificação de créditos na insolvência e podendo inclusivamente o seu crédito (ainda que reconhecido por sentença) vir a ser impugnado pelos outros credores da insolvência.

Por conseguinte, o STJ concluiu que a ação declarativa que vise apenas obter o reconhecimento de um crédito sobre o devedor deixa de ter qualquer utilidade juridicamente consistente a partir do momento em que o devedor seja declarado insolvente.

Assim sendo, o STJ uniformizou jurisprudência no sentido de que *«transitada em julgado a sentença que declara a insolvência, fica impossibilitada de alcançar o seu efeito útil normal a ação declarativa proposta pelo credor contra o devedor, destinada a obter o reconhecimento do crédito peticionado, pelo que cumpre decretar a extinção da instância, por inutilidade superveniente da lide, nos termos da alínea e) do artigo 287.º do CPC»*.

O TC, no seu Acórdão n.º 46/2014 (DR 29, Série I, de 2014-02-11), pronunciou-se no sentido da não-inconstitucionalidade da solução preconizada pelo STJ.

## PROCESAL PENAL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

#### Anteproyecto de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial

El pasado 4 de abril de 2014 el Consejo de Ministros aprobó, a propuesta del ministro de Justicia, el Anteproyecto de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Según la exposición de motivos, el principal objetivo de la nueva ley es la agilización de la justicia adaptando las estructuras existentes a la realidad económica, social y jurídica del siglo XXI. Y ello pretende lograrse a través de una mayor eficiencia y rapidez en la resolución de los procedimientos como consecuencia de una reorganización de los tribunales y del aumento de la profesionalización y especialización judicial.

Entre las novedades introducidas por esta nueva ley que afectan al orden jurisdiccional penal destacamos las siguientes:

En el ámbito de la reorganización de tribunales, antes referida, se incorpora una importante novedad: la creación del Tribunal Provincial de Instancia («TPI») como nuevo órgano jurisdiccional de primer grado. Estos TPI abarcarán todos los órdenes jurisdiccionales y su circunscripción será la provincial; no coincidente, por tanto, con los actuales partidos judiciales. En cuanto a la estructura de los TPI, constarán de cuatro Salas: civil, penal, contencioso-administrativo y social. Dentro de cada Sala, habrá «Unidades Judiciales» (con un juez unipersonal) y «Secciones» (compuestas por un colegio de jueces). De esta forma, y en el ámbito penal, los TPI asumirán todas las competencias que hoy corresponden a los Juzgados (tanto de Instrucción como de lo Penal), así como las competencias que en primera instancia están atribuidas a la Audiencia Provincial. Por ejemplo, deberá haber quien actúe como Juez de Garantías de la Instrucción, Juez de Vigilancia Penitenciaria, Juez Penal, etc. En la Sala de lo Penal de los TPI, y siempre que el número de jueces lo permita, se podrán establecer unidades o secciones especializadas en garantías de la instrucción, enjuiciamiento, violencia sobre la mujer, menores, ejecución de penas y medidas de seguridad. Las unidades judiciales especializadas se denominarán Juez de Garantías de la Instrucción, Juez de Enjuiciamiento de lo Penal, Juez de Violencia sobre la Mujer, Juez de Menores y Juez de Ejecución de penas y medidas de seguridad.

La instrucción en las Salas de lo Penal de los TPI corresponderá normalmente a una unidad judicial o, excepcionalmente, cuando se den determinadas circunstancias esta puede corresponder a una sección colegiada (por ejemplo, extraordinario volumen de la causa, extraordinaria complejidad técnica, elevado número de personas imputadas, entre otras). Según la exposición de motivos, se pretende con ello tres objetivos: *«en primer lugar, elevar el umbral de garantías en el procedimiento, pues las decisiones más importantes que afecten a los derechos de los investigados serán adoptadas colegiadamente. En segundo lugar, se diluye la presión que pudiera existir sobre la figura del Juez único garante de la instrucción favoreciendo la corresponsabilidad en materia tan grave y en tercer lugar, se promueve la agilización del proceso»*.

Así, Aparte del TPI, el Anteproyecto incluye algunas otras novedades que interesa destacar. Los Tribunales Superiores de Justicia estarán llamados a operar principalmente como órgano jurisdiccional de segunda instancia o apelación en todos los órdenes. Por otro lado, la Audiencia Nacional contará con una Sala Penal de Instancia y una Sala Penal Superior. La principal novedad en el ámbito de la Audiencia Nacional será que la instrucción de los delitos se realizará a través de la Sección de Garantías de la Instrucción (sección colegiada), de la que formarán parte los actuales jueces centrales.

\* 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).

En relación con el Tribunal Supremo, una de las principales novedades es que se refuerza el carácter vinculante de la jurisprudencia del alto Tribunal. Y ello porque, cada tres meses, el Pleno de cada una de las salas del Tribunal Supremo se reunirá y decidirá qué concretos fundamentos de derecho de las resoluciones pasan a formar parte de lo que se denominará la doctrina jurisprudencial vinculante. Esta nueva figura trata de evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios o distintos ante situaciones fácticas iguales y, con ello, se trata de aumentar la seguridad jurídica consagrada en el artículo 9 de la CE.

Se destaca también como novedad el establecimiento de un sistema de prejudicialidad, creándose a tal fin la figura de la cuestión jurisprudencial previa. En virtud de esta figura, los órganos inferiores podrán consultar al máximo órgano judicial en caso de considerar que una jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al caso y que sea determinante para el fallo, contradice la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales o resulta contradictoria con otros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la misma materia. También podrá promoverse cuando la jurisprudencia (del Tribunal Supremo, aplicable al caso y determinante para el fallo) pudiera producir, con efectos generales, situaciones de injusticia manifiesta por desproporción de las consecuencias en su aplicación. La cuestión jurisprudencial previa podrá ser planteada únicamente una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia. El efecto de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo como consecuencia de una cuestión jurisprudencial previa dependerá de si el motivo de la cuestión ha sido una posible contradicción con la doctrina del Tribunal Constitucional o con otros pronunciamientos del Tribunal Supremo; o de si trae causa de una posible situación de injusticia manifiesta. En el primero de los casos el criterio adoptado por el Tribunal Supremo pasará a formar parte de la doctrina jurisprudencial vinculante, mientras que en el segundo únicamente será vinculante cuando así se prevea expresamente en la resolución.

Finalmente, cabe señalar que la nueva ley otorga el carácter de aforados a la Reina y a los Príncipes de Asturias. Interesa además destacar que, en virtud de la nueva ley, en las causas penales relativas a hechos realizados en el ejercicio del cargo o condición (nos referimos al cargo o condición que otorga el carácter de aforado), el aforamiento se mantendrá aun cuando no se ostentara ya tal condición o se hubiese cesado en el cargo.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Se desestima el recurso de casación contra una sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, a la vista de los límites para la revisión de sentencias absolutorias mediante el recurso de casación**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 24 de febrero de 2014*

Esta sentencia viene a reiterar la jurisprudencia del TS sobre los límites para la revisión de sentencias absolutorias mediante el recurso de casación, desarrollados a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y del TEDH. Estos últimos han limitado la posibilidad de revisar sentencias absolutorias (dando lugar a una condena) sin audiencia personal del acusado. Y el TS considera que dicha audiencia personal es incompatible con la naturaleza del recurso de casación, además de no estar prevista en la ley (Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 19 de diciembre de 2012). Tal y como se indica esta sentencia de 24 de febrero de 2014, la función esencial de la Sala Segunda del TS es la de corregir errores de subsunción de los hechos en la norma, fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal (función que se desarrolla esencialmente a través del cauce casacional del infracción de ley —art. 849.1.º LECrim—). No cabrá en casación una nueva valoración de las pruebas personales practicadas en el juicio, siendo únicamente admisible la revisión de sentencias absolutorias cuando el análisis del alto Tribunal es estrictamente jurídico (esto es, referido a la interpretación y a la aplicación de las normas jurídicas realizadas por el órgano de instancia). Ello obviamente restringe notablemente una nueva valoración por parte del TS acerca de la concurrencia de los elementos subjetivos de los delitos objeto de acusación (al no estar permitida una nueva valoración de las pruebas personales practicadas en juicio).

Tampoco se considera que esta restricción del ámbito del recurso de casación vulnere el derecho a la doble instancia penal, reconocido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (arts. 24, 53 y 96 CE). En primer lugar, hay que tener en cuenta que el citado artículo 14.5 del Pacto Internacional no sería aplicable al caso de autos, al recoger únicamente el derecho del condenado a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior, no refiriéndose por tanto a la revisión de sentencias absolutorias. Además, el recurso de casación sí se considera suficiente a efectos de dicho pacto internacional (para la revisión de sentencias condenatorias), en la medida en que la jurisprudencia ha ampliado, desde la entrada en vigor de la Constitución Española, el concepto de las cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso de casación. Y es que las cuestiones de hecho que quedan fuera del recurso de casación son únicamente las que necesitarían una repetición de la prueba para permitir su valoración (las pruebas personales). En consecuencia, el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el órgano de instancia se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia o de los conocimientos científicos (y ello sin perjuicio del recurso de revisión en el caso de que aparezcan nuevas pruebas que el acusado no pudo ofrecer en el proceso). Por último, el alto Tribunal precisa que la falta de desarrollo normativo del recurso de apelación contra las resoluciones de las Audiencias Provinciales, previsto en el art. 73.3.c) LOPJ, sólo puede ser subsanada por el legislador, no por el TS.

**Descubrimiento y revelación de secretos por parte de cirujano plástico que se apodera de historias clínicas para denunciar eventuales conductas ilícitas por parte de centro de estética que podrían poner en riesgo la salud de las pacientes. Error de prohibición invencible y concurrencia de causa de justificación por cumplimiento de un deber**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 22 de octubre de 2013*

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de mayo de 2012 y absuelve al acusado por el delito de descubrimiento de secretos por el que había sido condenado en instancia.

Los hechos probados de la sentencia recurrida son los siguientes: el acusado prestaba servicios como cirujano plástico para una entidad médico quirúrgica, debiendo guardar confidencialidad de la información de los clientes y de la entidad durante su contrato y después de este. En el desarrollo de sus funciones, el acusado se percató que las prótesis mamarias implantadas a una cliente no se correspondían a las indicadas en la documentación de la entidad; como consecuencia de lo anterior, recabó historiales clínicos tanto de clientes intervenidos por él como por otros cirujanos, y documentación mercantil de las prótesis. Al no llegar a un acuerdo con la entidad médico-quirúrgica, cesó en el cargo y presentó la documentación a diversas fiscalías y a la Consejería de Sanidad de la Generalitat Valenciana. Fruto de dicha entrega se incoaron diligencias previas contra los directivos de la entidad, que fueron finalmente sobreseídas.

La Audiencia Provincial de Valencia diferencia dos posibles delitos en la conducta del acusado: (i) un delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 del CP, y (ii) un delito por revelación de secretos del artículo 199 del CP. El acusado resultó condenado por el delito de descubrimiento de secretos, al considerar la Audiencia que se había apoderado ilícitamente de las historias clínicas de diversos pacientes y la documentación mercantil confidencial de la entidad para la que prestaba sus servicios. Respecto de este primer delito, la Audiencia entendió que concurría error de prohibición vencible en la conducta del acusado, rebajando la pena impuesta en un grado. En este sentido, la Audiencia consideró que el acusado actuó en la creencia de que su conducta no era antinormativa por estar protegiendo con ella la salud de sus pacientes; sin embargo, tal creencia se fundamentó en una actuación no diligente por parte del acusado, quien no habría realizado un análisis científico riguroso sobre el eventual riesgo de las prótesis mamarias antes de apoderarse de sus historias clínicas, fiándose exclusivamente de su propio criterio. La Audiencia absolvió al acusado por el segundo delito, revelación de secretos por entregar la información sustraída de la clínica a la fiscalía y a la Consejería de Salud, por concurrir un error de prohibición invencible que la Audiencia fija en la creencia por parte del acusado de que concurría en él un deber de denunciar hechos aparentemente graves y con potencial riesgo para la salud de los pacientes.

La Sala 2.ª del Tribunal Supremo difiere de la fundamentación de la Audiencia en dos puntos: (i) no concurre error de prohibición invencible respecto del delito de revelación de secretos (entrega de la información sustraída a las autoridades competentes), sino una causa de justificación por cumplimiento del deber de denuncia de hechos aparentemente ilícitos o delictivos, por su condición de médico (arts.20.7.º del CP y 262 de la LECrim), en todo caso, la ausencia de consecuencia penológica en este supuesto se mantiene; y (ii) el error de prohibición concurrente en el delito de descubrimiento de secretos debió estimarse como invencible en atención a las circunstancias con-

cretas y a la formación del acusado. En concreto, porque el conocimiento profesional del acusado (cirujano plástico) le permitía hacer un análisis bajo criterios científicos generalmente aceptados del eventual riesgo para la salud de las pacientes, y este análisis debía hacerse *ex ante* de la denuncia. Por último, porque después de asesorarse por medio de un abogado, el acusado se mantuvo en la creencia de que debía indagar los hechos antes de presentar denuncia para defender su posición. Por todo ello, el TS estima el recurso de casación y absuelve libremente al acusado del delito de descubrimiento de secretos (art. 197.1 del CP) por el que venía condenado.

**El acto de conciliación previo a la interposición de querrela por delito de injuria o calumnia no tiene eficacia interruptora de la prescripción, pero sí el auto de admisión de la querrela si ha sido debidamente motivado**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.ª), de 18 de febrero de 2014 (Rec. 7/2014)*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Cartagena. En este caso, el acusado había realizado una serie de manifestaciones injuriosas contra el Presidente de la Federación Española de Motonáutica, entre el 30 de enero de 2006 y el 17 de octubre de 2006, así como el 28 de febrero de 2008. Sin embargo, el Juzgado de instancia había absuelto al acusado con base en la prescripción de los hechos enjuiciados. El Juzgado no reconoció eficacia interruptora de la prescripción al acto de conciliación previo a la interposición de la querrela por posibles delitos de injurias y calumnias, ni al auto de admisión de la querrela. Al contrario, únicamente tomó como referencia para la eventual interrupción de la prescripción la declaración del imputado, por ser ese el momento en que este tuvo pleno conocimiento de los hechos que se le imputaban.

La Audiencia Provincial de Murcia confirma que el acto de conciliación previo a la querrela por delitos de injurias y calumnias no tiene eficacia interruptora de la prescripción por tratarse de un acto de naturaleza puramente civil, pese a que venga exigido por el artículo 804 LECrim. La Audiencia Provincial de Murcia entiende, como el Juzgado de instancia, que no puede asimilarse este acto de conciliación al hecho de dirigir el procedimiento penal contra el culpable a los efectos del artículo 132 del Código Penal.

En cambio, la Audiencia Provincial de Murcia entiende que, en este caso, el auto de admisión de la querrela sí tiene eficacia interruptora de la prescripción. En efecto, aunque antes de la reforma del artículo 132 del Código Penal venía sosteniendo lo contrario, la Audiencia dictamina que la nueva redacción del artículo es más favorable al reo y que esta nueva redacción permite entender que el auto de admisión de la querrela interrumpe la prescripción. Establece así que, aunque dicho auto se dicte en un momento muy temprano del procedimiento y con una visión parcial de los hechos, la identificación de los imputados y de los hechos objeto de investigación en este auto de admisión es suficiente para entender que el procedimiento penal se ha dirigido contra el eventual culpable, interrumpiendo así la prescripción del posible delito. Por lo tanto, aunque los hechos acaecidos en 2006 se encuentran prescritos, no así los hechos de 2008.

En consecuencia, la Audiencia Provincial de Murcia revoca la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Cartagena y remite los autos a dicho Juzgado para que vuelva a pronunciarse sobre los hechos no prescritos.

**Es típica la conducta del abogado que asesora a su cliente sobre el modo de ocultar bienes de procedencia delictiva, siendo esta conducta subsumible en el artículo 301.2, que tipifica un delito de resultado (por oposición al artículo 301.1, que recoge delitos de mera actividad)**

*Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sección 1.ª) n.º 56/2014, de 6 de febrero de 2014 (Rec. 985/2013)*

La sentencia del TS estima parcialmente los recursos de casación interpuestos por un abogado y otros condenados contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2013 que les condenó por un delito de blanqueo de capitales consumado, pero desestima los de otros condenados.

En este caso, varios integrantes de una organización delictiva se ocupaban de recibir dinero procedente de la comisión de delitos contra la salud pública para enviarlo, oculto, a Colombia desde el aeropuerto de Madrid-Barajas. Uno de esos envíos fue interceptado por los agentes de Aduanas y depositado en el Banco de España. Entonces, el abogado condenado ideó un plan para recuperar dicho dinero. Para ello, hizo que diez mujeres, también condenadas, acudieran al Banco de España a reclamar ese dinero, alegando que procedía de sus actividades de prostitución. Sin embargo, el plan no llegó a surtir efecto porque el Banco de España no devolvió

inmediatamente el dinero, sino que incoó un expediente de devolución que no se había resuelto aún al momento del juicio. Al estar la organización bajo vigilancia, con intervención de sus comunicaciones telefónicas, estos extremos quedaron debidamente probados en la instancia.

Por un lado, el abogado condenado alega que no ha sido suficientemente probada su participación en los hechos delictivos. Sin embargo, el TS recuerda que, a los efectos del delito de blanqueo de capitales, cobra especial importancia la prueba indiciaria. En este caso, gracias a las conversaciones telefónicas intervenidas, y pese a que el abogado fue contratado para tratar de recuperar «dinero procedente de la construcción», según su cliente, la Audiencia Nacional razonó sobradamente que el abogado y sus clientes se conocían desde tiempo atrás y entendían perfectamente a qué dinero se referían. Es más, el TS recuerda que cabe la comisión de un delito de blanqueo de capitales con dolo eventual, lo que habría ocurrido en todo caso de no haber investigado mínimamente el abogado condenado el origen del dinero que le pidieron recuperar, máxime a la vista de la inactividad de sus clientes en el sector de la construcción.

Por otro lado, el abogado condenado alega que no se dan los elementos típicos del artículo 301 del Código Penal. El TS recuerda que el delito de blanqueo de capitales es un delito dirigido a proteger la correcta formación de patrimonios, cuando dicha formación trae causa de hechos delictivos. Así, entiende que el primer párrafo del artículo 301 del Código Penal tipifica tres tipos de conductas: la de adquirir (equivalente a obtener un incremento patrimonial), la de convertir (referida a actos de transformación) y la de transmitir (que implica una salida del patrimonio a favor de otro). Además, recuerda que este primer apartado se complementa con una cláusula de cierre relativa a «cualquier otro acto» para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o ayudar a un tercero a eludir la acción de la justicia. Esta cláusula de cierre ha de interpretarse, según el TS, de forma que únicamente comprenda operaciones directas sobre los bienes, pues es esta la nota común a los tres verbos rectores «adquirir», «convertir» y «transmitir». Por ello, el alto Tribunal establece que el apartado primero del artículo 301 del Código Penal recoge delito de mera actividad, pero que supone una actuación operativa directa sobre los bienes de procedencia ilícita o delictiva.

Por el contrario, el apartado segundo del artículo 301 contiene una segunda previsión de blanqueo, consistente en ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o su propiedad, con conocimiento de su origen ilícito. Esta segunda modalidad se estructura como un delito de resultado: el de ocultar o encubrir dichos datos referidos a los bienes de procedencia ilícita. Al ser un delito de resultado, admite en todo caso las formas imperfectas de ejecución.

El TS señala que el asesoramiento del letrado no es un acto neutro ni propio de su profesión, por lo que no cabe duda de la tipicidad de las conductas de los abogados que asesoran al cliente sobre el modo de ocultar los bienes delictivos o conocen que el cliente busca asesoramiento para tal fin. Según el TS, «*existirá el delito de blanqueo cuando la prestación de servicios del abogado genere objetivamente un efecto de ocultación y, por tanto, la consolidación de las ganancias del delito*».

Por todo ello, el TS entiende que el abogado y las otras diez mujeres no han realizado una conducta del apartado primero del artículo 301, puesto que ni han adquirido, convertido o transmitido bienes de origen ilícito ni han realizado una operación directa sobre ellos. En cambio, sí han realizado una conducta típica del segundo apartado del artículo 301, en cuanto que han intentado la ocultación y el encubrimiento de la naturaleza del bien procedente del tráfico de drogas, dándole un origen distinto, pretendiendo que dicho bien procedía de actividades de prostitución atípicas. Ahora bien, contrariamente a la Audiencia Nacional, entiende que dicho delito se cometió en grado de tentativa, por cuanto no se consiguió efectivamente ocultar o encubrir el origen delictivo del dinero reclamado al Banco de España, que no procedió a su devolución. Además, estima parcialmente el recurso de las diez mujeres y dictamina que no fueron más que partícipes en el delito, no coautoras. Por todo ello, el TS casa la sentencia de la Audiencia Nacional y rebaja la pena al abogado y a las otras diez condenadas.

En cuanto al resto de integrantes de la trama, activamente implicados en el envío de dinero procedente del tráfico de drogas a Colombia, tal y como fue sobradamente probado ante la Audiencia Nacional, el TS desestima sus recursos de casación y mantiene inalteradas sus condenas.



**[Portugal]**

**Processo Penal –  
Aplicação do Processo  
Sumário a Crimes com  
Moldura Penal  
Superior a  
Cinco Anos –  
Inconstitucionalidade  
com Força  
Obrigatória Geral**

*Acórdão n.º 174/2014 – Tribunal Constitucional (DR 51, Série I, de 2014-03-13)*

Na sequência de diversas decisões anteriores no mesmo sentido, o TC declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 381.º, n.º 1, do CPP, na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, na interpretação segundo a qual o processo sumário aí previsto é aplicável a crimes cuja pena máxima abstratamente aplicável seja superior a cinco anos de prisão.

## PROPIEDAD INTELECTUAL, INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL\*

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

**Armonización de las  
legislaciones de los  
Estados miembros en  
materia de gestión de  
derechos de autor y  
de concesión de  
licencias  
multiterritoriales de  
derechos en línea  
sobre obras musicales**

*Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (DOUE 20 de marzo de 2014)*

La Unión Europea promulga la Directiva 2014/26/UE que tiene como primer objetivo la coordinación de las normas nacionales relativas al acceso de las entidades de gestión colectiva a la actividad de gestión de los derechos de autor y derechos afines, las modalidades de administración de estas entidades y su marco de supervisión teniendo como base los artículos 53.1 y 62 del TFUE.

A tal efecto, establece requisitos aplicables a las entidades de gestión colectiva para garantizar un elevado nivel de administración, gestión financiera, transparencia e información, sin impedir que los Estados miembros mantengan o impongan normas más estrictas. Más allá del establecimiento de los presupuestos básicos y definiciones, se regula la libertad del titular de derechos de elegir la entidad de gestión encargada de la gestión de sus derechos, la organización interna de las entidades de gestión y su asamblea general, previendo sistemas que permitan a los miembros de una entidad de gestión colectiva ejercer sus derechos como miembros, participando en el proceso de toma de decisiones de la entidad.

En cuanto a la supervisión, la Directiva dispone que las entidades deben ejercerla de manera que se adapte a su estructura orgánica, debiendo estar los miembros representados en el órgano que cumpla dicha función. Regula también la retirada de derechos por parte de los titulares, disponiendo que estos deben poder retirar fácilmente dichos derechos o categorías de derechos de una entidad de gestión colectiva y gestionarlos individualmente o confiar o transferir la gestión de la totalidad o de una parte de estos a otra entidad de gestión colectiva y entidad, independientemente del Estado miembro de nacionalidad, de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión colectiva o del titular de derechos.

Se hace hincapié en la necesidad de que las entidades, al gestionar, recaudar y repartir los ingresos procedentes de la gestión de los derechos que les son confiados por sus titulares, actúen con la máxima diligencia. A tal fin, la Directiva obliga a la entidad de gestión colectiva a mantener registros adecuados de sus miembros, de las licencias y de la utilización de las obras y sus prestaciones para repartir con exactitud los ingresos. La gestión de derechos en virtud de

\* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González, y en su elaboración han colaborado Miguel de la Iglesia, Nora Oyarzabal y Enrique Arnaldos, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

acuerdos de representación recíproca con otras entidades de gestión —y, en particular, las deducciones y pagos— también es objeto de regulación. En último lugar, en lo que se refiere a las relaciones con los usuarios, se determina que las negociaciones entre las entidades de gestión colectiva y estos habrán de tener lugar bajo las exigencias de la buena fe.

Respecto del segundo de los elementos fundamentales de la Directiva, la concesión de licencias multiterritoriales de derechos en línea sobre obras musicales por las entidades de gestión colectiva, la regulación se centra en la capacidad para tramitar licencias multiterritoriales, la transparencia de la información sobre los repertorios multiterritoriales, la exactitud de la información sobre los repertorios multiterritoriales, y la facturación y los pagos a los titulares de derechos. Es necesario resaltar a este respecto que las disposiciones de la Directiva no afectan a acuerdos sobre gestión de derechos en los Estados miembros, como la gestión individual, el efecto ampliado de un acuerdo entre una entidad de gestión colectiva representativa y un usuario (es decir, las licencias colectivas ampliadas), la gestión colectiva obligatoria, las presunciones legales de representación y la transferencia de derechos a entidades de gestión colectiva.

Más allá de estos dos elementos nucleares de la Directiva, se regulan las medidas coercitivas, sentando las bases para la resolución alternativa de litigios, el procedimiento de reclamación, y el régimen sancionador que habrá de implantarse en los Estados miembros para los supuestos de incumplimiento de las disposiciones de Derecho interno adoptadas en aplicación de la Directiva.

### [España]

#### Modificación de la Ley de Propiedad Intelectual

*Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicado el 21 de febrero de 2014 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales*

Véase en nuestra sección de Foro de Actualidad un comentario doctrinal a este Proyecto de Ley.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

#### Es posible implementar medidas tecnológicas de protección en las consolas y no solo en los videojuegos

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 23 de enero de 2014 (as. C-355/12)*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») resuelve en esta sentencia dos cuestiones prejudiciales relacionadas con la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, planteadas por un tribunal italiano en el marco de un litigio iniciado por Nintendo frente a PC Box y 9 Net Srl.

Los hechos son los siguientes: Nintendo utiliza unas medidas tecnológicas consistentes en un sistema de reconocimiento instalado en las consolas y un código encriptado en el soporte físico en el que se registran los videojuegos protegidos por derechos de autor. Por su parte, PC Box vende unos productos que, una vez instalados en la consola Nintendo, eluden el sistema de protección presente en esta. Asimismo, PC Box comercializa las consolas originales de Nintendo junto con un *software* complementario constituido por determinadas aplicaciones de productos independientes y cuyo uso exige la instalación previa de los aparatos de PC Box. Nintendo afirma que la existencia de los aparatos de PC Box permite el uso de videojuegos falsificados. Por su parte, PC Box destaca que la finalidad real perseguida por Nintendo es impedir el uso de un *software* independiente, que no constituye una copia ilegal de videojuegos, sino que está destinado a permitir la lectura en las consolas de ficheros MP3, películas y vídeos.

En este contexto, la primera cuestión prejudicial que se plantea es si es acorde a la Directiva aplicar unas medidas tecnológicas de protección que consisten, principalmente, en equipar con un dispositivo de reconocimiento, no solo el soporte que contiene la obra protegida, en este caso el videojuego, para protegerla contra actos que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor, sino también los aparatos portátiles o las consolas destinadas a permitir acceder a esos juegos y utilizarlos. A esta cuestión responde el TJUE afirmativamente, considerando que las medidas de protección referidas están comprendidas en el concepto amplio de «*medida tecnológica eficaz*» de la Directiva, siempre y cuando su objetivo sea el de impedir o restringir los actos lesivos para los derechos del titular.

En segundo lugar, se plantea conforme a qué criterios procede valorar el alcance de la protección jurídica contra la elusión de medidas tecnológicas eficaces. El TJUE responde que corresponde al órgano jurisdiccional nacional valorar, por un lado, si otras medidas o dispositivos no instalados en las consolas podrían provocar menos interferencias o limitaciones en las actividades de terceros, ofreciendo al mismo tiempo una protección comparable para los derechos del titular y, por otro, la finalidad de los dispositivos, productos o componentes capaces de eludir dichas medidas tecnológicas.

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 13 de febrero de 2014 (Asunto C-466/12)*

Véase en nuestra sección de Foro de Actualidad un comentario a esta sentencia.

**Un Estado miembro puede reservar en su territorio la gestión colectiva de los derechos de autor sobre ciertas obras protegidas a una sola sociedad de gestión**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2014 (as. C-351/12)*

Las cuestiones prejudiciales que resuelve el TJUE en esta sentencia se plantean en el marco de un litigio entre una sociedad de gestión colectiva de los derechos de autor sobre las obras musicales de la República Checa y una sociedad no estatal que gestiona un establecimiento de asistencia sanitaria y ofrece curas termales, acerca del pago de cánones por la puesta a disposición de difusiones por televisión o radio en las habitaciones de este último.

En primer lugar, se pregunta al TJUE si la Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información se opone a la normativa de un Estado miembro que excluye el derecho de los autores a autorizar o prohibir la comunicación de sus obras por un establecimiento termal que actúa como una empresa mercantil, mediante la distribución deliberada de una señal a través de receptores de televisión o de radio en las habitaciones de los pacientes de ese establecimiento. El TJUE recuerda que, si bien la Directiva referida permite a los Estados miembros establecer una excepción o limitación de los derechos exclusivos de autor a autorizar o prohibir cualquier comunicación pública de sus obras cuando se trate de un uso en beneficio de personas con minusvalías que guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en el presente caso no se da ningún dato que permita estimar que concurren esas circunstancias. Por tanto, el TJUE concluye que, efectivamente, la Directiva se opone a que la normativa de un Estado miembro pueda incluir una excepción como la planteada en el litigio principal.

Finalmente, el TJUE destaca que el Derecho de la Unión no se opone a la normativa de un Estado miembro que reserve en su territorio la gestión colectiva de los derechos de autor sobre ciertas obras protegidas a una sola sociedad de gestión, impidiendo así que un usuario de esas obras, como el establecimiento termal parte en el litigio principal, obtenga los servicios prestados por una sociedad establecida en otro Estado miembro. No obstante, constituye indicios de abuso de una posición dominante el hecho de que esa primera sociedad de gestión imponga tarifas por los servicios que presta que son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, siempre que la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo sobre una base homogénea, así como la aplicación de precios excesivos, sin relación razonable con el valor económico de la prestación realizada.

**Los titulares de derechos pueden solicitar la adopción de medidas frente a quienes proveen de acceso a Internet a los usuarios de prestaciones protegidas, con el fin de evitar la vulneración de derechos de propiedad intelectual**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 27 de marzo de 2014 (as. C-314/12)*

El TJUE resuelve en esta sentencia las cuestiones planteadas en el marco de un procedimiento entre dos productoras cinematográficas y un proveedor de acceso a Internet. Las productoras cinematográficas habían comprobado que un sitio de Internet ofrecía, sin su consentimiento, la posibilidad de descargar o ver en *streaming* algunas de sus películas, lo que les llevó a solicitar al tribunal competente que ordenase al proveedor de acceso a Internet que bloqueara el acceso de sus clientes al sitio de Internet en cuestión.

El proveedor de acceso a Internet alegó en el litigio principal que la medida solicitada no era conforme a Derecho, pues entiende no cabe considerar que se recurra a sus servicios para la infracción de derechos de propiedad intelectual, ya que no tiene relación comercial con la página infractora ni se había probado que sus propios clientes actuaran de forma ilícita.

En este contexto, el tribunal competente austriaco plantea al TJUE si una persona que pone a disposición del público en Internet prestaciones protegidas, sin el consentimiento del titular de derechos, recurre a los servicios del proveedor de acceso a Internet de quienes acceden a esas prestaciones, el cual tendría en ese caso la condición de intermediario. El Tribunal responde afirmativamente a esta cuestión, pues aclara que debe considerarse intermediario a cualquier persona que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegida cometida por un tercero. Por lo tanto, el proveedor de acceso del procedimiento principal es un intermediario en el sentido del artículo 8, apartado 3 de la Directiva 2001/29, frente al que es posible solicitar medidas como la requerida por las productoras cinematográficas.

Ni la ausencia de vínculo contractual entre el proveedor y el infractor ni la falta de acreditación del acceso efectivo a las prestaciones protegidas por parte de los clientes del proveedor suponen un impedimento para la anterior conclusión.

Por último, el Tribunal de Justicia determina que los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, mediante un requerimiento judicial, se prohíba a un proveedor de acceso a Internet conceder a sus clientes acceso a un sitio que ofrece prestaciones protegidas sin consentimiento, cuando este requerimiento no especifica qué medidas debe adoptar el proveedor y este puede eludir las sanciones derivadas del incumplimiento demostrando que adoptó todas las medidas razonables. Todo ello bajo la condición de que las medidas adoptadas no priven inútilmente a los usuarios de acceder de manera lícita a la información disponible, y tengan como efecto impedir o dificultar el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas, extremo que corresponde verificar a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales. Tal requerimiento al proveedor no afecta a la esencia del derecho a la libertad de empresa, aunque suponga un impacto considerable a la organización de su actividad.

**Los Estados miembros no pueden computar las copias realizadas a partir de fuentes ilícitas para determinar el importe del canon por copia privada**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 10 de abril de 2014 (as. C-435/12)*

Un Tribunal de los Países Bajos plantea ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales suscitadas en el marco de un conflicto con origen en el método de fijación del importe del canon por copia privada realizado por la SONT (Stichting Onderhouding Thuiskopie vergoeding), fundación responsable de fijar dicho importe en los Países Bajos. Y ello porque al llevar a cabo dicho cómputo, la SONT tenía en cuenta el daño resultante de las copias realizadas a partir de una fuente ilegal.

Dichas cuestiones prejudiciales plantean, principalmente, si el Derecho de la Unión, en particular el artículo 5 apartado 2, letra b) de la Directiva 2001/29, en relación con el apartado 5 de dicho artículo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que no distingue la situación en la que la fuente a partir de la que se realiza una reproducción es lícita de aquella en la que la fuente es ilícita.

El Tribunal de Justicia determina que un sistema nacional como el descrito se opone al Derecho de la Unión. Valora el Tribunal que todos los usuarios se ven penalizados indirectamente, con-

tribuyendo necesariamente a la compensación por el perjuicio causado por reproducciones para uso privado a partir de una fuente ilícita, que no están comprendidas dentro del concepto de copia privada establecido por la Directiva 2001/29. Además, tiene en cuenta el Tribunal que el coste adicional que ello supondría para los usuarios es considerable.

## [España]

### **El intercambio masivo de archivos a través de las plataformas P2P que permiten la descarga de grabaciones musicales infringe los derechos de reproducción y de comunicación pública de sus titulares**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 18 de diciembre de 2013*

La Audiencia Provincial de Barcelona ha estimado el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de 11 de julio de 2012 del Juzgado Mercantil n.º 6 de Barcelona que había desestimado la demanda interpuesta por una asociación de defensa de los derechos de productores de música y por las principales productoras fonográficas que operan en España frente a una compañía a la que solicitaban que suspendiera, de forma inmediata y definitiva, la prestación del servicio de acceso a Internet al usuario que utilizaba el *nickname* «nito75» por infringir, de forma masiva, los derechos de propiedad intelectual que ostentan las compañías discográficas.

Los hechos son los siguientes: «nito75» es un usuario de un programa de intercambio de archivos entre particulares, de los conocidos como *peer to peer* denominado «Directo Connect». Este tipo de programas permiten el intercambio masivo de archivos que contienen obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, poniendo en contacto personas conectadas a Internet con el fin de poder intercambiar todos y cada uno de los archivos que dichas personas tienen almacenados en sus ordenadores. En el procedimiento se acreditó que, en concreto, «nito75» había puesto a disposición del resto de usuarios, en una carpeta compartida de su ordenador, 5.097 grabaciones sonoras para que estos puedan descargárselas en sus ordenadores. Para las demandantes resultaba imposible conocer la persona que se encontraba detrás de ese nombre de usuario, por lo que se dirigieron a la compañía que prestaba el servicio de acceso a Internet.

La Audiencia Provincial recuerda en esta sentencia que el intercambio masivo de archivos a través de las plataformas P2P que permiten la descarga de grabaciones musicales infringe derechos que la Ley de Propiedad Intelectual reserva en exclusiva a los autores. En concreto, los derechos de reproducción y comunicación pública. Tratándose de fonogramas, el derecho exclusivo para autorizar su reproducción y comunicación pública corresponde al productor.

Seguidamente, la Audiencia declara que la actividad realizar por el usuario «nito75» es ilícita, en tanto en cuanto vulnera los derechos de propiedad intelectual de la parte actora. Y, en tal caso, el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril («TRLPI»), permite que los titulares de los derechos reconocidos en dicha ley dirijan su pretensión de cese de la actividad ilícita contra los intermediarios a cuyos servicios recurre el infractor, aunque los actos de estos no constituyan en sí mismos una infracción (arts. 138 y 139.1.h TRLPI). Por todo ello, la Audiencia acoge íntegramente la demanda.

### **Las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos morales sobre obras colectivas**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de marzo de 2014*

En esta sentencia el Tribunal analiza si una obra consistente en una colección educativa por fascículos reúne las características adecuadas para ser considerada como una obra colectiva. El Tribunal determina que dicha obra encaja en el concepto establecido en el artículo 8 TRLPI, pues ha sido creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona —en este caso jurídica— que la edita y la divulga bajo su nombre, estando constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma para la que han sido concebidas, y sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.

Además aclara el Tribunal que la persona jurídica que ha coordinado la creación de la obra colectiva es titular originaria de los derechos de autor, incluidos los de naturaleza no patrimonial. A juicio del alto Tribunal esta conclusión no vulnera ningún precepto legal pues está previsto en el artículo 5.2 del TRLPI que de la protección concedida al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en la Ley, siendo uno de esos casos el de las obras colectivas.

**Denegada la autorización judicial para la ejecución de las medidas acordadas por la Comisión de Propiedad Intelectual en un procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en Internet**

*Auto n.º 14/14 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 10 de 20 de marzo de 2014*

El 18 de marzo de 2014 tuvo lugar la primera audiencia para determinar la concesión o denegación de la autorización judicial necesaria para la ejecución de las medidas acordadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en un procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en Internet.

En el procedimiento administrativo, la Comisión había determinado que en una página web dedicada al alojamiento de contenidos principalmente musicales se vulneraban los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas. La Comisión ordenó a los responsables de la página retirar los contenidos infractores y, como medida subsidiaria para el caso de que el responsable de la página no cumpliera la orden, la Comisión ordenó al intermediario que presta servicios de direccionamiento IP a la página web que suspendiera su servicio. La ejecución de esta última medida requería la previa autorización judicial.

Una vez comprobado por la Comisión que el responsable de la página no había retirado los contenidos en el plazo de 24 horas establecido legalmente, el Juzgado entendió que la ejecución de la medida frente al intermediario requería determinar previamente si en el momento de la celebración de la audiencia continuaba la infracción de derechos de propiedad intelectual, si la medida afectaba a derechos fundamentales, y si era objetiva, proporcionada y no discriminatoria.

Tras la celebración de una audiencia entre las partes, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo concluyó que la persistencia de la infracción no estaba acreditada y que, por lo tanto, la orden dirigida al intermediario de la sociedad de la información no era ni adecuada ni proporcional y no debía ejecutarse. Esta decisión no es firme.

**El Gobierno tiene de plazo hasta el 6 de mayo de 2014 para hacer efectivo el cese de las emisiones de nuevos canales de TDT**

*Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de marzo de 2014*

El alto Tribunal ha dictado un auto por medio del cual se requiere al Ministerio de Industria, Energía y Turismo que indique el órgano concreto responsable del cumplimiento íntegro y efectivo de su sentencia de 27 de noviembre de 2012, en los términos del auto de ejecución de 18 de septiembre de 2013, que ordenó el cese de emisiones de nueve canales de Televisión Digital Terrestre (TDT) que no habían sido otorgados mediante concurso.

El TS recuerda que el Gobierno todavía está en plazo para cumplir el fallo, que finaliza el 6 de mayo [en el momento de redacción de esta crónica se desconoce si se ha llevado a efecto el cumplimiento del fallo]. Si transcurrido dicho tiempo no han cesado las emisiones, la Sala adoptará las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado.

## PROTECCIÓN DE DATOS\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

#### Modificaciones y propuestas legislativas

— *Opinión preliminar del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 26 de marzo de 2014: privacidad y competencia en la era del big data*

El Supervisor Europeo de Protección de Datos ha elaborado una opinión a través de la cual pone de manifiesto la insuficiente coordinación entre tres áreas de la legislación comunitaria (competencia, protección de consumidores y protección de datos personales) que considera necesarias para la efectiva protección de la privacidad de los interesados por el reciente desarrollo del *big data*.

A pesar de que la conclusión de su análisis es que esta materia requiere de un análisis profundo e interdisciplinar, el Supervisor adelanta algunas medidas que deberían tomarse para garantizar la protección de la privacidad y los datos personales de los interesados. Entre otras, destaca la necesidad de cooperación entre las autoridades y de orientaciones eficaces para la aplicación de las normas de privacidad, competencia y protección del consumidor en materia de servicios *online* (en particular, aquellos que son gratuitos y sirven para demostrar cuáles son las preferencias de los clientes).

— *Opinión 03/2014 relativa a la notificación de violación de datos personales, de 25 de marzo de 2014*

El Grupo del Artículo 29 ha elaborado una opinión a través de la cual propone una lista (no exhaustiva) de supuestos en los que debería notificarse a los interesados la existencia de una violación de seguridad que afecta a sus datos personales en cumplimiento del artículo 4.3 de la Directiva 2002/58/CE (artículo 34 de la vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, de Telecomunicaciones). En la explicación de dichos casos se desarrolla, además, el análisis de riesgos que el operador debe efectuar para determinar si la comunicación debe realizarse o no, así como las medidas correctoras que habrían podido adoptarse para minimizar el riesgo. Por otra parte, en la opinión también se identifican los casos en los que no será necesario llevar a cabo dicha notificación (aun habiéndose producido una violación de datos personales). Destaca el carácter eminentemente práctico de esta Opinión, que incluye un apartado de «preguntas y respuestas» (Q&A) con el objeto de facilitar la comprensión de las obligaciones derivadas de las violaciones de seguridad.

— *Opinión 06/2014 relativa al concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento conforme al artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, de 9 de abril de 2014*

A la luz de la tramitación de la propuesta de Reglamento general de protección de datos, el Grupo del Artículo 29 ha elaborado una opinión a través de la cual analiza el actual artículo 7(f) de la Directiva 95/46/CE (relativo al interés legítimo como causa suficiente para el tratamiento de datos sin consentimiento del interesado) con el fin de aclarar su correcta aplicación y ofrecer recomendaciones para su desarrollo en la nueva norma.

\* Esta sección ha sido coordinada por Cecilia Álvarez, y en su elaboración han participado Reyes Bermejo y Ana Lamola, del Grupo de Coordinación de Comunicación, Salud y Propiedad Intelectual, Área Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).



El Grupo recuerda la necesidad de realizar un test de proporcionalidad antes de aplicar esta causa de legitimación; por ello, incluye como anexo un «modelo de test» o «guía» a través del cual los responsables del tratamiento pueden realizar la ponderación de derechos que corresponda. La Opinión incluye también ejemplos prácticos de la aplicación de dicha ponderación.

Según el Grupo, los principales factores que deben tenerse en cuenta para asegurar que los derechos fundamentales de los titulares son debidamente respetados al emplear este criterio son los siguientes:

- (i) la naturaleza y fuente del interés legítimo;
- (ii) la necesidad de llevar a cabo el tratamiento de datos en cuestión para el ejercicio de un derecho fundamental o consecución de un fin de interés público (entre otros);
- (iii) el impacto del tratamiento en el titular y en sus expectativas razonables en cuanto a qué sucederá con sus datos y cómo son tratados; y
- (iv) las cautelas adicionales que podrían limitar el impacto en el interesado, tales como el aumento de la transparencia o la minimización de datos.

Finalmente, el Grupo recomienda que la propuesta de Reglamento europeo incluya (i) un expositivo en el que se recojan los factores a tener en cuenta al ponderar los intereses en conflicto; (ii) un expositivo que exija al responsable, cuando corresponda, dejar constancia de la ponderación efectuada, a efectos de mejorar la transparencia; y (iii) una disposición en virtud de la cual el responsable deba explicar a los interesados por qué considera que sus intereses prevalecen sobre los del interesado.

## [España]

### Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

*Ley 3/2014, de 27 de marzo, 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 (BOE de 28 de marzo de 2014)*

El pasado 28 de marzo de 2014 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la 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 Ley, España incorpora 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 finalizó el 13 de diciembre de 2013. Las modificaciones más relevantes (principalmente relacionadas con los contratos celebrados a distancia) ya fueron puestas de manifiesto en el anterior número de esta revista.

Las disposiciones de la Ley serán de aplicación a los contratos con consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 de junio de 2014.

### Seguridad Privada

*Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (BOE de 5 de abril de 2014)*

El pasado 5 de abril de 2014 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (la cual deroga la hasta ahora vigente Ley 23/1992, de 30 de julio). Entre las diversas modificaciones de esta Ley en materia de protección de datos, cabe destacar lo dispuesto en materia de videovigilancia e investigaciones privadas que fueron analizadas en el en el anterior número de esta revista.

## Dados Pessoais – Proteção da Privacidade dos Trabalhadores

### [Portugal]

*A Comissão Nacional de Proteção de Dados («CNPD») aprovou, em 7 de janeiro, um novo formulário eletrónico específico para os tratamentos de dados relacionados com o uso das tecnologias de informação por parte dos trabalhadores no local de trabalho, pretendendo-se com este formulário conceder autorizações no prazo de uma semana (evitando assim as pendências relativas a este tipo de pedidos de autorização e agilizando a vida interna das empresas no que diz respeito à utilização de meios eletrónicos por parte dos trabalhadores durante o seu horário de trabalho).*

A aprovação deste novo formulário vem no seguimento da aprovação pela CNPD, em sessão plenária de 16 de julho de 2013, da Deliberação nº 1638/2013 («Deliberação») sobre os princípios aplicáveis aos tratamentos de dados pessoais decorrentes do controlo da utilização para fins privados das tecnologias de comunicação no contexto laboral. O texto da Deliberação só foi, no entanto, disponibilizado no passado dia 14 de novembro.

Esta Deliberação vem rever as conclusões tecidas sobre a mesma matéria constantes da Deliberação de 29 de outubro de 2002, que, fruto das evoluções tecnológicas, mereceu ser revista.

Nos termos desta Deliberação, passa a determinar-se que no contexto laboral há que encontrar a justa composição entre o direito à privacidade dos trabalhadores e a liberdade de gestão e organização que é conferida pela lei aos empregadores, na medida em que o artigo 22º, nº 1 do Código do Trabalho («CT») refere que está vedado ao empregador o acesso ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e à informação de caráter não profissional, em caso de utilização pelo trabalhador dos meios de comunicação do empregador. Por isso, as regras de utilização devem balizar o uso desses meios por parte do trabalhador, através de regulamento interno que disponha sobre essa matéria, nos termos do artigo 99º do CT.

Por outro lado, ainda que à entidade empregadora seja reconhecido um amplo poder de organização e respetivo poder de controlo do cumprimento das regras da organização, reconhecido pelo próprio CT, a escolha dos meios de controlo por parte do empregador tem de obedecer aos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da boa-fé, devendo este demonstrar que escolheu as formas de controlo com menos impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores. Neste sentido, a entidade empregadora deve privilegiar metodologias genéricas de controlo, afastando, sempre que possível, a consulta individualizada de dados pessoais, acrescida de uma parametrização aplicada ao universo global dos trabalhadores, em detrimento de um controlo individualizado.

No que se refere aos dados de tráfego (definidos no âmbito da Lei das Comunicações Eletrónicas como quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas ou para efeitos da faturação da mesma), os mesmos também se encontram abrangidos pelo sigilo das comunicações, razão pela qual deve a entidade empregadora utilizar mecanismos técnicos que possibilitem apenas o tratamento de alguns dados, tais como a hora e duração da comunicação, que dissociados de informação considerada pessoal e sensível (tal como o número de telefone chamado, o endereço de correio eletrónico do destinatário ou identificação do sítio da Internet visitado), não apresentam risco para a privacidade do trabalhador, enquanto permitem descobrir algum desvio às normas estabelecidas para a utilização dos meios da entidade empregadora.

Depois, no que diz respeito ao prazo de conversação dos dados, e em conformidade com o princípio estabelecido na Lei da Proteção de Dados, os mesmos só poderão ser conservados pelo período de tempo necessário à prossecução das finalidades do tratamento. A CNPD vem assim definir que para efeitos de controlo de utilização, para fins privados, dos meios de informação e comunicação no contexto laboral, os dados pessoais podem ser conservados pelo prazo máximo de seis meses, sem prejuízo da sua manutenção no decurso de processo disciplinar ou judicial.

Quanto à possibilidade de interconexão de dados com outros tratamentos de dados da responsabilidade da entidade empregadora ou de terceiros, a mesma não se afigura possível tendo em conta que as situações de controlo em causa não justificam tal operação.

Uma novidade introduzida nesta Deliberação prende-se com o conceito de Privacy Impact Assessment, que se consubstancia na avaliação que o empregador deve fazer do impacto que as medidas de controlo que pretende implementar poderão ter na privacidade dos trabalhadores e, em função disso, encontrar aquelas que sejam menos intrusivas para a privacidade dos trabalhadores, e que simultaneamente satisfaçam os interesses legítimos objetivos da organização.

No que toca a medidas de segurança, deve assegurar-se um acesso restrito aos servidores do sistema, os quais devem manter um registo de acesso à informação sensível para controlo das operações e para a realização de auditorias internas e externas.

Passando para o controlo de dados de comunicações telefónicas e de dados de tráfego, a CNPD determina que é, em geral, proibido o acesso ao conteúdo das comunicações, a utilização de qualquer dispositivo de escuta, armazenamento, interceção e vigilância de comunicações pelo empregador. E acrescenta referindo que, no caso de atividades profissionais (médicos, advogados, jornalistas) em que o sigilo e a confidencialidade são essenciais ao desempenho da profissão, não é admissível qualquer tipo de controlo. Caso tenha sido estabelecido algum mecanismo de controlo de chamadas, não devem ser tratados dados não necessários à realização da finalidade de controlo, devendo limitar-se à identificação do utilizador, à sua categoria/função, número de telefone chamado/recebido com supressão dos últimos quatro dígitos, tipo de chamada, duração da chamada e custo da comunicação.

Acresce que, no que se refere ao controlo do correio eletrónico e dos dados de tráfego, independentemente das regras que tenham sido definidas pela empresa, o empregador não tem o direito de abrir, automaticamente, o correio eletrónico dirigido ao trabalhador, mesmo quando esteja em causa a investigação e prova de uma eventual infração disciplinar, devendo a entidade empregadora escolher metodologias de controlo não intrusivas que estejam de acordo com os princípios da proporcionalidade e que sejam do conhecimento dos trabalhadores. Por outro lado, o controlo não deve ser permanente nem sistemático, devendo antes optar-se por um controlo pontual e direcionado para as áreas e atividades que apresentem maiores riscos para a empresa. Estas orientações são igualmente válidas para as atividades profissionais que, deontologicamente, se encontram sujeitas a deveres de sigilo. Nestes casos, o segredo profissional deve ser preservado, não devendo o conteúdo das suas mensagens ser acedido em circunstância alguma nem tão pouco os dados de tráfego reveladores dos remetentes ou destinatários exteriores ser objeto de tratamento para fins de controlo.

O acesso ao correio eletrónico deve ser tido pelo empregador como último recurso a utilizar, sendo necessário que seja feito na presença do trabalhador visado, devendo este mesmo acesso limitar-se à visualização dos endereços dos destinatários, o assunto, a data e hora de envio, podendo o trabalhador opor-se a que algumas mensagens de natureza privada não sejam lidas, devendo a entidade empregadora, mediante tal situação, abster-se de consultar o conteúdo das mensagens de correio eletrónico, bastando para efeitos de controlo o mero registo do envio das mesmas.

No que diz respeito ao controlo de navegação na internet, a atuação das empresas deve centrar-se numa filosofia preventiva, dando-se preferência à criação de um sistema de filtros que impossibilite a visita e navegação de websites eventualmente não autorizados pelo empregador. Assim, o controlo de acesso à Internet não deve ser permanente nem sistemático, devendo antes ser feito de modo global devidamente parametrizado. Neste sentido, admitem-se tratamentos estatísticos dos sítios mais consultados na empresa, sem identificação dos postos de trabalho.

Por último, dispõe ainda a CNPD sobre acesso remoto ao computador dos trabalhadores, proibindo a utilização de sistemas ou aplicações que permitam visualizar, seguir ou monitorizar as ações que o trabalhador efetua no computador (quer através de controlo à distância de ambientes de trabalho remotos (Virtual Network Computing), quer através de sistemas de pesquisa, localização e obtenção de dados e informações eletrónicas (Electronically Stored Information). Caso sejam adotados alguns mecanismos para realização de cópias de segurança e de informação contida nos computadores individuais atribuídos aos trabalhadores, deve garantir-se que não é acedida e copiada informação de natureza privada, devendo para este efeito esses mesmos procedimentos prever a existência de uma separação inequívoca de pastas pessoais e profissionais, ser transparentes e claramente descritos aos trabalhadores, com

prestação de informação e orientação prática quanto à forma correta de arquivar eventuais documentos privados.

Refira-se, por fim, que embora as Deliberações da CNPD não sejam vinculativas, e na medida em que a CNPD é a autoridade responsável em Portugal pela concessão de autorizações para operações de tratamento de dados pessoais, as mesmas acabam por ter força obrigatória em matéria de privacidade e proteção de dados.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**El TJUE declara inválida la Directiva 2006/24/CE de conservación de datos**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014*

El pasado 8 de abril de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») dictó una sentencia por la que declara inválida la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos («**Directiva 2006/24/CE**»), incorporada al Derecho español por la Ley 25/2007, de 18 de octubre. Esta Directiva pretendió que los Estados miembros impusieran a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones la conservación (durante un determinado plazo) de datos de tráfico y de localización de las comunicaciones de los abonados y usuarios para su acceso por ciertas autoridades, en ambos casos, con la finalidad de luchar contra la delincuencia grave.

La sentencia objeto de análisis trae causa de dos procedimientos prejudiciales incoados, respectivamente, por la *High Court of Ireland* (Tribunal Superior de Irlanda) y el *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional de Austria), en los que se solicita al TJUE (entre otras cosas) que se pronuncie sobre la validez de la Directiva 2006/24/CE a la luz de la protección debida a los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incorporada al Tratado de Lisboa (la «*Carta*»). Para ello, el TJUE analiza si la retención y acceso de datos previstos en la *Directiva 2006/24/CE* constituyen una injerencia en dichos derechos fundamentales y si esa injerencia está justificada por la finalidad alegada vinculada a la seguridad pública.

(i) Sobre la injerencia en los derechos fundamentales:

El TJUE considera que la Directiva, al imponer la conservación durante un plazo máximo de 2 años de los datos de tráfico y localización de todas las comunicaciones electrónicas de todos los usuarios/abonados y permitir que las autoridades nacionales competentes accedan a ellos, interfiere de manera especialmente grave en los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales. Asimismo, el TJUE entiende que la ausencia de información a los abonados o usuarios registrados puede generar en estos «*el sentimiento de que su vida privada es objeto de una vigilancia constante*».

(ii) Sobre la posible justificación de la injerencia:

El TJUE toma como punto de partida el artículo 52(1) de la Carta, el cual establece que cualquier limitación al ejercicio de los derechos y libertades de la Carta deberá estar establecida por ley y sujeta al principio de proporcionalidad, cuya interpretación ha de ser particularmente estricta en este caso dada la magnitud de la injerencia. Estas limitaciones han de entenderse en una sociedad democrática como «*necesaria[s] para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*», en el sentido del artículo 9 del Convenio 108.

Según el TJUE, pese a que la obligación de conservación de la Directiva 2006/24/CE podría entenderse lícita atendiendo a los fines legítimos que se persiguen, «*no está suficientemente*

*regulada para garantizar que dicha injerencia se limite efectivamente a lo estrictamente necesario» en base a los siguientes motivos:*

—abarca de manera generalizada a todas las personas, medios de comunicación electrónica y datos relativos al tráfico sin que se establezca ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo de lucha contra los delitos graves;

—no define las condiciones materiales y procesales en las que las autoridades nacionales competentes pueden tener acceso a los datos y utilizarlos posteriormente (se remite de manera general a «delitos graves» definidos por cada Estado miembro en su ordenamiento jurídico interno);

—no limita los periodos de conservación en función de las personas afectadas o de la posible utilidad de los datos con respecto al objetivo perseguido; y

—no define las medidas de seguridad (que deberían ser particularmente exigentes y no dependientes del coste que suponen para los operadores) necesarias para garantizar la seguridad de los datos ni exige que los datos sean conservados dentro de la UE (lo que podría provocar que el control del cumplimiento de los requisitos de protección y de seguridad no fuese realizado por una autoridad independiente establecida en la UE).

### [España]

**La existencia de un proceso penal pendiente puede impedir que el carácter de una deuda se considere «cierto»**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de noviembre de 2013*

La Audiencia Nacional desestima el recurso interpuesto por una entidad de crédito confirmando la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos («AEPD») por la que se impone una multa de 6.000 euros. El órgano *ad quem* considera que la existencia de un proceso penal pendiente, en el que se enjuicia, entre otros, la actuación de la entidad de crédito en la concesión del préstamo del que surge la deuda, impide que esta tenga el carácter de cierta.

En consecuencia, la inclusión de los datos de los deudores en ficheros de solvencia patrimonial contraviene la exigencia de certeza de la deuda de conformidad con el artículo 38.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre que desarrolla la Ley Orgánica de Protección de Datos, lo que implica que los datos personales sean inexactos y no se correspondan con la situación real del titular, contraviniendo el principio de calidad de los datos.

**Requisitos específicos del consentimiento para la solicitud de una portabilidad**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 2014*

La Audiencia Nacional desestima el recurso presentado por una operadora de telefonía móvil contra una resolución de la AEPD por la que se le imponen dos multas de 50.000 euros cada una de ellas.

En el caso de autos, un particular denunciaba que la operadora había incluido sus datos en un fichero de morosos con base en una fraudulenta portabilidad tramitada telefónicamente. La grabación de la conversación aportada por la operadora no cumplía con todos los requisitos establecidos en la Circular 1/2009 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: no constaban los números de teléfono portados, fecha y hora de la grabación, nombre del operador donante, localidad y provincia del titular de las líneas; asimismo, la prestación del consentimiento no era verificada por un tercero independiente. A tales efectos, según la Audiencia, la operadora no adoptó las cautelas exigibles para comprobar la identidad del cliente y asegurarse del carácter inequívoco de su consentimiento.

Asimismo, la Audiencia considera que le correspondía a la operadora adoptar las medidas de comprobación necesarias para comprobar la veracidad de los datos que suministra a los ficheros de solvencia, como entidad que celebra contratos de prestación de servicios, incorpora datos de sus clientes a sus ficheros, emite las facturas y gira los correspondientes recibos bancarios.

### 3 · DECISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

#### [España]

**Sanción de 20.000 euros por conservar datos sin haber informado previamente a sus titulares**

*Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 1 de octubre de 2013*

La Agencia impone una sanción de 20.000 euros a una compañía que ofrece cupones promocionales y otros descuentos *online*, por no informar a sus clientes de que conservaba los datos de las tarjetas de créditos que previamente habían utilizado. En este caso, no solo no se proporcionó información clara y precisa respecto del tratamiento, sino que se informó precisamente de todo lo contrario («*en ningún momento la información de tu tarjeta de crédito queda almacenada en nuestros servidores*»). La AEPD atribuye a la entidad sancionada la condición de responsable del tratamiento, considerando que la intervención de un tercero en el cobro se realizaría en todo caso por su cuenta.

**La publicación de datos en Internet sin limitar su acceso a terceros puede vulnerar el deber de seguridad**

*Resolución de apercibimiento de la Agencia Española de Protección de Datos, de 19 de noviembre de 2013*

La AEPD apercibe a una asociación sin ánimo de lucro por no limitar el acceso al contenido de los boletines oficiales del Ministerio de Defensa por terceros no registrados como usuarios de la web, incumpliendo de este modo el principio de seguridad de los datos personales. La asociación tampoco limitó el rastreo por los motores de búsqueda ocasionando que los datos pudiesen ser indexados.

Considera la AEPD que los boletines del Ministerio de Defensa son de acceso público; sin embargo, según la Orden que regula estos boletines, su difusión se lleva a cabo de forma restringida a través de la Intranet del Ministerio y por *e-mail* previa suscripción, correspondiendo a la Subdirección General de Publicaciones gestionar la base de datos y el envío de los correos.

**La publicación de datos sobre presuntos deudores de una comunidad de propietarios puede vulnerar el deber de secreto**

*Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos de, 21 de noviembre de 2013*

La Agencia sanciona con una multa de 1.500 euros a una comunidad de propietarios por exhibir en un tablón de anuncios que le pertenece datos personales de propietarios presuntos morosos (nombre, apellidos, domicilio y supuesta deuda). Este tablón estaba ubicado en la pared exterior de un edificio, que permitía el acceso a la información por parte de terceros que pudiesen transitar por la vía pública en la que encuentra ubicado el mencionado tablón.

Según la comunidad, la publicación respondía a la necesidad de notificar a los afectados los acuerdos adoptados por su Junta de Gobierno (aprobaban por unanimidad la interposición de reclamaciones judiciales contra los morosos incluidos en la lista), así como cubrir con los trámites exigidos para actuar judicialmente contra los deudores. Sin embargo, la AEPD considera que la publicación de los datos personales de los morosos infringe el deber de secreto establecido en la normativa de protección de datos, si bien la publicación de dichos datos debía haberse circunscrito al ámbito restringido de la propia Asociación y siempre que se hubiesen dado las circunstancias previstas en la normativa para poder llevar a cabo la exposición del documento (*e. g.*, intentos de notificación directa a los afectados).

**Sanción de 30.001 euros por el envío de cuatro SMS con fines comerciales**

*Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 14 de enero de 2014*

La Agencia sanciona con 30.001 euros a una entidad bancaria por enviar a un cliente cuatro SMS publicitarios (que no incluían información alguna sobre el procedimiento de oposición habilitado) sin haber obtenido su consentimiento previo conforme al artículo 21.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio («LSSI») ni facilitado un procedimiento de oposición fácil, gratuito y libre al tiempo de la recogida de los datos (haciendo alusión al no solo a la LSSI, sino también al artículo 15 del RLOPD).

La AEPD decide sancionar a la entidad bancaria por la LSSI (sin aplicar la LOPD) por realizar envíos de comunicaciones comerciales por medios electrónicos sin consentimiento expreso del destinatario (y no, como debería haber hecho, por enviarlas sin incluir el procedimiento de oposición correspondiente).

**La instalación de dispositivos GPS en vehículos oficiales requiere cumplir con el deber de información sobre el tratamiento de datos personales**

*Resolución de declaración de infracción de la Agencia Española de Protección de Datos, de 23 de enero de 2014*

La AEPD declara la infracción de la Dirección General de la Guardia Civil por la instalación de dispositivos GPS en coches oficiales de la Guardia Civil sin haberles proporcionado información previa, precisa e inequívoca sobre el tratamiento de sus datos personales derivado de dicha instalación.

Como indica la AEPD, la instalación de estos dispositivos implica un tratamiento automatizado de datos personales porque posibilita, sin hacer esfuerzos desproporcionados, asociar la posición de los vehículos oficiales (su localización) con los miembros de la Guardia Civil que estén haciendo uso de tales vehículos (su identidad). Cabe señalar que en este caso, además, los datos que se recababan iban más allá de lo contenido en la orden de publicación del fichero.

Además de la declaración de la infracción por la AEPD, la Agencia requiere a la Dirección General de la Guardia Civil para que acredite, en el plazo de un mes desde la resolución, las medidas de orden interno que impidan que pueda volver a producirse una infracción del deber de información.

**Primera sanción en España en materia de cookies**

*Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 14 de enero de 2014*

El pasado 26 de enero de 2014 fue publicada la primera resolución sancionadora de la AEPD a través de la cual se impone a dos entidades del sector de la joyería sanciones económicas (de 3.000 y 500 euros respectivamente) por la instalación y utilización de *cookies* sin cumplir de forma completa con los deberes de información y consentimiento establecidos en el artículo 22.2 de LSSI.

El caso específico al que se refiere esta resolución trae causa de una denuncia presentada por un usuario de varios sitios webs gestionados por las entidades denunciadas, las cuales, según la AEPD, en su condición de editoras de sus respectivas páginas webs, prestan servicios de la sociedad de la información (ofrecer información y publicidad y servicio de tienda *online*) y utilizan *cookies* propias y de terceros para las siguientes finalidades: analítica web, preferencias, publicidad, servicios de vídeo, servicio de mapa interactivo, servicio de chat, funcionamiento de la plataforma MAGENTO y refresco de datos.

En esta resolución, la AEPD describe de forma pormenorizada qué información sobre *cookies* ha de proporcionarse a los usuarios, siguiendo el formato de dos capas (esto es, en un aviso visible en la *home* desde el que se accedería a un mayor detalle en una política de *cookies*) preconizado en la Guía sobre el uso de las *cookies* publicada en 2013 para que el consentimiento de los usuarios pueda entenderse válidamente prestado.

En el caso analizado, la AEPD considera acreditado que los editores de las páginas webs analizadas utilizan *cookies* sin informarles en todos los casos, de forma clara y completa, sobre el uso de las *cookies* que se instalarán y fines del tratamiento de la información recuperada a través de ellas.

A pesar de que la AEPD considera probado que el uso de *cookies* se lleva a cabo sin mediar el consentimiento informado que el artículo 22.2 de la LSSI, «la vulneración de este requisito previo a la instalación de *cookies* no resulta sancionable en virtud de la redacción del artículo 38.4.g)» (que solo se refiere al incumplimiento de la obligación de informar y proporcionar un medio de oposición), cuestión que la modificación prevista de la LSSI en la futura ley de telecomunicaciones vendría a corregir.

Cabe añadir que en esta misma resolución la AEPD aprovecha para imponer una sanción de 1.500 euros a una de las entidades denunciadas por recabar datos personales de los usuarios web a través de formularios sin facilitarles, en el momento de la recogida, la información preceptiva en materia de protección de datos personales.



## 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 dichas Directrices.

Esta nueva versión 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.<sup>ª</sup>) y en materia de medicamentos falsificados (artículos 8, 64, 66 bis, 69, 71, 71 bis, 101.2.b.1.<sup>ª</sup>33.<sup>ª</sup> y 34.<sup>ª</sup> y 101.2.c.2.<sup>ª</sup> y 11.<sup>ª</sup>). 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.

(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 fabri-

---

\* Esta sección ha sido elaborada por Beatriz Cocina, Susana Guerrero, José Solís, Antonio Javier Montoro, Helder Frias, Joana Torres Erejo, Joana Mota, Maria Goreti Rebêlo y Miguel Stokes, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

cación 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.

Se 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 científica 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 far-*

*macia 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 (BOE de 3 de agosto de 2013)*

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 de 2013)*

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 (resañados 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 aún 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 (BOE de 9 de noviembre de 2013)*

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 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 web. 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.

**[Portugal]**

**Medicamentos, Preços de Referência e Comparticipações do Estado**

*Decreto-Lei n.º 19/2014 (DR 25 série I de 2014-02-05)*

Este diploma vem introduzir alterações ao regime de formação de preços dos medicamentos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 112/2011, de 28 de novembro e ao regime geral das comparticipações do Estado no preço dos medicamentos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48-A/2010, de 1 de outubro, conforme alterado. As alterações introduzidas centram-se fundamentalmente no aprofundamento das garantias de sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde, através da clarificação de procedimentos inerentes à revisão anual de preços dos medicamentos, introduzindo um novo quadro sancionatório a este respeito, bem como da revisão das componentes fixas e variáveis nas margens regressivas da comercialização de medicamentos, ajudando a prevenir distorções na disponibilização dos medicamentos mais baratos, criando-se ainda um incentivo à utilização de medicamentos genéricos e, de entre eles, os mais baratos, mediante atribuição de remuneração adicional às farmácias participantes em programas de saúde pública nos termos e condições a definir por portaria conjunta dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e saúde.

Por outro lado, este diploma vem dispor ainda que os processos de revisão anual dos preços dos medicamentos, incluindo os termos e prazos em que é exercido o dever de comunicação ao INFARMED — Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P. («INFARMED»), pelo titular da Autorização de Introdução no Mercado, ou seu representante, dos novos preços a praticar, são definidos por portaria do Ministério da Saúde, devendo depois ser comunicados ao INFARMED, sendo que a omissão destes deveres de comunicação, bem como a prática de preços superiores aos comunicados, é agora sancionada com coimas que podem ir até aos €3.740.98, no caso de pessoas singulares, e até aos €44.891.81, no caso de pessoas coletivas.

Também através deste diploma se definem mecanismos que permitem, em cada momento, aferir a mais-valia dos medicamentos que justifiquem a sua comparticipação pelo Estado português através de uma maior exigência nas demonstrações da sua efetividade e valor terapêutico. Estas demonstrações de eficácia e de maior ou menor valor terapêutico comparativo devem ser apresentadas ao INFARMED através de elementos probatórios expressamente definidos neste diploma. Estas medidas não se destinam a permitir uma maior comparticipação de novos medicamentos, mas apenas a permitir a descomparticipação de medicamentos cuja mais-valia terapêutica deixe de ter justificação.

Esta medida é justificada pelo facto de os progressos científicos da indústria farmacêutica permitirem que surjam novos medicamentos genéricos com os mesmos princípios ativos de anteriores medicamentos mas com novas indicações terapêuticas. Neste sentido, quando surgirem novos medicamentos genéricos, com novas indicações terapêuticas, se não ficar demonstrado a qualidade terapêutica original do medicamento mais antigo, que permita uma diferenciação em relação ao novo produto, proceder-se-á à descomparticipação desse medicamento anterior.



As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 19/2014, de 5 de fevereiro, entraram em vigor em março de 2014 e os novos Preços de Venda ao Público que resultam da aplicação das novas margens de comercialização são aplicáveis a partir de abril de 2014, ficando consagrada a possibilidade de escoar medicamentos com preços antigos que, no dia anterior à data de entrada em vigor do diploma, ainda se encontrem quer nos distribuidores grossistas, quer nas farmácias, pelo prazo de 30 dias contados a partir dessa data, no caso dos distribuidores grossistas, e de 60 dias, no caso das farmácias.

**Investigação Clínica. Ensaios Clínicos com Medicamentos de Uso Humano e Dispositivos Médicos**

*Lei n.º 21/2014 (DR 75 série I de 2014-04-16)*

Foi publicada a Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, que procede à regulação da investigação clínica que vem revogar a Lei n.º 46/2004, de 24 de agosto, relativa ao regime jurídico aplicável à realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano, e algumas disposições do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, relativo à disciplina jurídica dos dispositivos médicos, dando assim cumprimento a um dos objetivos do programa de Governo, designadamente de promover condições que possibilitem e maximizem a investigação clínica em Portugal, criando um quadro de referência global nesse domínio.

Embora este novo diploma tenha por base as disposições previstas na Lei n.º 46/2004, de 24 de agosto, verificam-se algumas inovações, desde logo porque se cria um enquadramento legal mais abrangente e harmonizado, reunindo num só diploma o que dantes se encontrava disperso, designadamente o regime dos ensaios clínicos em medicamentos de uso humano, passando pelos estudos clínicos com intervenção de dispositivos médicos e de produtos cosméticos e de higiene até aos estudos clínicos com e sem intervenção. É criado um Registo Nacional de Estudos Clínicos, que permite a submissão eletrónica dos estudos clínicos, uma análise continuada do status de avaliação dos estudos clínicos pelas diferentes entidades e ainda a divulgação dos resultados dos estudos clínicos aos profissionais de saúde e aos investigadores e ao público em geral. Este diploma procede ainda à criação da Rede Nacional de Comissões de Ética para a Saúde, com particular relevância na promoção da harmonização das avaliações dos estudos clínicos e do reconhecimento mútuo entre Comissões de Ética para a Saúde e Comissões de Ética Competentes.

Ao nível do processo de aprovação dos estudos clínicos, os procedimentos são racionalizados e agilizados através da redução do prazo de avaliação dos ensaios clínicos e dos estudos com intervenção de dispositivos médicos.

Relativamente às contraordenações aplicáveis em caso de incumprimento, são estabelecidas coimas entre €500 a €50.000.00, aplicáveis a pessoas singulares, e entre €5.000.00 a €750.000.00, quando praticadas por pessoas coletivas.

Este diploma entra em vigor no dia 16 de junho de 2014, prevendo-se a aprovação da respetiva regulamentação no prazo de 120 dias a contar da sua entrada em vigor.

## 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 marcado 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 marcado 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 · NORMATIVA

#### [España]

##### Legislación estatal

— *Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE de 8 de marzo de 2014)*

Reforma la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, introduce reglas especiales para determinar el efecto en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de las operaciones de capitalización de créditos y las quitas y esperas llevadas a cabo en el marco de la Ley Concursal, así como una exención del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados para las escrituras relativas a acuerdos de refinanciación o acuerdos extrajudiciales de pago, en determinadas condiciones.

— *Real Decreto 1041/2013, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, y se introducen otras disposiciones en relación con los Impuestos Especiales de fabricación y el Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (BOE de 30 de diciembre)*

— *Real Decreto 1042/2013, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero, y por el que se modifican el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, 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, y el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre).*

##### Convenios internacionales

— *Convenio entre el Reino de España y la República Argentina para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Buenos Aires el 11 de marzo de 2013 (BOE de 14 de enero de 2014)*

#### [Portugal]

##### Orçamento do Estado para 2014

*Lei n.º 83-C/2013 (DR 253, série I, de 2013-12-31)*

O Orçamento do Estado para 2014, aprovado pela lei em epígrafe, introduziu diversas alterações em matéria tributária, das quais destacamos as seguintes:

##### 1. Em sede de IRS:

- (i) Passam a ficar excluídas de tributação, em sede de Categoria A, as importâncias suportadas pelas entidades patronais com seguros de saúde ou doença em benefício dos seus trabalhadores ou respetivos familiares, desde que a atribuição dos mesmos tenha carácter geral;
- (ii) Em sede da Categoria B (a) passam a ficar abrangidos pelo regime de tributação simplificada os sujeitos passivos que, no exercício da sua atividade, não tenham auferido rendimentos desta categoria superiores a € 200.000 (em vez dos anteriores € 150.000); e (b)

\* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Gerardo Cuesta, y en su elaboración han participado Susana Estevão Gonçalves y Raquel Maurício, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

são alterados os coeficientes a aplicar às diversas atividades / rendimentos, em caso de aplicação de regime simplificado;

(iii) Passam a ser qualificados sempre como mais-valias — Categoria G — os rendimentos resultantes da partilha, derivados da liquidação de sociedades;

(iv) Introduce-se uma norma para determinar qual o agregado familiar do dependente em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens quando as responsabilidades parentais são exercidas em comum por ambos os progenitores;

(v) Os residentes de Estados-Membros da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu passam a poder optar por ser tributados em Portugal nos mesmos termos em que os residentes desde que os rendimentos auferidos em Portugal representem pelo menos 90% da totalidade dos seus rendimentos;

(vi) Mantém-se, nos mesmos termos, a sobretaxa extraordinária de 3,5% sobre os rendimentos que excedam, por sujeito passivo, o valor anual da retribuição mínima garantida; e

(vii) Aumenta para 20% a tributação autónoma dos encargos dedutíveis relativos a automóveis ligeiros de passageiros ou mistos, cujo custo de aquisição seja igual a superior a € 20.000.

## 2. Em sede de Contribuição Extraordinária de Solidariedade:

Mantém-se a aplicação de uma contribuição extraordinária de solidariedade sobre as pensões de valor mensal bruto superior a € 1.350, às taxas progressivas e variáveis entre 3,5% e 40%.

## 3. Em sede de IVA:

(i) No que respeita à dedução do IVA associado a créditos considerados incobráveis: (a) é estabelecido um prazo de dois anos para o exercício do direito à recuperação do imposto (este prazo é também aplicável a créditos em mora há mais de seis meses de valor não superior a € 750); e (b) torna-se exigível a comunicação ao devedor do crédito (quando seja sujeito passivo de IVA) da anulação do imposto para que este retifique a dedução efetuada;

(ii) São introduzidas as seguintes alterações ao regime de renúncia à isenção de IVA nas operações imobiliárias: (a) o prazo durante o qual o imóvel pode estar desocupado sem que seja obrigatório regularizar o imposto a favor do Estado é aumentado de três para cinco anos; e (b) passam a poder incluir-se no referido regime os imóveis que tenham sofrido um aumento de apenas 30% (anteriormente 50%) do seu Valor Patrimonial Tributário após a realização de obras de transformação ou renovação;

(iii) Quanto ao regime dos bens em circulação (a) foram excluídos do seu âmbito de aplicação determinados bens; (b) estabeleceu-se a possibilidade de emitir um documento de transporte global quando, no momento em que se inicia o transporte, não sejam conhecidos os bens a entregar em cada local de destino e (c) a possibilidade de apreensão dos bens em circulação e do veículo transportador passa a estar limitada aos casos em que haja indícios de prática de infração criminal.

## 4. Em sede de IS:

(i) Passam a estar sujeitos a IS, para além dos prédios urbanos com afetação habitacional, os terrenos para construção cujo Valor Patrimonial Tributário seja superior a € 1.000.000, sempre que a edificação autorizada ou prevista seja para habitação;

(ii) A isenção para financiamentos de prazo não superior a um ano, destinados a cobrir carências de tesouraria, passa a abranger os financiamentos concedidos (a) pela sociedade dominante às sociedades participadas, desde que a primeira detenha uma participação de, pelo menos, 10% do capital com direito de voto, ou cujo valor de aquisição seja igual ou superior a € 5.000.000, e quando nenhuma das intervenientes seja residente em Paraíso Fiscal e (b) a favor de sociedades dominantes com a qual a participada se encontre em relação de domínio ou de grupo.

### 5. Em sede de EBF:

- (i) A isenção de IMI e IMT aplicável aos prédios integrados em fundos de investimento imobiliário abertos ou fechados de subscrição pública, em fundos de pensões e em fundos de poupança-reforma foi revogada, passando estas entidades a beneficiar apenas de uma redução para metade das taxas aplicáveis;
- (ii) É criado um regime de incentivo fiscal ao reinvestimento de lucros e reservas para pequenas e médias empresas (PME);
- (iii) É alargado o âmbito de aplicação dos benefícios fiscais em sede de IMT, IS e emolumentos aplicável em sede de reestruturações empresariais;
- (iv) São revogados os regimes fiscais das Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS) e das Sociedades de Capital de Risco, assim como o regime especial de eliminação da dupla tributação sobre os lucros distribuídos por sociedades residentes em países africanos de língua portuguesa e em Timor-Leste;
- (v) É conferida uma autorização legislativa ao Governo para revisão do regime fiscal dos organismos de investimento coletivo, baseada no modelo REIT (*Real Estate Investment Trust*), que tem em vista aumentar a competitividade internacional destes organismos.

### 6. Em sede de LGT:

Passa a ser admitido recurso contencioso autónomo das decisões da AT em determinadas situações relativas a pedidos de informação prévia vinculativa.

### 7. Em sede de RGIT:

- (i) A possibilidade de dispensa de pena quando o agente repuser a verdade sobre a situação tributária passa a ser aplicável apenas quando o crime seja punível com pena de prisão igual ou inferior a dois anos;
- (ii) O tipo do crime de fraude contra a Segurança Social passa a integrar a obtenção de vantagem ilegítima de valor superior a € 7.500;
- (iii) Passa a ser punível com coima entre € 500 a € 22.500 a falta de apresentação, ou apresentação fora do prazo legal, da declaração de alterações na composição do grupo, bem como da declaração de exclusão de sociedade, para efeitos de aplicação do Regime especial de tributação dos grupos de sociedades (RETGS).

## Reforma do IRC

### *Lei n.º 2/2014 (DR 11, série I de 2014-01-16)*

A referida lei veio introduzir alterações muito significativas ao CIRC, de entre as quais destacamos as seguintes:

- (i) A taxa geral de imposto é reduzida para 23%, estabelecendo-se ainda uma taxa especial de 17%, aplicável aos primeiros € 15.000 de matéria coletável das pequenas e médias empresas (PME);
- (ii) Ampliação do regime de *Participation Exemption* para os lucros e reservas distribuídos, bem como para as mais e menos-valias realizadas com a transmissão onerosa de partes de capital, aplicável a sujeitos passivos residentes não abrangidos pelo regime da transparência fiscal, desde que verificados determinados requisitos. Este regime também será aplicável aos lucros e reservas distribuídos por entidades residentes a determinadas entidades não residentes (incluindo entidades residentes noutros Estados-Membros da União Europeia);
- (iii) Para efeitos de aplicação do regime da transparência fiscal, foi alterado o conceito de sociedade de profissionais, que se tornou mais abrangente (incluindo também sociedades multidisciplinares);
- (iv) Passa de € 3.000.000 para € 1.000.000 o limite absoluto à dedutibilidade dos gastos de financiamento;

- (v) Passa a ser qualificada, na esfera dos sócios, como mais-valias, a totalidade dos rendimentos resultantes da partilha, derivados da liquidação de sociedades;
- (vi) O prazo de reporte dos prejuízos fiscais foi alargado de cinco para 12 períodos de tributação, sendo, no entanto, reduzido o limite dos prejuízos fiscais a deduzir em cada um dos períodos de tributação de 75% do lucro tributável para apenas 70%;
- (vii) Passa a ser aceite como gasto fiscal, em partes iguais, durante os primeiros 20 períodos de tributação após o reconhecimento inicial, o custo de aquisição de elementos da propriedade industrial bem como o *goodwill* adquirido numa concentração de atividades empresariais;
- (viii) Introduziu-se a possibilidade de optar, na declaração de início ou de alteração de atividade, por um regime simplificado de tributação, para os sujeitos passivos que cumpram os requisitos legais;
- (ix) São agravadas as taxas de tributação autónoma para os encargos relacionados com viaturas ligeiras de passageiros, motos ou motocicletas, com exclusão de veículos elétricos e de veículos em relação aos quais tenha sido celebrado acordo escrito entre a empresa e o trabalhador; e
- (x) Foi reduzida a percentagem de participação mínima necessária para aderir ao Regime especial de tributação dos grupos de sociedades (RETGS), sendo agora suficiente a detenção de uma participação de 75%, desde que esta confira pelo menos 50% dos direitos de voto.

**Convenção entre Portugal e Singapura para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento**

*Aviso n.º 9/2014 (DR 10, série I de 2014-01-15)*

O presente diploma torna público o cumprimento das formalidades constitucionais de aprovação do Protocolo que altera a Convenção entre a República Portuguesa e a República de Singapura para evitar a dupla tributação e evitar a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, assinado em Singapura, em 28 de maio de 2012.

O referido protocolo entrou em vigor em 26 de dezembro de 2013.

**IRC – Declaração Modelo 22**

*Despacho n.º 1576/2014 (DR 22, série II de 2014-01-31)*

O presente diploma aprova os modelos de impressos da declaração de IRC – Modelo 22, respetivos anexos e instruções de preenchimento, que deverão ser utilizados a partir 1 de janeiro de 2014.

**Regime Especial de Tributação dos Rendimentos de Valores Mobiliários Representativos de Dívida**

*Circular n.º 4/2014 de 2014-02-21 e Despacho n.º 2937/2014 de 2014-02-12*

A referida Circular visa esclarecer as alterações introduzidas pelo artigo 5.º da Lei n.º 83/2013 de 9 de dezembro ao Regime Especial de Tributação dos Rendimentos de Valores Mobiliários Representativos de Dívida, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 193/2005, de 7 de novembro, sobretudo clarificando os procedimentos adotar em caso de reembolso de imposto retido em excesso no vencimento ou no reembolso dos valores mobiliários (passando a utilizar-se o formulário Modelo 25-RFI aprovado para o efeito pelo Despacho n.º 2937/2014) ou aquando da transmissão dos valores mobiliários ou transferência de contas isentas para contas sujeitas a retenção (passando a utilizar-se o formulário Modelo 26-RFI aprovado para o efeito pelo Despacho n.º 2937/2014).

**Alteração do regime da Contribuição sobre o Sector Bancário**

*Portaria n.º 64/2014 de 12 de março (DR, série I de 2014-03-12)*

A referida Portaria pretende dar execução à alteração do regime da Contribuição sobre o Sector Bancário, introduzida pela Lei n.º 83-C de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2014.

A Portaria definiu o intervalo de taxas aplicáveis à base de incidência da referida contribuição, que passam a ser as seguintes:



(i) Sobre o passivo apurado e aprobado pelos sujeitos passivos deduzido dos fondos próprios de base (*tier 1*) e complementares (*tier 2*) e dos depósitos abrangidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos — 0,07%;

(ii) Sobre o valor nominal dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço apurado pelos sujeitos passivos — 0,00030%.

#### Prorrogação do prazo para a certificação do software de faturação

*Despacho n.º 75/2014 de 28 de março*

A utilização de programas informáticos de faturação produzidos internamente pelas empresas ou por empresa do mesmo grupo económico não se encontrava sujeita a prévia certificação pela Direção de Serviços de Planeamento e Coordenação da Inspeção Tributária e Aduaneira da Autoridade Tributária e Aduaneira até à entrada em vigor da Portaria n.º 340/2013, de 22 de novembro, que alterou e republicou a Portaria n.º 363/2010, de 23 de junho.

Assim, aqueles programas informáticos passaram a carecer de certificação desde 1 de janeiro de 2014 (data de entrada em vigor da Portaria n.º 363/2010, de 23 de junho), o que deveria ser requerido pela entidade titular do programa, devendo este ser certificado pela Administração Tributária em 30 dias.

Todavia, devido à enorme afluência de pedidos de certificação de programas informáticos de faturação produzidos pelas empresas, e para permitir o cumprimento desta obrigação acessória pelas empresas, o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais prorrogou através do referido Despacho o efeito daquela revogação para 1 de julho de 2014.

#### Derrama Municipal para 2014

*Ofício Circulado n.º 20171/2014 de 25 de março de 2014*

O referido Ofício Circulado estabelece as taxas de Derrama Municipal a cobrar em 2014 relativas ao exercício fiscal de 2013.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Espanña]

#### Impuesto sobre Sociedades. Compensación de bases imponibles negativas

*Tribunal Supremo, sentencias de 14 de noviembre y 9 de diciembre de 2013. Recursos n.º 4303/2011 y 2883/2012*

Se examina la posibilidad de comprobación por parte de la Administración de bases imponibles negativas generadas en ejercicios prescritos, bajo la Ley General Tributaria de 2003 (artículos 70.3 y 106.4) y la «nueva» redacción del artículo 23.5 de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre («*El sujeto pasivo deberá acreditar la procedencia y cuantía de las bases imponibles negativas cuya compensación pretenda, mediante la exhibición de la liquidación o autoliquidación, la contabilidad y los oportunos soportes documentales, cualquiera que sea el ejercicio en que se originaron*»).

Frente al criterio sentado por la jurisprudencia bajo la normativa anterior, considera el Tribunal que la Administración puede comprobar las referidas bases procedentes de ejercicios prescritos, si bien entiende que, en estos casos, si el contribuyente exhibe la documentación indicada en el artículo 23.5 de la Ley 43/1995 antes citado, es a la Administración a la que le corresponde la carga de demostrar que las bases consignadas son incorrectas.

Aportada por el contribuyente la documentación exigida, «*a partir de entonces surge para la Inspección la [carga] de demostrar que las bases negativas no se ajustan a la realidad o son contrarias al ordenamiento jurídico, para lo cual hay que reconocer a aquella, facultades de comprobación, que son las mismas que tenía en su momento respecto de los ejercicios prescritos, y que en absoluto afectan a la firmeza del resultado de la autoliquidación no comprobada y firme, pero si a aquél otro ejercicio en el que el derecho eventual o la expectativa de compensación tiene la posibilidad de convertirse en derecho adquirido al surgir bases positivas susceptibles de compensación*».

**Impuesto sobre Sociedades. Operaciones de reorganización y reestructuración empresarial. Comunicación a la AEAT. Prescripción**

*Tribunal Supremo, sentencia de 15 de noviembre de 2013. Recurso n.º 3019/2011*

Se plantea si una aportación no dineraria documentada en escritura pública de diciembre de 1999, y presentada en el Registro Mercantil para su inscripción en enero de 2000, es imputable al ejercicio 1999 en materia de Impuesto sobre Sociedades, en cuyo caso la posibilidad de la Administración de comprobarla habría prescrito.

El TS, omitiendo referencia alguna a las normas fiscales y contables de devengo e imputación temporal de ingresos, se limita a razonar sobre la condición o no de tercero de buena fe de la Administración.

Así, considera que, «a pesar de que para que el aumento o ampliación de capital surta efectos frente a terceros se exige que el acuerdo se adopte por la Junta General de Accionistas, que se otorgue en escritura pública y que se proceda a su inscripción en el Registro Mercantil y publicación en su Boletín Oficial», esta regla no aplica a la Administración cuando esta ha dejado de ser un tercero de buena fe. Y a estos efectos, entiende el Tribunal que la Administración pierde la condición de tercero de buena fe con la notificación de la operación realizada por la sociedad y su intención de acogerse al régimen especial de operaciones de reestructuración, la cual tuvo lugar el 30 de diciembre de 1999, lo que le lleva a apreciar la prescripción.

**Procedimiento tributario. Notificaciones practicadas**

*Tribunal Supremo, sentencia de 3 de diciembre de 2013. Recurso n.º 557/2011*

El TS rectifica su doctrina sobre el momento de efectos de los intentos de notificaciones administrativas en estos términos: «Rectificamos la doctrina legal declarada en la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley número 128/2002, en el sentido, y sólo en él, de sustituir la frase de su párrafo segundo que dice «[...] el intento de notificación [por medio de correo certificado con acuse de recibo] queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación [...]», por esta otra: «el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en la fecha en que se llevó a cabo»».

## [Portugal]

**Incidência da Verba n.º 28 da TGIS sobre um Prédio em Propriedade Vertical**

*Acórdão do tribunal arbitral constituído no âmbito do Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária, de 16 de dezembro de 2013*

No âmbito do processo n.º 132/2013-T, o tribunal arbitral foi chamado a pronunciar-se sobre a legalidade de várias liquidações de IS efetuadas nos termos da verba n.º 28.1 da Tabela Geral do Imposto de Selo.

Estas liquidações foram emitidas sobre cada um dos andares com utilização independente e afetação habitacional de um prédio constituído em propriedade total.

O valor patrimonial tributário de cada um daqueles andares não excedia € 1.000.000, sendo, contudo, a soma de todos eles superior a este valor.

O tribunal considerou, neste caso, que o Imposto do Selo previsto na verba n.º 28.1 da Tabela Geral do Imposto de Selo apenas incide sobre cada uma das partes, andares ou divisões com utilização independente de um prédio em propriedade total com afetação habitacional quando o respetivo valor patrimonial tributário seja superior a € 1.000.000, não sendo possível considerar como valor de referência para a incidência de imposto o Valor Patrimonial Tributário global do prédio em causa.

**Inconstitucionalidade da verba 28.1 da Tabela Geral de Imposto do Selo**

*Decisão do tribunal arbitral constituído no âmbito do Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária de 24 de fevereiro de 2014*

No âmbito do processo n.º 218/2013-T, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade com a Constituição da verba n.º 28.1 da Tabela Geral do Imposto do Selo, aditada pela lei n.º 55-A/2012 de 29 de Outubro, que prevê a incidência de imposto do selo à taxa de 1%

sobre a propriedade, usufruto ou direito de superfície de prédios urbanos com afetação habitacional cujo valor patrimonial tributário constante da matriz, nos termos do Código do Imposto Municipal sobre Imóveis seja igual ou superior a € 1.000.000.

Foram particularmente visados os princípios constitucionais da igualdade e da proteção da confiança.

O tribunal considerou que a tributação pela verba n.º 28.1 da Tabela Geral do Imposto de Selo padece de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade, à luz do critério da capacidade contributiva (igual imposto para idênticas manifestações de capacidade contributiva). Considerou o Tribunal:

(i) não haver justificação para a aplicação de um tratamento fiscal distinto aos imóveis afetos a fins habitacionais com um Valor Patrimonial Tributário superior a € 1.000.000, por comparação com imóveis com Valor Patrimonial Tributário de igual valor mas afetos a diferentes finalidades; e

(ii) não haver justificação para a tributação da propriedade, usufruto ou direito de superfície de um prédio com Valor Patrimonial Tributário superior a € 1.000.000, desconsiderando a situação em que o património imobiliário composto por vários imóveis pertencentes a um sujeito passivo, quando visto em conjunto, ultrapasse € 1.000.000.

O tribunal considerou por isso, e com os fundamentos invocados, que a norma em causa viola o princípio da igualdade.

Relativamente à violação do princípio da proteção da confiança, o Tribunal considerou improcedente o pedido de anulação do ato de liquidação de imposto com esse fundamento.

Após análise do princípio da irretroatividade da lei fiscal, integrado no princípio constitucional da proteção da confiança, o árbitro entendeu que a Lei n.º 55-A/2012 de 29 de Outubro não violou estes princípios uma vez que o facto tributário só se verificou após a entrada em vigor da mesma.

**Inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 7, do Regime Geral das Infrações Tributárias**

*Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 171/2014, de 18 de fevereiro de 2014*

No âmbito dos processos n.º 1125/2013 e n.º 1126/2013, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 7, do RGIT, que prevê a responsabilidade civil solidária dos gerentes e administradores pelas multas e coimas aplicadas à sociedade, quando tenham colaborado dolosamente na prática de infração tributária, independentemente da sua responsabilidade pela infração.

Sendo a transmissão da responsabilidade penal expressamente proibida pelo art. 30.º, n.º 3, da CRP, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do artigo 8.º, n.º 7, do RGIT, na parte em que se refere à responsabilidade solidária dos gerentes e administradores de uma sociedade que hajam colaborado dolosamente na prática de infração tributária pelas multas aplicadas à sociedade.

### 3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

**Impuesto sobre Sociedades. Amortización del fondo de comercio de fusión**

*Resolución de 3 de octubre de 2013 (00/732/2011)*

La sociedad absorbente contabilizó (y comenzó a amortizar) en el ejercicio 2001 el fondo de comercio aflorado en una operación de fusión cuya escritura de fusión se presentó para inscripción en el Registro Mercantil en el ejercicio 2002.

Al respecto (y en línea con otros pronunciamientos anteriores), considera el TEAC que si el fondo de comercio necesariamente se ha de poner de manifiesto en virtud de una adquisición a título oneroso, solo podrá aflorar como activo de la entidad absorbente a partir del momento en que tiene lugar la adquisición en virtud de la fusión, esto es, con su inscripción en el Registro Mercantil (con efectos desde la fecha de presentación). Es la inscripción de la fusión la que determina la extinción de las entidades absorbidas y el traspaso de su patrimonio a la absorbente, iniciándose a partir de ese momento la posibilidad de amortización del fondo de comercio por parte de esta.

**Procedimiento inspector. Interrupciones justificadas. Solicitud de información a otro Estado**

*Resolución de 17 de octubre de 2013 (00/20/2011)*

A juicio del TEAC, la interrupción justificada de las actuaciones de comprobación por petición de información a otros Estados no se aplica de forma automática, sino que debe analizarse en cada supuesto concreto la incidencia que dicha petición y la posterior recepción de la información tiene en la posibilidad de concluir en plazo.

Así, no toda petición de datos e informes constituye una interrupción justificada de las actuaciones, sino únicamente aquella que, por la naturaleza y el contenido de la información interesada, impida proseguir con la tarea inspectora. Aun siendo justificada, si durante el tiempo en que hubo de esperarse a la recepción de la información pudieron practicarse otras diligencias, dicho tiempo no debe descontarse necesariamente y en todo caso para computar el plazo máximo de duración. Ocurrirá así cuando la entrada de los datos tenga lugar una vez expirado el plazo máximo previsto en la Ley, pero no en el caso de disponer todavía de suficiente tiempo para, tras el pertinente análisis de la información recabada, practicar la oportuna liquidación.

**Revisión administrativa. Recurso de reposición presentado extemporáneamente**

*Resolución de 28 de octubre de 2013 (00/584/2010)*

Modificando el criterio mantenido hasta la fecha (resoluciones de 9 de junio de 2009 y 30 de mayo de 2007, 00/1288/2007 y 00/03374/2006), entiende el TEAC que, en el caso de que un recurso de reposición haya sido interpuesto de forma extemporánea, pero tal circunstancia no hubiera sido tenida en cuenta por el órgano de gestión, el cual resuelve sobre el fondo del asunto, los Tribunales Económico-Administrativos no pueden apreciar tal extemporaneidad, debiendo entrar a conocer también sobre el fondo del asunto. Este cambio de criterio resulta obligado a la luz de la jurisprudencia asentada por el TS en este sentido (entre otras, sentencias de 30 de mayo, 6 de junio y 18 de septiembre de 2012).

**Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Cánones. Alcance de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE y sus observaciones**

*Resolución de 5 de noviembre de 2013 (00/2526/2011)*

Se analiza el tratamiento de las rentas obtenidas por un no residente de la cesión comercial (cesión del derecho de distribución) de programas de ordenador, teniendo en cuenta la modificación de los Comentarios al artículo 12 del Modelo de Convenio de la OCDE, y la observación española n.º 28, vigentes desde el 18 de julio de 2008, a tenor de los cuales deja de considerarse canon la retribución del derecho a comercializar programas informáticos estandarizados.

El TEAC concluye que estas modificaciones solamente se aplican a las rentas devengadas desde la vigencia de la nueva redacción de los Comentarios, y que no puede acudirse al criterio de «interpretación dinámica» cuando no se está ante la evolución de la interpretación de un concepto, sino ante cambios sustanciales en su regulación. Esto último ocurre, cree el TEAC, cuando se modifican las reservas y observaciones que un determinado Estado ha venido formulando a los Comentarios al Modelo de Convenio. Así, sobre «*los pagos efectuados por el derecho de distribución de copias de aplicaciones —software— estándar, sin derecho de adaptación ni de reproducción*», cambia la posición de las autoridades fiscales españolas, para alterar la consideración de aquellas concretas rentas, antes cánones, ahora beneficios empresariales.

Adicionalmente, indica el TEAC que, para determinar el momento de devengo del impuesto, ha de atenderse al devengo/exigibilidad, y no al pago. La imputación temporal debe realizarse atendiendo a las reglas de la normativa interna, que en este caso (rentas obtenidas sin establecimiento permanente) establece como criterio la exigibilidad de las rentas, salvo que el pago haya sido anterior. Los Convenios delimitan el ámbito de la potestad tributaria de cada Estado, pero no regulan todos los aspectos de la obligación tributaria, de modo que aspectos tales como el devengo se regulan por las respectivas normativas internas.

**Impuesto sobre Sociedades. Correcciones de valor. Pérdida por deterioro. Recuperación de ayudas de Estado**

*Resolución de 5 de noviembre de 2013 (00/6793/2011)*

Manifiesta el TEAC que no se vulnera el principio de confianza legítima cuando se regularizan las deducciones practicadas bajo el régimen del artículo 12.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades («TRLIS») con base en la Decisión de la Comisión Europea C-45/2007, por cuanto que la propia Decisión determina los efectos de dicho principio limitan-

do el alcance de la obligación de recuperación de las ayudas. Corresponde al obligado tributario la carga de probar la concurrencia de los obstáculos jurídicos explícitos para las combinaciones transfronterizas de empresas que invoque.

**Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Operaciones Societarias. Liquidación de sociedades**

*Resolución de 14 de noviembre de 2013 (00/4980/2011)*

Entiende el TEAC que en las operaciones de liquidación de sociedades en las que bienes inmuebles hipotecados son adjudicados a los socios, subrogándose estos en las deudas garantizadas, solo cabe la tributación por el concepto de Operaciones Societarias, a diferencia de lo que ocurre en las aportaciones no dinerarias de inmuebles hipotecados por ampliación de capital, en las que se tributa por dos convenciones y conceptos con distintas bases imponibles: por Operaciones Societarias, por la cifra de capital ampliada, y por Transmisiones Patrimoniales Onerosas, por el importe de la deuda subrogada.

#### 4 · CONSULTAS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

**Impuesto sobre Sociedades. Traslado del domicilio social y sede de dirección efectiva de dos ETVE a Alemania**

*Consulta de 5 de agosto de 2013 (V2597-13)*

Las sociedades consultantes son dos sociedades de responsabilidad limitada, constituidas en España y cuyo domicilio social y sede de dirección efectiva se encuentran en España. Ambas entidades están acogidas al régimen fiscal especial de las entidades de tenencia de valores extranjeros («ETVE»). Estas sociedades se están planteando trasladar su domicilio social y sede de dirección efectiva a Alemania, modificar su forma societaria en GmbH e inscribirse como tales en el Registro Mercantil o Cámara de Comercio correspondiente en Alemania. Todo ello, manteniendo su personalidad jurídica y el conjunto de sus bienes, derechos y obligaciones.

Las ETVE piden confirmación a la DGT sobre (i) si dejarían de ser consideradas residentes a efectos fiscales en España, como consecuencia de las operaciones de traslado del domicilio social a Alemania; y (ii) la posibilidad de aplicar la exención prevista en el artículo 21.2 del TRLIS sobre la plusvalía generada por este cambio de residencia fiscal.

En primer lugar, la DGT considera que al producirse un cambio en la *lex societatis* aplicable a las sociedades consultantes y, con ello, la pérdida de toda conexión con el ordenamiento jurídico español, debe entenderse que dejan de ser entidades constituidas conforme a la legislación española, perdiendo, por tanto, su condición de sociedades residentes fiscales en territorio español, al no cumplir ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 8.1 del TRLIS.

Ello determinará, a su vez, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 17.1 del TRLIS, debiendo integrar las sociedades en sus respectivas bases imponibles del Impuesto sobre Sociedades la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de sus elementos patrimoniales. Sin embargo, confirma la DGT, a las diferencias de valor imputables a las filiales no residentes en España les podrá resultar de aplicación la exención para evitar la doble imposición internacional económica establecida en los artículos 21 y 117 del TRLIS.

**Impuesto sobre Sociedades. Consolidación fiscal y régimen fiscal especial de operaciones de reestructuración**

*Consulta de 5 de agosto de 2013 (V2601-13)*

La entidad consultante y la entidad B van a fusionarse. La entidad consultante participa en la entidad B, directa e indirectamente, en un porcentaje del 89,71%. Las entidades que se pretenden fusionar tributan en el régimen especial de consolidación fiscal del Impuesto sobre Sociedades, siendo la entidad consultante la sociedad dominante del grupo.

La fusión se pretende acoger al régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS y al apartado 3 de su disposición adicional segunda. Esta operación se produce en un contexto de reestructuración del sistema financiero español, que está suponiendo una fuerte reducción del número de entidades y la creación de entidades de mayor tamaño. La operación permitirá mejorar la eficiencia del grupo y reforzar su posición en España, incrementando la cuota de mercado de forma selectiva bajo una marca única.

La entidad bancaria consultante pregunta a la DGT, entre otras, las siguientes cuestiones:

- (a) Si se puede considerar que la fusión constituye una operación interna y, en consecuencia, que las rentas generadas en esta operación, e incluidas en las respectivas bases imponibles individuales de las entidades participantes, deben ser objeto de eliminación.

La DGT considera que la operación de fusión por absorción de la entidad B por parte de la entidad consultante constituye una operación interna. En consecuencia, las rentas generadas con motivo de la operación de fusión tanto por la entidad B dependiente como por la entidad consultante dominante, y comprendidas en sus respectivas bases imponibles individuales, deberán ser objeto de eliminación.

- (b) Si los resultados eliminados en ejercicios anteriores por operaciones internas realizadas por la entidad B absorbida deben ser incorporados a la base imponible del grupo como consecuencia de la extinción de la entidad B, o si, por el contrario, al tratarse la fusión de una operación interna del grupo, no procede la incorporación en la base imponible del grupo de los resultados eliminados por operaciones internas realizadas por la entidad B.

Considera la DGT que el hecho de que se produzca la fusión por absorción de la entidad B por parte de la entidad consultante, sociedad dominante del grupo, no afecta al grupo de consolidación fiscal, en la medida en que se mantenga tal grupo fiscal. Asimismo, en aplicación del artículo 90 del TRLIS, se produce la subrogación de la entidad consultante en la posición de la entidad B en relación con todas las operaciones internas realizadas por dicha entidad pendientes de integrar en la base imponible. Por ello, entiende la DGT, no procederá la incorporación en la base imponible del grupo fiscal de los resultados eliminados por operaciones internas realizadas por la sociedad B.

- (c) Si la fusión supondrá una sucesión a título universal de derechos y obligaciones por parte de la entidad B a favor de la entidad consultante, de manera que la posterior distribución de los fondos propios de la entidad absorbente, a los que de una u otra manera se hubiesen incorporado los beneficios no distribuidos por la entidad absorbida en el momento de realizarse la fusión, debe tener la consideración de ingreso por distribución de beneficios a los socios y otorgar a estos el derecho a practicar la deducción por doble imposición en los términos que les corresponda.

En la línea seguida en otras consultas, la DGT confirma que entre los derechos tributarios transmitidos por la entidad B absorbida (*ex* artículo 90 del TRLIS) debe entenderse incluido el derecho a considerar como tales los beneficios no distribuidos por la entidad B en el momento de realizarse la operación, con independencia de que, con motivo de ella, se hubiesen incorporado de una u otra manera a los fondos propios de la entidad absorbente. Consecuentemente, la posterior distribución de dichos fondos debe tener la consideración de ingresos por distribución de beneficios, y otorgar a los socios el derecho a practicar la deducción por doble imposición en los términos que le corresponda a cada uno de ellos.

Finalmente, la DGT confirma la concurrencia de motivos económicos válidos para la aplicación del régimen fiscal especial del capítulo VIII, título VII, del TRLIS a esta operación.

**Impuesto sobre Sociedades e IRPF. Efectos en los socios personas físicas de las donaciones o condonaciones de deudas entre sociedades participadas**

*Consultas de 16 de octubre de 2013 (V3074-13) y de 2 de octubre de 2013 (V2941-13)*

Se analizan los efectos fiscales de las donaciones (V3074-13) o condonaciones de deudas (V2941-13) entre dos sociedades participadas por las mismas personas físicas.

Al respecto, entiende la DGT que:

- En la sociedad donante o acreedora no se genera ningún gasto contable ni fiscal, sino una disminución de fondos propios.

- En la sociedad donataria o deudora no se genera ningún ingreso contable ni fiscal, sino un aumento de fondos propios por la condonación.
- Sin embargo, a las personas físicas no les resultaría de aplicación la norma de registro y valoración 18.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad, que implicaría (consulta 4 del *BOICAC* 79/2009) la contabilización en el socio de un mayor valor de adquisición de su participación en la sociedad donataria y de un correlativo ingreso por el mismo importe por dividendos procedentes de la sociedad donante. Y ello, porque la renta de las personas físicas a efectos de su IRPF se ha de determinar con arreglo a sus propias normas, y no a las normas contables (toda vez que las participaciones se consideran por definición no afectas a una actividad económica), de tal forma que la operación no tendrá efectos fiscales en el IRPF de los socios.

**Impuesto sobre Sociedades. Deducción por doble imposición interna y deducción por reinversión en ventas de valores**

*Consulta de 2 de octubre de 2013 (V2938-13)*

Una entidad financiera plantea la venta (en diversas operaciones sucesivas) de una participación de un 5,1% de una sociedad cotizada, que ha mantenido durante más de un año. Posteriormente, al objeto de seguir manteniendo derechos políticos sobre un 2,5% de la sociedad cotizada, prevé recomprar acciones hasta alcanzar ese porcentaje.

La DGT considera que para que resulte aplicación la deducción por doble imposición interna (artículo 30.5 del TRLIS), es necesario que en el momento de la transmisión se posea un porcentaje de participación de, al menos, el 5%. En caso de transmisiones sucesivas, dicho porcentaje debe verificarse en todas y cada una de las transmisiones, con independencia de que se realicen en un mismo período impositivo. Por tanto, si después de una venta el porcentaje de participación se reduce por debajo del 5%, la deducción no puede aplicarse respecto de las rentas que se generen en la siguiente transmisión.

Por otra parte, la parte de la renta que no dé derecho a la deducción por doble imposición interna puede dar lugar a la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios. A efectos de esta otra deducción, el cómputo de la participación transmitida (que ha de ser igual o superior al 5%) se refiere al período impositivo, por lo que este requisito sí se entendería cumplido, y ello con independencia de que la sociedad recompre posteriormente, en el mismo período, valores homogéneos equivalentes a un porcentaje de participación del 2,5%.

## UNIÓN EUROPEA\*

### JURISPRUDENCIA

**Derecho a la información y a la consulta de los trabajadores. Efecto directo**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2014 en el asunto Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats (as. C-176/12)*

El Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea relativo al derecho a la información y a la consulta de los trabajadores no basta por sí mismo para conferir a los particulares un derecho que pueda invocarse para excluir la aplicación de una disposición contraria al Derecho de la Unión.

\* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración han participado Luis Moscoso del Prado y Cristina Caballero Candelario, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Bruselas).



- Ejecución de multas coercitivas. Competencia exclusiva del Tribunal de Justicia** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2014 en el asunto Comisión contra Portugal (as. C-292/11 P)*  
En el marco de la ejecución de una sentencia relativa a una multa coercitiva fijada por el Tribunal de Justicia, la Comisión no puede pronunciarse sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de una normativa nacional que no haya sido examinada con anterioridad por el Tribunal de Justicia. Dicho pronunciamiento invadiría la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia.
- Autoridad Europea de Valores y Mercados. Intervención en los mercados financieros** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2014 en el asunto Reino Unido contra Parlamento y Consejo (as. C-270/12)*  
El Tribunal de Justicia señala que el poder de la Autoridad Europea de Valores y Mercados de intervenir urgentemente en los mercados financieros de los Estados miembros para regular o prohibir ventas en corto es compatible con el Derecho de la Unión. Así, el artículo 28 del Reglamento sobre las ventas en corto delimita con precisión los poderes de intervención de esta autoridad, los cuales pueden ser objeto de control judicial a la luz de los objetivos fijados por la autoridad delegante.
- Impuesto sobre el volumen de negocio. Discriminación encubierta** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 2014 en el asunto Hevis Sport-és Divatkeskedelmi Kft. contra Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága (as. C-385/12)*  
El Tribunal de Justicia considera que la normativa fiscal húngara en virtud de la cual se aplica una tarifa progresiva a una base imponible consolidada de volumen de negocios puede perjudicar, en particular, a los sujetos pasivos vinculados a sociedades con domicilio social en otro Estado miembro, ya que en la mayoría de los casos los contribuyentes con un mayor volumen de negocio podrían estar en manos de no residentes. El Tribunal de Justicia insta al tribunal nacional a comprobar si es así en Hungría. En su caso, corresponderá al tribunal nacional determinar si tal discriminación indirecta se encuentra justificada por razones imperiosas de interés general.
- Libertad de establecimiento. Apertura de nuevas farmacias** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 2014 en el asunto Susanne Sokoll-Seebacher (as. C-367/12)*  
El Tribunal de Justicia ha establecido que los criterios demográficos aplicados en Austria para la apertura de nuevas farmacias son incompatibles con la libertad de establecimiento, en la medida en que no permiten la apertura de una nueva farmacia cuando la clientela quede reducida por debajo de un determinado umbral. Estos criterios no respetan la exigencia de congruencia, al no permitir excepciones que tengan en cuenta particularidades locales y ponen en riesgo el acceso igual y apropiado a la atención farmacéutica de aquellas personas que vivan en zonas rurales y aisladas.
- Derechos de autor. Consulta de obras en páginas de Internet** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 2014 en el asunto Nils Svensson y otros contra Retriever Sverige AB (as. C-466/12)*  
El Tribunal de Justicia ha declarado que el propietario de una página de Internet puede remitir mediante hipervínculos, sin autorización de los titulares de derechos de autor, a obras protegidas que pueden consultarse libremente en otra página. La conclusión sería distinta si el hipervínculo permitiera a los usuarios de la página en la que se encuentra dicho enlace eludir las medidas de restricción adoptadas por la página en la que se encuentra la obra protegida para limitar el acceso a esta a los abonados.
- Cuestión prejudicial. Competencia de los tribunales arbitrales** *Auto del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 2014 en el asunto Merck Canada Inc contra Accord Healthcare Ltd, Alter SA, Labochem Ltd, Synthon BV y Ranbaxy Portugal- Comércio e Desenvolvimento de Produtos Farmacêuticos Unipessoal Lda (as. C-555/13)*  
El Tribunal de Justicia considera que el «Tribunal Arbitral necessário» de Portugal puede ser considerado «órgano jurisdiccional» a los efectos de la interposición de cuestiones prejudiciales,

en la medida en que se ha constituido sobre una base legal, dispone de una competencia obligatoria con carácter permanente y aplica normas procesales definidas y delimitadas por la legislación nacional.

**Directiva sobre los impuestos especiales. Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014 en el asunto Transportes Jordi Besora, S.L. contra Generalitat de Catalunya (as. C-82/12)*

El Tribunal de Justicia ha determinado que el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos es contrario a la Directiva sobre los impuestos especiales. En concreto, señala que tal impuesto carece de finalidad específica en el sentido de la Directiva, siendo su finalidad exclusivamente presupuestaria. El hecho de que los ingresos que genere deban estar obligatoriamente afectados a atender gastos en materia sanitaria resulta de una mera modalidad de organización interna del presupuesto español, y, por tanto, no basta para considerar que el impuesto tenga finalidad específica.

**Litispendencia. Competencia de los tribunales nacionales**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014 en el asunto Cartier parfums-lunettes SAS y Axa Corporate Solutions assurances SA contra Ziegler France SA y otros (as. C-1/13)*

El Tribunal de Justicia ha determinado que de acuerdo con el Derecho de la Unión, cuando se plantea un mismo litigio ante tribunales de Estados miembros distintos (salvo en el supuesto en que el tribunal ante el que se haya presentado la segunda demanda disponga de competencia exclusiva), el tribunal ante el que se presente la primera demanda será competente siempre que no haya declinado de oficio su competencia y ninguna de las partes la haya impugnado.

**Homologación de vehículos a motor. Seguridad vial**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 2014 en los asuntos Comisión contra Polonia (as. C-639/11) y Comisión contra Lituania (as. C-61/12)*

El Tribunal de Justicia ha señalado que la obligación impuesta por Polonia y Lituania de desplazar a la izquierda el volante de los turismos situado a la derecha infringe el Derecho de la Unión. En opinión del Tribunal de Justicia, no parece que dicha obligación sea necesaria para alcanzar el objetivo de seguridad vial perseguido por Lituania y Polonia, e incluso puede considerarse una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación, prohibidas por el Tratado.

**Contratos de crédito al consumo. Sanción por incumplimiento de obligaciones precontractuales**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2014 en el asunto Le Crédit Lyonnais SA contra Fesih Kalhan (as. C-565/12)*

El Tribunal de Justicia precisa las condiciones en las que privar al prestamista de los intereses convencionales, como sanción por el incumplimiento precontractual de evaluar la solvencia del prestatario, es compatible con el Derecho de la Unión.

A este respecto, el Tribunal de Justicia declara que la sanción controvertida no debe considerarse realmente disuasoria si los importes que puede percibir el prestamista tras la aplicación de la sanción no son significativamente inferiores a aquellos a los que podría tener derecho en el supuesto de que cumpliera su obligación. Si la sanción de privación de los intereses se viera debilitada, o perdiera todo efecto, la sanción no presentaría necesariamente un carácter disuasorio, incumpliendo lo dispuesto en la Directiva 2008/48 relativa a los contratos de crédito al consumo.

**Libre prestación de servicios. Reglamento sobre el cabotaje marítimo**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2014 en el asunto Alpina River Cruises GmbH, Nicko Tours GmbH contra Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Capitaneria di Porto di Chioggia (as. C-17/13)*

El Tribunal de Justicia ha declarado que un servicio de transporte marítimo organizado en forma de crucero que comienza y termina con los mismos pasajeros en un mismo puerto de un Estado miembro está sujeto al Reglamento sobre el cabotaje marítimo y, por tanto, a la aplicación del principio de libre prestación de servicios de transporte marítimo dentro de los Estados miembros.

**Libertad de  
establecimiento.  
Normativa fiscal  
británica**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2014 en el asunto Felixstowe Dock and Railway Company Ltd y otros contra The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs (as. C-80/12)*

El Tribunal de Justicia ha determinado que una normativa fiscal británica viola el principio de libertad de establecimiento al prever, en el caso de sociedades que pueden disfrutar de una desgravación de grupo en el marco de un consorcio, que la sociedad de enlace deba estar establecida en Reino Unido. En opinión del Tribunal, este requisito de residencia supone una diferencia de trato constitutiva de una restricción a la libertad de establecimiento, que no puede justificarse por razones de interés general ligadas a la lucha contra la evasión fiscal.